

**ARCHIVES**

DE

**DROIT ET DE LÉGISLATION.**

*Faint handwritten text, possibly a signature or name.*



# ARCHIVES

DE

## DROIT ET DE LÉGISLATION

RÉDIGÉES PAR

MM.

BLONDEAU, doyen de la faculté de droit de Paris, professeur honoraire à l'université libre de Bruxelles.

BRAVARD-VEYRIÈRES, professeur de droit commercial à la faculté de Paris.

BRITZ, docteur en droit, attaché au ministère de la justice.

FACQZ (de), conseiller à la cour de cassation.

DELECOURT, juge à Bruxelles.

HAUMAN (A.), docteur en droit.

HAUS, professeur de droit à l'université de Gand.

LAVALLÉE, avocat à la cour d'appel de Bruxelles.

LEVIGNEY, avocat à la cour d'appel de Bruxelles.

OULIF, avocat à la cour d'appel, professeur de droit à l'université libre de Bruxelles.

RENOUARD (Charles), conseiller à la cour de cassation, membre de la chambre des députés de France.

MM.

ROLLIN, avocat à la cour d'appel de Gand.

ROUSSEL, avocat à la cour d'appel de Bruxelles, professeur à l'université libre.

STAS, conseiller à la cour d'appel de Liège.

TARDIEU, avocat, sténographe de la chambre des représentants.

TOUSSAINT, greffier en chef du tribunal de première instance de Bruxelles.

VAN MEENEN, président à la cour de cassation.

VERHAEGEN aîné, avocat, professeur honoraire de droit commercial à l'université libre de Bruxelles, membre de la chambre des représentants.

VINCENT, conseiller des mines, ancien secrétaire général du ministère de la justice.

WARNKOENIG, professeur de droit à l'université de Fribourg.

TOME IV.

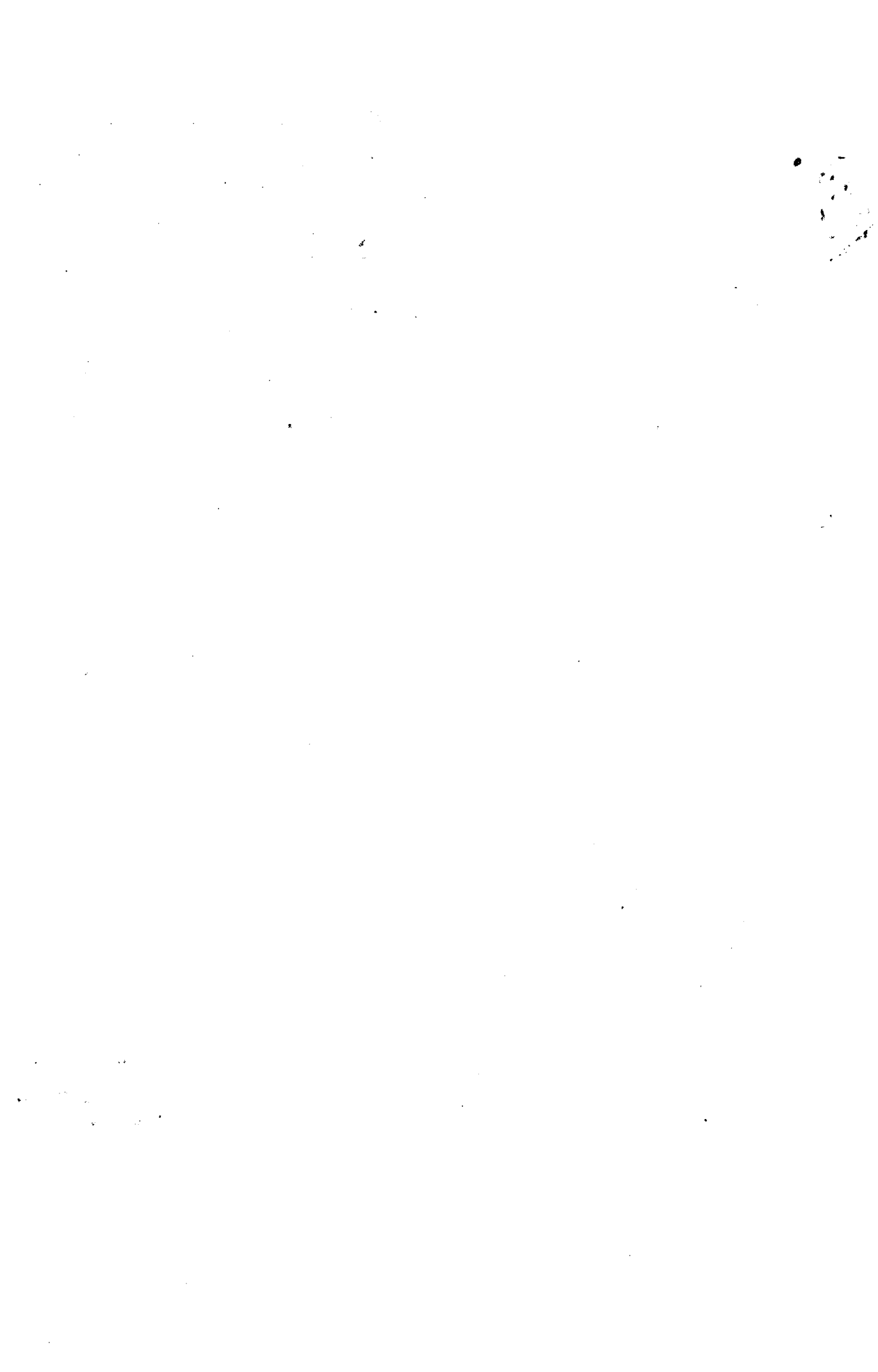
1841. — Premier semestre.

BRUXELLES.

SOCIÉTÉ BELGE DE LIBRAIRIE

HAUMAN ET C<sup>o</sup>.





# INTRODUCTION.

Le congrès national déclare qu'il est nécessaire de pourvoir par des lois séparées, et dans le plus court délai possible, aux objets suivants :...

41° La révision des Codes.

*Constitution Belge.*

Lorsqu'une révolution fait, dans notre siècle, rentrer un peuple dans la plénitude de ses droits, le premier soin est d'organiser la nouvelle constitution politique; on avise ensuite à régler, sur nouveaux frais, l'existence de la province et de la commune, ces importantes subdivisions de la grande famille; on fait de l'élection, par le suffrage universel ou peu s'en faut, la base de cette réorganisation; ainsi l'on rend facile l'action de l'administration: car appeler les citoyens à participer aux affaires publiques, c'est presque s'assurer leur concours. Ces diverses organisations se font avec rapidité; et cela se conçoit: car elles ont pour résultat de faire conférer à un grand nombre des fonctions publiques et de faire donner à un plus

grand nombre encore le droit de parler en public; c'est dire qu'elles satisfont aux deux besoins les plus impérieux de notre époque. Mais s'agit-il de faire cesser l'étrange disparate que présenté avec une constitution presque républicaine une législation pénale frappée au coin du despotisme? S'agit-il de donner à un peuple industriel et commerçant des lois en rapport avec sa situation, au lieu de lois décrétées à une époque où l'industrie était naissante et le commerce languissant? S'agit-il de simplifier les formes de la procédure et de les rendre moins coûteuses? Enfin faut-il compléter la législation civile et la modifier avec l'aide d'une expérience de quarante années? Dans tout cela, il n'y a pas d'ambitions à satisfaire; il n'y a guère que travaux pénibles à exécuter, réclamations de toute nature à soulever. Aussi, sur ces divers points, se borne-t-on à une simple promesse : on déclare qu'il y a lieu à révision dans le plus bref délai; mais pour l'exécution, *néant*.

Et cependant la législation civile, commerciale et criminelle n'est-elle pas d'un intérêt plus direct, plus journalier et plus général que la législation politique!

Ce ne sont pas les prétextes qui manquent pour ajourner cette révision nécessaire et promise. On s'effraie à l'idée de reprendre les codes en sous-œuvre. On préfère quelques lois partielles. Comme si cela pouvait constituer une révision; comme si ces lois séparées ne devaient pas finir par faire disparaître le bienfait de la codification. Enfin on ajoute d'ordinaire : « Il ne faut toucher qu'avec la plus grande réserve à nos lois civiles. » Et on pousse la réserve au point de ne rien faire. De quelque nom que se colore cette apathie, nous ne nous y associerons pas. Notre intention est de consacrer une partie de cette revue mensuelle à des travaux suivis qui puissent être utilisés dans la révision de notre législation. Nous nous proposons de scruter notre droit na-

tionnal, et de le mettre en parallèle avec les législations des autres États. La législation comparée, cette branche nouvelle de la science du droit, a fait depuis quelque temps d'immenses progrès et donne lieu à des publications remarquables; nous les signalerons à l'attention de nos lecteurs. Nous chercherons à développer ainsi le goût du droit comparé, que nous considérons comme la source la plus féconde des inspirations législatives.

Un jour viendra sans doute, il faut l'espérer, où la promesse de la constitution deviendra une vérité. Les matériaux, que nous aurons accumulés, trouveront alors un utile emploi.

Nous ne perdrons pas de vue que dans tout état de cause, et que la législation soit ou non révisée, le premier point est de la bien faire connaître. Nous publierons donc des dissertations sur les questions nombreuses que soulèvent nos lois. Nous donnerons ainsi à cette revue une utilité pratique.

Notre *chronique parlementaire et judiciaire* contiendra une analyse sommaire des actes législatifs de tous les pays civilisés, et les décisions judiciaires les plus importantes.

Dans un *bulletin bibliographique*, nous rendrons un compte impartial de tous les ouvrages de droit publiés en Belgique et à l'étranger.

Nous avons cru devoir faire connaître, par ce court exposé, le plan que suivra cette *Revue de droit*, qui vient d'être constituée sur de nouvelles bases.



# ARCHIVES

DE

## DROIT ET DE LÉGISLATION.

*Rapport fait au sénat de Belgique, dans sa séance du 12 décembre 1840, par M. de Haussy, au nom de la commission chargée de l'examen du projet de loi sur la compétence civile (1). (La commission était composée de MM. Th. Van Sacéghem, comte d'Andelot, chevalier Heynderycx et de Haussy, rapporteur.)*

Messieurs, le projet de loi que vous avez renvoyé à l'examen de la commission dont j'ai l'honneur d'être l'organe, n'a nullement pour objet la révision complète de notre législation sur la compétence en matière civile; son but est d'apporter seulement au système qui nous régit quelques modifications qui puissent accélérer la distribution de la justice, en étendant les limites trop restreintes de la compétence de quelques juridictions civiles.

Votre commission n'a pas hésité à reconnaître la nécessité et l'urgence de ces modifications; des plaintes se sont élevées de toutes parts sur les retards qu'éprouve généralement l'expédition des affaires judiciaires, retard qui ne peut être imputé sans doute à l'inertie de la magistrature, dont l'activité et le zèle ne se sont jamais démentis, mais qui a sa source dans le développement de la richesse publique, dans

(1) Nous avons cru ne pouvoir mieux faire connaître le degré d'instruction où est parvenu le projet de loi si important sur la compétence civile, qu'en publiant ce rapport remarquable de l'honorable

la division toujours croissante de la propriété foncière, d'où résultent des conflits plus nombreux entre les citoyens et par suite cette accumulation de procès, qui, dans certains sièges, a fait de tels progrès que l'arriéré ne peut y être comblé, malgré les efforts des magistrats, et que les lenteurs de la justice exposent les plaideurs de bonne foi à des pertes importantes et sont en quelque sorte une calamité publique.

Le projet qui vous est soumis aura-t-il pour résultat de mettre un terme à cette fâcheuse situation? Votre commission n'ose guère l'espérer; elle croit même qu'on s'est fait quelque peu illusion sur la portée des avantages qu'il doit produire, quant à la diminution du nombre des procès et à la plus prompte expédition des affaires; mais enfin il suffit que le projet qui vous est soumis présente des avantages réels et consacre des améliorations positives pour qu'on doive l'accueillir, en attendant que la législature puisse, par une révision plus complète de notre système de législation sur la compétence en matière civile et criminelle et sur notre organisation judiciaire, remédier d'une manière plus efficace au mal que nous venons de signaler.

Votre commission adhère donc au principe de la loi qui vous est soumise et rend hommage à

M. de Haussy, qui contient un examen éclairé de toutes les questions que soulève la matière. — *Voy.* tome II de ce recueil, page 151, l'article que nous avons publié sur ce projet de loi. (*Note des édit.*)

la pensée qui en a dicté le projet ; sa tâche se borne donc à rechercher si toutes les dispositions du projet sont bien justifiées, si elles s'harmonisent parfaitement avec la législation qui doit continuer à nous régir et aussi si elles ne présentent pas quelques lacunes qu'il serait nécessaire de combler. C'est à cet examen que nous allons nous livrer.

L'article 1<sup>er</sup> est sans contredit l'un des plus importants du projet.

La loi du 24 août 1790 détermine la compétence des juges de paix dans les causes purement personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 50 livres sans appel, et à charge d'appel jusqu'à la valeur de 100 livres.

Depuis longtemps la nécessité d'étendre les limites de cette compétence était généralement reconnue, et le législateur de 1790 l'avait lui-même pressentie et indiquée : il est évident en effet que les valeurs fixées par cette loi, ne sont plus en rapport avec la dépréciation actuelle du signe monétaire, résultat nécessaire de l'accroissement de la fortune publique.

Mais si l'on est d'accord sur la nécessité d'élever le taux de cette compétence, on ne l'est pas également sur la fixation du chiffre auquel il convient de la porter. Le gouvernement, dans le projet qu'il a présenté en 1855, avait cru pouvoir, sans inconvénient, tripler le taux de la compétence actuelle, mais la chambre des représentants, d'accord en cela avec M. le ministre de la justice actuel, s'est bornée à doubler le taux du dernier et du premier ressort pour les justices de paix.

C'est également à cette limite que les chambres françaises se sont arrêtées par la loi nouvelle du 25 mai 1858, quoique le gouvernement leur eût aussi proposé de tripler le taux fixé par la loi de 1790.

Des motifs également puissants peuvent être invoqués en faveur de l'une et de l'autre opinion ; si l'on considère la valeur relative de l'argent à l'époque de 1790 et à l'époque actuelle, il semble que l'on pourrait, sans inconvénient, élever jusqu'à 150 francs la compétence des juges de paix en dernier ressort ;

et en supposant que cette limite dépasse proportionnellement quelque peu celle déterminée par la loi primitive, on peut dire qu'en l'adoptant aujourd'hui on ne ferait que prévenir une nouvelle extension, dont l'accroissement incessant de la richesse nationale et l'abaissement progressif du signe monétaire ne tarderont pas à faire reconnaître la nécessité.

D'un autre côté l'élévation de la compétence des juges de paix en dernier ressort jusqu'à la somme de 150 francs, eût été plus en harmonie avec d'autres dispositions de nos lois, notamment avec celle qui détermine la somme jusqu'à concurrence de laquelle la preuve testimoniale est admissible ; enfin il semble juste de n'accorder la faculté d'appeler que lorsqu'il s'agit d'une somme assez importante pour n'être pas absorbée par les frais d'une double procédure.

Sans méconnaître la force de ces raisons, votre commission a pensé cependant qu'il pourrait être imprudent et dangereux de tripler tout d'un coup le taux de la compétence actuelle. Des améliorations importantes ont été introduites, sans doute, depuis quelques années, dans le personnel des justices de paix ; cependant on doit reconnaître qu'il reste beaucoup à faire encore et que plusieurs des honorables magistrats, qui occupent les sièges actuels, pourraient ne plus être à la hauteur de leurs fonctions, si des causes trop nombreuses ou trop compliquées en droit, devaient leur être fréquemment soumises ; sous ce rapport il y a beaucoup à attendre de la loi dont la législature est saisie, et qui doit fixer les circonscriptions cantonales et organiser définitivement l'institution des justices de paix, en imprimant à ces magistrats le caractère d'inamovibilité qui leur est assuré par l'article 100 de la constitution. Ce n'est qu'après quelques années d'essai et d'expérience que l'on pourra reconnaître si une nouvelle élévation du taux de la compétence des juges de paix peut être établie sans aucun danger pour les petits justiciables et pour la bonne distribution de la justice.



D'autres inconvénients pourraient résulter encore de l'élévation subite du taux de la compétence. En cas d'absence ou d'empêchement des juges de paix, ils doivent être remplacés par des suppléants qui sont presque toujours des hommes honnêtes et considérés dans leurs cantons, mais qui sont pour la plupart dépourvus de la connaissance du droit et de la pratique judiciaire. Les intérêts des particuliers pourraient donc être trop souvent compromis si l'on dépassait une juste proportion dans la fixation du taux du dernier ressort.

Un autre danger peut être signalé à plus juste titre encore, c'est celui de multiplier autour de ces juridictions subalternes, le nombre de ces praticiens ignorants qui sont le fléau des campagnes et dont la présence est toujours signalée par l'accroissement du nombre des procès.

Votre commission s'est dont ralliée aux chiffres fixés par l'article premier du projet qui vous a été envoyé par la chambre des représentants; mais elle a pensé qu'il y avait lieu d'introduire dans cet article un amendement destiné à combler une lacune essentielle qu'elle doit signaler ici.

Dans l'état actuel de notre législation, les juges de paix sont incompétents pour connaître des affaires commerciales dans les limites de leur compétence ordinaire; de sorte que, pour une dette de commerce, quelque minime qu'elle puisse être, le créancier est obligé d'assigner son débiteur devant le tribunal de commerce du chef-lieu d'arrondissement, ou devant le tribunal civil qui en remplit les fonctions. Ainsi, le meunier pour un sac de grain fourni à un boulanger, le brasseur pour un tonneau de bière livré à un cabaretier, c'est-à-dire pour un objet de 15 à 30 francs, doivent attirer ces débiteurs devant une juridiction quelquefois éloignée de plus de dix lieues de leur domicile, doivent souvent y envoyer leurs livres de commerce ou s'y transporter eux-mêmes, ce qui les expose à des frais qui ne sont pas en rapport avec l'objet du procès.

Cet inconvénient, dont la réalité ne peut être méconnue, avait fixé l'attention des états généraux des Pays-Bas, lorsqu'ils furent appelés, en 1827, à discuter la loi sur l'organisation du pouvoir judiciaire et l'administration de la justice; l'art. 58 de cette loi conférait en effet aux juges de canton la connaissance des affaires civiles et commerciales jusqu'à la valeur de 50 florins en dernier ressort et à charge d'appel jusqu'à la valeur de 200 florins.

Votre commission a pensé qu'il serait utile d'introduire dans la loi qui vous est soumise une disposition analogue, et de donner aux juges de paix en matière commerciale, la même compétence qu'en matière civile; cette disposition répondra à un besoin généralement senti et à des réclamations nombreuses et parfaitement justifiées. Si une justice prompte et rapprochée des justiciables est nécessaire, c'est surtout dans les affaires commerciales, où l'équité doit principalement servir de guide, et où l'activité de la justice contribue à contenir le débiteur de mauvaise foi; d'ailleurs la plupart de ces affaires sont ordinairement beaucoup plus faciles à juger qu'une foule d'autres que les lois ont placées sous la juridiction des juges de paix.

La question qui nous occupe a été examinée dans le sein de la commission de la chambre des représentants, et l'honorable M. Liedts, aujourd'hui ministre de l'intérieur, qui en était le rapporteur, dit qu'après de longs débats on a été arrêté surtout par la crainte d'accorder à un seul juge le pouvoir exorbitant de prononcer la contrainte par corps, qu'entraîne toute condamnation en matière de commerce.

Votre commission a pensé que cette crainte n'était pas très-fondée, et que, dans tous les cas, elle serait exagérée et ne serait pas un motif suffisant pour faire repousser une disposition dont l'utilité n'est pas même contestée sous aucun autre rapport. En effet, les juges de paix peuvent, dans plusieurs circonstances, prononcer la contrainte par corps. Comme juges de police, ils peuvent condamner à l'em-

prisonnement dans les cas et pour le temps déterminés par la loi; ils peuvent en cette qualité prononcer la contrainte par corps, pour les restitutions, indemnités et frais, aux termes de l'article 469 du code pénal; comme juges du possessoire, ils peuvent la prononcer en matière de réintégration suivant la disposition de l'article 2060, n° 2, du code civil; enfin ils peuvent, en cette dernière qualité, la prononcer encore pour dommages-intérêts au-dessus de la somme de 300 francs, d'après la généralité des termes de l'art. 126 du code de procédure civile.

On voit donc que la législation existante n'interdit nullement aux juges de paix de prononcer la contrainte par corps dans les cas où la loi l'autorise et dans les limites de sa compétence; où serait donc le danger de lui accorder ce pouvoir dans les matières commerciales dont il serait appelé à connaître dans les mêmes limites?

Nous ferons observer que cette nouvelle attribution ne serait pas même une innovation complète, car déjà la compétence des juges de paix a été consacrée par la loi dans certaines matières commerciales. C'est ainsi que dans la loi du 15 août 1791, sur la police de la navigation et des ports de commerce, publiée en Belgique en vertu de l'arrêté du Directoire du 7 pluviôse an v, l'art. 2 du titre I<sup>er</sup>, traitant de la compétence sur les affaires maritimes, attribue aux juges de paix *dans tous les cantons où ne sera pas situé le tribunal de commerce, le droit de connaître sans appel des demandes de salaires d'ouvriers et gens de mer, de la remise des marchandises et de l'exécution des actes de voiture, des contrats d'affrètements et autres objets de commerce, pourvu que la demande n'excède pas leur compétence*; or, il ne paraît guère contestable que le juge de paix ne puisse, dans les limites de cette compétence commerciale que la loi lui attribue, prononcer la contrainte par corps en vertu de la loi du 15 germinal an vi.

Une autre objection a été faite contre cette nouvelle attribution : où serait porté, a-t-on

dit, l'appel des jugements des justices de paix en matière commerciale? Ce ne pourrait être devant le tribunal civil de l'arrondissement, car il y aurait anomalie, lorsqu'il existe un tribunal de commerce, de voir le tribunal civil juger en matière commerciale; ce ne pourrait être non plus devant le tribunal de commerce, car il serait exorbitant de voir ériger en tribunal d'appel un tribunal d'exception.

On pourrait résoudre cette objection en décidant que les juges de paix connaîtront sans appel de toutes les affaires commerciales qui n'excéderaient pas les limites de leur compétence, et telle était la disposition de la loi du 15 août 1791, que nous venons de citer; on pourrait ajouter que les affaires commerciales étant ordinairement d'une expédition simple et facile, cette disposition ne présenterait aucun danger et serait même favorable au petit commerce; mais votre commission n'a pas pensé qu'il y eût des motifs suffisants pour établir une distinction entre les affaires commerciales et les affaires civiles, et il lui a paru que l'appel devait toujours être autorisé, lorsque la valeur de l'objet du litige excéderait cent francs.

Cet appel ne pourra être porté sans doute devant les tribunaux de commerce qui sont des tribunaux d'exception, mais il peut être porté sans aucun inconvénient devant le tribunal civil d'arrondissement, qui, dans un grand nombre de chefs-lieux, remplit d'ailleurs les fonctions de tribunal de commerce, et il n'y aura pas plus d'anomalie à faire juger par ces tribunaux les appels des jugements des justices de paix en matière commerciale, qu'il n'y en a à faire juger par les cours d'appel les appels des jugements des tribunaux de commerce.

Votre commission a donc l'honneur de vous proposer d'amender la disposition de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi, en y substituant la rédaction suivante :

« Les juges de paix connaissent de toutes actions purement personnelles ou mobilières, tant en matière civile qu'en matière de commerce, sans appel jusqu'à la valeur de

« cent francs et à charge d'appel jusqu'à la  
« valeur de deux cents francs »

« L'appel sera toujours porté devant le  
« tribunal civil d'arrondissement. »

L'art. 2 du projet accorde aux juges de paix le droit de connaître « des demandes en payement d'intérêts, d'arrérages de rentes, de loyers et de fermages, lorsque le capital réuni aux intérêts formant l'objet de la demande ou le montant des loyers ou fermages, pour toute la durée du bail, n'excèdent pas les limites fixées par l'article premier. »

Suivant l'art. 3, les juges de paix connaîtront des mêmes demandes, à quelque valeur que puisse s'élever le capital ou le montant des loyers pour toute la durée du bail, lorsque le montant des intérêts, arrérages, loyers ou fermages réclamés n'excède pas leur compétence et que le titre n'est pas contesté, et l'article 4 applique ces deux dispositions aux loyers, fermages, intérêts et rentes consistant en denrées et prestations appréciables d'après les mercuriales.

Suivant le projet primitif du gouvernement (article 2, n° 8), les juges de paix auraient pu connaître à charge d'appel, à quelque valeur que la demande pût monter, de toutes les demandes de cette nature, lorsque les locations et rentes n'auraient pas excédé trois cents francs de revenu annuel et que le titre n'eût pas été contesté; mais la chambre des représentants a pensé, suivant l'avis de sa commission, qu'il n'y avait pas de motifs suffisants pour s'écarter en cette matière de la règle générale de la compétence; seulement et pour éviter toute espèce d'équivoque à cet égard, elle a établi, dans les articles 2 et 3, une distinction conforme aux vrais principes. Si le titre n'est pas contesté, le montant des arrérages ou fermages réclamés doit seul être pris en considération pour régler la compétence; mais s'il est contesté, on ne peut la déterminer alors, qu'en réunissant le capital aux intérêts qui forment l'objet de la demande, ou en cumulant les loyers ou fermages pour toute la durée du bail.

Votre commission a donc adopté sans observation les dispositions des articles 2, 3 et 4 du projet.

L'extension de la compétence des juges de paix devait nécessairement s'appliquer aux demandes en résolution du bail et en expulsion à son expiration, que la loi du 5 octobre 1833 a placées dans leurs attributions, lorsque la valeur des loyers ou fermages pour toute la durée du bail n'excède pas les limites de leur compétence; l'article 5 du projet qui vous est soumis a donc pour objet d'indiquer que les limites de cette compétence seront désormais celles fixées par la loi nouvelle.

Votre commission pense que cette disposition aurait pu être omise puisque la loi générale qui étend les limites de la compétence devait nécessairement modifier sous ce rapport la disposition précitée de la loi du 5 octobre 1833; cependant elle ne voit aucun inconvénient à introduire cette disposition dans la loi actuelle afin d'éviter toute incertitude, si toutefois il avait pu en exister.

L'article 6 du projet autorise les juges de paix à connaître des demandes en validité ou en mainlevée des saisies-gageries et des saisies sur débiteurs forains lorsque les causes de ces saisies rentrent dans leur compétence.

Cette disposition ne fait que reproduire, en ce qui concerne les saisies-gageries, celles de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 5 octobre 1833, mais en y ajoutant les saisies sur débiteurs forains. L'utilité de cette disposition ne peut être contestée, on peut même dire qu'elle était nécessaire, puisque la saisie n'est dans ces deux cas qu'un accessoire de la demande, qu'une voie d'exécution anticipée, autorisée par la loi, et que la compétence du juge doit être naturellement déterminée, en cette matière, par l'étendue des causes de ces saisies.

Mais le projet du gouvernement avait été beaucoup plus loin (art. 2, n° 7), car il attribuait aux juges de paix la connaissance des demandes en validité ou en mainlevée des saisies-arrêts ou oppositions, ainsi que de celles en permission de ces saisies, lorsqu'il s'agissait

de sommes qui rentreraient dans leur compétence.

Mais la commission de la chambre des représentants a repoussé, avec beaucoup de raison, selon nous, une innovation qui, dans plusieurs circonstances, aurait pu présenter de graves dangers; les conséquences d'une saisie-arrêt témérairement pratiquée peuvent être quelquefois si désastreuses pour la fortune d'un particulier, qu'il importe que la faculté de les permettre, même pour des sommes minimales, n'appartienne qu'à un magistrat d'un ordre plus élevé; d'ailleurs les formalités spéciales de cette espèce de poursuite sont trop compliquées et peuvent donner lieu à des difficultés trop sérieuses pour que la connaissance puisse en être attribuée aux juges de paix.

Nous avons dit que l'art. 6 reproduisait, quant aux saisies-gageries, les dispositions de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 5 octobre 1855 : il y a cependant une différence essentielle qu'il importe de signaler, c'est que, d'après la loi de 1855, il fallait, pour déterminer la compétence du juge de paix en cette matière, prendre en considération la valeur des loyers ou fermages pour toute la durée du bail, tandis que, d'après le projet actuel, on ne devra avoir égard qu'aux causes mêmes de la saisie-gagerie, ce qui est incontestablement plus rationnel.

Le second paragraphe de l'art. 6 autorise les juges de paix à permettre de saisir à l'instant et sans commandement préalable, et il n'est pas douteux que l'on n'a entendu leur accorder cette faculté que pour les saisies-gageries et les saisies sur débiteurs forains, et seulement lorsque les causes de ces saisies rentrent dans leur compétence; cependant cette disposition insérée dans un paragraphe isolé de la disposition principale, pourrait laisser quelque incertitude et c'est pour la prévenir que votre commission propose d'ajouter deux mots à ce paragraphe, en disant : *Ils peuvent, dans ce cas, permettre de saisir à l'instant et sans commandement préalable.*

Le 3<sup>e</sup> paragraphe de l'art. 6 statue que, s'il y a opposition de la part de tiers, pour des

sommes qui, réunies, excèdent leur compétence, les juges de paix en renverront la connaissance au tribunal de première instance. Cette disposition n'a pas besoin de justification, mais peut-être la rédaction aurait-elle pu en être plus claire et indiquer d'une manière plus précise que le renvoi s'applique tout à la fois aux demandes en validité ou mainlevée et aux oppositions, en disant par exemple : *Ils renverront au tribunal de première instance, la connaissance de ces demandes et oppositions.*

L'article 7 du projet de loi qui vous est soumis n'est que la reproduction des dispositions des nos 1, 3, 4 et 5 de l'article 10 de la loi de 1790, qui déterminaient les matières dont les juges de paix peuvent connaître sans appel jusqu'au taux de leur compétence en dernier ressort, et à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse monter. L'expérience d'un demi-siècle a suffisamment justifié l'utilité de ces dispositions et le projet nouveau ne fait qu'élever la compétence en dernier ressort au taux fixé par l'article premier.

Cependant on a ajouté au n<sup>o</sup> 1<sup>er</sup> de l'article 10 de la loi de 1790, qui ne comprenait que les actions pour dommages faits aux champs, fruits et récoltes, soit par les hommes, soit par les animaux, les actions relatives à l'élagage des arbres, aux haies, et au curage, soit des fossés, soit des canaux servant à l'irrigation des propriétés ou au mouvement des usines, lorsque les droits de propriété et de servitude ne sont pas contestés. Cette disposition a été empruntée textuellement de l'article 5, n<sup>o</sup> 1 de la nouvelle loi française du 25 mai 1838. Jusqu'ici ces actions avaient été portées devant les tribunaux d'arrondissement, quoiqu'elles soient généralement d'un mince intérêt et que la présence du juge sur les lieux soit souvent nécessaire pour les résoudre; il était donc convenable de les placer désormais sous la compétence des juges de paix et de les ranger dans la catégorie de celles énumérées dans l'article dont nous nous occupons.

L'article 8 contient une disposition tout à

fait nouvelle et qui a été jugée nécessaire pour ne pas rendre en quelque sorte illusoire les principaux avantages que l'on attend de la loi soumise à vos délibérations.

Rien n'est plus facile que de déterminer la compétence lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent ou d'un objet appréciable d'après les mercuriales; mais lorsqu'il s'agit d'une valeur indéterminée, la législation actuelle ne fournissant aucun moyen d'en fixer la valeur à l'effet de régler la compétence, il en résultait que, pour des objets de la plus minime valeur, il était facultatif au demandeur de faire subir à son adversaire deux degrés d'instance ou de porter l'affaire directement devant les tribunaux d'arrondissement, dans les matières où la compétence des juges de paix est limitée par la valeur de l'objet.

C'est à cet inconvénient que l'article 8 du projet a voulu remédier en statuant que dans tous les cas où il ne s'agirait pas d'une somme d'argent ou d'un objet appréciable d'après les mercuriales, la compétence serait déterminée par l'évaluation que le demandeur serait tenu de donner, à peine de se voir refuser toute audience.

Et le second paragraphe ajoute, que le défendeur pourra se libérer en acquittant le prix de cette évaluation, sans préjudice des dépenses s'il y a lieu.

Cette disposition n'est pas sans doute à l'abri de toute objection : d'un côté on peut trouver étrange d'accorder ainsi à l'une des parties, le droit de faire arbitrairement une évaluation qui détermine irrévocablement la compétence du juge, d'un autre côté il pourra paraître injuste dans certains cas, d'obliger le demandeur à libérer son adversaire, en recevant le prix de sa propre évaluation, et ce cas se présenterait, par exemple, s'il s'agissait de la revendication d'un objet mobilier de peu d'importance, mais à la possession duquel on attacherait surtout une valeur d'affection.

Malgré ces raisons, votre commission n'a pas cru devoir repousser une disposition qu'elle considère, en quelque sorte, comme la sanc-

tion de la loi, et c'eût été réellement la rendre illusoire que d'autoriser le défendeur à contester l'évaluation du demandeur et à obliger ainsi le juge de paix à prononcer d'abord par une disposition distincte sur sa propre compétence; c'eût été même aller directement contre le but que l'on veut atteindre, puisque ce jugement de compétence étant susceptible d'appel, il aurait fallu dans ce cas deux jugements au lieu d'un.

Cependant, tout en adoptant cette disposition, votre commission a pensé qu'il pouvait être utile d'introduire un amendement dans cet article. D'après les termes dans lesquels il est conçu, il semble que l'évaluation, que le demandeur est tenu de donner, peut être déterminée par des conclusions prises à l'audience, et ne doit pas l'être par l'exploit introductif. Or c'est un principe constant en matière de procédure, que l'exploit d'ajournement doit présenter d'une manière claire et complète l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens à l'appui; il faut donc que le défendeur puisse trouver dans cet exploit, tous les renseignements qui lui sont nécessaires, pour apprécier tout à la fois le mérite de l'action qui lui est intentée et la compétence du juge devant lequel il est traduit.

Votre commission a donc pensé qu'il était convenable et conforme aux principes, d'ordonner au demandeur de faire son évaluation par l'exploit introductif lui-même et de prendre cet exploit pour base définitive de la compétence. Si vous accueillez cet amendement, la rédaction du 1<sup>er</sup> paragraphe de l'article 8 serait modifiée de la manière suivante :

*La compétence, s'il s'agit d'une somme d'argent ou d'un objet appréciable d'après les mercuriales, sera déterminée par les conclusions de l'exploit introductif d'instance; et dans tous les autres cas, par l'évaluation que le demandeur sera tenu de donner par ledit exploit, à peine de se voir refuser toute audience.*

L'art. 9 du projet de loi détermine les affaires dont les juges de paix connaîtront dans

tous les cas en premier degré d'instance, c'est-à-dire à la charge d'appel et sans distinction de premier ou dernier ressort. Ce sont d'abord les actions possessoires énumérées sous le n° 2 de l'art. 10 de la loi de 1790, et qu'il était rationnel de comprendre sous une disposition séparée, puisque, pour ces sortes d'actions, les juges de paix n'ont point de compétence en dernier ressort, comme pour celles mentionnées dans l'art. 7 du projet actuel, et dès lors la disposition de l'art. 8 cesse aussi de leur être applicable.

La rédaction de cet article n'est pas cependant la même que celle de l'art. 10 n° 2 de la loi de 1790, et la chambre des représentants y a introduit différentes modifications dont votre commission s'empresse de reconnaître l'utilité.

C'est ainsi qu'au lieu de parler seulement *des entreprises sur les cours d'eau servant à l'arrosage des prés*, elle parle généralement *des entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés et au mouvement des usines et moulins*, en réservant les attributions de l'autorité administrative dans les cas déterminés par les lois et règlements.

C'est ainsi qu'aux actions possessoires proprement dites, elle a ajouté les dénonciations de nouvel œuvre et les actions en réintégration, qui rentrent évidemment dans la catégorie des actions possessoires, mais à l'égard desquelles il s'était élevé parmi les jurisconsultes et dans la jurisprudence une divergence d'opinions sur le point de savoir si ces actions doivent être nécessairement appuyées sur la possession annale; or, la loi nouvelle fera cesser à cet égard toutes les difficultés.

C'est ainsi encore que l'art. 9 attribue aux juges de paix la connaissance en premier ressort des actions en bornage, de celles relatives à la distance prescrite par la loi, les règlements particuliers et l'usage des lieux, pour les plantations d'arbres et de haies, lorsque la propriété n'est pas contestée et aussi des actions relatives aux constructions et travaux énoncés dans l'art. 674 du code civil, lorsque

la propriété et la mitoyenneté du mur ne sont pas contestées. Ces nouvelles dispositions ont été empruntées à l'art. 5 de la loi française du 25 mai 1858, et il est évident qu'elles consacrent une véritable amélioration, puisque ces sortes d'actions présentent ordinairement peu d'intérêt et que les parties peuvent être souvent conciliées sur les lieux mêmes par le juge de la localité.

L'article 10 statue que l'appel des jugements mal à propos qualifiés en premier ressort, ou qui étant en dernier ressort n'auraient pas été qualifiés, ne sera pas recevable; si au contraire les jugements qualifiés en dernier ressort ont statué sur des questions de compétence, ou sur des matières dont les juges de paix ne pourraient connaître qu'en premier ressort, l'appel sera recevable; mais si le juge de paix s'est déclaré compétent, l'appel ne pourra être interjeté qu'après la décision définitive, ou qu'après un jugement interlocutoire, conjointement avec l'appel de ce jugement.

Cette disposition qui ne fait que retracer avec une légère modification la disposition de l'art. 14 de la loi française du 25 mai 1858, présente bien quelque inconvénient, puisqu'il en résultera que l'on aura procédé frustratoirement sur le fond, lorsque le moyen d'incompétence sera admis en appel; cependant elle est nécessaire si l'on veut atteindre le but de la loi, qui est de simplifier la procédure et d'accélérer l'expédition des affaires devant les justices de paix. Au reste cette disposition ne porte aucune atteinte à ce principe, que la compétence des juges est de droit public et d'ordre public, et qu'il ne leur appartient pas plus de la restreindre que de l'étendre; ce principe consacré par les art. 453 et 454 du code de procédure reste donc intact; seulement il subira dans son application aux jugements des justices de paix cette modification, que le droit d'appeler du jugement de compétence sera suspendu jusqu'à l'appel du jugement interlocutoire ou définitif sur le fond, et on ne verra plus ainsi des débiteurs de mauvaise foi chercher à traîner les

procès en longueur et à fatiguer leurs adversaires, en leur opposant témérairement des exceptions d'incompétence, au moyen desquelles ils pouvaient les conduire en appel avant toute discussion du fond.

Nous ferons observer qu'il a été introduit dans cet article un changement qui le rend plus complet et meilleur que celui de la loi française : ce changement consiste à n'autoriser l'appel du jugement de compétence, que conjointement avec l'appel du jugement *interlocutoire* ou définitif ; or, la loi française autorise l'appel du jugement de compétence, même isolément, puisqu'elle n'exige pas qu'il soit interjeté en même temps que celui des jugements définitifs, et elle ne parle pas des jugements *interlocutoires*, quoiqu'une disposition formelle de la loi autorise l'appel séparé de ces jugements.

Votre commission se rallie donc entièrement à l'art. 10 du projet qui vous est soumis.

L'art. 11 porte que, dans les cantons où le besoin du service l'exigera, le gouvernement pourra, sur l'avis du tribunal de l'arrondissement, autoriser les huissiers des cours et tribunaux de première instance à instrumenter concurremment avec les huissiers des justices de paix, et aux termes de l'art. 12, dans toutes les causes, autres que celles où il y aurait péril en la demeure, et celles dans lesquelles le défendeur serait domicilié hors du canton ou des cantons de la même ville, le juge de paix pourra interdire aux huissiers de sa résidence, de donner aucune citation en justice, sans qu'au préalable il n'ait appelé, sans frais, les parties devant lui.

Ces deux dispositions n'existaient ni dans le projet primitif du gouvernement ni dans la loi présentée par la commission de la chambre des représentants ; elles ont été introduites dans la loi sur deux amendements présentés par deux honorables membres de cette chambre ; la première a pour objet d'assurer les besoins du service, dans les localités où les huissiers attachés à la justice de paix ne pourraient y suffire ; la seconde, empruntée à la

loi française du 25 mai 1838, a été dictée par une pensée très-louable, celle de concilier, s'il est possible, un plus grand nombre de parties.

Votre commission a examiné attentivement, messieurs, ces deux dispositions nouvelles, et quoiqu'elle applaudisse aux motifs qui les ont fait introduire dans le projet de loi qui vous est soumis, elle a pensé néanmoins que la première de ces dispositions devait être modifiée et que la seconde devait être supprimée.

D'abord nous devons faire observer que ces deux dispositions présentent entre elles une espèce de contradiction ou tout au moins d'inconciliabilité : supposons en effet que dans un chef-lieu de province, ou dans toute autre localité où il existe un grand nombre d'huissiers, le gouvernement ait autorisé ces huissiers à instrumenter concurremment avec ceux de la justice de paix, comment serait-il possible que le juge de paix pût interdire à tous ces huissiers de donner aucune citation en justice, sans qu'au préalable il n'eût appelé sans frais les parties devant lui ?

Dans l'état actuel de la législation, les juges de paix sont investis du droit de nommer eux-mêmes leurs huissiers ; ils doivent en nommer un au moins et deux au plus, et ils ne peuvent choisir ces huissiers que parmi ceux attachés aux tribunaux de première instance et aux cours d'appel, pourvu qu'ils résident dans leur ressort, et ce n'est que dans le cas où il n'y aurait point d'huissier de cette qualité résidant dans le canton, qu'ils peuvent en choisir parmi les autres citoyens, mais dans ce cas sans l'approbation du tribunal de première instance, qui doit confirmer leur nomination.

Telles sont les dispositions de la loi du 28 floréal an x qui a été jusqu'ici en vigueur et dont l'exécution ne doit avoir donné lieu à aucune plainte. Les besoins du service ont été généralement assurés dans tous les cantons, au moyen d'un seul huissier par justice de paix, et s'il en existe quelques-unes dans le royaume auxquelles deux huissiers soient attachés, nous croyons que le nombre en est fort restreint, et

il suffit de consulter les statistiques judiciaires, pour se convaincre qu'un huissier peut généralement suffire partout aux nécessités du service ; de sorte que si la loi nouvelle, en augmentant le nombre des affaires de ces juridictions, révèle, ce qui est peu probable, la nécessité d'augmenter le nombre de leurs huissiers, le juge de paix pourra user de la faculté qui lui est accordée par la loi, d'en nommer un second ; enfin et pour prévenir l'objection que dans certaines localités, ce nombre pourrait être insuffisant encore, on pourrait laisser aux tribunaux d'arrondissement la faculté d'autoriser les juges de paix à augmenter le nombre de leurs huissiers.

Votre commission a pensé qu'il y avait des motifs puissants, pour ne pas modifier autrement la législation existante ; il importe que les huissiers des justices de paix restent sous la main et sous l'influence des magistrats auxquels ils sont attachés ; placés sous leurs ordres, obligés de faire le service de leurs audiences et l'appel des causes, il est juste qu'ils trouvent un dédommagement dans le privilège dont ils jouissent, de signifier seuls les exploits concernant cette juridiction ; or ce privilège deviendrait illusoire, s'il était partagé entre un trop grand nombre d'huissiers, et le juge perdrait en partie l'autorité qu'il doit exercer sur cette classe de fonctionnaires, s'il ne trouvait la garantie du respect et de la déférence qui lui sont dus, dans la crainte même de perdre la position qu'ils tiennent de lui.

Votre commission vous propose donc de modifier la rédaction de l'article 11 en disant : *que dans les cantons, où le besoin du service l'exigera, le gouvernement pourra, sur l'avis du tribunal de l'arrondissement, autoriser les juges de paix à augmenter le nombre de leurs huissiers.* Cette nouvelle rédaction lui a paru répondre complètement aux motifs qui ont dicté la disposition qu'elle est destinée à remplacer.

Quant à l'art. 12, quelques observations suffiront pour vous démontrer qu'il serait à peu près impraticable ; en effet, les juges de

paix ont leurs jours d'audience fixés régulièrement ; il est libre à tout citoyen d'appeler son adversaire en justice, à toutes les audiences indiquées par le règlement de chaque juridiction : presque toujours l'huissier reçoit le projet de citation soit du demandeur lui-même, soit de son conseil, qui souvent sont domiciliés à une assez grande distance ; devra-t-il, avant de signifier l'exploit, en communiquer le projet au juge de paix ? Le projet de loi ne lui en impose pas l'obligation, et jusqu'ici il a toujours pu assigner immédiatement, sans en référer au juge, qui le plus souvent n'est averti, qu'à l'audience même, de l'existence des causes qui sont portées devant lui ; cependant, si cette obligation n'est pas imposée à l'huissier, comment le juge de paix pourra-t-il être informé de l'action que l'on se propose d'intenter ? Ce sera donc au hasard et sur des renseignements plus ou moins équivoques, que le juge appellera devant lui des parties qui quelquefois n'auront jamais eu l'idée de plaider l'une contre l'autre.

Pour qu'une semblable disposition pût avoir sa sanction, il faudrait que l'huissier ne pût faire de citation sans l'autorisation préalable ou une cédula du juge, mais alors d'autres inconvénients se présentent en foule : il dépendrait du juge de paix d'entraver l'action de la justice, en refusant la permission de citer, jusqu'à ce qu'il eût fait usage de la faculté que la loi lui accorde, et quel serait le délai dans lequel le juge devrait faire usage de cette faculté, quels moyens aurait le demandeur de vaincre son inertie, si après s'être réservé ce droit il tardait à en faire usage ?

Et après tout, quel motif si pressant y aurait-il pour changer à cet égard la législation existante ? Aucun, si ce n'est d'éviter seulement les frais d'une citation préalable ; car enfin, rien n'empêche que le juge, après cette citation, ne puisse, avant d'entrer dans le fond de la cause, épuiser tous les moyens de raison et d'influence qu'il lui sera possible d'employer pour essayer de concilier les parties.

Votre commission, déterminée par toutes



ces considérations, persiste donc à penser que l'art. 12 du projet est tout à fait inutile, qu'il serait d'ailleurs d'une exécution difficile et presque impossible, et elle a l'honneur de vous en proposer la suppression.

Cet article pourrait être utilement remplacé par une disposition nouvelle qui serait la dernière du titre 1<sup>er</sup> du projet de loi concernant les justices de paix.

Une disposition analogue à celle que nous voulons indiquer avait été adoptée par la chambre des représentants, lors de son premier vote, sur la proposition de l'honorable M. Lys; elle consistait à réduire à trois jours le délai de huitaine avant lequel l'appel des jugements des justices de paix, comme celui des jugements de première instance, ne peut être interjeté, et à réduire à un mois le délai de trois mois fixé pour cet appel par l'art. 16 du code de procédure.

Mais lors du second vote de la loi, des objections ayant été faites au sujet de la réduction du délai de huitaine, la chambre des représentants décida que ce délai serait maintenu et que l'on resterait dans les termes du droit commun; en conséquence la chambre a pensé que l'article qui avait été primitivement adopté devenait inutile, et devait être supprimé; mais cet article, ainsi qu'on vient de le voir, contenait une autre disposition qui réduisait à un mois le délai de l'appel, sauf l'augmentation à raison des distances pour les personnes domiciliées hors du canton; or, on ne conçoit pas pourquoi cette dernière disposition n'a pas été maintenue, puisqu'il existait tant de motifs pour la justifier.

En effet, le principal but de la loi qui nous est présentée, est d'accélérer la distribution de la justice et l'expédition des affaires; or, l'un des moyens à employer pour atteindre ce but, c'est d'abrégé les délais de l'appel, lorsqu'on peut le faire sans compromettre les intérêts des justiciables. On comprend facilement que le délai de trois mois peut être nécessaire pour l'appel des jugements des tribunaux d'arrondissement et de commerce, en raison de

l'importance de leur objet; mais il n'en est pas de même pour les jugements des justices de paix, qui n'ont souvent pour objet qu'une valeur très-minime ou fort restreinte, et l'on doit convenir qu'il y a une espèce d'anomalie à mettre les uns et les autres sur la même ligne, quant aux délais d'appel.

Votre commission a donc pensé que ce délai pouvait sans inconvénient être réduit de moitié, et c'est vainement que l'on objecterait que cette dérogation à la législation existante est inutile, puisque les jugements des justices de paix sont toujours exécutoires par provision nonobstant l'appel et sans caution jusqu'à concurrence de 300 francs; qu'au delà de ce taux, les juges de paix peuvent ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements à charge de donner caution, et qu'enfin il serait toujours facultatif à la partie qui a obtenu le jugement d'en poursuivre l'exécution pour forcer l'appel de son adversaire; car ces objections ne sont pas suffisantes pour démontrer qu'il n'y a pas d'avantage à abréger le délai de l'appel; on sait en effet qu'un plaideur sage et prudent se détermine difficilement à faire exécuter le jugement qu'il a obtenu, avant l'expiration du délai de l'appel, afin de ne pas s'exposer aux dommages-intérêts qui rejailliraient sur lui si ce jugement venait à être réformé.

Votre commission a donc l'honneur de vous proposer d'introduire dans le projet de loi, en remplacement de l'art. 12 qui serait supprimé, un autre article ainsi conçu :

*L'appel des jugements des justices de paix ne sera pas recevable après les six semaines qui suivront la signification à l'égard des personnes domiciliées dans le canton. Celles domiciliées en dehors du canton jouiront en outre des délais réglés par les art. 73 et 1033 du code de procédure civile.*

Le titre 2 de la loi qui vous est soumise traite de la compétence des tribunaux de première instance et comprend 7 articles.

L'art. 13 présente deux dispositions, dont la première double la compétence des tribunaux de première instance, en l'élevant jusqu'à la

valeur de 2,000 fr. en principal, dans toutes les actions personnelles ou mobilières, et tous les motifs, qui ont été invoqués déjà pour justifier le doublement de la compétence des juges de paix, s'appliquent avec non moins de force à la compétence de ces tribunaux. L'un des principaux avantages qui résulteront de cette mesure, c'est la diminution du nombre des appels qui seront portés devant les cours, ce qui permettra, peut-être, de vider, quoique successivement et à la longue, l'arriéré considérable dont quelques-unes de ces juridictions sont encombrées.

Quant aux actions réelles immobilières, la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance s'élèvera jusqu'à 75 francs de revenu déterminé soit en rente, soit par prix de bail.

Ces proportions sont différentes de celles qui avaient été adoptées par la loi de 1790, elles diffèrent également de celles qu'a consacrées la nouvelle loi française.

Suivant l'art. 5 du titre IV de la loi de 1790, le taux du dernier ressort était fixé à 1,000 liv. en principal, pour toutes les actions personnelles ou mobilières et à 50 livres de revenu pour les actions immobilières.

La loi du 11 avril 1838 n'a porté ces valeurs qu'à 1,500 francs de principal et 60 francs de revenu; votre commission a pensé que le chiffre fixé par le projet de loi qui vous est soumis était plus en rapport avec la valeur relative des objets mobiliers et immobiliers, elle a trouvé d'ailleurs qu'il n'y aurait aucun motif fondé pour élever seulement de moitié en sus le taux de la compétence des tribunaux de première instance, alors qu'on a doublé celui de la compétence des justices de paix.

Mais si le revenu de l'immeuble n'est déterminé ni en rente, ni par prix de bail, il sera déterminé par la matrice du rôle de la contribution foncière au moment de la demande, pourvu que ce revenu s'y trouve spécialement déclaré. Telle est la disposition du second paragraphe de l'art. 13, et elle n'a pas besoin de justification.

Cependant il serait possible que le revenu de l'objet litigieux ne fût pas spécialement indiqué par la matrice de rôle, ou qu'il s'agit d'un objet mobilier d'une valeur indéterminée; dans ce cas, l'art. 14 impose au demandeur l'obligation de déterminer cette valeur par ses conclusions, à peine de voir rayer la cause du rôle et d'être condamné aux dépens.

Cette disposition est analogue à celle de l'art. 8, et votre commission n'a d'autre observation à faire qu'à reproduire et pour les mêmes motifs, la proposition qu'elle a faite, d'obliger le demandeur à faire cette évaluation par l'exploit introductif d'instance.

Si vous accueillez cette proposition, l'art. 14 serait rédigé en ces termes :

*Si la valeur de l'objet mobilier est indéterminée, le demandeur devra la déterminer par l'exploit introductif d'instance, à peine d'être déclaré non recevable et d'être condamné aux dépens.*

Cette modification en entraîne nécessairement une autre à la rédaction de l'art. 15, qui statue que la cause sera également rayée du rôle avec dépens, si la demande a pour objet des dommages-intérêts soit principaux, soit accessoires, qui n'auraient pas été évalués et spécialement motivés dans les conclusions.

Cet article devrait être conçu en ces termes :

*Le demandeur sera également déclaré non recevable et condamné aux dépens, si la demande a pour objet des dommages-intérêts, soit principaux, soit accessoires, qui n'auraient pas été évalués et spécialement motivés, soit dans l'exploit introductif, s'ils sont réclamés par instance principale, soit dans les conclusions qui seront prises à ce sujet, s'ils sont réclamés accessoirement dans le cours d'une instance pendante entre parties.*

En effet, il n'y a aucun motif de s'écarter de la règle générale, lorsque la demande des dommages-intérêts forme elle-même l'objet de la demande principale; mais lorsque la demande est formée dans le cours de l'instance et accessoirement à une autre demande déjà pendante, il faut bien admettre alors que l'éva-

luation puisse être faite par les premières conclusions qui seront prises pour réclamer ces dommages-intérêts.

Suivant l'art. 16 du projet qui vous est soumis, le défendeur pourra se libérer en acquittant le prix de l'évaluation, pourvu qu'il s'agisse d'une demande ou d'un chef de demande purement personnelle et mobilière, sans préjudice des intérêts et des dépens, s'il y a lieu. Cette disposition ne fait que reproduire, en l'appliquant aux tribunaux de première instance, celle du second paragraphe de l'art. 8 relative aux justices de paix; votre commission ne peut donc que se référer aux observations qu'elle vous a déjà soumises à cet égard.

Il est impossible de se dissimuler que ces dispositions présentent un principe nouveau, exorbitant et dont l'application ne sera pas toujours sans inconvénient et sans danger; cependant on ne peut méconnaître qu'elles étaient nécessaires, si l'on voulait que la loi proposée produisît tous les avantages que l'on peut en attendre, en mettant autant que possible un terme à ces actions pour des objets d'une valeur indéterminée, et qui laissent toujours au plaideur de mauvaise foi la faculté d'appeler du jugement qui l'a justement condamné. Votre commission adopte donc la disposition de l'art. 16, en faisant observer toutefois qu'au lieu des mots *personnelle et mobilière*, il convient de dire *personnelle ou mobilière*, pour mettre la rédaction en rapport avec celle des art. 1 et 15 du projet.

L'une des principales objections faites contre le principe de l'art. 14, résultait de ce que l'on donnait au demandeur le pouvoir arbitraire de déterminer seul la compétence du juge en dernier ressort; l'art. 17 du projet répond à cette objection pour le cas où il s'agit d'un objet immobilier, dont la valeur ne peut être déterminée de la manière indiquée à l'art. 3, en donnant au défendeur le droit de présenter aussi son évaluation; votre commission n'a donc pas hésité à adopter cette disposition, mais elle doit faire observer que sa rédaction

devra nécessairement être modifiée, si vous adoptez l'amendement qu'elle a proposé plus haut, et qui consiste à imposer au demandeur l'obligation de présenter son évaluation dans son exploit introductif d'instance.

L'art. 17 devrait donc être rédigé de la manière suivante, pour être mis en harmonie avec l'amendement précédemment proposé :

*Lorsque la valeur d'un objet immobilier ne pourra être déterminée de la manière indiquée en l'art. 13, le demandeur devra la déterminer dans son exploit introductif d'instance, et le défendeur, dans les premières conclusions qu'il fera signifier dans l'instance. Si l'évaluation la plus élevée n'excède pas les limites du dernier ressort, l'affaire sera jugée sans appel, dans le cas contraire, l'affaire sera jugée en premier ressort.*

*A défaut d'évaluation par le demandeur, il sera déclaré non recevable et condamné aux dépens, et à défaut d'évaluation par le défendeur, la compétence du juge sera déterminée par celle faite par le demandeur.*

*Toutefois, lorsque le demandeur n'aura pas présenté son évaluation dans l'exploit introductif, le défendeur pourra poursuivre la cause en faisant l'évaluation, laquelle dans ce cas déterminera la compétence du juge.*

L'article 18 ne fait qu'appliquer aux tribunaux de 1<sup>re</sup> instance la règle déjà consacrée pour les justices de paix par les articles 2 et 3 du projet, en statuant que ces tribunaux connaissent en dernier ressort des demandes en paiement d'intérêts, d'arrérages de rentes, de loyers et fermages, lorsque ces demandes n'excèdent pas 2,000 francs, à quelque valeur que le capital ou le montant des loyers ou fermages pour toute la durée du bail puissent s'élever, *pourvu que le titre ne soit point contesté.*

L'article 19 consacre deux innovations importantes à la législation actuelle : suivant l'article 155 du code de procédure, l'exécution provisoire doit être ordonnée sans caution, s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente dont il

n'y a pas appel; mais le juge ne peut l'ordonner que lorsqu'elle est demandée, et il n'arrive que trop souvent que la partie néglige de le faire, et se trouve ainsi exposée à subir les longueurs et les frais d'une instance d'appel. Le 1<sup>er</sup> § de l'article 19 obviendra à cet inconvénient, en imposant au juge l'obligation de prononcer l'exécution provisoire, même d'office, dans les cas qui viennent d'être énumérés.

Hors de ces cas, l'article 135 n'autorise l'exécution provisoire que dans certains cas spéciaux, dont il donne la nomenclature, en laissant aux juges la faculté de l'ordonner, *avec ou sans caution*. Le second paragraphe de l'article 19 abroge cette disposition, en autorisant le juge à ordonner dans tous les autres cas l'exécution provisoire, avec ou sans caution.

Votre commission a reconnu l'utilité de ces deux innovations, dont l'effet infaillible sera de diminuer le nombre de ces appels téméraires dictés par la passion, l'esprit de chicane ou de vengeance, et que l'on n'interjettera plus avec la même facilité, lorsqu'ils n'auront plus pour effet de suspendre l'exécution des jugements; il n'est pas à craindre non plus que les tribunaux abusent de ce pouvoir, qui ne sera entre leurs mains qu'une arme répressive de la mauvaise foi, l'esprit de sagesse et de prudence, qui anime la magistrature belge, garantit assez qu'elle n'usera de cette faculté qu'avec une grande circonspection, et jamais dans le cas où les questions qu'elle sera appelée à résoudre présenteront des difficultés assez graves, des doutes assez sérieux pour que l'on puisse prévoir l'éventualité de la réformation du jugement. Une autre garantie encore se trouvera dans l'intérêt même de la partie qui aura obtenu le jugement, et qui ne se décidera pas facilement à pratiquer une exécution provisoire, qui pourrait attirer sur elle des dommages-intérêts considérables, si le jugement venait à être réformé.

Enfin, pour démontrer que cette extension de pouvoir accordée aux tribunaux de première instance n'a rien de bien exorbitant, il suffira de rappeler que l'article qui vous est proposé

ne fait que conférer aux tribunaux de première instance un pouvoir, que l'article 17 du code de procédure civile avait accordé aux juges de paix avec cette seule différence, qu'au delà de la somme de 300 francs les juges de paix ne peuvent ordonner l'exécution provisoire qu'à la charge de donner caution, tandis que les tribunaux de première instance pourront toujours l'ordonner sans caution, lorsqu'ils le jugeront convenable. On voit donc qu'il n'y a aucune objection sérieuse à faire contre une disposition qui ne fait qu'étendre à des magistrats d'un rang plus élevé, dans les limites de leur compétence, une attribution dont jouissent, depuis plus de trente ans, des magistrats d'un ordre inférieur et dont l'expérience n'a jamais révélé jusqu'ici l'inconvénient ou le danger.

Le titre 3 du projet qui vous est soumis, traite de la compétence des tribunaux de commerce, et se compose uniquement de l'art. 20, qui élève aussi la compétence en dernier ressort de ces tribunaux, jusqu'à la valeur de 2,000 fr. en principal.

Votre commission a pensé que l'adoption de cette disposition était la conséquence en quelque sorte nécessaire de l'adoption des articles 1 et 13 du projet qui doublent le taux de la compétence des juges de paix et des tribunaux de première instance; en effet, le motif dominant du projet est la dépréciation du type monétaire que l'on peut sans exagération évaluer à plus de moitié, si l'on compare à l'époque actuelle celle où a été fixé primitivement le taux de la compétence en matière civile, or, ce motif milite avec autant de force pour déterminer la compétence des tribunaux de commerce.

A la vérité la compétence de ces tribunaux n'a pas été fixée par la loi de 1790, mais par l'art. 639 du code de commerce, qui ne compte que 33 ans d'existence; mais outre que cette différence n'est pas de nature à altérer sensiblement la proportion qui vient d'être indiquée, c'est qu'il y aurait une véritable anomalie à faire une distinction entre les deux

juridictions. Vous savez que dans les chefs-lieux d'arrondissement, où le gouvernement n'a pas institué de tribunaux de commerce (et c'est le plus grand nombre), les tribunaux de première instance en remplissent les fonctions; or, ne serait-il pas étrange que les mêmes juges n'eussent pas une compétence uniforme pour toutes les affaires de leur juridiction? Il y a des causes qui sont commerciales ou civiles, suivant la qualité du défendeur; supposons, par exemple, un marché entre une société charbonnière et un propriétaire d'usines pour lui fournir des charbons de son exploitation; un procès s'élève sur l'exécution de ce marché, eh bien! la cause devra être portée devant le tribunal de commerce, si c'est le propriétaire d'usines qui est défendeur; *vice versa*, si c'est lui qui assigne la société charbonnière, il devra porter son action devant la juridiction civile. L'affaire serait identiquement la même dans l'un et l'autre cas, et cependant le taux de la compétence serait différent. Cette bizarrerie ne serait pas justifiable.

Toutefois, en approuvant la disposition qui vous êtes soumise, comme étant la conséquence rationnelle des autres dispositions du projet, votre commission croit devoir appeler l'attention du gouvernement sur le point de savoir, s'il n'y aurait pas quelque chose à faire, pour améliorer l'augmentation de la justice consulaire et prévenir ainsi le danger que pourrait faire craindre cette extension de compétence: il est incontestable que la plupart des causes de commerce qui peuvent donner lieu à une discussion sérieuse, présentent des questions de droit plus ou moins compliquées, de sorte que, pour être un bon jugé de commerce, il faudrait réunir les lumières du négociant à la science du jurisconsulte, ce qu'il est bien difficile de rencontrer. C'est cette difficulté qui a fait naître assez généralement la pensée, que les tribunaux de commerce devraient être composés des juges ordinaires, auxquels se réuniraient, pour l'expédition des affaires commerciales, deux ou trois négociants notables nommés par leurs pairs; et si on

appliquait cette règle aux cours d'appel, on ferait cesser ainsi l'anomalie qui dépare le système actuel, et qui consiste à faire juger les affaires commerciales en première instance par des commerçants non jurisconsultes, et en appel par des jurisconsultes non commerçants. Votre commission n'émet au surplus ces observations que comme des idées qui lui paraissent mériter d'être mûries et méditées par le gouvernement, lorsqu'il s'occupera de la révision générale de nos lois de compétence.

Les cinq derniers articles du projet qui vous a été renvoyé, comprennent des dispositions générales, dont la plus essentielle est celle de l'art 21, relative aux demandes reconventionnelles. Suivant cet article, qui apporte une utile dérogation à la jurisprudence établie, il ne faudra plus calculer la valeur de la demande principale et de celle reconventionnelle ou en compensation, pour déterminer le taux de la compétence: si chacune d'elles est susceptible d'être jugée en dernier ressort, le juge prononce sur toutes deux sans appel; au contraire, il ne prononcera qu'en premier ressort si l'une des deux ne peut être jugée qu'à charge d'appel; mais il fallait prévoir, relativement aux justices de paix, le cas où la demande reconventionnelle ou en compensation excéderait les limites de la compétence du juge, et dans ce cas l'art. 21 laisse à l'appréciation du juge de décider s'il doit retenir le jugement de la demande principale, ou renvoyer les parties à se pourvoir sur le tout devant le tribunal de première instance, et il se prononcera pour la disposition, s'il reconnaît que la prétendue connexité n'est qu'apparente, que la demande reconventionnelle n'est pas sérieuse, et qu'elle n'a été formée qu'à dessein de traîner l'affaire en longueur et de fatiguer le demandeur en le forçant à porter la cause devant une autre juridiction.

Ces diverses dispositions, toutes empruntées aux nouvelles lois françaises des 11 avril et 25 mai 1838, ont paru à votre commission sages et bien motivées et elle s'empresse de vous en proposer l'adoption.

Le projet primitif du gouvernement conte-

nait deux dispositions qui imposaient aux juges de paix l'obligation de donner au moins trois audiences civiles par semaine et aux tribunaux de première instance au moins quatre audiences pour chacune des chambres; mais il a été reconnu qu'il était impossible de tracer à cet égard une règle applicable à toutes les localités, et on a substitué fort sagement à ces dispositions celle de l'art. 22, qui autorise le gouvernement à fixer le nombre des audiences civiles de chacune des chambres des tribunaux de première instance et de chaque justice de paix, en prenant préalablement l'avis des cours d'appel.

Les articles 22 et 23 du projet contiennent des dispositions transitoires, destinées à prévenir les difficultés qui pourraient s'élever relativement aux instances introduites lors de la mise en vigueur de la loi nouvelle; ces articles ont été adoptés sans observations ainsi que l'art. 25 et dernier du projet, qui maintient toutes les attributions conférées aux tribunaux et aux juges de paix, pour autant qu'il n'y est pas dérogé par la loi nouvelle.

Le gouvernement avait présenté une disposition qui augmentait le traitement des juges de paix et de leurs greffiers, en les portant à 1,500 et 500 fr. dans les chefs-lieux d'arrondissement, et à 1,200 et 400 fr. partout ailleurs; la commission de la chambre des représentants a pensé que cette disposition devait faire l'objet d'une loi spéciale et qu'il convenait de l'ajourner, jusqu'à la publication de la loi des circonscriptions cantonales qui fera mieux connaître l'importance relative de chaque justice de paix; votre commission admet ces raisons, mais en émettant le vœu que la législature puisse s'occuper prochainement de cette loi de circonscription, et que l'état de nos finances nous permette d'améliorer bientôt le sort de cette classe intéressante de magistrats, dont les traitements n'ont jamais été en rapport avec l'importance de leurs fonctions, et le seraient

d'autant moins aujourd'hui, que leurs attributions vont être considérablement augmentées par la loi qui vous est soumise.

Parvenue au terme de la tâche qu'elle tient de votre haute confiance, votre commission, à l'honneur de vous proposer l'adoption du projet de loi sur la compétence en matière civile avec les différents amendements successivement indiqués dans le cours de ce rapport.

---

*Projet de loi sur la compétence en matière civile amendé par la commission.*

---

#### TITRE PREMIER. — *Des justices de paix.*

Art. 1. Les juges de paix connaissent de toutes actions purement personnelles ou mobilières, *tant en matière civile qu'en matière de commerce*, sans appel, jusqu'à la valeur de 100 francs, et à charge d'appel, jusqu'à la valeur de 200 francs.

*L'appel sera toujours porté devant le tribunal civil d'arrondissement (1).*

Art. 2. Ils connaissent des demandes en payement d'intérêts, d'arrérages de rentes, de loyers et fermages, lorsque le capital réuni aux intérêts formant l'objet de la demande, ou le montant des loyers ou fermages pour toute la durée du bail, n'excèdent pas les limites fixées par l'article précédent.

Art. 3. Ils connaissent des mêmes demandes, à quelque valeur que le capital ou le montant des loyers ou fermages, pour toute la durée du bail, puisse s'élever, lorsque le montant des intérêts, des arrérages, des loyers ou des fermages formant l'objet de la demande, n'excède pas leur compétence et que le titre n'est pas contesté.

Art. 4. Sont compris dans ces dispositions, projet de loi adopté par la chambre des représentants.

(1) Les caractères italiques indiquent les amendements proposés par la commission du sénat au

les loyers, fermages, intérêts et rentes consistant en denrées et prestations appréciables d'après les mercuriales.

Art. 5. Les juges de paix connaissent de même des demandes en résolution du bail, et de celles en expulsion à son expiration, lorsque la valeur des loyers ou fermages, pour toute la durée du bail, n'excède pas les limites de leur compétence.

Art. 6. Les juges de paix connaissent des demandes en validité ou en mainlevée des saisies-gageries et des saisies sur débiteurs forains, lorsque les causes de ces saisies rentrent dans leur compétence.

Ils peuvent, *dans ce cas*, permettre de saisir à l'instant et sans commandement préalable.

S'il y a opposition de la part de tiers pour des causes et des sommes qui, réunies, excèdent leur compétence, ils renverront au tribunal de première instance, *la connaissance de ces demandes et oppositions*.

Art. 7. Les juges de paix connaissent sans appel, jusqu'à la valeur de 100 fr., et à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse monter :

1° Des actions pour dommages faits, soit par les hommes, soit par les animaux, aux champs, fruits et récoltes; des actions relatives à l'élagage des arbres, aux haies et au curage soit des fossés, soit des canaux servant à l'irrigation des propriétés ou au mouvement des usines lorsque les droits de propriété et de servitude ne sont pas contestés;

(1) Ainsi que le fait remarquer l'honorable M. de Haussy dans son rapport, page 6 ci-dessus, ce paragraphe « Des actions pour injures verbales, rixes et voies de fait, pour lesquelles les parties ne se seront pas pourvues par la voie criminelle » est emprunté à la loi du 24 août 1790. Mais les changements survenus depuis lors dans la législation ne permettent pas de maintenir la dernière partie de cette disposition. En effet, en 1790, le juge de paix n'avait le droit de statuer sur les injures, les rixes et les voies de fait, que dans les cas où la partie lésée s'était pourvue *par action civile*; c'est qu'à cette époque la simple police n'était pas encore confiée aux juges de paix. Or cette attribution leur a été conférée par le Code des délits et des peines, décrété le 4 brumaire an IV. En outre, d'après les art. 576,

2° Des réparations locatives des maisons et des fermes;

3° Des indemnités prétendues par le fermier ou locataire, pour non jouissance, lorsque le droit d'indemnité ne sera pas contesté, et des dégradations alléguées par le propriétaire;

4° Du paiement des salaires des gens de travail, des gages des domestiques et de l'exécution des engagements respectifs des maîtres et de leurs domestiques ou gens de travail;

5° Des actions pour injures verbales, rixes et voies de fait, pour lesquelles les parties ne se sont pas pourvues par la voie criminelle (1).

Art. 8. La compétence, s'il s'agit d'une somme d'argent ou d'un objet appréciable d'après les mercuriales, sera déterminée par les conclusions *de l'exploit introductif d'instance*, et dans tous les autres cas, par l'évaluation *que le demandeur* sera tenu de donner *par ledit exploit*, à peine de se voir refuser toute audience.

Le défendeur pourra se libérer en acquittant le prix de cette évaluation, sans préjudice aux intérêts et aux dépens, s'il y a lieu.

Art. 9. Les juges de paix connaissent en outre à charge d'appel :

Des entreprises commises dans l'année sur les cours d'eaux servant à l'irrigation des propriétés et au mouvement des usines et moulins, sans préjudice des attributions de l'autorité administrative dans les cas déterminés par les lois et par les règlements; des dénonciations de nouvel œuvre, plaintes, actions en

471, nos 11 et 12, et 475, no 8. du Code pénal, et les art. 158 et 159, no 5, du Code d'instruction criminelle, la connaissance des contraventions mentionnées dans le paragraphe dont nous nous occupons appartient au juge de paix comme juge de police. Aussi, dans l'état actuel, soit que la partie lésée agisse par action civile, soit qu'elle prenne la voie criminelle, elle doit également se pourvoir devant le juge de paix, qui, dans le premier cas, statue comme juge civil, et, dans le second, comme juge de police. Il faut donc supprimer, dans la disposition de la loi du 24 août 1790, les mots « pour lesquelles les parties ne se sont pas pourvues par la voie criminelle, » afin de la mettre en harmonie avec les articles ci-dessus indiqués du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.

(Note des éditeurs.)

réintégrande et autres actions possessoires fondées sur des faits également commis dans l'année;

Des actions en bornage, de celles relatives à la distance prescrite par la loi, les règlements particuliers et l'usage des lieux, pour les plantations d'arbres et de haies, lorsque la propriété n'est pas contestée;

Des actions relatives aux constructions et travaux énoncés dans l'art. 674, Code civil, lorsque la propriété ou la mitoyenneté du mur ne sont pas contestées.

Art. 10. Ne sera pas recevable l'appel des jugements mal à propos qualifiés en premier ressort, ou qui, étant en dernier ressort, n'auraient pas été qualifiés. Seront sujets à l'appel les jugements qualifiés en dernier ressort, s'ils ont statué, soit sur des questions de compétence, soit sur des matières dont le juge de paix ne pouvait connaître qu'en premier ressort. Néanmoins si le juge de paix s'est déclaré compétent, l'appel ne pourra être interjeté qu'après la décision définitive ou qu'après un jugement interlocutoire et conjointement avec l'appel de ce jugement.

Art. 11. Dans les cantons où le besoin du service l'exigera, le gouvernement pourra, sur l'avis du tribunal de l'arrondissement, autoriser les juges de paix à augmenter le nombre de leurs huissiers.

Art. 12. *L'appel des jugements des justices de paix ne sera pas recevable après les six semaines qui suivront la signification à l'égard des personnes domiciliées dans le canton. Celles domiciliées en dehors du canton, jouiront en outre des délais réglés par les articles 75 et 1055 du Code de procédure civile.*

## TITRE II. — Des Tribunaux de première instance.

Art. 13. Les tribunaux de première instance connaissent en dernier ressort des actions personnelles ou mobilières, jusqu'à la valeur de 2,000 francs en principal, et des actions réelles immobilières jusqu'à 75 francs de revenu déterminé soit en rente, soit par prix de bail.

Si le revenu de l'immeuble n'est déterminé ni en rente ni par prix de bail, il sera déterminé par la matrice du rôle de la contribution fon-

cière, au moment de la demande, pourvu que ce revenu s'y trouve spécialement déclaré.

Art. 14. Si la valeur de l'objet mobilier est indéterminée, le demandeur devra la déterminer par *l'exploit introductif d'instance*, à peine d'être déclaré non recevable et d'être condamné aux dépens.

Art. 15. *Le demandeur sera également déclaré non recevable et condamné aux dépens, si la demande a pour objet des dommages-intérêts, soit principaux, soit accessoires, qui n'auraient pas été évalués et spécialement motivés, soit dans l'exploit introductif, s'ils sont réclamés par instance principale, soit dans les conclusions qui seront prises à ce sujet, s'ils sont réclamés accessoirement dans le cours d'une instance pendante entre parties.*

Art. 16. Le défendeur pourra se libérer en acquittant le prix de cette évaluation, pourvu qu'il s'agisse d'une demande ou d'un chef de demande purement personnelle ou mobilière, sans préjudice aux intérêts et aux dépens.

Art. 17. *Lorsque la valeur d'un objet immobilier ne pourra être déterminée de la manière indiquée en l'art. 15, le demandeur devra la déterminer dans son exploit introductif d'instance, et le défendeur, dans les premières conclusions qu'il fera signifier dans l'instance. Si l'évaluation la plus élevée n'exécède pas les limites du dernier ressort, l'affaire sera jugée sans appel; dans le cas contraire, l'affaire sera jugée en premier ressort.*

A défaut d'évaluation par le demandeur, il sera déclaré non recevable et condamné aux dépens; et à défaut d'évaluation par le défendeur, la compétence du juge sera déterminée par celle faite par le demandeur.

*Toutefois, lorsque le demandeur n'aura pas présenté son évaluation dans l'exploit introductif, le défendeur pourra poursuivre la cause en faisant l'évaluation, laquelle dans ce cas déterminera la compétence du juge.*

Art. 18. Les tribunaux de première instance connaissent en dernier ressort des demandes en paiement d'intérêts, d'arrérages de rentes, de loyers et fermages, lorsque ces demandes



n'excèdent pas 2,000 francs, à quelque valeur que le capital ou le montant des loyers ou fermages pour toute la durée du bail puissent s'élever, pourvu que le titre ne soit pas contesté.

Art. 19. L'exécution provisoire, sans caution, sera ordonnée, même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait pas d'appel.

Dans tous les autres cas l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution.

### TITRE III. — Des Tribunaux de commerce.

Art. 20. Les tribunaux de commerce jugeront en dernier ressort les actions de leur compétence jusqu'à la valeur de 2,000 francs en principal.

#### DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Art. 21. Lorsqu'à la demande principale il est opposé une demande reconventionnelle ou en compensation, et que chacune d'elles est susceptible d'être jugée en dernier ressort, le juge de paix ou le tribunal de première instance prononcent sur toutes sans appel. Si l'une des demandes n'est susceptible d'être jugée qu'à charge d'appel, il ne sera prononcé sur toutes qu'en premier ressort.

Si la demande reconventionnelle ou en compensation excède les limites de la compétence

du juge de paix, il pourra, soit retenir le jugement de la demande principale, soit renvoyer sur le tout les parties à se pourvoir devant le tribunal de première instance, sans préliminaire de conciliation.

Art. 22. Le gouvernement, sur l'avis des cours d'appel, pourra fixer pour chacune des chambres des tribunaux de première instance et pour chaque justice de paix, le nombre des audiences civiles.

Art. 23. Toutes les affaires régulièrement introduites avant la mise en vigueur de la présente loi, seront continuées devant le juge qui en est saisi; elles seront instruites et jugées conformément à la présente loi. Sont exceptées les affaires dans lesquelles il y aurait clôture des débats sur le fond avant la mise en vigueur de la loi.

Pourra néanmoins le demandeur renoncer à son action et en intenter une nouvelle, à charge de supporter les frais de la renonciation.

Art. 24. Dans toutes les instances dans lesquelles il n'est intervenu aucun jugement interlocutoire ni définitif, le droit d'interjeter appel sera réglé d'après les dispositions de la présente loi.

Art. 25. Les attributions conférées aux tribunaux et aux juges de paix par la législation existante, sont maintenues, pour autant qu'il n'y est pas dérogé par la présente loi.

---

## DISSERTATION.

---

QUEL EST LE VÉRITABLE SENS DE CETTE RÈGLE, QUE LES PRIVILÉGES SUR LES IMMEUBLES NE PRODUISENT D'EFFET QU'AUTANT QU'ILS SONT RENDUS PUBLICS PAR INSCRIPTION SUR LES REGISTRES DU CONSERVATEUR DES HYPOTHÈQUES, ET A COMPTER DE LA DATE DE CETTE INSCRIPTION (CODE CIVIL, ART. 2106) ?

(1<sup>er</sup> Article.)

Les personnes qui ont étudié la partie du Code civil consacrée aux privilèges immobi-

liers, n'hésitent pas à regarder ce qui concerne la publicité de ces privilèges comme une des matières les plus difficiles du droit. Certains jurisconsultes déclarent même, en traitant ce

sujet, que leurs propres solutions ne satisfont pas l'esprit, qu'elles sont bizarres et discordantes. Ils s'en prennent à la loi qu'ils accusent tantôt d'obscurité, tantôt d'imprévoyance. Ils lui reprochent surtout d'avoir abandonné, dans l'art. 2106, le grand principe de publicité qui avait été proclamé avec tant d'apparat (1).

Certes, je suis loin de vouloir défendre comme une œuvre parfaite le système hypothécaire du Code civil, dépassé de si loin par les travaux législatifs de plusieurs pays voisins. Mais en ce qui regarde les deux sections consacrées *aux privilèges sur les immeubles* (livre III du Code civil, tit. XVIII, chap. 2, sect. 2 et 4), le législateur français, je dois le dire, me paraît souvent supérieur à ses critiques, et, suivant moi, c'est à lui qu'appartiendrait le droit d'accuser les commentateurs et interprètes, en rejetant sur eux la responsabilité des résultats bizarres dont le blâme commence à devenir une sorte de lieu commun.

L'opinion que j'exprime ici est le résultat d'une profonde conviction, basée sur un examen attentif des sources de la loi, et des systèmes enfantés par les auteurs. Je vais m'efforcer de traiter avec clarté ce difficile sujet.

La loi du 14 brumaire an vii établissait en principe, que les privilèges sur les immeubles doivent être, comme les hypothèques, rendus publics par une inscription sur les registres du conservateur, sauf quelques cas d'exception (art. 2 et 11). Ce principe a été admis sans difficulté par les rédacteurs du Code civil, sauf aussi quelques exceptions.

L'art. 2106, qui pose la règle et annonce les exceptions, est ainsi conçu : « Entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi, et à compter de la date de cette inscription, sous les seules exceptions qui suivent. »

(1) Voyez M. Troplong, *des Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 267; et M. Persil, sur l'art. 2108, n° 22.

Mais comment concevoir que le privilège n'ait d'effet que par l'inscription et à compter de la date de cette inscription? Cela se comprend parfaitement en matière d'hypothèque où la règle fondamentale est : *Prior tempore, potior jure*; c'est-à-dire où le rang de chaque créancier lui est assigné d'après l'époque où il a acquis son hypothèque, soit par l'inscription, ce qui est le cas ordinaire, soit par tout autre événement indiqué par la loi, dans les cas où il y a dispense d'inscription (V. articles 2154 et 2155). Si donc il s'agit de plusieurs hypothèques également assujetties à l'inscription, la première inscrite prime celle qui a été inscrite la seconde, et ainsi de suite.

En est-il de même des privilèges sur les immeubles, quand il s'agit de les classer entre eux et avec les hypothèques? Non, sans aucun doute; on comprend sans peine que ce serait les transformer en simples hypothèques, c'est-à-dire les anéantir comme droit réel *sui generis*, que de leur appliquer purement et simplement la règle : *Prior tempore, potior jure*. Ce qui caractérise le privilège, c'est que son rang est déterminé, non par l'époque où il prend naissance, mais par la faveur de la créance dont il est l'accessoire. La règle en cette matière a toujours été en France l'ancienne règle du droit romain : *Privilegia non ex tempore, sed ex causâ aestimantur* (L. 52, Dig. 42. 4, de Reb. auct. jud.); c'est ce que répète l'article 2096 du Code civil, en disant qu'entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges; et dans notre droit français, le privilège, quel qu'il soit, l'emporte toujours sur une simple hypothèque. (C. civ., art. 2095.)

En quel sens est-il donc possible de dire avec l'article 2106, que les privilèges sur les immeubles n'ont d'effet qu'à la date de l'inscription? Et comment concilier cette proposition avec les dispositions des art. 2095 et 2096?

Pour résoudre cette difficulté, on a imaginé d'interpréter l'art. 2106 en ce sens que l'inscription est nécessaire sans doute pour que le privilège puisse être exercé, mais que d'ail-

leurs cette inscription peut être utilement prise tant que l'immeuble n'a pas été aliéné par le débiteur (1).

On voit qu'avec cette manière d'entendre l'art. 2106, l'inscription nécessaire à l'exercice du privilège n'est plus qu'une formalité arbitraire, et ne se rattache plus à un système de publicité : elle ne sert plus à avertir les créanciers qui viendraient traiter avec le propriétaire de l'immeuble, puisque ses effets sont rétroactifs, et qu'elle fait passer le privilège avant toutes les hypothèques *inscrites antérieurement*. Où est dès lors l'intérêt de cette inscription, si ce n'est un intérêt fiscal ?

Du reste, il est remarquable qu'on n'a pas osé étendre cette théorie singulière au droit de suite inhérent au privilège ; et vraiment je ne sais pourquoi. Si le privilège peut être valablement opposé aux créanciers qui n'ont pu le connaître, pourquoi ne serait-il pas également opposable aux tiers acquéreurs, auxquels il ne se révèle qu'après l'acquisition ? Aucun texte du Code civil ne motive cette distinction entre le droit de préférence et le droit de suite ; bien au contraire, la rédaction de l'article 2166 aplanissait les voies à ceux qui auraient voulu être conséquents dans leur système de clandestinité (2).

Est-il donc bien vrai qu'en principe l'inscription des privilèges sur les immeubles ne soit qu'une affaire de forme, et n'ait pas trait à la publicité ? Est-il vrai que le créancier soit toujours à temps de prendre inscription pour exercer son droit de préférence, à moins que la loi n'ait spécialement fixé un délai, à l'expiration duquel le privilège s'évanouit faute d'inscription (3) ?

Je ne le crois pas ; je regarde ce système si généralement admis comme erroné, et s'écar-

tant aussi bien de l'esprit que de la lettre du Code civil. C'est ce qu'il faut tâcher de démontrer en donnant le véritable sens de l'art. 2106. A cet effet, il est nécessaire de remonter à la loi du 11 brumaire an VII, parce que le Code civil, au moins dans sa rédaction primitive, n'en est, sur le point dont il s'agit, qu'une presque complète reproduction.

Nous diviserons notre dissertation en deux parties. Dans la première, qui formera la matière de ce premier article, nous examinerons les règles établies par la loi de brumaire sur l'inscription des privilèges, et dans la seconde nous étudierons les dispositions correspondantes du Code civil. (Chap. 2, sect. 4.)

#### PREMIÈRE PARTIE.

De la publicité des privilèges spéciaux sur les immeubles, suivant la loi du 11 brumaire an VII.

La loi du 11 brumaire an VII pose, relativement aux privilèges sur les immeubles, une règle générale de publicité. Voici comment elle s'exprime, art. 2 : « L'hypothèque ne prend rang, et les privilèges sur les immeubles n'ont d'effet que par leur inscription dans les registres à ce destinés, sauf les exceptions autorisées par l'article 11. » Il s'agit dans cet article 11, de certains privilèges généraux qui ne sont point assujettis à l'inscription.

Les dispositions subséquentes de la même loi expliquent très-clairement le sens de ces mots : « Les privilèges sur les immeubles n'ont d'effet que par leur inscription »... et, à cet égard, il faut distinguer avec soin deux classes de privilèges.

Privilèges de la première classe.

La première classe est celle des privilèges

immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, etc. » Nous ne parlons pas ici de l'article 854 du Code de procédure, qui introduit sur le droit de suite des règles toutes nouvelles.

(5) Voyez Code civil, art. 2109, 2111 ; Code de commerce, nouvel art. 448 ; 1<sup>re</sup> loi du 5 sept. 1807, art. 5, et 2<sup>e</sup> loi du même jour, art. 5.

(1) Voyez Tarrible, Rép., v<sup>o</sup> *Privilège*, sect. 5, n<sup>o</sup> 1. — Persil, sur l'art. 2108, n<sup>o</sup> 22. — Duranton, t. XIX, n<sup>os</sup> 209 et 210. — Troplong, sur l'art. 2108, n<sup>o</sup> 266, et les auteurs par lui cités, tels que Grenier et Dalloz ; enfin Zachariæ, traduit par Aubry et Rau, t. II, p. 219, note 7.

(2) Cet art. 2166 dit : « Les créanciers ayant privilège et hypothèque *inscrite* (et non *inscrits*), sur un

*retenus lors de l'aliénation d'un immeuble*, par exemple, lors d'une vente. Celui qui vend, sans recevoir immédiatement le prix de la vente, ne se démet pas de l'intégralité de son droit de propriété, mais il en conserve une sorte de fraction ou de démembrement, c'est-à-dire un droit réel, qui est d'être payé sur le prix de l'immeuble avant tout autre créancier de l'acheteur.

Rien de plus simple et de plus raisonnable que la manière dont la loi de brumaire donne à ces privilèges *retenus sur l'immeuble aliéné*, la publicité la plus entière et la plus absolue. Il faut, pour bien comprendre ce système, se rappeler que la loi de brumaire ne considérait la propriété de l'immeuble comme transférée à l'égard des tiers, que par la transcription des actes de mutation sur les registres de la conservation des hypothèques (V. cette loi, art. 26). Jusque-là, ces actes ne pouvaient être opposés aux tiers qui avaient contracté avec le vendeur, c'est-à-dire avec l'ancien propriétaire; car le mot *vente* avait ici, de l'aveu de tout le monde, une signification générale, embrassant toutes les aliénations faites entre-vifs.

Si donc l'acte de vente constatait que le prix était encore dû au vendeur, la transcription de cet acte, en même temps qu'elle faisait connaître au public la mutation de propriété, lui apprenait aussi l'existence du privilège retenu sur l'immeuble par le vendeur; la rétention était aussi notoire que la translation même. Il y avait là deux clauses simultanées et indivisibles. Dès lors personne ne pouvait raisonnablement se plaindre de l'existence du privilège; car nul ayant cause de l'acheteur (créancier ou sous-acquéreur) n'avait dû compter sur la valeur de l'immeuble acheté,

si ce n'est déduction faite de la portion de valeur afférente à la créance du vendeur. Les termes de la loi expriment énergiquement cette idée; l'article 14 dit que *les droits des précédents propriétaires sont MAINTENUS selon les formes indiquées*; et l'article 29 déclare que la transcription *conserve* au précédent propriétaire ou à ses ayants cause *le droit de préférence*. Ainsi, en supposant même que la loi de brumaire en eût reconnu (ce qu'elle ne faisait pas), des inscriptions donnant rang d'hypothèque à leur date, non-seulement sur les immeubles présents, mais même encore sur les immeubles à venir du débiteur, au fur et à mesure de leur acquisition; de telles hypothèques, malgré leur priorité de date, n'auraient pas moins été primées par le privilège du vendeur, qui n'a aliéné que *moins le droit* de prélever sur la valeur de l'immeuble une somme égale au prix de vente. Le bon sens dit que les créanciers de l'acquéreur, quelque favorable que puisse être leur rang hypothécaire, ne peuvent entamer la portion de droit que l'auteur de la mutation s'est réservée. Ces hypothèques frappant, à leur date d'inscription, même les immeubles à venir, auraient donc été primées par le privilège du vendeur. Cela serait résulté d'une part, de ce que ce privilège est un droit réel *retenu par le précédent propriétaire lors de l'aliénation*, et d'autre part, de la nature même du privilège qui est un droit de préférence supérieur aux hypothèques (1).

Mais de telles hypothèques, nous venons de le dire, n'existant pas sous le régime de la loi de brumaire (V. cette loi, art. 4), on ne peut trouver que, sous ce point de vue, le vendeur d'immeuble eût intérêt à ce que le droit par lui réservé fût qualifié de *privilège*; une hypo-

(1) Loi du 11 brumaire an VII.

Art. 2... « Le privilège sur les immeubles est le droit d'être préféré aux autres créanciers, *même antérieurs en hypothèque*. »

Art. 14... « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque sur un immeuble, peuvent le suivre en quelques mains qu'il se trouve, pour être payés et colloqués sur le prix, dans l'ordre suivant :

1<sup>o</sup>... 2<sup>o</sup>...

3<sup>o</sup>... « Les précédents propriétaires ou leurs ayants cause, *dont les droits auront été maintenus selon les formes indiquées par la présente, pour ce qui leur restera dû sur le prix, ou pour les charges qui en tiendraient lieu* ;

4<sup>o</sup> Les créanciers hypothécaires, suivant la priorité de leurs inscriptions... »

thèque légale ou tacite lui aurait suffi, puisque cette hypothèque, contemporaine de l'aliénation, n'aurait pu être primée par aucun autre des créanciers de l'acquéreur.

Ce n'est que sous un autre point de vue que le privilège du vendeur, reconnu par la loi de brumaire, présente un avantage supérieur à celui d'une simple hypothèque légale, et voici en quel sens : aux termes du 4<sup>o</sup> de l'article 14 de cette loi, les créanciers hypothécaires sont colloqués sur le prix de l'immeuble, suivant la priorité de leurs inscriptions, et, *en cas de concours de plusieurs inscriptions faites le même jour, et d'insuffisance des fonds pour en payer intégralement les causes, par contribution entre les créanciers qui les auraient requises*. Cette dernière disposition, dont l'objet est d'empêcher que le conservateur ne classe dans un ordre arbitraire et peut-être même frauduleux, les inscriptions requises le même jour par plusieurs créanciers, ne recevra aucune espèce d'application au privilège du précédent propriétaire, et ce dernier sera colloqué avant les créanciers hypothécaires de l'acheteur, inscrits le jour même de l'acquisition. Cela résulte en termes exprès du 5<sup>o</sup> du même article 14, d'après lequel ce précédent propriétaire passe, *comme privilégié*, avant tous créanciers hypothécaires. Ce classement est fort raisonnable, car, ainsi que je l'ai dit plusieurs fois, l'aliénation n'a été faite que sauf *la rétention* du privilège, et l'acheteur ne peut concéder à ses créanciers plus de droits qu'il n'en a lui-même. On voit qu'il n'y aura jamais lieu d'appliquer littéralement au privilège du vendeur l'article 1<sup>er</sup>, suivant lequel le privilège est le droit d'être préféré aux autres créanciers, *quoique antérieurs aux hypothèques*.

Au reste, bien que la transcription de l'acte de mutation pût à la rigueur suffire pour la

notoriété du privilège, les rédacteurs de la loi de brumaire, voulant en quelque sorte atteindre à la perfection de la publicité, avaient exigé que le privilège du vendeur fût en outre *inscrit* sur les registres (V. loi du 11 brumaire, art. 29). Cette *inscription* devait être faite d'office par le conservateur, et, sans nul doute, immédiatement après la transcription dont elle était comme l'appendice ou le complément. Il semble même, d'après les termes de cet article, que le privilège dépendait de l'existence de l'inscription, sauf le recours du vendeur contre le conservateur négligent (1) ; mais cette inscription, ainsi faite immédiatement, se rattachait à la transcription dont elle n'était qu'une portion détachée pour être mieux mise en lumière, et l'emportait nécessairement, comme nous l'avons vu, sur toute autre inscription prise le même jour.

#### Privilège de la deuxième classe.

Le privilège unique qui forme cette deuxième classe est celui qui appartient aux ouvriers, *sur la plus value existante au moment de l'aliénation d'un immeuble*, et provenant des constructions, réparations et autres impenses par eux faites à cet immeuble. Ce privilège n'est point, à proprement parler, retenu, comme ceux de la première classe, *sur un immeuble aliéné*. Cependant la plus value dont il s'agit est une sorte de création des ouvriers ; comme le vendeur, ils ont mis dans le patrimoine du débiteur une valeur immobilière, sur laquelle il est raisonnable de leur accorder un droit de préférence analogue à celui du vendeur. Mais comme il n'y a ici aucun acte translatif de propriété immobilière à faire transcrire, et que la plus value résulte de certains travaux industriels, et de certaines fournitures qui s'incorporent à l'immeuble, le

(1) Art. 29... « La transcription conserve à ceux-ci (au précédent propriétaire ou à ses ayants cause) le droit de préférence sur les biens aliénés, à l'effet de quoi, le conservateur des hypothèques fait inscription sur ses registres, des créances... qui

*en résulteraient,* » etc. Cette manière d'interpréter l'art. 29 serait littéralement d'accord avec l'art. 2, suivant lequel, *les privilèges sur les immeubles n'ont d'effet que par leur inscription dans les registres publics à ce destinés*.

mode de conservation indiqué pour les privilèges de la première classe ne peut recevoir ici aucune application.

Cependant il est nécessaire qu'au fur et à mesure des améliorations effectuées, les tiers soient avertis que la plus value de l'immeuble est frappée du privilège des ouvriers; il est nécessaire que cette *aliénation de services et de matériaux* soit, comme une véritable *aliénation d'immeuble*, accompagnée d'un signe public de privilège. Sans cette publicité contemporaine de chacune des améliorations et augmentations successives, les tiers seraient induits en erreur sur l'étendue du crédit immobilier du propriétaire; et j'entends parler ici, non-seulement des tiers qui contracteraient avec ce propriétaire après la confection totale ou partielle des travaux, mais encore de ceux qui auraient contracté avec lui avant qu'on eût mis la main à l'œuvre. En effet, les créanciers dont l'hypothèque était antérieure, ont dû, aux termes de la loi, compter sur toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (V. art. 4 de la loi, premier alinéa) (1).

Tout cela entraînait la nécessité d'exiger des ouvriers qu'ils prissent inscription *avant le commencement des travaux*; c'est aussi ce qu'ordonnait l'art. 13 de la loi. Le bordereau d'inscription consistait dans le procès-verbal prescrit par l'art. 12, à l'effet de constater *l'état de l'immeuble et l'utilité des ouvrages*. Il va sans dire qu'on n'était pas dispensé de comprendre dans l'inscription les indications exigées par l'art. 17 et relatives à la désignation précise du créancier, du débiteur, et de l'espèce et situation de l'immeuble grevé du privilège (2).

Si l'inscription n'était prise qu'après la confection des travaux, elle ne pouvait donner sur la plus value produite par ces travaux, qu'une hypothèque prenant rang du jour de l'inscrip-

tion, et primée par toutes les hypothèques antérieurement inscrites. On pouvait dire alors, en se servant d'une expression aujourd'hui fort usitée, et qui apparaît déjà dans la loi de brumaire (titre III, relatif aux dispositions transitoires, art. 59), que le privilège était dégénéré *en simple hypothèque*. (Comp. l'art. 2115 du Code civil.)

On comprend, du reste, que sous l'empire de tels principes, il est fort important de savoir à quelle époque les travaux ont été exécutés; car les créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble amélioré, ont grand intérêt à soutenir que tout ou partie des travaux est antérieur à l'inscription des ouvriers. C'est là une question de fait à juger, et il est impossible d'empêcher cette difficulté de surgir.

On voit maintenant comment, d'après la loi de brumaire, le privilège des ouvriers reçoit l'application de cette règle invariable posée dans l'article 2 de la loi : *Les privilèges sur les immeubles n'ont d'effet que par l'inscription*. On voit qu'ici, comme dans le cas de vente d'immeubles, *l'effet du privilège existe*, lorsque la mention qui en est faite sur les registres publics *accompagne l'acquisition de la valeur immobilière grevée du privilège*. Dans tous les cas, cette valeur immobilière n'entre dans le patrimoine du débiteur qu'avec l'annonce publique du droit de préférence du créancier. Le caractère de l'opération est toujours d'établir une *retention* sur cette valeur transférée au débiteur. Ainsi l'ouvrier aura, jusqu'à concurrence de la plus value par lui donnée, le même avantage que s'il était *vendeur d'un immeuble*, et primera tous les créanciers inscrits sur l'immeuble le jour même où il a inscrit son procès-verbal. En outre, il primera les créanciers inscrits avant les travaux, et dont l'hypothèque devait, d'après les règles ordinaires, s'étendre à toutes

tionnelles, à la règle de *la spécialité* dans l'inscription (V. art. 17, 56, 2<sup>e</sup> alinéa).

(2) Art. 15 de la loi. « Le procès-verbal qui constate les ouvrages à faire, *doit être inscrit avant le commencement des réparations*, et le privilège n'a d'effet que par cette inscription.

(1) Art. 4, 1<sup>er</sup> alinéa. « Elle s'étend (l'hypothèque stipulée ou conventionnelle) à toutes les améliorations qui y surviendront (aux biens du débiteur). »

Cette règle s'appliquait à plus forte raison aux hypothèques judiciaires et légales, qui n'étaient pas même assujetties, comme les hypothèques conven-

les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué.

Le deuxième alinéa de l'article 15 prescrit en outre à l'ouvrier de faire une autre inscription, c'est-à-dire celle du deuxième procès-verbal, constatant la réception des travaux, laquelle, d'après l'article 12, devait avoir lieu deux mois au plus tard, après leur confection. Voici les termes de cet article 15 :

« Celui (le procès-verbal) de réception des ouvrages doit être également inscrit, à l'effet de déterminer le *maximum* de la créance privilégiée. »

L'inscription du procès-verbal de réception des ouvrages était évidemment le seul moyen de faire connaître au tiers le *maximum* de la créance; car la publicité donnée par l'inscription du premier procès-verbal, étant antérieure à ces ouvrages, ne constituait que l'annonce d'une créance indéterminée et même conditionnelle, puisqu'elle dépendait essentiellement de la réalisation de travaux projetés. Peut-être eût-il été bon d'exiger que l'inscription de ce deuxième procès-verbal fût faite dans un délai déterminé, à partir de la réception des travaux, afin de dissiper promptement toute espèce d'incertitude sur l'étendue du privilège. C'est ainsi que l'art. 57 de la loi ordonnait d'inscrire dans les trois mois de sa publication les droits d'hypothèque ou privilège existants lors de cette publication.

Une disposition analogue ne se trouvant pas dans la loi quant à l'inscription de notre deuxième procès-verbal, on ne voit guère quelle pourrait être la sanction du deuxième alinéa de l'article 15. Cet article dit bien que le deuxième procès-verbal *doit être également inscrit*, mais ne répète pas ce qu'il a dit du premier: *Le privilège n'a d'effet que par cette inscription*. Cependant cette omission ne peut avoir en pratique de graves inconvénients,

(L. Jeu excepte, en ce qui touche le privilège des ouvriers, M. Persil (Questions, t. 1, liv. 1er, ch. 6, § 9, et Comment. sur l'art. 2110, no 5), et M. Troplong (Comment. sur les privilèges et hypothèques, t. 1, no 522); mais encore se bornent-ils tous deux en définitive à exiger l'inscription *relativement aux*

parce que les personnes intéressées à connaître le *maximum* de la créance des ouvriers, peuvent requérir l'inscription du procès-verbal. Tel est d'abord le propriétaire de l'immeuble, qui veut éviter une trop grande altération de son crédit immobilier; tels sont les autres créanciers, désireux de sortir d'incertitude sur l'étendue du privilège des ouvriers, afin de régler en conséquence leurs rapports ultérieurs avec le débiteur commun. Tel est enfin l'acquéreur de l'immeuble, qui ne peut arriver à la purge qu'en donnant aux créanciers inscrits tous les documents relatifs à l'état des charges et hypothèques. (V. les art. 50 et 51 de la loi.)

En somme, on voit combien est simple et rigoureux le système du législateur de l'an VII, sur la publicité des privilèges. Et cependant il semblerait qu'il n'a pas frappé les regards des jurisconsultes, tant est mince le parti qu'on en a tiré pour l'interprétation de la partie correspondante du Code civil (1). Certes, ce n'est pas moi qui méconnaîtrai les admirables ressources qu'offrent les écrits des jurisconsultes romains, trésors où l'on puise toujours et qui paraissent inépuisables, mais je pense aussi qu'il ne faut pas dédaigner nos richesses nationales; et il est vraiment étrange de penser que si des règles si belles et si lucides, au lieu d'être écrites dans la loi de brumaire, se retrouvaient dans quelque fragment de l'édit du préteur, elles seraient à l'envi développées dans les écoles et les livres, et passeraient à l'état de vulgaires et indispensables notions.

Il n'existe dans la loi de brumaire aucun autre privilège auquel puisse s'appliquer le principe de la nécessité de l'inscription.

Si les rédacteurs de cette loi avaient imaginé de ranger parmi les privilèges, le droit de séparation des patrimoines qui appartient aux créanciers d'une succession et aux légataires,

*créanciers postérieurs aux travaux*; ce qui est, suivant nous, une erreur, que nous tâcherons de réfuter dans la seconde partie de ce travail. Tout le mal vient de ce qu'on n'a pas bien entendu le principe général posé dans l'art. 2105.

ce nouveau privilège n'aurait pu recevoir l'application pure et simple des règles que nous venons d'exposer. En d'autres termes, il eût été impossible de dire que les immeubles de la succession ne passeraient entre les mains de l'héritier, qu'avec le signe public du droit de préférence accordé aux créanciers du défunt et aux légataires. En effet, la mutation de propriété s'opérant du défunt à l'héritier, au moment du décès, par la seule puissance de la loi, et indépendamment de la volonté des créanciers et des légataires, ceux-ci ne pouvaient être astreints aux mêmes conditions que le vendeur d'immeubles ou l'ouvrier. On eût donc été obligé de faire fléchir le principe général et d'accorder aux créanciers et aux légataires un certain délai pour s'inscrire à partir de l'ouverture de la succession. Mais rien ne fut changé par la loi de brumaire au droit commun en cette matière ; aucune publicité ne fut exigée. C'est aux rédacteurs du Code civil qu'appartient l'honneur de cette utile innovation (1).

(1<sup>e</sup> Article.)

Après avoir montré comment la loi du 11 brumaire an VII avait organisé la publicité des privilèges immobiliers, nous allons maintenant aborder la seconde partie de notre travail, c'est-à-dire, étudier les dispositions correspondantes du Code civil. Mais ici gardons-nous bien d'oublier les règles établies par la loi de brumaire ; cette loi doit toujours nous servir en quelque sorte de boussole, et c'est pour l'avoir perdue de vue que tant de jurisconsultes ont erré à l'aventure, et sont arrivés à des résultats dont s'étonnait leur propre raison. Nous reconnaitrons bientôt que le législateur de 1804, en rédigeant les sections 2 et 4 du titre *des Hypothèques*, n'a rien entendu changer aux principes généraux de la loi de brumaire sur les privilèges immobiliers, et s'est borné à faire quelques corrections de

détail. Plus tard, nous rechercherons si ces principes n'ont pas reçu de véritables atteintes par l'effet de dispositions subséquentes, soit du Code civil, soit de quelque autre loi.

#### DEUXIÈME PARTIE.

De la publicité des privilèges spéciaux sur les immeubles, suivant le Code civil.

Le plan suivi par les rédacteurs de la loi du 11 brumaire an VII, relativement à la publicité des privilèges spéciaux sur les immeubles, est si ingénieux et satisfait si pleinement la raison, qu'il faudrait des preuves bien fortes pour persuader qu'il a été abandonné dans le Code. Cet abandon paraîtra fort improbable, si, dans les discussions sur les articles 2105 à 2115 qui sont le siège de la matière, rien n'indique la moindre intention d'opérer un périlleux remaniement dans les règles fondamentales sur la publicité des privilèges. Enfin toute espèce de doute s'évanouira, si le texte de ces articles se prête facilement au maintien de ces règles, et si d'ailleurs on n'y peut découvrir aucun autre système, sinon également bon, au moins plausible et soutenable.

Et cependant, il faut le répéter encore, les auteurs de traités et de commentaires semblent fermer les yeux à la lumière répandue sur ce sujet par la loi de brumaire an VII. Au lieu de prendre cette loi comme point de départ, et de n'admettre dans le Code civil que des innovations claires et bien démontrées, on explique l'article 2106 comme un texte nouveau, que l'absence de précédents couvre d'obscurité ; on se tourmente à chercher le mot de l'énigme, et on ne peut le trouver, parce qu'on néglige la tradition, sans laquelle l'interprète le plus subtil, le logicien le plus puissant, ne peut manquer d'être souvent en défaut.

N'aurait-il pas été bien simple de se demander avant tout, si les rédacteurs de la section 4 de notre chapitre 2 (art. 2106 à 2115), ont voulu innover, ou bien au contraire maintenir

(1) Art. 14 de la loi du 11 brumaire, dernier alinéa :

« Le tout sans préjudice du droit qu'ont les créan-

ciers des personnes décédées et les légataires de demander la distinction et la séparation des patrimoines, conformément aux lois. »



l'état de choses existant, contre lequel aucune plainte ne s'était élevée? Je le répète, je ne puis assez m'étonner que cette marche n'ait pas été suivie, et que cette partie du Code civil ait été traitée comme le serait une législation toute nouvelle, conçue *a priori* et enfantée d'un seul jet.

Suivons donc une autre méthode, et remarquons d'abord que notre article 2106 établit, à peu près dans les mêmes termes que l'article 2 de la loi de brumaire, une règle générale sur l'inscription des privilèges immobiliers. « Entre les créanciers, dit l'article 2106, les privilèges *ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques*, de la manière déterminée par la loi (1)... »

La similitude de rédaction entre cet article et l'article 2 de la loi de brumaire est vraiment frappante. Suivant cet article 2, « les privilèges sur les immeubles *n'ont d'effet que par leur inscription dans les registres à ce destinés*. » Les textes étant identiques, pourquoi la pensée des deux législateurs ne serait-elle pas la même? Dès l'abord, il paraît donc raisonnable de suivre les errements de la loi de brumaire, c'est-à-dire d'admettre que la publicité du privilège doit précéder ou accompagner l'aliénation de la valeur immobilière

(1) L'art. 2106 commence par ces mots : *Entre les créanciers*, etc., ce qui a fait naître, quant au droit de suite, des difficultés que ne présentaient pas les art. 2 et 14 de la loi de brumaire. Je suis convaincu que les rédacteurs du Code n'ont pas attaché à ces mots le sens exclusif que leur prêtent les commentateurs, et que les articles 2106 et suivants embrassent les privilèges sous toutes leurs faces, et comme droit de préférence, et comme droit de suite. Je n'ai pas approfondi cette difficulté dans ce travail, parce qu'elle n'a été réellement débattue qu'en ce qui touche les privilèges auxquels ne s'applique pas le principe général de l'article 2106 (Voyez articles 2107, 2109, 2111). Au reste, cette question a été, sous un certain rapport, simplifiée par l'article 854 du Code de procédure.

(2) V. Delvincourt, *Cours de Code civil*, 6<sup>e</sup> édit. t. III, p. 155, et note 1 (p. 279 des notes).

M. Persil, *Comment. sur l'art. 2106*, n<sup>o</sup> 2, dit que

qui frappe ce privilège. Si la publicité n'est donnée qu'après l'entrée de cette valeur immobilière dans le patrimoine du débiteur, elle n'avertit que les créanciers dont l'hypothèque est postérieure; ces derniers seront donc seuls primés par le privilège, ou plutôt il n'y aura plus qu'un privilège nominal, *dégénéré en simple hypothèque* régie par la maxime: *Prior tempore potior jure*, et par l'article 2154.

Les rédacteurs du Code civil ont voulu, à mon sens, faire ressortir cette théorie avec plus d'énergie encore que ne le faisait la loi de brumaire, en ajoutant, dans l'article 2106, après ces mots : *ne produisent d'effet qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription... ceux-ci : et à compter de la date de cette inscription*. Voilà ce mot *date* qui a été la pierre d'achoppement des commentateurs, et qu'ils ont soin de rejeter comme inexact (2). Mais il est certainement possible d'adapter assez bien cette expression à notre système. En effet, si l'immeuble sujet au privilège a été un seul instant dans le patrimoine du débiteur avant la notification faite au public de ce droit de privilège, le premier rang se trouve occupé par tous les créanciers qui ont une hypothèque antérieure. Si au contraire l'inscription a précédé ou accompagné l'acquisition faite par le débiteur, aucun des créanciers de celui-ci n'étant induit en erreur sur l'importance réelle

le rang *ne peut pas être fixé par la date de l'inscription*.

M. Duranton, t. XIX, n<sup>o</sup> 204 : *Ce n'est point par la date des inscriptions*, etc.

Enfin M. Troplong, sur l'art. 2106, t. I, p. 590 : « On ne peut s'empêcher néanmoins de reconnaître « que notre article est rédigé, sur ce point, d'une « manière tout à fait équivoque, et même vicieuse; car il semblerait amener à ce résultat, que « c'est de la date de l'inscription que dépend l'effet « du privilège. On y lit en effet... (suit le texte de « l'art. 2106). Si l'on voulait prendre ces dernières « expressions au pied de la lettre, on voit à quelles « inconséquences elles conduiraient. *C'est donc ici « le cas où l'on peut dire que la lettre tue et l'esprit vivifie*. » Mais à quel système est-on arrivé avec ce mépris pour la lettre et cet amour pour l'esprit? Nous en avons dit un mot dans le précédent article et nous allons y revenir.

de ce nouveau gage offert à sa créance, ils sont tous nécessairement primés, ce qui comprend : 1<sup>o</sup> les créanciers qui avaient une hypothèque judiciaire ou légale antérieure, s'étendant sur tous les immeubles présents et à venir (V. articles 2122 et 2125, 2<sup>o</sup> alinéa) (1), laquelle est venue frapper l'immeuble grevé du privilège; 2<sup>o</sup> en matière de privilège des ouvriers, les créanciers ayant une hypothèque *quelconque* antérieure aux travaux.

Ces divers résultats de la rétention opérée sur l'immeuble se trouvent tout à fait en harmonie avec la définition de l'article 2095. Cet article nous dit que le privilège est *le droit d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires*, et il est clair comme le jour qu'il ne peut en être autrement quant à nos privilèges immobiliers. Comment, en effet, celui qui, en aliénant, *a retenu un droit de préférence*, serait-il primé par un créancier quelconque de l'acquéreur (2)? Ces mots de l'article 2106 : *à compter de la date de l'inscription...* reçoivent donc forcément cette interprétation, que si l'inscription n'est point prise *après l'époque* où des créanciers hypothécaires ont pu être trompés sur l'étendue des droits du propriétaire, c'est-à-dire, si elle est déjà prise *à la date de l'acquisition* faite par celui-ci, la nature même du droit de privilège, *rendu notoire dès qu'il a pu l'être*, lui donne une priorité nécessaire sur toutes les hypothèques. Les rédacteurs du Code n'ont pas eu besoin d'entrer dans de longues explications sur ce point. Tout était depuis longtemps éclairci, et en quelque sorte sanctionné par la pratique de la loi du 11 brumaire.

Le système des rédacteurs des sections relatives aux *privilèges sur les immeubles*, est donc le système de la loi de brumaire. On n'a pas

(1) Ces articles ont introduit un droit nouveau, car, ainsi que nous l'avons remarqué dans le précédent article, la loi de brumaire ne reconnaissait pas d'hypothèque s'étendant *sans inscription nouvelle* sur les biens à venir. (V. art. 4 de cette loi; V. au contraire les articles 2121, 2125 et 2148 4<sup>e</sup> du Code civil.)

(2) Il y a cependant certains créanciers de l'acquéreur qui seront préférés à l'*aliénateur*. Ce sont

détruit, mais conservé. Et où était donc ici le besoin d'innovation ?

Croirait-on maintenant que l'on ait abandonné tous les précédents, pour adopter et populariser cette idée étrange indiquée dans notre premier article : que l'inscription du privilège sur les immeubles est seulement exigée *pour qu'on puisse l'exercer*, mais que du reste l'époque où cette inscription est prise, n'est d'aucun intérêt quant à l'existence du droit de préférence (3)? Il faut des citations pour faire voir que cette incroyable solution est proposée en termes expressés par de graves auteurs.

Commençons par le Commentaire de M. Tarrible sur l'article 2106, Rép. de jurispr., v<sup>o</sup> *Privilège de créance*, sect. 5. A la lecture de ce morceau, on s'étonne de voir que ce jurisconsulte, d'ordinaire si exact et si judicieux, ait sur cette matière des idées si peu liées entre elles. Il n'a nullement compris dans quel sens les privilèges *ne produisent d'effet qu'autant qu'ils sont rendus publics par l'inscription*; il ne s'éclaire point au flambeau de la législation précédente; et analysant simplement nos articles comme des textes tout neufs, il tombe dans une contradiction flagrante qui se retrouve chez maints autres jurisconsultes postérieurs. Tous commencent par proclamer que les privilèges sur les immeubles doivent être inscrits pour la sûreté du public. Tous insistent sur les graves inconvénients qu'entraînerait la clandestinité de ces privilèges; mais tout cela est sans conséquence, et comme un vain hommage rendu à une vérité abstraite; car ensuite ils disent et répètent que le créancier privilégié n'est point circonscrit dans un certain délai quant à la faculté de s'inscrire, et primera toujours, en s'inscrivant, les créanciers dont l'hypothèque est

les créanciers auxquels l'art. 2101 accorde un privilège général sur les meubles et les immeubles de leur débiteur (Comparez l'article 2105.) Mais cette anomalie est généralement blâmée, et doit l'être, à mon avis.

(3) On n'admet d'exception à ce prétendu principe qu'autant qu'elle résulte d'une loi formelle. Tels sont les cas prévus par les divers articles de loi cités dans l'article précédent, p. 21, en note.

antérieure. Quelques-uns d'entre eux (V. notre premier article, page 19, note 1) s'étonnent de ce résultat, et adressent au législateur un blâme plus ou moins sévère. Mais M. Tarrible ne semble pas même s'apercevoir que ses beaux principes de publicité s'en vont en fumée, dès qu'il s'agit d'application. On en jugera en lisant les deux passages suivants qui se trouvent tous deux à l'endroit que j'ai cité, et, ce qui est extraordinaire, à quelques lignes de distance. Les voici fidèlement transcrits à la suite l'un de l'autre.

*Premier passage :* « La loi attache le privilège aux créances d'une certaine nature. Si l'on n'avait pas un moyen simple et facile de connaître ces créances, la valeur des immeubles offerts en gage à un nouveau créancier pourrait être déjà absorbée par les privilèges ou les hypothèques, et ce nouveau créancier serait exposé à des risques dont il serait souvent la victime.

« Ce grand inconvénient cessera, si le nouveau créancier peut découvrir dans un registre public les charges dont les immeubles de la personne avec laquelle il va traiter peuvent être grevés; et s'il est sûr que, faute d'inscription sur ces registres, les privilèges et les hypothèques, quoique existant par la nature de la créance, seront sans force et sans effet.

« Tels sont les motifs qui ont déterminé le législateur à soumettre les privilèges à la formalité de l'inscription. »

*Deuxième passage :* « Que le privilège n'acquiesce, si l'on veut, toute sa consistance, et même sa qualité propre que du moment où il est inscrit (1); cela est possible, et concordant avec le principe qui veut que le privilège n'ait d'effet que par l'inscription; et il sera vrai de dire, dans ce sens, que le privilège n'a d'effet qu'à compter de la date de l'inscription; mais il faudra convenir aussi que son effet, quoiqu'il ne commence

« qu'avec l'inscription, sera toujours d'assu-  
« rer aux créanciers privilégiés la préférence  
« sur tous les créanciers hypothécaires,  
« quelle que soit la date de leur inscription... »

Mais pourquoi ce principe de l'inscription des privilèges a-t-il été établi? M. Tarrible l'a dit plus haut, mais il l'a oublié. Qu'est-ce qu'un principe? C'est une règle très-générale; et toute règle a un but d'utilité. Or quel est ici le but de l'inscription? C'est, comme nous l'a dit M. Tarrible, de donner aux tiers un moyen simple et facile de connaître les créances privilégiées; d'empêcher qu'un autre créancier ne soit exposé à des risques dont il serait souvent la victime. Eh bien! ce but sera-t-il atteint, si l'inscription sert à primer des créanciers hypothécaires qui n'en ont pas trouvé trace quand ils ont traité avec le débiteur? Évidemment non. C'est donc ne rien dire et chercher à se faire illusion à soi-même que d'en appeler au principe. Serait-il rien de plus ridicule que d'exiger l'inscription des privilèges uniquement pour avoir le plaisir d'établir un principe, et de s'exercer l'esprit à en faire subtilement l'application?

La même contradiction se retrouve plus loin dans le travail de M. Tarrible à propos du privilège du vendeur d'un immeuble (*loc. cit.*, n° 4). Il cite d'abord, comme servant à expliquer la loi de la manière la plus claire, les paroles de Cambacérès, disant au conseil d'État qu'il est utile de faire inscrire la créance du vendeur, afin que chacun sache que l'immeuble est grevé et qu'il n'y ait pas de surprise (2); et, quelques lignes plus bas, il affirme que le vendeur est toujours à temps de faire la transcription, qui vaut inscription pour lui, aux termes de l'article 2108. Arrivé là, il est obligé de reconnaître que son interprétation des articles 2106 et 2108 fait tomber en défaut le système de la publicité, et il se tire d'affaire en disant que le privilège du vendeur est aussi digne de faveur que les hypothèques

sérieux, et se croit obligé d'y trouver un sens.

(2) V. ce passage dans la Collection de Fenet, t. XV, p. 538.

(1) Voilà une de ces phrases très-rares chez M. Tarrible, mais aujourd'hui fort à la mode, et redoutées de l'honnête lecteur qui prend la chose au

*légales des femmes et des mineurs, lesquelles sont dispensées d'inscription.* Mais si le privilège du vendeur est, comme ces hypothèques légales, *dispensé d'inscription*, les paroles de Cambacérès, loin d'expliquer l'article 2108 *de la manière la plus claire*, se trouvent complètement inexactes. Chacun sait que la dispense d'inscription accordée aux femmes mariées et aux mineurs et interdits, est une dérogation grave au principe de la publicité, et peut donner lieu à des surprises; chacun sait aussi que cette dérogation, fondée sur l'état de dépendance ou de faiblesse des personnes ainsi favorisées, n'a été cependant admise au conseil d'État qu'après de longues et vives discussions.

Quant à M. Troplong, il n'est pas facile d'analyser ce qu'il a écrit sur l'article 2106, car il n'a pas fait d'exposition systématique de la doctrine contenue dans cet article. Ses idées sur cette matière sont éparses dans ses commentaires sur les articles de la section 4 du chapitre des *Privilèges*. Chez lui, les privilèges du cohéritier, du créancier qui demande la séparation des patrimoines, etc., sont expliqués pêle-mêle avec le principe de l'article 2106; et même, chose singulière, il cite ces divers privilèges comme des cas d'application de la règle générale, tandis que ce sont de véritables exceptions, qui doivent en être distinguées avec soin. Mais, en somme, il admet l'opinion de M. Tarrible sur les effets de l'inscription, et il approuve beaucoup (tome I, n° 266) un arrêt de la cour de cassation, du 26 janvier 1813, qui décide textuellement qu'aux termes de l'article 2106, le privilège ne produit pas d'effet tant qu'il n'est pas inscrit, mais qu'une fois inscrit, il prime toutes les créances hypothécaires... bien que l'inscription en soit antérieure. Plus loin, il a soin de faire remarquer que dans le système de la loi de brumaire an VII, les privilèges n'avaient

*pas cet effet rétroactif que le Code donne à leur inscription* (n° 322, p. 485).

M. Troplong n'est pas plus heureux que M. Tarrible à expliquer pourquoi, dans leur système commun, l'inscription du privilège est exigée entre créanciers, et pour le simple exercice du droit de préférence. Car ce n'est rien dire que d'alléguer que *l'inscription n'est qu'une formalité extrinsèque, une sorte de complément pour assurer entre créanciers l'efficacité du privilège* (V. n° 226). On demandera toujours quelle est l'utilité de cette *formalité extrinsèque*, de ce complément? Plus loin (V. *ibid.*), il ajoute que *l'inscription est requise pour donner à ce droit* (au privilège) *la force effective dont il est susceptible*. Mais la question est précisément de savoir pourquoi la force du privilège dépend légalement de l'inscription; et si le vrai motif est l'avantage d'avertir le public et de prévenir les fraudes, on se demandera comment l'opinion de M. Troplong et de la cour de cassation peut se concilier avec cette raison d'utilité. M. Troplong a beau dire (V. *ibid.*) que *cette existence* (du privilège) *est condamnée à l'inertie, tant que la publicité ne vient pas lui donner le mouvement et la faculté d'agir au dehors; que c'est donc par l'inscription que le privilège peut se mettre en action; mais qu'aussitôt qu'il est inscrit, il entre dans la plénitude de ses prérogatives* (1)...; tout cela m'instruit fort peu, car il est évident que ces phrases, plus ou moins variées dans la forme, n'expriment au fond qu'une seule idée, qu'on résume facilement en cette proposition courte et intelligible: La loi veut que les privilèges sur les immeubles n'aient d'effet que par l'inscription. Mais le pourquoi, le *cui bono* reste toujours en suspens. La formalité de l'inscription ne sert-elle à rien entre créanciers? Eh bien! qu'on le dise nettement (2), et qu'on ne cherche pas à déguiser, à grand renfort de mots et de figures,

signale la publicité des privilèges comme utile, que relativement au droit de suite, et afin que l'acquéreur ne soit pas trompé.

(1) V. les dernières lignes du n° 266, et la première du n° 266 bis, Comment. sur les privilèges et hypothèques.

(2) Comp. le n° 265 de M. Troplong, où l'auteur ne

un vice incontestable de la loi. M. Troplong dit lui-même plus bas (n° 267 *in fine*) : « Pourquoi faire tant de fracas d'inscriptions de privilèges qui ne font rien savoir ? » Et ici je me trouve avec lui complètement d'accord.

Il serait vraiment bien extraordinaire qu'une inscription aussi inutile entre créanciers fût cependant considérée comme d'ordre public. C'est cependant ce qui a lieu, si nous en croyons M. Troplong (*V. ibid.*) : « Quoiqu'il en soit, dit-il (c'est-à-dire, bien que l'inscription n'empêche en aucune façon la clandestinité du privilège) le défaut d'inscription constitue une nullité d'ordre public, et tout créancier peut s'en prévaloir. Car c'est le propre des nullités d'ordre public de pouvoir être invoquées par ceux-là même qui n'en ont pas été blessés. »

Il faut avouer que ces résultats contrastent bien étrangement avec ceux qu'offrait la loi du 11 brumaire; et cependant, comme nous l'avons fait remarquer dans cet article et dans le précédent, le Code civil a reproduit les expressions de cette loi; et l'article 2106 contient même cette addition énergique, que les privilèges produisent leur effet *à compter de la date de l'inscription*. Faudra-t-il donc, malgré cela, abandonner dans notre interprétation les errements de la loi de brumaire et la cause de la publicité, pour descendre à la doctrine d'une inscription inutile et rétroactive? J'ai beau lire et relire les écrits des jurisconsultes qui ont pris ce parti, je ne puis comprendre la facilité avec laquelle ils s'y sont résignés.

Sans doute, il faut bien en convenir, ces mots : *à compter de la date de l'inscription*... présentent quelque amphibologie, et, à la première lecture qu'on en fait, on pourrait croire que le privilège est primé par les hypothèques antérieures; que, par exemple, le vendeur est primé par les créanciers qui avaient, antérieurement à la vente, une hypothèque légale et judiciaire sur les immeubles présents et à venir de l'acheteur; et l'ouvrier, par les créanciers, à l'hypothèque desquels l'immeuble amélioré

était affecté avant les travaux d'amélioration. Mais nul ne songe à admettre cette interprétation qui réduirait le privilège à la condition d'une simple hypothèque, régie par la maxime : *Prior tempore, potior jure*.

Les mots : *à compter de la date*, etc., nous l'avons prouvé, signifient seulement que la date de l'inscription doit se placer, au plus tard, au moment de l'acquisition de l'immeuble ou de la portion d'immeuble frappée du privilège; et que, si elle est prise postérieurement, elle ne peut rétroagir au détriment des droits acquis.

Certes, il eût mieux valu dire expressément dans la loi, qu'en principe le privilège a son effet sous la condition d'une publicité existante lors de l'aliénation d'où résulte le privilège. On aurait évité ainsi toute amphibologie. Mais si l'on se pénètre bien de ce principe, tant de fois répété dans notre dissertation, que le privilège spécial sur un immeuble est une rétention opérée lors d'une aliénation, les expressions de l'art. 2106 deviendront intelligibles. En effet, à l'égard des tiers, la rétention résulte de l'inscription, et à défaut de celle-ci, l'acquéreur est investi d'un droit intégral sur l'immeuble. L'époque précise de la date sera donc fort utile à connaître, au moins pour savoir *si elle se place avant l'aliénation*. Mais il est évidemment inutile de remonter plus haut pour faire l'examen ou le *compte de la date* de l'inscription; peu importe, en effet, l'époque où les tiers ont été avertis de la rétention du privilège, pourvu que cette époque ait précédé celle où ils ont été investis de quelque droit réel sur l'immeuble. Les rédacteurs du Code n'ont pas imaginé qu'il pût y avoir doute à cet égard, puisque le privilège est en lui-même *le droit d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires* (*V. art. 2095*), et ne peut éprouver d'altération et de déchet que par suite d'une négligence du créancier privilégié. Si au contraire l'inscription se place après l'aliénation, l'époque précise où elle a été faite est toujours utile à connaître, et on peut dire littéralement et sans distinction qu'elle produit son effet à

*compter de sa date*; en se rappelant toutefois que le droit du créancier n'est plus alors qu'un *privilege dégénéré*, c'est-à-dire un simple droit d'hypothèque, abusivement compris sous la dénomination de *privilege*.

M. Troplong a très-bien fait voir qu'il est impossible d'admettre que le privilege ne prime jamais que les hypothèques postérieures à la date de son inscription. Mais au lieu de chercher à expliquer les termes un peu obscurs de l'article 2106, il s'en débarrasse en disant que : *La lettre tue et l'esprit vivifie* (V. n° 266). Il est très-louable sans doute de s'attacher à l'esprit, non à la lettre de la loi, mais il est bon aussi que le résultat justifie un peu la méthode d'interprétation. Ce n'est sans doute guère la peine de s'affranchir des entraves du texte pour aboutir à faire de l'inscription une formalité parfaitement inutile. Ce qu'il y a de plus curieux, c'est que M. Troplong nous prévient qu'ici, le législateur *a manqué son but* qui est *la publicité*, et *autorisé la clandestinité* (V. n° 267, p. 394). Il est assez singulier que l'interprétation donnée à la loi lui fasse *manquer son but*, et n'en reste pas moins conforme à l'esprit du législateur.

M. Persil, dans son Commentaire sur l'article 2106, n° 2, était déjà tombé dans les mêmes contradictions. Il déclare avoir changé d'avis, depuis sa première édition, sur le sens de cet article, et il admet aussi que l'inscription donne l'existence aux privilèges, mais n'est d'aucun intérêt quant *au rang qu'ils doivent occuper*. Et cependant il avait débuté, deux pages plus haut, en disant que le principe de la nécessité de l'inscription des privilèges *est une suite naturelle du système de publicité introduit par la loi du 11 brumaire, et conservé par le nouveau régime hypothécaire*.

Nous en avons dit assez sur le principe général de l'article 2106; nous allons maintenant, comme nous l'avons déjà fait dans notre premier article sur la loi du 11 brumaire, distinguer deux cas d'application de ce principe.

Premier cas d'application de l'article 2106.

L'article 2108 qui traite de la publicité du privilege du vendeur est une reproduction de l'article 29 de la loi du 11 brumaire. On y suppose manifestement en pleine vigueur le système de cette loi, sur l'emploi de la transcription comme moyen d'acquiescer, à l'égard des tiers, la propriété des immeubles aliénés entre-vifs. Voici le texte de l'article 2108.

« Le vendeur privilégié conserve son privilege par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur, et qui constate que la totalité ou partie du prix lui est due; à l'effet de quoi la transcription du contrat faite par l'acquéreur vaudra inscription pour le vendeur et pour le prêteur qui lui aura fourni les deniers payés, et qui sera subrogé aux droits du vendeur par le même contrat : sera néanmoins le conservateur des hypothèques tenu, sous peine de tous dommages et intérêts envers les tiers, de faire d'office l'inscription sur son registre, des créances résultant de l'acte translatif de propriété, tant en faveur du vendeur qu'en faveur des prêteurs, qui pourront aussi faire faire, si elle ne l'a été, la transcription du contrat de vente, à l'effet d'acquiescer l'inscription de ce qui leur est dû sur le prix. » (Comp. les articles 26 et 29 de la loi du 11 brumaire.)

Nous avons déjà expliqué, dans la première partie de ce travail, comment la transcription fait connaître à la fois au public et la translation de la propriété et la rétention du privilege. A cet égard, rien n'est changé par notre article 2108; nous y retrouvons aussi cette précaution ingénieuse qui détache en quelque sorte et transporte dans le registre des inscriptions la mention de la créance du vendeur, afin que le privilege apparaisse d'une manière plus saillante, et ne soit pas oublié et comme perdu au milieu des clauses de l'acte de vente. Cette disposition de la loi est d'autant plus sage que l'on recourt naturellement au registre des inscriptions, afin de savoir s'il existe des

privilèges ou hypothèques. De cette manière, comme le disait M. Jollivet à la séance du conseil d'État du 3 ventôse an XII, *le registre des inscriptions est complet* (V. Fenet, t. XV, p. 358). Enfin on reproduit l'ancienne disposition qui prescrivait au conservateur de faire d'office sur ses registres cette inscription particulière (1).

Mais le Code innove dans l'article 2108, en ce qu'il n'entend pas que le privilège du vendeur dépende de l'exactitude du conservateur à prendre l'inscription; il s'écarte ainsi du sens que semblait présenter l'article 29 de la loi de brumaire. Ainsi l'inscription est encore un accessoire utile, mais non plus un complément indispensable de la transcription. Et sur ce point notre article présente une sorte d'exception à l'article 2106.

Trouve-t-on dans tout cela quelques changements opérés, quant à l'essence de la théorie de la publicité? Pas le moindre; on a seulement retranché ce qu'il y avait de rigoureux dans la double exigence de la transcription et de l'inscription. D'ailleurs, nous l'avons déjà dit, nulle trace du désir d'innover au fond n'apparaît dans les discussions du conseil d'État. Pour s'en convaincre en ce qui touche notre article, il suffit de jeter les yeux sur les observations très-courtes qui ont été faites par divers conseillers d'État sur l'article 17 du projet (article 2108 du Code), à la séance du 5 ventôse an XII. On verra qu'un seul point y est débattu: c'est celui de savoir si l'on admettra au profit du vendeur l'adoucissement dont nous venons de parler. Voici ces observations dans leur entier.

« LE CONSUL CAMBACÉRÈS trouve la disposition de cet article fort sage. Il voudrait cepen-

dant que l'effet ne dépendit point de l'exactitude du conservateur. »

« Il est utile de faire inscrire la créance du vendeur, afin que chacun sache que l'immeuble est grevé et qu'il n'y ait pas de surprise. Quand la transcription atteste que le prix n'a pas été payé en entier, le public est suffisamment averti; ni les acquéreurs, ni les prêteurs ne peuvent plus être trompés. Toute inscription particulière devient donc inutile, et il n'y a pas de motif d'en faire une condition qui expose la créance du vendeur si le conservateur est négligent. »

« On répondra que le vendeur peut veiller à ce que l'inscription soit faite. »

« Mais pourquoi l'exposer à une chance qu'on peut sans inconvénient lui épargner? »

« M. TREILHARD propose de déclarer que la transcription vaudra inscription pour la partie du prix qui n'aurait pas été payée. »

« M. JOLLIVET demande que néanmoins, afin que le registre soit complet, la loi oblige le conservateur d'y porter la créance du vendeur, sans cependant que l'omission de cette formalité nuise à la conservation du privilège. »

« L'article est adopté avec ces amendements. »

Est-ce dans cette discussion qu'on peut trouver un mot indiquant l'abandon des principes de publicité alors en vigueur? La mention de la créance du vendeur sur les registres publics apparaît-elle ici comme une simple formalité, qu'on puisse remplir à son aise et différer autant qu'on veut? Évidemment non; car les rédacteurs du Code entendent qu'il n'y ait pas de surprise; que ni les acquéreurs ni les prêteurs ne puissent être trompés. De là

(1) M. Troplong se trompe en disant que cette mesure d'ordre a été prescrite sur la proposition de M. Jollivet (t. I, no 286). Elle l'était déjà par l'article 17 du projet (article 2108 du Code), présenté par M. Treilhard à la séance du conseil d'État du 5 ventôse an XII. M. Jollivet n'a fait, dans cette même séance, qu'appuyer cette partie du projet (V. Fenet, t. XV, p. 358). Voici le texte de cet article 17: « Le vendeur privilégié conserve son privilège par la

« transcription du titre qui a transféré la propriété à  
« l'acquéreur, et qui constate que la totalité ou par-  
« tie du prix lui est due; à l'effet de quoi, le con-  
« servateur fait d'office l'inscription sur son registre  
« des créances non inscrites qui résultent de ce  
« titre: le vendeur peut aussi faire faire la trans-  
« cription du contrat de vente, à l'effet d'acquérir  
« l'inscription de ce qui lui est dû à lui-même sur le  
« prix. »

aux idées de M. Troplong il y a bien loin. Suivant ce jurisconsulte : « Tout ce que la loi a exigé, c'est que le privilège fût transcrit; et dès l'instant que cette condition aura été remplie, *quelle qu'en soit l'époque*, il sera vrai de dire qu'on a satisfait au vœu de la loi. » (T. I, n° 279, p. 409.) Et ailleurs : « *Le vendeur a eu le droit formel de laisser ignorer son privilège à tous ceux qui ont contracté avec son acquéreur. L'inscription est pour eux (pour tous les créanciers de l'acquéreur) chose fort indifférente, car ils ont contracté à une époque où le privilège ne devait pas nécessairement leur être connu.* » C'est ainsi que l'on commente les articles 2106 et 2108. M. Persil dit la même chose au fond, quoique d'une manière moins explicite et moins tranchée.

Ces belles choses auraient fort étonné les rédacteurs de notre section 4, dont l'intention bien formelle était que personne ne pût être trompé en contractant avec l'acquéreur, et qui organisaient dans ce but un système de publicité.

Cependant, en ce qui touche le privilège du vendeur d'un immeuble, il faut bien convenir que si plus tard on a abandonné le principe de la nécessité de la transcription en matière d'aliénation d'immeubles par actes à titre onéreux, toute l'économie de notre article 2108 sera par là même bouleversée. Mais il n'en faut pas moins l'expliquer en lui-même, et indépendamment de toute abrogation ultérieure, soit expresse, soit tacite. Car nous le répétons, lorsque l'on a rédigé notre section 4, le système de la loi du 11 brumaire sur l'aliénation des immeubles était en pleine vigueur; il était même consacré dans les termes les plus formels par l'article 91 du projet de loi sur les privilèges et hypothèques.

Si on a fait ensuite un pas rétrograde, si l'aliénation des immeubles est devenue occulte, le privilège du vendeur pourra sans doute participer à cette clandestinité, car la créance privilégiée est une clause du contrat de vente; ou, si l'on veut, les personnes qui traitent avec

l'acheteur, ne pouvant plus s'assurer de ses droits qu'au moyen de la vérification de la série des titres de propriété, y découvriront à la fois et l'aliénation de l'immeuble et la rétention du privilège. Mais aussi, pour être conséquent, il ne faudra plus parler de la *publicité* du droit de préférence du vendeur; il faudra renoncer franchement à une inscription dérisoire. Mais laissons là ce point, qui doit entrer dans le plan d'un article particulier.

Si l'on admettait (ce que nous n'avons pas à examiner) qu'outre la vente, d'autres contrats d'aliénation d'immeuble, comme un contrat d'échange, ou d'une donation faite avec charges, peuvent donner naissance à des créances privilégiées, l'application de l'article 2108 à ces privilèges ne donnerait lieu sans doute à aucune difficulté.

#### Deuxième cas d'application de l'article 2106.

Ce deuxième cas d'application est dans le Code civil, comme dans la loi de brumaire, celui où des ouvriers ont donné de la plus value à un immeuble, et n'ont pas été soldés de leurs travaux.

Dans l'une et l'autre législation, les ouvriers retiennent un droit de préférence sur la plus value par eux créée et transférée en quelque sorte au propriétaire de l'immeuble, mais ils doivent, par une inscription faite sur le registre des hypothèques, avertir le public de cette rétention opérée à leur profit.

Cet avertissement doit être donné avant le commencement des travaux; car il faut, comme nous l'avons dit dans notre premier article, que les augmentations de valeur ne se réalisent et ne passent aux mains du propriétaire, que frappées du signe public du privilège. Autrement ces augmentations devraient être regardées par les créanciers hypothécaires antérieurs aux travaux, comme une valeur libre venant accroître leur gage, et elles l'accroîtraient effectivement. Aucun droit de préférence n'aurait été conservé sur la plus value par les ouvriers; et ils seraient nécessairement primés par les hypothèques dont il s'agit.



De même les hypothèques acquises après l'exécution des travaux, mais inscrites avant la créance des ouvriers, obtiendraient la priorité.

L'inscription exigée des ouvriers est toujours, comme d'après la loi de brumaire, celle du premier procès-verbal, qui constate l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclare avoir dessein de faire.

En effet, d'après l'article 2103, 4<sup>o</sup>, qui reproduit l'art. 12 de la loi de brumaire, les architectes et autres ouvriers qui veulent obtenir un privilège pour le paiement de leurs travaux, doivent faire dresser, par un expert nommé d'office, deux procès-verbaux, le premier constatant l'état des lieux antérieur aux ouvrages, et le second la réception de ces ouvrages. Il est clair que le premier procès-verbal peut seul être inscrit avant le commencement des travaux, et d'ailleurs cette inscription suffit pour avertir les tiers que les augmentations qui vont survenir sont affectées à une créance privilégiée, dont le *quantum* sera déterminé plus tard (1). Aussi l'article 2110 déclare-t-il que le privilège *est conservé à la date de l'inscription du premier procès-verbal*; c'est-à-dire, comme il suit de notre principe général, et comme le disait plus explicitement l'article 13 de la loi de brumaire, que l'inscription doit être prise *avant le commencement des travaux* (2). Le privilège existera dès lors, non pas à proprement parler à la date de l'inscription du premier procès-verbal, car le privilège ne peut exister sans une plus value déjà produite, mais plutôt *à la date de la transmission de cette plus value au propriétaire* (3), qui ne l'acquiert que grevée du droit des ouvriers. Dès lors s'appliquera, sans nulle difficulté, la règle de l'article 2093, qui fait passer les privilèges avant les hypothèques. Avec un système si simple et si logique disparaissent toutes les difficultés, tous les embar-

ras, toutes les chances d'erreur et de fraude. Eh! pourquoi faire aux rédacteurs du Code l'injure de supposer qu'ils ne l'ont ni aperçu ni compris? S'il n'eût pas existé, il aurait fallu l'inventer.

Si les ouvriers ont laissé entrer la plus value dans le patrimoine du débiteur comme franche et libre de leurs créances, il ne leur reste plus qu'une simple hypothèque (V. art. 2113), qui a rang du jour de l'inscription, et que priment toutes les hypothèques antérieures. Ils ont laissé échapper ce qu'ils pouvaient retenir; leur hypothèque (car je ne dis plus leur privilège) est désormais *une acquisition nouvelle*, qui ne peut préjudicier à des droits antérieurement acquis.

Et, à cet égard, peu importe que les hypothèques antérieures à l'inscription tardive des ouvriers, aient été acquises avant ou après les travaux. Comme nous l'avons dit plusieurs fois, les créanciers hypothécaires antérieurs aux travaux ont vu leur hypothèque s'étendre sur la plus value donnée à l'immeuble. Entre eux et les ouvriers négligents, il n'y a plus qu'une question de priorité d'hypothèque, et par conséquent les ouvriers sont primés.

Sur ce dernier point, je dois le dire, les interprètes modernes ont encore fait fausse route. On ne cesse de répéter que l'ouvrier peut s'inscrire quand bon lui semble, à l'effet de primer les créanciers hypothécaires *antérieurs aux travaux*. Sous ce rapport, on applique à l'ouvrier ce qu'on a dit du vendeur; l'inscription exigée de lui pour l'exercice de son droit de préférence se réduit à une pure formalité (4). Quant aux créanciers dont l'hypothèque est postérieure aux travaux, on veut bien convenir qu'ils primeront l'ouvrier inscrit après eux. C'est ainsi que l'on consent à appliquer le texte de l'article 2110, et à donner au privilège *une date* déterminée par l'inscrip-

(1) V. quant à l'utilité de l'inscription du deuxième procès-verbal, pour la détermination du *quantum* de la créance, ce que nous avons dit dans le précédent article, p. 25.

(2) Article 13 de la loi de brumaire, déjà cité au précédent article :

« Le procès-verbal qui constate les ouvrages à faire, doit être inscrit *avant le commencement des réparations*, et le privilège n'a d'effet que par cette inscription. »

(3) V. plus haut, p. 51.

(4) Ce système doit conduire logiquement à dire

tion. Suivant cette doctrine, l'ouvrier négligent sera toujours assuré de primer les créanciers antérieurs aux travaux ; mais à l'égard des autres, il devra se hâter de s'inscrire, et ne pas leur laisser prendre les devants.

Le seul motif sur lequel on ait essayé de fonder cette distinction entre les deux catégories de créanciers, consiste à dire que ceux dont l'hypothèque est postérieure aux travaux, ont seuls compté sur la plus value qui en résulte, tandis que les autres, dont l'hypothèque est antérieure, n'ont dû s'attendre à avoir pour gage que l'immeuble dans l'état où il se trouvait à l'époque de la constitution de leur hypothèque (1).

On ne se montre donc pas aussi généreux pour l'ouvrier que pour le vendeur ; car on accorde à ce dernier un droit de préférence absolu et opposable à tous les créanciers hypothécaires, antérieurs ou postérieurs à la vente, quelle que soit d'ailleurs la date de son inscription. Dans ce système, il faut reconnaître que l'inscription de l'ouvrier présentera quelque utilité ; car elle donnera un avertissement aux créanciers postérieurs aux travaux, à la différence de l'inscription du vendeur, dont l'inutilité, en ce qui touche le droit de préférence, est des plus complètes. Et cependant l'article 2110 ne s'exprime pas autrement que l'article 2106. Celui-ci, qui contient la règle générale, dit que les privilèges *produisent leur effet à compter de la date de l'inscription* ; celui-là, que le privilège de l'ouvrier est *conservé à la date de l'inscription*. Quant à l'article 2108, il ne déroge nullement à l'art. 2106, si ce n'est en ce que la transcription vaut inscription pour le vendeur. Pourquoi donc

cette différence entre les deux solutions communément données ? N'est-elle pas tout à fait arbitraire ? Mais on n'a pas osé dire que l'ouvrier primerait les créanciers dont l'hypothèque est postérieure aux travaux et qui l'ont devancé par leur inscription.

De courtes observations achèveront, j'espère, de faire ressortir les vices du système illogique et arbitraire qu'on a prétendu bâtir sur l'article 2110.

1<sup>o</sup> Nous rappellerons que les créanciers dont l'hypothèque est antérieure aux travaux, ont dû compter sur la plus value survenue à leur gage sans aucune révélation de privilège. On ne répondra jamais à cet argument, parce qu'on ne trouvera jamais rien à opposer au texte formel de l'article 2153. Il est certainement impossible de soutenir, en présence de cet article, que ces créanciers ne peuvent être trompés par l'absence d'inscription, et qu'ils n'ont pas dû s'attendre à profiter des améliorations de l'immeuble.

2<sup>o</sup> Dans le système de nos adversaires, l'inscription est inutile à l'égard des créanciers hypothécaires antérieurs aux travaux ; mais quant aux créanciers postérieurs, n'est-il pas évident que l'ouvrier n'a besoin, pour les primer, que d'une simple hypothèque ? Dans cette doctrine, on ne peut donc jamais dire d'une manière *rigoureusement exacte* que le privilège est conservé par l'inscription. Il faut en conséquence prendre la chose à rebours, et dire que l'inscription régulièrement prise donne à l'ouvrier un privilège opposable aux hypothèques antérieures aux travaux. Dès lors on arrive forcément à l'interprétation que nous avons exposée, et qui maintient la règle de la loi du 11 brumaire.

que si, après la confection des travaux, l'immeuble était aliéné, soit sur saisie immobilière, soit par vente volontaire, l'inscription pourrait encore être prise, pour la conservation du droit de préférence *sur le prix qui serait encore dû par l'adjudicataire ou l'acheteur*. Mais V., quant à l'hypothèse de l'aliénation volontaire, l'article 854 du Code de procédure.

(1) V. M. Persil, Comment. sur l'article 2110, n<sup>o</sup> 5, *in fine* : « Il n'existe aucune raison pour

« ne pas préférer l'architecte aux créanciers antérieurs ; ils n'éprouvent aucun dommage, etc. » C'est aussi ce que l'on dit communément dans l'école. M. Troplong est ici incertain ; on démêle qu'il fait la même distinction, mais sans la justifier, entre les créanciers antérieurs et postérieurs (t. I, p. 487). — M. Duranton (t. XIX nos 204 et 212, édit. RAUBAN) ne traite pas la question relativement aux créanciers antérieurs.

5° L'opinion opposée conduit à des résultats d'une incroyable bizarrerie. En effet, on veut que les créanciers hypothécaires antérieurs aux travaux soient toujours primés par l'ouvrier, et que celui-ci puisse être primé par des créanciers hypothécaires postérieurs à ces travaux. Mais comme ces créanciers postérieurs doivent eux-mêmes passer après les créanciers antérieurs, dont l'hypothèque est préférable par sa date, il résulte de là une involution inextricable de principes incompatibles. Comment en effet réussir à colloquer régulièrement trois créanciers dont le premier (*le créancier antérieur aux travaux*), primé par le second (*l'ouvrier*), est cependant préféré au troisième (*le créancier postérieur aux travaux*), lequel de son côté l'emporte sur le second (*l'ouvrier*) ? J'ai vu faire à ce sujet plusieurs essais de collocation, et lutter pour les attaquer ou les défendre à force d'arguments, de distinctions, d'objections et de répliques. Mais tout cela ne peut être bon que comme exercice de dialectique; et toutes ces combinaisons, sur lesquelles s'est exercée la subtilité de Delvincourt, savant juriconsulte d'ailleurs, auraient été probablement inintelligibles pour les rédacteurs de la loi de brumaire et du Code civil.

Nous n'avons rien à dire sur les articles 2109 et 2111, ni sur les deux lois du 5 septembre 1807, relatives aux privilèges de l'État sur les immeubles des condamnés et des comptables. Toutes ces dispositions sont en dehors de notre sujet, puisqu'elles accordent au créan-

cier, pour inscrire son privilège, un certain délai, qui part de l'acquisition faite par le débiteur. Ici donc se trouve abandonné notre grand principe de l'article 2106. Ces articles exceptionnels, et les divers délais qui y sont mentionnés, me paraissent d'ailleurs très-sages et très-faciles à justifier. Je ne partage donc nullement l'opinion de M. Troplong, qui voit là des dispositions *incohérentes* (1).

Nous avons exposé notre opinion sur la théorie admise par les rédacteurs du chapitre II du titre *des Privilèges et Hypothèques*. Selon nous, cette théorie est encore intacte quant au privilège de l'ouvrier. Il en est de même quant au privilège du donateur d'immeuble (2), si on admet l'existence de ce privilège. Mais en ce qui touche le privilège du vendeur, nous rappelons ce que nous avons dit plus haut, en annonçant l'intention d'examiner les innovations législatives survenues depuis la rédaction de notre chapitre II, et d'en tenir compte pour compléter l'exposé de notre sujet.

Ces innovations sont, d'une part, l'abandon qu'on paraît avoir fait du principe de la nécessité de la transcription, pour acquérir à titre onéreux la propriété à l'égard des tiers; et d'autre part, le singulier article 834 du Code de procédure. Nous en traiterons dans un prochain article.

A. VALETTE,

*Professeur de Code civil à la faculté de droit de Paris.*

(1) Commentaire sur l'article 2106, n° 270, p. 599.

(2) Comp. les articles 959, 941 et 2108.

## LÉGISLATION CRIMINELLE

DE LA BELGIQUE (1).

La base du droit criminel de la Belgique consiste encore dans les Codes français ; mais d'assez nombreuses modifications y ont été introduites, tant sous le régime hollandais que depuis l'avènement du roi Léopold I<sup>er</sup>. En voici les principales :

1<sup>o</sup> L'arrêté-loi du 9 septembre 1814 autorise les cours d'assises, dans les cas où la peine de la *reclusion* est portée par le Code pénal, à réduire cette peine à un *minimum* d'emprisonnement de huit jours, si le préjudice causé n'excède pas 50 francs.

2<sup>o</sup> L'arrêté-loi du 20 janvier 1815 autorise les cours d'assises, dans les cas où il y aurait lieu à l'application de la peine des *travaux forcés à temps*, à réduire cette peine en celle de *reclusion*, s'il y a des circonstances atténuantes.

3<sup>o</sup> La loi du 29 février 1852 (reproduction à peu près littérale de la loi française du 25 juin 1824) considère comme délits punissables même du *minimum* de huit jours

(1) Nous croyons utile de reproduire cet article quoiqu'il présente un plus grand intérêt en France où il a paru (*Revue étrangère et française de M. Félix*), et où notre législation est à peu près inconnue. L'auteur, M. Britz, a publié il y a quelques mois un *Tableau synoptique du droit criminel*, ou analyse raisonnée du Code d'instruction criminelle et du Code pénal. Ce tableau, imprimé sur une feuille grand in-fol., se divise en trois parties. — La première traite des *crimes et délits considérés en eux-mêmes*, — la deuxième, des *tribunaux compétents*, — la troisième, des *peines*. Sous ces

d'emprisonnement (lorsqu'il y a des circonstances atténuantes et que le préjudice causé n'excède pas 50 francs), plusieurs infractions qualifiées *crimes* par le Code, et ce, pour les accusés de moins de 16 ans et pour plusieurs espèces de vol.

4<sup>o</sup> La loi du 15 mai 1858 réduit jusqu'au *minimum* de huit jours d'emprisonnement la peine dictée contre tous faits punissables de la *reclusion*, lorsqu'il y a des circonstances atténuantes et que le préjudice causé n'excède pas 50 francs.

On n'a donc pas étendu la faculté d'atténuation à toutes les affaires du grand criminel (2).

5<sup>o</sup> La dégradation civile et l'interdiction légale, ces peines cumulées, remplacent, en Belgique, la *mort civile*, d'après la loi du 11 février 1831, sauf quelques légères différences (3).

6<sup>o</sup> Les articles 44 à 50 du Code pénal ont été remplacés par la loi du 31 décembre 1856,

diverses rubriques, l'auteur a présenté, sous forme synoptique, la substance de la législation criminelle de la Belgique. Ce travail facilite beaucoup les études et offre une grande utilité aux juristes voués à la pratique du droit. — On vient de réimprimer en France ce *Tableau*, arrangé pour la législation de ce pays. (Note des éditeurs.)

(2) V. sur ces quatre articles le *Tableau*, 1<sup>re</sup> part., IV, 6 et 17... 5<sup>e</sup> part., II, B. B. 2<sup>o</sup>.. 5<sup>e</sup> part., I. A.

(3) V. le *Tableau*, 1<sup>re</sup> part., II, A... 5<sup>e</sup> part., I.

qui règle le renvoi des condamnés libérés sous la surveillance spéciale de la police pendant 5 à 20 ans. C'est encore la reproduction de la loi française du 28 avril 1852 (1).

7° Par modification à l'art. 7 du Code d'instruction criminelle, la loi du 30 décembre 1836 et la loi sur le duel de cette année, permettent de juger, en Belgique, le régnicole qui s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit, hors du territoire du royaume, contre un étranger ou contre un Belge. Le Code pénal militaire, art. 10, porte la même disposition (2).

8° D'après nos lois sur le jury en matières criminelle, politique et de la presse (les délits de presse ne comprennent pas ceux commis par des lithographies, gravures ou dessins), en date des 1<sup>er</sup> mars 1832 et 13 mai 1838, les présidents des tribunaux de première instance et des cours d'appel ont le droit d'épurer ou de réduire, chacun de moitié, le nombre des jurés portés sur la liste que la députation permanente du conseil provincial est chargée de dresser. Le vote du jury a lieu au scrutin secret, au moyen de bulletins imprimés et marqués des mots *oui* et *non*. Les affaires criminelles étant divisées par séries, les mêmes jurés ne siègent que dix à quinze jours (3).

9° La compétence ou les attributions de la cour de cassation et des tribunaux militaires, diffèrent en quelques points (4).

10° D'après le système politique belge, les fonctions de juge de paix sont incompatibles avec celles de bourgmestre (maire) et de gouverneur (préfet). Aussi l'ancienne juridiction des maires, des conseillers de préfecture, du conseil d'État et du conseil des ministres n'existe plus. Les contestations qui ont pour objet des droits civils ou politiques, et spécialement les contributions indirectes, et en général le contentieux administratif et toutes poursuites

répressives, quels que soient leur objet et leur fondement, sont du ressort des tribunaux. La loi n'a fait d'exception au profit de l'autorité administrative que pour l'administration des polders et waterings, pour les contributions directes et pour certains droits politiques : la cour des comptes, les conseils de milice, les conseils cantonaux de la garde civique et les élections aux chambres législatives (5). — Les *juridictions disciplinaires* sont légalement maintenues.

11° D'après les art. 21, 24 et 45 de la constitution et la loi du 20 juillet 1831, nulle autorisation n'est nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires, dépositaires ou agents de l'autorité, *pour des faits de leur administration*. Pour la calomnie publique à raison de faits relatifs à leurs fonctions, on est admis à faire devant le jury, par toutes les voies ordinaires, la preuve des faits imputés, ce qui met l'auteur de l'imputation à l'abri de toute peine (6).

12° Il ne pourra être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs. La responsabilité (même en ce qui concerne les dommages-intérêts) de l'éditeur, imprimeur ou distributeur, cesse à l'instant où l'auteur est connu et domicilié en Belgique. (Constit., art. 18.)

13° Il n'y a que les accusés d'un *crime* commis par la voie de la presse qui peuvent être emprisonnés préventivement. (Loi du 20 juillet 1831.)

14° Les provocations, par la voie de la presse, aux crimes et délits prévus par le Code pénal, sont punies des mêmes peines que ces crimes et délits. (Même loi.)

15° Les attaques contre la force obligatoire des lois, et les provocations à y désobéir, sont punies d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans. (Même loi.)

(1) *V. le Tableau*, 1<sup>re</sup> part., IV, 19... 5<sup>e</sup> part., I.

(2) *Ibid.*, 1<sup>re</sup> part., I, et 1<sup>re</sup> part., II, B, 5<sup>e</sup> classe.

(3) *Ibid.*, 1<sup>re</sup> part., IV, 14... 2<sup>e</sup> part... I, D.

(4) *Ibid.*, 2<sup>e</sup> part., I, E, et 2<sup>e</sup> part., II.

(5) *Ibid.*, 2<sup>e</sup> part., I, A, et 2<sup>e</sup> part., I, 5. —

Nous donnerons dans un prochain numéro un article de M. Britz sur la *compétence administrative et judiciaire* qui traite avec quelque étendue cette matière.

(6) *V. le Tableau* 1<sup>re</sup> part., II, A, 5<sup>e</sup> classe.

16° Le droit de s'assembler paisiblement et sans armes, et le droit de s'associer, ne sont soumis à aucune mesure préventive, pas plus que le droit de représenter des pièces dramatiques. (Art. 19 et 20 de la constit., art. 97 de la loi communale.)

17° L'État n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination, ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque, ni de défendre à ceux-ci de correspondre avec leurs supérieurs et de publier leurs actes. (Art. 16 de la constit.) — Les art. 14 et 16 de la constitution séparent complètement le pouvoir temporel du pouvoir spirituel.

18° La constitution, la loi électorale, les lois communale et provinciale, les lois sur le jury, la loi du 25 ventôse an xi, et nos Codes (381 C. i. cr., 585 C. p. c.) énumèrent tous les *droits politiques* des Belges, et déterminent les conditions nécessaires à l'exercice de ces droits.

19° La peine de la marque existe encore en Belgique, mais depuis la révolution elle n'a plus été appliquée.

20° Les art. 13, 103, 104 et suivants, 136 et d'autres presque aussi barbares du Code de 1810, subsistent toujours, ainsi que l'ancien système de complicité, de tentative et de récidive.

21° La jurisprudence est toujours incertaine sur plusieurs points dont le nouveau Code français du 28 avril 1832 a fixé le sens (1).

22° En Belgique, pas de loi contre les recéleurs d'armes et de poudre, contre les démonstrations orangistes ou légitimistes, contre les afficheurs et crieurs publics; pas de loi contre les journalistes qui rendent compte des débats, qui publient les listes des jurés, ou qui annoncent des souscriptions pour indemniser des amendes ou frais encourus par eux; pas de censure préalable des dessins, gravures et représentations théâtrales.

23° L'art. 128 de la constitution, qui ac-

corde aux étrangers protection quant aux personnes et quant aux biens, est rendu à peu près illusoire par les exceptions suivantes (2).

— (a) Tous les étrangers peuvent être reconduits aux frontières, lorsqu'ils ne sont pas pourvus d'un *passé-port*. (Lois des 23 messidor an iii, et 28 vendémiaire an vi.) — (b) Tous les étrangers doivent sortir du royaume, lorsque l'administrateur de la sûreté publique leur refuse un *permis de résidence*. (Arrêté du 6 octobre 1850.) — (c) Les étrangers condamnés pour crimes ou certains délits, ou accusés de faits spécifiés dans la loi et ne concernant pas la politique, peuvent être *extradés*. (Loi du 1<sup>er</sup> octobre 1855.) — (d) Ils peuvent être *expulsés*, lorsqu'ils compromettent la tranquillité publique, ou qu'ils sont condamnés ou accusés à l'étranger des crimes et délits qui donnent lieu à l'extradition. (Loi du 22 septembre 1855.) V. ci-dessus n° 7.

24° La France a un Code forestier depuis 1827; la Belgique a encore l'ordonnance de 1669, et les diverses dispositions de la république et de l'empire sur cet objet.

25° En France, la loi du 19 avril 1832 règle la contrainte par corps; les lois des 25 mai 1858 et 11 avril 1858 changent la compétence des justices de paix et des tribunaux de première instance; la Belgique conserve encore son ancienne législation sur ces matières. Toutefois le sénat va bientôt discuter une loi sur la compétence judiciaire (3).

26° Une loi sur le duel a été promulguée le 8 janvier 1841; en voici les dispositions:

Art. 1<sup>er</sup>. La provocation en duel sera punie d'un emprisonnement d'un à trois mois, et d'une amende de cinq à cinq cents francs.

Art. 2. Seront punis de la même peine ceux qui décrient publiquement ou injurient une personne pour avoir refusé un duel.

Art. 3. Celui qui a excité au duel, ou celui qui, par une injure quelconque, a donné lieu à la provocation, sera puni d'un emprisonne-

(1) *V. Tableau*, 1<sup>re</sup> part., 13, 2<sup>e</sup> cat., 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> espèce... 5<sup>e</sup> part., II, C. 1<sup>o</sup> et passim.

(2) *Ibid.*, 1<sup>re</sup> part., II, 5<sup>e</sup> classe, 80.

(3) *V. le rapport de la commission du sénat sur ce projet de loi*, p. 1.

ment d'un mois à un an, et d'une amende de cent francs à mille francs.

Art. 4. Celui qui, dans un duel, aura fait usage de ses armes contre son adversaire, sans qu'il soit résulté du combat ni homicide ni blessures, sera puni d'un emprisonnement de deux mois à dix-huit mois et d'une amende de 200 à 1,500 fr.

Celui qui n'aura pas fait usage de ses armes contre son adversaire, sera puni des peines comminées par l'art. 1<sup>er</sup>.

Art. 5. Lorsque, dans un duel, l'un des combattants aura donné la mort à son adversaire, le coupable sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de mille à dix mille francs.

Lorsqu'il sera résulté du duel des blessures qui auront causé une maladie ou incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours, le coupable sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans, et d'une amende de cinq cents à trois mille francs.

Art. 6. Si les blessures résultant du duel n'ont occasionné aucune maladie ni incapacité de travail personnel de l'espèce mentionnée en l'article précédent, le coupable sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de quatre cents francs à deux mille francs.

Le combattant qui a été blessé sera passible des peines prononcées par le § 1<sup>er</sup> ou le § 2 de l'article 4, selon qu'il aura fait usage ou n'aura pas fait usage de ses armes contre son adversaire.

Art. 7. Sont réputés complices des délits commis en duel, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, ont provoqué à les commettre.

Les complices seront punis de la même peine que les auteurs.

Art. 8. Dans les cas prévus par les art. 5 et 6, les témoins, lorsqu'ils ne sont pas complices, sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de cent francs à mille francs.

Art. 9. Il n'est pas dérogé aux lois qui règlent la compétence des tribunaux militaires. Cependant le militaire qui se sera battu en duel avec un individu non militaire, sera soumis à la juridiction ordinaire, lors même que ce dernier ne serait pas poursuivi.

Art. 10. En cas d'arrestation, la liberté provisoire sous caution pourra être refusée.

Art. 11. Dans tous les cas prévus par le § 1<sup>er</sup> de l'art. 4, l'art. 5, et le § 1<sup>er</sup> de l'art. 6, lorsque la peine d'emprisonnement sera prononcée, les tribunaux pourront priver les auteurs et complices des délits commis en duel de tous emplois civils ou militaires et du droit de porter des décorations; ils pourront aussi leur interdire l'exercice de tout ou partie des droits mentionnés en l'art. 42 du Code pénal, le tout pendant un temps qui ne pourra excéder dix années. Ce temps courra du jour où le coupable aura subi sa peine.

Art. 12. Les coupables, condamnés en exécution de la présente loi, seront, en cas de nouveaux délits de même nature, condamnés au *maximum* de la peine; elle pourra même être portée au double.

Art. 13. La loi du 30 décembre 1836 (*Bulletin officiel*, n° 641), sur les crimes et délits commis à l'étranger, est rendue commune aux faits prévus par le § 1<sup>er</sup> de l'art. 4, l'art. 5, et le § 1<sup>er</sup> de l'art. 6 de la présente loi.

L'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 22 septembre 1835 (*Bulletin officiel*, n° 645), est applicable à l'étranger qui aurait eu un duel avec un Belge, en pays étranger.

Art. 14. Dans les cas prévus par les articles 1, 2, 3 et le paragraphe 2 de l'art. 4, s'il existe des circonstances atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l'emprisonnement à six jours et l'amende à 16 fr. Ils pourront même prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, dans le cas de la seconde disposition de l'art. 4.

27° Les lois spéciales non codifiées en Belgique, qui portent des peines afflictives ou infamantes sont :

— Loi du 15 brumaire an VII (art. 28), sur le timbre. V. les lois du 5 floréal an V, 27 ventôse an IX, 22 frimaire an VII, 31 mai 1824 et 21 mars 1839.

— Loi du 19 brumaire an VI, sur la garantie des matières d'or et d'argent.

— Arrêté-loi du 21 mars 1815, qui règle le débit, la circulation et le transport de la poudre à tirer.

— Loi du 12 décembre 1817, sur l'embauchage et la désertion en temps de paix.

— Loi du 26 août 1822, sur les droits d'entrée, de sortie, de transit et de tonnage.

— Loi du 23 décembre 1824, sur la traite des nègres.

— Loi sanitaire du 18 juillet 1851.

— Loi monétaire du 5 juin 1852.

28° D'après notre constitution, art. 51, 67, 96 et 108, la loi communale du 30 mars 1836, art. 78 et 96, et la loi provinciale du 30 avril 1836, art. 85, il y a trois pouvoirs ayant qualité pour faire des règlements de police : le pouvoir royal, les conseils provinciaux et les conseils communaux ; la loi fixe leurs limites respectives. De même qu'en descendant du pouvoir royal jusqu'à la commune, chacun de ces trois pouvoirs doit obéir aux arrêtés de celui qui le précède dans l'ordre hiérarchique, et ne peut porter de règlements

sur le même objet ; de même aussi, en remontant du pouvoir communal au pouvoir royal, ce qu'a fait la commune, la province peut l'abroger, et l'abroge même de plein droit par une mesure générale, comme ce qui a fait l'objet des ordonnances provinciales peut-être changé par le roi, par mesure d'administration générale. Le roi tient, de l'article 67 de la constitution, des pouvoirs généraux pour l'exécution des lois ; les conseils provinciaux ou communaux ne sont qu'une dérivation du pouvoir exécutif central. Les ordonnances de police communale ne peuvent porter de peines excédant celles de simple police ; les ordonnances des provinces ne peuvent porter plus de huit jours d'emprisonnement et 200 fr. d'amende. Les infractions aux règlements d'administration générale, ainsi qu'aux règlements provinciaux et communaux, faits depuis et en vertu de la loi fondamentale et de la constitution, sont punissables des peines établies par la loi du 6 mars 1818, lorsqu'il n'existe pas de loi qui porte des peines particulières ; l'emprisonnement en ce cas ne peut excéder quatorze jours, ni l'amende être au-dessus de 200 fr.

J. BRITZ,

*Docteur en droit, attaché au ministère de la justice.*

## DE LA LÉGISLATION CIVILE ANGLAISE.

L'ouvrage de M. Miller intitulé *Recherches sur l'état actuel de la législation civile anglaise* est le premier où le système des lois civiles anglaises ait été l'objet d'une appréciation com-

plète et impartiale. Il fut publié en 1825 ; et dans la période de quinze ans qui s'est écoulée depuis lors, l'opinion publique a subi sur ce point bien des variations.



En 1825, très-peu de personnes, soit dans le barreau, soit hors du barreau, avaient fait de l'état de nos coutumes et de notre corps de droit l'objet de sérieuses études. M. Bentham seul s'en était occupé; mais l'audace de ses plans de réforme et les difficultés qu'ils présentent dans l'exécution firent plus pour empêcher la révision de nos lois que lord Eldon lui-même et ses principes conservateurs, qui du reste commencent à tomber en discrédit. M. Miller n'eut donc dans le principe qu'un petit nombre de lecteurs; mais c'étaient les membres les plus distingués du barreau; et bientôt, grâce à eux, la nécessité d'une prompte révision fut admise par la plupart des jurisconsultes. Lord Brougham, avec cette haute sagacité qui lui fit comprendre, en 1830, que le moment était venu de tenter un grand effort en faveur de la réforme parlementaire, apprécia la position d'un coup d'œil, et réunissant en faisceau tous les arguments sur la matière, les soumit à l'attention publique dans un magnifique discours-monstre de six heures trois minutes de débit, qui ne remplit pas moins de douze colonnes du journal le *Times*. Nous assistions à la séance où ce discours fut prononcé, et nous avons la conviction que ce fut surtout comme tour de force qu'il fit sensation : *Omne ignotum pro magnifico*; ce fut vainement qu'on lui répondit qu'il fallait que sa cause fût bien mauvaise pour avoir besoin d'être si longuement défendue. Le public, au contraire, pensa que si l'on en avait tant dit, c'était une preuve qu'il y avait beaucoup à dire encore.

Ce discours eut pour résultat immédiat la nomination de deux commissions, chargées de reviser, l'une nos coutumes, l'autre le mode de transmission de la propriété. Leurs travaux provoquèrent un cri général de réforme, tant dans les chambres législatives que dans les barreaux du royaume.

Les rapports de ces commissions attestent le désintéressement du barreau et font le plus grand honneur à l'érudition, au jugement et aux vues élevées de ses membres. Il est difficile, impossible peut-être de faire comprendre

à un public étranger à ces matières toute la portée des réformes auxquelles ces rapports ont donné lieu.

C'est de là que sont venues les réductions considérables apportées dans les frais de procédure et les grandes facilités données pour la transmission des propriétés. Nous ne craignons pas d'affirmer que les autres plans de réforme plus récents sont comparativement insignifiants. Il semblerait, en vérité, que l'on n'eût eu à cœur que de satisfaire à ce besoin insatiable d'innovations qui tourmente notre époque; car les travaux des commissions furent bientôt arrêtés par le gouvernement; on eût dit qu'il avait voulu seulement déférer à un vœu populaire, et qu'il n'avait plus rien à faire, lorsque les novateurs accueillis d'abord avec faveur ne rencontraient plus qu'indifférence dans le public. La nouvelle édition de l'ouvrage de M. Miller paraît donc fort à propos, et nous nous empressons d'attirer l'attention publique sur ce sujet, beaucoup plus important que les trois quarts de ceux où elle se fourvoie d'ordinaire.

M. Miller commence par examiner les résultats des derniers changements apportés à la législation. Il trouve très-peu satisfaisants ceux qui ont été introduits dans les lois criminelles.

« Les meilleures réformes apportées dans les lois criminelles, quoiqu'elles n'aient pas été poussées assez loin, sont celles qu'a préparées et exécutées sir Robert Peel, de 1825 à 1828, avec le concours éclairé de M. Gregson. En voici le détail : améliorations dans l'institution du jury; publication d'un corps de lois relatives à l'administration générale de la justice criminelle; lois relatives à la répression du vol et des attaques contre la propriété. Depuis, toutes ces dispositions ont subi d'importantes modifications.

« En 1830, on supprima toute pénalité contre les publications injurieuses, et séditieuses. En 1832, on cessa de considérer comme crimes capitaux les vols domestiques d'argent ou d'effets, à quelque somme qu'ils pussent mon-

ter, de même que les vols de bestiaux, ou de chevaux, quel qu'en fût le nombre et la valeur. En 1835, la soustraction des lettres et le sacrilège ne furent plus punis de la peine capitale; et en 1837, le pilori fut restreint à un si petit nombre de crimes, qu'on peut le considérer comme ayant disparu de notre système pénal.

« Avec la prétention de perfectionner l'ouvrage de sir Robert Peel, on a introduit dans certaines branches du droit criminel une confusion incroyable. C'est à tel point que l'avocat le plus expérimenté ne sait plus démêler quelle est la loi en vigueur. »

Des modifications incomplètes ont apporté le même désordre dans d'autres branches de notre législation; et les parties mêmes qui ont été complètement modifiées présentent les plus étranges disparates.

« Ce serait (continue-t-il) perdre son temps, qu'entrer dans de longs détails pour faire voir comme la jurisprudence anglaise a été bouleversée. Quelle est, dans les circonstances actuelles, la marche la plus sage à suivre? Tel sera le premier sujet de nos observations.

« Il y a deux méthodes très-différentes à suivre: l'une consiste à suivre les sentiers battus, c'est-à-dire à faire adopter chaque année quelque bout de loi modificative; l'autre à soumettre à un examen sérieux et suivi l'ensemble de nos lois. Quoique le premier système ait pour partisans des hommes de beaucoup de jugement, je préfère le second; j'en donnerai en peu de mots les motifs. »

Ces motifs sont, que des travaux qui manquent de suite et ne sont pas rétribués ne peuvent jamais produire de grands résultats, et que les magistrats, que la nature de leurs fonctions appellerait à préparer de telles mesures, n'ont pas en général le temps de s'en occuper.

« Il y a peu d'hommes, qui, après avoir consacré la journée à leurs travaux ordinaires, ne soient disposés à se reposer; pour vaincre cette disposition, et se mettre alors à bien se pénétrer de l'esprit de nos lois, de ce qu'elles sont, et de ce qu'elles devraient être, il faut

une activité d'esprit peu ordinaire. Les travaux préparatoires des lois présentent d'immenses difficultés. Leur langage doit être d'une précision, qui rende le doute impossible. On doit consulter toutes les autorités qui se sont prononcées sur la branche du droit dont on s'occupe; et il faut la plus grande attention pour ne point invoquer sur un point de droit un passage d'un auteur qui concerne une question différente. Une telle besogne est en dehors des habitudes des magistrats et n'est pas à la portée de tous. Qu'attendre des travaux particuliers? Peu d'avocats sont tentés de consacrer sans rétribution leurs veilles à préparer la révision de nos lois. Leur voix d'ailleurs serait-elle écoutée? Si parfaite que soit une loi, encore faut-il qu'elle soit convenablement présentée aux chambres. Le prestige des fonctions est assurément un préjugé; mais on ne sait pas s'y soustraire en Angleterre; et une loi n'a pas la moindre chance de succès dans le public, si elle n'est pas bien accueillie de la magistrature et appuyée par quelques notabilités parlementaires. Mais soit prévention, soit insouciance chez les magistrats, une loi peut ne pas fixer leur attention; nos hommes d'État peuvent être absorbés par la politique du jour; et nos chambres législatives sont aujourd'hui si pauvrement composées, que, dans ce cas, les lois les plus parfaites courraient grand risque de rester à jamais ensevelies dans la poussière des cartons. »

Il est donc évident que la révision doit émaner du gouvernement et toute la question est de savoir s'il convient de charger une seule commission de préparer la réforme de tout notre corps de droit, ou s'il faut nommer autant de commissions qu'il y a de matières à traiter. Il est impossible de prétendre qu'une seule personne pourrait embrasser toutes les branches du droit; mais une grande commission de révision pourrait comprendre toutes les spécialités.

Les rapports continuels des membres entre eux entretiendraient une heureuse émulation,

et le travail, étant fait en commun, serait nécessairement homogène. Une commission de ce genre fixerait l'attention publique ; il serait impossible de la composer de personnes notoirement incapables ; et il ne dépendrait pas du bon plaisir du lord chancelier de la mettre de côté ou de la faire reparaître, d'accélérer ou de ralentir ses opérations. M. Miller insiste sur ces motifs.

« D'abord ce serait une économie. Il est facile de calculer ce qu'ont coûté depuis quinze ans les commissions qui se sont occupées des différentes lois ; il suffit pour cela de consulter nos budgets, ce tableau succinct et difficile de tout ce qui tient à l'administration publique. Il en a coûté à peu près cent mille livres sterling, somme peu considérable pour le pays, si on la compare aux folles dépenses de toute nature faites depuis quinze ans, pour le compte de l'État, mais énorme, il faut en convenir, si l'on considère ce qu'elle eût pu produire dans un autre pays, ou même en Angleterre, entre les mains d'une administration prudente et éclairée. On n'en finit pas avec les petites commissions, on les forme ou on les révoque, selon la convenance des ministres du jour, ou les intérêts particuliers de leurs amis. Comme les commissions nommées jusqu'ici ne se sont occupées que de matières spéciales, leurs travaux ont passé inaperçus ; et les membres de ces commissions n'ayant pas cessé pour cela de remplir leurs fonctions publiques, on n'a pu exiger d'eux de grands services ; on s'est trouvé à cet égard entièrement à leur merci. C'est ainsi qu'elles échappent à toute critique ; il en résulte qu'elles font moins qu'elles ne devraient faire, et que l'activité et la capacité de quelques membres doivent suppléer à l'apathie et à la nullité des autres ; aussi de tous les moyens de révision, celui qui consiste à employer un grand nombre de commissions, dont les membres ne reçoivent même que de simples indemnités, est-il assurément le plus dispendieux.

« Un grand effort est nécessaire. S'il est vrai que la loi soit aussi insuffisante qu'on le

dit, pourquoi le conseil d'État ne délibère-t-il pas tous les jours, jusqu'à ce qu'il ait proposé quelques mesures qui soient approuvées par le gouvernement et de l'examen desquelles les chambres s'occupent pendant plusieurs sessions. Aucune branche de la politique intérieure et extérieure n'est plus digne de l'attention des ministres et des membres du parlement. Si l'on avait consacré à l'examen de nos lois la dixième partie du temps que l'on a perdu à discuter sur les protocoles, les griefs des catholiques, les troubles du Canada, et tant d'autres sujets de vaines déclamations, il y a longtemps que l'on aurait fait cesser un véritable grief. Ceux qui aiment à ajourner toutes les affaires et surtout celles qui exigent une application soutenue, ne manquent pas de présenter la réforme de notre législation comme hérissée de difficultés et réellement impraticable. S'il en est ainsi on ne peut le savoir ; car on n'a jamais fait à ce sujet de tentatives sérieuses. N'a-t-on pas soutenu que la réforme de notre système pénal était impossible jusqu'à ce que sir Robert Peel et M. Gregson l'eussent entreprise ? N'a-t-on pas soutenu qu'il était impossible de toucher à notre loi des pauvres, jusqu'à ce que M. Senior s'en fût occupé ? Ce que l'on a fait pour les deux branches les plus difficiles de notre législation, on pourrait le faire sans doute pour toutes les autres. Mais ce qu'il faudrait pour cela, ce serait, nous le répétons, une commission unique de révision.

« Si quelques personnes de savoir et d'expérience consacraient tout leur temps à étudier toutes les branches de notre droit civil, criminel, maritime et ecclésiastique, et à faire de courts aperçus sur toutes les parties qui leur paraîtraient erronées ou défectueuses, elles rendraient des services plus réels qu'aucune des commissions que nous avons jamais eues en Angleterre. Nous ne comprenons pas qu'une réforme judiciaire puisse commencer autrement. On obtiendrait ainsi un tableau général des diverses branches de notre législation et de nos institutions judiciaires propre à donner

l'idée la plus exacte et la plus nette de leur portée et de leur corrélation. »

On a fait précisément ce qu'il fallait pour dégoûter le public de tout changement ; et c'est devenu une mode de rire des commissions de quelque genre qu'elles soient , du moment qu'elles sont composées d'avocats. Nous ne considérons donc pas comme efficace le remède proposé dans l'extrait que nous venons de donner. Nous désirons cependant lui donner la plus grande publicité, dans l'espoir qu'un jour ou l'autre on pourra être en mesure d'y recourir. Il nous serait facile de nommer cinq ou six personnes très-capables de composer une commission de révision qui compléterait les travaux que les commissions chargées de reviser nos coutumes et de régler les droits de la propriété ont été forcées d'abandonner, grâce à l'apathie et à l'économie fort mal placée du gouvernement, et qui traiterait les questions d'intérêt général que ces commissions ont dû laisser de côté pour se renfermer dans des spécialités. Au nombre de ces questions , est celle de la codification , pomme de discorde pour les juristes les plus distingués de notre époque ; et nous avouons ne pas être tout à fait satisfaits de la manière dont elle est résolue par M. Miller.

« Quoique tout ce qui ressemble à une codification , paraisse jusqu'ici impraticable en Angleterre , je ne puis m'associer au cri de réprobation qui s'est quelquefois élevé contre ce système. Autant que j'ai eu l'occasion d'en juger, je serais plutôt disposé à le considérer comme avantageux. Je ne prétends pas que les Codes puissent remplacer toutes les vieilles lois en vigueur, ni contenir des règles distinctes pour tous les cas qui peuvent se présenter ; mais je ne vois pas là une objection. Quelque judicieuses, quelque étendues que soient les prévisions du législateur, il ne peut que tracer certaines règles dont les magistrats doivent faire la base de leurs discussions. Il semble que les Codes ont, en général, produit ce résultat ; car, bien que dans les États de l'Europe où ils ont été introduits, on y ait

signalé quelques erreurs, quelques imperfections, jamais on ne s'en est mal trouvé. Autrement la Belgique, la Hollande, les parties de la Prusse et de l'Italie, à qui les Codes français ont été imposés comme conséquence de la conquête, n'auraient pas manqué de les repousser aussitôt qu'elles ont été soustraites à la domination française. Eh bien, il n'en a été ainsi dans aucun de ces pays. Les Codes ont été, il est vrai, modifiés ; ils ont été mis en rapport avec le génie, les institutions et le régime politique de chacun de ces peuples ; mais partout ils ont été conservés, non parce qu'un retour à l'ancien état de choses a été jugé impraticable, mais parce que le nouvel ordre de choses a paru plus favorable à tous les intérêts.

« D'un autre côté, je ne puis partager cette admiration exagérée pour les Codes, que professent leurs enthousiastes partisans. De part et d'autre, il a été fait depuis peu sur cette matière bien des recherches inutiles par les juristes français et allemands. Les discussions ardues sur la question de codification, dont ont retenti les écoles de droit peuvent charmer les loisirs des professeurs et des étudiants, mais jamais elles ne produiront aucun résultat pratique. Ce n'est pas sur les idées spéculatives d'hommes exclusivement littéraires que l'on doit baser soit le fonds, soit la forme d'une législation. »

Nous sommes étonné que M. Miller prétende que dans aucun pays on ne s'est jamais mal trouvé de l'introduction des Codes. Savigny, le célèbre professeur de Berlin, nous apprend que plusieurs États de l'Allemagne ont repoussé les Codes français ; et les professeurs de droit, en Allemagne, ne sont pas des hommes purement littéraires ; comme membres des cours supérieures de justice, ils doivent avoir une connaissance parfaite de la pratique des lois.

Pour prouver que la révision de nos lois est chose faisable, M. Miller invoque l'exemple d'un peuple qui, dans le principe, avait nos lois et nos coutumes.

« La législation de New-York a été révisée

plusieurs fois, dans ces quinze ou vingt dernières années. Mais la dernière révision est la plus complète. Voici comment elle a eu lieu. Trois avocats plaidants furent chargés de ce travail; ils le furent en 1825, et le 10 décembre 1828, les lois revisées étaient mises en vigueur. Au moment de leur nomination, ces trois avocats avaient une nombreuse clientèle. Ils cherchèrent d'abord à concilier leurs nouveaux devoirs avec l'exercice de leur profession; mais il résulta de là qu'en mars 1827, deux ans après leur nomination, la majeure partie du travail restait à faire; et la législature l'attendait avec impatience. Les membres de la commission prirent alors le parti de renoncer à leur profession, pour s'occuper exclusivement de la révision des lois. Dans l'automne de 1827, une session spéciale eut lieu pour statuer sur les projets qu'ils avaient préparés. La session dura trois mois, et l'on n'y fit pas autre chose.

« Le Code proposé consistait en trois parties; dans cette première session, toute la première et toute la seconde partie furent adoptées sauf un chapitre. Dans l'automne de 1828, il y eut une seconde session consacrée au même objet; elle dura également trois mois. Pendant ces deux années, les membres de la commission travaillèrent presque constamment; ils furent réellement accablés de travail pendant les deux sessions spéciales. La dernière partie de l'ouvrage fut faite un peu trop vite; il est à regretter qu'on n'ait pas laissé la commission y consacrer, comme elle

le voulait, une année de plus. La délibération fut facilitée par cette circonstance que chacune des chambres législatives comptait un de ses membres dans la commission. »

Quant à rendre la transmission de la propriété plus facile et moins coûteuse, nous sommes convaincu que cela dépend plus qu'on ne croit des praticiens. Il est impossible de justifier les formes embarrassantes et interminables auxquelles ils ont recours dans une multitude de cas où des actes très-simples pourraient suffire. Cependant il y a des obstacles que la législature seule peut vaincre. Ces obstacles sont indiqués dans l'excellent ouvrage qu'a publié récemment M. Tyrrel.

M. Miller termine sur cette matière par quelques observations pleines de sagacité sur l'enregistrement, qui est, d'après lui, la base de toute modification importante aux lois relatives au mode de transmission de la propriété. Répondant à l'objection tirée de la publicité, il fait remarquer que les craintes manifestées à ce sujet doivent être considérées comme chimériques dans un pays où tout étranger peut, quand il le veut, moyennant un schelling, prendre connaissance de tous les testaments. Il détruit l'objection fondée sur ce que cela diminuerait les bénéfices des praticiens, en expliquant que ces bénéfices doivent au contraire nécessairement s'augmenter, par suite de toutes mesures propres à faciliter les mutations de propriété.

*(The Law Magazine).*

## DROITS DES PRINCES MÉDIATISÉS

EN ALLEMAGNE,

**Particulièrement dans le grand-duché de Bade.**

PAR M. BEKK,

Vice-président de la cour suprême de justice de Bade, séant à Manheim.

En Allemagne le développement des institutions politiques, relativement à la souveraineté a suivi une voie tout autre qu'en France. Pendant que, dans ce dernier royaume, le pouvoir royal absorbait successivement celui des seigneurs puissants, en Allemagne le pouvoir des seigneurs acquérait chaque jour plus d'indépendance et de stabilité. Les capitulations impériales (conditions imposées à l'Empereur par les princes électeurs d'Empire) restreignaient de plus en plus l'autorité impériale; et tout ce qui était enlevé à celle-ci venait accroître les droits et privilèges des électeurs, ducs, princes, landgraves, etc., de l'Empire.

Toutefois le souverain pouvoir politique continua à résider dans la diète, que l'Empereur convoquait et présidait, et dont il mettait les arrêtés à exécution. Le souverain pouvoir judiciaire appartenant à la chambre impériale (*Reichs Kammergericht*), et à la cour aulique (*Reichshofrath*); ces tribunaux, du reste, ne connaissaient pas seulement des contestations de droit privé, ils étaient compétents pour juger les différends survenus entre des sujets de l'Empire et leurs seigneurs territoriaux à l'oc-

casion de l'exercice des droits de puissance suprême de ces derniers

En 1806, le traité de Presbourg mit fin à l'existence de l'antique et respectable empire germanique. Quelques princes allemands coururent s'unir à la confédération du Rhin, placée sous le protectorat de Napoléon; d'autres ne tardèrent pas à suivre leur exemple, et l'empereur d'Allemagne dut déposer une couronne qui n'avait plus de sujets. Les chefs des territoires importants devinrent princes souverains et indépendants, avec le titre de roi, grand-duc, duc ou prince; les petits États, les anciens comtes, barons et chevaliers d'Empire, qui relevaient jadis immédiatement de l'Empire, furent incorporés dans les nouveaux États, et on ne conserva aux titulaires dépossédés (et qu'on appela dès lors princes médiatisés), en échange de leur puissance territoriale, que quelques privilèges d'une nature toute particulière. Lors des revirements de fortune qui eurent lieu dans les années 1815 à 1815, qui amenèrent la dissolution de la confédération du Rhin et la formation de la confédération germanique actuelle, les princes qui formèrent

cette confédération, conservèrent leur souveraineté, et les princes et États médiatisés continuèrent à leur rester soumis.

L'article 1<sup>er</sup> du pacte fédéral du 8 juin 1815 porte que « les princes souverains et les villes libres de l'Allemagne établissent entre eux une confédération perpétuelle qui portera le nom de confédération germanique. »

L'article 2 du même acte porte que « le but de la confédération est de maintenir la sûreté intérieure et extérieure de l'Allemagne, l'indépendance et l'inviolabilité de chaque État de l'Allemagne (1). »

D'après l'article 4 de l'acte de 1815, le maniement des affaires concernant la confédération est attribué à une diète, qui délibère, soit en assemblée générale (*in pleno*), soit en assemblée ordinaire, et statue à la majorité des voix (2).

La question, si une affaire doit être discutée par l'assemblée générale, est décidée dans l'assemblée ordinaire, à la pluralité des voix. Toutefois, lorsqu'il s'agit de faire ou de modifier les lois fondamentales, lorsqu'il s'agit des lois organiques de la confédération ou d'affaires religieuses, ou de droits individuels, la diète ne peut statuer ni en assemblée ordinaire, ni en assemblée générale à la majorité des voix. L'article 15 de l'acte final de Vienne est ainsi conçu : « Dans les cas où les membres de la confédération agissent, non comme États confédérés, mais en qualité d'États indépendants qui disposent sur des droits individuels, ou lorsqu'il est question d'actes intéressant un membre confédéré, mais qui ne rentrent pas dans les devoirs et obligations résultant du pacte fédéral, il ne peut être pris, sans l'assentiment

de tous les intéressés, une résolution obligatoire pour eux.

Le sort des États médiatisés en 1806 (anciens seigneurs ayant voix virile à la diète), et de l'ancienne noblesse d'Empire (qui dépendait immédiatement de l'Empire, et qui était représentée à la diète), fut réglé par l'article 14 du pacte fédéral, portant que « dans tous les États auxquels ils seront incorporés, on leur assurera une position privilégiée permanente et uniforme. Ils conserveront tous les droits et privilèges résultant de la propriété et qui ne rentrent pas dans l'exercice du pouvoir suprême et gouvernemental; tel, le droit de juridiction civile et criminelle dans certaines limites, la police locale, etc., etc. » Quant à l'étendue des privilèges réservés aux princes médiatisés, on établit comme base, l'ordonnance rendue en 1807 par le gouvernement bavarois sur ce point.

Plus tard, l'article 63 de l'acte final de Vienne, du 15 mai 1820, disposa : « Qu'il serait loisible à la diète de régulariser et compléter les dispositions de l'article 14 du pacte fédéral, relativement aux anciens États de l'Empire médiatisés et à l'ancienne noblesse immédiate de l'Empire. Les membres de la confédération, dans les possessions desquels on a incorporé des États jadis immédiats, restent obligés, vis-à-vis de la confédération, à maintenir les dispositions de droit public qui auront été arrêtées en faveur desdits États médiatisés. »

S'il survient des contestations sur l'application des dispositions ou conventions arrêtées conformément à l'article 14, elles seront, en règle générale, portées devant l'autorité compétente du pays auquel ont été incorporées les

(1) Dans les art. 1 et 2 de l'acte final des conférences de Vienne, de 1820, la confédération germanique est considérée comme une association de droit des gens, dont les membres sont à l'intérieur des États indépendants, jouissant réciproquement des mêmes droits contractuels, et ayant les mêmes obligations : à l'extérieur, la confédération forme une personnalité indivise, une unité politique.

(2) Même en assemblée ordinaire, les trente-quatre princes souverains de la confédération et les quatre villes libres (Lubeck, Francfort, Brême et Hambourg)

ont droit de vote : mais les quatre villes n'ont ensemble qu'une seule voix ; et plusieurs petits duchés et principautés sont également réunis pour un seul suffrage, de sorte que les trente-huit membres de la confédération sont réduits, dans l'assemblée ordinaire, à dix-sept voix. Dans l'assemblée générale, chacun des trente-huit confédérés a droit de voter seul, et les grands États ont même plusieurs suffrages (mais pas plus de quatre) ; le total des votes, dans l'assemblée générale, s'élève à soixante-neuf.

possessions des princes, comtes et seigneurs médiatisés; néanmoins, en cas de déni de justice, ou en cas de lésion de leurs droits par l'effet d'une mesure législative prise par les gouvernements auxquels ils sont soumis, lesdits princes médiatisés auront leur recours près la diète. Si la diète juge que le recours est fondé, elle sera tenue d'y statuer par elle-même. Cette garantie donnée par la confédération, assure seule aux États médiatisés le maintien des droits qui leur avaient été réservés par l'acte fédéral (1).

Depuis ce temps, ces princes ont porté à la diète de nombreuses réclamations pour cause d'inexécution de l'article 14 de l'acte fédéral, ou pour cause de lésion des droits qui leur avaient été réservés. Ces réclamations ont souvent été couronnées de succès, bien qu'il ait fallu du temps et des efforts persévérants pour triompher de tous les obstacles.

Dans le grand-duché de Bade nommément, les difficultés de cette nature ont été très-fréquentes, et les solutions ont varié, selon les personnes qui étaient au pouvoir et selon les principes qui ont été invoqués.

Dans le grand-duché de Bade, comme dans les autres États constitutionnels de l'Allemagne, il s'est élevé une lutte entre ceux qui, dominés par un rationalisme absolu, veulent soumettre les institutions gouvernementales à des principes déduits *à priori*, et ceux qui pensent devoir accorder quelque attention aux faits, et qui règlent volontiers les progrès de la politique sur le progrès normal et successif des idées et des choses.

Les premiers, exclusivement préoccupés de l'intérêt de la généralité, n'admettaient point qu'un droit, dont l'origine remonte à la puissance suprême, puisse être exercé dans un intérêt purement privé; les autres, soit à titre

de parties en cause, soit comme imbus de convictions différentes, respectaient davantage des droits que l'histoire a en quelque sorte consacrés.

Au mois d'avril 1818, le gouvernement grand-ducal prit, en conformité de l'article 14 de l'acte fédéral, un arrêté par lequel fut régularisée la position des princes médiatisés et incorporés au grand-duché de Bade. Ces princes réclamèrent, et au mois d'avril 1819, le gouvernement rendit un nouvel édit favorable à leurs prétentions. Mais dans l'intervalle qui venait de s'écouler, au mois d'août 1818, le grand-duché de Bade avait obtenu une constitution nouvelle qui établissait deux chambres; et comme l'édit du mois d'avril 1819 émanait du gouvernement seul, la chambre des députés, appelée deuxième chambre, crut devoir l'attaquer. Bien que la chambre haute ne prit point part à cet acte d'opposition, l'édit ne fut pas mis à exécution, et le gouvernement se borna à instituer une commission chargée de traiter, par voie de transaction avec les princes médiatisés, la régularisation de leurs droits.

Quelques transactions furent effectivement conclues, et elles furent sanctionnées par déclaration du gouvernement sans la coopération des états.

Ces déclarations n'eurent pas le sort de l'édit du mois d'avril 1819: la chambre des députés s'abstint de les attaquer, d'un côté parce qu'elles paraissaient moins contraires à l'intérêt de l'État (au moins en ce qui touche la régularisation des droits des membres de l'ordre équestre de l'ancien Empire); d'un autre côté, parce que la chambre des députés était réellement animée d'un esprit très-favorable au gouvernement. La chambre de 1831, dont les dispositions furent tout autres, ne manqua pas

(1) Une semblable garantie leur manquait sous l'empire de la confédération du Rhin. Les divers souverains disposaient, selon leur bon plaisir, des droits des médiatisés.

Dans le grand-duché de Bade, une ordonnance de 1807 leur avait accordé le droit de justice, de

police, et même le droit de patronage ecclésiastique; mais un édit du 10 mai 1813 les leur retira, par le motif de l'intérêt général de l'État et de la nécessité de modifier toutes les institutions de droit public, selon les besoins du temps.



de protester contre ces déclarations, qui, selon elle, étaient entachées d'inconstitutionnalité. L'excitation survenue dans les esprits, en 1850 et 1851, ne tarda pas à se calmer, et, bien que la chambre persévérât dans ses protestations, elle ne réussit point à faire infirmer les déclarations acquises aux princes médiatisés.

Dans une semblable déclaration intervenue relativement au prince de Furstemberg, le 12 août 1825, celui-ci renonça à divers droits qui avaient été expressément réservés par l'acte fédéral, tels que le droit de juridiction en deuxième instance, le droit de nommer les fonctionnaires administratifs du deuxième degré, etc. ; en retour, il acquit plusieurs prérogatives non réservées par l'acte fédéral, notamment le droit de nommer les officiers de justice de district et les employés de la police, sans être tenu de supporter les frais de ces deux administrations. C'est sur des bases semblables que furent rendues les déclarations concernant plusieurs seigneurs médiatisés, notamment le prince de Salm-Krauthheim, et les comtes de Leiningen-Neudenu et Leiningen-Billingheim.

Il intervint également une transaction avec les membres de l'ancien ordre équestre. Ceux-ci, aux termes d'une déclaration du 22 avril 1824, renoncèrent au droit de rendre justice et de nommer les officiers de police, et reçurent à titre d'échange et de compensation, diverses prérogatives et privilèges. Il est vrai de dire que ces concessions furent, en 1851,

(1) La majorité de la première chambre fut favorable au projet de loi, bien que les princes médiatisés et les délégués de l'ordre équestre voulussent pour la plupart s'y opposer. A cette occasion se reproduisit une plainte souvent articulée par les princes et membres de l'ordre équestre médiatisés, à savoir : qu'ils sont en minorité dans la première chambre, et que dans toutes les questions importantes où il s'agit de l'intérêt de leurs ordres, ils succombent sous une majorité beaucoup trop dévouée aux propositions du gouvernement. La première chambre des États de Bade se compose des personnages suivants :

1<sup>o</sup> Des princes de la maison grand-ducale ayant atteint l'âge de majorité : il y en a en ce moment deux, dont l'un, le margrave Guillaume, est président de ladite première chambre ;

2<sup>o</sup> Des chefs de familles princières médiatisées qui

l'objet de critiques sévères et multipliées.

Les membres de l'ordre équestre et les princes médiatisés avaient obtenu, entre autres, dans les déclarations dont il vient d'être parlé, les concessions suivantes :

I. Ils devaient être consultés sur les demandes formées à l'effet d'être reçu bourgeois dans une commune dépendante de leur ancien territoire ; en cas d'opposition de leur part, le bailliage du lieu ne pourrait statuer sur la demande, et la régence du district serait seule compétente pour décider.

II. Aux élections des bourgmestres, les communes choisiraient trois candidats, et le seigneur ou prince médiatisé aurait le droit d'en présenter un à la nomination du gouvernement.

III. Les seigneurs et membres de l'ordre équestre, bien que résidant dans une commune, ne devaient jamais être assimilés aux bourgeois, mais aux forains, lors de la répartition des taxes communales, lesquelles taxes étaient nommément indiquées dans les déclarations.

IV. A l'avenir on ne pourrait leur retirer aucunes prestations, droits utiles ou redevances, dont ils sont actuellement en jouissance, sous le prétexte que ces prestations constitueraient des droits régaliens, ou sous tout autre prétexte, à moins qu'une indemnité préalable ne leur ait été assignée sur le trésor public.

En 1851, le gouvernement, d'accord cette fois avec les deux chambres (1), fit rendre

naguère jouissaient de la supériorité territoriale et avaient un suffrage viril à l'ancienne diète d'Empire. Il y a dans le grand-duché neuf de ces familles ; mais la plupart de leurs chefs ne se montrent point aux sessions des états, soit pour cause de résidence à l'étranger, soit pour des motifs entièrement personnels ;

3<sup>o</sup> De l'archevêque de Fribourg et d'un dignitaire de l'Église protestante nommé à vie par le grand-duc ;

4<sup>o</sup> De huit délégués de l'ordre équestre ;

5<sup>o</sup> De deux délégués des universités de Fribourg et Heidelberg.

6<sup>o</sup> Des membres nommés pour chaque session par le grand-duc, et qui ne peuvent dépasser le nombre de huit ;

Il est clair qu'avec cette organisation, le gouver-

plusieurs lois dans lesquelles les seigneurs et membres de l'ordre équestre crurent voir une lésion des droits qui leur avaient été assurés par les déclarations susmentionnées; et en conséquence deux princes médiatisés (le prince de Salm-Krautheim et le comte de Leiningen-Billingheim) et les anciens membres de l'ordre équestre adressèrent une plainte à la diète de Francfort.

Nous examinerons les divers chefs de cette plainte, en nous reportant à l'ordre que nous avons adopté en énumérant les concessions faites aux princes et nobles médiatisés.

I. La loi promulguée le 31 décembre 1851, sur l'acquisition des droits de bourgeoisie, dispose, dans son paragraphe 15, que l'admission au rang de bourgeois dans une commune sera accordée, non plus par l'autorité, mais par le conseil municipal assisté du comité municipal; des dispositions spéciales déterminent les conditions auxquelles l'admission sera subordonnée. Il n'y a d'exception que relativement aux Israélites, sur les demandes desquels l'autorité continuera de statuer, et relativement aux étrangers, lesquels devront se pourvoir près de l'autorité pour obtenir une déclaration de naturalisation.

L'intervention de l'autorité n'a donc lieu que lorsqu'il s'agit d'Israélites ou d'étrangers, et, aux termes du paragraphe 15, ce n'est qu'en cas d'admission de ce genre dans les territoires des princes médiatisés et membres de l'ancien ordre équestre, que ces seigneurs doivent être consultés.

Les réclamations portées devant la diète avaient pour but de faire maintenir aux seigneurs le droit établi par la déclaration, plus haut mentionnée, d'intervenir dans toutes les admissions au droit de bourgeoisie.

Le gouvernement grand-ducal opposa l'incompétence de la diète, ce dont nous parlerons plus tard, de plus il soutint que la réclamation

nement a la majorité contre les princes et nobles médiatisés, toutes les fois qu'il veut opérer une réforme contre eux.

ne pouvait avoir d'objet que relativement aux Israélites et aux étrangers, attendu que ceux-ci ne peuvent point, à l'instar des indigènes, réclamer, dans des circonstances données, la qualité de bourgeois en vertu de leur droit, mais sont toujours subordonnés à l'appréciation et au bon vouloir du gouvernement. Au surplus le droit d'intervenir, dont parlent les réclamants, se réduit à une participation à l'exercice de l'autorité gouvernementale: partout où l'action de celle-ci a disparu, le concours des réclamations doit disparaître également.

II. La loi municipale du 31 décembre 1851 accorde aux communes le droit, non-seulement de présenter des candidats, mais de choisir directement le bourgmestre. Le gouvernement se réserve seulement le droit de confirmer le choix; mais ce droit, qui implique la faculté de refuser, ne peut s'exercer que contre deux nominations, la troisième devant nécessairement être acceptée par le gouvernement.

Le paragraphe 11 de cette loi dispose aussi que les princes médiatisés et membres de l'ancien ordre équestre devront être entendus en leurs observations contre la personne du candidat nommé par la commune, avant que le gouvernement ne lui accorde sa confirmation.

En réponse aux réclamations portées à la diète, le gouvernement badois soutint que le droit de proposer à la confirmation du gouvernement l'un des trois candidats élus, ne pouvait s'exercer qu'à titre de délégation de l'autorité et en son nom; et du moment où celle-ci renonce, par l'effet d'une loi nouvelle, à la faculté de choisir entre les trois candidats, le droit exercé par délégation de cette faculté doit également disparaître: il n'avait point été garanti aux réclamants que la législation resterait, sur ce point, immuable; et les attributions des seigneurs médiatisés doivent nécessairement être subordonnées aux dispositions de la loi.

III. La loi de 1851 modifia les principes sur la répartition des charges municipales à supporter par les forains; les charges incombant à ces derniers furent considérablement

aggravées. Or les seigneurs médiatisés ayant été, aux termes des déclarations mentionnées plus haut, considérés comme forains, le gouvernement décida qu'ils auraient à supporter toutes les charges imposées par la nouvelle loi aux forains, alléguant, comme dessus, qu'on ne leur avait nullement garanti l'immuabilité de la loi sur la répartition des charges municipales.

Les réclamants répondirent devant la diète que, dans la déclaration dont ils demandent l'exécution, les impôts à supporter avaient été désignés nominativement; qu'on ne pouvait les forcer à payer davantage, encore que les forains, en général, fussent atteints par des dispositions de la loi nouvelle.

A ces trois griefs (I—III), le gouvernement grand-ducal opposa l'incompétence de la diète, par le motif qu'il ne s'agissait point ici de droits attribués aux réclamants par les lois constitutives de la confédération. L'article 14 de l'acte fédéral et la déclaration du gouvernement bavarois de 1807 ne font aucune mention des droits et attributions dont il est parlé sous les numéros I—III ci-dessus. Ces droits n'ont été conférés que par les déclarations grand-ducales de 1825, 1824, etc., c'est-à-dire par des actes du gouvernement badois; les seigneurs médiatisés ne peuvent, pas plus que les autres sujets du grand-duché, saisir la diète de leurs griefs tirés de changements survenus dans la législation. L'article 63 de l'acte final de Vienne ne réserve un recours près la diète aux princes médiatisés que dans les cas où des dispositions législatives porteraient atteinte aux droits réservés et garantis par l'acte fédéral.

Sans s'arrêter au déclinatoire proposé, la diète se déclara compétente par le motif que les attributions énoncées dans les déclarations de 1825 et 1824 avaient été concédées aux réclamants en échange des droits qui leur avaient été promis par l'acte fédéral; elles

remplaçaient ces droits, et devaient par conséquent être placées aussi sous la garantie de la confédération.

Au principal, la diète regarda la réclamation comme fondée, par le motif que les droits garantis aux réclamants par les déclarations visées aux nos I-III avaient été lésées par la loi du 31 décembre 1851; or ces droits ayant été réservés aux réclamants en échange de droits bien plus importants auxquels ils faisaient renonciation, notamment la juridiction patrimoniale et la police, on ne peut considérer comme régulière une lésion émanant du fait du gouvernement grand-ducal. En conséquence, la diète, après avoir recueilli les voix de toutes les puissances, par l'intermédiaire de leurs envoyés (1), rendit (2), en date du 16 juillet 1856, la décision suivante :

« Il est déclaré au gouvernement badois qu'à l'égard des droits mentionnés dans les nos I-III, les réclamants doivent être maintenus dans le bénéfice des déclarations de 1825 et 1824.

Le gouvernement badois dut donc demander ce qu'il avait à faire ensuite de cet arrêté; car il avait à choisir entre trois déterminations :

1° Le gouvernement pouvait publier et exécuter purement et simplement l'arrêté de la diète du 16 juillet 1856.

Toutefois, comme les dispositions de cet arrêté se trouvaient en contradiction formelle avec une loi, il était à craindre que la chambre des députés ne fit valoir un principe déjà précédemment invoqué, à savoir que les arrêtés de la diète, lorsqu'ils sont relatifs aux affaires du grand-duché (hors les cas déterminés par le § 2 de la charte constitutionnelle de Bade), ne sont pas obligatoires de plein droit par le seul fait de leur publication; mais qu'ils ont besoin du concours et de l'assentiment des chambres, de même que toutes les autres lois proposées par le gouvernement.

(1) Les ministres qui forment la diète ne sont point plénipotentiaires, mais seulement mandataires; ils ne peuvent voter qu'après avoir pris les instructions de

leurs gouvernements. Acte final de Vienne, art. 8.

(2) Les gouvernements de Saxe et de Hanovre votèrent pour le rejet des réclamations.

Si le gouvernement grand-ducal avait voulu exécuter l'arrêté, en acceptant une lutte avec la deuxième chambre, il aurait, par cela même, reconnu à la diète une compétence qu'il avait précédemment déclinée.

2<sup>o</sup> Le gouvernement devait-il, au contraire, persistant dans son exception d'incompétence, ne donner aucune suite à l'arrêté de la diète.

Tout d'abord, il y avait là une question d'une haute importance : c'est celle de savoir si la diète peut elle-même connaître de sa propre compétence contre un des États confédérés, lorsque celui-ci propose le déclinatoire. Les auteurs et les gouvernements en ont fait l'objet d'une controverse qui dure depuis fort longtemps.

D'un côté l'on soutient que la confédération ne forme point, dans ses rapports intérieurs, une unité politique, mais seulement une association de droit des gens conclue par des souverains indépendants : de là résulte que, pour chacun des États confédérés, les résolutions des autres ne sont obligatoires qu'autant que cet État s'est soumis à l'avance, et pour un cas déterminé, au vœu de la majorité.

Cet engagement volontaire de se soumettre est donc une condition essentielle pour que le vœu de la majorité forme un lien à l'égard des États individuels, et il s'ensuit que la décision de cette majorité ne peut point préjuger la question de la soumission.

L'on répond pour la diète, que l'autorité de cette assemblée sera nécessairement détruite

(1) L'art. 11 de l'acte fédéral renferme les dispositions suivantes : « Les États confédérés s'obligent réciproquement à ne se faire la guerre sous aucun prétexte, à ne point recourir à la force pour vider leurs contestations, mais, au contraire, à les soumettre au jugement de la diète. Il sera loisible à celle-ci de remettre à une commission le soin d'amener une transaction; dans le cas où les tentatives de conciliation demeureront infructueuses et rendraient indispensable une solution judiciaire, la diète la fera rendre par un tribunal austrégale, et les parties litigantes seront tenues de s'y soumettre. »

L'on soutient que ces dispositions sont applicables au cas où la majorité des États confédérés serait en discussion avec un État individuel, sur la question de

du jour où chaque État pourra, sous le prétexte qu'il décline la compétence de la diète, se soustraire à l'exécution de ses arrêtés. Il faut donc nécessairement admettre, comme une condition implicite du pacte fédéral, que chaque État confédéré se soit engagé à soumettre à l'appréciation des autres les questions qu'il croira devoir soulever sur la compétence de la diète.

Selon la doctrine opposée, un pareil état de choses serait destructif de l'indépendance des États confédérés; la confédération ne serait plus alors une association de droit des gens, mais un tout politique; et la véritable souveraineté de l'Allemagne, le pouvoir suprême et gouvernemental, résiderait entre les mains de la majorité de la diète. Cette conséquence répugne à l'esprit non moins qu'au texte de l'acte fédéral, ainsi qu'à l'acte final de Vienne. L'exception d'incompétence, opposée à la diète par un État confédéré, doit être vidée, soit par la voie de négociations diplomatiques, ou, au besoin, par un tribunal austrégale (1), avant que la décision de la diète elle-même puisse être obligatoire pour l'État qui avait décliné la compétence.

Sur ce point, il n'est intervenu jusqu'à ce jour aucune décision ni aucune interprétation authentique. Les intérêts des diverses puissances confédérées sont loin d'être identiques à cet égard, et il y a plus d'un souverain qui n'est pas fâché de trouver dans cette controverse une arme facultative dont il se

savoir si une difficulté est ou non de la compétence de la diète; car, dans cette hypothèse, la diète, ne pouvant connaître elle-même de sa propre compétence, serait à considérer, non point comme une puissance politique investie du droit de commander, mais comme une partie en cause. — Quant aux cas auxquels l'article 11 de l'acte fédéral est applicable en général, les résolutions postérieures de la diète contiennent des dispositions expresses sur la manière de constituer le tribunal austrégale. L'une des parties en cause désigne trois tribunaux supérieurs de troisième instance pris entre tous ceux des pays de la confédération; la partie adverse choisit, entre ces trois, celui qui doit juger le litige.

réserve d'user suivant les circonstances (1).

Il est donc évident que toutes les fois qu'il s'agit d'une plainte portée contre un des États confédérés, le quel décline la compétence de la diète, la question de compétence est une question politique.

Le gouvernement badois aurait pu, sans pour cela se refuser ouvertement à exécuter une obligation incontestable, prendre sur lui de persister dans son exception d'incompétence, et de n'avoir aucun égard à l'arrêté de la diète, du 15 juillet 1856. Toutefois, dans ce cas, il aurait naturellement dû accepter les conséquences qu'une attitude hostile, ou du moins peu bienveillante, eût pu entraîner.

Le gouvernement badois préféra recourir à une autre voie.

3<sup>o</sup> Sans s'occuper de la résolution de la diète, on fit disparaître en fait le fondement des griefs articulés par les princes médiatisés, afin d'ôter par là à la diète tout prétexte d'intervention.

En conséquence, le gouvernement rendit, à la date du... février 1857, une loi provisoire (2) qui ne peut pas être regardée comme une exécution de l'arrêté de la diète, et dans laquelle ce dernier n'est point mentionné; on y déclara que la loi du 31 décembre 1851 avait été sanctionnée dans l'hypothèse que les princes médiatisés n'élèveraient aucun grief contre la modification des droits qui leur compétent, et dont il est fait mention aux nos I-III : que ces princes s'étant trouvés lésés, et le gouvernement entendant qu'ils ne subissent non-

seulement aucune lésion, mais même aucun changement en leurs droits, il est arrêté que les dispositions de la loi de 1851, en tout ce qu'elles auraient de contraire aux droits énoncés dans les déclarations de 1825 et 1824, relativement aux princes médiatisés, cesseront d'être exécutées.

Cette loi provisoire fut prorogée, dans la session suivante, pour deux ans; toutefois, les chambres exprimèrent le vœu que les négociations entamées avec les princes médiatisés fussent, pendant ce délai, amenées à terme, et que les résultats en fussent alors soumis à l'assentiment des chambres.

Jusqu'à ce jour, rien n'a encore été conclu, ce qu'il faut attribuer, en partie du moins, à la connexité des griefs dont s'agit avec ceux exposés par les réclamants dans le n<sup>o</sup> IV ci-après.

IV. Cette partie de la réclamation est relative à la prétendue lésion de la partie du traité qui leur promet qu'aucuns droits utiles ou redevances ne seront supprimés sans indemnité préalable.

Le 28 décembre 1851, il fut rendu plusieurs lois sur l'abolition des corvées, la dîme des bestiaux et la dîme des terres nouvellement défrichées; c'est-à-dire, les lois relatives aux corvées et à la dîme des bestiaux déterminèrent qu'une indemnité pécuniaire, supportée pour partie par les corvéables, et pour partie par le trésor, serait payée aux ayants droit. La dîme des terres nouvellement défrichées, c'est-à-dire l'expectative d'une dîme sur le

(1) Il est notoire que l'électorat de Hesse s'est refusé positivement à exécuter l'arrêté de la diète intervenu, il y a quelques années, sur la requête présentée par M. Hoffman, à l'occasion des domaines wesphaliens. Aucune démarche ne fut faite pour forcer le gouvernement hessois à obéir.

(2) D'après le paragraphe 65 de la constitution badoise, les lois en général ne peuvent être rendues que de l'assentiment des États, mais on comprend sous le nom de loi provisoire les ordonnances rendues par le gouvernement seul, en vertu du paragraphe 66 de la constitution, et qu'il propose ensuite à l'approbation des états. Ce paragraphe 66 est ainsi conçu : « Le grand-duc sanctionne et promulgue les

lois; il fait les règlements, dispositions et ordonnances générales nécessaires pour l'exécution et pour le maintien des lois; ceux qui sont la conséquence du droit d'inspection suprême et du droit d'administrer; enfin tous ceux nécessaires à la sûreté de l'État. Il fait aussi les règlements sur les matières qui, de leur nature, doivent être soumis à la délibération des états, lorsque l'intérêt de l'État les rend urgentes et lorsque tout retard pourrait compromettre l'efficacité des mesures reconnues utiles. » Toutes ces conditions ne se réunissaient pas dans l'espèce; mais il y avait péril en la demeure en ce sens, qu'il fallait éviter d'autres notifications de la diète ou des démonstrations hostiles de sa part.

produit d'immeubles cultivés à l'avenir, fut supprimée sans indemnité.

Les réclamants soutenaient que, dans les conventions intervenues, le gouvernement avait promis qu'on ne leur retirerait à l'avenir aucuns droits utiles ou redevances sans une indemnité complète; que l'indemnité déterminée par les lois abolitives de la corvée et de la dîme des bestiaux était insuffisante, et qu'il leur en était dû une plus considérable; que pour la dîme des terres nouvellement défrichées, il leur était dû une indemnité entière et complète.

Le gouvernement grand-ducal répondit sur ce point: « Si les réclamants prétendent que, dans les conventions par eux mentionnées, l'État leur a promis une indemnité complète, même pour le cas dont s'agit, et que le chiffre fixé par la loi est insuffisant, ils peuvent tenter une action contre le fisc devant les tribunaux compétents du pays. Un recours près la diète ne leur serait ouvert, aux termes de l'ar-

ticle 63 de l'acte final de Vienne, que s'il y avait eu déni de justice de la part des tribunaux badois, ou que la marche de la justice eût été entravée à leur préjudice, ce qui, en fait, n'est point.

En suite de cette déclaration, la diète répondit, par son arrêté du 16 juillet 1836, que les réclamants eussent à s'adresser aux tribunaux du pays de Bade. Les princes médiatisés obtempérèrent; mais, jusqu'à ce jour, aucune sentence n'est intervenue.

Postérieurement encore, ces princes ont réclamé près la diète contre le rachat des dîmes en général, autorisé par la loi du 15 novembre 1833: la réponse de la diète n'est pas encore rendue.

Au surplus, cette réclamation soulève les mêmes difficultés et suivra la même marche que celle relative aux lois du 28 décembre 1831, sur l'abolition des corvées et des dîmes des bestiaux (1). *(Traduit de l'allemand.)*

## DES PROGRÈS

ET DE L'ÉTAT ACTUEL DE LA LÉGISLATION ET DE LA SCIENCE DU DROIT,

### En matière de Lettres de Change.

En comparant ensemble les progrès que la législation et la science ont faits dans les diverses parties du droit, on remarque que ces progrès sont moins sensibles dans celles de ces parties qui se rapportent à des besoins de

la société civile nés à une époque récente, ou aux institutions qui ont également une origine moderne. Le droit romain, qui forme une source inépuisable dans toutes les parties du droit connues du temps de Justinien, n'est

(1) Depuis la rédaction de cet article, il est survenu une transaction entre le gouvernement badois et le prince de Linange, par laquelle les droits de ce

dernier, en qualité de prince médiatisé, sont définitivement régularisés. Cette transaction a reçu l'assentiment des chambres. *(Note des Éditeurs.)*

d'aucune ressource dans les matières nouvelles ; les jurisconsultes sont réduits à suivre une prétendue jurisprudence, qui est souvent le produit du caprice ou du hasard ; ou bien ils s'attachent à appliquer le droit romain, par analogie, aux institutions modernes, et leur imposent ainsi des règles étrangères à leur essence et à leur but. Parmi ces matières nouvelles, il faut ranger la propriété littéraire, les brevets d'invention, l'usage des cours d'eau pour les grandes usines, les mines et les lettres de change. Ces matières n'ont pas encore reçu un développement scientifique complet ; et, à défaut de lumières qui jaillissent de la science, le législateur est trop souvent disposé à s'en tenir à des doctrines surannées mais consacrées par l'usage. Une autre circonstance contribue à la conservation de ces doctrines, c'est que, dans ces matières, il s'agit ordinairement de procédés techniques et d'opérations qui sont hors du domaine habituel du jurisconsulte, et qu'il ne peut convenablement apprécier qu'autant qu'au préalable il s'est familiarisé avec les besoins de la société qui ont donné naissance à l'institution, et avec les mœurs et habitudes de ceux qui s'occupent des procédés et opérations dont il s'agit.

Ces observations s'appliquent au droit de change.

Cette institution était inconnue aux Romains ; elle a pris naissance dans les relations du monde moderne. Les lettres de change, particulièrement employées entre commerçants, sont soumises, dans tous les États, à certains usages auxquels les commerçants sont tenus de se conformer, parce que l'honneur commercial dépend de l'accomplissement consciencieux des engagements résultant des lettres de change. L'activité et la marche particulière des affaires commerciales en déterminent les besoins, et par suite aussi les moyens de faire face à ces besoins. C'est pourquoi les efforts communs des commerçants et des jurisconsultes sont nécessaires pour amener un développement approfondi de la science du droit de change. Malheureusement beaucoup

de jurisconsultes, dans l'ignorance au moins partielle des relations commerciales, avancent des théories qui sont, ou étrangères aux vues et usages du commerce, ou dont ils n'ont pu apprécier les conséquences. Certes, les jurisconsultes n'auraient jamais établi la théorie au moins singulière sur l'endossement en blanc, ou la proposition que l'acceptation suppose la provision, s'ils avaient bien connu l'usage du commerce, la nécessité des endossements, et les embarras produits par une exigence déplacée de la loi. D'un autre côté, si l'on abandonne aux commerçants seuls le développement du droit de change, on y verra entrer des dispositions qui se trouvent en contradiction, soit avec la nature juridique de la lettre de change, soit avec le droit commun, et qui dérivent d'usages abusifs contre lesquels les commerçants ont été trop indulgents, faute de connaissances suffisantes du droit commun.

En matière de droit de change, le législateur doit surtout avoir égard aux progrès du commerce des lettres de change. Ce qui peut avoir été convenable il y a cent ans, lorsque les relations commerciales étaient moins actives, peut ne plus l'être aujourd'hui. Cette observation s'applique particulièrement aux délais déterminés par la loi ; le commerçant très-occupé se trouve quelquefois dans l'impossibilité de les observer. Qu'on songe aux liens qui unissent les commerçants de toutes les nations : que le banquier de Paris tire aujourd'hui des lettres de change sur les États-Unis ou sur le Brésil ; que demain il aura à payer une lettre de change tirée de Saint-Petersbourg, et qu'il en endossera une autre tirée de Naples. Le législateur doit se garder d'imposer aux commerçants l'observation d'un grand nombre de formalités ; dans le commerce on a besoin de se borner aux formalités essentielles ; toutes celles qui sont superflues sont mises en oubli dans la pratique ; le commerçant le plus honnête les néglige, et c'est à son détriment qu'il apprend plus tard que ces formalités étaient prescrites par la loi.

Abordons l'état de la législation en matière de lettres de change.

I. Le *Code de commerce français* mérite la plus grande attention. L'art propre aux juriconsultes français de faire des lois claires, brèves et dans un esprit pratique, se manifeste aussi dans la rédaction du Code de commerce. Dans tous les pays étrangers on admire la simplicité et la clarté de ces dispositions, et on approuve la méthode suivie par le législateur, de se borner à l'indication du principe qui domine une matière, abandonnant l'application à l'intelligence du juge. Mais, d'autre part, le Code de commerce prête aussi beaucoup à la critique. Les principaux défauts de ce Code tiennent à ce que ses rédacteurs se sont trop attachés à suivre l'ordonnance du commerce de 1675; ils n'ont pas tenu compte des progrès immenses que le commerce des lettres de change a faits en France depuis Louis XIV; une loi qui pouvait être excellente sous le règne de ce prince, ne convient plus à l'état actuel des choses. Les rédacteurs n'étaient pas assez familiarisés avec les usages du commerce, et ils ont conservé, dans le Code, un certain nombre de restrictions établies par l'ordonnance, mais qui, depuis, avaient été reconnues préjudiciables aux transactions commerciales. Nous aurons occasion de démontrer, dans le cours de ce travail, combien les rédacteurs du Code ont eu tort d'exiger, dans l'article 110, que la lettre de change soit tirée d'un lieu sur un autre : disposition qui en restreint trop et l'objet et l'usage. Il en est de même de la prescription d'énoncer que la valeur a été fournie en espèces ou en marchandises. On n'aurait pas dû faire entrer, dans le titre du *Contrat de change*, les dispositions concernant la provision (art. 115); elles sont étrangères à la matière, et leur application soulève de nombreuses contestations. C'est aussi par erreur que l'endossement, ce principe de vie du contrat de change, a été entouré de conditions onéreuses (art. 136), que l'usage général du commerce a fait écarter de toutes les autres législations de l'Europe; telle est l'énonciation de la manière

dont la valeur a été fournie : l'article 138 apporte des entraves à l'emploi de l'endossement en blanc, qui cependant est d'une grande importance pour les commerçants. Souvent les délais prescrits par le Code n'ont pas été fixés de manière à atteindre le but que le législateur s'est proposé. Les dispositions concernant le rechange (art. 177-186) établissent des restrictions injustes aux intérêts de celui qui se trouve dans le cas d'exercer un recours. Le Code offre d'ailleurs de fâcheuses lacunes : il garde le silence sur des questions importantes, telles que l'influence de la force majeure, la prolongation des délais, l'effet du faux ou de la falsification de la lettre de change ou d'un endossement. La diversité de la jurisprudence des tribunaux sur toutes ces questions a souvent eu des conséquences préjudiciables à des intérêts légitimes. Enfin, dans l'application du Code de commerce on rencontre des difficultés sur les rapports qui existent entre ce Code et le Code civil, et sur la question de savoir jusqu'à quel point ce dernier peut servir de complément au premier.

Malgré ces défauts, le Code de commerce français est la loi la plus répandue en Europe : il a été maintenu même dans les pays italiens, où le Code civil et le Code de procédure civile ont été abrogés, comme la Lombardie et la Toscane. Dans d'autres États qui, comme Rome et Naples, ont été dotés de lois nouvelles en matière de droit commercial, on a emprunté au Code français toutes les dispositions essentielles; peu de changements ont été introduits. Enfin, le Code français a servi de base à la rédaction d'autres nouveaux Codes de commerce, en Espagne, en Portugal et dans les Pays-Bas. A la vérité, on a ajouté de nouvelles dispositions, on a décidé des questions controversées, la nécessité d'admettre l'endossement en blanc a été reconnue; mais sous beaucoup d'autres rapports on a trop respecté les défauts du Code français.

II. *En Autriche* il n'existe point de Code complet en matière de lettres de change. L'ordonnance de 1765, encore en vigueur, ainsi



que celle qui a été rendue en 1775 pour la Gallicie, sont incomplètes sous plusieurs rapports : elles n'offrent que peu de dispositions ; elles apportent plusieurs restrictions à l'emploi des lettres de change, et elles prescrivent un grand nombre de formalités. On a senti la nécessité d'une réforme, et dès avant 1835, un projet de loi sur les lettres de change a été rédigé par une commission spéciale (1). Ce projet, composé de 206 paragraphes, se distingue par une rédaction claire et précise, et ses dispositions embrassent la matière dans toute son étendue. Aux termes du paragraphe 9, il n'est pas nécessaire, pour la validité de la lettre de change, qu'elle soit tirée d'un lieu autre que celui où elle est payable, ou qu'elle énonce en quoi la valeur a été fournie. La circulation des lettres de change au moyen de l'endossement a été particulièrement facilitée ; par une conséquence nécessaire, le paragraphe 43 déclare inadmissible la preuve qu'un endossement rempli a été donné en blanc. Nous reviendrons sur ce projet dans le courant de ce travail.

III. La Prusse possède une loi très-étendue sur les lettres de change (Code général pour les États prussiens, part. II, tit. VIII), contenant 557 paragr. Cette loi est importante à cause des détails dans lesquels elle entre : mais elle ne répond pas aux besoins du commerce ; nulle part elle ne pose les principes qui dominent la matière ; elle se borne à donner un grand nombre de règles et de dispositions applicables à des espèces particulières ; elle exige, dans la lettre de change, plusieurs conditions véritablement inutiles, par exemple (§ 765), l'énonciation de la valeur fournie ; d'autres formalités, qu'elle prescrit, empêchent la circulation ; enfin, le défaut de clarté de ses prescriptions a fait naître un grand nombre de controverses dans l'application. Dès 1856,

un projet de loi sur les lettres de change fut rédigé par une commission : ce projet, composé de 225 paragraphes, fut communiqué aux tribunaux et aux chambres de commerce ; et, sur leurs observations, il fut rédigé, en 1858, un nouveau projet en 260 paragraphes. Ce projet a également été soumis aux chambres de commerce. Les exposés des motifs de ces deux projets, ainsi que les observations et avis des tribunaux et chambres de commerce, renferment des matériaux précieux et des idées fort saines.

IV. Dans quelques autres États allemands il existe des lois spéciales sur les lettres de change : telle est la loi de *Saxe-Weimar*, du 20 avril 1819 ; celle de *Hanovre*, du 25 juillet 1822 ; celle d'*Anhalt-Dessau*, du 10 juillet 1822. Mais ces lois n'ont aucune importance sous le rapport législatif ; la majeure partie de leurs dispositions a été empruntée à la loi de Prusse.

V. Le droit de la *Grande-Bretagne* (2) et celui des *États-Unis* offrent une source féconde en matière de droit de change. Cependant ce droit n'a pas été codifié ; il consiste en une masse de décisions judiciaires et d'usages, qui jouissent d'une grande autorité parce qu'ils sont l'expression des besoins d'un commerce florissant, et qu'ils se sont développés sous la direction de juriconsultes familiarisés avec les mêmes besoins ; mais les dispositions du droit de change anglais et américain manquent de liens qui les unissent entre elles : plusieurs points importants, qui devraient être réglés par la loi, sont abandonnés à l'incertitude de l'usage ; nombre d'abus ont été conservés. A la vérité il existe en Angleterre plusieurs statuts en matière de droit de change ; mais ces statuts n'ont fait que décider certaines controverses, et ils n'ont aucune importance législative parce qu'il n'existe aucune liaison entre eux.

(1) J'en ai reçu un exemplaire dans le courant de ladite année, de l'un des membres de cette commission, feu M. le professeur Wagner, de Vienne, qu'une mort prématurée a enlevé trop tôt à la science.

(2) V. l'exposé de la législation et de la jurispru-

dence de l'Angleterre, de l'Écosse et de l'Irlande, en matière de lettres de change et de billets à ordre ; par MM. Fœlix et Strafford-Carey, publié dans l'ouvrage de M. Louis Nougmes *des lettres de change et des effets de commerce, en général*, p. 282 de l'éd. HAUMAN.

Aux États-Unis on observe, en règle générale, le droit anglais relatif aux lettres de change; mais quelques-uns des États de l'Union possèdent des lois étendues sur la matière, dans lesquelles on aperçoit la tendance du législateur à mettre les lois en harmonie avec les besoins du commerce (1). On trouve aussi des documents sur le droit de change des États-Unis, dans les éditions qui y ont été publiées des ouvrages anglais sur la matière (2).

VI. La loi du *royaume de Saxe*, en date du 18 juillet 1840, est un acte législatif d'une haute importance. En Saxe il y a toujours eu une grande circulation de lettres de change; et, depuis longtemps, la ville de Leipzig forme le centre du commerce de cette partie de l'Allemagne. Le règlement sur les lettres de change, en vigueur dans cette ville, était regardé comme autorité; mais ce règlement démontre précisément combien les restrictions établies par la loi sont préjudiciables au commerce. Depuis nombre d'années on s'occupe, dans le royaume de Saxe, de la rédaction d'une loi sur les lettres de change: cette mission a été confiée à M. Einert, conseiller au ministère de la justice, qui se distingue autant par ses études scientifiques que par ses connaissances pratiques. La nécessité d'abroger dès à présent quelques-unes des dispositions existantes qui paralysent le commerce, a déterminé le gouvernement à proposer aux chambres, dans la session de 1840, un projet de loi composé de 18 paragraphes, et ce projet a été converti en loi. Cette loi supprime la double obligation imposée au porteur, de présenter la lettre de change dans un bref délai, et, à défaut de paiement, de prendre son recours, d'abord contre son cédant immédiat, et de poursuivre ensuite successivement chaque endosseur en remontant jusqu'au tireur. Le paragraphe 15 fait cesser les restrictions apportées à l'usage des endossements en blanc, en attri-

buant au porteur de ces endossements le droit de disposer comme propriétaire. L'exposé des motifs qui précède le projet de loi est bien rédigé; il exprime cette idée fondamentale, que la véritable lettre de change est destinée à suppléer l'argent comptant.

VII. Dans le *canton de Vaud*, en Suisse, un projet de Code de commerce a été élaboré: en matière de lettres de change il ne fait que reproduire littéralement les dispositions du Code de commerce français, bien que, dans d'autres chapitres, il offre quelques améliorations.

VIII. Le projet de loi le plus récent est celui d'un Code de commerce pour le royaume de *Wurtemberg*. On aperçoit facilement, à la lecture de ce projet, que son rédacteur, M. Hofacker, conseiller à la cour suprême de justice, s'est familiarisé avec les Codes français, espagnol, portugais et néerlandais; toutefois ce projet n'offre point une imitation servile du premier de ces Codes, bien que, suivant nous, le rédacteur se soit trop attaché aux idées françaises. La matière des lettres de change remplit les paragraphes 554 à 774 du projet; c'est 160 articles de plus que n'en contient le Code de commerce français. C'est à tort que le paragraphe 551 prescrit d'exprimer en quoi la valeur a été fournie; par contre, le paragraphe 554 n'exige point que la lettre de change soit payable dans un lieu autre que celui d'où elle a été tirée. Le paragraphe 568 autorise avec raison les endossements en blanc: mais le paragraphe 576 entrave la circulation des lettres de change, en déclarant qu'après l'échéance l'endossement ne vaut plus que comme procuration. En ce qui concerne la provision, le paragraphe 580 est conforme à l'article 115 du Code de commerce; mais, en opposition avec l'article 117 de ce Code, le paragraphe 621 déclare que l'acceptation ne suppose pas la provision. Ce projet tranche

(1) *V.* par exemple: *Digest of the law of Pennsylvania*, p. 119. *Revised Statutes of Massachusetts*, p. 502. *Revised Statutes of New-York*, vol. 1. p. 786.

(2) *Bayley, Summary of the law of exchange*, edited by Philips; Boston, 1850. *Chitty, treatise on bills of exchange*, edited by Oglivie Beebee; Springfield, 1856.

diverses questions controversées que le Code français avait fait naître. Nous aurons l'occasion de revenir sur quelques dispositions de ce projet.

Après avoir indiqué les progrès de la législation en matière de lettres de change, examinons les *travaux scientifiques* publiés sur ce sujet.

Les ouvrages des juristes *français* ont surtout reçu un accueil universel. Partout on cite Pothier : mais on reconnaît aussi que cet auteur s'est trop attaché à quelques principes du droit romain, par lesquels il a prétendu régir les lettres de change ; il n'a pas assez d'indépendance dans les idées. Il apporte à la circulation des lettres de change des restrictions nombreuses, qui se trouvent en opposition avec les véritables besoins du commerce. En Allemagne on estime particulièrement les ouvrages de MM. Pardessus, Vincent et Frémery ; on consulte aussi les écrits de MM. Horson et Nougier. La préférence est accordée à l'ouvrage de M. Pardessus ; cet auteur fait preuve d'une parfaite connaissance de la partie technique du commerce, et d'une sagacité qui dénote le juriste accompli ; l'ouvrage se distingue par la clarté de l'exposition. M. Vincent est versé dans les détails du commerce, il signale les défauts du Code ; son ouvrage est rempli d'observations ingénieuses sur plusieurs difficultés qu'offre la circulation des lettres de change. M. Frémery est familier avec les usages du commerce, il en encourage l'étude ; son ouvrage offre d'utiles développements historiques. Quant à M. Horson, on rend justice à son esprit pratique et à son expérience ; il signale plusieurs lacunes dans la législation en matière de lettres de change. M. Nougier a réuni, sous chaque article, d'une manière méthodique, les divers arrêts et les opinions des auteurs ; on trouve des observations pleines de sagacité sur quelques questions de la matière.

(1) *Principi del diritto commerciale secondo lo spirito delle leggi pontificie*. Roma, 1827 — 1856 ; 10 vol.

En Angleterre, rien n'a été fait pour le développement scientifique du droit de change. Les ouvrages de Smith, Chitty et Bayley contiennent des expositions assez claires du droit de change anglais ; mais on n'y trouve aucune discussion du domaine de la science.

Parmi les ouvrages publiés en Italie, nous avons à signaler celui de M. Cesarini, intitulé : *Principes du droit commercial*, suivant l'esprit de la loi des États pontificaux (1). Comme à Rome on a maintenu la majeure partie des dispositions du Code français, cet ouvrage s'en occupe aussi : son caractère distinctif, c'est que l'auteur cite partout les lois romaines qui peuvent admettre une application, par analogie au droit de change ; il analyse avec étendue la nature des divers contrats qui interviennent à l'occasion de la lettre de change, et discute toutes les questions controversées.

En Allemagne, où d'ailleurs l'étude du droit est sérieusement cultivée, la matière des lettres de change a été négligée. En règle générale, les auteurs se sont bornés à publier des manuels offrant le simple exposé du droit de change en vigueur dans un pays, ou à réunir les diverses dispositions ayant force de loi ; ou bien ils ont examiné des questions spéciales sur la matière. Cependant dans les ouvrages suivants on trouve des développements scientifiques sur la matière : 1° Wagner (en son vivant professeur de droit à Vienne), *Manuel critique du droit de change en vigueur dans les États autrichiens* (2), Vienne 1825, 5 vol. Les deux premiers volumes ont pour objet le droit autrichien ; mais en même temps l'auteur se livre à des discussions approfondies, théoriques et pratiques sur le droit commun en cette matière. — 2° Poehls, *Exposition du droit de change* (3) ; Hambourg, 1829. Cet ouvrage offre une grande utilité, parce que l'auteur a réuni et comparé toutes les dispositions en vigueur sur la matière dans tous les pays de l'Europe. — 3° Cropp, dans plusieurs mémoires

(2) *Kritisches Handbuch des in den österreichischen Staaten geltenden Wechselrechts*.

(3) *Darstellung des Wechselrechts*.

et consultations sur le droit de change. — 4° Treitschke, *Manuel du droit de change* (1); Leipzig, 1825. Le même, *Encyclopédie alphabétique du droit de change* (2); Leipzig, 1851; 2 vol. L'auteur examine, sous le rapport scientifique, les divers contrats qu'offre la lettre de change et sa circulation. — 5° Einert, *Le droit de change d'après les besoins du commerce du XIX<sup>e</sup> siècle* (3); Leipzig, 1859. Nous parlerons ci-après avec quelque étendue de ce dernier ouvrage.

Si dans toute l'Europe le développement scientifique du droit de change est resté stationnaire, il faut en rechercher la cause dans la malheureuse habitude des juristes, particulièrement en Allemagne, d'appliquer les dispositions du droit romain à des matières inconnues à cette nation. C'est ainsi qu'on a discuté la question de savoir si la convention qui intervient entre le tireur de la lettre de change et le preneur, est une vente, un contrat de louage, un mandat ou une cession. On n'a pas compris qu'aucun de ces contrats ne pouvait être applicable, et qu'il est inutile de recourir aux analogies du droit romain, dès qu'on ne saurait révoquer en doute que le droit du monde moderne s'est formé et développé d'une manière particulière, créant de nouvelles institutions que l'on doit apprécier d'après leur but, et juger selon leur nature propre. On admet ce point de vue à l'égard du contrat d'assurance, de la société en commandite, et du contrat relatif à la propriété littéraire : pourquoi ne pas l'admettre également à l'égard du contrat de change? Dès qu'on attribue à ce contrat une base empruntée au droit romain, telle que le contrat de vente ou celui du mandat, on doit, pour rester conséquent, partir de cette base dans la décision de toutes les questions qui se présentent; de là tant de décisions souverainement erronées. Une autre faute commise par les juristes, et peut-être la plus grave, c'est de regarder le contrat

entre le tireur et le preneur comme le contrat principal, et de prétendre que le contrat de change consiste uniquement dans la convention conclue entre ces deux parties sur une valeur déterminée. Dans ce système il faut attribuer au preneur un droit de propriété dans la lettre de change, et soutenir que tout individu qui prétend des droits sur cette lettre de change, doit les tenir du preneur. Dès lors l'endossement est considéré comme une cession du droit civil; le porteur n'a d'autres droits que ceux que l'endosseur précédent lui a transmis, et, en cas de refus de paiement de la part du tiré, il doit exercer son recours d'abord contre son endosseur immédiat et ensuite contre tous les autres, en remontant jusqu'au tireur. Comme cependant les dispositions législatives en matière de droit de change, et notamment celles qui concernent l'action en garantie et les exceptions contre cette action, ne se trouvent pas d'accord avec ce système, on a recours à des explications forcées qui n'atteignent pas le but, parce qu'elles sont inconciliables avec la véritable nature de la lettre de change. M. Einert, ancien professeur de droit, aujourd'hui conseiller au ministère à Dresde, dans son ouvrage cité plus haut, a eu le mérite de démontrer les erreurs de la doctrine suivie jusqu'ici. Cet ouvrage est de nature à intéresser au plus haut degré, non pas seulement les juristes allemands, mais encore ceux des autres États de l'Europe, d'autant plus que l'auteur fait preuve d'une connaissance approfondie, tant du droit civil que des relations commerciales et des lois étrangères, particulièrement du Code de commerce français. L'auteur regrette (p. 15) qu'on ait appliqué les principes du droit romain aux lettres de change, et qu'on ait regardé comme contrat principal la convention conclue entre le tireur et le preneur. M. Einert (p. 44) part de ce principe, que la lettre de change, suivant l'intention des commerçants, est destinée à suppléer ou à rem-

(1) *Handbuch des Wechselrechts.*

(2) *Alphabetische Encyclopaëdie des Wechselrechts.*

(3) *Das Wechselrecht nach dem Bedürfniss des Wechselgeschäfts im XIX<sup>ten</sup> Jahrhundert.*

placer le papier-monnaie; qu'elle est une forme employée par eux à l'effet de se procurer du papier-monnaie pour les besoins de leur industrie. La lettre de change est essentiellement un moyen de paiement, et très-souvent elle n'a aucun rapport avec une dette; le banquier fournit des lettres de change sans faire au préalable un recouvrement; il n'en crée pas pour soi-même, mais pour celui qui cherche des moyens de paiement (p. 56). La lettre de change n'a pas pour objet de constater la convention intervenue entre le tireur et le tiré; cette convention est ailleurs, et dans des actes étrangers à la lettre de change. La lettre de change ne constate que l'engagement pris par le tireur d'en faire payer le montant ou de la retirer de la circulation; cet engagement accorde à tout porteur la certitude que son droit ne sera pas troublé par des prétentions résultant des rapports qui existent entre les porteurs antérieurs (p. 85). Les lois ou les usages généraux du commerce ont pour effet que la lettre de change renferme l'engagement pris par le tireur envers le public, de garantir le dernier possesseur de tout préjudice qu'il pourrait éprouver par suite de la position des possesseurs antérieurs; et, en dernière analyse, la lettre de change pourrait être au porteur. En effet, la lettre de change, telle qu'elle est créée par le tireur, forme le titre principal du porteur; c'est ce papier qui emporte le droit de réclamer le paiement, et le paiement n'a lieu que sur la représentation de ce papier. De là résulte, dit M. Einert en terminant, qu'on ne doit voir dans la lettre de change qu'un engagement pris par le tireur envers le public, et qu'il faut abandonner l'idée d'un contrat de change. Dans tous les cas, dit l'auteur (p. 91), on doit rejeter le système qui admet deux contrats: le premier entre le tireur et le preneur, le second entre le tireur et le tiré; car, encore une fois, les rapports qui existent entre ces deux dernières parties sont étrangers à la lettre de change.

La hardiesse de la théorie de M. Einert ne peut manquer de surprendre les jurisconsultes

habitués à s'attacher exclusivement au droit romain; et cependant cette théorie est fondée en vérité. Il est impossible de se faire une idée exacte des particularités qu'offre le commerce des lettres de change, lorsqu'on prend pour point de départ et regarde comme condition essentielle un contrat de change passé entre le tireur et une personne déterminée (le preneur), et qu'on admet que les porteurs subséquents ne sont que les cessionnaires de ce dernier. Cette dernière théorie détruit l'essence de l'endossement, et rend inexplicable la position du porteur, auquel on ne peut pas objecter les exceptions opposables aux endosseurs qui le précèdent. Les jurisconsultes romains avaient déjà conçu l'idée d'un engagement pris, non pas envers une personne déterminée, mais envers quiconque remplirait les conditions imposées. La loi 15. ff, de *Præscriptis verbis*, offre une espèce analogue: cette loi admet une action de la part d'une personne inconnue à celui qui a pris l'engagement, lorsque cette personne justifie qu'elle a rempli les conditions pour l'accomplissement desquelles une prestation avait été promise. Ce serait une grave erreur, que de prendre pour base une cession, faite par le tireur au preneur, des droits qui appartiennent au premier contre le tiré; cette supposition est contraire à toutes les idées des commerçants. Souvent le tireur n'a aucune réclamation à faire contre le tiré; il sait que celui-ci, qui se trouve en compte courant avec lui, acceptera la lettre de change et l'en débitera dans ses livres. Nulle part il n'est d'usage que le tireur, lorsqu'il est créancier du tiré, en instruisse le preneur; ainsi celui-ci n'a aucune connaissance d'une créance qui lui aurait été cédée. De là résulte que le législateur a eu tort de réunir dans un même chapitre les dispositions relatives à ce qu'on appelle le contrat de change et celles concernant la provision et l'obligation du tireur de la fournir au tiré; il y a de même erreur à accorder au porteur des droits sur la provision, en cas de faillite du tireur. Si l'on veut admettre un contrat de change, consenti par le tireur, on doit dire

que le tireur passe deux contrats, le premier avec le preneur seul, et ayant pour objet la création de la lettre de change ainsi que les conditions de la remise de ce titre au preneur; le second, avec tous les porteurs futurs, et contenant l'engagement pris, sous peine d'exécution forcée, de payer le montant de la lettre de change à toute personne qui justifiera de ses droits, lorsque le tiré aura refusé d'en effectuer le payement, après une présentation régulière. Dans ce système, il n'est pas nécessaire de supposer une cession : tout porteur réclamera le payement *ex proprio jure*, et non *ex jure cesso*.

Dès lors le problème à résoudre, en cette matière, par le législateur, est d'assurer à la lettre de change la qualité de former, dans toutes les circonstances possibles, un moyen d'échange ou un équivalent du numéraire : malheureusement presque aucune législation n'a complètement résolu ce problème. La qualité dont nous parlons n'est assurée à la lettre de change qu'autant qu'elle réunit les deux avantages suivants : 1<sup>o</sup> que le porteur peut, à tout moment, et sans être obligé de remplir un grand nombre de formalités, convertir ce papier en numéraire ou l'expédier au loin en place de numéraire; 2<sup>o</sup> que lorsqu'il s'agira de payer la lettre de change ou de la retirer de la circulation, le porteur n'a pas à craindre des exceptions résultant de la position de l'un des porteurs précédents. La législation sur la matière est d'autant plus parfaite, que la lettre de change peut être plus aisément employée dans le commerce, à l'égal du papier-monnaie.

Nous allons maintenant entrer dans les détails du droit de change : nous examinerons jusqu'à quel point les diverses législations ont saisi le véritable esprit de cette partie du droit.

I. Nous avons dit qu'il est essentiel d'éviter toutes les restrictions inutiles apportées à la liberté d'employer la lettre de change dans les affaires commerciales. Sous ce rapport nous signalons un vice du Code de commerce français,

aux termes duquel (art. 110) « la lettre de change est tirée d'un lieu sur un autre. » Cette disposition doit son origine à la supposition gratuite des rédacteurs du Code, que le commerçant, en tirant une lettre de change, a pour but de la faire payer dans un autre lieu; opinion puisée dans Pothier, *Traité du contrat de change*, ch. 3, § 1, qui s'exprime ainsi : « Cette remise d'un lieu à un autre est ce qui constitue l'essence du contrat de change, dont la lettre de change est l'exécution. » Il aurait été plus conséquent d'adopter la proposition d'exiger la remise de place à place, c'est-à-dire d'une place de commerce à une autre place de commerce. On connaît les contestations qui se sont élevées en France sur l'interprétation des mots : « d'un lieu sur un autre. » Les tribunaux reconnaissent comme valables les lettres de change, dès qu'elles sont tirées d'une commune autre que celle dans laquelle elles sont payables. Ainsi la validité d'une lettre de change tirée de Paris et payable à Saint-Germain, ne pourra être contestée; il en est autrement, si le banquier demeurant à Paris, rue Saint-Honoré, tire sur un autre banquier à la porte Saint-Martin. Aucun auteur français n'a pu donner un motif rationnel de cette restriction, qui ne doit son origine qu'à un malentendu sur les véritables relations du commerce. Elle était inconnue en Allemagne et en Italie, avant l'introduction du Code français : elle prive le commerçant de plusieurs avantages que lui offrirait la lettre de change, s'il pouvait la tirer sur un autre commerçant de la même ville; et dès lors, ainsi que l'explique très-bien M. Einert (p. 106 à 111), cette restriction est contraire au but de la lettre de change. Si, en avril 1840, un commerçant de Paris achète des marchandises d'un autre commerçant de la même ville, au prix de 6,000 francs, payables en septembre 1840, pourquoi le vendeur sera-t-il privé de la faculté de tirer une lettre de change pour le montant desdits 6,000 francs, payable au 1<sup>er</sup> septembre, et qui, dans l'intervalle, passera par Lyon, Marseille et Rouen, et servira à des opérations commerciales? Un négociant de Marseille visi-

tant la foire de Gènes pour faire des acquisitions de marchandises, payables en lettres de change, jouit auprès de son banquier de Marseille d'un crédit de 20,000 francs, de telle sorte qu'il peut tirer sur lui jusqu'à cette concurrence : s'il date ses traites de Gènes, elles sont de véritables lettres de change ; il n'en serait pas ainsi si elles portent la date de Marseille, et dans ce dernier cas la loi le prive de l'avantage qu'il peut retirer du paiement en lettres de change. — C'est pourquoi les projets élaborés en Autriche, en Prusse et en Wurtemberg, n'ont pas conservé la nécessité de tirer d'un lieu sur un autre.

II. Le législateur ne doit pas soumettre la lettre de change à des formalités qui ne sont pas d'une nécessité absolue. A la catégorie des formalités non nécessaires appartient cette disposition de l'article 110 du Code français, qui exige que la lettre de change « énonce la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte, ou de toute autre manière. »

En prescrivant une formalité qui n'est pas d'une nécessité absolue, le législateur devient la cause involontaire de pertes que les commerçants peuvent éprouver ; ordinairement les commerçants ignorent le sens et l'effet d'une formalité que leurs usages n'exigent pas : dès lors ils la négligent ; et ensuite le commerçant honnête qui reçoit une traite de ce genre, éprouve des difficultés, s'il veut la réaliser, et que le débiteur de mauvaise foi oppose l'exception résultant de la loi. Ce cas se présente surtout lorsque la formalité n'est prescrite que dans un seul pays. Cette dernière observation s'applique à la disposition de l'article 110, relative à l'énonciation de la nature de la valeur fournie ; en Allemagne (hors les pays où le Code de commerce français est en vigueur) le commerçant la néglige, sachant que chez lui elle n'est pas nécessaire ; aussi M. Einert (p. 99) la regarde comme inutile.

Le législateur français a considéré que, par le contrat de change intervenu entre le tireur et le preneur, le premier s'engage à faire payer au second ou à son ordre, et dans un autre lieu, une somme d'argent qu'il a reçue du preneur. Cette manière de voir repose sur une erreur ; le législateur a supposé un fait qui n'arrive que très-rarement ; dans la plupart des cas, la lettre de change est créée sans égard à une valeur déjà fournie ; aussi les obligations de l'accepteur et les droits des endosseurs subséquents ne dépendent aucunement de la circonstance que la valeur a été fournie par le preneur au tireur. En considérant comme condition essentielle l'énonciation de la valeur fournie, on méconnaît la qualité principale de la lettre de change, de former un papier-monnaie, et, par suite, on agit contre le but de cet effet de commerce. Aussi plusieurs auteurs français qui se sont pénétrés de la véritable nature de la lettre de change, par exemple, MM. Frémery et Thierret, réproouvent cette disposition de l'article 110. En fait, on ne l'exécute pas d'une manière sérieuse ; tout le monde connaît la signification du terme « valeur en compte ; » et souvent le tireur emploie les mots : « valeur entendue, » qui, au fond, ne signifient rien. Cette inexécution a son motif dans la circonstance que la disposition est contraire aux usages des commerçants ; une règle de prudence leur défend de mettre le public dans la confiance de leurs véritables rapports : il suffit que le tireur, en créant la lettre de change, garantisse le paiement à tous les porteurs subséquents ; personne n'a intérêt à scruter le motif de cet engagement.

Les projets préparés en Autriche et en Prusse ne prescrivent pas d'énoncer en quoi la valeur a été fournie.

MITTERMAIER.

*(La suite à une prochaine livraison.)*





# COURS DE DROIT CIVIL

SUIVANT LE CODE FRANÇAIS,

AVEC DES SOMMAIRES OU EXPOSÉS ANALYTIQUES EN TÊTE DE CHAQUE CHAPITRE  
ET SECTION DE MATIÈRE,  
UNE TABLE GÉNÉRALE A LA FIN DE CHAQUE VOLUME ET DES NOTES INDICATIVES DES LOIS ROMAINES  
ET ANCIENNES ORDONNANCES OÙ ONT ÉTÉ PUISÉES LES LOIS NOUVELLES,  
ET CONTENANT LES OBSERVATIONS QUI NE POUVAIENT ENTRER DANS LE TEXTE  
SANS EN INTERROMPRE LA MARCHÉ;

**PAR M. DURANTON,**

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE PARIS. MEMBRE DE LA LÉGIION D'HONNEUR

QUATRIÈME ÉDITION,

CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE,

CONTENANT

LE TEXTE DES LOIS QUI ONT MODIFIÉ LA LÉGISLATION EN BELGIQUE,  
LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION ET DES COURS D'APPEL BELGES,  
LE RENVOI DE CHAQUE ARTICLE DU CODE FRANÇAIS A L'ARTICLE CORRESPONDANT DU NOUVEAU CODE DE HOLLANDE;  
LA CONCORDANCE ENTRE LE CODE CIVIL FRANÇAIS ET LES CODES ÉTRANGERS;  
LE TEXTE DES CODES 1<sup>o</sup> FRANÇAIS; 2<sup>o</sup> DES DEUX-SICILES; 3<sup>o</sup> DE LA LOUISIANE; 4<sup>o</sup> SARDE;  
5<sup>o</sup> DU CANTON DE VAUD; 6<sup>o</sup> HOLLANDAIS;  
7<sup>o</sup> BAVAROIS; 8<sup>o</sup> AUTRICHIEN; 9<sup>o</sup> PRUSSIE; 10<sup>o</sup> SUÉDOIS; 11<sup>o</sup> DE BERNE;  
12<sup>o</sup> DE FRIBOURG; 13<sup>o</sup> D'ARGOVIE; 14<sup>o</sup> DE BADE; 15<sup>o</sup> D'HAÏTI,  
ET LES LOIS HYPOTHÉCAIRES DE 1<sup>o</sup> SUÈDE; 2<sup>o</sup> WURTEMBERG; 3<sup>o</sup> GENÈVE; 4<sup>o</sup> FRIBOURG;  
5<sup>o</sup> SAINT-GALL; 6<sup>o</sup> LA GRÈCE;

SUIVIE

D'UNE TABLE ANALYTIQUE PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

## Prospectus.

« Le succès éclatant dont cet ouvrage a été couronné, a complètement répondu à l'attente qu'avait fait concevoir la réputation de l'auteur; aussi a-t-il été traduit en italien, à Naples.

« Les avocats les plus distingués du barreau de Paris se sont plu à rendre hommage au travail de M. Duranton; tous ont applaudi à la manière dont ce professeur a envisagé chacune des matières de son vaste sujet. Chaque partie présente un traité

complet, dont la liaison avec d'autres a toutefois permis à l'auteur de se resserrer dans de justes bornes. C'est un avantage précieux pour l'application comme pour la doctrine, et que tous les interprètes du Code qui l'ont précédé n'ont pas également su attacher à leurs travaux.

« Il marche aussi avec une jurisprudence pour ainsi dire toute faite; il la saisit à son dernier état, et peut ainsi présenter comme définitivement admis

ou rejeté ce qui était douteux il y a dix ou quinze ans. En consultant son ouvrage, on n'aura donc point à craindre de voir donner comme sûres des décisions que les tribunaux auraient proscrites depuis longtemps; mais l'auteur n'en conserve pas moins toute son indépendance, attribut essentiel du professorat. Il n'est jamais asservi à une décision judiciaire, et, s'il l'adopte, c'est que sa raison s'y est soumise la première; s'il croit devoir la combattre, il le fait avec cette mesure que lui commande son respect pour les décrets de la justice, mais aussi avec toute la puissance de raisonnement qui est un des caractères distinctifs de son beau talent.

« Attaché invariablement à l'analyse de la loi, on ne le voit jamais se jeter dans des digressions hors d'œuvre, qui font perdre de vue le sujet et le point de la difficulté; tout est à sa place, et ses propositions s'enchaînent dans un ordre si parfait, que la lecture de l'ouvrage en reçoit un grand intérêt: d'abord le principe et les motifs qui l'ont dicté, ensuite les développements et les conséquences, puis enfin les exceptions. Rien de traînant et de vague, point de ces opinions flottantes, pour ainsi dire à plusieurs faces, qui laissent le lecteur dans l'incertitude sur le véritable sentiment de l'auteur. Si le point est douteux, M. Duranton émet son avis avec circonspection, mais du moins il le décide, et ses motifs sont si généralement avoués par les principes, qu'il est rare que l'on ne se range point à son opinion.

« Le style de l'auteur, toujours pur, grave et concis, a constamment l'élévation que comporte le sujet; l'ouvrage est si riche en doctrine, l'esprit d'analyse y est porté à un si haut degré, les vues neuves et judicieuses y sont si fréquentes, l'exposition si lumineuse et la discussion tellement approfondie, qu'il ne laisse rien à désirer. C'est assurément le commentaire le plus complet qui ait été publié sur le Code civil. »

DUPIN AÎNÉ.

(Bibliothèque choisie des livres de droit.)

Plusieurs avocats et magistrats ont donné leurs soins à cette nouvelle édition, qui a reçu d'importantes améliorations. Ils se sont surtout appliqués à compléter l'ouvrage de M. Duranton sous le rapport de la législation comparée, cette branche de l'étude du droit qui a fait depuis quelques années de si grands progrès. Ils ont mis en parallèle avec les dispositions du Code civil celles des Codes 1° des Deux-Siciles; 2° de la Louisiane; 3° sarde; 4° du canton de Vaud; 5° hollandais; 6° bavarois;

7° autrichien; 8° prussien, et en outre les lois hypothécaires de Suède, Wurtemberg, Genève, Fribourg, Saint-Gall et de la Grèce. Ils ont disposé ce travail en forme de tableaux qui, en commençant par la gauche, offrent d'abord le texte du Code français et ensuite soit le texte, soit une analyse des Codes étrangers, soit enfin un simple renvoi aux articles conformes du Code civil. En établissant le parallèle synoptique des dispositions de ces divers Codes, ils ont toujours pris pour base l'ordre adopté dans notre Code. Ils ont annoté les dispositions étrangères des articles correspondants de ce Code, en signalant les conformités et les différences. Quant aux Codes de Suède, de Berne, de Fribourg, d'Argovie, de Bade et d'Haïti, ils ne les ont pas compris dans la concordance; ils en publient, à la fin du commentaire de M. Duranton, les parties du droit civil proprement dit correspondantes aux matières qui font l'objet du Code civil français en vigueur en Belgique; font précéder ces extraits de notions préliminaires sur le droit civil de ces divers pays; enfin ils joignent au Code de Suède des notes indicatives des principales additions et modifications intervenues depuis sa publication.

Ainsi se trouvent réunies en un seul corps les diverses dispositions législatives dispersées dans les pays codifiés. C'est un grand pas de fait dans une voie de travail comparatif qui peut conduire au perfectionnement progressif des Codes, en faisant profiter tous les peuples du génie et des lumières de chacun d'eux.

Ce travail n'offre pas seulement un intérêt scientifique; il sera d'une utilité réelle à l'avocat et au magistrat, dans les cas si fréquents où, ayant à s'occuper des droits des nationaux à l'étranger et des droits des étrangers dans le pays, ils manquent de documents suffisants.

Il attirera l'attention de toutes les personnes qui s'occupent sérieusement de l'étude du droit; car, comme le dit M. Troplong dans la préface de son *Traité sur les Hypothèques*: « L'étude de la législation comparée est la meilleure manière d'approfondir les grandes questions que présente la science du droit. »

L'ouvrage se termine par une table générale analytique des matières par ordre alphabétique, travail qui manque aux éditions de Paris.

Cette nouvelle édition, publiée par la Société Belge de librairie HAUMAN et C<sup>e</sup>, se compose de douze volumes in-8° à deux colonnes. Les tomes 1, 2, 7 et 8 ont paru.

DU

# CONFLIT DES LOIS DE DIFFÉRENTES NATIONS,

OU DU DROIT INTERNATIONAL.

## CHAPITRE PREMIER.

### NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

#### § 1. Introduction.

1. On appelle droit international l'ensemble des règles reconnues comme *raison de décider* des conflits entre le droit privé des diverses nations; en d'autres termes, le droit international se compose des règles relatives à l'application des lois civiles ou criminelles d'un État dans le territoire d'un État étranger (1).

2. Des questions de ce genre se présentent aujourd'hui fréquemment en Europe et aux États-Unis de l'Amérique septentrionale : le nombre s'en est augmenté en proportion de l'accroissement des rapports réciproques entre les nations. Depuis longtemps nous nous sommes occupé de réunir des matériaux pour la publication d'un recueil méthodique des

règles établies en cette matière par le consentement exprès ou tacite des nations, par l'usage, par la jurisprudence des tribunaux, et par les écrits des auteurs. En attendant, nous offrirons à nos lecteurs une série d'articles contenant un résumé de notre doctrine, et divers cas d'application.

3. L'homme est sujet de la loi sous le triple rapport de sa personne, de ses biens et de ses actes. Ainsi que nous l'expliquerons plus amplement par la suite, en règle générale, la loi en vigueur dans la patrie ou au lieu du domicile de l'individu règle tout ce qui concerne l'état et la capacité de sa personne : les biens sont régis par la loi du lieu de leur situation. Quant aux actes de l'homme, les lois du lieu où un acte est passé, et celles du lieu de l'exécution des engagements, influent sur les actes licites; les lois du lieu où un acte illicite a été commis, exercent leurs effets sur la répression de cet acte (2).

(1) Quelquefois on appelle improprement droit international le droit des gens, c'est-à-dire l'ensemble des principes qui régissent les rapports de nation à nation, et qui sont établis par des traités ou par l'usage. C'est ainsi que l'ouvrage de M. Wheaton, ministre des États-Unis à Berlin, intitulé : *Elements of international Law*, est un véritable traité du droit des gens.

(2) Hert, *Dissertatio de collisione legum*, sect. 4,

§§ 4 et 19, p. 120, 121 et 131 des œuvres complètes de cet auteur (Francfort, 1757). Huber, *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*, no 2; (dissertation insérée dans ses *prælectiones juris romani et hodierni*, Francfort et Leipzig, 1749, part. 2, p. 558 et suiv.). Boehmer, *De delictis extra territorium admissis* (in *electis juris civilis*, t. III; p. 201). Homan, *De delictis peregrinorum eaque puniendi ratione* (Gœttingæ, 1825). Wens, *De de-*

Il arrive très-fréquemment que l'individu possède des biens dans un territoire autre que celui de son domicile, et qu'il passe des actes licites ou commet des actes illicites même dans un troisième territoire; dans ces divers cas, il se trouve soumis à la fois à deux ou trois pouvoirs souverains : à celui de sa patrie ou de son domicile, à celui du lieu de la situation de ses biens, et à celui du lieu de la confection ou de l'exécution de ses actes licites, ou de la perpétration des actes illicites. La soumission au pouvoir souverain de sa patrie existe depuis la naissance de l'individu, et continue toujours tant qu'il ne change pas de nationalité (1). Sous les deux autres rapports, les lois le considèrent aussi comme sujet, mais dans un sens restreint seulement : dans les pays étrangers où il possède des biens, on l'appelle sujet forain : dans ceux où il passe des actes licites ou commet des actes illicites, on l'appelle sujet passager (2). Comme, en règle générale, chacun de ces divers territoires est régi par des lois qui diffèrent de celles des autres, il s'élève fréquemment des conflits entre ces diverses lois : c'est-à-dire, il s'agit de déterminer laquelle de ces lois est applicable à la contestation. La présente exposition a pour but de rechercher et d'indiquer, dans chaque cas de ces conflits, quel est le pays dont la loi doit décider le différend.

## § 2. Esquisse historique.

### 4. Chez les Romains, il ne pouvait pas être

*licitis à civibus extra civitatem suam commissis* (Groeningæ, 1824). Cosman, même sujet (Amsterdam, 1829). M. Rocco, De l'usage et de l'autorité des lois du royaume des Deux-Siciles, considérées dans leurs rapports avec les personnes et les territoires étrangers (*Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle Due Sicilie, considerate nelle relazioni con le persone e col territorio degli stranieri*), Naples, 1857, p. 11 et 12 de la préface, et liv. I, chap. 2, liv. II, chap. 9, 10 et 11.

(1) Voy. plus bas, no 22.

(2) Hert, *Dissertatio de uno homine plures sustinente personas*, sect. 2, § 15, p. 56. Salinas, Manuel des droits civils et commerciaux des Français en

question d'un droit international : maîtres du monde, les Romains lui avaient imposé leurs lois. Aussi Huber, à l'endroit cité, no 1, s'exprime à ce sujet dans les termes suivants (3) : « In jure romano non est mirum  
« nihil hac de re extare, cum populi romani  
« per omnes orbis partes diffusum et æqua-  
« bili jure gubernatum imperium, conflictui  
« diversarum legum non æque potuerit esse  
« subjectum. »

Le même auteur ajoute : « Regulæ tamen  
« fundamentales, secundum quas hujus rei  
« judicium regi debet, ex ipso jure romano  
« videntur esse petendæ. » C'est une erreur, ainsi que l'ont démontré, entre autres, Hauss et Hartogh aux endroits cités dans la note précédente. Hauss, après avoir énuméré toutes les lois romaines qui ont été invoquées dans cette matière, explique que les unes n'y ont aucun rapport, et que les autres renferment des principes sur la compétence applicable seulement à l'organisation administrative et judiciaire de l'empire romain. M. Hartogh établit de même que les lois romaines citées par les anciens auteurs comme renfermant des principes de droit international, se rapportent uniquement au droit civil. C'est, entre autres, le cas de la loi 20 ff. *de jurisdict.* (4).

5. Après la chute de l'empire romain, les divers peuples qui s'en étaient approprié les débris établirent d'abord le système des lois personnelles, d'après lequel l'individu, en quelque endroit qu'il se trouvât, était régi,

Espagne, et des étrangers en général (Paris, 1829), p. 15 et suiv. M. Rocco, liv. XII et p. 7.

(3) Voy. aussi Meier, *De conflictu legum diversarum in diversis locis obtinentium* (Bremæ, 1810), p. 9. Hauss, *De principiis à quibus pendet legum sibi contrariarum auctoritas, si quæ variorum locorum constitutiones colliduntur* (Gœttingue, 1824), p. 11, 14 et 15. M. Hartogh, *Disputatio de regula juris : locus regit actum* (La Haye, 1858), cap. 5.

(4) Tittmann, *De competentia legum externarum et domesticarum in definiendis potissimum juribus conjugum* (Halle, 1822), cap. 1, § 8. Voyez aussi M. Burge, p. 1 de l'ouvrage qui sera cité ci-après.

sous tous les rapports, par la loi de la nation dont il faisait partie (1). Ce système fit place à celui de la souveraineté territoriale; et, par l'effet du régime féodal, la partie de l'Europe occupée par les peuples d'origine germanique fut subdivisée en un grand nombre de territoires plus ou moins indépendants l'un de l'autre. A cette époque du moyen âge, chaque province, chaque ville était régie par une coutume particulière (*statutum*). Plus tard les relations d'amitié, de parenté et de commerce qui s'établirent entre les habitants des divers territoires, firent naître des questions qu'on appelait mixtes, c'est-à-dire des cas de conflit entre deux ou plusieurs coutumes, des différends pour lesquels il s'agissait au préalable de savoir quelle était la coutume applicable à la décision du fond de la contestation. Les débats élevés sur des questions de cette nature ont donné lieu à diverses dissertations de *conflictu legum*, qu'on trouve dans les écrits de Bartole, Balde, Dumoulin, d'Argentré, etc. (2).

6. Cette matière a reçu de grands développements dans les temps modernes, par l'accroissement successif des rapports entre les différentes provinces du même État, et ensuite entre les divers États eux-mêmes. Le droit de toutes les nations (le droit des gens moderne) a admis en principe que le pouvoir exclusif de chaque nation sur son territoire ne fait pas obstacle à l'entrée, au passage et

au séjour des étrangers : on leur permet, quoique avec des restrictions, de faire le commerce, d'acquérir des meubles et même des immeubles, soit par des actes entre-vifs ou de dernière volonté, soit *ab intestat* (3). Ces relations réciproques ont nécessairement amené de fréquentes contestations, soit entre des étrangers et des nationaux, soit entre des étrangers seuls; et il s'est agi de savoir si ces contestations devaient être décidées par les lois du pays auquel l'étranger appartient pour sa personne, ou du pays dans lequel ses biens sont situés, ou bien par celles du lieu dans lequel il a passé ou promis d'exécuter une convention ou autre acte licite, ou enfin par les lois du lieu dans lequel il a commis un acte illicite. Aussi les auteurs plus récents se sont occupés de systématiser les divers cas où des motifs de convenance commune peuvent faire admettre l'application des lois étrangères dans un territoire donné. Les jurisconsultes des Pays-Bas ont frayé la route : nous signalons les ouvrages de Burgundus (4), Rodenburg (5), Abraham à Wesel (6), Paul Voet (7), Jean Voet (8). Parmi les travaux des jurisconsultes allemands, nous citerons, outre les dissertations de Huber et de Hert, déjà mentionnées plus haut, la *Rhapsodia quæstionum* de Hommel (9).

En France, les observations du président Bouhier sur la coutume de Bourgogne, et le traité de Froland, sur la nature et la qualité

(1) De Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge (*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*), traduction de M. Guenoux, 1859, t. 1, chap. 5, p. 89. Eichhorn, Histoire politique et du droit allemand (*Deutsche Staats und Rechtsgeschichte*), tome I, § 46. Hauss, *In præmonendis*. M. Hartogh, p. 94.

(2) M. Hartogh, p. 11 et suiv.

(3) Martens, Précis du droit des gens moderne de l'Europe, § 84. Klüber, Droit des gens de l'Europe (*Europäische Völkerrecht*), § 79. Saalfeld (ouvrage portant le même titre, traduit en français par le comte Léopold de Boehm), liv. I, chap. 2.

(4) *De statutis, tractatus* 1 à 15 : imprimés en tête de ses œuvres. Bruxelles, 1674.

(5) *Tractatus de jure quod erit ex statutorum di-*

versitate, et de jure conjugum. Utrecht, 1655. Ces deux traités ont été réimprimés à la suite de l'ouvrage de Boullenois.

(6) *Commentarius ad novellas constitutiones ultrajectinas, de connubiali honorum societate et de pactis dotalibus* : dans ses œuvres, Amsterdam, 1701.

(7) *De statutis*, Liège, 1699.

(8) *Commentarius ad pandectas*, tit. *de statutis*, formant un supplément du titre *de legibus*.

(9) *Observ.* 409. — On trouve l'indication complète des ouvrages des jurisconsultes néerlandais et allemands sur la matière dans Hamm, *De statutorum collisione et præferentia in causis successionum ab intestato* (Erlangæ, 1812), p. 15 et suiv., et dans Tittmann, p. 1 et suiv.

des statuts, ont été suivis du traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts, par Boullenois (1).

7. Aujourd'hui que la France et une partie au moins des autres grands États de l'Europe (2) sont régis chacun par une législation uniforme, les questions mixtes se présentent moins fréquemment entre les provinces soumises à la même souveraineté ; mais ces questions ne cessent pas de renaître par suite des différences qu'offrent les législations des divers États indépendants. Les motifs de convenance et d'utilité réciproque des citoyens qui, sous l'ancien régime, ont servi de base aux décisions des auteurs et des tribunaux en matière de conflit des statuts provinciaux et municipaux, doivent aujourd'hui trouver leur application aux cas de conflit entre les lois plus générales qui régissent les divers empires et royaumes : car rien n'est changé que l'étendue du territoire sur lequel chaque loi exerce ses effets.

Aussi de nouveaux traités sur la matière ont paru de nos jours, les uns contenus dans des ouvrages plus étendus, les autres *ex professo*. Parmi les travaux de la première espèce, nous comptons, en Allemagne, Gluck, Commentaire des Pandectes (*Ausführliche Erläuterung der Pandecten*), t. 4, §§ 75-76 ; le même,

(1) Paris, 1766.

(2) Dans la majeure partie des grands États de l'Europe, il n'existe point de législation uniforme applicable à toutes les provinces dont se compose chacun de ces États. Aucune des colonies anglaises et des autres pays dépendant de la Grande-Bretagne, n'est régie par les mêmes lois que l'Angleterre : V. M. Burge, Commentaires sur les lois des colonies et les lois étrangères en général, et sur leur conflit entre elles et avec les lois anglaises (*Commentaries on colonial and foreign laws generally, and in their conflict with each other and with the law of England*). Le C. civ. d'Autriche n'est pas applicable en Hongrie, dans la Croatie, l'Esclavonie et la Transylvanie. Winiwarter, le Droit civil autrichien (*Das österreichische bürgerliche Recht*), vol. 1, § 15. Dans la Bavière rhénane, les lois françaises sont encore en vigueur ; parmi les autres provinces de ce royaume, les unes sont régies par le Code bavarois, les autres par le Code autrichien, d'autres par la législation prussienne ou par

Introduction à l'étude du Droit privé (*Einleitung in das Studium des Privatrechts*), §§ 17, 18 et 19 ; Thibault, Système du droit des Pandectes (*System des Pandectenrechts*), § 56 ; Mittermaier, Principes du Droit privé allemand (*Grundsätze des deutschen Privatrechts*), 5<sup>e</sup> édit., §§ 50 et suiv. ; Eichhorn, Introduction au Droit privé allemand (*Einleitung ins deutsche Privatrecht*), 4<sup>e</sup> édit., §§ 54-57 ; Mühlenthal, *Doctrina Pandectarum*, §§ 72 et suiv. Nous signalerons encore les dissertations de Hamm, Tittmann, Hauss et Hartogh, déjà mentionnées dans les notes. En France, plusieurs articles de feu M. Merlin, dans le Répertoire de Jurisprudence et les Questions de Droit, offrent des discussions judicieuses sur la matière. M. Pardessus a publié un traité sur l'effet des lois, actes et jugements étrangers devant les tribunaux français (3).

Trois ouvrages *ex professo* ont paru, celui de M. Story (4), celui de M. Rocco (5) et celui de M. Burge (6).

8. Nous avons cherché à profiter des lumières qui ont été répandues par les auteurs dont nous venons de faire mention. Ainsi que nous l'avons fait remarquer au n<sup>o</sup> 4, le droit international est l'ensemble des règles relatives à l'application des lois civiles ou criminelles

des lois spéciales : V. Weiské, Dictionnaire de droit (*Rechtslexicon*), t. 1<sup>er</sup>, p. 654 et suiv. — La Hesse rhénane a conservé la législation française, tandis que le surplus de ce grand-duché est régi par le droit commun de l'Allemagne. Dans le royaume de Hanovre chaque province a ses lois ou statuts spéciaux : V. Grefe, Guide dans l'étude du droit privé de Hanovre (*Leitfaden zum Studium des Hannoverischen Privatrechts*), t. 1<sup>er</sup>, § 9 et suiv. La Russie a aussi ses lois provinciales. Les provinces allemandes faisant partie du royaume de Danemark ne sont pas régies par le Code danois. Dans l'Union américaine chaque État a sa législation particulière en matière de droit privé.

(3) Cours de droit commercial, septième partie, tit. 7.

(4) Traité du conflit des lois étrangères et nationales (*Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic, etc.*) Boston, 1854.

(5) Cité ci-dessus, n<sup>o</sup> 5, en note.

(6) Cité également au n<sup>o</sup> 7, en note.

d'une nation dans le territoire d'un État étranger ; en un mot, l'ensemble des règles relatives à l'application des lois étrangères de droit privé (1). Ces règles ne se trouvent pas constatées par le texte d'un Code ; nous expliquerons au n° 11 qu'elles ont été établies par l'usage des nations et par leur consentement tacite ; il faut les rechercher dans les ouvrages des auteurs qui ont traité la matière, et dans les recueils de décisions des tribunaux des divers pays. De là la nécessité d'offrir un grand nombre de citations à l'appui de chacune des règles que nous indiquerons : en effet, plus une assertion réunira de suffrages, plus elle peut être regardée comme adoptée par l'usage des nations et leur consentement tacite.

Nous nous attacherons à réunir et classer, dans un système méthodique, les règles admises en cette matière ; nous commencerons par exposer la manière dont les lois de chaque nation saisissent la personne, les biens et les actes de l'individu.

#### § 5. Principes fondamentaux.

9. Le premier principe général, en cette matière, résulte immédiatement du fait de l'indépendance des nations. « Chaque nation possède et exerce seule et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans toute l'étendue de son territoire. » De ce principe il suit que les lois de chaque État affectent, obligent et régissent de plein droit toutes les propriétés immobilières et mobilières qui se trouvent dans son territoire, comme aussi toutes les personnes qui habitent ce territoire, qu'elles

y soient nées ou non ; enfin, que ces lois affectent et régissent de même tous les contrats passés, tous les actes consentis ou perpétrés dans la circonscription de ce même territoire (2).

En conséquence, chaque État a le pouvoir de régler les conditions sous lesquelles les propriétés immobilières et mobilières existant dans les limites de son territoire, peuvent être possédées, transmises ou expropriées ; comme aussi de déterminer l'état et la capacité des personnes qui s'y trouvent, ainsi que la validité des contrats et autres actes qui y ont pris naissance, et les droits et obligations qui en résultent : enfin, les conditions sous lesquelles les actions peuvent être intentées et suivies dans la circonscription de ce territoire, et le mode d'administrer la justice (3).

10. Le second principe général, c'est qu'aucun État, aucune nation ne peut, par ses lois, affecter directement, lier ou régler des objets qui se trouvent hors de son territoire, ou affecter et obliger des personnes qui n'y résident pas, qu'elles lui soient soumises par le fait de leur naissance ou non. C'est là une conséquence du premier principe général : le système contraire qui admettrait à chaque nation le pouvoir de régler les personnes ou les choses se trouvant hors de son territoire, exclurait l'égalité des droits entre les diverses nations, et la souveraineté exclusive qui appartient à chacune d'elles (4).

11. Les deux principes que nous venons d'énoncer engendrent une conséquence importante : c'est que tous les effets que les lois étrangères peuvent produire dans le territoire

(1) Il est entendu que les règles ainsi établies ne s'appliquent qu'aux pays dont la législation ne renferme pas de dispositions textuelles sur l'application des lois étrangères ou sur la position des étrangers qui se trouvent dans le territoire. Hauss, p. 10. *V.* ci-après, n° 14.

(2) M. Story, § 18. Huber, n° 2. Burgundas, *tract.* 1, n° 24. Rodenburg, tit. I, chap. 5. Voet ad ff., tit. *de statutis*, n° 5. Cocceji *Dissertatio de fundata in territorio jurisdictione*, tit. XI. Vattel. Droit des gens, liv. 1, § 245. Haas, *De effectu exceptionis rei judicatae in territorio alieno* (Gœttingue, 1791), § 1. Meier, § 7. M. Rocco, liv. 1, c. 12. M. Hartogh, p. 65 et s.

(3) M. Story, § 19. Boullenois, t. 1<sup>er</sup>, p. 2, 5 et 4, établit à peu près le même système, qu'il formule en cinq principes généraux.

(4) M. Story, § 20. Rodenburg. *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, cap. 5, § 1. Paul Voet, § 7, chap. 2. Boullenois, 6<sup>e</sup> principe général. Martens, §§ 84 et 86. M. Burge, t. 1<sup>er</sup>, p. 1 et 2, remarque avec raison que le principe énoncé dans la loi 20 ff. *de jurisdictione*, définit exactement les limites territoriales de la loi. Du reste, le texte de cette loi n'a pas une application directe au droit international. *V.* plus haut n° 4.

d'une nation, dépendent uniquement du consentement exprès ou tacite de cette nation (1). Une nation n'étant point obligée d'admettre dans son territoire l'application et les effets des lois étrangères, elle peut indubitablement leur refuser tout l'effet dans ce territoire : elle peut prononcer cette prohibition à l'égard de quelques-unes seulement, et permettre que d'autres produisent leurs effets en tout ou en partie. Si la législation de l'État est positive sous l'un ou l'autre de ces points de vue, les tribunaux doivent nécessairement s'y conformer : en cas de silence, et alors seulement, les tribunaux peuvent apprécier, dans les espèces particulières, jusqu'à quel point il y a lieu à suivre les lois étrangères et à en appliquer les dispositions.

Les législateurs et les tribunaux, en admettant l'application des lois étrangères, se dirigent, non pas d'après un devoir de nécessité, d'après une obligation dont l'exécution peut être exigée, mais uniquement d'après des considérations d'utilité et de convenance réciproque entre les nations (*ob reciprocam utilitatem*). La nécessité du bien public et général des nations (2) a fait accorder, dans chaque État, aux lois étrangères, des effets plus ou moins étendus : chaque nation a trouvé ses avantages dans ce mode de procéder. Les sujets de chaque État ont des rapports multiples avec ceux des autres États ; ils sont intéressés dans des affaires traitées et dans des biens situés à l'étranger : de là découle la nécessité ou du moins l'utilité pour chaque État, et dans le propre intérêt de ses sujets, d'accorder certains effets aux lois étrangères, et de reconnaître la validité des actes passés dans les pays étrangers, afin que ses sujets trouvent, dans les mêmes pays, une protection réciproque de leurs intérêts. C'est ainsi qu'il s'est formé, entre les nations, une convention tacite

sur l'application des lois étrangères, fondée sur les besoins réciproques. Cette convention n'est pas la même partout : quelques États ont adopté le principe de la réciprocité complète, en traitant les étrangers de la même manière que leurs sujets sont traités dans la patrie de ces étrangers (3) ; d'autres États (4) regardent certains droits comme inhérents absolument à la qualité de citoyen, de manière à en exclure les étrangers : ou bien, ils attachent une telle importance à quelques-unes de leurs institutions qu'ils refusent l'application de toute loi étrangère incompatible avec l'esprit de ces mêmes institutions. Mais ce qu'il y a de certain, c'est qu'aujourd'hui toutes les nations ont adopté, *en principe*, l'application, dans leurs territoires, des lois étrangères, sauf toutefois (ainsi que nous venons de l'indiquer et que nous l'expliquerons encore par la suite) les restrictions exigées par le droit de souveraineté et l'intérêt de leurs propres sujets. C'est là la doctrine professée par tous les auteurs qui ont écrit sur la matière.

« Avant toutes choses, dit le président  
« Bouhier (5), il faut se souvenir qu'encore  
« que la règle étroite soit pour la restriction  
« des coutumes dans leurs limites, l'exten-  
« sion en a néanmoins été admise en faveur  
« de l'utilité publique, et souvent même par  
« une espèce de nécessité, etc. Ainsi, quand  
« les peuples voisins ont souffert cette exten-  
« sion, ce n'est point qu'ils se soient vus  
« soumis à un statut étranger ; c'est seule-  
« ment parce qu'ils y ont trouvé leur intérêt  
« particulier. On peut donc dire que cette  
« extension est fondée sur une espèce de  
« droit des gens et de bienséance, en vertu  
« duquel les différents peuples sont tacitement  
« demeurés d'accord de souffrir cette exten-  
« sion de coutume à coutume, toutes les fois  
« que l'équité et l'utilité commune le deman-

(1) M. Story, §§ 21 et 22.

(2) V. sur tout ce qui suit, M. Story, § 25. M. Rocco, p. 110 et suiv. et 120. M. Burge, t. 1<sup>er</sup>, p. 5 et suiv.

(3) C'est le cas en Autriche (C. civ., § 55), en Prusse et en Bavière.

(4) L'Angleterre, qui n'admet pas les étrangers à succéder aux biens immeubles à la France.

(5) Observations sur la coutume de Bourgogne, chap. 25, §§ 62 et 65, p. 457.



« deraient ; à moins que celle où l'extension  
« serait demandée ne contint en ce cas une  
« disposition prohibitive. »

« *Rectores imperiorum*, dit Huber à l'en-  
« droit cité, *id comiter agunt, ut jura eju-*  
« *que populi intra terminos ejus exercita,*  
« *teneant ubique suam vim, quatenus nihil*  
« *potestati aut juri alterius imperantis eju-*  
« *que civium præjudicetur.* »

Dans son *Jus publicum universale*, lib. 5,  
cap. 8, § 7, le même auteur ajoute : « *Sum-*  
« *mas potestates cujusque reipublicæ indul-*  
« *gere sibi mutuo, ut jura legesque aliorum*  
« *in aliarum territoriis effectum habeant, qua-*  
« *tenus sine præjudiciò indulgentium fieri*  
« *potest. Ob reciprocam enim utilitatem in*  
« *disciplinam juris gentium abiit, ut civitas*  
« *alterius civitatis leges apud se valere pa-*  
« *tiatur* (1). »

12. Le principe de l'application des lois étrangères, dans le territoire d'une nation, appartient, non au droit privé, mais au droit des gens : bien qu'il s'agisse au fond d'appliquer des dispositions du droit privé, cependant cette application n'a lieu que par suite de rapports de nation à nation. En effet, rien n'empêche, en fait, les sujets d'un État de traiter avec les sujets d'un autre. La question de l'application des lois étrangères se présente

(1) Même langage dans Voet, ad ff., tit. *de stat.*, nos 12 et 17, et dans M. Mittermaier, § 50.

(2) Sous ce rapport, on peut dire que la question du conflit des lois dépend des principes du droit public concernant les effets de l'*autonomie* des citoyens, c'est-à-dire, du pouvoir des citoyens de disposer de leurs biens selon leur libre volonté. V. M. Mittermaier, dans le *Journal critique* (*Kritische Zeitschrift*), t. XI, p. 269. Weber, *Doctrine de l'obligation naturelle* (*Lehre von der naturalischen Verbindlichkeit*), § 80. Hauss, p. 18. Grundler, *Polémique du droit germanique* (*Polemik der germanischen Rechts*), § 40. Nous aurons plus tard occasion de développer cette observation.

(3) Même observation dans Grotius, lettre 467, Bynkershoek. *De foro legatorum*. cap. 2, dans Voet, ad ff., tit. *de statutis*, § 18, Vattel, liv. XII, chap. 8, § 59. Martens, § 84. Klüber, § 54. Mühlenbruch, § 72. Hauss, p. 10 et 16. M. Zachariæ, dans un article de la *Thémis allemande* (Göttingue, 1829), vol. 2,

lorsque, soit à la suite d'une convention, soit par l'effet d'un fait licite (comme en cas de succession), ou d'un fait illicite, l'une des parties intéressées réclame l'intervention de l'autorité publique de l'un des États, de ses tribunaux par exemple, pour confirmer, sanctionner ou annuler la convention passée entre des membres de diverses nations (2), ou pour régler les droits des étrangers sur des objets situés dans le territoire, ou enfin pour la répression du fait illicite commis par un étranger. Dans tous ces cas, il s'agit de savoir jusqu'à quel point l'autorité publique devra admettre l'application des lois étrangères. Huber, dans le *Traité de conflictu legum*, n° 1, dit : « La question appartient plutôt au droit des gens qu'au droit civil, parce qu'il est évident que les rapports respectifs des diverses nations entre elles rentrent dans le domaine du droit des gens (3). » Il ajoute au n° 2 : « La décision de cette question doit être recherchée, non dans le simple droit civil, mais dans la convenance réciproque et le consentement tacite des nations : car si d'une part les lois d'une nation ne peuvent point exercer directement leurs effets chez l'autre, d'une autre part, rien ne serait plus préjudiciable au commerce et aux relations des nations entre elles, que ce

p. 117. — M. Rocco (p. XVI et XXII de la préface) critique cette assertion de Huber, en déclarant que la doctrine du droit international consiste à combiner ensemble les principes du droit civil et du droit des gens. C'est une erreur. Dans cette matière il y a deux questions à examiner : la première est de savoir si le pouvoir souverain d'un État admet l'application des lois étrangères ; et cette question appartient au droit des gens : c'est d'elle seule que Huber fait mention. Lorsque cette première question a reçu une solution affirmative dans un pays donné, il peut s'en élever une seconde, celle de savoir comment, dans chaque espèce qui se présente, on doit combiner les lois étrangères avec celles du pays, afin d'éviter que les premières n'empiètent sur certaines dispositions de ces dernières qui sont regardées comme fondamentales, et auxquelles, par conséquent, il ne saurait être dérogé. Telle est, en France, la prohibition de l'exécution parée des actes et jugements étrangers. V. au surplus le n° 15.

« qui est valable d'après le droit d'un certain lieu, fût sans effet dans un autre lieu par la diversité du droit. »

On pourrait donc appeler *jus gentium privatum* le droit international ayant pour objet les conflits entre le droit privé des diverses nations, tandis qu'on réserverait la dénomination de *jus gentium publicum* pour désigner le véritable droit des gens, qui règle les rapports de nation à nation comme telles.

13. Ainsi que nous l'avons fait remarquer au n° 11, l'application des lois étrangères admet une double restriction, fondée sur la nature des choses : les lois étrangères ne peuvent être invoquées, si elles préjudicient au droit de souveraineté ou aux droits des nationaux (1). Aucune nation ne renonce, en faveur des institutions d'une autre, à l'application des principes fondamentaux de son gouvernement ; elle ne se laisse pas imposer des doctrines qui, selon sa manière de voir, sous le point de vue moral ou politique, sont incompatibles avec sa propre sécurité, son propre bien-être, ou à la consciencieuse observation de ses devoirs ou de la justice. Ainsi aucune nation chrétienne ne tolère sur son territoire l'exercice de la polygamie, de l'inceste, l'exécution de conventions contraires à la morale, l'emploi de châtimens ou de cruautés qui se trouvent autorisés par les mœurs des infidèles. Ainsi on ne reconnaît pas aux étrangers le droit d'amener des esclaves et de les traiter comme tels (2). De même toute nation refuse d'appliquer dans son territoire les lois étrangères fondées sur un égoïsme étroit, et consacrant des faveurs ou privilèges au profit des nationaux d'autres nations (3).

14. Tels sont les principes généraux en matière d'application des lois étrangères ; cette application, nous le répétons, n'est jamais forcée, et elle ne peut résulter que de la bonne

volonté de la nation dans le territoire de laquelle les lois étrangères sortiront leurs effets. Si, malgré toutes les raisons de convenance qui peuvent appuyer cette application, les autorités publiques de la nation la refusent, tout est terminé, sauf aux autres nations à agir envers la première par voie de représailles.

15. Quelques auteurs ont prétendu faire dériver *à priori* la nécessité de l'application de certaines lois étrangères : selon eux, cette nécessité résulte de la nature même de ces lois. Cette prétention a été surtout soutenue à l'égard des lois concernant l'état et la capacité des personnes. Ces lois, disait-on, régissent, par leur nature même, tous les sujets de l'État et tous les individus qui y ont leur domicile, qu'ils se trouvent ou non momentanément dans le lieu de ce domicile. Rodenburg (4) et Burgundus (5) semblent professer cette doctrine en termes formels ; Abraham à Wesel (6), Hert (7) et Meier (8) la supposent, en commençant leur exposition immédiatement par l'examen de la question de savoir quelles sont, parmi les diverses espèces de lois, celles auxquelles on doit accorder l'application dans le territoire des autres nations.

Mais cette assertion disparaît devant le principe de l'indépendance des États. Nous regarderons comme de simples motifs de convenance tous les arguments *à priori* exposés par les auteurs qui ont écrit sur la matière.

16. Avant d'aller plus loin, il nous semble nécessaire de répondre à une objection que nous avons souvent entendu proposer : c'est que le système de l'application, en France, de lois étrangères quelconques, obligerait les juges français à prendre connaissance des lois de tous les pays de l'univers. Sans doute ce serait une prétention inadmissible que de leur imposer la nécessité d'une étude aussi vaste :

(1) M. Story. § 25. V. aussi Tittmann, § 11.

(2) Tittmann, *ibid.*

(3) Code général de Prusse, introduction, § 47. C. civ. d'Autriche, § 55. Édit du roi de Bavière, sur *Indigénat*, en date du 26 mai 1818, § 17.

(4) *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tit. 1, cap. 5, n° 4 — (5) *Tract.* 1, n° 5.

(6) *Commentarius ad novellas constitutiones ultrajectinas*, art. 1, nos 10 et suiv.

(7) Sect. 4, §§ 4 et suiv. — (8) § 5, p. 11.

l'art. 1<sup>er</sup> du Code civil les oblige seulement à connaître les lois françaises. Nous nous bornons à établir qu'il y a des cas où ils sont tenus de prononcer suivant les lois étrangères, et nous disons que cela peut d'autant moins paraître extraordinaire, qu'en réalité, dans ces cas, les tribunaux décident plutôt une question de fait qu'une question de droit. En effet, les lois étrangères sont des faits par rapport aux juges français (1); c'est à celle des parties qui les invoque à en justifier.

A la vérité, il y a un inconvénient à rendre les magistrats français interprètes de lois qu'ils n'ont peut-être jamais entendues, et dont une traduction leur fera difficilement connaître le sens et le véritable esprit. Mais cet inconvénient se présente également lorsque des juges étrangers sont appelés à statuer sur l'application des lois françaises à des espèces dans lesquelles des Français sont intéressés. Le système qui repousserait en France toute application des lois étrangères, entraînerait nécessairement des représailles de la part des tribunaux des autres nations (2), et, par suite, les intérêts que des citoyens français pourraient avoir hors de France, et qui auraient leur base dans nos lois, se trouveraient privés de leur appui légitime et subordonnés à l'application de lois auxquelles le bénéficiaire n'est pas soumis *à priori*. L'usage des nations a établi, *pour leur avantage réciproque*, et dans certains cas, l'effet des lois étrangères. La nation qui la première s'avisera de rompre le lien ainsi convenu, en supportera la première le préjudice (3).

#### § 4. Définitions.

17. Nous avons déjà fait remarquer que les

(1) C'est pourquoi aussi la fausse application ou même la violation d'une loi étrangère par les tribunaux français, ne constitue qu'un mal jugé et n'autorise point un pourvoi en cassation (M. Pardessus, n<sup>o</sup> 1494. Arrêts de rejet du 25 septembre 1829 et 17 juillet 1855; Sirey 1850, 1, 151; 1855, 1, 665.) Cette règle n'admet une exception qu'autant que les lois étrangères auraient été rendues obligatoires en France par des conventions diplomatiques officiellement promulguées, ou par des lois de l'État. (Arrêts

anciens auteurs emploient toujours en cette matière le terme de *statut*, qui, à l'époque où ils écrivaient, désignait les lois municipales régissant les provinces ou les villes : aujourd'hui encore ce mot conserve la même signification dans les pays où, nonobstant une législation générale, les subdivisions de l'État sont régies chacune par des lois particulières qui forment le droit positif immédiat, tandis que les lois générales ne constituent qu'un code subsidiaire applicable en cas de silence ou d'insuffisance des statuts (4). Mais en même temps le terme *statut*, surtout dans la matière du conflit des lois, est employé dans un sens plus étendu, et il est pris comme synonyme du mot loi. Guyot, au Répertoire, v<sup>o</sup> *Statut*, s'exprime ainsi : « Ce terme s'applique en général à toutes sortes de lois et de règlements. Chaque disposition d'une loi est un statut qui permet, ordonne ou défend quelque chose. » Nous emploierons aussi le terme *statut* dans cette signification générale (5).

18. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué au n<sup>o</sup> 3 ci-dessus, l'homme est sujet de la loi sous le triple rapport de sa personne, de ses biens et de ses actes. En conséquence, nous diviserons les lois ou statuts en trois classes : les lois personnelles, les lois réelles et celles qui exercent leurs effets sur les actes de l'individu.

Les anciens auteurs, depuis d'Argentré, ont admis trois espèces de statuts : les statuts personnels, réels et mixtes. « *Statutum personale*, » dit Burgundus (6), « *personas respicit, reale res certi territorii, mixtum utrasque.* » Rodenburg, cap. 2, dit : « *Aut enim statutum simpliciter disponit de personis, aut solummodo de rebus, aut conjunc-*

de cassation du 7 fructidor an iv, 18 février 1807 et 15 juillet 1811; Sirey, t. 1<sup>er</sup>, 1, 92; 1807, 2, 26; 1811, 1, 501.)

(2) V. ci-après nos observations sur l'art. 14 du C. civ.

(3) V. d'ailleurs M. Pardessus, n<sup>o</sup> 1495.

(4) Par exemple en Prusse. En Angleterre le mot *statut* a une autre signification.

(5) Hauss, p. 2 et 5.

(6) *Tract.* 1. n<sup>o</sup> 5.

« tim de utrisque. » Boullenois (1) adopte la même opinion : « Ou, » dit-il, « le statut dispose simplement des personnes, ou il dispose simplement des choses, ou il dispose tout à la fois des personnes et des choses. »

Nous n'admettons pas les statuts mixtes comme troisième membre de la division. Les lois qui disposent à la fois des personnes et des choses, doivent être rangées dans celle des deux classes dont les caractères y prédominent : ou bien, si cette prédominance n'existe pas, elles appartiennent, pour la première partie, aux lois personnelles, pour la seconde, aux lois réelles : elles ne forment pas une classe à part et d'une nature particulière (2).

Voet, *de statutis*, sect. 4, cap. 2, n° 4, en admettant les statuts mixtes, donne à ce terme une autre signification ; il l'emploie comme synonyme de celui-ci : « Lois concernant les formes. » Voici ses paroles : « Mixta dicuntur meo sensu quæ, licet forte vel in rem vel in personam loquerentur, non tamen principaliter de re vel de persona disponant, verum de modo vel solemnitate in omnibus negotiis et causis sive judicialibus sive extrajudicialibus adhibenda. » La classification de Voet ne nous semble pas complète. La troisième classe des lois, comprenant celles qui régissent les actes de l'homme ou ses obligations, ne se rapportent pas seulement à la forme de ces actes, mais aussi à la matière ou à la substance des contrats ou dispositions.

Nous n'entendons pas établir une division parfaitement logique des différentes espèces

de lois. Si nous les distinguons en trois classes, c'est suivant l'exigence de la matière, c'est-à-dire, en raison des divers rapports sous lesquels l'homme est sujet des lois : et nous croyons, d'après l'exposé contenu au n° 3, que cette division résulte de la nature des choses : elle rentre dans celle indiquée au paragraphe dernier, *Inst. de jure nat. gent. et civ.*, suivant laquelle « omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones, » en substituant seulement au terme *actiones* (demandes) qui désigne l'effet, la cause, les *obligationes* ou actes de la personne (3).

La division que nous adoptons est aussi celle de Voet, ad ff. tit. *de statutis*, n° 4 ; de Hert (déjà cité au n° 3), et de MM. Mittermaier (§§ 30, 31 et 32), Mühlenbruch (§§ 72 et 73), Meier (§ 11) et Rocco (liv. 1, chap. 1).

Du reste, le troisième membre de notre division comprend toutes les lois concernant les formes, non-seulement des contrats et autres actes de l'homme, mais aussi les procédures en justice et l'exécution des jugements. En effet, ces deux dernières espèces de procédures sont la conséquence des actes de l'homme, et tendent à le contraindre à l'exécution de ces actes (4).

19. Passons à la définition de chacune des diverses espèces de lois ou statuts. Presque tous les auteurs qui ont écrit sur la matière se sont attachés à définir surtout les statuts personnels et réels, afin d'en faire ressortir les différences, et de mettre les jurisconsultes à même de distinguer, si telle disposition d'une loi ou coutume est personnelle ou réelle.

(1) Tit. 1, chap. 2, observ. 2, p. 27, et observ. 6, p. 122-140.

(2) C'est aussi l'opinion de Voet, *De statutis*, sect. 4, cap. 2, n° 3 ; de Guyot, au Répertoire ; de M. Story, § 15, et de M. Burge, 1, p. 10. Du reste les auteurs qui ont adopté le système ancien n'ont jamais été d'accord sur la question de savoir, si telle loi est réelle, personnelle ou mixte, *V. Hauss*, p. 3, Meier, p. 12.

(3) M. Burge, t. 1<sup>er</sup>, p. 21, appelle mixtes les lois qui régissent les actes de l'homme.

(4) Nous n'adoptons pas la distinction établie par Stryck (*de jure principis extra territorium*), c. 5,

n° 15, entre les statuts favorables et odieux, dont les premières auraient leur effet même en pays étranger. *V. Hauss*, p. 3 et 4. Cet auteur énumère encore d'autres distinctions proposées par ses devanciers, et qui n'ont pas plus de mérite que celle de Stryck. Le système adopté par Hauss n'est pas plus admissible ; il se résume dans les termes suivants : Le juge doit d'abord rechercher quelle a été la commune intention des parties : à défaut de preuve de cette intention, le juge appliquera les lois de son pays : si ces lois gardent le silence sur la question, il suivra la loi du domicile de l'étranger, ou, s'il s'agit de biens situés à l'étranger, la loi de la situation (p. 20-26).

Nous avons déjà indiqué au n° 3, et nous exposerons plus amplement par la suite (1), que l'usage et la convention tacite des nations ont établi comme règle générale, que les lois personnelles suivent l'individu et lui sont applicables, même lorsqu'il se trouve en pays étranger; qu'au contraire, les lois réelles n'exercent leurs effets que dans le territoire; que les lois concernant les formes sont applicables à tous les individus qui passent des actes dans le territoire, ou qui y plaident ou font exécuter des jugements ou actes; enfin, que la substance des actes, le *vinculum obligationis*, est régi tantôt par la loi personnelle, tantôt par la loi réelle, tantôt par la loi en vigueur au lieu où le contrat ou la disposition ont reçu leur perfection; tantôt même par la loi du lieu de l'exécution du contrat ou de la disposition; enfin, par les lois du lieu où le fait illicite a été commis.

De là suit la nécessité de bien distinguer les différentes espèces de statuts. Nous commencerons par les statuts personnels et réels. Voici les définitions (2) que nous croyons devoir en donner, en résumant celles qui se trouvent dans les ouvrages de d'Argentré (3), de Burgundus (4), de Rodenburg (5), de Jean Voet (6), d'Abraham à Wesel (7), de Boullenois (8), de d'Aguesseau (9), de Cochin (10), de Guyot (11); dans un arrêt de la cour de cassation, du 27 février 1817 (12); dans les ouvrages de Tittmann (13), de M. Rocco (14), de M. Burge (15).

(1) *V.* Hert, §§ 8 et suiv. Mühlenbruch, § 72. Mittermaier, §§ 50 et suiv. Glück, commentaire, §§ 74 et suiv.; *id.* droit privé, §§ 17 et 18.

(2) Suivant Bartole, la personnalité ou la réalité d'un statut dépendrait uniquement de sa rédaction: ainsi, dit-il, la disposition conçue dans les termes suivants: « Primogenitus succedat bonis decedentis » est un statut personnel; mais celle-ci: « Bona decedentis veniant primogenito » est un statut réel. Cette définition a été attaquée d'abord par Baldus; d'Argentré et Dumoulin, Paul Voet (*de statutis*, sect. 4, cap. 2, no 1), Tittmann, § 50, ainsi que M. Burge, t. 1<sup>er</sup>, p. 11, en ont démontré l'erreur.

(3) Sur l'art. 218 de la coutume de Bretagne.

(4) Tract. 1, no 1.

Le statut personnel est une loi dont les dispositions affectent directement et uniquement l'état de la personne, c'est-à-dire l'universalité de sa condition, de sa capacité ou incapacité de procéder aux actes de la vie civile; une loi qui imprime à la personne une qualité générale, sans aucun rapport avec les choses, si ce n'est accessoirement et par une conséquence de l'état ou de la qualité de l'homme, objet principal du législateur.

Ainsi, est statut personnel la loi qui détermine si l'individu est citoyen ou étranger; la loi qui établit la légitimité, qui fixe l'âge de la majorité et les formalités relatives à la célébration du mariage, celle qui désigne les personnes qui peuvent contracter mariage, et les causes de sa dissolution: celle qui soumet la femme à la puissance du mari, le fils de famille à la puissance du père, le mineur à celle du tuteur; celle qui établit la capacité de s'obliger ou de tester (16).

On appelle statuts réels, les lois qui ont les choses pour objet principal, qui affectent directement les choses, qui en permettent ou défendent la disposition, sans avoir aucun rapport à l'état ou à la capacité générale de la personne, si ce n'est d'une manière incidente ou accessoire, et par voie de conséquence; comme lorsque la loi augmente ou diminue, dans des cas particuliers, le droit de disposer des choses qui appartiennent à la personne d'après l'universalité de son état. Le statut réel imprime aux choses une certaine qualité, qui réfléchit

(5) Tit. 1, chap. 2.

(6) Ad ff., tit. *de stat.*, nos 2 et 3.

(7) *Ad novellas constil. ultraject.*, art. 1, no 14; art. 16, nos 18 et 19.

(8) T. 1<sup>er</sup>, p. 25, 28, 59, 40, 42, 77, 78, 145 et suiv., 176, 177, 189 et 196.

(9) T. IV.

(10) 31<sup>e</sup> et 122<sup>e</sup> plaidoyer, t. 1<sup>er</sup>, p. 545, et t. V, p. 80 de l'édit. de Paris, 1771.

(11) Répertoire de jurisprudence, vo *Statut*.

(12) Sirey, 1817, I, 122.

(13) § 48.

(14) Pag. 9 et suiv.

(15) T. 1<sup>er</sup>, p. 12 et suiv.

(16) Meier, §§ 20 et suiv.

naturellement sur les pouvoirs de la personne.

A cette classe appartenait, dans l'ancien droit, les douaires coutumiers, les lois d'après lesquelles les biens paternels échéaient aux parents de ce côté, ceux maternels aux parents maternels. Aujourd'hui encore il faut ranger dans cette catégorie toutes les lois relatives au droit et à la forme de disposer des biens; au droit de succéder *ab intestat* et par testament à certains biens (1); celles qui fixent la portion disponible, etc.

« La nature personnelle ou réelle de la loi, » dit Rodenburg (2), « se détermine par la nature de l'objet ou de l'acte auxquels s'applique la faculté interdite ou permise à la personne. Ainsi la loi qui, laissant un homme dans son état d'incapable, se borne à lui permettre un acte réel, une disposition sur les biens, n'affecte point la personne et elle est purement réelle; il en est de même de la loi qui, tout en conservant à l'homme sa capacité générale, lui interdit un mode particulier de disposer de ses biens. »

On trouve les mêmes principes au Répertoire, v<sup>o</sup> *Autorisation maritale*, sect. 10, n<sup>o</sup> 2.

« Pour juger si un statut est réel ou personnel, il ne faut pas en considérer les effets éloignés, les conséquences ultérieures; autrement, comme il n'y a pas de statut personnel qui ne produise un effet quelconque par rapport aux biens, ni de statut réel qui n'agisse par contre-coup sur les personnes, il faudrait dire qu'il n'y a point de statut qui ne soit pas tout à la fois et personnel et réel; ce qui serait absurde et tendrait à établir une guerre ouverte entre les coutumes (lois). Que faut-il donc faire? Il faut s'attacher à l'objet principal, direct et immédiat de la loi, et oublier les effets. Si l'objet principal, direct, immédiat de la loi est de régler l'état de la personne, le statut est personnel; les effets, par rapport aux biens, ne sont plus que les conséquences

« éloignées de la personnalité. Au contraire, si l'objet principal, direct, immédiat de la loi est de régler la qualité, la nature des biens, la manière d'en disposer, le statut est réel; les effets, par rapport aux personnes, ne sont plus que des conséquences éloignées de la réalité. »

20. Après avoir ainsi défini les lois personnelles et les lois réelles, nous arrivons à la troisième espèce de lois, celles qui concernent les actes de l'individu. Nous avons déjà fait remarquer, aux n<sup>os</sup> 5 et 18, que ces actes peuvent être licites ou illicites; les premiers se subdivisent en actes extrajudiciaires et judiciaires; les actes extrajudiciaires sont de deux espèces. La première comprend les conventions expresses ainsi que les autres dispositions de l'homme (par exemple les testaments); la seconde espèce, ce sont les faits de l'homme qui constituent les quasi-contrats et les quasi-délits.

Ce n'est pas ici le lieu de donner les définitions de ces divers actes; nous examinerons plus loin, après avoir indiqué les effets généraux des lois personnelles et des lois réelles, l'influence que ces lois, ainsi que d'autres lois encore, peuvent exercer sur les actes de l'homme.

## CHAPITRE II.

### DE L'EFFET QUE LES DIVERSES ESPÈCES DE LOIS EXERCENT PAR RAPPORT A L'HOMME.

#### § I. De l'effet du statut personnel.

21. La loi personnelle de chaque individu, la loi dont il est sujet quant à sa personne, est celle du lieu où il a son domicile, son principal établissement (*larem atque rerum suarum summam*). Pour justifier cette assertion, il faut considérer la position de l'individu au moment de sa naissance. La nature des

(1) Il y a controverse sur la question de savoir, si la succession *dans toute la fortune* est régie par la

loi personnelle ou par la loi réelle. Nous examinerons cette question au n<sup>o</sup> 54. — (2) Tit. I, chap 2.

choses l'indique : dans ce moment, la loi à laquelle sont sujets ses père et mère, ou sa mère, s'il est né hors mariage, le saisit, le frappe de son pouvoir et lui imprime la qualité de membre de la nation dont ses père et mère légitimes ou sa mère naturelle font partie. La loi de cette nation est sa loi personnelle, depuis le premier moment de son existence physique (1).

22. Ainsi, en règle générale, l'enfant fait partie de la nation à laquelle appartient son père (2), s'il est né en légitime mariage, ou de la nation de sa mère, si celle-ci n'est pas mariée (5). De même l'enfant acquiert, au moment de sa naissance, un domicile dans le sens légal, et ce domicile est celui de son père ou de sa mère, d'après la distinction ci-dessus (4). C'est ce qu'on appelle le domicile d'origine (*ratione originis*).

La nationalité et le domicile d'origine se conservent pendant tout le temps que l'enfant reste dans l'état de minorité; car durant cette

(1) Rodenburg, tit. II, chap. 1, nos 1 et suiv.; tit. II, part. 2, no 5. Carpzov, *DeCis. illust. saxonie*. Dec. I; Boullenois, tit. II, chap. 1, obs. 16 (t. Ier, p. 205); tit. II, part. 2, chap. 1, obs. 52 (t. II, p. 7). Répertoire de jurisprudence, vo *Statut* et vo *Majorité*, § 4. Glück, Droit privé, § 17 et 18. Meier, p. 15. M. Burge, t. Ier, p. 55 et suiv.

(2) Vattel, Droit des gens, liv. I, § 212, et les auteurs cités à la note précédente.

(5) En Angleterre on regarde comme sujet du roi et faisant partie de la nation, tout individu né sur le sol anglais, même de parents étrangers. Nous parlerons plus tard de cette exception, comme aussi de la règle généralement admise d'après laquelle les enfants nés de père et mère inconnus sont considérés comme appartenant à la nation dans le territoire de laquelle ils ont été trouvés.

(4) Boullenois, tit. I, chap. 2, obs. 4 (t. Ier, p. 55). Toullier, Droit civil français, t. Ier, no 571. L. 56. *C. de decurionibus*.

(5) Nous verrons sur le titre du C. civ. de la *jouissance et de la privation des droits civils*, que le changement de nationalité du père ou de la mère (après la dissolution du mariage) n'a point d'influence sur la nationalité des enfants mineurs.

(6) Excepté dans quelques pays dont la législation refuse au sujet la liberté de s'expatrier : l'Angleterre, par exemple. Dans ce cas, le lien originnaire se conserve, mais dans l'intérêt seulement de la nation à

période il n'a, légalement parlant, aucune volonté (5).

Mais aussitôt que, conformément à la loi du domicile d'origine, l'enfant a atteint l'âge de la majorité, il devient libre de changer de nationalité (6) et de choisir un autre domicile (7).

Il y a présomption légale pour la conservation de la nationalité originaire ou du domicile d'origine, jusqu'à la preuve du changement (8). De là il suit que, lorsqu'un individu a deux domiciles dans divers territoires, on doit de préférence avoir égard au lieu de sa naissance (9). Du reste, c'est un principe non contesté que l'absence momentanée ne suffit pas pour former la preuve du changement de nationalité ou de domicile.

D'un autre côté, le changement de nationalité résulte quelquefois de la seule force de la loi : ainsi, la femme mariée suit la condition de son mari (10); la cession d'un territoire offre un autre exemple (11).

laquelle l'individu a appartenu dans le principe, sans empêcher, par rapport à sa patrie adoptive, la validité de la naturalisation qu'il y aura acquise. — Plusieurs anciens auteurs regardent aussi le domicile d'origine comme incommutable : Gail, *Practicæ observationes*, lib. 2, cap. 56. — En général les anciens auteurs ne parlent que du changement de domicile, en gardant le silence sur le changement de nationalité : c'est qu'alors les différentes provinces du même État étaient régies par des lois ou coutumes non uniformes, de manière que le simple changement de domicile plaçait l'individu sous l'empire d'une autre loi. Aujourd'hui cet état de choses n'existe plus en France, mais bien dans les pays dont nous avons fait mention dans une note au no 7 ci-dessus.

(7) A moins qu'il ne soit interdit. Voet, ad ff., lib. 5, tit. I, no 100. Pothier, Introduction aux coutumes,

(8) Carpzov, *Respons.* lib. 2, tit. II, resp. 21, no 14. Voet, ad ff., lib. 5, tit. I, no 99. Meier, p. 14, no 1. M. Burge, t. Ier, p. 54.

(9) Hamm., § 17. Meier, p. 15, no 2. L'auteur rejette la distinction établie par Glück (commentaire, § 74 à la fin) et par le Code général de Prusse (introduction, § 51), d'après laquelle, si le même individu a deux domiciles, il faut appliquer la loi de celui des deux qui accorde à l'acte les effets les plus étendus.

(10) Art. 12 et 19 du Code civil et lois correspondantes.

(11) *Foy.* nos observations sur le titre du C. civ.,

Après le changement de nationalité ou de domicile, la loi de la nouvelle patrie ou du nouveau domicile exerce sur l'individu les mêmes effets que celle de la patrie originaire ou du domicile d'origine avait exercés jusqu'alors (1).

23. Lorsque tous les biens d'un individu, tant meubles qu'immeubles, se trouvent dans le même territoire où il a son domicile, et que cet individu ne passe point d'actes hors de ce territoire, la législation de sa patrie régit tous ses rapports, et la distinction entre les statuts personnels et réels et les lois concernant les actes de l'homme, ne trouve aucune application. Le conflit de ces diverses lois ne se présente qu'autant que l'individu possède des biens ou des droits réels sur les biens situés dans un autre territoire, ou lorsqu'il passe des actes hors du pays de son domicile.

Nous avons vu, aux nos 12 et 15, qu'en règle générale l'effet des lois ne s'étend pas au delà des limites du territoire, et que l'application des lois étrangères n'est que la conséquence de considérations d'utilité et de convenance réciproque des nations.

Un long usage a fait établir, en cette matière, diverses règles que nous allons exposer.

24. La première de ces règles est relative aux effets du statut personnel. Les lois personnelles suivent la personne partout où elle se trouve : leur force et leurs effets s'étendent sur tous les territoires (2); les lois personnelles d'un État ne s'appliquent qu'aux nationaux, et n'exercent aucun effet sur les étrangers qui se trouvent momentanément sur le territoire (3).

En consultant l'histoire du droit, nous trou-

*de la jouissance et de la privation des droits civils.*

(1) D'Argentré sur l'art 218, gl. 6. no 47. Burgundus, tract. 2, no 6. Rodenburg, tit. II, part. 2, ch. 1. Boullenois, tit. II, part. 2, chap. 1, obs. 52. Pothier, Coutume d'Orléans, chap. 1, art. 1, § 15. Meier, p. 15. Cette proposition trouve surtout son application dans la matière de la communauté des biens entre époux.

(2) Gründler, § 40, va plus loin, en soutenant que le statut personnel régit tous les rapports de l'indi-

vidu, à moins que, résidant en pays étranger, il n'ait été soumis par le pouvoir législatif de ce pays aux lois territoriales, ou à moins qu'il ne s'y soit soumis volontairement, pourvu que, dans ce dernier cas, la législation de son pays originaire ne prohibe point cette soumission.

vons une règle semblable établie au commencement du moyen âge, ainsi que nous l'avons indiqué au n° 15. Il y avait cependant une grande différence entre les lois personnelles de ladite époque et celles qu'on a désignées plus tard sous la même dénomination. Ces dernières ne s'appliquent qu'à l'état des personnes, tandis que les premières s'étendent sous tous les rapports quelconques de l'homme, sur les immeubles possédés par lui, sur la forme et la substance de ses actes, etc. A cette époque, il n'était pas encore question du droit territorial, dont nous avons parlé aux nos 5 et 9, et sur lequel nous reviendrons au paragraphe suivant. La règle, telle que nous la posons aujourd'hui, a pris naissance depuis l'établissement du principe du droit territorial, et comme une exception à ce principe.

La règle que les lois personnelles suivent la personne et qu'elles étendent leurs effets au delà du territoire du domicile de l'individu, a pour elle l'accord presque unanime des auteurs de la jurisprudence des tribunaux des diverses nations. Rodenburg (4) donne pour motif de cette règle l'intérêt commun des nations : « Il serait contradictoire, dit-il, qu'un individu changeât d'état et de condition toutes les fois qu'un voyage l'amène dans un autre endroit; que dans le même moment il fût majeur ici, mineur là; que la femme fût en même temps soumise à la puissance maritale et libre de cette puissance; qu'un individu fût considéré dans un lieu comme interdit, et dans un autre lieu comme capable de tous les actes de la vie civile. » En terminant, l'auteur fait observer que le législateur du lieu du domicile a été à même, mieux que tout autre, d'appré-

vidu, à moins que, résidant en pays étranger, il n'ait été soumis par le pouvoir législatif de ce pays aux lois territoriales, ou à moins qu'il ne s'y soit soumis volontairement, pourvu que, dans ce dernier cas, la législation de son pays originaire ne prohibe point cette soumission.

(3) Cette dernière conséquence a été déduite notamment par Paul Voet et par M. Rocco, aux endroits cités ci-après.

(4) Tit. I, chap. 5, no 4.



cier, suivant le génie de sa nation, à quelle époque ses sujets arrivent à la maturité d'esprit nécessaire pour la bonne gestion de leurs affaires (1). — Boullenois (2) ajoute : « Par un concours général des nations et une déférence presque nécessaire, les statuts qui règlent l'état et la condition des personnes, se portent dans toutes les coutumes : elles ont établi entre elles, à cette occasion, une espèce de droit de parcours ou entrecours, pour le plus grand bien du commerce et de la société d'entre les hommes. » — « Le consentement général des nations civilisées a voulu que ce qui concerne la capacité d'un individu se réglât par les lois du pays auquel il appartient, » dit M. Pardessus (3).

La même règle a été reconnue par d'Argentre (4), Decius (5), Dumoulin (6), Tiraqueau (7), Burgundus (8), Paul Voet (9), Émérigon (10), Huber (11), Hert (12), Hommel (13), Glück (14), Danz (15), MM. Mittermaier (16), Eichhorn (17), Mühlenbruch (18), Toullier (19), Duranton (20), Brinckmann (21), Story (22), Wheaton (23), Rocca (24), et Burge (25).

Paul Voet (26) et Jean Voet (27) sont les seuls auteurs qui contestent cette règle, bien que le premier l'ait d'abord admise au passage cité ci-dessus : ils s'en tiennent uniquement au droit strict indiqué aux nos 9 et 10 *suprà*.

Glück, dans le passage cité de son commentaire, fait remarquer que la règle ci-dessus a son motif dans ce fait que l'État de la personne est inséparable de la personne elle-même. M. Eichhorn contredit cette assertion : il trouve la base de la règle dans le fait que les lois des divers pays ne disposent pas sur l'état et la capacité des étrangers. De cette circonstance l'auteur déduit deux conséquences : la première, que les lois de tous les pays reconnaissent la capacité des étrangers par cela même qu'elles tolèrent leur séjour dans le territoire ; la seconde, que la règle d'après laquelle les lois personnelles suivent l'individu en pays étranger, est sans application dans les États dont la législation renferme, soit des dispositions expresses relatives à l'état des étrangers, soit la déclaration que les qualités personnelles des étrangers ne seront reconnues qu'autant que les autres États admettent le même principe. L'auteur cite le Code civil d'Autriche, § 54, et l'introduction au Code général de Prusse, §§ 25, 54 et 55 (28).

Nous n'admettons pas l'argument de Glück : le principe de l'union intime de l'état de la personne avec cette personne même ne saurait, en droit étroit, obliger les nations étrangères : la règle est le résultat de la convention tacite des nations, attestée par l'assentiment

(*Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts*), § 53.

(16) Manuel du droit privé actuel de l'Allemagne (*Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts*), § 50.

(17) § 55.

(18) § 72.

(19) Droit civil français, t. IV, n° 102, p. 5.

(20) Cours de droit français, t. I<sup>er</sup>, n° 79.

(21) Science et pratique du droit (*Wissenschaftlich praktische Rechtskunde*), t. I<sup>er</sup>, p. 10.

(22) §§ 51 et suiv.

(23) T. I<sup>er</sup>, § 6, p. 141.

(24) P. 104 et suiv., 112 et suiv. et 117.

(25) T. I<sup>er</sup>, p. 25, règle 5.

(26) *De statutis*, sect. 4, cap. 2.

(27) *Ad ff. tit. de stat.*, n° 7 ; *tit. de minor. 25 annis*, n° 8 ; *et tit. de ritu nupt.*, n° 60.

(28) Ces dispositions seront rapportées ci-après n° 26.

(1) M. Story, § 67, adopte les motifs de Rodenburg.

(2) Tit. I, chap. 5, obs. 9 et 10, t. I<sup>er</sup>, p. 152 et obs. 12, p. 172.

(3) T. V, n° 1482.

(4) Sur la coutume de Bourgogne, à l'endroit cité.

(5) *Consil.*, 207, vol. 5.

(6) *Consil.*, 55.

(7) *De legib. connub.*, gl. 8. n° 216 (chez Boullenois, I, 155).

(8) *Tract.* 1, n° 5.

(9) *De statutis*, sect. 2, cap. 4, nos 4 et 6.

(10) Des assurances, chap. 4, sect. 8, § 2.

(11) No 12, et *institutiones reipublicæ*, cap. 8, nos 16 et suiv.

(12) Sect. 4, § 8.

(13) *Obs.* 409, *regula* 1.

(14) Commentaire, § 74, p. 598 du t. I<sup>er</sup> : Droit privé, §§ 17 et 18.

(15) Manuel du droit privé actuel de l'Allemagne

unanime des auteurs. — La première conséquence indiquée par M. Eichhorn est erronée; la simple tolérance des étrangers dans le territoire ne saurait équivaloir à une reconnaissance de leur état. La seconde conséquence est fondée, puisqu'elle repose sur des textes de lois positives. V. plus haut n° 44.

La règle d'après laquelle le statut personnel suit l'individu en pays étranger, n'étant elle-même qu'une exception au principe général posé au n° 9 ci-dessus, il suit, par application de l'adage *exceptio firmat regulam in casu non excepto*, que le principe général reprend toute sa force dès qu'il s'agit d'appliquer une loi étrangère qui statue sur d'autres matières que l'état de la personne (1). Cette conséquence ne comprend pas seulement les lois réelles, mais encore les lois extensives ou prohibitives, c'est-à-dire celles qui étendent ou restreignent la capacité ou l'incapacité générale que l'état de la personne attribue à l'individu (2) : par exemple, les dispositions des art. 905 et 904 du Code civil.

25. Examinons maintenant jusqu'à quel point les législations positives ont sanctionné la règle que le statut personnel suit l'individu en pays étranger.

Dans la discussion qui a précédé l'adoption de l'art. 5 du Code civil, cette règle a été formellement reconnue, tant à l'égard des Français qui se rendent en pays étranger, qu'à l'égard des étrangers qui se trouvent en France. Quant aux premiers, le texte est positif; il ne l'est pas quant aux seconds; mais, dans l'esprit du législateur, la règle établie par l'art. 5 s'applique également aux étrangers résidant en France.

L'art. 5 du projet du gouvernement était ainsi conçu : « La loi oblige ceux qui habitent

le territoire (5). » Dans le conseil d'État, M. Tronchet attaqua cette rédaction comme étant trop générale, et il fit observer que « l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui « règlent l'état des personnes (4). » La section de législation du tribunal (5) proposa ensuite la rédaction qui a passé dans le Code. En conférant cette rédaction avec l'observation de M. Tronchet, en se rappelant que le texte du paragraphe 5 de l'art. 5 ne s'étend pas aux étrangers comme celui du paragraphe 2, on demeurera convaincu que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu étendre aux étrangers les lois françaises sur l'état et sur la capacité des personnes.

Feu M. Merlin (6) exprime, dans les termes suivants, l'admission, par les législateurs français, de la règle posée au n° 24 ci-dessus : « Du principe que les lois françaises concer- « nant l'état et la capacité des personnes ré- « gissent les Français même résidant en pays « étranger, il suit tout naturellement que, « par réciprocité, les lois qui régissent l'état « et la capacité des étrangers les suivent en « France, et que c'est d'après ces lois que les « tribunaux français doivent juger s'ils ont ou « n'ont pas tel état, s'ils sont capables ou in- « capables (7). »

M. Pardessus (8) professe la même opinion.

26. Le Code civil d'Autriche a sanctionné en termes formels la règle indiquée. Ce Code commence par établir une disposition correspondante au troisième alinéa de l'art. 5 du Code civil français; on lit dans le § 4 (9) : « Les lois civiles sont obligatoires pour tous « les citoyens appartenant au pays pour lequel « ces lois ont été promulguées. Les citoyens « demeurent soumis aux lois civiles pour les

(1) Nous aurons occasion d'appliquer la même observation à la règle d'après laquelle la loi du *locus contractus* régit la forme des actes.

(2) M. Mittermaier, § 51, note 6.

(5) Loqué, Législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. 1<sup>er</sup>, p. 598.

(4) Loqué, *ibid.*, p. 400.

(5) *Ibid.*, p. 565.

(6) Répertoire de jurisprudence, v<sup>o</sup> *Loi*, § 6, n° 6.

(7) L'auteur cite plusieurs exemples, sur lesquels nous reviendrons dans les questions de détail.

(8) T. V, n° 1482.

(9) V. sur les divers §§ du C. civ. d'Autriche que nous allons citer, l'ouvrage de M. Winiwarter, intitulé *le Droit civil autrichien (Das oesterreichische burgerliche Recht, etc.)*; t. 1<sup>er</sup>, §§ 27, 62 et suivants.

« affaires et actes conclus hors du territoire  
 « de l'État, en tant que la capacité d'y con-  
 « courir est modifiée par ces lois, et en tant  
 « que les actes et affaires dont il s'agit sont  
 « destinés à produire des effets légaux dans le  
 « territoire de l'empire. Il sera expliqué au  
 « chapitre suivant, jusqu'à quel point ces  
 « mêmes lois obligent les étrangers (1). » La  
 disposition à laquelle renvoie le § 4 est contenue  
 au § 54, ainsi conçu : « La capacité person-  
 « nelle des étrangers aux actes de la vie civile  
 « doit, en général, être jugée d'après les lois  
 « auxquelles l'étranger est soumis, soit comme  
 « étant celles du lieu de son domicile, soit,  
 « lorsqu'il n'a pas de domicile, parce qu'il se  
 « trouve, par sa naissance, sujet du pays régi  
 « par les mêmes lois; à moins que les lois n'en  
 « aient ordonné autrement dans des cas par-  
 « ticuliers. »

Notre règle générale a été également recon-  
 nue par le Code général de Prusse; le § 23 de  
 l'introduction déclare que « la qualité et la ca-  
 « pacité personnelle d'un individu seront ju-  
 « gées d'après les lois de la juridiction dans le  
 « ressort de laquelle il a son domicile réel; »  
 puis il ajoute, § 54 : « Les sujets d'États étran-  
 « gers qui vivent dans les États prussiens, ou  
 « qui y font des affaires, seront également  
 « jugés d'après les dispositions ci-dessus. »

L'application, aux étrangers comme aux na-  
 tionaux, du principe consacré par le troisième  
 alinéa de l'art. 5 du Code civil français, ad-  
 met, en Autriche et en Prusse, des exceptions  
 qui ont été établies dans l'intérêt des natio-  
 naux, et afin de prévenir les lésions qu'ils  
 pourraient éprouver par suite de contrats pas-  
 sés, soit dans leur patrie, soit à l'étranger,  
 avec des étrangers. Ces exceptions, qui for-  
 ment une application de ce que nous avons dit  
 plus haut n° 44, sont consignées dans les  
 §§ 55, 56 et 57 du Code autrichien, et dans  
 le § 55 de l'introduction au Code général de

(1) Nous ne suivons pas la traduction française  
 de ce Code qui a été publiée dans la collection de  
 M. Foucher, à cause des nombreuses erreurs que nous  
 sommes fâché d'y rencontrer.

Il en est de même de la traduction du Code

Prusse. Voici les textes de ces dispositions (2) :

§ 55 du Code civil d'Autriche : « Une con-  
 « vention passée dans cet État par un étran-  
 « ger, et en vertu de laquelle il confère des  
 « droits à des tiers, sans les obliger récipro-  
 « quement envers lui, sera jugée, soit d'après  
 « le présent Code, soit d'après la loi à la-  
 « quelle l'étranger est soumis en sa qualité  
 « de sujet, suivant que l'une ou l'autre légis-  
 « lation favorise le plus la validité de cette  
 « convention. »

§ 56. « La convention synallagmatique pas-  
 « sée dans cet État entre un étranger et un  
 « citoyen sera jugée, sans exception, d'après  
 « les dispositions du présent Code; mais lors-  
 « que les deux contractants seront étrangers,  
 « la convention synallagmatique ne sera jugée  
 « d'après ce Code qu'autant qu'il ne sera pas  
 « prouvé que les parties, en contractant,  
 « avaient entendu se régler d'après une autre  
 « législation. »

§ 57. « Les conventions passées en pays  
 « étranger, soit entre des étrangers, soit  
 « entre des étrangers et des sujets de cet État,  
 « seront jugées d'après les lois du lieu du con-  
 « trat, à moins qu'il ne soit manifeste qu'une  
 « autre législation a servi de base à ce con-  
 « trat, et à moins que la disposition du § ci-  
 « dessus ne s'y oppose. »

§ 55 de l'introduction au Code prussien :  
 « Cependant un étranger qui contracte dans  
 « ces États sur des objets qui s'y trouvent, doit  
 « être jugé, relativement à sa capacité de con-  
 « tracter, suivant les lois qui favorisent le plus  
 « la validité de la convention. »

Le Code bavarois, part. I, chap. 2, § 17,  
 renvoie, *in (causis) mere personalibus*, aux  
 statuts du domicile.

Le Code civil de Bade ajoute à l'art. 5 du  
 Code civil français la disposition suivante qui  
 forme également une exception à la règle gé-  
 nérale : « Les lois relatives à la procédure ju-  
 général pour les États prussiens publiée à Paris en

l'an x par les membres du bureau de législation  
 étrangère.

(2) Nous reviendrons sur ces diverses dispositions  
 au § qui traite de la matière *des actes de l'homme*.

« diciaire, et celles concernant la forme et  
 « la validité des actes de la vie civile passés  
 « dans le territoire, s'appliquent également aux  
 « nationaux et aux étrangers. » Cette disposi-  
 tion va plus loin que les Codes d'Autriche et  
 de Prusse : elle n'accorde, à l'égard de la sub-  
 stance des actes passés en Bade, aucun effet  
 aux lois étrangères concernant l'état et la ca-  
 pacité de la personne du contractant ou dispo-  
 sant étranger. En effet, déclarer que la *validité*  
 des actes passés dans le territoire dépend ex-  
 clusivement des lois badoises, c'est dire qu'on  
 ne tiendra aucun compte des dispositions en  
 vigueur dans la patrie du contractant étran-  
 ger, et qui régissent son état et sa capacité.  
 Notre règle générale ne pourrait donc être in-  
 voquée en Bade que dans le cas où il ne s'agirait  
 pas de statuer sur la validité d'une convention.

En *Belgique*, le Code français n'a subi aucune  
 modification sous ce rapport.

Dans les *Pays-Bas*, l'art. 6 du nouveau Code  
 civil étend le 3<sup>e</sup> alinéa de l'art. 3 du Code fran-  
 çais à *tous les droits* quelconques ; cette dis-  
 position est ainsi conçue : « Les lois concernant  
 « les droits, l'état et la capacité des personnes  
 « obligent les Néerlandais, même lorsqu'ils  
 « se trouvent en pays étranger. » Mais loin  
 d'appliquer le même principe aux étrangers  
 qui se trouvent dans les Pays-Bas, l'art. 9 les  
 soumet entièrement aux lois néerlandaises.  
 Voici cet art. 9 : « Le droit civil du royaume  
 « est le même pour les étrangers que pour les  
 « Néerlandais, tant que la loi n'a pas expres-  
 « sément établi le contraire. » Cette disposi-  
 tion, plus générale que celle du Code de Bade,  
 embrasse même les cas où il n'est pas question  
 d'un contrat.

Le Code des *Deux-Siciles* reproduit (arti-  
 cle 6) le 3<sup>e</sup> alinéa de l'art. 3 du Code français :  
 quant aux étrangers, au lieu de leur appli-  
 quer le même principe, il renferme une dis-  
 position conforme à celle du Code des Pays-Bas,  
 en les soumettant, sous tous les rapports, aux

lois siciliennes. En effet, voici les termes de  
 l'art. 5 : « Les lois (1) obligent tous ceux qui  
 « habitent le territoire du royaume, qu'ils  
 « soient citoyens, étrangers domiciliés ou pas-  
 « sagers. »

Le Code civil sarde (art. 12) et celui du  
 canton de Vaud (art. 2) se bornent à repro-  
 duire les trois alinéa de l'art. 3 du Code fran-  
 çais. On sait qu'à Genève le texte de ce Code  
 est encore la loi en vigueur.

Le Code du canton de Berne consacre net-  
 tement la règle établie par les auteurs. L'ar-  
 ticle 4 de ce Code est ainsi conçu : « Les lois  
 « civiles s'appliquent aux personnes et aux  
 « choses soumises à la souveraineté de l'État.  
 « Toutefois les citoyens bernois à l'étranger et  
 « les étrangers à Berne seront jugés, quant à  
 « leur capacité personnelle, d'après les lois  
 « de leur patrie respective. Les formes d'un  
 « acte seront jugées d'après les lois du lieu  
 « où il a été passé. »

Les mêmes dispositions se retrouvent dans  
 les art. 1 et 3 du Code du canton de Fribourg.

Les art. 7, 46, 47, 48 et 49 du Code du  
 canton d'Argovie reproduisent les art. 4, 34  
 à 37 du Code autrichien, rapportés ci-dessus.

La législation *russe* offre des dispositions  
 conformes à celle des Pays-Bas et des Deux-  
 Siciles. La loi suit le sujet russe, sans distinc-  
 tion d'état, de rang et de sexe, partout où il ré-  
 side. (Arg. de l'art. 65 des lois fondamentales.)  
 L'étranger, pendant tout le temps de son  
 séjour en Russie, est soumis, quant à sa per-  
 sonne et ses biens, aux dispositions des lois  
 russes, et a droit à leur protection. (Lois per-  
 sonnelles, IX, 902. Lois fondamentales, 65.)  
 Il peut passer toute espèce de contrats, enga-  
 gements et conventions, soit avec un étran-  
 ger, soit avec un Russe, pourvu que l'engage-  
 ment, s'il doit sortir ses effets dans l'empire,  
 soit, dans sa substance et dans sa forme, con-  
 forme à la législation de l'empire. (Lois civi-  
 les, X, 912.)

cette addition restrictive démontre l'intention du  
 législateur de généraliser la disposition.

(1) Le texte n'ajoute pas, comme le premier alinéa  
 de l'art. 3 du C. civil français, après les mots : *les*  
*lois*, ceux : *de police et de sûreté* ; l'omission de

En *Angleterre* et aux *États-Unis*, il n'existe pas de texte de loi correspondant au troisième alinéa de l'art. 3 du Code français; mais on y trouve un principe analogue dans ce que les auteurs appellent l'*allegiance*, c'est-à-dire, l'obéissance que tout Anglais ou citoyen des États-Unis doit au roi ou au gouvernement, depuis le moment de sa naissance, et en quel que pays qu'il puisse résider (1).

M. Story indique les règles suivantes comme adoptées par la jurisprudence des tribunaux anglais et américains : 1° En principe général, l'état et la capacité d'une personne sont régis par les lois de son domicile. — 2° Mais quant aux contrats passés en pays étranger, la capacité des contractants est jugée par les lois du lieu du contrat. — 3° Cependant les incapacités non admises dans tous les pays, mais qui sont particulières à la patrie de l'étranger (par exemple, l'esclavage, l'infamie résultant d'un jugement), ne sont pas reconnues ailleurs. — 4° La légitimation par mariage subséquent (non admise par la législation anglaise) est cependant reconnue valable, si le mariage a été contracté suivant les prescriptions de la *lex loci*. — 5° Sont nuls, dans le lieu du domicile du contractant, les actes passés à l'étranger, soit par une personne incapable (mineur, interdit, femme mariée, etc.), soit par toute autre personne, en fraude des institutions de sa patrie.

L'art. 9 du Code de la *Louisiane* reproduit en entier l'article 3 du Code civil français.

L'art. 7 du Code civil d'*Haïti* est ainsi conçu : « Les Haïtiens qui habitent momentanément en pays étrangers sont régis par les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes en Haïti. » Le législateur garde le silence sur la position des étrangers.

§ 2. De l'effet du statut réel.

## 27. De même que la loi émanée du pouvoir

(1) Blackstone, *Commentaries of the English law*, book 1, chap. 2. Ockey. *A concise digest of the law, usage and custom affecting the commercial and civil intercourse of the subjects of Great Britain and France*, vo Allegiance. Kent, *Commenta-*

souverain d'une nation exerce son empire sur la personne de tous les membres de cette nation, de même la loi saisit les biens de toute nature qui se trouvent dans le territoire. De là il suit que les lois de chaque État régissent les biens situés dans le même pays, sans distinguer si les individus qui ont des droits à exercer sur ces biens sont nationaux ou étrangers. L'individu, gouverné par la loi de son domicile, peut, par des actes entre-vifs ou de dernière volonté, ou par le seul effet de la loi (la succession *ab intestat*), acquérir des biens immobiliers ou mobiliers situés dans un pays étranger régi par une autre loi : à l'occasion de cette acquisition, ou lorsque plus tard le propriétaire dispose des mêmes biens, il peut se présenter un conflit des deux lois, c'est-à-dire la question de savoir laquelle de ces deux lois doit recevoir son application.

Au n° 19 ci-dessus, en définissant les lois personnelles et les lois réelles, nous avons indiqué les caractères qui les distinguent. La loi est personnelle, lorsqu'elle dispose sur l'universalité de l'état de la personne, lorsqu'elle établit, change ou modifie cet état dans toute son étendue. Toute autre loi, soit qu'elle se borne à prescrire des règles relatives à la possession ou à la transmission des biens, soit qu'elle permette ou interdise à la personne certains actes que son état universel lui interdit ou l'autorise à faire, est une loi réelle.

Cette loi réelle régit les biens situés dans l'étendue du territoire pour lequel elle a été rendue, en excluant l'application de la loi personnelle du propriétaire ou de celle du lieu où l'acte a été passé (2); mais aussi les effets de cette loi ne s'étendent jamais au delà des limites du territoire. Telle est la règle reconnue par toutes les nations et professée par les auteurs. Nous citerons Burgundus (3), Roden-

*ries of American law*, t. II, p. 59 et 42 (5<sup>e</sup> édit.). M. Story, p. 22, n° 21.

(2) Nous parlerons plus bas de l'application de cette dernière loi.

(3) Tract. 1, nos 4, 11, 12 et 14.

burg (1), Paul Voet (2), Jean Voet (3), Abraham à Wesel (4), Christin (5), Boullenois (6), Hert (7), Huber (8), Cramer (9), Pothier (10), Vattel (11), Glück (12), Danz (13), Portalis père (14), Meier (15), MM. Mittermaier (16), Eichhorn (17), Tittman (18), Mühlenbruch (19), Brinkmann (20), Story (21), Wheaton (22), Rocca (23), et Burge (24).

28. L'application du statut réel repose sur le principe de la souveraineté territoriale (V. ci-dessus n° 9) : l'application du statut personnel n'est qu'une exception à ce principe (n° 24, à la fin), déduite du consentement tacite des nations (nos 11 et 24); d'où il suit, comme nous l'avons déjà fait remarquer au n° 24, que, lorsque le cas de l'exception n'existe pas, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de l'universalité de l'état de la personne, il faut appliquer la loi réelle. Boullenois (25) exprime en d'autres termes la même conséquence, en établissant que, dans le doute sur la personnalité ou la réalité du statut, il faut le décider réel (26).

29. Au moyen âge, la doctrine de la réalité des statuts avait trouvé une seconde base dans les principes du droit féodal. A cette époque, les devoirs féodaux étaient les *devoirs princi-*

*paux dans l'ordre social*, et le principe de la sujétion de l'individu au pouvoir souverain n'avait pas encore reçu son développement actuel; ces devoirs féodaux dérivant de la possession d'une terre, on devait arriver à prétendre que le vassal était soumis, sous tous les rapports sans distinction, aux statuts du pays de la situation de sa terre (27). Ce point de vue fut successivement étendu à toutes les terres, même non féodales, parce qu'à cette époque les immeubles formaient la principale partie de la propriété et à laquelle s'attachaient toutes les prérogatives politiques (28).

Dans les pays où le droit civil a conservé jusqu'à ce jour les traces du régime féodal (en Angleterre et aux États-Unis), l'application du statut réel a également conservé son ancienne étendue (29). Il en est de même dans quelques parties de l'Allemagne, où le statut réel continue à être appliqué à tous les étrangers possédant des biens dans le territoire (*Landsassiat*); les étrangers sont regardés comme sujets, et soumis, même pour leurs personnes, aux lois et aux tribunaux du pays (30). Toutefois, en Allemagne, la règle générale est que les étrangers ne sont soumis aux lois et tribunaux du pays qu'à l'égard de leurs biens situés

(1) Tit. I, chap. 2.

(2) *De statutis*, sect. 4, chap. 2, nos 4 et 6.

(3) *Ad ff. tit. de stat.*, no 5.

(4) Art. 16, no 19.

(5) *Decisiones*, vol. 2, tit. I, *dec.* 5, no 2.

(6) Aux endroits cités au no 24 ci-dessus, et t. I<sup>er</sup>, p. 107.

(7) Sect. 4, § 9.

(8) No 15.

(9) *Observationes juris universi*, tome V, obs. 1462.

(10) Sur la coutume d'Orléans, chap. 1, § 2, nos 22, 23 et 24; ch. 3, no 51.

(11) Liv. II, ch. 8, §§ 103 et 110.

(12) Commentaire, § 76. Droit privé, §§ 17 et 18.

(13) Manuel, t. I<sup>er</sup>, § 53, no 1.

(14) Exposé des motifs du C. civ. (Loché, tom. I<sup>er</sup>, p. 581); *V.*, aussi le discours du tribun Faure (*ibid.*, p. 613.)

(15) P. 17.

(16) § 52.

(17) § 56.

(18) Chap. 5.

(19) § 72, no 2.

(20) P. 10 et 11.

(21) § 574, 424 et suiv., et surtout § 428.

(22) Chap. 2, § 5, t. I<sup>er</sup>, p. 156.

(23) P. 104, 110, 118 et 222.

(24) Règle 6, t. I<sup>er</sup>, p. 25; t. II, p. 14, 26, 78, et 840.

(25) T. I<sup>er</sup>, p. 107.

(26) L'auteur réfute l'opinion contraire de Boullenois.

(27) Laferrière, Histoire du droit français.

(28) On allait même plus loin, en considérant comme sujets, bien que sujets seulement *temporaires*, les étrangers qui ne se trouvaient que momentanément dans le pays, à raison de leurs affaires, et sans y posséder des propriétés. C'était une sujétion *ratione actuum*. Voet, *ad ff. tit. de stat.*, no 5. Glück, Commentaire, t. I<sup>er</sup>, p. 287 et suiv.

(29) M. Mittermaier, § 52. M. Story, §§ 424 et suivants.

(30) M. Mittermaier, § 109.

dans le territoire, et on les appelle forains (*forenses*) (1). La loi du territoire régit les droits, obligations et charges attachés à la possession de l'immeuble, la capacité exigée du côté de l'acquéreur d'un immeuble, les formes et conditions de cette acquisition, les taxes (telles que droits de mutation) et contributions qui y sont imposées, le mode de constituer les hypothèques et leurs effets; et le possesseur est obligé de se faire juger à cet égard par les tribunaux du pays (2).

50. C'est dans ce dernier sens que le principe de l'application du statut réel a passé du régime féodal dans les nouveaux Codes de Bavière, de Prusse, d'Autriche, de France, de Sardaigne et des Pays-Bas.

Le Code bavarois, le premier des Codes allemands dans l'ordre chronologique, part. 5, chap. II, § 17, soumet à la loi *rei sitæ, in (causis) realibus et mixtis* tous les biens immobiliers ou mobiliers, corporels ou incorporels.

Le § 52 de l'introduction du Code général de Prusse est ainsi conçu : « Les biens immobiliers sont régis par les lois de la juridiction dans le ressort de laquelle ils sont situés, sans égard à la personne du propriétaire. »

Le § 300 du Code civil d'Autriche porte : « Les choses immobilières sont soumises aux lois du district dans lequel elles sont situées (5). »

La disposition du deuxième alinéa de l'article 5 du Code français n'a pas été reproduite par les Codes des Deux-Siciles et d'Haïti; mais elle se retrouve dans le Code badois, dans l'art. 12 de celui de la Sardaigne, et dans l'art. 7 du Code néerlandais; dans l'article 2 de celui du canton de Vaud; dans l'article 4 de celui de Berne; dans l'art. 1 du Code de Fribourg et dans l'article 9 de celui de la Louisiane.

(1) M. Mittermaier, § 109.

(2) *Ibid.*, § 52 et 109. — *V.* sur les droits de mutation, Mansord, du Droit d'aubaine et des étrangers en Savoie, t. 1<sup>er</sup>, p. 146 et suiv.

(5) Nous rapporterons plus tard la seconde partie de ce §, relative aux meubles.

51. La règle d'après laquelle la loi du territoire régit tous les biens qui y sont situés, s'applique uniquement aux immeubles et ne s'étend pas sur les meubles. Plusieurs auteurs pensent même que la loi du territoire ne régit pas les immeubles compris dans l'universalité de la succession d'un individu. Il nous paraît hors de doute que, quant aux meubles, le statut personnel doit l'emporter sur le statut réel; mais c'est exagérer évidemment la portée du statut personnel que de prétendre lui soumettre des immeubles par le motif qu'ils font partie d'une succession.

52. Par la nature des choses, les meubles, soit corporels, soit incorporels, n'ont pas, à l'égal des immeubles, une assiette fixe dans l'endroit où ils se trouvent de fait: ils dépendent nécessairement de la personne de l'individu à qui ils appartiennent, et ils subissent la destination qu'il leur donne. Chaque individu étant légalement censé avoir réuni sa fortune au lieu de son domicile, c'est-à-dire au siège principal de ses affaires, on a toujours regardé en droit les meubles comme se trouvant au lieu du domicile de celui à qui ils appartiennent; peu importe si, de fait, ils se trouvent ou non audit lieu (4). Par une fiction légale, on les considère comme suivant la personne, comme étant soumis à la même loi qui régit l'état et la capacité de cette personne; et nous avons vu (*supra*, n° 21) que cette loi est celle du domicile (*mobilia sequuntur personam: mobilia ossibus inhxerent*). En d'autres termes, le statut personnel gouverne les meubles corporels ou incorporels. Ce statut est à leur égard réel, par suite de la fiction qui les répute se trouver au lieu régi par ce même statut.

Tel a toujours été le sentiment presque unanime des auteurs et des cours de justice. Témoin Dumoulin (5), Chopin (6), Breton-

(4) Burgundus, à l'endroit cité ci-après, no 25.

(5) Sur l'art. 24 de la coutume d'Orléans, sur l'art. 140 de celle de Senlis, et sur l'art. 41, tit. XII, de celle d'Auvergne, sur l'art. 9 de celle de Montreuil et sur celle de Lille.

(6) Sur la coutume d'Anjou, liv. III, chap. I.

nier (1), d'Argentré (2), Brodeau (3), Lebrun (4), Poulain du Parc (5), Burgundus (6), Rodenburg (7), Abraham à Wesel (8), Paul Voet (9), Jean Voet (10), Sande (11), Christin (12), Gail (13), Carpzov (14), Wernher (15), Mevius (16), Franzké (17), Boullenois (18), Pothier (19), Struve (20), Leyser (21), Hubert (22), Hert (23), Hommel (24), Danz (25), Glück (26), Thibaut (27), Merlin (28), MM. Mittermaier (29), Hauss (30), Meier (31), Favard (32), Duranton (33), Story (34), Wheaton (35), Rocca (36), et Burge (37).

Trois auteurs seulement ne sont pas entièrement d'accord, en cette matière, avec ceux que nous venons de citer : ce sont Tittmann (38), M. Mühlenbruch (39), et M. Eichhorn (40). Le premier, en soumettant les meubles à la même loi qui régit les immeubles, ne s'attache qu'à l'un des cas exceptionnels dont nous parlerons au n° 33 ci-après, sans examiner la règle elle-même. M. Mühlenbruch repousse toute dis-

tit. II, n° 17; sur celle de Paris, liv. 1, tit. I, n° 51. (V. Boullenois, t. 1<sup>er</sup>, p. 340.)

(1) Sur Henrys, livre 4, quest. 127.

(2) Sur l'art. 218 de la coutume de Bretagne, gl. 6, n° 50; sur l'art. 447, gl. 5, nos 5 et suiv.

(3) Sur Louet, lettre C, n° 3, tit. 1, p. 293.

(4) Traité des successions, liv. IV, chap. 1, no 28.

(5) Principes du droit français, liv. I, chap. 15, no 41.

(6) *Tract.* 1, no 2; tract. 2, nos 20, 21 et 22.

(7) Tit. I, c. 2 sur la fin; tit. II, c. 2, no 1; tit. II, c. 5, no 16.

(8) Art. 1, no 12.

(9) *De statutis*, sect. 9, chap. 1, no 8.

(10) *Ad ff.*, tit. *de stat.*, no 12 à la fin.

(11) *Decisiones*, lib. 4, tit. VIII, def. 7.

(12) *Decisiones*, vol. 2, lib. 1, tit. I, dec. 5, no 5, et dec. 5.

(13) *Practicæ observationes*, lib. 2, obs. 124, nos 18 et 19.

(14) *Decisiones*, dec. 1, nos 5 et seq; *De juribus feminarum singularibus*, decis. 7, pos. 4, no 14. *Jurisprudentia forensis*, part. 2, const. 14, déf. 54, note 6; part. 5, const. 58, déf. 16, no 7.

(15) *Observationes selectæ*, t. 1<sup>er</sup>, part. 3, observation 257; part. 4, obs. 142.

(16) *Decisiones*, part. 2, déc. 100.

(17) *Resolutiones*, lib. 5, resp. 15, nos 17 et suiv.

(18) Titre II, chapitre 2, observation 19; tit. II,

inction entre les meubles et les immeubles par rapport à la loi qui les régit, par le seul motif que l'opinion contraire établirait une différence entre la succession dans les immeubles et celle dans les meubles du même individu, nous démontrerons au numéro ci-après la nécessité de reconnaître cette différence. M. Eichhorn, en rejetant l'application de la loi de la situation des meubles, n'admet cependant la règle qu'avec la modification que, selon les circonstances, il faudra appliquer la loi du lieu où la cause se plaidera : il cite comme exemple le cas où le défendeur en revendication invoque la maxime qu'en fait de meubles possession vaut titre. Mais l'application de cette maxime rentre dans les exceptions dont il sera question au n° 33, et elle ne contredit pas la règle elle-même.

Les anciens auteurs appliquent la règle non-seulement aux nationaux habitant les ressorts de diverses coutumes, mais encore aux aubains ou étrangers. (Voir surtout Brodeau,

chap. V, observation 50. (Titre. 1<sup>er</sup>, p. 558 et 818.)

(19) Traité des personnes et des choses, 2<sup>e</sup> partie § 5; coutume d'Orléans, chap. 1, § 2.

(20) *Exercitationes, ad ff., exercit.* 58, *thesis* 44.

(21) *Meditationes ad ff.*, specimen 421, *med.* 1.

(22) A l'endroit cité, no 15, et part. 1, liv. 5, tit. XIII, no 16.

(23) § 6.

(24) *Obs.* 409, reg. 2, et à la suite de la 5<sup>e</sup> règle.

(25) § 55, II et III.

(26) Commentaire, § 76; Droit privé, § 17 et 18.

(27) § 56.

(28) Répert., v<sup>o</sup> Biens, § 1, no 12; v<sup>o</sup> Meubles, § 1; v<sup>o</sup> Loi, § 6, no 5. (T. XVI, p. 691.)

(29) § 52, II.

(30) P. 55 et 56.

(31) P. 17, no 2.

(32) Répert. de la nouv. législat., v<sup>o</sup> Aubaine.

(33) *Cours de droit français*, t. 1<sup>er</sup>, no 90.

(34) §§ 574 et suiv.; 464 et suiv.

(35) Chap. 2, § 5; t. 1<sup>er</sup>, p. 156.

(36) P. 125 et suiv.; p. 157 et 159.

(37) Règles 22, 25 et 24, t. 1<sup>er</sup>, p. 28; t. II, p. 19, 28, 622; t. III, p. 752 et 906; t. IV, p. 156, 159 et suivants.

(38) § 49.

(39) § 72.

(40) § 56, 2.



Chopin et Poulain du Parc.) Quant aux auteurs plus récents, ils parlent de la manière la plus formelle de l'application des lois étrangères aux meubles. La question se présente surtout par rapport aux successions *ab intestat* et aux dispositions de dernière volonté, comme aussi à la communauté des biens entre époux.

Feu M. Merlin, dans son plaidoyer du 15 juillet 1811 (1), avait d'abord embrassé une opinion contraire à celle des autres auteurs que nous venons de citer : car il soutenait que la fiction de droit qui répute les meubles situés au lieu du domicile, ne s'applique que lorsqu'ils se trouvent dans la même souveraineté. Mais le savant jurisconsulte est revenu sur cette opinion dans un article ajouté aux dernières éditions du Répertoire de jurisprudence (2); il explique en même temps que l'art. 3 du Code civil a laissé subsister les anciens principes, et que les meubles appartenant à des étrangers sont régis par les lois de leur domicile. « L'article 3 du Code civil, » dit-il, « se réfère au principe général que les propriétés mobilières suivent la personne et sont censées n'avoir pas d'autre situation que celle de son domicile... non-seulement par rapport aux Français, mais encore par rapport aux étrangers. La fiction de droit qui répute les meubles situés dans le domicile de la personne à qui ils appartiennent... ne devrait pas, à la rigueur, dépasser les frontières de chaque souveraineté. Mais la loi qui l'établit dans un État, ou qui, sans l'établir expressément, l'y suppose, comme le Code civil, en pleine vigueur, peut se prêter, par une sorte de courtoisie, à ce qu'elle agisse même au dehors; et telle est évidemment la pensée de Voet, lorsque, dans son commentaire sur les Pandectes, liv. 4, tit. 4, part. 2, n° 11, après avoir établi, à l'exemple d'un grand nombre de docteurs qu'il cite, qu'en ce qui concerne la faculté de tester, les contrats et autres actes, les

« meubles, en quelque endroit qu'ils se trouvent, doivent être régis par la loi du domicile, il ajoute : Toutefois, si vous voulez rejeter ces fictions de droit comme s'écartant de la raison naturelle qu'il faut prendre seule en considération dans cette matière, attendu qu'elles supposent un seul législateur commun qui les introduit et consacre par sa législation, je me rangerai aussi de cette opinion, et je dirai que la règle suivant laquelle les meubles sont régis par la loi du domicile du propriétaire est plutôt la conséquence de la convenance mutuelle des nations qu'elle ne résulte de la rigueur du droit et de la puissance qui appartient à tout magistrat sur les meubles existant dans son territoire.

« Or, n'est-ce pas là ce que fait l'article 3 ? Son silence sur les meubles étant le même par rapport aux étrangers que par rapport aux Français, quoi de plus naturel que d'y suppléer, pour les premiers, de la même manière que pour les seconds, et de dire qu'il laisse les meubles des uns comme des autres à la disposition de la loi de leurs domiciles respectifs ? »

Conformément à ce principe, la cour royale de Paris, par deux arrêts des 1<sup>er</sup> février 1836 et 3 février 1838 (3), a jugé que la succession mobilière d'un étranger décédé en France se partage d'après la loi du domicile du défunt.

Feu M. Chabot, dans son commentaire sur la loi des successions, art. 726 (4), adopte également le principe professé par M. Merlin, en s'exprimant dans les termes suivants : « Quant au mobilier, comme il est censé se trouver dans le domicile du défunt, d'après l'adage *mobilis in personam inhaerent*, on a reconnu, dans toutes les législations, qu'il doit être régi par les lois du domicile. » Puis, déduisant les conséquences de ce principe, l'auteur arrive à une conclusion diamétralement opposée à celle qu'entraînait la

(1) *Répert.*, v° Jugement, § 7 bis.

(2) V° Loi, § 6, n° 5.

(3) Sirey, 1856, t. II, page 175. *Gazette des Tri-*

*bunaux* du 4 février 1858. *Journal du palais*, t. CIX, p. 250.

(4) T. 1<sup>er</sup>, p. 95 de l'édit. de 1818.

prémisse. Si les meubles suivent la condition de la personne, il est évident que les successions des étrangers décédés en France doivent être régies, quant au mobilier qui en fait partie, par la loi étrangère du domicile du défunt. M. Chabot dit, au contraire, que « l'on ne pouvait donc, sans violer toutes ces règles du droit public, faire régir par des lois étrangères les successions ouvertes en France, soit pour le mobilier, soit pour les immeubles situés en France. » Nous regrettons qu'aucune des réimpressions de l'ouvrage de Chabot qui ont paru récemment n'ait signalé cette contradiction flagrante.

53. Nous avons vu que la règle suivant laquelle les meubles sont régis par la loi du domicile de celui à qui ils appartiennent repose sur le rapport intime entre les meubles et la personne du propriétaire, sur une fiction légale qui les répute exister au lieu du domicile de ce dernier. De là il suit que cette règle ne peut s'appliquer qu'aux circonstances ou actes dans lesquels les meubles n'apparaissent que comme un accessoire de la personne ; par exemple : en cas de succession *ab intestat*, de dispositions de dernière volonté ou entre-vifs (telles que les contrats de mariage exprès ou tacites). La règle est sans application à tous les cas où les meubles n'ont pas un rapport intime avec la personne du propriétaire : par exemple, lorsque la propriété de meubles est réclamée et contestée, lorsqu'on invoque la maxime qu'en fait de meubles possession vaut titre, lorsqu'il s'agit d'exercer des privilèges ou des voies d'exécution

sur les meubles (1), d'en prohiber l'aliénation (2), d'en prononcer la confiscation (3), ou de déclarer une succession mobilière en déshérence au profit du fisc (4), ou enfin d'interdire l'exportation des meubles (5). Dans tous ces cas, il faut appliquer la loi du lieu où les meubles se trouvent effectivement : car ladite fiction cesse par le fait. Par rapport aux privilèges sur les meubles, Hert (6) soutient l'opinion contraire, en faisant observer que toutes les questions de privilège sur les meubles doivent être décidées dans le lieu du domicile du débiteur, par suite de la connexité des causes. Cette opinion revient à celle qui attribue à la loi du domicile son effet sur l'universalité des biens d'un individu : nous réfuterons cette opinion au n° 57 ci-après.

Ce que nous venons de dire des meubles s'applique non-seulement aux meubles corporels, mais aussi aux meubles incorporels : il y a identité de raison (7).

54. Il nous reste à ajouter quelques observations accessoires (8).

Lorsqu'un individu a deux établissements d'égale importance dans deux pays différents, et qu'il a fixé son domicile aussi bien dans l'un que dans l'autre lieu, la loi du lieu où il est sujet régira les meubles à lui appartenant (9). — En cas de changement de nationalité, le nouveau domicile décidera (10). — Si l'individu n'a pas d'autre domicile connu, on s'en rapportera au domicile d'origine (11).

Les meubles devenus immeubles par destination (art. 524 et 525 du Code civil) sortent légalement de la classe des meubles, on ne

(1) Eichhorn, § 36 ; Mittermaier, § 52, II ; Grundler, § 44 ; Merlin, *Répert.*, v° Loi, à l'endroit cité.

(2) Tittmann, § 49.

(3) M. Rocco, p. 151 ; Mansord, t. 1<sup>er</sup>, chap. 7.

(4) Merlin, *ibid.*

(5) M. Rocco, p. 152.

(6) Sect. 4, § 64.

(7) Meier, § 18 ; M. Rocco, pages, 129 et 150, note.

(8) V. Rodenburg, tit. II, chap. 2, n° 1 ; Mevius, *décis.*, part. 2, dec. 106 ; Boullenois, t. 1<sup>er</sup>, p. 541 et 552 ; Voet, *ad ff.*, lib. I, tit. VIII, n° 4 ; Pothier,

*Des personnes et des choses*, 2<sup>e</sup> partie, § 5 ; Meier, p. 18 ; Story, § 582.

(9) Suivant Rodenburg, tit. II, chap. 2, n° 1, et Hamm, § 17, il faut suivre la loi des deux domiciles, quant aux meubles qui, de fait, peuvent être regardés comme attachés plutôt à l'un des domiciles qu'à l'autre. C'est une erreur : le principe est, qu'en cette matière le statut personnel l'emporte sur le statut réel (n° 51) ; il faut donc s'attacher au statut personnel, à l'exclusion de toute autre condition.

(10) M. Rocco, p. 157 et 159.

(11) Hamm, § 18 ; Meier, p. 18, au *commun.* V. plus haut, n° 22.

peut donc plus leur appliquer le statut personnel (1).

Il en est de même des immeubles incorporels (art. 526 du Code civil); ils ont la même situation que l'immeuble auquel ils s'appliquent ou qu'ils ont pour objet (2).

55. Du principe que le statut personnel régit les meubles, il suit que cette loi décide non-seulement la question de savoir, si l'individu peut valablement disposer des objets mobiliers qui lui appartiennent, mais qu'elle détermine aussi la nature mobilière ou immobilière des biens. Cette observation s'applique surtout aux droits que l'art. 529 du Code civil déclare meubles; tandis que, dans d'autres pays, ils sont regardés comme immeubles. Ainsi, une rente ou créance, due par un étranger à un Français, sera toujours meuble, et le Français capable, par l'état de sa personne, de disposer de son mobilier, pourra valablement aliéner cette rente ou créance; l'étranger dans la patrie duquel les rentes ou créances sont réputées immeubles ne pourra disposer de celles qui lui sont dues en France qu'autant qu'il est capable d'aliéner les immeubles.

56. Nous arrivons aux dispositions des lois positives sur la matière.

Le Code civil garde le silence sur la loi qui régit le mobilier (5), le même silence se rencontre dans les Codes qui ont imité la loi française.

Le § 28 de l'introduction au Code général de Prusse porte : « La fortune mobilière d'un individu est régie par les lois de sa juridiction ordinaire (§§ 25 et suiv.), sans égard à son séjour actuel. » Aux termes du § 34, cette disposition est aussi applicable aux étrangers.

(1) M. Rocco, p. 129, note.

(2) Pothier, à l'endroit cité.

(3) V. au no 52, le passage de feu Merlin.

(4) La succession à titre particulier reste soumise au statut réel, même dans l'opinion des auteurs qui appliquent le statut personnel à la succession universelle.

(5) *Nondum adita hereditas personam vicem sustinet, non heredis futuri sed defuncti*, dit § 2.

Suivant le § 300 du Code civil d'Autriche, tous « les biens qui ne sont pas immeubles « sont soumis aux mêmes lois qui régissent « la personne du propriétaire. »

Le Code bavarois, part. I, ch. 2, § 17, soumet les droits sur les meubles, comme ceux sur les immeubles, à la loi de la situation.

Le Code du canton de Berne porte, article 4 : « Les lois civiles s'appliquent aux personnes et aux choses soumises à la souveraineté de l'État. » Ces termes embrassent les meubles et les immeubles.

57. Le second cas, où le statut personnel semble devoir prédominer sur le statut réel, est celui de la succession à toute la fortune d'un individu, soit *ab intestat*, soit par testament (4). Voici les arguments invoqués par les auteurs qui, dans ces deux hypothèses, prétendent faire régir la succession par la loi personnelle du défunt.

Lorsque, par la mort d'un individu, il s'agit de succéder à tous ses droits actifs et passifs, à toute sa fortune (*universum patrimonium*), on regarde en droit cette fortune comme un ensemble (*universitas juris*), sans égard aux objets particuliers qui la composent; et cette universalité représente de droit le défunt, même avant l'appréhension faite par l'héritier (5). L'héritier succède ensuite dans cette universalité, et c'est alors seulement qu'il représente la personne du défunt. L'universalité des biens du défunt formant ainsi la continuation de la personne de ce dernier, on doit, pour tout ce qui concerne la succession à cette universalité, suivre la loi de son domicile, c'est-à-dire son statut personnel; tous les objets compris dans la succession sont soumis à ce

*J. de hered. inst.* et 1, 51, § 1, ff. *eod.* Voyez aussi l. 62. ff. *de reg. jur.*; l. 5, § 1, ff. *de bon. poss.*, l. 208, l. 24 et l. 178, ff. *de verb. sign.*; l. 50, ff. *de hered. pet.*; Thibaut, § 668; art. 724 et 1005 du C. civ. Les lois romaines ne diffèrent, en cette matière, des lois modernes qu'en ce que, hors le cas d'existence d'héritiers nécessaires, elles n'admettaient la dévolution de la succession sur la tête de l'héritier qu'après son acceptation.

statut personnel. Ainsi la succession d'un Français est régie par le Code civil, même à l'égard des immeubles appartenant au défunt et situés en Autriche; et on ne suit pas l'ordre des successions établi par le Code autrichien (1).

Cette doctrine a été professée par un grand nombre d'auteurs distingués; elle l'a été d'abord par Cujas (2), relativement à la succession testamentaire; ensuite la même opinion a été adoptée, quant à la succession *ab intestat*, par Puffendorf (3), Bachov (4), J.-H. Boehmer (5), G.-L. Boehmer (6), Helfeld (7), Glück (8), Hamm (9), Meier (10); par MM. Mittermaier (11), Eichhorn (12), Mühlenthal (13), et Grundler (14). Toutefois, quatre des auteurs cités, Puffendorf (15), Hert (16), Glück (17) et Hamm (18) n'admettent le principe qu'avec deux restrictions: il ne sera pas applicable lorsqu'il existe une loi prohibitive au lieu de la situation des immeubles, ou lorsqu'une qualité spéciale se trouve imprimée aux biens; par exemple, s'ils sont féodaux, stemmatiques ou frappés d'un fidéicommiss:

En faveur de cette opinion, on invoque, outre le principe que la succession représente le défunt, plusieurs considérations accessoires. D'après l'opinion commune des auteurs, la succession *ab intestat* repose sur la volonté présumée du défunt (19); le défunt n'ayant

connu, en règle générale, d'autre loi que celle du lieu de son domicile, on doit admettre qu'il a entendu faire passer ses immeubles aux parents appelés par cette loi: si telle n'avait pas été son intention, il en aurait disposé par testament. On fait remarquer que toutes les nations admettent chez elles l'exécution des testaments consentis par un étranger dans sa patrie et dans les formes qui y sont prescrites; ces testaments ne sont autre chose que l'expression formelle de la volonté du défunt, sanctionnée par la loi civile de sa patrie: à plus forte raison devra-t-on accorder un effet semblable à cette loi civile lorsque, sans un acte du défunt, elle prononce seule (20). On cite encore les inconvénients résultant de la division des patrimoines en différentes successions particulières, au préjudice des héritiers et des créanciers (21), enfin, on fait observer que la chose publique est sans intérêt dans la question, parce que les prohibitions (22), les charges et impositions pesant sur l'immeuble peuvent néanmoins produire leur effet, et que, du reste, peu importe à l'État quelle est la personne qui hérite de tel immeuble.

D'autres auteurs non moins respectables n'admettent l'application du statut personnel en matière de succession qu'en ce qui concerne les meubles, et ils la rejettent par rapport aux immeubles; ils appliquent à ceux-ci la loi

(1) En Autriche (§ 735), la mère survivante qui succède conjointement avec des frères ou sœurs du défunt, recueille la moitié de la succession *ab intestat*, tandis que l'art. 751 du C. civ. français ne l'appelle qu'au quart de cette succession.

(2) Consultation 25.

(3) *Observationes juris universi*, t. I, observation 28.

(4) *Ad Treutler, disput. 1, thes. 10, litt. E.*

(5) *Jus ecclesiasticum protestantium*, t. II, l. 5, tit. XXVII, § 16.

(6) Causes célèbres (*Auserlesene Rechtsfaelle*), vol. 5, part. 1, p. 145, no 9.

(7) *Jurisprudentia forensis*, § 1662, à la fin.

(8) Commentaire, t. I, p. 292. Traité de la succession *ab intestat* (*Eroerterung der Lehre über die Intestat Erbfolge*), § 42.

(9) Dissertation citée, §§ 11 et 12.

(10) §§ 10, 54 et suiv.

(11) § 52, et dans le Journal critique (*Kritische Zeitschrift*), t. XI, p. 270.

(12) § 55.

(13) § 72, note 7.

(14) § 45.

(15) A l'endroit cité, §§ 2 et 4.

(16) § 40.

(17) A l'endroit cité.

(18) § 67.

(19) Hamm, p. 40 et suiv.; M. Mittermaier, Journal critique, t. XI, p. 271.

(20) Ce sont les termes de Puffendorf, § 9, et de Hamm, p. 58.

(21) Hamm, § 10, p. 49; Puffendorf, § 8, regarde les États comme tenus, par une obligation naturelle, d'éviter aux particuliers ces inconvénients.

(22) Par exemple, celle existant dans divers pays au préjudice des juifs, privés du droit de posséder des immeubles en propriété.

de la situation, sans distinguer s'il s'agit de succéder à un immeuble particulier ou à l'universalité de la fortune d'un individu : s'ils admettent autant de successions particulières qu'il y a de territoires où sont situés les immeubles provenant du défunt : (*Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonium intelliguntur* (1). Nous citerons Burgundus (2), Rodenburg (3), Paul Voet (4), Jean Voet (5), Abraham à Wesel (6), Christin (7), Sande (8), Gail (9), Carpzov (10), Wernher (11), Mevius (12) Struve (13), Leyser (14), Huber (15), Hommel (16), Berger (17), Lauterbach (18), Vattel (19), Tittmann (20), Danz (21), Hauss (22), MM. Thibaut (23), Story (24), et Burge (25).

Aucune législation positive ne s'est expliquée sur la question de savoir si c'est la loi réelle ou la loi personnelle qui doit régir la succession *ab intestat*.

Nous pensons qu'il faut appliquer le statut de la situation des immeubles. Le premier principe, en matière de conflit des lois, c'est que les lois de chaque État régissent les biens situés dans le territoire (V. *supra*, nos 9 et 10) : il n'est nullement établi qu'une convention tacite s'est formée entre les nations pour l'application

de la loi personnelle au cas de succession dans l'universalité des meubles et immeubles d'un individu : témoin la divergence des sentiments des auteurs. Les arguments invoqués en faveur de cette application sont fondés en partie dans le droit civil, en partie dans l'avantage commun des nations ; mais on ne voit pas que l'usage des nations ait consacré cette opinion.

### CHAPITRE III.

#### DES LOIS QUI RÉGISSENT LES ACTES DE L'HOMME.

38. Le mot *acte* a un sens général qui comprend à la fois les actes par écrit et les faits de l'homme. *Vox actus*, dit L. 19, ff. *de verb. signif.*, est *generale verbum, sive verbis, sive re quid agatur*. Nous employons ici le mot acte dans cette signification générale. Nous distinguerons d'abord les actes licites des actes illicites ; nous subdiviserons les premiers en actes extrajudiciaires et judiciaires. Les actes extrajudiciaires sont de deux espèces : la première comprend les conventions expresses ainsi que les autres dispositions de l'homme ; la se-

(1) Nous ferons remarquer à cette occasion, d'après Christin, *decisiones*, vol. I, *dec.* 287, que la ville d'Ypres avait obtenu du comte Philippe de Flandre (1174) un privilège d'après lequel les biens de ses habitants, quoique situés hors de la banlieue et sous l'empire d'autres coutumes, seront partagés, en cas de succession *ab intestat*, d'après les dispositions de la coutume d'Ypres. La concession de ce privilège exceptionnel semble indiquer qu'à cette époque l'application du statut réel formait le droit commun.

(2) Tract. 1, n° 56.

(3) Tit. II, *pars altera*, cap. 4, n° 1.

(4) *De statutis*, sect. 4, chap. 5, n° 10 ; sect. 9, chap. 1, nos 5 et 8. *Tractatus de mobilibus et immobilibus*, ch. 25, nos 1 et 5.

(5) *Ad ff.*, tit. *de stat.*, n° 11 ; tit. *de success.* (lib. 58, tit. XVII), n° 54.

(6) Art. 10, nos 158 et 159.

(7) *Decisiones*, v. II, lib. 1, tit. I, *dec.* 5, nos 2 et 5.

(8) *Decisiones*, lib. 4, tit. VIII, *def.* 7. (Il cite d'Argentré, Dumoulin, Charondas et Bouvot.)

(9) *Lib.* 2, *obs.* 25.

(10) *Jurisprudentia forensis*, partie 3, constitutio 12, *def.* 12 ; *responsa*, lib. 6, tit. IV, *resp.* 59.

(11) *Observationes selectæ*, t. I, part. 2, *ob.* 257.

(12) *Ad jus lubecense quæst. prel.* 9, n° 10 et suivants.

(13) *Exercitatio* 58, *thes.* 44 et 45.

(14) *Meditationes*, *spec.* 421, *med.* 1.

(15) T. I, *de success. ab intestato*, § dernier, à la fin.

(16) *Observ.* 409, à la suite de la cinquième règle.

(17) *OEconomia juris*, lib. 2, tit. IV, § 46, note 6.

(18) *Colleg. theor. pract.*, tit. *de success. juris novissimi*, § 54.

(19) Liv. II, chap. 8, § 110.

(20) § 55.

(21) § 55, no 4.

(22) P. 56.

(23) §. 56.

(24) §§ 465 et 475.

(25) Règle 6, et t. IV, p. 151 et suiv. — Nous ferons observer, avec M. Mittermaier (§ 52, note 2), que l'opinion des auteurs anglais se ressent du maintien des principes féodaux dans leur législation.

conde, les faits qui constituent les quasi-contrats ou quasi-délits (1).

Dans une première section nous parlerons des actes de l'homme dans le sens propre du mot (conventions et dispositions). Un premier paragraphe aura pour objet les formalités extrinsèques ; le second traitera des solennités intérieures (2) ; nous aurons ensuite à nous occuper des formalités de justice (3), c'est-à-dire des actes de procédure ; ces actes constituent une classe à part, différente des actes entre-vifs et à cause de mort consentis par les individus, et dont ils sont ordinairement une suite plus ou moins directe. Une dernière classe de formalités sont celles d'exécution ; elles s'appliquent aux actes comme aux jugements ; elles sont requises pour qu'un acte parfait en soi ou un jugement puisse sortir ses effets. Tels sont l'enregistrement, la mise en grosse, l'apposition de la formule exécutoire, la transcription ou autre publication, et enfin les actes mêmes d'exécution forcée (4).

Après avoir parlé des actes dans le sens propre du mot (conventions et dispositions), nous arriverons aux faits de l'homme (*gesta*) : il s'agit des faits dont il est question à l'article 1570 du Code civil, savoir les engagements résultant de la tutelle ou d'une autre administration des biens d'autrui, ainsi que des quasi-contrats, délits ou quasi-délits.

En un mot, nous aurons à examiner, au présent chapitre, quel est le statut qui régit les actes écrits, soit par rapport à la forme, soit par rapport à la matière ; celui qui gouverne les actes de procédure judiciaire ou d'exécution, enfin le statut d'après lequel il

faut juger les engagements résultant de faits de l'homme sans actes écrits.

#### SECTION 1<sup>re</sup>. — *Des conventions et dispositions.*

39. Dans chaque acte on distingue deux parties, la forme et la substance (*materia*) ; les commentateurs des lois romaines ont exprimé cette distinction par les mots solennités externes et internes (5). Feu M. Merlin (6) établit une subdivision des solennités internes, en distinguant les formalités *habilitantes* des formalités *intrinsèques* ou *viscérales* (7). Les formalités habilitantes, dit l'auteur, sont celles qui rendent capables de faire certains actes, les personnes qui en sont incapables par état : il cite comme exemples l'autorisation maritale, celle du conseil de famille qui doit précéder certains actes du tuteur, l'autorisation du gouvernement pour les actes des établissements publics. Les formalités intrinsèques ou viscérales sont celles qui constituent l'essence de l'acte, qui lui donnent l'être et sans lesquelles il ne peut pas exister : tels sont, dans tous les contrats, le consentement des parties ; dans la vente, la chose et le prix, etc. Les formalités extrinsèques ou probantes, continue l'auteur, sont celles dont l'objet est de constater, soit l'accomplissement des formalités habilitantes et des formalités intrinsèques, soit ce qui a été fait par suite du concours des unes et des autres : telles sont, dans les contrats et dans les testaments, les signatures des parties, des témoins et des notaires, et les qualités que doivent avoir ces notaires et ces témoins (8).

(1) Meier, § 2.

(2) Nous suivrons le mode adopté par les anciens auteurs (Boullenois, t. 1<sup>er</sup>, p. 446 et 450), qui emploient indifféremment les termes de *formalités* et de *solennités*.

(3) V. Boullenois, t. 1<sup>er</sup>, p. 555 et suiv. ; Glück, commentaire, § 74, Étude du droit privé, §§ 17 et 18 ; Danz, t. 1<sup>er</sup>, p. 185 ; Hommel, *obs.* 409, *reg.* 4 ; Meier, §§ 17, 50 et suiv. ; M. Mühlenbruch, § 75 ; M. Mittermaier, dans *les Archives de la jurisprudence en matière civile (Archiv für die civilistische Praxis)*, t. XIII, p. 514.

(4) Boullenois, t. 1<sup>er</sup>, p. 517 et suiv., 525 et suiv.

(5) Meyer, Principes sur les questions transitaires (Amsterdam, 1815), p. 21 et suiv. ; Hartogh, p. 5 et suiv.

(6) Répertoire, vo Loi, § 6, n<sup>o</sup> 7.

(7) Cette subdivision se trouve déjà dans Boullenois, tit. II, n<sup>o</sup> 2, *obs.* 25 (t. 1<sup>er</sup>, p. 446 et suiv.), mais exposée d'une manière confuse.

(8) Cette dernière proposition peut être révoquée en doute : les qualités des notaires et des témoins peuvent être regardées comme sortant de la nature des formalités probantes, et devant rentrer dans la

Nous pensons avec Merlin que tout ce qui regarde la capacité des personnes, l'objet de la disposition de l'homme, le consentement des parties, la validité de l'engagement ou de la disposition et les effets des actes, appartient à la matière ou aux solennités internes : les solennités externes ou probantes comprennent tout ce qui concerne le mode de déclarer et de constater la volonté ou le consentement, en d'autres termes, le mode de preuve de la volonté ou du consentement. Ainsi, dans ses actes de dernière volonté, la capacité du testateur, celle de l'héritier ou du légataire, les dispositions permises ou interdites, la portion indisponible et sa quotité, regardent la matière ou les solennités intérieures : la rédaction du testament, l'assistance d'officiers publics, la déposition du testament entre les mains d'une autorité, appartiennent à la forme ou aux solennités extérieures. Quant aux actes entre-vifs, les lois qui ordonnent la rédaction par écrit des actes à titre gratuit ou onéreux, ou leur transcription, celles qui admettent ou interdisent la preuve testimoniale, celles qui imposent des formes spéciales aux actes d'engagement ou de décharge, aux lettres de change, aux endossements, etc., tiennent à la forme : il en est de même des solennités dont les lois entourent l'adoption, l'émancipation et autres actes semblables (1).

§ 1. Du statut qui régit la forme extérieure des actes consentis par l'homme.

40. Un principe aujourd'hui généralement classe des formalités intrinsèques; la circonstance que les lois exigent dans les témoins d'un acte certaines qualités qu'elle ne requiert pas dans ceux qui déposent simplement en justice sur les faits dont ils ont connaissance, démontre qu'en assistant à la confection d'un testament, les témoins exercent, pour ainsi dire, une autorité publique. Aussi les anciens auteurs regardent l'assistance de témoins et leur nombre comme une formalité substantielle et non pas seulement probante. *V.* Covarruvias *ad cap. 10 de testam.*, n° 10; Zoesius, *ad ff.*, tit. *qui test. fac. poss.*, n° 451. Nous reviendrons plus bas sur cette observation.

(1) Hert, § 7, p. 125.

(2) Nous expliquerons aux nos 49 et 50 qu'il n'est

adopté par l'usage des nations, c'est que « la forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés. » C'est-à-dire que, pour la validité de tout acte, il suffit (2) d'observer les formalités prescrites par la loi du lieu où cet acte a été dressé ou rédigé : l'acte ainsi passé exerce ses effets sur les biens meubles et immeubles situés dans un autre territoire, dont les lois établissent des formalités différentes et plus étendues. (*Locus regit actum.*) En d'autres termes, les lois qui règlent la forme des actes étendent leur autorité tant sur les nationaux que sur les étrangers qui contractent ou disposent dans le pays, et elles participent ainsi de la nature des lois réelles.

41. Le droit romain ne contient aucune disposition qui consacra le principe *locus regit actum*. Les lois 54, *ff. dereg. jur.*, 6 *ff. de evict.* et 1 *pr. ff. de usur. et fruct.*, dans lesquelles on a prétendu trouver cette règle, ne parlent point de la forme, mais de la matière des contrats (3).

Dès le temps des glossateurs, la question s'est présentée par rapport aux testaments (4). Bartole (5) a adopté l'affirmative : Albert de Rosate (6) s'est prononcé pour la négative, sur le motif que la loi n'oblige que les sujets, et que ceux-ci seuls ont le droit d'employer une forme prescrite. Plus tard, Cujas (7) a soutenu qu'il faut suivre la loi du domicile du testateur : Fachinée (8) exigeait l'accomplissement des formalités prescrites dans le lieu de la situation des biens : Burgundus, tout en ad-

pas toujours *nécessaire* d'observer les formalités du lieu de la rédaction.

(3) M. Zachariæ, article sur la règle de droit *locus regit actum*, dans le journal *Thémis*, publié par M. Elvers; Gœttingue, 1829, t. II, p. 95 et suiv.,

(4) M. Zachariæ, *ibid.*, § 6; Hartogh, p. 15 et suiv., p. 20 et suiv.

(5) *In primam codicis partem commentaria, ad leg. 1. C. de summa trinit.*, n° 14.

(6) *De statutis*, lib. 1, quæst. 46. Ce traité a été imprimé dans l'ouvrage intitulé : *Tractatus de statutis, diversorum auctorum et jurisconsultorum*, etc. *Francofurti*, 1608.

(7) *Observ.*, lib. 14, cap. 12.

(8) *Controversiæ*, liv. V, chap. 91.

mettant la règle relativement aux contrats (1), la rejette quant aux testaments (2) ; il regarde comme affectant la chose et comme lois réelles les solennités prescrites pour les testaments, en invoquant l'édit de 1611 (pour les Pays-Bas), art. 12 (3). Choppin (4), au contraire, soutient que le testament fait en pays étranger, d'après les formes prescrites dans le lieu de la confection, doit sortir ses effets, même à l'égard des immeubles situés dans un autre lieu, et il rapporte un arrêt du parlement de Paris, rendu en ce sens. Dumoulin (5), Mynsinger (6) et Gail (7) professent la même doctrine. Ces deux derniers auteurs attestent la jurisprudence constante de la chambre impériale (*Reichskammergericht*) en ce sens. Mevius (8), en admettant aussi la règle générale, fait remarquer que la coutume de Lubeck ne la reconnaît que sous les trois conditions suivantes : 1<sup>o</sup> maladie qui met le testateur en danger de mort ; 2<sup>o</sup> décès réel en pays étranger ; 3<sup>o</sup> absence de toute intention de préjudicier aux héritiers naturels. Rodenburg (9) et Voet (10), en adoptant la règle par rapport aux contrats comme aux testaments, la motivent sur les raisons suivantes : 1<sup>o</sup> nécessité d'éviter aux individus possédant des biens dans différents pays, l'embarras et la difficulté de rédiger autant de testaments ou de contrats qu'il y a

d'immeubles situés sous l'empire de lois différentes, ou de remplir dans un même testament ou contrat toutes les solennités prescrites dans les divers lieux de la situation des biens ; 2<sup>o</sup> impossibilité dans laquelle l'individu surpris à l'étranger par une maladie mortelle peut se trouver de remplir les solennités prescrites dans le pays de son domicile ou de la situation de ses biens ; 3<sup>o</sup> nécessité d'empêcher que les actes faits de bonne foi soient annulés trop facilement sans la faute de la partie ; 4<sup>o</sup> impossibilité pour la majeure partie des hommes de connaître les formes prescrites dans chaque localité ; 5<sup>o</sup> enfin, Voet ajoute qu'il faut appliquer ici les motifs qui, chez les Romains, ont fait introduire la forme simple du testament militaire. En terminant, cet auteur cite presque tous ses devanciers indiqués ci-dessus, en déclarant que l'opinion professée par lui a été reconnue par la jurisprudence dans les Pays-Bas, en Allemagne, en Espagne et en France.

Tel est aussi le sentiment de Zoesius (11), Grotius (12), Christin (13), Paul Voet (14), Vinnius (15), Jean de Sande (16), Vander Kessel (17), Vasquez (18), Perez (19), Cochin (20), Boullenois (21), Menochius (22), Carpzov. (23), Huber (24), Hert (25), Hommel (26) Glück (27), Thibaut (28), Danz (29), Weber (30), Man-

(1) *Tract.* 4, no 7.

(2) *Tract.* 6.

(3) *V.* plus bas, no 50.

(4) Sur la coutume de Paris, liv. II, tit. IV, no 2.

(5) Consultation 45.

(6) *Observationes*, V, 20.

(7) *Lib.* 2, *obs.* 125.

(8) *Ad jus lubecense*, lib. 2, tit. I, art. 16. *V.* aussi la 4<sup>e</sup> question préliminaire, nos 10 et suiv.

(9) *Tit.* 2, *cap.* 5, no 1.

(10) *Ad ff.*, tit. *de statutis*, nos 12 et 13.

(11) *Ad ff.* tit. *qui test. fac., poss.*, nos 49 et suiv.

(12) *Consultation en advysen van Regtsgeleerden*, vol. 5, § cons. 541 ; *Epist.* 464. (*V.* Hert, § 25, et M. Hartogh, p. 26.)

(13) *Decis.*, vol. 2, lib. 1, tit. I, *dec.* 3, no 7, et *dec.* 4. — *V.* aussi vol. 4, lib. 6, tit. 23, *dec.* 5.

(14) *De statutis*, sect. 9, *cap.* 2, nos 2, 5 et 9.

(15) *Ab int.*, lib. 2, tit. X, no 5. *Selectæ quæst.* lib. 2, *cap.* 19.

(16) *Dec.*, lib. 4, tit. I, *defn.* 14.

(17) *Theses selectæ juris hollandici*, thes. 59.

(18) *Quæst.*, lib. 4, *cap.* 5, nos 17, 18 et 19.

(19) *Ad Cod.*, *de testam.*, nos 23 et 24.

(20) *OEuvres*, édit. in-4<sup>o</sup>, Paris, 1757, t. I<sup>er</sup>, p. 72 ; t. V, p. 697.

(21) *Tit.* II, *chap.* 5, *obs.* 25. (T. I<sup>er</sup>, p. 492 et suiv.)

(22) *Jurisprud. forensis*, part. 5, const. 6, *def.* 12.

(23) *De præsumpt.*, lib. 2, *præs.* 2, no 7.

(24) *De conflictu legum*, nos 5 et suiv.

(25) *De collisione legum*, §§ 7, 10, 25 et 59.

(26) *Rhapsodia quæstionum*, *obs.* 409, *reg.* 5.

(27) *Commentaire*, § 44, no 2, et § 75 ; le même, *Droit privé*, §§ 1 et 18.

(28) *Système des Pandectes*, § 56.

(29) *Manuel du droit privé de l'Allemagne (Handbuch des deutschen Privatrechts)*, § 55, p. 181.

(30) *De l'obligation naturelle (Von den natürlichen Verbindlichkeit)*, § 62.



sord (1), Mühlenbruch (2), Mittermaier (3), Tittmann (4), Merlin (5), Meier (6), Pardessus (7), Story (8), Rocco (9), Hartogh (10), et Burge (11).

42. Parmi les écrivains modernes, nous en comptons trois qui n'adoptent point la maxime que la forme des actes est réglée par la loi du lieu dans lequel ils sont faits ou passés.

Suivant M. Eichhorn (12), les actes d'une personne qui affectent sa fortune doivent, en règle générale, être conformes aux lois de son domicile, quant à la forme et quant à leur substance (13), lorsqu'on se propose de les mettre à exécution dans ce domicile : la raison en est, dit l'auteur, dans le principe de souveraineté des nations et dans la loi 21 ff. *de obl. et act.* (*Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit*). Cette règle, continue l'auteur, admet des exceptions : 1<sup>o</sup> lorsque l'acte a été fait sans fraude dans un pays étranger où il y a eu impossibilité de remplir les formes prescrites au lieu du domicile de la personne qui contracte ou qui dispose ; 2<sup>o</sup> lorsque l'acte a été fait dans un pays étranger dont les lois ne protègent les actes et contrats qu'autant qu'on y a suivi une certaine forme ; 3<sup>o</sup> lorsque le statut réel exige, pour l'acquisition ou l'aliénation d'un immeuble, un acte qui précède, la forme et le contenu de cet acte doivent se régler par ce statut réel. — Par application de la règle professée par M. Eichhorn, cet auteur soutient que le testament fait en pays étranger, d'après les formes qui y sont établies, n'aura ses effets, dans la patrie du testateur, quant à la

forme, qu'autant que les lois de cette patrie reconnaissent la même forme, à moins que le testateur ne soit également décédé dans le pays de la confection du testament : dans ce dernier cas seulement, ledit testament sortirait ses effets dans sa patrie (14).

La proposition enseignée par Eichhorn peut être vraie en droit étroit ; mais elle est contraire à l'usage des nations, attesté par le sentiment général des auteurs cités plus haut : on ne doit donc pas s'arrêter à l'opinion isolée de M. Eichhorn. D'ailleurs, les exceptions admises par cet auteur, surtout la première, ramènent son système à celui que nous avons exposé au n<sup>o</sup> 41 : en effet, notre système a précisément sa base principale dans l'impossibilité ou du moins dans la difficulté de remplir à l'étranger les formalités prescrites au lieu du domicile de l'individu. Du reste, notre système admet aussi les deux exceptions énoncées par M. Eichhorn sous les n<sup>os</sup> 2 et 3, ainsi que nous l'expliquerons au n<sup>o</sup> suivant.

M. Mühlenbruch (15), en parlant des testaments, revient sur l'opinion par lui émise dans sa *Doctrina pandectarum* ; il se range de l'avis de M. Eichhorn.

Le troisième auteur qui repousse l'application de la règle *locus regit actum*, en ce qui concerne la forme des actes, c'est Hauss (16) Il regarde cette règle comme vague et inutile, et il n'en admet l'application que dans deux cas : le premier, lorsqu'il s'agit d'actes de procédure (*si de processu ordinando quaeritur*) ; le second, lorsque les parties, en vertu de leur autonomie, se sont soumises aux lois du

(1) Du droit d'aubaine et des étrangers en Savoie, t. II, p. 106 et suiv.

(2) *Doctrina pandectarum*, § 73, III.

(5) Principes du droit privé allemand (*Grundsätze des deutschen Privatrechts*), § 31.

(4) *De competentia legum externarum et domesticarum*, § 45, p. 48.

(3) Répertoire, v<sup>o</sup> Loi, § 6, n<sup>o</sup> 8 ; v<sup>o</sup> Testament, sect. 2, § 4. art. 1, n<sup>o</sup> 5 (4<sup>e</sup> édit., t. XIII, p. 745).

(6) § 42, p. 2<sup>o</sup> et 21.

(7) Cours de droit commercial, t. V, n<sup>o</sup> 1485.

(8) § 260 et 261, p. 215 et suiv.

(9) P. 2: 5 et suiv.; p. 118 et 145; p. 286, 290 et suiv.

(10) P. 55 et suiv. p. 115, 157 et suiv.

(11) Règles 8 et 31.

(12) Introduction au droit privé allemand, § 55, p. 101 et 102 de la 4<sup>e</sup> édition. Stuttgart, 1856.

(13) Nous parlerons au § suivant des lois qui régissent la substance des actes.

(14) Introduction au droit privé allemand., § 57, no 2, p. 110 et 111. C'est aussi l'opinion de M. Zachariæ, à l'endroit cité, p. 100.

(15) Continuation du commentaire de Glück, t. XXXV. § 1419, p. 56.

(16) P. 37 et suiv.

pays dans lequel elles ont passé un acte. L'opinion de cet auteur a sa base dans une confusion d'idées : il a cherché à appliquer la règle *locus regit actum* non-seulement à la forme des actes, mais encore à leur substance; n'ayant pu parvenir à justifier cette opinion, il a rejeté entièrement ladite règle, et il a cru trouver uniquement dans la volonté expresse ou tacite des parties, la base de l'application des lois du lieu, quant à la forme et quant à la matière de l'acte.

43. L'acte fait d'après les formes prescrites par la loi du lieu de sa rédaction est valable, non-seulement par rapport aux biens meubles appartenant à l'individu et qui se trouvent au lieu de son domicile, mais encore par rapport aux immeubles, en quelque endroit qu'ils fussent situés (1). Cette dernière proposition, selon la nature des choses, admet une exception, dans le cas où la loi du lieu de la situation prescrit, à l'égard des actes translatifs de la propriété des immeubles ou qui y affectent des charges réelles, des formes particulières qui ne peuvent être remplies ailleurs que dans ce même lieu; telles sont la rédaction des actes par un notaire du même territoire, la transcription ou l'inscription aux registres tenus dans ce territoire, des actes d'aliénation, d'hypothèque, etc. (2).

44. L'acte fait dans un pays étranger suivant les formes qui y sont prescrites, ne perd pas sa force, quant à sa forme, par le retour de l'individu au lieu de son domicile : aucune raison de droit ne milite en faveur de l'opinion contraire (5).

45. La règle *locus regit actum* ne doit pas être étendue au delà des limites que nous lui avons tracées au n° 40; elle ne s'applique qu'à la forme extérieure, et non pas à la matière

ou substance des actes, ainsi que nous l'expliquerons encore au § suivant. Ainsi, dans un testament, la capacité de la personne et la disponibilité des biens ne se règlent point par la loi du lieu de la rédaction. Dans les dispositions entre-vifs, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, la loi du lieu de la rédaction peut avoir influé, soit sur l'ensemble de l'acte, soit sur les termes employés par les parties; et, sous ce double titre, cette loi peut être consultée par les juges comme moyen d'interprétation; mais elle ne forme pas la loi décisive, à moins que les parties ne s'y soient soumises expressément.

46. La règle indiquée au n° 40 ne s'applique pas seulement aux actes publics ou solennels, mais aussi aux actes sous signature privée, comme, par exemple, les testaments olographes. Feu M. Merlin (4) fait remarquer que « la règle *locus regit actum* est générale, et il faudrait, pour la restreindre aux testaments reçus par personnes publiques, une exception autorisée par une loi expresse. » Nous ajouterons que les raisons exposées au n° 41 s'appliquent aux actes sous seing privé comme aux actes publics. Nous regardons comme une erreur l'opinion contraire professée par M. Duranton (5).

47. Nous empruntons à M. Pardessus (6) une observation importante. C'est que, dans tous les cas où l'une des parties invoque un acte passé hors du royaume, il faut avant tout s'assurer que l'acte a été passé dans le lieu régi par les lois auxquelles on veut le soumettre.

48. La règle d'après laquelle la loi du lieu de la rédaction régit la forme de l'acte, admet différentes exceptions, dont voici les principales :

(1) *V.* tous les auteurs cités ci-dessus à l'appui de la règle générale.

(2) Mittermaier, § 51; Rocco, p. 298.

(5) Hert, § 25; Danz, p. 185. — *V.* aussi MM. Eichhorn (§ 55 et 57) et Mühlenbruch (continuation de Glück), t. XXXV, p. 56. Dans le système de ces auteurs (*Voyez* ci-dessus, n° 42), le changement de domicile du testateur ne fait point préju-

dice à la validité du testament, quant à la forme.

(4) Répertoire, *vo* Testament, sect. 2, § 4, art. 1, n° 5 (4<sup>e</sup> édit., t. XIII, p. 745). — Pothier (Traité des *donations testamentaires*, chap. 1, art. 2, § 1) se borne à exposer les raisons pour et contre — *V.* aussi M. Hartogh, p. 155 et suiv.

(5) Cours de droit français, t. IX, n° 14.

(6) T. 5, n° 1486.

1° Lorsque les contractants ou l'individu dont émane une disposition se sont rendus en pays étranger dans l'intention d'é luder une prohibition portée par la loi de leur domicile (1); car la fraude fait exception à toutes les règles;

2° Lorsque la loi de la patrie défend expressément de contracter ou de disposer hors du territoire et avec des formes autres que celles prescrites par cette même loi (2); car alors l'idée d'un consentement tacite de cette nation se trouve formellement exclue. Cette exception est la même que celle indiquée par M. Eichhorn, sous le n° 2;

3° En cas d'opposition expresse du statut réel (*voy. supra*, n° 45);

4° Lorsque la loi du lieu de la rédaction attache à la forme qu'elle prescrit un effet qui se trouve en opposition avec le droit public du pays où l'acte est destiné à recevoir son exécution (3);

5° Par rapport aux ambassadeurs ou ministres publics et à leur suite. Ces personnes ne sont pas soumises aux lois de la nation près de laquelle elles exercent leur mission diplomatique (4).

Deux autres exceptions que les auteurs cités dans les notes admettent encore à la règle, concernant plutôt la matière que la forme des actes. Les voici : 1° lorsque la promesse ne peut être remplie sans que les contractants ou l'un d'eux se livrent à des actes défendus par la loi de leur patrie (par exemple la convention

passée à l'étranger d'introduire en France des marchandises prohibées); 2° lorsque les lois étrangères, sous l'égide desquelles la convention a été passée, ont pour effet de détruire des droits acquis, ou se trouvent en opposition formelle avec les droits résultant de la souveraineté, ou avec le droit public de la nation à laquelle appartiennent les contractants ou le disposant. (*V. plus haut*, n° 13.)

49. Lorsque les personnes se trouvant en pays étranger ont suivi, non pas les formes prescrites par la loi du lieu de la rédaction du contrat ou de la disposition, mais celles de la loi de leur patrie, l'acte est-il valable, quant à la forme, dans leur patrie? En d'autres termes, la règle *locus regit solemnitatem* est-elle impérative ou n'est-elle que facultative?

Nous tenons pour valable l'acte passé à l'étranger suivant les formes prescrites dans la patrie.

Conformément au principe de souveraineté, la soumission des individus aux lois de leur nation constitue toujours la règle (5); l'emploi des formes usitées dans le pays étranger où ils résident momentanément, n'est qu'une exception motivée sur les raisons données par Rodenbourg et Voet. (*V. supra*, n° 41.) Lorsqu'il y a eu possibilité d'observer en pays étranger les formes prescrites au lieu du domicile de l'individu, rien ne saurait s'opposer à ce que l'acte soit reconnu valable en ce qui concerne sa forme dans la patrie de l'individu; l'emploi des formes établies au lieu de la résidence mo-

(1) Mevius *ad jus tubec.*, *quest. prêt.*, n° 6, et part. 2, tit. I. art. 16. n° 11, Voet, *de stat.*, sect. 9, cap. 2, n° 4 et n° 9, *except.* 5. Voet, *ad ff.*, tit. *de stat.*, § 14. Van der Kessel. *thes.* 59. Glück, commentaire, § 44, note 52, et § 75; le même droit privé, §§ 17 et 18; Meier, § 15. Danz, p. 185, Weber, § 72. Mühlenbruch, § 75. Rocco, p. 299.

(2) Menoch, *de præsumpt.*, lib. 2. *præs.* 2, n° 6, Voet, *ad ff.* tit. *de stat.*, n° 14 à la fin. Kessel, *th.* 59. Hert, § 10, 5° exception. M. Mittermaier; § 51, n° 5. — *V.* des exemples dans Hartogh, p. 110 et 111.

(3) Hert, § 10, 2° exception. Voici une hypothèse qui rentre dans cette exception. Dans le système du C. civ., le légataire universel institué par testament

public, et qui ne se trouve pas en concours avec un héritier à réserve, peut se mettre en possession de la succession sans intervention de la justice; mais cet effet sera refusé au testament reçu en France, dans tous les pays où l'intervention de la justice est généralement exigée en matière de succession.

(4) Hert, § 10, 1<sup>re</sup> exception. Winiwarter, Exposé systématique et commentaire du droit civil autrichien (*Das Oesterreichische burgerliche Recht, systematisch dargestellt und erläutert*). t. I<sup>er</sup>; § 66.

(5) Cette règle a servi de base à l'avis de Cujas (*V. supra*, n° 41), d'après lequel le testateur est tenu d'observer, quant à la forme, la loi de son domicile. La première partie de l'art. 999 du C. civ. présente aussi une application de ladite règle.

mentanée à l'étranger est une faculté et non pas un devoir. Telle est aussi l'opinion des auteurs modernes, particulièrement de Voet (1), Van der Kessel (2), Hert (3), Cocceius (4), Glück (5), Tittmann (6), Boullenois (7), Merlin (8), Eichhorn (9), et Zachariæ (10).

Cette opinion a cependant eu ses contradicteurs, surtout parmi les anciens jurisconsultes. Dumoulin, dans sa consultation 45, disait à ce sujet : « Est omnium doctorum sententia, « ubicumque consuetudo vel statutum locale « disponit de solemnitate vel forma actus, « *ligari* etiam exteros ibi actum illum geren- « tes..... » Paul de Castres (*Paulus Castrensis*) s'exprimait ainsi dans son conseil 15 : « Sta- « tutum afficit actus celebratos in loco statuen- « tium, quia dicuntur ibi oriri et nasci (11). » Mevius (12) soutient également que le testament fait par un bourgeois de Lubeck, hors du territoire de cette ville, d'après les formes prescrites par le statut de la même ville, ne saurait y sortir ses effets. Aussi le parlement de Paris, par arrêt du 15 janvier 1721 (13), rendu sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Gilbert-des-Voisins, a déclaré nul le testament de M. de Pommercuil, fait en la forme olographe à Douai, où cette forme de

disposer n'était pas reçue ; vainement on opposait que le testateur avait eu son domicile à Paris, où les testaments olographes étaient admis. De même un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 7 thermidor an ix, a annulé un testament olographe fait en 1785 à Bordeaux, où cette forme de tester n'était pas admise, par un individu domicilié à Paris (14). Cette opinion (15) avait sa base dans les idées de la féodalité (16) : on réputait sujet temporaire tout individu qui se trouvait dans le pays, quoique ce ne fût que momentanément et sans intention d'y rester (17). Aujourd'hui cette soumission à la loi du lieu de la rédaction du contrat ne saurait être dérivée du simple séjour de l'individu : elle ne peut résulter que de sa déclaration explicite ou implicite (18). Parmi les auteurs récents, Danz (19), Weber (20) et Meier (21), sont les seuls qui adhèrent à l'ancienne opinion, sans donner de motifs.

50. Une autre question est celle de savoir, si le contractant ou disposant qui se trouve en pays étranger, peut se borner à employer les formes prescrites par la loi du lieu de la situation de ses immeubles, au lieu de suivre celle du lieu de la rédaction.

Nous tenons pour l'affirmative, par une

prudence générale, t. V, p. 604. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 20 août 1806, par les motifs suivants : « Attendu que la violation formelle « d'une loi donne seule ouverture à cassation ; qu'à « l'époque où l'arrêt dénoncé a été rendu, la juris- « prudence était controversée sur la validité ou inva- « lidité du testament olographe, fait en pays de droit « écrit, par un domicilié dans une coutume qui ad- « mettait ce mode de tester. »

(15) On sait qu'aujourd'hui l'art. 999 du C. civ., dispose en sens contraire, mais en faveur des Français seulement.

(16) M. Duranton, *Cours de droit français*, t. IX, no 14, oppose à l'arrêt du 7 thermidor an ix des arguments *à priori*.

(17) Hert, § 10, no 1 ; Huber, no 5 ; Glück, commentaire, § 44, p. 289, et § 75, p. 400.

(18) M. Mittermaier, dans l'article cité des *Archives de la jurisprudence en matière civile*. t. XIII, p. 514.

(19) P. 185.

(20) § 62, p. 184, note 2.

(21) § 15.

(1) *Ad ff.*, tit. *de statutis*, § 14.

(2) *Thes.* 59.

(3) § 10, *in fine*.

(4) *De fundata in territoriis jurisdictione*, tit. V, § 5. *Jus civile controversum*, lib. 1, tit. *quæst.* 25, III.

(5) Commentaire, § 75, p. 401.

(6) § 58.

(7) T. II, p. 78 et suiv. *V.* aussi le répertoire, *v°* Testament, sect. 2, § 1, art. 6, no 7, et § 4, art. 1 no 8 (p. 745).

(8) Répertoire, *v°* Testament, sect. 2, § 5, art. 8. (Affaires Mercy-d'Argenteau).

(9) § 55. *V.* plus haut, no 42.

(10) *Ibid.*

(11) Répertoire, *v°* Preuve, sect. 2, § 5, art. 1, no 5.

(12) *Ad jus lubescense*, lib. 2, tit. I, art. 16, nos 8 et 9.

(13) Répertoire, *v°* Testament, sect. 2, § 4, art. 1 et 2.

(14) Répertoire, *v°* Testament, sect. 2, § 4, art. 1, no 5, vers la fin ; Sirey, 1815, I. 455 ; Dalloz, juris-

raison analogue à celle donnée sur la question précédente. Le statut réel régit les immeubles; c'est un principe résultant de la nature des choses; la permission d'user des formes établies par la loi du lieu de la rédaction de l'acte n'est qu'une exception introduite en faveur du propriétaire, et à laquelle il lui est loisible de renoncer (1).

Tel est aussi le sentiment de Rodenburg (2), de Jean Voet (3) et de Van der Kessel (4); Cocceius (5) soutient même que la forme des actes entre-vifs ou testamentaires est régie exclusivement par la loi de la situation des biens. Fachinée et Burgundus (*V. supra*, n° 14) partageaient cet avis, mais par rapport aux testaments seulement. En Belgique, l'édit perpétuel de 1611, art. 13, ordonnait qu'en cas de diversité de coutume au lieu de la résidence du testateur et au lieu de la situation de ses biens, on suivrait, par rapport à la forme et à la solennité, la coutume de la situation (6).

Paul Voet (7), Huber (8), Hert (9), Hommel (10) et l'auteur de l'ancien répertoire de jurisprudence (11), se prononcent pour la nullité; ce dernier invoque l'autorité de Paul de Castres, au passage rapporté au n° précédent, et le principe que la loi lie tous les individus qui vivent dans son ressort, ne fût-ce que momentanément. Nous renvoyons, à ce sujet, aux observations présentées sur la question précédente.

Mevius (12) distingue entre le citoyen faisant partie de la nation dans le territoire de laquelle les biens sont situés, et entre l'étranger; il n'accorde qu'au premier la faculté de tester ou de contracter partout d'après les formes pres-

crites au lieu de la situation. L'auteur ne donne pas de motif de cette distinction, et nous ne pouvons la trouver fondée.

51. Nous arrivons aux dispositions des lois positives qui consacrent le principe *locus regit actum*, par rapport aux formalités extrinsèques des actes.

Lors de la rédaction du Code civil, le gouvernement avait proposé une disposition ainsi conçue : « La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés. » Cet article fut attaqué comme étant inutile par rapport aux actes passés en France, attendu que la forme des actes était aujourd'hui la même dans tout le royaume. On ajoutait que si l'article n'avait pour but que les actes passés en pays étranger, le législateur sortait du cercle où il devait se renfermer, parce qu'il ne lui appartenait pas d'étendre son pouvoir au delà du territoire français; qu'il conviendrait donc de se borner à dire que les actes faits par des Français en pays étrangers sont valables lorsqu'on a observé la forme prescrite par les lois du pays où ils ont été passés; mais que, dans cette hypothèse, la rédaction de l'article proposé était trop générale, puisqu'on pourrait prétendre y trouver, par exemple, la validité d'un acte de mariage qu'un Français mineur irait faire exprès, sans le consentement de son père, dans un pays régi par le concile de Trente (13). C'est par suite de ces observations que le gouvernement n'a pas reproduit cet article en présentant le second projet qui a été adopté. Mais, comme le fait observer feu M. Merlin (14), « le conseil d'État, tout en retranchant cette disposition,

(1) L. 29, Code *de pactis* : « Omnes licentiam habere, his, quæ pro se introducta sunt renuntiare. »

(2) Tit. II, chap. 5, n° 2.

(3) *Adff.*, tit. *de statutis*, n° 15; *de succession.*, n° 46.

(4) *Thes.* 59.

(5) Dissertation citée, tit. VII, §§ 4, 7 et suiv.; tit. VIII, § 5. *Jus civile controversum*, lib. 2, tit. I, quæst. 25, II.

(6) Burgundus, tract. 6, n° 5; Hertogh, p. 145.

(7) *De statutis*, sect. 9, ch. 2, n° 1.

(8) N° 4.

(9) § 10, in initio.

(10) *Regula* 3.

(11) *V° Preuve*, sect. 2, § 5, art. 1, n° 5.

(12) *Ad jus lubesc.*, quæst. prel. 6, n° 8. — M. Rocco, (p. 500-516) établit une autre distinction.

(13) Répertoire de jurisprudence, v° Loi, § 6, n° 8. Favard, Conférence du C. civ., t. I<sup>er</sup>, p. 25. Le même, Motifs du C. civ., t. IX, p. 56, 44, 61, 76, 110, 160, 204, 245, 289, 516. Loqué, t. I<sup>er</sup>, p. 593, 478 et 453.

M. Hartogh, ch. 7, p. 113 et suiv.

(14) Répert., *ibid.*

n'a pas laissé de la considérer comme énonçant, réduite à son véritable et seul objet, à la forme extrinsèque des actes, une de ces maximes tellement notoires qu'elles n'ont pas besoin de la sanction expresse du législateur, et qu'il en a lui-même appliqué les conséquences dans les articles 47 et 999. »

Le Code civil d'*Autriche* ne consacre pas textuellement la maxime que la forme des actes se règle d'après la loi du lieu de la rédaction; les art. 35, 36 et 37 de ce Code, rapportés plus haut n° 26, parlent des conventions passées par les étrangers en Autriche ou à l'étranger, et ils y appliquent tantôt les lois autrichiennes, tantôt les lois étrangères, sans distinguer si cette application se borne à la matière des conventions, ou si elle s'étend également à la forme des actes. M. Winiwarter, aux paragraphes 62, 64 et 65 de son commentaire, donne à entendre que les articles cités régissent à la fois la forme et la matière des actes.

Le paragraphe 53 de l'introduction au Code général de *Prusse* est ainsi conçu : « Les lois provinciales et les statuts qui déterminent les formes extérieures d'un acte, ne s'appliquent qu'aux actes faits dans le ressort de la juridiction pour laquelle la loi a été rendue, et par des personnes soumises à cette juridiction. » Cette disposition, comme on voit, n'est relative qu'à la diversité des lois provinciales en Prusse : elle ne s'occupe pas des pays étrangers. Mais le paragraphe 54 (rapporté plus haut, n° 35) se réfère au paragraphe 53, d'où il suit que la forme des actes faits par des étrangers hors de Prusse sera jugée par les lois du domicile de ces étrangers.

Le Code *bavarois*, part. I, chap. II, § 17, porte : « En ce qui concerne la simple solennité d'un acte entre-vifs ou à cause de mort, on appréciera et jugera d'après les lois du lieu où il a été passé. »

Nous avons déjà rapporté, n° 26, la disposition additionnelle à l'art. 3 du Code civil de *Bade*, qui applique les formes prescrites par les lois du pays aux actes qui y sont passés par des

étrangers. On doit admettre que, par réciprocité, les actes passés hors de Bade seront jugés, par les tribunaux du grand-duché, suivant les lois du lieu de leur rédaction.

L'art. 10 du *Code néerlandais* s'explique dans des termes plus généraux : « La forme, dit-il, de tous les actes est régie par la loi du pays ou du lieu où l'acte a été passé (1). » Par application de ce principe, l'art. 138 reproduit la disposition de l'art. 170 du Code civil français, et l'art. 992 porte : « Un Néerlandais qui se trouve en pays étranger ne pourra faire sa disposition de dernière volonté que par acte authentique et en observant les formalités usitées dans le pays où l'acte sera passé. Néanmoins il pourra disposer par acte de sa main, de la manière prescrite par l'art. 982 ci-dessus. » Cet article 982 est ainsi conçu : « On peut faire des dispositions à cause de mort par un simple acte, écrit, daté et signé par le testateur, sans autres formalités. Cependant, ces dispositions ne pourront porter que sur la nomination d'exécuteurs testamentaires, sur les funérailles, sur des legs d'habits, de linge de corps, de parures déterminées, ou de certains meubles. La révocation d'un pareil acte peut avoir lieu par un acte fait de la même manière et dans les mêmes formes. » Il faut remarquer que l'art. 978 admet cependant les testaments olographes, en reproduisant les termes de l'art. 970 du Code français ; mais il ajoute que « ce testament devra être déposé, par le testateur, à l'étude d'un notaire ; » et le même article prescrit les formalités à observer dans cet acte de dépôt.

On voit que l'art. 999 du Code civil français n'existe plus dans les Pays-Bas, et que le Néerlandais ne peut tester hors du royaume que par acte authentique, à moins que sa disposition de dernière volonté ne se borne aux objets indiqués à l'art. 982.

Le Code civil *sarde* garde le silence sur la

(1) M. Hartogh, p. 137 et suiv., a analysé les discussions qui ont précédé l'adoption de cet article.

question de savoir quelle est la loi qui régit la forme des actes. Du reste, il n'admet pas les simples testaments olographes : il ne reconnaît comme valables (art. 744 et suiv.) que les testaments par acte public, les testaments mystiques et ceux déposés à la cour supérieure de justice (le sénat).

On trouve le même silence dans le Code des *Deux-Siciles* ; mais ce Code (art. 895 et 925) reproduit les dispositions des art. 970 et 999 du Code français.

Le Code du *canton de Vaud*, tout en observant le silence sur le principe, ne fait que reproduire (art. 648) l'art. 970 du Code français.

Nous avons rapporté au n° 26 la disposition finale de l'art. 4 du Code de *Berne*. L'art. 557 de ce Code porte : « Un acte de dernière volonté doit être fait par écrit, en présence de deux témoins. » Les art. 560 et 561 ajoutent : « Les hommes peuvent écrire leur disposition eux-mêmes ou la dicter à un notaire ; les femmes doivent toujours la dicter à un notaire. La disposition doit, dans le premier cas, être écrite en entier par la personne même, contenir une date et être signée de ses noms de baptême et de famille. »

Le Code du *canton de Fribourg* (art. 3 et 4) reproduit l'art. 4 de celui de *Berne*.

Voici la disposition du *Digeste russe* : « L'acte passé à l'étranger, d'après les formes qui y sont en vigueur, bien que non conforme au mode adopté en Russie, sera néanmoins admis à faire preuve, jusqu'à la production de moyens propres à en infirmer l'authenticité. » (Lois civ. X, suppl., art. 546.) Cette règle générale a été appliquée aux testaments par la disposition de l'art. 656 du Code civil, liv. III, tit. III, chap. II.

Le Code civil de *Haïti* garde le silence sur

la règle : il reproduit les dispositions des articles 970 et 999 du Code français.

L'art. 10 du Code de *la Louisiane* porte : « La forme et l'effet des actes publics et privés se règlent par les lois et les usages du pays dans lequel ces actes sont faits ou passés. Cependant l'effet des actes passés pour être exécutés dans un autre pays se règle par les lois du pays où ils ont leur exécution. »

#### §. 2. De la matière des actes ou des solennités internes.

52. Nous avons déjà fait remarquer (*supra* n° 39), que *la matière* des actes ou les solennités internes comprennent tout ce qui regarde la capacité des personnes et le consentement de la partie, l'objet, la validité et les effets de l'engagement ou d'une disposition testamentaire.

Il s'agit maintenant d'établir quelle est la loi applicable à chacune de ces diverses parties de la matière d'un acte.

53. Nous avons vu plus haut (n° 24) que la capacité de la personne est régie par le statut personnel, c'est-à-dire, par la loi du lieu du domicile, et que le statut personnel d'un territoire ne s'applique pas aux étrangers qui y contractent. De là résulte que la loi du domicile décide la question de savoir, si l'individu qui, en pays étranger, a passé un acte entre-vifs ou disposé par acte de dernière volonté, ou celui au profit duquel l'engagement a été pris ou la disposition a été faite, avait la capacité nécessaire de contracter, de disposer ou de recevoir (1).

Relativement aux actes de l'homme, la loi personnelle peut trouver son application de deux manières : ou immédiatement, lorsqu'elle valide ou invalide ces actes, sans égard aux faits de l'individu ; ou médiatement, lors-

(1) Voet, *ad ff., tit. qui testam. fac. poss.*, n° 44, de Meun, *observationes et res judicatae ad jus civile Romanorum et Leodiensium*, t. V. Observ. 652, nos 1 et 2. Répertoire de jurisprudence, v° Effet rétroactif, sect. 5, §§ 1 et 5. Jurisprudence du C. civ., t. IV, p. 146 et suiv. Tittmann, § 46

et 47. M. Pardessus, t. V, n° 1482. Henry, *Treatise on the difference between personal and real statutes*, etc., London, 1825, p. 50. M. Rocco, p. 369, 396 et suiv. Arrêt de la cour royale de Douai, du 24 janvier 1840. (Recueil des arrêts de cette cour, t. IV, p. 127.)

que cette loi ne fait que diriger les faits de l'homme ou leur imprimer une direction (1). Nous donnerons ici quelques exemples qui rentrent dans la première de ces catégories, en commençant par les cas d'inobservation des formalités intrinsèques ou viscérales (*V. supra*, n° 39), tels que le défaut de consentement légal.

§4. Le testament fait en France par un Espagnol n'ayant pas atteint l'âge de vingt-cinq ans, sera nul, non-seulement à l'égard des biens du testateur situés en Espagne, mais aussi à l'égard de ceux situés en France; car la loi espagnole (2) fixe la majorité à vingt-cinq ans, et elle ne contient pas de dispositions analogues à celle de l'art. 904 du Code civil. Est de même nul l'engagement pris en France et envers un Français, par un Espagnol mineur de vingt-cinq ans.

Cette dernière résolution a été attaquée par trois autorités graves, par Hugo Grotius (3), par M. Burge, et par la cour royale de Paris (4).

Suivant Grotius, en thèse générale, l'étranger mineur qui contracte avec un citoyen, est soumis aux lois du pays de ce dernier : *quid*, dit-il, *qui in loco aliquo contrahit, tanquam subditus temporarius legibus loci subjicitur*. On voit que l'opinion du savant publiciste se ressent des idées féodales (*V. supra*, n° 29) qui ne peuvent plus être invoquées aujourd'hui.

M. Burge soutient qu'en règle générale tout individu est tenu de connaître les lois du pays où il passe un contrat, parce qu'il lui est possible de se procurer cette connaissance. C'est en vain, dit-il, qu'on oppose la maxime : *qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus* (5), ce qui impliquerait, pour le contractant, l'obligation de connaître, outre les lois du lieu, le statut per-

sonnel de celui qui contracte avec lui : il serait déraisonnable de prétendre appliquer cette maxime au cas où la *condition* dépend de faits ou de lois en vigueur dans un pays étranger, et dont celui qui contracte avec l'incapable ne peut avoir connaissance.

Ce raisonnement n'est qu'un sophisme, M. Burge suppose comme constant ce qu'il devrait prouver, c'est-à-dire, que l'Espagnol, mineur d'après les lois de son pays, et dès lors incapable de tous les actes de la vie civile, est capable d'acquérir la connaissance des lois françaises, et, *par suite* de s'obliger conformément à ces lois. Nous soutenons d'abord que la connaissance des lois est une circonstance indifférente : personne n'a encore prétendu qu'un Français n'ayant pas accompli sa vingt et unième année, et qui, cependant, a obtenu le grade de licencié en droit, peut valablement s'obliger de même qu'un majeur; l'argument essentiel, c'est que la capacité de s'obliger lui manque, d'après la loi personnelle. Du reste, et ceci est un argument purement accessoire et surabondant, la maxime que chacun doit connaître la condition de celui avec lequel il contracte, s'applique sans doute au Français majeur qui a traité en France avec l'Espagnol mineur; il n'était pas contraint de traiter : s'il l'a fait, c'était un effet de sa libre volonté, et il devait alors, comme il était capable de tous les actes de la vie civile, prendre des informations sur l'état et la condition de son contractant, c'est-à-dire, s'assurer de sa capacité : peu importe que cette capacité dépendit de faits et de lois étrangers au contractant capable. Pourquoi a-t-il préféré traiter sans s'entourer de renseignements? Cette négligence ne saurait créer un titre en sa faveur, et elle doit plutôt lui porter préjudice.

(1) Répertoire, *vo* Loi, § 6, nos 2 et 4; *vo* Testament, sect. 1 et sect. 2, § 4, art. 1. M. Rocco, p. 247, 2<sup>o</sup>; p. 257 et suiv.

(2) Sala, *illustracion del derecho real de Espana*, t. 1, p. 109.

(3) *De jura belli et pacis*, lib. 2. c. 11, § 5, n° 2.

(4) Arrêts du 17 juin 1854 (première chambre et

du 15 octobre 1854 (chambre des vacations), Répertoire du droit commercial, par MM. Crémieux et Patorni, 1854, p. 217 et 509, Sirey, 1854, t. II, p. 571, et 658. *Gazette des tribunaux* des 4 janvier et 19 juin 1854. A une époque antérieure, la même cour avait jugé en sens contraire, par arrêt du 6 germinal an XIII. (Jurisprudence du C. civ. t. IV, p. 154.

(5) L. 19. *pr. ff. de reg. jur.*



Les observations que nous venons de faire sur la maxime consignée en droit romain, écartent aussi les arguments contenus dans les deux arrêts de la cour royale, et qui se réduisent à soutenir : « que le Français n'a ni connu ni dû connaître les dispositions concernant la capacité de son contractant étranger, et que conséquemment ces dispositions ne peuvent être obligatoires pour lui; que le contractant Français a été autorisé à le considérer comme français et soumis à la loi française; enfin, que l'étranger est régi par la loi française pour le fait dont il s'agit, et doit être considéré comme majeur devant les tribunaux français, lorsqu'il s'agit d'acte passé en France avec des Français. » M. Pardessus (1) et M. Nougier (2) ont déjà réfuté cette argumentation. Ce dernier auteur suppose que, dans les arrêts cités, des circonstances de fait ont fait fléchir la rigueur du droit. « Le dol et la fraude, » dit-il, « vicient les contrats, modifient les principes, et interdisent des plaintes qui, présentées de bonne foi, eussent été légitimes. Si le mineur a soigneusement caché son incapacité : si, au moyen d'apparences extérieures, il a fait croire à sa majorité et à un droit qu'il n'avait pas, ces manœuvres pourront motiver contre lui un jugement de condamnation. » Nous devons d'abord regretter que la cour royale n'ait pas eu soin de motiver ses arrêts sur des circonstances analogues, et de leur donner ainsi une apparence d'équité : mais ces motifs ne les auraient pas mis à l'abri de la critique. En effet, les manœuvres indiquées par M. Nougier ne constitueraient ni le délit d'escroquerie (art. 405 du Code pénal), ni celui d'abus de confiance (art. 408 du même Code), et ne pourraient donc donner lieu, sous l'un de ces deux titres, à une condamnation civile. (Art. 5 du Code

d'instruction criminelle.) La seule action admise serait celle fondée sur l'art. 1580 du Code civil, qui, suivant l'opinion de Toullier (3), peut avoir lieu contre le mineur. Toujours reste-t-il vrai que les motifs des deux arrêts manquent de tout appui légal.

C'est avec raison que, dans tous les pays, les juges cherchent à protéger les régnicoles contre le préjudice qu'ils peuvent éprouver par les faits des étrangers; mais cette protection dégénère en une oppression des étrangers, lorsque les juges violent les principes du droit international établis par l'usage des nations (4), ou lorsqu'ils ne tiennent pas compte de ce que les fautes commises par les régnicoles sont cause principale ou occasionnelle du préjudice par eux souffert. Dans un pays de publicité comme la France, les juges doivent surtout se prémunir contre une rigueur inique envers les étrangers; nos journaux judiciaires et recueils d'arrêts sont répandus dans toute l'Europe; et j'ai été à portée de constater, dans de nombreuses espèces, que des décisions rigoureuses avaient été rendues à l'étranger, en forme de représailles contre les sentences des tribunaux français rendues au préjudice d'étrangers.

55. Aux exemples de nullité des actes pour inobservation des formalités intrinsèques ou viscérales, nous en ajouterons d'autres qui se rapportent aux formalités habilitantes.

L'autorisation de la femme mariée, exigée par le Code français, ou l'assistance d'un curateur des femmes, mariées ou non, requise dans divers pays allemands (5), en Danemark et en Norwège, appartient également à la matière de l'acte et à sa validité intrinsèque, et la nécessité de cette autorisation ou assistance dépend du statut personnel de la femme (6).

Il en est de même des pouvoirs du tuteur, selon la variété du statut personnel : les actes

*alieni imperii suâ facilitate, jus patriis legibus contrarium, scientes volentes impertiuntur.*

(5) Mittermaier, §§ 580 et 581; Tittmann, § 47. Cette curatelle des femmes a été supprimée en Bade, dans le royaume de Saxe, et en Saxe-Weimar.

(6) Huber, § 5, à la note, cite des décisions contraires intervenues en Saxe; mais dans ce pays les

(1) Traité du contrat de change, n° 561; Cours de droit commercial, t. V, n° 1482.

(2) Des lettres de change, n° 275 de l'éd. HAUMAN.

(3) T. XI, n° 40.

(4) Huber, à l'endroit cité, n° 8, dit, à propos d'un cas analogue : *Multo magis statuendum est, eos contra jus gentium facere videri, qui civibus*

faits par le tuteur, au nom du mineur, produisent leurs effets, tantôt par suite du simple consentement du tuteur, tantôt seulement après l'approbation du conseil de famille ou des tribunaux agissant comme tutelle suprême.

L'individu interdit dans son pays, et par là rendu incapable, l'est aussi en pays étranger (1). Il en est de même du failli déclaré tel dans sa patrie (2), ainsi que de l'absent (3).

Il suit des mêmes principes qu'un individu ne peut valablement ratifier en pays étranger une obligation par lui contractée dans sa patrie, et qui est viciée de nullité d'après les lois de celles-ci, qu'autant que ces mêmes lois autorisent cette ratification (4).

56. La loi personnelle imprime une direction aux faits de l'homme, par exemple, relativement à l'association conjugale quant aux biens. A défaut de stipulations expresses des époux, cette association est régie par la loi du domicile du mari au moment du mariage. Le fait des époux qui s'unissent par mariage reçoit, quant aux biens, sa direction par la loi personnelle du mari, et cette loi exerce ses effets même sur ceux des biens immeubles appartenant aux époux, qui se trouvent situés hors

curateurs des femmes ne furent donnés ni aux personnes ni aux biens, mais pour le procès seulement. Hert, § 70; Hommel, obs. 409, no 10.

(1) Boullenois, tit. 1, chap. 2, obs. 4, p. 51, 59 et 174. Denisart, *vo* Prescription, no 9, Rodenburg, tit. 1, ch. 5, no 4. Christin, vol. 3, déc. 175, no 6. Voet, *ad ff.* lib. 27, tit. X, no 11. Hommel, obs. 409. Glück, droit privé; §§ 17 et 18. M. Eichhorn, § 35. M. Rocco, p. 456.

(2) Rép., *vo* Faillite, sect. 2, § 2, art. 10, no 2; arrêt de la cour royale de Bordeaux, du 10 fév. 1824. (Sirey, 1824, II, 119.) Archives du droit civil et criminel de la Prusse rhénane, t. I, part. 1, p. 165.

(3) Rép., *vo* Absent, note 5, sur l'art. 112 du C. civ. Arrêt de la cour royale de Douai, du 5 mai 1856. (Recueil des arrêts de cette cour, t. II, p. 41.)

(4) M. Rocco, p. 559 et suiv.

(5) *De statutis*, sur la loi 1, *C. de summâ trinit. (quoad effectum et decisionem jurium matrimonii... inspicitur locus domicilii habitationis viri, destinatæ tempore matrimonii)*.

(6) *Tr.* 1, no 15.

(7) *Adjus lub.*, part. 2, tit. II, art. 2, no 85.

(8) Tit. II, ch. V, nos 14, 15.

du territoire pour lequel cette loi a été rendue.

Ce principe a été reconnu unanimement par les auteurs : nous citerons Dumoulin (5), Burkundus (6), Mévius (7), Rodenburg (8), Abraham à Wesel (9), Paul Voet (10), Jean Voet (11), Boullenois (12), Hert (13), Pothier (14), le Répertoire de jurisprudence (15), Glück (16), Danz (17), MM. Mittermaier (18), Eichhorn (19), Tittmann (20), Rocco (21).

Ainsi la femme française qui épouse un citoyen de Francfort-sur-le-Mein, entre avec lui dans la communauté de biens particulière établie par le statut de cette ville (22); aux termes de ce statut, les biens que réunissent les deux époux leur sont communs quant à l'usage : tout ce qui est acquis durant le mariage, devient leur propriété commune (excepté les objets achetés des deniers de l'un des époux) ainsi que les fruits qui en proviennent.

De même la femme française qui épouse un Hambourgeois contracte une communauté universelle, dont le mari est le maître; après la dissolution de la communauté, elle ne peut se décharger du paiement des dettes contractées par le mari qu'en renonçant à tous les

(9) *Tr.* 1, nos 100 et suiv.

(10) *De stat.*, sect. 9, ch. II, no 5.

(11) *Ad ff.*, *tit. de ritu nupt.*, no 85.

(12) Principes généraux, no 48; tit. II, ch. 5, obs. 29, *passim*.

(13) § 59.

(14) De la communauté, article préliminaire, nos 1, 10 et 12.

(15) *Vo* communauté, § 1, no 5; *vo* conventions matrimoniales, § 2, 5<sup>e</sup> question; *vo* loi, § 6, no 2; *vo* grains nuptiaux et de survie, § 2.

(16) Commentaire, t. XXV, § 1240, p. 269.

(17) § 55, p. 190.

(18) §§ 51 et 400.

(19) § 507.

(20) §§ 21 et 44.

(21) P. 528, 581, 585 et suiv.

(22) Statut réformé de 1611, part. 5, tit V, § 1; tit. VI, § 1; part. 5, tit. V, § 2 et 4. Adlerflycht, *le droit privé de Francfort (Francfurter Privatrecht)*, §§ 280 et 285. Bender, *Manuel du droit privé de la ville libre de Francfort (Lehrbuch des Privatrechts der freien Stadt Frankfurt)*, § 14.

biens que les deux époux possèdent à la même époque, à un titre quelconque ; elle ne conserve que l'espoir des biens qu'elle acquerra par la suite. Cette disposition de la coutume ne peut même être modifiée par une convention matrimoniale (1). Il n'y a d'exception qu'autant que le mari ; déjà en déconfiture au moment du mariage, a été déclaré en état de faillite avant l'expiration des cinq ans, à partir du mariage : dans ce cas, la femme a le droit de reprendre ses apports.

57. Le statut personnel régit également toutes les dispositions de l'homme par rapport aux meubles, d'après ce que nous avons dit plus haut, n° 52.

58. Au contraire, le statut réel gouverne toutes les dispositions de l'homme relatives aux immeubles. Tous les actes qui ont des immeubles pour objet, ou qui exercent des effets sur les immeubles, sont soumis aux lois du lieu de la situation : ces lois dominent ces actes. Lorsque le disposant n'y a rien exprimé de particulier au sujet des immeubles, la loi de leur situation règle tout ce qui les concerne. S'il leur a imposé des règles par sa convention ou sa disposition, ces règles ne peuvent sortir leurs effets qu'autant que la loi de la situation ne renferme pas de prohibition (2).

Ainsi, en cas de vente d'un immeuble, avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, il faut appliquer la mesure du lieu de la situation (3).

Ainsi, les dispositions au profit du nouvel époux (art. 1054 du Code civil français), d'un enfant naturel (art. 908) ou des enfants à

naître (art. 1082) ou celles qui réduisent un enfant à une certaine portion (art. 915), ne peuvent recevoir leur exécution sur les immeubles qu'autant que la loi de la situation le permet (4).

Les dons entre époux faits durant le mariage, sont toujours irrévocables, lorsque les biens donnés se trouvent situés en France (art. 1096) (5). Ainsi encore en Angleterre, les *statutes of frauds*, qui refusent au propriétaire le pouvoir de disposer de ses immeubles, autrement que par une disposition (*will*) certifiée par au moins trois témoins dignes de foi, constituent un statut réel (6).

Après avoir donné des exemples de l'application de la loi réelle, nous ne pouvons nous empêcher de signaler une espèce où, sous le prétexte de l'application de cette même loi, le statut personnel a été violé. Une femme espagnole qui résidait en France, s'était rendue caution de son mari, et avait, pour sûreté de la créance consenti une hypothèque sur un immeuble à elle appartenant en propre. Elle attaqua ce cautionnement comme nul, aux termes du sénatus-consulte Velléien, qui a conservé force de loi en Espagne (7). Cette demande en nullité était évidemment fondée sur le statut personnel de la demanderesse (8), et la validité de l'hypothèque dépendait de la validité de l'obligation principale. Cependant la cour royale de Paris, par arrêt du 15 mars 1851, a écarté la demande en nullité, par le double motif : 1° Que l'immeuble hypothéqué étant situé en France, il y a lieu de juger la capacité de la demanderesse et la validité de

(1) Statut de 1603, part. 2, tit. XI, art. 15 ; tit. V, art. 10, tit. IX, art. 14. Gries, *Commentaire de ce statut (Commentar zum Hamburgischen Stadtrecht von 1603)*, sur les dispositions ci-dessus.

(2) Rodenburg, tit. III, ch. 4, nos 1 et 2. Boullenois, Principes généraux, no 41 ; t. I, p. 9 et 10. T. II, p. 401 et 402. Christin, *decis.*, vol. 1, déc. 282, no 4. De Meun, *Observationes et res judicatæ ad jus civile Romanorum et Leodiensium*, etc. T. V, obs. 652, no 9. Glück, *Commentaire*, t. I, §§ 44 et 75. Tittmann, §§ 48 et suiv. Meier, § 24. Répertoire, vo Loi, § 6. nos 2 et 4 ; § 8, no 2 ; vo Testament, sect. 1,

et sect. 2, § 4, art. 1. Henry, p. 50. M. Story, §§ 365-373. M. Rocco, p. 247, I ; p. 249 et suiv., p. 400 et suiv.

(3) Boullenois, t. II, p. 497. M. Burge, tom. II, p. 858 et 859.

(4) Hert, § 57. M. Rocco, p. 115-156.

(5) Arrêt de la cour royale de Pau, du 15 décembre 1856. (Daloz, 1858, t. II, 85.)

(6) M. Burge, t. I ; p. 25.

(7) Sala, t. II, lib. 2, tit. XVII, no 5.

(8) Répertoire, vo Sénatus-consulte Velléien, § 2, no 1. Questions de droit, vo Velléien, (sénatus-consulte), § 5.

son obligation d'après les lois françaises ; 2° qu'en thèse générale, soit en matière personnelle, soit en matière réelle, les contrats et obligations passés en France, et dont on a le droit de poursuivre l'exécution devant les tribunaux français, ne peuvent être appréciés et jugés que d'après la législation qui est propre à la France. La cour suprême a rejeté le pourvoi, mais seulement par le motif que l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi (1).

Du reste, il va sans dire que l'obligation de l'étranger de se conformer à la loi de la situation des immeubles dont il entend disposer, ne cesse pas d'exister par son changement de résidence ou de domicile (2).

59. Relativement à tous les actes qui ne tombent pas dans l'application du statut personnel ou du statut réel, l'individu reste, en règle générale, libre de contracter, de s'obliger et de disposer de ses biens : cette liberté, on l'appelle en Allemagne l'*autonomie* (αὐτονομία) des citoyens (3).

60. En examinant la question de savoir à quelle loi sont soumis les actes ou contrats qui rentrent dans l'autonomie, il y a six points à considérer : 1° la validité et l'efficacité intrinsèques de l'acte (abstraction toujours faite du statut personnel et du statut réel) ; 2° ses effets ; 3° ses suites ; 4° les causes qui peuvent en motiver la rescision ; 5° celles qui peuvent en opérer ou en faire prononcer la résolution, la révocation ou la réduction ; 6° la confirmation ou ratification tendant à en réparer les vices (4). On verra dans la suite la nécessité de cette distinction : ces six points ne sauraient être décidés par la même loi.

Nous distinguerons les actes bilatéraux des testaments, et nous commencerons par les premiers.

Art. 1, Validité intrinsèque des contrats et d'autres actes bilatéraux.

61. Le principe général, en cette matière,

est que les parties contractantes ont eu l'intention de se conformer, dans leurs conventions, à la loi du lieu où celles-ci ont été consenties et sont devenues parfaites, et, par suite, de les soumettre à cette loi ; en d'autres termes, que la validité intrinsèque, le lien (*vinculum juris*) des conventions dépend de la loi du lieu où elles ont reçu leur perfection ; l'acte valable ou nul d'après cette loi, le sera également partout. La même loi est encore applicable, lorsque, la validité intrinsèque de la convention n'étant pas contestée, il y a simplement lieu de l'interpréter. Feu M. Merlin (5) s'exprime à ce sujet dans les termes suivants : « Tout homme qui contracte dans un pays, n'importe qu'il y soit domicilié ou non, n'importe qu'il y soit citoyen ou étranger, est censé attacher aux clauses du traité qu'il y fait, le sens et les conséquences qu'y attachent les lois de ce pays. » Si, dit Burgundus (6), « les parties ne se sont pas clairement expliquées, il faut suivre les lois et usages du lieu où le contrat a été passé : ce que les contractants ont omis, est suppléé par la loi qui est le régulateur de l'État, et dont la voix est entendue par les nationaux comme par les étrangers qui se trouvent dans le pays, et qui ne peuvent s'excuser de leur ignorance ; si l'individu ne s'est pas clairement exprimé dans le texte du contrat, il est censé s'en être rapporté à la loi. »

Ce principe a été admis par les auteurs et par la jurisprudence des tribunaux des diverses nations ; il peut être justifié de deux manières : par l'intérêt commun des sujets des diverses nations, et par le système des présomptions.

« En droit étroit, » dit M. Rocco (7), « la force des obligations contractées dans un pays est circonscrite dans les limites de ce même pays ; mais l'intérêt même qu'ont les nations

(1) Sirey, 1858, t. I, 665.

(2) M. Rocco, p. 156-141.

(3) Voy. plus haut, la note 1 au n° 12. Danz, t. I, §§ 55 et 61. M. Mittermaier, Archives, etc., t. XIII, p. 297.

(4) On trouve cette énumération au Répertoire de jurisprudence, v° Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 1.

(5) Rép., v° Étranger, § 2 (add. t. XVI, p. 355).

(6) Tr. 4, n° 8.

(7) P. 290.

de resserrer les relations mutuelles, a fait que, dans chaque État, les obligations nées à l'étranger obtiennent le secours de l'action civile, tout comme si elles avaient pris naissance dans le pays même. Dès lors les actes faits chez une nation étendent leurs effets sur le territoire d'une autre. »

« La nécessité des relations entre les nations, » disent MM. Story (1) et Kent (2), « a fait établir que la validité d'un contrat et tout ce qui concerne sa nature, le lien (*vinculum obligationis*) qui en résulte, ainsi que tout ce qui est relatif à son interprétation, dépend de la loi du lieu où il a été fait. »

Nous renvoyons, au surplus, à ce qui a été dit plus haut, n° 10.

Passons au système des présomptions.

Il est d'abord incontestable que les contractants sont libres d'adopter, comme pacte exprès, la loi étrangère sous laquelle les contrats ont été passés; alors ce n'est pas comme loi qu'elle agit, même sur les immeubles situés dans un autre territoire, c'est comme convention (5); et tout le monde reconnaît que cette convention doit être exécutée partout, sauf les exceptions générales que nous exposerons ci-après, au n° 62.

Lorsque les contractants n'ont pas expressément adopté la loi du lieu où le contrat a été passé, alors commencent les présomptions; on admet que les contractants se sont soumis conventionnellement aux dispositions de la même loi, et que ces dispositions doivent être exécutées *vi conventionis*, même sur les immeubles situés dans un autre pays (4).

Toutes les législations sont d'accord à établir

que, lorsqu'il s'agit d'une convention, le juge doit s'attacher principalement à la commune intention, expresse ou présumée, des parties. Ce principe se trouve dans le droit romain (5), dans le Code civil français (6) et dans les Codes auxquels il a servi de modèle; savoir, celui de Bade (7), de Naples (8), de Sardaigne (9), du canton de Vaud (10), de Haïti (11), des Pays-Bas (12); on le rencontre aussi dans le Code de Bavière (13), et dans le Code civil d'Autriche (14); il est reçu en Angleterre et aux États-Unis (15).

Une règle puisée dans la nature des choses fait supposer que la volonté de tout individu qui procède à un acte de la vie civile, s'en est rapportée plutôt aux faits qu'il connaît qu'à ceux qu'il ne connaît pas. En conséquence, lorsqu'il s'agit de la validité intrinsèque d'un testament ou de son interprétation, on admet généralement (16) qu'il faut s'attacher aux lois et usages de la patrie du testateur, ou du lieu de son domicile; on suppose que son intention a été de se référer à ces lois, qui lui sont connues et présentes à la mémoire, tandis qu'il n'en est pas de même de celles d'un autre lieu, par exemple du lieu de la confection du testament.

S'agit-il du concours de la volonté de deux ou plusieurs personnes ayant la même patrie, le même domicile? Nul doute encore qu'elles s'en sont référées à la loi de ce domicile (17).

Mais lorsque les divers contractants n'ont pas la même patrie, le même domicile, on ne saurait donner la préférence aux lois de la patrie ou du domicile de l'un d'eux, ni juger sur l'intention que l'un d'eux prétendrait avoir

(1) §§ 242 et suiv.

(2) Vol. II, lecture 27, p. 592 et 595; lecture 59, p. 455 et 459.

(5) Merlin, Répertoire, v° Loi, § 8, n° 2; p. 690 et suiv. du t. XVI (additions).

(4) Merlin, *ibid.*

(5) L. 219, ff. de *V. S.*

(6) Art. 1156.

(7) *Ibid.*

(8) Art. 1109.

(9) Art. 1247.

(10) Art. 856.

(11) Art. 1579.

(12) Art. 946.

(15) Part. 4, ch. 1, § 18; part. 5, ch. 2, § 12.

(14) Art. 914.

(15) M. Rent, t. II, p. 554 et 555.

(16) Voy. *infra*, n° 75, et surtout M. Rocco, p. 401 et suiv.

(17) Hert, § 10, à la fin. Boullenois, t. II, obs. 46, p. 459. M. Pardessus, t. V, nos 1492 et 1493. M. Burge, t. III, p. 768.

eue de se reporter aux lois et aux usages de sa patrie; car il est de l'essence de toute convention qu'il y ait consentement commun des parties sur tout ce qui compose le contrat. (*Duorum pluriumve in idem placitum consensus*) (1). Dès lors on a dû admettre que leur volonté s'en est rapportée à une loi commune; et, par un accord, à peu près unanime, les auteurs et les tribunaux ont admis en principe, qu'il faut s'arrêter à la loi du lieu où le contrat a été passé. Le juge étranger prend cette loi en considération, non pas à titre de loi ayant force et vigueur, comme telle, dans son territoire; le droit acquis par la convention n'exerce ses effets hors du pays où elle est devenue parfaite que comme un fait. Le juge n'obéit pas à la loi étrangère, il la suit seulement comme moyen d'interprétation (2).

Les lois romaines ont déjà consacré le principe que la matière du contrat est régie par la loi du lieu où il a été passé. On sait que les Romains avaient laissé à la plupart des peuples soumis leurs lois et usages relatifs au droit civil (3). Les lois 54 ff. *de reg. jur.*, 120 *de judiciis*, 151, § 20 ff. *de ædil. ed.*, et L. 6 ff. *de evict.*, se réfèrent, pour tout ce qui n'est pas positivement exprimé dans la convention, à ce qui est d'usage dans la contrée où la convention a été passée (4).

(1) L. 1, § 2, ff. *de pactis*. M. Story, §§ 275 et 279. — Boullenois manifeste aussi une idée semblable; Voy. t. II, p. 457, 458, 497-495, 501-505.

(2) Tittmann, § 7.

(3) Hert, sect. 4, § 2.

(4) Autrefois on pouvait trouver un autre argument en faveur de cette opinion, dans la maxime qui considérait comme sujets temporaires les étrangers qui se trouvaient momentanément dans le pays, à raison de leurs affaires. Voyez *suprà*, n° 29 à la note.

(5) Répert., v° Loi, p. 690 et suiv.

(6) Sur la loi 1, ff. *de usuris*.

(7) Sur la coutume de Paris, § 76, gl. 1. n° 56.

(8) *Comment. jur. civ.*, lib. 15, c. 1, n° 50 et suivants.

(9) Ad Cod. Lib. 3, tit. 1, def. 22.

(10) De stat. sect. 9. C. 2, n° 9 et 10.

(11) Vol. 1, déc. 285, n° 8 et suiv.

(12) Lib. 1, tit. XII, def. 5.

« Inutilement, » dit M. Merlin (5), « prétendrait-on que cette règle ne doit avoir lieu que dans le cas où les contractants sont citoyens ou sujets du pays où ils traitent ensemble. Quelle serait, dans ce système, la loi qui devrait interpréter le contrat passé en France entre deux étrangers, dont l'un serait Espagnol et l'autre Allemand? Il n'y aurait certainement pas plus de raison pour l'interpréter par la loi espagnole que par la loi allemande. Force serait donc de l'interpréter par la loi française. Or pourquoi, dans cette hypothèse, la loi française devrait-elle être prise pour règle d'interprétation? Ce ne serait pas précisément parce qu'il n'y en aurait pas d'autre qui pût servir d'interprète à la volonté des contractants; ce serait uniquement parce qu'il est de principe que les contractants sont censés, en traitant dans un pays, se soumettre aux lois qui y régissent les contrats. Ce principe est donc applicable à tous les cas. »

Le même principe a été reconnu par tous les auteurs; nous citerons Godefroy (6), Dumoulin (7), Doneau (8), Faber (9), Paul Voet (10), Christin (11), Sande (12), Burgundus (13), Rodenburg (14), Boullenois (15), Émérigon (16), Brunnemann (17), Mevius (18), Leyser (19), Cocceius (20), Huber (21), Hert (22), Glück (23), Thibaut (24), Weber (25), MM. Mit-

(13) Tr. 4, n° 8 et 27.

(14) Tit. II, ch. 5, p. 95 (édition d'Utrecht, 1655).

(15) 58<sup>e</sup> principe général (t. 1<sup>er</sup>, p. 9); tit. II, ch. 5, obs. 25 (t. 1<sup>er</sup>, p. 506); tit. IV, ch. 2, obs. 46 (t. II, p. 458 et suiv.).

(16) Des assurances, ch. 4, sect. 8 (t. 1<sup>er</sup>, p. 122).

(17) Ad ff. L. 6, de evict.

(18) Ad jus Lubec. quæst. prel. 10, no 40.

(19) Spec. 75, med. 5.

(20) De fund. in territ. jurid., tit. V, § 5; jus civ. contro. Liv. II, tit. I, quæst. 25, IV, no III, p. 158.

(21) De conflictu legum, §§ 5, 10 et 11, et § 5, à la fin; de jure civitatis, lib. 1, sect. 1, c. 5, §§ 51 et suiv.

(22) § 10. II, et § 70.

(23) Commentaire, t. 1<sup>er</sup>, § 44, p. 290; § 75, p. 400 et 401. Droit privé, §§ 17 et 18, p. 98.

(24) § 56.

(25) § 62.

termaier (1), Zachariæ (2), Eichhorn (3), Mühlenbruch (4), Seuffert (5), Henry (6), Story (7), Burge (8), et Rocco (9).

62. Le principe que les solennités intrinsèques des conventions dépendent de la loi du lieu où le contrat est devenu parfait, admet cependant plusieurs exceptions.

1<sup>re</sup> exception. D'après ce que nous venons de dire, lorsque le contrat est pur et simple, c'est-à-dire qu'il n'indique pas un autre lieu pour la délivrance ou le paiement, la substance de ce contrat est régie par la loi du lieu où il a été passé, lors même que la chose qui en fait l'objet se trouve ailleurs. Mais lorsque, selon la nature de l'acte, ou selon la loi du contrat (10), ou enfin selon la détermination des parties, l'acte devra recevoir son exécution dans un lieu autre que celui où il a reçu sa perfection, tout ce qui concerne l'accomplissement des engagements pris par le contrat et son exécution, et, en d'autres termes, tout ce qui doit être fait après la passation du contrat, est régi par la loi de ce lieu : ainsi, cette loi déterminera les formalités de la délivrance

(1) § 51, et *Archives*, t. XIII, p. 297.

(2) Article déjà cité sur la règle de droit : *Locus regit actum*, p. 202 et suiv., § 5.

(5) §§ 56 et 57 (p. 107, 108 et 109).

(4) § 73.

(5) Manuel du droit usuel des pandectes (*Lehrbuch des practischen Pandecten Rechts*), § 17.

(6) P. 48.

(7) § 242 et suiv.

(8) T. I<sup>er</sup>, p. 29, rég. 51; t. II, p. 849 et suiv., 860 et suiv.; t. III, p. 756-780.

(9) P. 522.

(10) V. des exemples dans les articles 1247 et 1609 du C. civ., et dans les dispositions conformes des Codes des Deux-Siciles (art. 1200 et 1455), des États sardes (art. 1557 et 1616), de la Louisiane (art. 2152 et 2460), de Haïti (art. 1055 et 1594), du grand-duché de Bade (art. 1247 et 1609), du canton de Vaud (952 et 1140), et des Pays-Bas (1429 et 1515). Ces trois derniers Codes ajoutent des modifications sur lesquelles nous reviendrons *infra*, au no 78.

Des dispositions analogues se trouvent dans les Codes de Bavière (part. 4, chap. 14, § 10), de Prusse (part. 1, tit. V, § 247-252; tit. XI, §§ 95, 94, 545 et 769; tit. XIV, § 75), d'Autriche (§§ 905 et 1420), et de Berne (701).

(11) Burgundus, *tract.* 4, n<sup>os</sup> 27, 28 et 29; *tr.* 5.

et du paiement, la mesure des terres ou des objets mobiliers aliénés, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, l'obligation de donner quittance, la demeure et l'obligation aux dommages-intérêts qu'elle entraîne (11).

Cette décision a été empruntée à la loi romaine, L. 21, ff. *de obl. et act.* (12). Elle repose sur la circonstance qu'en fixant un lieu pour l'exécution du contrat, les parties sont censées avoir voulu faire tout ce que prescrivent les lois du même lieu. Tel est le sentiment de Paul Voet (13), Jean Voet (14), Christin (15), Sande (16), de Mean (17), Mévius (18), Huber (19), Hert (20), de MM. Eichhorn (21), Mühlenbruch (22), Tittmann (23), Henry (24), Story (25), Rocco (26), Burge (27), et Burton (28).

Leyser (29) et Meier (30) rejettent cette exception à la règle générale : ils se fondent uniquement sur la loi 6, ff. *de evict.*, pour soutenir que toutes les questions concernant la substance du contrat se décident par la loi du lieu de sa rédaction; suivant eux, la loi

n<sup>os</sup> 12 et 13. Christin, vol. 1, déc. 285, no 12. Boulleinois, t. II, p. 498. Hert, sect. 6, § 2. Mansord, t. II, p. 165, no 855; p. 175, no 871. M. Burge, t. III, p. 771-777.

(12) Boulleinois, t. II, p. 458 et suiv.

(15) *De stat.*, sect. 9, cap. 2, n<sup>os</sup> 11 et 15.

(14) *Ad ff. tit. de reb. cred.*, no 25; *tit. de in integr. rest.*, no 29.

(15) Vol. 1, déc. 285, n<sup>os</sup> 8 et suiv.

(16) Liv. I, tit. XII, déf. 5.

(17) Obs. 422, no 5; obs. 585, no 14.

(18) *Ad jus Lub.*, *quæst. prel.* 10, no 40.

(19) No 40.

(20) § 55.

(21) §§ 56 et 57, p. 107, 108 et 109; il cite, comme exemples, les §§ 54, 55 et 56 du Code civil d'Autriche.

(22) § 73.

(25) §§ 57-49.

(24) P. 45, à la note.

(25) §§ 508-515.

(26) P. 540-547.

(27) T. II, p. 860 et 862; t. III, p. 756.

(28) Manuel du droit de l'Écosse (*Manual of the law of Scotland*), part. 10, ch. 1, sect. 5, p. 355.

(29) *Med. ad ff. spec.* 75, *med.* 5.

(30) § 44.

21, ff. *de obl. et act.*, ne se rapporte pas à la substance des contrats, et elle ne fait qu'établir la compétence du juge du lieu où le contrat doit recevoir son exécution. Cette dernière opinion est aussi celle d'Émérigon (1). Nous nous abstenons d'entrer plus amplement dans cette controverse de droit romain : il nous suffit d'avoir démontré, par le témoignage des auteurs cités plus haut, le sentiment commun des nations sur ce point.

« La règle *locus regit actum*, » dit M. Story (2), « suppose que l'exécution du contrat doit, d'après la convention explicite ou implicite des parties, se faire au lieu où il a été passé (3). Mais, » continue l'auteur, « si les parties ont arrêté, explicitement ou implicitement, que le contrat sera exécuté dans un autre lieu, on doit présumer l'intention des parties d'en faire régir la validité, la nature, le lieu et l'interprétation par la loi du lieu de l'exécution. » Même langage dans M. Kent (4). M. Story invoque (L. 21, ff. *de O. et A.*, L. 1, 2, 5, ff. *de reb. auct. jud. poss.*), les deux Voet, Hubert, Hert, Christin et Boullenois aux endroits cités; il rapporte une décision de lord Mansfield, portant que la loi du lieu du contrat ne peut être appliquée, lorsque les parties ont eu en vue la loi d'un autre pays, et que le contrat est alors régi par cette dernière loi. Il finit (5) par reprocher aux auteurs européens leur désaccord sur la question.

Nous croyons que M. Story est dans l'erreur, en appliquant la loi du lieu de l'exécution

à la validité, à la nature, au lieu et à l'interprétation du contrat : les auteurs qu'il a invoqués établissent la distinction que nous venons de reproduire; c'est elle qui forme l'usage des nations. La contradiction entre les auteurs n'est qu'apparente; c'est faute de faire attention à cette distinction que M. Story a cru les trouver en désaccord.

2<sup>e</sup> exception. Lorsque le contrat est contraire aux bonnes mœurs, ou aux institutions ou prohibitions existant dans le pays où il doit recevoir son exécution; ou lorsqu'il porte préjudice, soit aux intérêts d'une autre nation, soit aux droits acquis par les citoyens de cette nation (6). « Dans ce cas, » dit M. Story (7), « la *comitas* sur laquelle repose la force des lois étrangères dans un territoire quelconque, cesse nécessairement. » Il cite comme exemple de la lésion des intérêts d'une autre nation, la convention par laquelle un individu s'engage à introduire en fraude des objets dans un pays étranger; les tribunaux de ce dernier pays, dit-il, refuseront ses effets à cette convention (8); il en sera de même de la convention de fournir des objets ou marchandises à l'ennemi en temps de guerre. Même langage dans M. Kent (9), et dans un article du *American Jurist and Law Magazine* (10). « En effet, » dit Tittmann (11), « le juge n'est pas tenu de maintenir toujours toutes les conventions quelconques, mais seulement lorsqu'elles ne répugnent pas à celles des dispositions de la loi en vigueur au siège du juge auxquelles

(1) Des assurances, ch. 4, sect. 8; t. 1<sup>er</sup>, p. 122

(2) §§ 280, 299 et 501.

(3) Même langage dans M. Rocco, p. 540 et suiv. Il cite l'art. 1775 du C. civ. des Deux-Siciles (qui ne fait que reproduire l'art. 1905 du C. civ. français) comme formant une application de ce principe.

(4) Lect. 57 et 59, t. II, p. 592, 595 et 459.

(5) § 505.

(6) V. plus haut, n<sup>o</sup> 48, 4<sup>o</sup> et la fin du même n<sup>o</sup>, ainsi que les auteurs qui y sont cités; ajoutez Huber, § 5 *in fine*, §§ 5 et 11; Émérigon, ch. 8, sect. 5; t. 1<sup>er</sup>, p. 212.

(7) §§ 242-263, et § 528.

(8) Toutefois, la convention est valable devant les tribunaux d'un État autre que celui auquel elle tend

à porter préjudice. Huber, no 10. Émérigon, ch. 8, sect. 5, t. 1<sup>er</sup>, p. 212. Valin, sur l'art. 49 de l'ordonnance de la marine. Pothier, des assurances, n<sup>o</sup> 58. M. Pardessus, t. V, n<sup>o</sup> 1492, p. 285. M. Rocco, (p. 575) soutient également que la convention consentie dans un pays où son objet est dans le commerce, doit être regardée comme valable dans un autre pays dont la législation place le même objet hors du commerce, pourvu que la livraison en dût être faite dans le premier pays. Il en serait autrement lorsque la livraison devrait être faite dans le second.

(9) Vol. 2, lect. 57, p. 592 et 593; lect. 59, p. 455 et 459.

(10) Vol. 11, cah. 22, p. 311.

(11) §§ 7, 11 et 13.



il peut être dérogé par des conventions particulières. La question de savoir quelles sont, dans chaque territoire, les lois auxquelles il est ainsi permis de déroger, se décide par la loi de ce territoire ; car c'est à elle que le juge doit nécessairement obéir. Ainsi, on n'admettra pas en Europe la validité d'une convention par laquelle un homme a été acquis comme esclave ; dans les pays qui ne possèdent pas de loi sur les lettres de change et la contrainte par corps, cette voie d'exécution ne pourra être ordonnée par le juge en vertu d'une lettre de change consentie à l'étranger. »

De même, suivant Sande (1), Hert (2), Hommel (5) et M. Burge (4), lorsque, dans le lieu de la confection de l'acte, cet acte emporte la voie de l'exécution parée, il ne jouira pas de cette prérogative dans un autre lieu où cette voie n'est pas en usage.

5<sup>e</sup> exception. Lorsqu'il s'agit, non pas de statuer sur le fond de la demande, mais d'apprécier des *défenses* (5) qui y sont opposées, et qui ont leur base dans la loi du lieu où siège le tribunal saisi de la cause, on suivra cette dernière loi. Ici s'appliquent également les motifs donnés par Tittmann, au passage rapporté à l'appui de la 2<sup>e</sup> exception.

M. Weber (6) applique cette exception à la

(1) Lib. 1, tit. XII, def. 12.

(2) § 69.

(5) *Obs.* 409, no 10.

(4) T. III, p. 761, 762, 766 et 768.

(5) On sait que les *défenses* ne tendent pas, comme les *exceptions*, à écarter simplement l'action, à la neutraliser, à différer ses effets, mais à la détruire, à l'anéantir sans retour. Boncenne, *Théorie de la procédure*, t. III, p. 47 de l'édition. HAUMAN.

(6) § 95, p. 572. V. *infra*, no 71.

(7) La prescription acquiescitive des immeubles est régie par le statut réel, celle des immeubles par la loi du domicile de celui qui invoque la prescription. Paul Voet et Jean Voet, aux passages cités ci-après. Mevius, *ad jus Lubec.*, lib. 1, tit. VIII, art. 1, et lib. 5, tit. VI, art. 1, 2, 5. Tittmann, § 14. Meier, § 25, Hauss, § 12, p. 55. M. Mühlenbruch, § 75. M. Burge, t. III, p. 121 et suiv. Pothier, De la prescription, no 251, admet, pour la prescription des meubles, la loi du domicile du créancier. Cette opinion revient à peu près à celle de Hert, Mansord et Rocco, que nous signalerons ci-après.

question de savoir si une obligation naturelle peut avoir, ou non, des effets en justice.

La même exception trouve son application à la prescription extinctive (7). « La loi, » dit feu M. Merlin (8), « qui déclare une dette prescrite, n'anéantit pas le droit du créancier en soi ; elle ne fait qu'opposer une barrière à ses poursuites. Or, cette barrière, à qui appartient-il de l'établir ? C'est, sans contredit, à la loi qui protège le débiteur, et par conséquent à la loi de son domicile. » Ainsi la prescription se règle par la loi du domicile qu'a le débiteur au moment de la demande. Telle est aussi l'opinion de Jean Voet (9), de Dunod (10) et de Boullenois (11). Ce dernier auteur, ainsi qu'après lui, M. Pardessus (12), limite cette décision au cas où les parties n'ont pas déterminé un lieu pour l'exécution du contrat ; si cette détermination a été faite, Boullenois et M. Pardessus veulent que la prescription soit régie par la loi de ce lieu. Christin (15), Burgundus (14), Mantica (15), Favre (16), et M. Troplong (17), règlent aussi la prescription par les lois du lieu où l'obligation doit être exécutée. Suivant Paul Voet (18), Huber (19), Hommel (20), Weber (21), Meier (22), Glück (25), MM. Mittermaier (24), Mühlenbruch (25), Tittmann (26), Story (27) et

(8) Plaidoyer du 22 brumaire an XII (Questions de droit, vo Prescription, § 15). p. 69. Répertoire, vo Prescription, sect. 1, § 3, no 7.

(9) *Ad ff. tit. de rer. div.*, no 50 ; *de int. rest.*, no 29 à la fin ; *de div. temporal, act.*, no 12.

(10) Des prescriptions, part. 1, chap. 14, à la fin.

(11) T. 1<sup>er</sup>, p. 550 ; T. II, p. 488, et obs. 20.

(12) T. V, no 1495, à la fin.

(15) Vol. 1, dec. 285, no 12.

(14) *Tr.* 4, no 27.

(15) *V.* Mansord, t. 1<sup>er</sup>, no 154.

(16) *Codex*, lib. 1, tit. V, def. 5.

(17) De la prescription, no 58.

(18) *De stat.*, sect. 10, ch. 1, nos 1 et 2.

(19) No 7.

(20) *Obs.* 409, nos 10 et 16.

(21) § 95.

(22) § 48.

(25) Études du droit privé, §§ 17 et 18.

(24) § 51, et *Archives*, etc., t. XIII, p. 507.

(25) § 75.

(26) § 14. — (27) §§ 577 et suiv.

Kent (1), la prescription est régie par la loi du lieu où l'action est formée. Bien qu'il y ait quelques différences dans les termes employés par ces auteurs, on voit qu'ils aboutissent tous à cette conclusion que la prescription s'acquiert d'après la loi en vigueur au lieu où siège le juge compétent pour statuer sur les actions personnelles formées contre celui qui oppose cette défense. Jean Voet s'exprime ainsi sur ce point : « Une dette non encore recouvrée est placée sous la puissance du juge du domicile du débiteur, plutôt que sous la puissance du juge du domicile du créancier ; car le créancier est obligé de s'adresser au tribunal compétent du débiteur ; ainsi ce n'est pas le juge du domicile du créancier, mais celui du domicile du débiteur qui peut repousser la demande en paiement. »

« La prescription, » dit M. Pardessus, « étant une exception qu'il est permis au débiteur d'opposer à la demande de son créancier, c'est naturellement dans sa propre législation qu'il doit trouver ce secours. »

Quelques auteurs, cependant, sont d'un avis contraire : Hert (2), Mansord (3), l'auteur de l'article du *American Jurist and Law Magazine* (4), et M. Rocco (5) ; ils appliquent, quant à la prescription, la loi du lieu où l'action est née, c'est-à-dire, où la convention a été formée. Cette opinion, peut-être la mieux fondée en théorie, a aussi été adoptée par la cour royale de Douai (6), et par la cour royale de Paris (7). »

4<sup>e</sup> exception. Nous avons déjà indiqué au n<sup>o</sup> 61 que si deux citoyens de même pays contractent ensemble en pays étranger, on peut leur supposer l'intention de se reporter aux lois et usages de leur patrie ; en d'autres ter-

mes, les actes passés par eux à l'étranger, conformes, quant à la substance, à la loi de leur patrie commune, mais non à celle du lieu de la rédaction, sont cependant valables partout (8), ou, du moins, suivant Jean Voet (9), dans leur patrie. C'est dans ce dernier sens que cette exception a été sanctionnée par le paragraphe 55 de l'introduction au Code général de Prusse, et par le paragraphe 4 du Code civil d'Autriche. Elle repose sur les mêmes motifs que nous avons indiqués au n<sup>o</sup> 49, à l'appui d'une exception analogue concernant la forme des actes.

5<sup>e</sup> exception. Lorsque les contractants se sont rendus en pays étranger dans l'intention d'é luder une prohibition portée par la loi de leur patrie (10).

63. Après avoir établi ainsi la règle qui domine la matière et indiqué les exceptions qu'elle admet, nous ajouterons quelques observations additionnelles.

64. Il arrive parfois que les parties négocient une convention pendant qu'elles parcourent ensemble divers lieux : quel sera alors le *locus contractûs* ? Ce sera celui dans lequel le contrat est devenu parfait. En effet, c'est là seulement où le *duorum pluriumve in unum placitum consensus* (11) est intervenu. Les auteurs sont d'accord sur ce point (12).

65. Lorsque les contractants n'ont pas été réunis en personne pour la conclusion de la convention, mais que l'un d'eux a donné mandat à un tiers, le contrat n'est pas devenu parfait dans le lieu où le mandat a été donné, mais dans celui où le mandataire a traité avec l'autre contractant ; car le mandataire remplace complètement le mandant (13).

vient d'ajouter Godefroy, sur la loi 20, ff. *de jurisdiction.*; Voet, *de stat.*, sect. 9, ch. 2, n<sup>o</sup> 9, except. 4; Tittmann, 16; M. Pardessus, t. V, n<sup>o</sup> 1492 et 1495; M. Mühlenbruch, continuation de Glück, t. XXXV, p. 56 et 57.

(9) *Ad ff. tit. de statutis*, no 15.

(10) *V.* plus haut, n<sup>o</sup> 48, 1, et les auteurs cités en note : ajoutez, Meier, § 15.

(11) L. 1, § 2, ff. *de pactis*.

(12) Hauss, p. 40.

(13) M. Rocco, p. 580, à la note.

(1) T. II, p. 461 et suiv.

(2) § 65.

(3) T. I<sup>er</sup>, p. 102, n<sup>o</sup> 156.

(4) T. I<sup>er</sup>, p. 515.

(5) P. 575.

(6) Arrêt du 16 août 1854. Gazette des Tribunaux du 18 et 19 du même mois.

(7) Arrêts du 7 février 1859 (2<sup>e</sup> chambre), et 18 janvier 1840 (3<sup>e</sup> chambre). Gazette des Tribunaux du 12 février 1859, et du 26 janvier 1840.

(8) *V.* les auteurs cités au n<sup>o</sup> 49, auxquels il con-

Il en est de même lorsque le contrat a été fait par un tiers agissant dans l'intérêt du maître de l'objet, et en réservant la confirmation de ce dernier (1).

Souvent des conventions sont conclues par lettres; dans ce cas le contrat devient parfait dans le lieu où la première lettre est reçue et d'où est expédiée la réponse portant acceptation de la proposition; car dans ce lieu le consentement de l'un des contractants s'est réuni à celui de l'autre (2).

66. Diverses conventions ne reçoivent pas leur perfection par le simple consentement des parties qui les concluent et signent; mais elles ont besoin, pour leur validité, de la confirmation donnée par une autre personne ou par une autorité publique. Il faut alors distinguer. Si la confirmation n'ajoute rien à la valeur intrinsèque du contrat, comme lorsqu'elle ne contient que la rédaction par écrit d'une convention verbale (3), le contrat est régi par la loi du lieu de sa conclusion primitive; mais si la convention est de celles qui ne reçoivent d'effet que par la confirmation, la loi du lieu de la confirmation est applicable. Ainsi la transaction conclue par le tuteur, suivant les prescriptions de l'art. 467 du Code civil, sera régie par la loi du lieu où siège le tribunal qui l'homologue, et non par celle du lieu où le tuteur a traité; dans les pays où le droit romain a conservé sa force, la validité de la donation d'une valeur excédant 500 *solidi* (L. 17, *C. de fide instr.*; L. 54 et 55, *C. de donat.*) devra être appréciée d'après la loi du lieu où elle aura été transcrite et confirmée par justice (4).

67. Lorsque l'existence d'un contrat dépend

de l'accomplissement d'une condition, et que cette condition s'accomplit dans un lieu autre que celui de la rédaction du contrat, c'est cependant ce dernier lieu qui en régit la substance: la condition accomplie a un effet rétroactif sur le contrat même (5).

Toutefois, s'il s'agit seulement du mode de procéder à un certain fait, il faut appliquer la loi du lieu où ce fait a dû être accompli, et non la loi du lieu où la convention a été conclue (6): car ce cas rentre dans les suites du contrat (7).

68. Lorsque la loi du lieu où le contrat a été passé autorise les parties ou l'une d'elles à le changer, modifier ou résilier, cette faculté leur doit être reconnue par les tribunaux d'un autre pays, devant lesquels la convention peut être portée; les contractants sont censés, en traitant sous l'empire d'une loi, en adopter toutes les dispositions relatives à la mutabilité ou à l'immutabilité de leurs engagements.

Ainsi, la donation entre époux, immuable d'après la loi du pays où elle a été passée, ne saurait être révoquée par l'un d'eux, lorsque, par leur naturalisation en France, ils se trouveront soumis à l'art. 1097 du Code civil. De même les époux qui ont passé leur contrat de mariage sous l'empire d'une coutume qui permet le changement de ce contrat durant le mariage, conservent cette faculté, après leur naturalisation en France, nonobstant l'art. 1394 du même Code (8).

#### Art. 2. Des effets et suites des contrats.

69. Il ne faut pas confondre les effets des contrats avec les suites accidentelles qu'ils

(8) Merlin, Répertoire, vo Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 6. Il existe une grande affinité entre les principes qui régissent la puissance des lois par rapport au temps et ceux concernant les lois par rapport aux lieux. En effet, dans l'un et l'autre cas, deux lois sont en présence, et il faut examiner laquelle d'entre elles régit l'hypothèse donnée. C'est pourquoi nous profiterons des lumières répandues par les auteurs qui ont écrit sur l'effet rétroactif des lois, en citant de préférence le Traité de feu M. Merlin, qui est le dernier dans l'ordre chronologique.

(1) Hert, § 55. M. Burge, t. III, p. 755.

(2) Struv., *exercit. ad ff. ex. VI, thes. 34; ex. XXVIII, thes. 25*. Hert, § 56 et sa dissertation *de comeatu litterarum*, §§ 16 et 17. Hommel, obs. 409, nos 17 et 18. Meier, § 44, no 5. Hauss, p. 40. MM. Story, § 285. Burge, t. III, p. 752 et suiv. Rocco, p. 577 et suiv.

(3) Hert, § 55. M. Burge, t. III, p. 754.

(4) Hommel, obs. 409, no 9; Meier, § 44, no 2.

(5) Hert, § 54. M. Burge, t. III, p. 754.

(6) M. Rocco, p. 556.

(7) *V. infra*, n° 69.

peuvent engendrer (1). Les *effets* dérivent de la nature même de l'acte ou de l'exercice du droit établi par cet acte; ce sont les droits et obligations que les parties ont positivement entendu créer, les droits et obligations inhérents au contrat, c'est-à-dire qui y sont contenus expressément ou implicitement, ou qui en résultent immédiatement ou médiatement; il n'y a pas lieu à distinguer si ces droits et obligations sont ou non actuellement ouverts ou exigibles, ou s'ils ne sont qu'éventuels et expectatifs. Sous la dénomination de *suites du contrat*, on comprend les obligations ou les droits que le législateur fait naître à l'occasion de l'exécution de l'acte ou du droit; les suites n'ont pas une cause inhérente au contrat même: elles résultent d'événements postérieurs au contrat et qui surviennent à l'occasion des circonstances dans lesquelles le contrat a placé les parties (2).

D'après le témoignage des auteurs, la loi qui régit le contrat lui-même (suivant la distinction établie *suprà*, nos 61 et 62) en régit également les *effets* ou *suites immédiates et médiatees* (3). Il n'en peut être autrement, parce que ce sont là les conséquences directes

du contrat même, qui doivent donc être soumises à la même loi.

Les *suites* ou *conséquences accidentelles* d'un contrat sont régies par la loi du lieu où se passent les faits qui y donnent occasion (4); car elles sont plutôt le résultat de ces faits que du contrat lui-même. En règle générale, ces faits se passent dans le lieu où le contrat reçoit ou doit recevoir son exécution, et, en conséquence, la loi de ce lieu sera applicable (5).

Arrivons à quelques exemples (6).

Au nombre des *effets* d'un contrat de vente sont la délivrance de la chose vendue, le paiement du prix et les actions de l'acheteur, ainsi que celles du vendeur, telles que l'action en garantie (7). Il en est de même du droit de résoudre la vente, soit par simple faculté de se repentir (8), soit par l'effet d'un pacte de réméré, soit pour cause de lésion (9) soit pour cause de non-accomplissement des conditions (10), soit enfin par forme de restitution en entier fondée sur une cause inhérente au contrat, dans les pays où ce recours est admis (11); on compte encore parmi les effets du contrat de vente, l'obligation de supporter

(1) Meier, Principes sur les questions transitoires, p. 56. (L'auteur appelle les *effets* du contrat : *Suites immédiates et nécessaires*; et les *suites* : *Conséquences accidentelles ou éloignées*.) M. Blondeau, Essai sur ce qu'on appelle l'effet rétroactif des lois, p. 191. Merlin, Répertoire, vo Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 4, et art. 5, n° 1. M. Rocco, p. 528 et suiv.; p. 540 et suiv.

(2) *V.* les auteurs cités à la note précédente.

(3) Voet, *de Stat.*, sect. 9, c. 2, n° 10. Boullenois, 59<sup>e</sup> principe; t. I<sup>er</sup>, p. 9; t. II, p. 477 et suiv. Répert., vo Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 4, (p. 262). M. Mittermaier, § 51, et *Archives*, t. XIII, p. 500 et suiv. M. Seuffert, Manuel du droit usuel des Pandectes, § 17. M. Brinkmann, p. 11, n° 5. M. Henry, p. 59. M. Story, §§ 265-272. M. Rocco, p. 528. Il faut excepter tout ce qui est relatif à l'association conjugale quant aux biens, cette matière étant régie par le statut personnel. *V. supra*, n° 56.

(4) Répert., *ibid.* M. Henry, p. 52. M. Story, § 295 et suiv. M. Rocco, p. 540 et suiv.

(5) Voet, *de Statutis*, sect. 9, c. 2, nos 12 et 15. Répertoire, vo Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 7.

(6) Presque tous les exemples qui suivent ont été

signalés par feu M. Merlin, au Répertoire, vo Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 4; nous ne reproduirons pas la citation de ce passage pour chacun des exemples: nous nous bornerons à indiquer les autres auteurs qui en ont parlé.

(7) Burgundus, *Tr.* 4, nos 7 et 8. Boullenois, t. II, p. 461.

(8) Boullenois, tit. IV, ch. 2, obs. 46; t. II, p. 452, 454 et suiv. M. Burge, t. II, p. 854. — Burgundus, *Tr.* 4, n° 9, regarde cette faculté comme un statut réel.

(9) Hert, sect. 6, § 4. M. Mühlenbruch, § 75. Répert., vo Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 5 et 7. M. Story, § 551. M. Kent, t. II, p. 459.

(10) *V.* ci-après n° 71.

(11) Christin, vol. I, déc. 285, n° 15. Voet, *de stat.*, sect. 9, cap. 2, n° 20. Voet, *ad ff.*, tit. de *in integr. rest.*, n° 29. (Il est entendu que la restitution n'est pas demandée pour une cause dérivant de l'état de la personne, par exemple, la minorité.) Hert, § 66. M. Mühlenbruch, § 75. — Meier, § 49, décide pour l'application des lois du lieu où le procès se plaide, mais en restreignant cette opinion au délai dans lequel la demande doit être formée.

la perte de la chose, lorsque le vendeur est en demeure de la livrer. Un des effets de l'acte de partage est l'obligation de garantie. Le bail à ferme emporte l'obligation de souffrir la réduction du fermage en cas de destruction d'une récolte entière; et la question de savoir si l'acquéreur est obligé d'entretenir le bail fait par le vendeur (art. 1745 du Code civil), se décide selon la loi du contrat (1). Un des effets ordinaires de tout acte renfermant l'engagement de payer une somme d'argent, est l'obligation d'en servir les intérêts; la question de savoir si ces intérêts sont dus et à quel taux, se règle par la loi du lieu où le contrat a été passé (2), ou du lieu fixé pour le paiement (3), à moins que les parties n'aient adopté une autre loi à ce sujet (4). Mais les dommages-intérêts dus pour inexécution du contrat sont régis par la loi du lieu de l'exécution ou du paiement (5); ce lieu peut être, soit celui du contrat (6), soit un autre lieu déterminé par les parties (7), soit enfin celui du domicile du débiteur (8), parce qu'en dernière analyse c'est là où l'action tendant à l'exécution du contrat est formée. Le délai dans lequel un engagement doit être rempli, dépend aussi de la loi du lieu du contrat (9).

(1) Répert., vo Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 5, n° 6.

(2) Burgundus, *Tr.* 4, n° 10. Mevius, *ad jus Lub., quæst. præl.* 4. Voet, *ad ff.*, tit. *de usuris*, n° 6. Boullenois, 59<sup>e</sup> principe général; t. I<sup>er</sup>, p. 9; t. II, p. 472 et 477. Meier, § 46. Répert., vo Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 5, nos 7 et 11. M. Story, §§ 291 et suiv. M. Kent, t. II, p. 461. M. Hartogh, p. 74. M. Burge, t. II, p. 861 et 862; t. III, p. 775 et 774.— Ainsi, l'intérêt légal dû à Alger à raison de 10 p. cent (ordonnance royale du 7 décembre 1855) pourra être exigé en France en vertu de contrats passés à Alger.

(3) Voet, *ad ff.*, tit. *de usuris*, n° 6. M. Story, § 298. *V. supra*, n° 62, 1<sup>re</sup> exception.

(4) M. Story, § 505. M. Kent, *ibid.*

(5) Christin, vol. I, déc. 285, n° 15. Burgundus, *Tr.* 4, nos 10 et 28. Boullenois, *ibid.* M. Henry, p. 55. M. Story, §§ 295 et 297. M. Rocco, p. 528.

(6) Voet, *ad ff.*, tit. *de Condict. tritic.*, n° 4. Hert, § 55. M. Pardessus, t. V, n° 1500.

(7) Voet, *ad ff.*, tit. *de usuris*, n° 11.

(8) Voet, *ibid.* C'est par erreur que M. Meier

Il faut ranger parmi les effets d'un contrat quelconque, l'examen des questions de savoir, si l'obligation est réelle ou personnelle, si plusieurs contractants sont, ou non, tenus solidairement, et s'ils peuvent, ou non, invoquer le bénéfice de division (10); si les héritiers du contractant sont engagés solidairement ou pour leurs parts viriles seulement (11); enfin, laquelle des parties est obligée au paiement des droits fiscaux (12). La quittance ou décharge, conséquence immédiate du contrat, est régie par la loi en vigueur au lieu du contrat ou du paiement; lorsqu'elle se trouve conforme à cette loi, elle est valable partout: délivrée suivant les lois d'un autre lieu, elle peut avoir force et vigueur dans ce même lieu, mais elle n'en aura pas nécessairement ailleurs (13). Les obligations accessoires, comme le cautionnement, sont régies par la loi du lieu où elles ont été contractées (14).

Parmi les *suites* ou conséquences accidentelles d'un contrat, on range les résultats qu'aura la négligence, la faute ou la demeure dans l'exécution, et les dommages-intérêts dus en conséquence (15); et la restitution en entier fondée sur une de ces dernières causes (16); l'obligation d'exécuter le remploi en cas de

(§ 46, n° 5) admet la loi du domicile du créancier.

(9) Christin, vol. I, déc. 285, n° 5.

(10) Voet, *de stat.*, sect. 9, cap. 2, n° 10. Burgundus, *Tr.* 4, nos 7 et 8. Boullenois, t. II, p. 465, 475 et 476. M. Henry, p. 51 et 52. M. Story, §§ 265, 272 et 522. M. Burge, t. III, p. 765.

(11) Répert., vo Effet rétroactif, sect. 5, art. 5, n° 9; sect. 5, § 6, n° 6.

(12) Christin, vol. I, déc. 285, n° 10. Voet, *de stat.*, sect. 9, cap. 2, n° 10. Hert, § 58.

(13) M. Story, §§ 554-542; 548-551. M. Kent, t. II, p. 595, 594, 458 et 459. M. Burge, t. III, p. 875, 876 et 925. Ce principe reçoit surtout son application en matière de lettre de change. M. Story, §§ 545-547.— La décharge par concordat ou cession de biens n'oblige pas les étrangers; *ibid.* §§ 557-559.

(14) Burgundus, *Tr.* 5, n° 11.

(15) Christin, vol. I, déc. 285, n° 15. Voet, *de stat.*, sect. 9, cap. 2, nos 12 et 15. Brunnemann, *ad L.* 6, ff. *de evict.* M. Mühlenbruch, § 75, no 10, IV. 2° M. Tittmann, § 40, M. Rocco, nos 540 et suiv.

(16) Voet, *de stat.*, sect. 9, cap. 2, n° 20.

remboursement des capitaux substitués; la confirmation ou ratification d'un contrat nul, défectueux ou rescindable (1), ainsi que le mode d'exécution d'un contrat (2).

70. La question de la légitimité de l'engagement, celle de savoir s'il y a lieu d'accorder ou de refuser l'action résultant d'un contrat, doivent être également appréciées suivant la loi du lieu où le contrat a été passé; par exemple, s'il s'agit de savoir si une action est recevable par suite d'une obligation naturelle. En effet, dans toutes ces actions, la nature du contrat vient en considération (3). Il faut excepter les cas où la loi du lieu où l'action est formée renferme une prohibition de la recevoir, par exemple, lorsque cette loi dénie une action pour telle obligation naturelle, ou qu'elle déclare prescrite une obligation civile (4); car, dans ces cas, le juge ne peut que suivre la loi à laquelle il est soumis (5). C'est par cette distinction que nous croyons pouvoir concilier les opinions diverses manifestées par les auteurs cités dans les notes.

ART. 5. Des actions en rescision, résolution, révocation ou réduction.

71. La règle exposée aux numéros précédents s'applique aux actions en rescision, résolution, révocation ou réduction des contrats, lorsque ces actions ont leur racine dans le contrat même (ou son contenu exprès ou implicite), et non dans des faits postérieurs à sa conclusion. Au premier cas, lesdites actions appartiennent à la classe des effets du contrat. (V. *suprà*, n° 69.) En conséquence, le juge ne pourra admettre d'autres causes que celles autorisées par la loi du lieu du contrat, et il devra les admettre si elles sont fondées

dans cette loi (6). « C'est, dit M. Merlin, parce que les vices du contrat sont inhérents au contrat même, parce qu'ils en font essentiellement partie, parce que les contractants ont été avertis, par la loi qui présidait à leur traité, des vices qu'il renfermait, et qu'ils ne l'ont souscrit que sous la réserve tacite de la faculté qu'elle leur accordait à l'un et à l'autre, ou à l'un d'eux seulement, de le faire annuler ou rescinder. » Ainsi, lorsque la loi du contrat accorde à l'acheteur comme au vendeur le droit de faire rescinder la vente pour cause de lésion, l'action de l'acheteur devra être accueillie en France, nonobstant l'article 1683 du Code civil.

Il en doit être de même d'une action en résolution pour inexécution des engagements pris par le contrat. (Art. 1184 du Code civil.)

Par la même raison, la faculté de révoquer une donation dépend de la loi du lieu où elle a été consentie (7).

72. Si les actions en rescision, résolution, révocation ou réduction, sont basées sur des causes survenues postérieurement au contrat, et dépendantes de la volonté du défendeur, elles constituent des suites du contrat; et, d'après ce que nous avons dit, *suprà*, n° 69, elles sont régies par la loi du lieu où ces faits se passent. On peut citer comme exemples la résolution immédiate d'un contrat de vente contenant la clause indiquée à l'article 1656 du Code civil, après une sommation signifiée sous l'empire de ce Code, bien que la loi du contrat ne regarde cette clause que comme comminatoire; de même la résolution du contrat de constitution d'une rente, lorsque le débiteur cesse pendant deux ans le paiement des arrérages. (Art. 1912 du Code civil) (8).

(1) Répert., v° Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 7. M. Kent, t. II, p. 461 et suiv. M. Rocco, p. 558 et suiv.

(2) Répert., v° Effet rétroactif, sect. 5, § 10.

(3) Boullenois, tit. IV, ch. 2, obs. 46; t. II, p. 472. Weber, § 62. Meier, § 45. M. Mühlenbruch, § 75, no 5, et no 4, 2°.

(4) Weber, § 95. Huber, § 7. M. Mittermaier, § 51, et *Archives*, t. XIII, p. 500 et suiv. V. *suprà*, n° 62, 5<sup>e</sup> exception.

(5) V. *suprà*, n° 62, 2<sup>e</sup> exception.

(6) Voet, *de stat.*, sect. 9, cap. 2, n° 20. Meier: § 45. Merlin, Répert., v° Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 5 et 7. M. Rocco, p. 547 et 557.

(7) Répert., v° Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 6, no 4.

(8) Répert., v° Effet rétroactif, sect. 5, § 5, art. 5, no 11, et art. 6, no 2.

## ART. 4. De la confirmation ou ratification des contrats.

73. Nous avons déjà indiqué, *suprà*, n° 66, que la confirmation ou ratification d'un contrat nul, défectueux ou rescindable, ne forme point un effet du contrat primitif; la confirmation ou ratification est soumise à la loi du lieu où elle intervient; car, dit M. Merlin (1), « la confirmation ou ratification ne peut être regardée comme un des éléments dont le contrat primitif s'est composé au moment où il a été formé : ce contrat y a bien donné l'occasion, et elle est une de ses suites; mais c'est hors de son contenu exprès ou implicite qu'il faut en chercher le principe; elle n'a d'autre principe que la volonté de la partie qui confirme ou ratifie. Ce n'est conséquemment qu'à la loi du lieu où cette volonté se manifeste, qu'il faut avoir égard pour en apprécier la valeur. »

## ART. 5. Des quasi-contrats.

74. Les engagements que produisent les quasi-contrats ne constituent pas moins des droits acquis par ceux envers lesquels ils se sont formés que s'ils dériveraient de contrats exprès (2); ils sont donc également régis par la loi du lieu (3).

Le droit romain (4) considère la délation de la tutelle comme un quasi-contrat entre le tuteur et le pupille, et il oblige le tuteur à donner caution de bien administrer. Le tuteur

nommé sous cette loi sera tenu de cette obligation, bien qu'il habite un autre pays, où, comme en France, la loi ne lui impose pas le devoir de donner caution (5).

De même celui qui, volontairement, gère l'affaire d'autrui (art. 1372 du Code civil), ou qui reçoit ce qui ne lui est pas dû (art. 1376), doit être jugé, quant aux obligations qui résultent pour lui de ces faits, par la loi du lieu où ces mêmes faits se sont passés.

## ART. 6. Des testaments.

75. Nous avons déjà fait remarquer (*suprà*, n° 61) que la substance du testament et son interprétation sont régies par la loi du domicile du testateur. Le testateur est supposé avoir eu l'intention (6) de se rapporter à ses usages ordinaires ou habitudes (*consuetudines*), et aux lois de son domicile (*regionis undè fuit*), comme étant celles qui lui sont connues et présentes à la mémoire.

Cette règle, puisée dans la nature des choses, est écrite dans les lois romaines (L. 21, § 1, ff. *qui test. fac. poss.*; L. 50, § 3, ff. *de leg. 1*; L. 75, ff. *de leg. III*); elle a été adoptée unanimement par Menoch (7), Grotius (8), Paul Voet (9), Sande (10); surtout par Jean Voet (11), Rodenburg (12), Boullenois (13), Hert (14), Vattel (15), Glück (16); le Répertoire de jurisprudence (17), Tittmann (18), MM. Mittermaier (19), Eichhorn (20), Mühlbruch (21), Seuffert (22), Gründler (23),

(1) Répert., art. 7. M. Rocco, p. 558 et suiv.

(2) Répert., v° Effet rétroactif, sect. 2, § 4.

(3) Christin, vol. 1, dec. 235, n° 14. Voet, *de stat.*, sect. 9, cap. 2, n° 17. M. Burge, t. Ier, p. 50; t. III, p. 951 et suiv.

(4) § 2. *Inst. de obl. quæ quasi ex contr.*

(5) Répert., v° Effet rétroactif, sect. 2, § 4.

(6) *Magis voluntatis quàm juris quæstio versatur*. Sande, lib. 4, tit. VIII, def. 7. Rodenburg, tit. III, ch. 4, n° 4. Voet, *ad ff.*, tit. *de hered. inst.*, n° 16.

(7) *De Præsumptionibus*, lib. 4 præes. 202, nos 12 et 17.

(8) *Epist.* 467.

(9) *De stat.*, sect. 9, ch. 1, n° 8.

(10) Lib. 4, tit. VIII, def. 7.

(11) *Ad ff.*, tit. *de hered. inst.*, n° 16; *ad Sctum treb.*, n° 54.

(12) Tit. II, part. 2, ch. 4, n° 1.

(13) T. II, p. 505 et suiv.

(14) Sect. 4, § 24; sect. 6, § 3.

(15) Liv. II, ch. 8, § 111. V. aussi la note de M. Pinheiro, sur ce §.

(16) *Succession ab intestat*, § 42, p. 110.

(17) V° *Legs*, sect. 4, § 1, n° 2.

(18) §§ 29 et 46.

(19) § 52, II et IV.

(20) § 35.

(21) Continuation de Glück, t. XXXV, p. 56.

(22) T. Ier, p. 258 et 259.

(23) T. Ier, p. 68.

Winiwarter (1), Story (2), Rocco (3) et Burge (4).

Plusieurs de ces auteurs ont trouvé à l'appui de cette règle une seconde raison : c'est que les meubles et créances dont se compose une succession, sont régis par la loi du domicile de leur propriétaire. (V. *suprà*, n° 52.) Mais cette raison ne suffit point pour former la base de la règle « qu'en matière de testaments, il faut recourir à la loi du domicile; » car, si cette base était unique, il faudrait aussi admettre (et c'est, en effet, l'opinion de quelques auteurs) (5) que les immeubles faisant partie d'une succession sont en tous points régis par la loi de leur situation. La vérité est que la règle posée s'applique à tous les points qui rentrent dans l'autonomie du citoyen (V. *suprà*, n° 59), ou, en d'autres termes, à tout ce qui n'est pas expressément régi par le statut personnel ou réel. Quant au statut personnel, nous n'avons pas besoin d'en parler, puisqu'il est aussi la loi du domicile; quant au statut réel, il se borne ordinairement à régler des points en dehors de l'autonomie, tels que la réserve (V. *suprà*, n° 58); par exception, ce statut peut aussi renfermer la prohibition expresse de manifester telle ou telle volonté. Mais dans les pays où cette prohibition n'existe pas relativement à l'hypothèse qu'il s'agira d'examiner, toute manifestation quelconque de la volonté demeurera comprise dans l'autonomie. Il faut se garder de confondre la succession testamentaire avec la succession *ab intestat*, dont nous avons parlé *suprà*, n° 57. « Le statut réel, » dit avec raison M. Mittermaier (6), « ne peut trouver son application que relativement aux trois points suivants : 1° Les devoirs ou charges attachés, et les restrictions apposées par la loi locale à la posses-

sion de l'immeuble » (par exemple, la réserve); « 2° les qualités qu'elle exige dans l'acquéreur d'un immeuble; 3° les formes et conditions de l'acquisition. »

Par application de la règle énoncée, les auteurs cités déclarent que le testament portant la disposition suivante : « J'institue mes héritiers les personnes qui me succéderaient *ab intestat*, » se rapporte aux parents que la loi du domicile du testateur appelle à sa succession, sans égard à la loi de la situation des immeubles qui en font partie. Rodenburg, et un arrêt cité par Sande, décident, au contraire, qu'en vertu de l'institution que nous venons de mentionner, les immeubles de la succession appartiendront aux personnes que la loi de la situation de chacun d'eux appelle à succéder *ab intestat* au testateur. C'est une erreur, ainsi que l'ont démontré Sande et Voet. Il s'agit ici d'un point qui rentre dans l'autonomie du testateur; il s'agit d'interpréter sa volonté, laquelle doit recevoir son exécution, à moins d'une prohibition expresse portée par le statut réel.

De même, suivant Hert (7), le legs de tant d'arpents de terre doit être interprété par la loi du domicile du testateur.

76. Quelques auteurs (8) ont soutenu que le testateur qui fait sa disposition dans un lieu autre que celui de son domicile, n'est censé s'en rapporter aux lois de ce domicile qu'à l'égard des objets qui s'y trouvent, et que, quant à ceux qu'il porte avec lui, il est réputé avoir voulu se conformer à la loi du lieu de la confection du testament. Tittmann (9) rejette avec raison cette opinion, comme ne reposant sur aucune base.

77. Par application de la règle posée au n° 75, en cas de changement de domicile du testateur, la validité intrinsèque du testament

(1) T. III, § 100.

(2) §§ 464-472.

(3) P. 461 et suiv.

(4) T. II, p. 857-860, p. 579 et suiv.

(5) Christin, vol. II, lib. 1, tit. I, dec. 4, nos 2, 3, 4; Cujas, consult. 5. Burgundus, Tr. 6. Voet, *de stat.*, sect. 9, ch. 1, n° 4. Voet, *ad ff.*, tit. *ad Sctum. treb.*, n° 54; Vattel, liv. 2, ch. 8, § 111; Glück.

Comment., t. Ier, § 44, p. 292; Danz, t. Ier, p. 184, n° 5. M. Story, §§ 475-474. M. Burge, t. IV, p. 576 et suivantes.

(6) § 52, 1.

(7) Sect. 6, § 5.

(8) Mevius, *ad jus Lub.*, *quæst. prel.* 6, n° 20; Vattel, à l'endroit cité.

(9) § 40.



doit être appréciée d'après la loi du domicile qu'il avait au moment du décès. Avant la mort du testateur, le testament ne confère pas un droit acquis à l'héritier ou au légataire : c'est donc à ce moment seulement que la loi peut agir sur les dispositions de dernière volonté, et exercer ses effets sur la substance de ces dispositions (1). Le testateur doit être regardé comme s'étant rapporté à la loi de ce nouveau domicile, parce qu'on suppose qu'il ne s'y est fixé qu'après avoir pris connaissance des lois qui le régissent.

Du reste, le testament conserve sa validité, quant à la forme, nonobstant le changement de domicile du testateur, parce que cette forme dépend du lieu de la confection de l'acte (2).

78. Nous allons examiner succinctement les dispositions des législations en vigueur sur la substance et l'interprétation du contrat, et sur la substance et l'interprétation du testament.

#### Contrats et conventions bilatérales.

Les paragraphes 36 et 37 du Code civil d'Autriche, rapportés plus haut, n° 26, consacrent expressément le principe énoncé au n° 61 ; le paragraphe 35 du même Code ne parle que des engagements unilatéraux.

Le Code général de Prusse garde le silence sur la question : les dispositions que nous avons citées au n° 51 ne s'y rapportent pas.

Même silence dans le Code de Bavière.

Suivant l'addition à l'art. 3 du Code badois (rapporté *suprà*, n° 26), « la validité (la substance) des actes passés dans ce pays est jugée par ses lois. » Cette disposition rentre dans la règle posée au n° 61.

L'art. 10 du Code de la Louisiane consacre expressément la même règle, ainsi que la première des exceptions indiquées au n° 62. En

voici les termes : « La forme et l'effet des actes publics et privés se règlent par les lois et les usages du pays dans lequel ces actes sont faits ou passés. Cependant l'effet des actes passés pour être exécutés dans un autre pays, se règle par les lois du pays où ils ont leur exécution. »

Cette dernière maxime a aussi été consacrée par le Digeste russe. L'étranger, y est-il dit, « peut passer toute espèce de contrats, engagements et conventions, soit avec un étranger, soit avec un indigène, pourvu que l'engagement, s'il doit sortir ses effets dans l'empire, soit, dans *sa substance* et dans sa forme, conforme à la législation de l'empire. » (Lois pers., x, 912.)

Les lois danoises consacrent en principe l'application des lois de chaque pays aux contrats qui y sont passés, lorsqu'ils donnent lieu à des contestations portées devant les tribunaux danois (3).

L'art. 1159 du Code civil, d'après lequel « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé, » ne se rapporte pas aux contrats consentis en pays étranger ; car la discussion élevée sur une disposition relative à la forme des actes, qui avait été proposée lors de la rédaction du Code, démontre qu'il n'a pas été dans l'intention du législateur d'établir des règles concernant les actes passés hors du royaume. (V. plus haut, n° 51.) L'art. 1159 s'applique uniquement aux actes passés en France ; les *usages* dont il parle sont ceux que le Code ou l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII n'a pas abrogés, et auxquels même le Code renvoie fréquemment. (V. les articles 671, 674, 1756, 1757, 1759 et 1760.) Nous croyons que Delvincourt (t. I, p. 29) et Toullier (t. VI, n° 319) se sont trompés, s'ils ont entendu appliquer le texte de l'article

(1) Rodenburg, tit. II, part. 2, ch. 4, no 1. Hert, § 25. Tittmann, § 29. M. Eichhorn, § 35, note g, et § 37, note h. M. Mühlenbruch, continuation de Glück, t. XXXV, p. 56. Répert., v° Effet rétroactif, sect. 5, § 1, no 4. M. Henry, appendice, p. 196. M. Story, § 475. M. Burge, t. IV, p. 580 et 581.

(2) Rodenburg, tit. II, part. 2, ch. 3, no 1. Répert., v° Effet rétroactif, sect. 3, § 5, no 1. V. aussi les auteurs cités à la note précédente.

(3) Archives du droit civil et criminel de la Prusse rhénane, tome VI, deuxième partie, page 115.

1159 à un contrat passé hors de France.

Les Codes étrangers qui ont pris le Code français pour modèle ont reproduit la disposition de l'art. 1159. V. le Code civil de Bade (art. 1159), le Code des Deux-Siciles (article 1112), celui du canton de Vaud (art. 859); celui d'Haïti (art. 949); le Code sarde (article 1260); le Code des Pays-Bas (art. 1581). Il faut donc appliquer à ces Codes la même observation.

Les Codes de Bavière, de Prusse et d'Autriche, ne contiennent pas la disposition consignée dans l'art. 1159.

Nous avons déjà parlé, dans une note au n° 62, des dispositions des divers Codes concernant le lieu où l'exécution du contrat doit se faire. Les art. 1247 et 1609 du Code civil ont été reproduits dans les Codes auxquels il a servi de modèle. Toutefois le Code de Bade ajoute à l'art. 1247 du Code français la disposition suivante : « Cette dernière règle admet  
« une exception à l'égard du paiement d'in-  
« demnités dues à raison d'un délit ou d'une  
« négligence : ce paiement aura lieu au do-  
« micile du créancier. » Le même article est suivi, dans le Code du canton de Vaud, des dispositions ci-après : « S'il se trouve dans le  
« canton, ou à celui de son fondé de pouvoirs,  
« s'il réside hors du canton. Il (*le paiement*)  
« doit être fait dans le domicile du débiteur, si  
« le créancier réside hors du canton, et n'y a  
« pas de fondé de pouvoirs. »

Le Code des Pays-Bas, art. 1429, cherche à compléter le texte de l'art. 1247 du Code français, par l'addition des mots suivants : « Tant qu'il continue d'habiter la même com-  
« mune où il avait son domicile au moment  
« de l'engagement : autrement au domicile du  
« débiteur. » Suivant le Code de Bavière (part. IV, chap. 14, § 10), « si le lieu du paye-  
« ment n'a pas été désigné par les parties, le  
« paiement doit être fait au domicile du créan-  
« cier. » Le Code général de Prusse (part. I, tit. V, §§ 247—252) distingue le cas de la livraison d'un objet, de celui d'une obligation de faire; il distingue encore entre les contrats

à titre onéreux et ceux à titre gratuit. A défaut de désignation d'un lieu, la livraison doit se faire au domicile que le créancier avait au moment du contrat; si ce contrat est à titre gratuit, l'exécution ne peut être exigée qu'au lieu de la résidence du débiteur. L'obligation de faire doit être remplie au domicile qu'avait le débiteur au moment du contrat.

L'art. 905 du Code civil d'Autriche (placé au chapitre *des Contrats en général*) est ainsi conçu : « Quand le lieu où le contrat doit être  
« exécuté ne résulte ni de la convention des  
« parties, ni de la nature ou du but de l'af-  
« faire, la délivrance des choses immobilières  
« se fait au lieu de leur situation, celle des  
« meubles au lieu où la promesse a été faite.  
« La mesure, le poids et les monnaies se  
« règlent d'après le lieu de la délivrance. » L'art. 1420 (contenu au chapitre *de l'Extinction des droits et obligations*) renvoie à l'article 905, en ajoutant que : « Dans tous les cas  
« où il n'existe pas de contrat, le débiteur  
« n'est tenu d'effectuer le paiement ailleurs  
« que dans le lieu de son domicile. »

Le Code de Berne porte, art. 704 : « Lors-  
« que le lieu de l'exécution ne résulte ni des  
« clauses, ni du but du contrat, la délivrance  
« doit être faite au lieu où le contrat a été  
« passé, s'il s'agit de meubles; quant aux im-  
« meubles, les actes qui les concernent sont  
« faits au lieu de leur situation, et les verse-  
« ments d'argent au domicile de celui qui  
« doit recevoir. »

Pour ce qui regarde particulièrement la mesure, le poids et les monnaies, la disposition ci-dessus du Code civil d'Autriche est aussi celle du Code général de Prusse (part. I, tit. V, §§ 256 et 257, et tit. XI, § 52). Le Code bavarois (part. 4, ch. 14, § 10), au contraire, renvoie, pour ces trois matières, aux lois du lieu du contrat. Quant à la restitution de la monnaie qui fait l'objet d'un prêt, la disposition de l'art. 1895 du Code civil français a été reproduite dans les Codes de Bade (article 1895), des Deux-Siciles (article 1775), dans celui de la Louisiane

(art. 2885), dans celui du canton de Vaud (art. 1579), et dans le Code des Pays-Bas (art. 1795); toutefois, les auteurs de ce dernier Code ont modifié, dans les termes suivants, la rédaction de la seconde partie de l'article : « Si, avant l'époque du paiement, il y a eu augmentation ou diminution dans la valeur des espèces, ou changement dans leur cours, la restitution de la somme empruntée aura lieu dans les espèces ayant cours au moment du paiement, calculées d'après leur valeur courante à la même époque. » L'art. 1794 ajoute une exception pour le cas où il a été convenu que la restitution se ferait en espèces monétaires pareilles à celles qui ont été fournies par le prêteur : dans ce cas, le débiteur doit rendre des pièces du même genre; s'il n'en existe plus, le paiement doit avoir lieu en pièces du même métal, et, autant que possible, de même valeur intrinsèque. Le Code bavarois (part. IV, ch. 14, § 7, n° 6) est conforme à l'art. 1895; dans le cas prévu par l'art. 1794 du Code néerlandais, le Code bavarois (part. IV, ch. 2, § 5, n° 5) impose au créancier l'obligation de se contenter de monnaies du même genre et d'une indemnité, s'il y a lieu. Le Code général de Prusse contient (part. I, tit. XI, §§ 778 à 791) une série de dispositions qui me semblent conformes aux art. 1895 du Code civil et 1794 du Code néerlandais; il faut en excepter seulement le § 790, ainsi conçu : « Si les espèces dans lesquelles la valeur a été donnée n'ont pas été mises hors de cours, mais que le souverain en ait seulement diminué la valeur extrinsèque, sans en altérer le titre, la restitution doit être faite et acceptée dans les mêmes espèces. »

La même disposition se trouve dans le § 988 du Code civil d'Autriche; ce paragraphe ajoute : « Mais si la valeur intrinsèque des espèces a été modifiée, le paiement doit être fait proportionnellement à la valeur intrinsèque que l'espèce de monnaie prêtée avait au moment du prêt. » Art. 989. « Si, au moment du remboursement, ces espèces

« de monnaie n'ont plus cours dans l'État, le débiteur doit effectuer le paiement dans les espèces les plus analogues, en tels nombre et qualité, que le créancier reçoive une valeur intrinsèque égale à celle que les espèces prêtées avaient au moment du prêt. »

#### Testaments.

La règle d'après laquelle la substance du testament et son interprétation dépendent de la loi du lieu du domicile, se trouve exprimée dans diverses législations, non pas, à la vérité, en termes exprès, mais d'une manière implicite.

Ainsi, le Code bavarois (part. III, ch. 2, § 12, n° 2) veut que « dans l'interprétation du testament le juge s'en tienne à la signification des termes usités dans le pays, » ce qui indique ouvertement le lieu du domicile.

Des dispositions analogues se trouvent dans le Code général de Prusse, part. I, tit. IV, §§ 65 et suiv.

L'art. 655 du Code d'Autriche porte : « Dans les dispositions de dernière volonté, les mots sont aussi pris dans leur acception ordinaire. » M. Winiwarter (1) ajoute qu'il s'agit de l'acception usitée dans le lieu du domicile du testateur.

#### SECT. II. — Des formalités de justice.

79. La compétence des autorités et la forme de procéder devant elles, sont régies par la loi du pays où la demande est formée, quelle que soit la loi sous l'empire de laquelle se sont passés les faits dont elle dérive. En effet, il résulte du principe de l'indépendance des États, que l'organisation et la compétence des autorités, dans chacun d'eux, ne peuvent dépendre des lois d'un autre État : et, de même, les formalités à observer par les parties pour introduire et diriger une action de-

(1) § 100.

vant les autorités, ainsi que les règles à suivre par ces dernières pour rendre une décision, ne peuvent tirer leur sanction que de la loi du même territoire : sinon, ces autorités dépendraient, dans le fait, de l'État dont les lois leur traceraient les règles de conduite. On ne trouve pas d'exemple qu'une nation ait accordé un effet quelconque, dans son territoire, aux lois étrangères concernant la compétence des autorités et la forme de procéder devant elles (1).

Les formalités dont nous venons de parler sont comprises sous la dénomination de dispositions *ordinatoriæ litis*, à la différence de celles qui appartiennent au fond même de la cause et qu'on appelle *decisoriæ litis*.

Les auteurs sont unanimes pour admettre la maxime formulée en tête de ce numéro. Nous citerons Fabre (2), Paul Voet (3), Sande (4), Burgundus (5), Rodenburg (6), Boullenois (7), Mevius (8), Hommel (9), Hert (10), Weber (11), Glück (12), Danz (13), Tittmann (14), Meier (15), Merlin (16), MM. Mühlenbruch (17), Mittermaier (18), Pardessus (19), Henry (20), Kent (21), Rocco (22) et Burge (23).

80. Par application de cette maxime, il faut juger suivant les lois de chaque nation, si une cause doit être portée devant la juridiction ordinaire ou devant une juridiction exceptionnelle ; en Angleterre et aux États-

Unis, si elle appartient à la juridiction du droit commun ou à celle de l'équité : dans les pays allemands, s'il y a lieu de la suivre, soit devant les juges du domicile du défendeur (*forum rei*), soit au *forum contractûs, administrationis, arresti, rei sitæ*, etc. (24).

La même loi règle les formalités de l'assignation, laquelle tantôt est signifiée à la simple requête du demandeur, comme en France, tantôt ne l'est qu'en vertu d'une autorisation accordée par le juge, sur requête à lui présentée (25) ; la même loi règle les délais de comparution (26), la nature et la forme de la procuration *ad lites* (27), la forme de la rédaction et prononciation du jugement (28), tout ce qui concerne l'appel (29), ainsi que la taxe des dépens (30). Il faut s'en tenir à la loi de chaque nation sur la question de savoir, si l'étranger, demandeur ou défendeur, est soumis, quant à la compétence des tribunaux et à la forme de procéder devant eux, à des règles différentes de celles qui sont applicables aux nationaux. Cette dernière matière soulève de nombreuses questions, que nous traiterons dans un premier paragraphe. Après avoir ainsi examiné les dispositions *ordinatoriæ litis*, nous étudierons, dans le paragraphe 2, la différence qui existe entre ces dispositions et celles *decisoriæ litis* : un troisième paragraphe aura pour objet les commissions rogatoires.

(1) *V. supra*, nos 9 et suiv.

(2) *Codex*, lib. 5, tit. 1, def. 22.

(3) *De statutis*, sect. 10, c. 1, nos 6 et suiv.

(4) Lib. 1, tit. XII, def. 5, *in medio*.

(5) *Tr.* 7, no 5.

(6) Tit. II, c. 5, no 15, p. 91.

(7) Tit. II, ch. 5, obs. 25 ; t. I, p. 555 et suiv., 541 et suiv.

(8) *Quest. prél.* 6. nos 55 et suiv. ; *de arrestis*, c. 15, no 16, c. 20, no 5.

(9) Obs. 409, reg. 4.

(10) § 70 et suiv.

(11) § 95.

(12) Commentaire, § 44, no 1, et § 74 ; Droit privé, §§ 17 et 18.

(13) T. I, § 55, p. 185.

(14) §§ 8, 20 et 45.

(15) §§ 17, 50 et suiv.

(16) Répert., vo Effet rétroactif, section 5, §§ 7 et 8 ; vo Preuve, section 2, § 5, article 1, no 5.

(17) § 73.

(18) Archives de la jurisprudence, t. XII, p. 295 et 500.

(19) T. V, nos 1489 et 1490.

(20) P. 55.

(21) T. II, p. 461 et suiv.

(22) P. 291, 565 et suiv.

(23) T. I, p. 50.

(24) Nous parlerons *infra*, no 146, de ces diverses juridictions.

(25) Voet, *de stat.*, à l'endroit cité, no 16.

(26) *Ibid.*, no 7.

(27) *Ibid.*, no 11.

(28) *Ibid.*, no 12.

(29) *Ibid.*, no 15, Hert, § 71.

(30) Hert, § 72.

§ 1. De la position des étrangers devant les tribunaux.

81. Considérons l'étranger comme demandeur et comme défendeur. Il peut être demandeur, soit contre un regnicole, soit contre un autre étranger.

I. De l'étranger demandeur contre un regnicole.

82. Dans tous les pays civilisés on admet l'étranger à se porter demandeur devant les tribunaux du pays contre un regnicole, pour obtenir l'exécution des obligations contractées par ce dernier, soit dans sa patrie, soit à l'étranger. Les auteurs du Code civil ont consacré, par une disposition expresse, le droit de l'étranger de traduire un Français devant les tribunaux de France, à raison d'obligations contractées à l'étranger. Car, comme la législation française refuse tout effet aux jugements rendus à l'étranger, il fallait ouvrir à l'étranger le droit de porter devant les juges français ses réclamations contre son débiteur français (1).

Cette disposition (art. 15) a été reproduite dans les divers Codes civils qui ont pris le Code français pour modèle; savoir dans le Code civil de Bade (art. 15), dans celui des Deux-Siciles (art. 16), dans celui du canton de Vaud (art. 9), et dans celui d'Haïiti (art. 17).

L'application du même principe, dans les autres États, n'a jamais été contestée, et d'autant moins qu'on y admet les étrangers à saisir les tribunaux de leurs contestations avec d'au-

tres étrangers, ainsi que nous l'exposerons *infra*, n° 103 et suiv.

83. Par application de l'article 15 du Code civil, l'étranger naturalisé Français peut être assigné devant les tribunaux français, même à la requête d'un étranger, et pour des obligations contractées en pays étranger avant la naturalisation. La compétence des tribunaux se règle sur la position actuelle du défendeur, et non sur la nature originaire de la créance (2).

84. L'article 15 n'exige pas la réciprocité: il n'établit pas d'exception pour le cas où le Français, demandeur devant les tribunaux du pays de l'étranger, y rencontrerait des obstacles qui ne se trouvent pas dans la loi française (3). Mais aussi l'étranger, demandeur en France, ne peut prétendre à des avantages que lui assurent les lois de son pays, lorsque celles de la France les lui refusent; et vainement il justifierait que dans son pays le demandeur français jouirait des mêmes avantages (4).

85. Cependant il est de règle générale, que l'étranger demandeur doit fournir caution au regnicole défendeur, pour le paiement des frais et dommages-intérêts.

Le droit romain obligeait tout demandeur, regnicole ou étranger, à fournir cette caution (5). Cette disposition a été conservée dans plusieurs pays allemands, ainsi que nous le verrons à l'instant. En France, l'ancienne jurisprudence n'a maintenu l'obligation de fournir caution qu'à l'égard du demandeur étranger (6); et c'est en ces termes que la règle a été consacrée par les articles 16 du Code civil, et 166 du Code de procédure

(1) M. Rollin, de *Jurisdictione judicium nostrorum in extraneos*, n° 21, p. 75.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 27 mars 1855. *Gazette des tribunaux*, du 10 avril même année.

(3) Par exemple, lorsque dans la patrie de l'étranger demandeur les créanciers regnicoles jouissent de certaines prérogatives au préjudice des créanciers étrangers. V. un arrêt de la cour royale de Colmar, du 27 août 1816.

(4) Arrêt de la cour de cassation, du 10 août 1815. Sirey, 1814, I, 5.

(5) *Nov.* 112, c. 2. On appelait cette caution :

*cautio pro expensis*. La *cautio* (ou plutôt *satisfactio*) *judicatum solvi* était due par le défendeur, § 4 et 5. *Inst. de satisfactio*. Aujourd'hui cette dernière espèce de caution est inconnue. Weiske, Dictionnaire de droit, v° Caution, p. 616; v° *Caution judicatum solvi*. Les jurisconsultes modernes ont confondu les deux dénominations.

(6) Bacquet, Traité du droit d'aubaine, part. 2, ch. 16, n° 5, et ch. 17. Denisart, Collections de décisions nouvelles, v° Caution *judicatum solvi*. Rép., même mot, § 1.

civile. Ces articles admettent en même temps deux exceptions, l'une pour les matières commerciales, l'autre pour le cas où l'étranger demandeur possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le paiement des frais et dommages-intérêts.

Cette disposition se retrouve dans le Code de *Bade* (art. 16) (1), dans celui des *Deux-Siciles* (art. 17), et dans l'article 33 du *Code sarde*; ce dernier, toutefois, y a apporté deux modifications : il limite expressément la disposition « à l'étranger qui n'a pas un domicile fixe dans les États sardes; » et il ajoute à la fin de l'article les mots suivants : « Ou qu'on en use autrement envers les sujets du roi, dans le pays auquel appartient l'étranger. »

Le Code de procédure civile de *Genève* porte, article 67 : « Si le défendeur le requiert d'entrée de cause, le demandeur étranger, non domicilié dans le canton (2), sera tenu de donner caution pour le paiement des dépenses et des dommages-intérêts résultant du procès, ou de consigner la somme provisoirement arbitrée par le tribunal. » — Art. 68. « Le demandeur étranger sera dispensé de donner caution ou de consigner, s'il est d'un État dans lequel on ne l'exige pas du Genevois demandeur, s'il possède dans le canton des biens suffisants pour assurer le paiement desdits dépens et dommages-intérêts. »

Le Code de procédure civile des *Pays-Bas* n'admet qu'une des deux exceptions établies par les articles 16 du Code civil et 166 du Code de procédure civile français (3). L'article 152 de ce Code est ainsi conçu : « Tous étrangers, demandeurs principaux ou parties jointes dans une instance pendante, ou intervenants, sont tenus, si le défendeur

« le requiert avant toute exception ou défense, de fournir caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés. La partie qui requiert la caution n'est pas censée reconnaître par là la compétence du juge. » — Art. 153. « Le jugement qui ordonne la caution fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie. Le demandeur ou intervenant qui consignera cette somme, ou qui justifiera que ses immeubles, situés dans les Pays-Bas, sont suffisants pour en répondre, sera dispensé de fournir caution, pourvu que, dans ce dernier cas, il consente une inscription hypothécaire sur lesdits immeubles. »

En *Bavière*, le paragraphe 5 du chapitre 8 du Code de procédure civile a été développé par le paragraphe 8 de la loi du 22 juillet 1849, ainsi conçu : n° 1 : « Tout étranger qui formera une demande contre un sujet bavarois et qui ne possède pas des immeubles en Bavière, est tenu, si le défendeur le requiert, de fournir caution de payer les frais du procès; de même, si une convention est formée contre lui, il doit donner caution jusqu'à concurrence de l'évaluation du principal, des fruits, intérêts et dommages-intérêts résultants de cette convention; le défendeur n'est pas tenu de répondre à la demande avant que cette caution n'ait été fournie. L'obligation de donner caution de payer les frais, cesse dans les opérations de la faillite ou de la déconfiture (*conkurs*), en matière de lettres de change, et lorsqu'une partie de la créance se trouve liquide; dans ce cas, cette partie demeure réservée au profit du défendeur. »

Le Code de procédure civile de *Prusse*, part. I, tit. XXI, § 4, établit la même obligation

(1) Le Code de procédure civile de *Bade*, dans les paragraphes 176 et suiv., qui seront rapportés ci-après, a modifié la disposition de l'art. 16 du Code civil.

(2) L'art. 685 du même Code porte : « Ne sera considéré comme étranger domicilié dans le can-

« ton que celui qui aura demandé et obtenu la permission d'y fixer son domicile. »

(3) Il n'existe plus de tribunaux de commerce dans ce royaume, et les affaires commerciales sont jugées par les tribunaux civils.

à la charge de *tout demandeur* quelconque, si le défendeur le requiert ; mais le paragraphe 2 admet des exceptions lorsqu'il s'agit d'aliments ou de salaires, d'affaires sommaires, de lettres de change, d'exécution de jugements, de réintégration, de divorce, d'affaires commerciales conclues dans les foires et marchés, et de faillites. Sont de même dispensés de fournir caution, le fisc, les communes, établissements publics et corporations légalement établies : enfin, le demandeur qui possède des biens immeubles d'une valeur suffisante pour répondre du paiement et appartenant à lui ou apportés en mariage par sa femme.

Le Code de procédure civile d'*Autriche*, § 406, impose l'obligation de fournir caution à *tout demandeur* qui n'habite point la province dans l'étendue de laquelle le procès sera débattu : il y a exception en faveur du demandeur qui affirme sous serment qu'il se trouve hors d'état de fournir cette caution.

Voici le texte du paragraphe 176 du Code de procédure civile de *Bade* : « Tout étranger, « demandeur principal ou intervenant principal, ou partie jointe au demandeur, est tenu, « si le défendeur le requiert, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts « auxquels il pourrait être condamné, à moins « qu'il ne possède, dans le grand-duché, des « immeubles ou des objets que la loi répute « immeubles, d'une valeur suffisante pour en « répondre. » — § 185. « Cette obligation cesse : « 1<sup>o</sup> en cas de faillite ou de déconfiture ; « 2<sup>o</sup> lorsqu'il est probable que la partie liquide « de la créance suffit pour couvrir les frais et « dommages-intérêts ; 3<sup>o</sup> en cas d'exécution « de jugements ou actes ; 4<sup>o</sup> en matière de « commerce ; 5<sup>o</sup> lorsque l'étranger a été sommé

« judiciairement de se porter demandeur. » — § 184. « On ne peut exiger caution de payer « le montant de la reconvention ou des frais « qu'elle peut entraîner. »

Dans les pays allemands qui, en matière de procédure civile, sont encore régis par le droit commun, la caution *pro expensis* est exigée pour les frais et la reconvention : mais aussi on admet différentes exceptions à l'obligation de fournir caution, qui n'existent point en France (1).

Du reste, les habitants des divers États qui composent la confédération germanique ne sont pas dispensés de fournir caution, lorsqu'ils se portent demandeurs dans un autre État confédéré (2).

En *Angleterre*, le demandeur n'est pas tenu de donner caution pour le remboursement des frais de justice, excepté en cas d'appel, devant le conseil privé, contre les jugements rendus dans les pays dépendants de la Grande-Bretagne. Le défendeur doit fournir caution de se présenter devant les juges.

86. Le motif de l'obligation de donner caution est, en thèse générale, de garantir le regnicole contre les procès téméraires entrepris par des étrangers qui, après avoir succombé, n'offriraient pas au regnicole le moyen de se remplir des avances et frais du procès. M. Merlin (3) exprime ce motif dans un sens spécial à la France (4) ; « C'est, dit-il, qu'en thèse générale les jugements des tribunaux français sont sans effet en pays étranger, comme les jugements rendus en pays étranger sont sans effet en France. » Le tribun Gary (5) semble pencher vers la même opinion. Ce motif de garantie, suivant nous, a bien été la raison primitive qui a fait exiger la caution *pro expensis* : mais, dans l'état actuel de la législation française, nous ne croyons pas que ce motif forme

(1) Martin, Manuel de la procédure civile du droit commun. (*Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes*), § 510. Weiske, *vo* Caution, t. II, p. 616.

(2) M. Mittermaier, Procédure civile comparée, cahier IV, p. 256.

(3) Répertoire, *vo* Caution *judicatum solvi*, § 1.

(4) On verra à la section III, que, dans la plupart des autres pays de l'Europe, on ne refuse pas leur effet aux jugements rendus à l'étranger.

(5) Locré, Législation civile de la France, t. II, p. 544.

la base unique ou du moins principale de l'article 16. S'il en était ainsi, le législateur n'aurait pas manqué d'imposer également à l'étranger défendeur l'obligation de fournir caution avant d'être écouté dans ses moyens de défense (1), surtout si le juge reconnaît que cette défense place le demandeur dans la nécessité de faire des frais considérables. De même, dans cette hypothèse, la caution aurait dû être exigée du défendeur originaire qui forme opposition à un jugement par défaut ou qui se pourvoit par appel.

L'article 16 étant placé au titre *de la Jouissance et de la Privation des droits civils*, il semble en résulter que le droit de plaider en France comme demandeur sans donner caution, ainsi que le droit d'exiger cette caution, sont des droits privilégiés qui n'appartiennent qu'à ceux qui jouissent des droits civils en France. Cet argument tire une nouvelle force du principe consacré en jurisprudence (2), qu'en règle générale les nationaux seuls ont le droit de réclamer la justice.

Nous croyons donc que le motif de la garantie des frais n'est plus, aujourd'hui, en France, qu'un motif secondaire du droit d'exiger la caution *pro expensis*, et que le droit de former demande sans donner caution et celui d'exiger caution du demandeur étranger, sont des privilèges attachés à la jouissance des droits civils.

87. Par suite il a été jugé, et avec raison, que la caution ne peut être exigée de l'étranger

qui a été admis par l'autorisation du roi à établir son domicile en France, et qui, en conséquence, jouit de tous les droits civils : il doit avoir le droit de plaider, comme les Français eux-mêmes (3).

Aussi les habitants d'Alger ne sont plus tenus de fournir caution (4).

88. Une autre conséquence du motif sur lequel repose l'art. 16, c'est qu'en cas de procès entre deux étrangers, le défendeur n'est pas autorisé à exiger la caution, à moins qu'il n'ait obtenu la jouissance des droits civils conformément à l'art. 15. Le terme générique « défendeur, » employé dans l'art. 16, ne saurait faire appliquer cette disposition au défendeur étranger : car en général le Code garde le silence sur les procès entre deux étrangers (5). Nous sommes ici en désaccord avec Merlin (6). Carré (7), Guichard (8) et M. Coin-Delille (9); ces auteurs se fondent sur la nécessité d'accorder au défendeur une garantie pour le paiement des dépens, dommages et intérêts qui pourront lui être adjugés. Le même système avait été adopté par la cour royale de Paris (10); mais cette cour a fini par consacrer l'opinion que nous venons d'émettre (11). « Attendu que le droit d'invoquer l'exception de la caution *judicatum solvi*, est un privilège attaché à la nationalité, qui, dans le silence de la loi, doit être restreint aux Français actionnés par un étranger, et ne saurait être étendu à l'étranger cité en justice par un autre étranger. » Cette opinion est aussi partagée par MM. Duranton (12), Dalloz (13), Legat (14) et Tau-

(5) *V. infra*, no 100.

(6) Répert., vo Caution *judicatum solvi*, § 1.

(7) Sur l'article 166 du Code de procédure civile.

(8) Traité des droits civils, p. 514.

(9) De la jouissance et de la privation des droits civils, art. 16, no 5.

(10) Arrêts du 8 mars 1852 et du 50 juillet 1854 : *Gaz. des trib.* du 2 mai 1852. Sirey, 1852, II, 58; 1854, II, 454.

(11) Arrêt du 5 février 1840. Dalloz, 1840, II, 80.

(12) T. I, p. 166.

(13) Recueil alphabétique, tome XIV, page 252, no 11.

(14) Code des étrangers, p. 515 et 514.

(1) C'est ce que proposait Argou, Institutions de droit français, t. I, liv. 1, ch. 11, dans les procès entre deux étrangers. Le § 14 de l'ordonnance du grand-duc de Hesse, du 21 juin 1827, dispose que, dans les procès entre deux étrangers, chaque partie a le droit d'exiger que l'autre fournisse la caution *pro expensis*.

(2) *V. infra*, no 112 et suiv.

(3) Jug. du tribunal de la Seine, du 25 mars 1828. *Gazette des tribunaux* du 29 du même mois. Arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 1<sup>er</sup> juillet 1826. Table générale alphabétique de la jurisprudence belge, vo Caution *judicatum solvi*, no 9.

(4) *Gazette des tribunaux* du 1<sup>er</sup> juillet 1858.



lier (1), ainsi que par la cour royale d'Orléans (2).

Dans l'ancien droit, l'opinion contraire était généralement reçue (3). C'est qu'alors on faisait peu d'attention aux droits civils et on ne s'attachait qu'à la question de la garantie des frais.

89. Mais l'étranger défendeur, admis à la jouissance des droits civils (art. 15), et qui peut être traduit devant les tribunaux français à la requête d'un autre étranger non domicilié (V. *infra*, n° 115), est fondé à opposer à celui-ci l'exception de la caution *pro expensis* (4).

90. Il résulte encore du même motif, que le Français qui habite un pays étranger, sans avoir perdu la qualité de Français, ne doit pas être tenu de fournir la caution *pro expensis* (5).

91. Le texte de l'article 16 exigeant la caution en toutes matières, l'étranger demandeur ou partie civile devant un tribunal de justice répressive y est obligé (6).

De même elle doit être fournie devant la justice de paix : et c'est à tort qu'il a été jugé en sens contraire, par le motif que l'article 166 du Code de procédure civile, qui prescrit les formalités à observer en cette matière, se trouve au livre II, *des Tribunaux de première in-*

*stance* (7). Le principe a été établi par l'article 16 du Code civil.

92. Aux termes de l'article 166 du Code de procédure civile, l'obligation de donner caution n'est pas d'ordre public, et ne peut être imposée d'office par le juge (8) : elle est subordonnée à la réquisition qu'en fait le défendeur français avant toute autre exception. En d'autres termes, la caution doit être demandée *in limine litis* (9) ; et le Français appelant ne peut proposer cette exception devant la cour royale, s'il ne l'a pas fait valoir en première instance (10). Cependant, lorsque l'étranger, demandeur originaire, se rend appelant, l'intimé français peut encore réclamer la caution : en effet, l'appel est le principe d'une instance nouvelle qui donne lieu à des frais nouveaux que la caution fournie devant les premiers juges n'est point tenue de payer (11).

Suivant plusieurs auteurs (12), l'étranger demandeur originaire peut même être obligé à fournir caution sur l'appel interjeté par son adversaire français. On peut ici invoquer le même motif.

A plus forte raison, la caution doit être fournie par l'étranger demandeur dans les voies extraordinaires de la requête civile ou du pourvoi en cassation (13).

(1) Théorie raisonnée du Code civil, tom. I, p. 119.

(2) Arrêt du 26 juin 1828. Sirey, 1828, II, 195.

(3) Bacquet, Droit d'aubaine, ch. 17, n° 2. Rousseau de Lacombe, Jurisprudence civile, vo Aubaine, sect. 2, n° 2. Denisart, vo Caution *judicatum solvi*, § 1. n° 14. Répert., même mot, § 1. Malleville. Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'État, sur l'art. 16.

(4) M. Legat, p. 515.

(5) Répert., vo Caution *judicatum solvi*, § 1. Arrêt de la cour de cassation de Belgique, du 15 novembre 1857. Bulletin des arrêts, 1857-1858, pag. 525 et 559.

(6) Arrêt de la cour de cassation du 5 février 1814. Sirey, 1814, I, 116. Arrêt de la cour royale de Paris du 5 février 1840, déjà cité.

(7) Jugement du tribunal de Mayence, du 19 juillet 1828. Archives des décisions judiciaires de la Hesse Rhénane (*Archiv der Entscheidungen der rheinhessischen Gerichte*), t. I, p. 224.

(8) Il en est de même dans les Deux-Siciles, en

Sardaigne, dans les Pays-Bas et en Allemagne (V. *suprà*, n° 85). Il y a exception dans quelques pays allemands, par exemple, dans le royaume de Saxe, à cause des épices et autres frais payables à la caisse du tribunal. Weiske, vo Caution, p. 616 et 617.

(9) Observ. du tribunal ; Locré, tom. XXI, p. 455.

(10) Arrêt de la cour royale de Toulouse, du 27 décembre 1819. Sirey, 1820, II, 512.

(11) Rousseau de la Combe, Jurisprudence civile, vo Aubain, sect. 2, n° 2. Malleville, sur l'article 16. M. Legat, p. 514. Arrêts de la cour royale de Paris, du 14 mai 1851 et 22 juillet 1840 (Sirey, 1851, II, 177; *Gazette des tribunaux*, des 50 et 51 juillet 1840). Arrêt de la cour d'appel de Cologne, du 27 juin 1856 (Archives, etc., t. XXXIII, p. 175). Un arrêt de la cour royale de Douai, du 15 avril 1855, a jugé en sens contraire. Sirey, 1855, II, 242.

(12) Répert., vo Caution *judicatum solvi*, § 1. Carré, sur l'art. 166. M. Coin-Dehille, sur l'article 16, n° 5.

(13) M. Coin-Dehille, n° 15. Arrêt de la cour de cassation de Belgique, du 12 août 1856. Bulletin des arrêts, 1856-1857, p. 558.

Mais l'étranger porteur d'une décision judiciaire en dernier ressort peut la mettre à exécution sans fournir caution à son adversaire français, qui se pourvoit en cassation (1). Il en est autrement s'il s'agit d'une décision administrative, susceptible d'un recours au conseil d'État (2).

93. Le défendeur qui a réclamé la caution *in limine litis*, peut en demander une augmentation, lorsque l'étranger, demandeur originaire, se rend appelant (3). Il n'y a que l'étranger défendeur originaire qui, d'après le texte des articles 16 et 166, est dispensé de fournir caution lors même qu'il se rend appelant (4). (V. *infra*, n° 148.)

94. Les articles 16 du Code civil et 166 du Code de procédure civile ne parlent que du cas d'une demande formée par un étranger; si l'étranger est porteur d'un titre paré, dont il poursuit seulement l'exécution, la caution ne peut être exigée (5). C'est là le cas lorsque l'étranger poursuit en France une expropriation forcée (6) ou la validité d'une saisie-arêt (7), en vertu d'un acte exécutoire.

95. Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, le texte des articles cités indique deux exceptions à l'obligation du demandeur étranger de fournir caution : lorsqu'il s'agit de *matières commerciales*, et lorsque le demandeur possède des immeubles en France.

La première de ces exceptions s'applique également à une instance au civil qui ne forme

qu'un incident élevé sur une demande portée par l'étranger devant le tribunal de commerce, par exemple en cas de dénégation de l'écriture et de la signature d'un billet à ordre (art. 427 du Code de procédure) : car l'affaire reste toujours matière commerciale, et le tribunal de commerce demeure saisi du fond de la demande (8).

De même l'étranger qui forme devant les tribunaux français une demande tendant à faire déclarer exécutoire un jugement étranger rendu en matière commerciale, est dispensé de l'obligation de fournir caution (9).

96. Relativement à la seconde exception, Delvincourt (10) soutient que l'étranger qui possède des immeubles en France, est tenu de passer devant notaire un acte d'hypothèque conventionnelle, ou de consentir un jugement en vertu duquel le défendeur puisse prendre inscription sur ces mêmes biens. Nous croyons avec M. Toullier (11) qu'il ne faut pas ajouter à la rigueur de la loi. C'est aussi l'avis de Merlin (12). Cependant nous avons vu au n° 85 que les rédacteurs du Code des Pays-Bas ont partagé l'opinion de Delvincourt.

Du reste, la simple possession de fait des immeubles ne suffit pas pour invoquer l'exception : ainsi le défendeur peut opposer la circonstance que le demandeur étranger ne justifie pas d'avoir payé le prix d'acquisition des mêmes immeubles (13).

97. Une troisième exception peut résulter

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 4 prairial an iv. Sirey, t. VII, I, 945.

(2) Décret du 7 février 1809.

(3) Arrêt de la cour royale de Cologne, du 10 novembre 1825. Archives, etc., t. VI, I, 9.

(4) Arrêt de la même cour, du 5 avril 1858. *Ibid.* T. XXVII, I, 40.

(5) Delvincourt, cours de Code civil, t. I, notes, p. 26, no 4 (édit. de 1854).

(6) Arrêt de la cour de cassation, du 9 avril 1807. Répert., vo *Caution judicatum solvi*. Sirey, 1807, I, 508. Arrêt de la cour royale de Paris, du 8 germinal, an XIII et de celle de Bordeaux, du 5 février 1855. Sirey, 1807, II, 1192; 1855, II, 267. Arrêt de la cour de Cologne, du 29 août 1827. Archives, etc., t. XI, I, 91. — Il pourrait y avoir exception en cas de

contestation sur la validité du titre. Arrêt de la cour de Liège, du 29 novembre 1828. Table générale, vo *Caution judicatum solvi*, no 4.

(7) Merlin, *ibid.*

(8) Merlin, Questions de droit, vo *Caution judicatum solvi*, § 1, no 5. M. Coin-Delille, no 7. Arrêt de la cour royale de Metz, du 26 mars 1821. Sirey, 1825, II, 126. Arrêt de la cour d'appel de Mayence, du 6 mars 1825. Archives, t. I, p. 225.

(9) Arrêt de la cour royale de Bordeaux du 22 janvier 1840. Dalloz, 1840, II, 167.

(10) *Ibid.*, p. 28, no 9.

(11) T. I, no 212.

(12) Répert., *ibid.*

(13) Arrêt de la cour de Cologne, du 11 février 1826. Archives, etc., t. IX, I, 75.

des traités de nation à nation (1). On en trouve un exemple dans l'article 22 du traité du 24 mars 1760 entre la France et la Sardaigne (2). Cet article est ainsi conçu : « Pour être admis en jugement, les sujets respectifs ne seront tenus de part et d'autre qu'aux mêmes cautions et formalités qui s'exigent de ceux du propre ressort, suivant l'usage de chaque tribunal. » Cette disposition est encore en pleine vigueur (3). On trouve un autre exemple dans l'article 2 du traité entre la France et la Suisse, du 18 juillet 1828. « Il ne sera exigé des Français, y est-il dit, qui auraient à poursuivre une action en Suisse et des Suisses qui auraient une action à poursuivre en France, aucuns droits, caution ou dépôt, auxquels ne seraient pas soumis les nationaux eux-mêmes, conformément aux lois de chaque localité (4). »

98. Mansord (5) donne, par ordre chronologique, le tableau des conventions conclues en ce sens entre le roi de Sardaigne et les puissances étrangères, dans le XVIII<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle.

99. Le défendeur n'est jamais tenu de fournir caution. *V. infra*, n<sup>o</sup> 148.

## II. Des contestations entre deux étrangers.

100. Quant aux réclamations qu'un étranger peut avoir à exercer contre un autre étranger, le droit français diffère de celui de presque tous les pays civilisés. En effet, dans ceux-ci, tout étranger a le droit d'obtenir justice contre

un autre étranger, tandis que la jurisprudence des tribunaux français n'accorde ce droit au demandeur étranger qu'autant que, soit lui-même, soit le défendeur étranger auront acquis un domicile en France; il n'y a d'exception que lorsqu'il s'agit de contestations entre commerçants ou en matière d'actes de commerce, tels que les articles 651 et suiv. du Code de commerce les définissent (6).

101. Cette jurisprudence, qui prive l'étranger non domicilié de la faculté de traduire, devant les tribunaux français, un autre étranger également non domicilié, nous semble contraire au droit des gens européen.

Le droit romain reconnaissait déjà en principe que tous les contrats les plus usités entre les hommes (c'est-à-dire, le *commerce* dans le sens étendu du mot) appartiennent au droit des gens (7); en d'autres termes, que ces contrats peuvent être valablement conclus tant entre étrangers qu'entre nationaux.

Ce principe a passé dans le droit des gens moderne, qui reconnaît aux étrangers, sauf quelques exceptions relatives à la possession des immeubles, le droit de passer tous les contrats et engagements (8).

Ce premier principe en entraîne un second comme conséquence nécessaire : c'est que les contrats consentis par des étrangers doivent avoir leur sanction, c'est-à-dire, que les juges du lieu où l'étranger se trouve, doivent avoir le pouvoir et l'obligation de contraindre le contractant à l'exécution de ses engagements (9). A défaut de cette sanction, ce serait

(1) Répert., *ibid.*

(2) Mansord, T. II, p. 299 et suiv.

(3) Arrêt de la cour royale de Paris, du 22 mars 1854. Gazette des tribunaux, du 29 du même mois.

(4) Répert., *ibid.* Arrêt de la cour de Colmar, du 28 mars 1810. Sirey, 1810, II, 288.

(5) T. II, p. 298, § 1004.

(6) La question a été élevée dans les discussions qui ont précédé l'adoption de l'article 14 du Code civil; mais elle est restée indécise, et le texte du Code civil garde le silence sur les contestations entre deux étrangers. *V. Locré*, T. II, p. 44. Le même, *Esprit du Code Napoléon*, T. I, p. 519 et suivantes. Mansord, T. I, p. 552 et suivantes.

(7) La loi 5 ff. *de Just. et jure* porte: *Ex hoc jure gentium... commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam quæ à jure civili introductæ sunt.* Même langage au § 2, *Inst. de Just. et jure*. *V. Voet*, ad ff, tit. *de Just. et Jure*, no 18. Répert., v<sup>o</sup> Contrat, au commencement.

(8) Vattel, liv. I, ch. 8; liv. II, chap. 2, § 21; ch. 8, § 105. Martens, liv. IV, ch. 5, § 159 et suiv. Kluber, § 69 et suiv.

(9) Il n'est pas question des actions réelles et possessoires, qui sont de la compétence exclusive du juge de la situation. M. Wheaton, T. I, part. II, ch. 2, § 21. III, p. 179.

un vain mot que le droit reconnu aux étrangers de traiter dans le territoire d'un autre État, soit entre eux, soit avec des nationaux. Et, en effet, il est admis dans le droit des gens européen, suivant le témoignage de Vattel (1), de Martens (2), de Schmalz (3) et de M. Wheaton (4), que le pouvoir judiciaire de chaque nation s'étend sur la personne et sur les biens de l'étranger qui y réside, comme sur la personne et les biens des régnicoles : qu'en conséquence les étrangers sont reçus, comme les nationaux, à invoquer l'intervention des juges de chaque lieu, soit contre un citoyen, soit contre un autre étranger, et que le défendeur ne saurait se soustraire à cette juridiction. On excepte seulement le cas de l'*exterritorialité*, dont jouissent les souverains étrangers et leurs ministres (5), et celui des privilèges accordés par des traités aux citoyens de la nation dont l'étranger fait partie, d'être jugés exclusivement par leurs propres juges. Dans tous les autres cas, l'étranger, non-seulement en vertu d'une généreuse hospitalité, mais aussi par une justice réciproque, jouit, pour sa personne et ses biens, quant à la juridiction civile, d'une protection semblable à celles que les lois accordent au régnicole.

Ce n'est pas à dire que le fond de la contestation dût toujours être décidé par la loi du lieu où siège le tribunal : il ne s'agit ici que de la juridiction, et elle est fondée par la simple résidence de l'individu dans le territoire (6).

(1) Liv. II, ch. 7, § 84; ch. 8, § 103.

(2) Précis du droit des gens, §§ 92 et 93.

(3) Traduction du comte Bohm, liv. IV, ch. 5; liv. III, ch. 5.

(4) T. I, part. II, ch. 2, 21. III.

(5) *V. infra*, no 149 et suiv.

(6) Schmalz, à l'endroit cité. M. Wheaton, §§ 21 et 22.

(7) T. I, § 21, p. 179.

(8) On trouve la même décision dans le *Cabinet Lawyer*, édit. de 1832, p. 517. *V. aussi* Tomlins, *vo Foreign*. Cette jurisprudence est constante en Angleterre, d'après ce qui a été affirmé par l'appelant dans la cause jugée par arrêt du parlement de Douai,

102. Après avoir ainsi énoncé les règles reconnues par les auteurs qui ont écrit sur le droit des gens, nous indiquerons l'état de la législation et de la jurisprudence des tribunaux dans les principales souverainetés, relativement aux contestations entre étrangers.

103. En ce qui concerne l'*Angleterre* et les *États-Unis*, M. Wheaton (7) fait remarquer que, d'après les lois anglaises et celles d'autres pays où le droit commun anglais forme la base du droit local, les actions personnelles, qu'elles résultent d'un délit ou d'un contrat, peuvent être formées devant tout juge quelconque; ces lois permettent de porter ces actions devant les juges de leur territoire, quelles que soient les parties du procès, et en quelque lieu que la cause de l'action ait pris naissance (8). En d'autres termes, dans ces deux pays, tout étranger a le droit d'ester en justice contre un autre étranger. Aussi, dans les lois et usages de la Grande-Bretagne et des États-Unis, relatifs aux étrangers (*aliens*), on ne trouve nulle part l'interdiction du droit de plaider en justice.

104. Dans tous les pays *allemands*, les étrangers sont également admis à ester en justice, que le défendeur soit régnicole ou étranger, qu'il soit ou non domicilié dans le pays.

Le paragraphe 55 du Code civil d'*Autriche* (9), et le paragraphe 45 de l'introduction au Code général de *Prusse*, accordent aux étrangers les mêmes droits qui appartiennent aux régnicoles. Une disposition analogue se trouve au paragraphe 16 de l'édit du roi de *Bavière*, du 26 mai 1818, concernant l'*Indi-*

du 24 décembre 1785 (Questions de droit, *vo Étranger*, § 2, no 5). Quant aux États-Unis, des preuves de cette même jurisprudence ont été rapportées dans l'affaire *Mountfourence contre Skipwith*, sur laquelle est intervenu l'arrêt de la cour de cassation, du 22 janvier 1807 (Sirey, 1806, I, 257).

(9) A l'occasion de ce § 55, M. le comte Barth-Barthenheim, dans son ouvrage sur l'administration publique en Autriche, T. I, p. 100, § 95, s'exprime dans les termes suivants : « Les lois d'une nation relatives aux étrangers constituent la mesure de sa civilisation. La législation autrichienne se distingue particulièrement par ses dispositions concernant les étrangers. »

*génat* ; et le droit privé du *Wurtemberg* reconnaît le même principe (1). Toutefois, aux termes des mêmes lois, des représailles peuvent être exercées contre les sujets d'un État qui refuse aux étrangers l'exercice des droits qu'il accorde aux nationaux.

Le Code de procédure civile de *Bade*, promulgué en 1832, établit textuellement le droit de tout étranger d'ester en justice dans le territoire, soit contre un Badois, soit contre un étranger. On y lit, § 45, n° 2 : « Les étrangers non domiciliés dans le grand-duché peuvent être cités, à la requête de Badois ou d'étranger, devant le tribunal qui est compétent par la nature spéciale de la cause. » — Et au n° 3 : « En ce qui concerne les demandes formées par des étrangers ou des Badois, contre des étrangers, pour l'exécution d'obligations personnelles contractées dans le grand-duché ou qui y doivent recevoir leur exécution, la demande peut être portée devant tout tribunal badois de première instance, dans l'arrondissement duquel le défendeur est trouvé, à moins que, dans l'espèce, la compétence d'un autre tribunal du pays ne soit fondée par la loi ou par une élection conventionnelle de domicile (2). »

Une disposition semblable se trouve dans le paragraphe 14 de l'ordonnance du grand-duc de Hesse, en date du 21 juin 1827, relative à la *Hesse rhénane*. On y lit : « L'étranger qui contracte avec un autre étranger dans la partie du grand-duché qui est située sur la rive gauche du Rhin, peut, s'il continue d'y résider immédiatement après le contrat,

« être cité devant nos tribunaux, en matière personnelle (3). »

105. L'article 9 de la loi des *Pays-Bas*, qui forme le titre préliminaire du Code civil, contient une disposition à peu près identique avec celles des Codes d'Autriche et de Prusse que nous venons de citer ; elle est ainsi conçue : « Le droit civil du royaume s'applique indistinctement aux Néerlandais et aux étrangers, tant que la loi n'établit pas expressément le contraire (4). » Or aucune exception de cette nature n'existe dans la législation néerlandaise, en ce qui concerne le droit d'ester en justice : donc ce droit ne saurait être refusé à l'étranger qui plaide contre un autre étranger.

106. En *Espagne*, les étrangers non domiciliés (*transeuntes*) sont autorisés à poursuivre leurs compatriotes également non domiciliés : il existe un tribunal spécial chargé de cette juridiction et qui porte le nom de juges conservateurs des étrangers. Les étrangers domiciliés (*avecindados*) sont justiciables des tribunaux espagnols, comme les régnicoles (5).

107. Dans les *États pontificaux*, les étrangers même non domiciliés dans le pays sont admis à former des demandes en justice ; la seule condition qu'ils sont tenus de remplir au préalable, c'est d'élire domicile au greffe (6).

108. En *Piémont*, un étranger peut actionner un autre étranger pour réclamer la restitution d'un objet volé ou perdu : il le peut de même pour l'exécution d'obligations contractées dans le pays, et enfin en matière de commerce : mais la simple élection de domicile n'est pas attributive de juridiction contre un étranger (7).

(1) Weishaar, Manuel du droit privé de Wurtemberg, §§ 80, 81, et 82.

(2) Nous rapporterons *infra*, n° 146, les autres dispositions de ce §.

(3) Ce paragraphe ne s'applique pas en matière de commerce, et laisse subsister à cet égard l'art. 420 du Code de procédure civile. Aussi ce paragraphe n'exige pas un séjour non interrompu depuis le jour du contrat jusqu'à celui de la demande. Arrêt de la cour d'appel de Mayence, du 18 août 1829. Archives, etc. T. II, p. 575.

(4) V. M. Rollin, n° 27, p. 77.

(5) F. 168, liv. VI, tit. XI, de la *Novissima recopilacion*, loi 5. V. Salinas, Manuel des droits civils et commerciaux des Français en Espagne et des étrangers en général, p. 51.

(6) *Regolamento legislativo e giudiziario*, du 10 novembre 1854, §§ 457 et 472.

(7) Lois et constitutions, publiées en 1770, liv. III, tit 1, §§ 6 et 8. Art. 52 du Code civil, Mansord, T. II, nos 571 à 597. V. *infra*, n° 145.

109. Enfin, on lit dans le Digeste *russe*, que les contestations judiciaires entre les sujets russes et les étrangers suivent la loi commune, tant pour le règlement de la compétence que pour le mode de procéder. (Lois civ. X, 2263.) Il faut ajouter les articles 2294 et 2295, *ibid.*, ainsi conçus : « Le Russe qui se trouve à l'étranger, est justiciable des tribunaux du pays, dans ses contestations avec les indigènes, s'il n'y a pas d'exception dans les traités. » Cette disposition démontre que, dans l'esprit du législateur russe, les tribunaux de chaque État sont compétents à statuer sur les contestations qui s'élèvent dans cet État, que les parties soient régnicoles ou étrangères. Ce même esprit se retrouve dans le traité du 11 janvier 1787, entre la France et la Russie (1). Aux termes de l'article 7 de ce traité, en cas de contestation entre deux sujets de l'une des puissances contractantes, si l'une des parties ne consent pas à soumettre la contestation au consul de sa nation, elle pourra s'adresser aux tribunaux ordinaires du lieu de sa résidence, et toutes les deux seront tenues de s'y soumettre. L'article 16, rapporté ci-après, numéro 115, est conçu dans le même sens.

110. En un mot, les lois des différentes nations que nous venons d'énumérer, reconnaissent expressément ou implicitement aux étrangers le droit d'ester en justice contre d'autres étrangers.

111. En France, au contraire, l'ancienne jurisprudence penchait déjà vers un principe diamétralement opposé, d'après lequel un étranger non domicilié en France n'était pas admis à poursuivre un autre étranger, qui résidait momentanément en France, pour une dette contractée, soit dans sa patrie, soit en

France (2). Toutefois, cette jurisprudence n'était pas uniforme, et Merlin (3) rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux, du mois de septembre 1775, qui a jugé qu'un Irlandais retiré en France pouvait être poursuivi par son créancier également Irlandais. Le parlement considéra que les engagements sont du droit des gens et non du droit civil; que, de même qu'on peut les contracter en tout lieu, on peut aussi être recherché en tout lieu pour les acquitter; que, d'ailleurs, il importe à toutes les nations de fermer la porte à la fraude des négociants qui ne s'expatrient, le plus souvent, que pour aller jouir en paix, sous une autre domination, de la fortune qu'ils ont élevée sur les débris de celle de leurs concitoyens. On admit aussi comme règle générale que les juges du royaume pouvaient connaître des contestations entre des étrangers séjournant en France, lorsque les parties consentaient mutuellement à s'en rapporter à leur décision; mais en cas de refus du défendeur, proposé *in limine litis*, de reconnaître les juges français, les parties devaient être renvoyées devant leurs juges naturels (4). Il était également admis que les commerçants étrangers pouvaient, entre eux, invoquer la disposition de l'ordonnance de 1675, tit. XII, art. 17, qui accordait au demandeur le même choix qu'il trouve aujourd'hui dans l'art. 420 du Code de commerce (5).

112. Sous l'empire des nouvelles lois, les décisions des cours et tribunaux ont consacré uniformément la règle générale que deux étrangers qui ont contracté, soit en France, soit à l'étranger, et dont ni l'un ni l'autre n'a acquis un domicile en France, ne peuvent se traduire l'un l'autre devant les tribunaux français (6).

(1) Martens, Recueil de traités de paix, Tom. IV, p. 196 et suiv.

(2) Boullenois, Tome I, page 607 et suivants. Denisart, Collection de décisions nouvelles, édition de 1789, Tome VIII, v<sup>o</sup> Étranger, § 5; v<sup>o</sup> Consuls des marchands, § 5, n<sup>o</sup> 25. Répertoire, v<sup>o</sup> Souveraineté, § 5.

(3) Questions de droit, v<sup>o</sup> Étranger, § 2, n<sup>o</sup> 1. (V. Mansord, T. I, n<sup>os</sup> 568-570).

(4) Denisart, v<sup>o</sup> Étranger, § 5.

(5) Boullenois, à l'endroit cité. M. Despréaux, Traité de la compétence des tribunaux de commerce, p. 157.

(6) Dans le royaume des Deux-Siciles, on suit

Dès le 22 janvier 1806, un arrêt de la cour de cassation (1) a donné quatre motifs de cette décision, savoir :

1<sup>o</sup> La maxime : *Actor sequitur forum rei* ;

2<sup>o</sup> Qu'il n'existe point de traité entre la France et la nation à laquelle appartiennent les parties, qui oblige les tribunaux français à prononcer sur les contestations nées entre deux citoyens de cette nation ;

3<sup>o</sup> Que les contractants ne se sont pas soumis à la juridiction des tribunaux français ;

4<sup>o</sup> Qu'il ne s'agit pas d'une alliance commerciale.

Ces quatre motifs continuent à être invoqués dans les décisions postérieures ; ils indiquent en même temps les exceptions qu'admet la règle générale énoncée.

115. Le premier motif est, en thèse générale, à l'abri de toute critique ; il ne faut pas que le défendeur puisse être distrait de ses juges naturels, qui sont ceux de son domicile. La jurisprudence, toutefois, afin de venir en aide aux étrangers, a admis que l'étranger peut acquérir un domicile en France, non pas seulement *de droit*, en vertu de l'autorisation du roi, mais encore de fait, par l'établissement

les mêmes principes qu'en France. M. Rocco, liv. II, ch. 15-24.

La jurisprudence des tribunaux belges est fixée dans le même sens. Arrêts de la cour supérieure de justice de Bruxelles des 27 juillet 1824, 50 mars 1829, 5 mai 1829, 15 mai 1850, 9 novembre 1851, 26 avril 1851. Table générale de la jurisprudence belge, de 1814 à 1852 ; vo Étranger, § 5 et 4. (V. cependant le réquisitoire de M. le procureur général de la cour de cassation de Belgique qui précède l'arrêt de cette cour du 12 mars 1840. Bulletin des arrêts de la même cour, 1840, p. 296 et suiv., surtout p. 500 et 525.) — D'un autre côté, bien que la Prusse rhénane soit encore régie par la législation française, la cour royale de Cologne reconnaît aux étrangers le droit de se traduire l'un l'autre devant les tribunaux de cette province. Arrêts des 2 août 1824 et 10 janvier 1825. Archives, etc., Tom. VI, I, pag. 185 ; T. VIII, I, 121.

(1) Sirey, 1806, I, 257. V. sur la matière, Guichard, Traité des droits civils, nos 257 et 259. M. Pailliet, Dictionnaire universel du droit français, vo Action concernant les étrangers, n<sup>o</sup> 53 à 44.

du siège de ses affaires en France (2) ; et ce principe est commun au défendeur et au demandeur ; il suffit que l'un d'eux ait acquis un domicile en France, pour que les juges français puissent être saisis des contestations élevées entre les parties ; si le demandeur étranger justifie seul d'un domicile en France, on applique en sa faveur l'article 14 du Code civil (3).

Il est nécessaire que le domicile en France ait été établi antérieurement à la naissance de l'engagement qui fait l'objet du procès (4). En effet, à la différence du cas de la naturalisation qui entraîne un changement d'état (V. *infra*, n<sup>o</sup> 156), les droits attribués à l'étranger par suite de l'établissement de son domicile en France constituent des privilèges, des exceptions du droit commun ; et, en cette matière, les jurisconsultes n'admettent point une interprétation extensive (5). On peut dire d'ailleurs, dans cette hypothèse et comme motif accessoire, que l'autre contractant a pu et dû croire qu'il ne se soumettait qu'à la juridiction des tribunaux de son pays, et qu'il ne devait pas s'attendre à des poursuites en France. Mais ce motif ne saurait être admis dans toute la généralité de ses expressions,

M. Rollin, n<sup>o</sup> 24 et suiv. M. Coin-Deille, nos 17 et suiv. M. Legat, p. 501 et suiv. M. Despréaux, p. 152 et suiv. M. Frey, Manuel du droit civil français (*Lehrbuch des französische Civilrechts*), T. I, p. 118, à la note.

(2) V., entre autres, les arrêts de rejet de la cour de cassation des 50 novembre 1814, 24 avril 1827 et 2 avril 1855 (Sirey, 1815, I, 186 ; 1828, I, 212 ; 1855, I, 455). Arrêt de la cour royale de Pau du 5 décembre 1856. (Sirey, 1857, II, 565.) — Le même principe est reconnu en Belgique ; arrêt de la cour de cassation, du 12 mars 1840, déjà cité, et le réquisitoire qui le précède, p. 525.

(3) Arrêt de la cour de Paris du 50 mai 1808. Arrêt de la cour de cassation du 24 avril 1827 (Sirey 1808, II, 211 ; 1828, I, 212). Jugement du tribunal de commerce de la Seine, rapporté dans la *Gazette des Tribunaux* du 15 septembre 1855.

(4) Arrêt de la cour de cassation du 28 juin 1820 (Sirey, 1821, I, 42).

(5) Thibaut, Pandectes, §§ 49 et 51. Le même, Théorie de l'interprétation logique des lois, §§ 15 et 19.

suivant les principes qui seront exposés *infra*, n° 136 (1).

En règle, la simple résidence en France du défendeur étranger ne suffit pas pour autoriser un autre étranger non domicilié à le traduire devant les tribunaux français (2).

Dans ce cas, il ne reste d'autre ressource au demandeur que de s'adresser aux tribunaux de la patrie du défendeur; et très-souvent, dans ce pays, le défendeur n'a plus aucun établissement capable de répondre de la créance, pendant que, comme disait le parlement de Bordeaux, il jouit en France de la fortune qu'il a élevée sur les débris de celles de ses concitoyens.

114. Le second motif, exprimé dans l'arrêt de 1806, porte, en d'autres termes, et ainsi que l'a exprimé un arrêt de la cour royale de Colmar (5), que « si le droit de rendre la justice est un des apanages de la souveraineté, celui de la réclamer et de l'obtenir est un avantage que le sujet est fondé à exiger de son souverain; que, sous ce double rapport, chaque monarque ne doit la justice qu'à ses sujets, et doit la refuser aux étrangers (4), à moins qu'il n'ait un intérêt bien reconnu à faire juger le procès dans ses États, ou que, dans les traités, il n'y ait des stipulations dérogoires. » Par suite de ces principes, il est

(1) Par suite du second motif indiqué ci-dessus, les tribunaux français seraient également compétents lorsque l'objet du contrat est situé en France, bien que l'étranger n'ait établi son domicile en France que postérieurement au même contrat; car, par suite de la situation de l'objet, il devait s'attendre à se voir assigner devant les tribunaux français, en cas de contestations. Arrêt de la cour royale de Metz du 17 janvier 1859. (Sirey 1859, II, 474.) Cet argument ne nous semble fondé qu'autant qu'il s'agit d'une action réelle. *V. infra*, n° 121.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 2 avril 1855 (Sirey 1855, I, 455). Arrêt de la cour royale de Paris du 9 novembre 1859. *Gazette des Tribunaux* du 10 novembre même année. Arrêt de la cour royale de Rouen du 29 fév. 1840, déjà cité. Dans ce dernier arrêt, le terme *domicile de fait* a été employé comme synonyme de celui de *simple résidence*. Jugement du tribunal de la Seine du 22 janv. 1840. *Gazette des Tribunaux* du 23. — Un arrêt de la

reconnu que les cours et tribunaux peuvent se refuser à juger les contestations nées entre deux étrangers, dont aucun n'est domicilié en France et qui consentent, expressément ou implicitement (à défaut d'opposer l'exception d'incompétence) à se faire juger en France. En d'autres termes, que les tribunaux peuvent, en tout état de cause, se déclarer d'office incompétents (5).

115. Les traités conclus entre la France et les nations étrangères peuvent, aux termes de l'art. 11 du Code civil, obliger les tribunaux français à prononcer sur les contestations nées entre deux étrangers; mais, dans le silence des traités, la simple réciprocité de fait ne suffit pas (6). Un traité semblable a été conclu entre la France et la Russie le 11 janvier 1787: outre les termes de l'art. 7, que nous avons rapportés *supra*, n° 109, on y lit, art. 16, que « dans le cas où il s'élèverait « des contestations sur l'héritage d'un Russe « mort en France, les tribunaux du lieu où les « biens du défunt se trouveront, devront juger « le procès suivant les lois de la France (7). » Ce texte ne distingue pas, si les contestations s'élèvent entre un Russe et un Français ou entre deux Russes; il ne distingue pas non plus entre les meubles et les immeubles. De même, aux termes du traité du 18 juil-

cour royale de Paris, en date du 28 juin 1854 (Sirey 1854, II, 586), a consacré une exception à ce principe, dans des circonstances particulières; il s'agissait de contestations entre étrangers héritiers d'un Français.

(5) Du 30 décembre 1815 (Sirey, 1817, II, 62).

(4) *V.* la réfutation de cette assertion dans le réquisitoire de M. le procureur général de la cour de cassation de Belgique, déjà cité.

(5) Arrêts de la cour de cassation des 8 et 14 avril 1818, 30 juin 1825 et 2 avril 1855 (Sir. 1819, I, 195; 1822, I, 217; 1824, I, 48; 1855, I, 455). Arrêt de la cour royale de Paris (affaire Richmond) du 18 mai 1840; *Gazette des Tribunaux* du 19 mai.

(6) Arrêt de la cour de cassation du 22 janv. 1806, déjà cité.

(7) Martens, T. IV, p. 196 et suiv. *V.* l'arrêt Cardon, au Répert. v° Jugement, § 7 *bis*. La fin de cet art. 16 assure aux Français une entière et parfaite réciprocité.



let 1828, conclu entre la France et la Suisse, art. 5, § 5, « les contestations qui pourraient « s'élever entre les héritiers d'un Suisse mort « en France seront portées devant le juge du « dernier domicile que le défunt avait en « France. »

116. D'après le 3<sup>e</sup> des motifs indiqués dans l'arrêt de 1806, la soumission explicite ou implicite des étrangers à la juridiction française peut avoir ses effets, pourvu toujours que les juges français consentent à se charger de la décision de la cause, c'est-à-dire, qu'ils ne se déclarent pas d'office incompetents. Cette soumission est expresse, si elle a précédé le litige (1); cette soumission expresse peut résulter, soit d'une élection de domicile dans un lieu situé en France, faite dans un acte passé entre deux étrangers (article 144 du Code civil) (2), soit de l'indication d'un lieu de paiement en France (3). La soumission est implicite de la part l'étranger demandeur, par l'assignation donnée à sa requête, et, de la part de l'étranger défendeur, s'il n'oppose point *in limine litis* l'incompé-

tence des tribunaux français : il est de jurisprudence qu'il n'est plus ensuite recevable à décliner la juridiction (4), bien que les tribunaux restent les maîtres de se déclarer d'office incompetents (5). Toutefois, cette soumission doit être le fait de la partie et non pas seulement de l'avoué (6). A défaut d'une soumission quelconque, le tribunal français ne peut retenir la cause parce qu'il n'a point le pouvoir de juridiction sur les parties (7).

117. En matière commerciale, il a été admis en principe, que le texte de l'art. 420 du Code de procédure civile est applicable aux contestations entre étrangers non domiciliés en France (8), lorsque les faits que suppose ce texte se sont passés en France (9); les tribunaux ne peuvent pas se refuser à statuer sur ces contestations, et les parties ne peuvent pas décliner cette juridiction. On allègue que l'art. 420 n'établit pas de distinction entre les étrangers et les Français, et que l'art. 14 du Code civil ne renferme pas de disposition contraire (10). La jurisprudence a même étendu la compétence des tribunaux français à toutes les

(1) Merlin, Répert. vo Étranger, § 2 et 3.

(2) Arrêt de la cour de Paris du 25 thermid. an xii (Répertoire, vo Domicile élu, § 2, n° 5; Sirey, 1807, II, 944). V. Merlin, vo Étranger, § 2 à la fin. Arrêt de la même cour, 1<sup>re</sup> chambre, du 16 décemb. 1859, dans l'affaire du prince de Salm-Kyrbourg contre le comte de Pfaffenhoffen. De Kanter, *Dissertatio de juribus peregrinorum in Belgio*, Leyde, 1828, p. 84.

(3) Jugement du tribunal de commerce de la Seine du 18 juillet 1855. *Gazette des Tribunaux* du 20 juillet 1855.

(4) Arrêts de la cour de cassation des 7 messidor an xi et 27 germinal an xiii (rapportés par Merlin, au Répertoire, vo Étranger, § 2, dans son plaidoyer du 22 janvier 1806), des 4 septembre 1811, 27 novembre 1822 et 29 mai 1855. (Sirey, 1812, I, 157; 1824, I, 48; 1855, I, 522.) Arrêt de la cour royale de Douai, du 1<sup>er</sup> déc. 1854. *Gazette des Tribunaux* du 4 janv. 1855, Dalloz, 1855, II, 60. Arrêts de la cour royale de Paris des 25 janv. et 25 nov 1840. *Gazette des Tribunaux* des 26 janv. et 29 nov. Jugements du tribunal de la Seine, 1<sup>re</sup> et 4<sup>e</sup> chambre, des 20 août 1855 et 5 juillet 1840.

(5) Arrêt de la cour royale de Paris, du 11 mai 1857. *Gazette des Tribunaux* du 20 du même mois.

(6) On lit dans l'arrêt de la cour de cassation du

2 avril 1855 (*Gazette des Tribunaux* du 26 du même mois; Sirey, 1855, I, 455) : « Attendu en fait, « que le comte de Bloom est étranger; que la dame « de Bagration est également étrangère; que si la « cause s'est d'abord engagée sur le fond entre les « avoués, la dame de Bagration a ensuite constamment refusé de se soumettre à la juridiction des « tribunaux français... que dans ces circonstances, « en renvoyant les parties à se pourvoir devant qui « de droit, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi. »

(7) Arrêts de la cour de cassation du 7 fructidor an iv, et de la cour royale de Paris du 9 mai 1855 et 10 juillet 1855; jugements du tribunal de commerce de la Seine des 18 juillet 1855 et... septembre 1855 (Sirey, T. I, p. 92. *Gazette des Tribunaux* des 10 mai et 20 juillet 1855, 10 et 15 septembre 1855).

(8) Merlin, Répertoire, vo Étranger, § 2 et 3. Toulhier, T. I, n° 265. M. Pardessus, T. V, n° 1477. Arrêts de la cour de cassation, des 24 avril 1827, 26 nov. 1828 et 26 avril 1852. Arrêt de la cour royale de Paris du 10 nov. 1825 (Sirey, 1828, I, 212; 1829, I, 9; 1852, I, 455; 1826, II, 282). M. Rolin, chap. 5, p. 100 et suiv.

(9) Arrêts de la cour de cassation, du 28 juin 1820 et du 6 février 1822 (Sirey, 1821, I, 40; Répert., vo Étranger, § 2). De Kanter, p. 84 et 85.

(10) La disposition de l'art. 420 a été reproduite

contestations commerciales, attendu, dit l'arrêt de la cour de cassation du 24 avril 1827, déjà cité, « qu'il s'agit d'un acte de commerce, « conséquemment d'un contrat du droit des « gens, soumis, dans son exécution, aux lois « et aux tribunaux du pays où il a eu « lieu. »

Ce dernier argument, que nous regardons comme éminemment fondé, renferme la condamnation du système tout entier de la jurisprudence française en cette matière. Car, dès que le droit des gens doit être appliqué, il est évident que les tribunaux français ont le droit et l'obligation de statuer sur les contestations élevées entre deux étrangers qui se trouvent en France, quelle que soit la cause d'où proviennent les contestations, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut.

118. Dans cet état de choses, nous persistons à croire que la jurisprudence française, en ce qu'elle empêche les poursuites judiciaires entre les étrangers non domiciliés en France, est contraire au droit des gens admis par les autres nations de l'Europe (1), et préjudiciable même aux intérêts des Français qui, par voie de représailles, pourront être exclus, à l'étranger, du droit d'y suivre leurs débiteurs non appartenant à la même nation, dans le territoire de laquelle ils résident. J'ai vu des cas où ces représailles ont été exercées.

Nous démontrerons *infra*, n° 154, que la même jurisprudence erronée entraîne, en France même, une autre conséquence préjudiciable aux intérêts des régnicoles.

119. Il a surtout été reconnu que les tribunaux français sont incompétents pour con-

naître des questions d'état élevées entre des étrangers (2) : et il nous semble que si le principe adopté par la jurisprudence française, en matière de contestations entre étrangers, peut se justifier, c'est particulièrement le cas en matière de question d'État, à raison de la difficulté qu'il y a pour les tribunaux français de les juger, et de leur importance pour les étrangers eux-mêmes. « Les tribunaux français, » disait la cour royale de Paris, 2<sup>e</sup> chambre, dans son arrêt du 25 juin 1856 (3), « peuvent s'abstenir de juger les contestations qui s'élèvent entre étrangers; c'est pour eux un devoir, lorsqu'il s'agit de statuer sur une question qui intéresse l'état des personnes; en effet, le statut personnel suit l'étranger sur le territoire français: les tribunaux s'exposeraient à commettre de graves erreurs en appliquant des lois étrangères qui seraient nécessairement les seules applicables aux parties; ensuite la justice française serait compromise, puisque tel état personnel consacré par ses décisions serait en contradiction avec un état contraire et méconnu par les autorités étrangères (4). »

« Dans ces questions d'état, » continue la cour, » il s'agit d'une incompétence d'ordre public que la volonté de l'étranger ne peut modifier. » « Il en est de même, » dit encore la cour, « du domicile de l'étranger en France qui laisse également subsister cette incompétence. » On peut ajouter à ce dernier argument que l'étranger ayant un domicile en France n'en reste pas moins étranger et soumis au statut personnel de sa patrie; dans les questions d'état, il ne s'agit pas de l'autonomie de l'individu (V. *supra*,

littéralement dans l'art. 514 du nouveau Code de procédure civile des Pays-Bas. — Les cours de Belgique (V. les arrêts cités dans la première note au n° 112, *supra*), et la cour d'appel de Mayence (Hesse rhénane), par arrêt du 15 août 1829, ont appliqué l'art. 420 dans le même sens qu'on lui attribue en France (Archives des décisions judiciaires des cours et tribunaux dans la Hesse rhénane, T. II, p. 575); au contraire, la cour d'appel de Cologne (Prusse rhénane) a décidé, par arrêt du 21 avril 1857, que l'art. 420 n'est applicable qu'entre régni-

coles (Archives de la Prusse rhénane, T. XXIV, I, p. 172).

(1) C'est aussi l'avis de M. Legat, p. 505.

(2) V. l'avis du conseil d'État du 4 juin 1806. *Bulletin des Lois*, 4<sup>e</sup> série, 101, n° 1660. M. Rocco, liv. II, ch. 25.

(3) Sirey, 1856, II, 160. Dalloz, 1856, II, 161. *Gazette des tribunaux*, du 20 juin 1856.

(4) On trouve à peu près les mêmes motifs dans l'arrêt de la même chambre, du 25 novembre 1859. *Gazette des Tribunaux* du 29 novembre 1859.

C'est par ces motifs que la cour royale s'est déclarée incompétente pour connaître d'une demande en séparation de corps formée par une femme étrangère (1).

De même il a été reconnu que les tribunaux français ne peuvent prononcer, entre deux étrangers, la nullité du mariage contracté entre eux en pays étranger (2).

Aussi ils sont incompétents pour statuer sur une demande formée par une femme étrangère contre son mari, à fin d'autorisation à l'effet de procéder à un acte de la vie civile (3).

La cour de cassation, par arrêt de rejet, en date du 30 juin 1823 (4), et la cour royale de Paris, première chambre, par son arrêt du 26 avril 1823 (5), avaient reconnu à l'incompétence des tribunaux en matière de questions d'état un caractère tellement absolu, que cette exception pouvait être proposée en appel, bien qu'elle ne l'eût pas été en première instance. Mais la même chambre de la cour royale est revenue sur cette jurisprudence par son arrêt du 25 janvier 1840, en plaçant les questions d'état entre étrangers sur la même ligne que les autres questions qui peuvent s'élever entre eux ( *V. supra*, n° 116 ). Un précédent arrêt de rejet du 4 septembre 1811 (6) avait également jugé dans ce dernier sens.

120. La règle qui exclut les étrangers non

(1) Même décision dans les arrêts de la même chambre du 30 juillet 1831 (*Gazette des Tribunaux* du 31 du même mois), et du 25 novembre 1859, déjà cité; comme aussi dans un jugement du tribunal de la Seine, du 15 avril 1859 (*Gazette des Tribunaux* du 14 avril 1859). Un arrêt de la cour de cassation, du 27 novembre 1822, et un arrêt de la cour royale, 1<sup>re</sup> chambre, du 26 avril 1823, ont statué dans le même sens (Sirey, 1824) I, 48, et II, 65).

(2) Mais les tribunaux se reconnaissent compétents lorsque l'époux demandeur en nullité met en cause le maire français devant lequel il se propose de contracter un nouveau mariage et qui refuse d'y procéder. Jugements du tribunal de la Seine, des 24 décembre 1853 et 16 mars 1840. *Gazette des Tribunaux* du 5 janvier 1854 et du 17 mai 1840.

(3) Jugement du tribunal de la Seine, du 27 novembre 1859. *Gazette des Tribunaux* du 28 du même mois.

domiciliés du droit de s'actionner devant les tribunaux français, s'applique également aux actions en partage de succession ou de communauté. En effet, la jurisprudence, seule base de cette règle, s'appuie sur les maximes générales exposées aux numéros 112 et suivants, et elle n'a laissé jusqu'ici apercevoir aucune distinction par rapport aux actions en partage. Ainsi, lorsqu'un étranger non domicilié décède en France, laissant une succession ou communauté purement mobilière, et des héritiers étrangers, les tribunaux français ne sont pas compétents pour connaître de l'action en partage; car les meubles sont régis par la loi du domicile (*V. supra*, n° 52).

121. Ladite règle, au surplus, n'a d'application qu'aux actions personnelles et mobilières (7); elle est étrangère aux actions concernant des immeubles situés en France, qu'elles soient purement réelles ou mixtes (8). Ces immeubles sont soumis à la juridiction de nos tribunaux, aux termes du statut réel (9).

Ainsi les tribunaux français sont compétents pour connaître d'une demande en partage entre les héritiers d'un étranger, étrangers eux-mêmes, lorsque la succession se compose d'immeubles situés en France (10).

Mais on ne peut, entre deux étrangers, fonder la compétence des tribunaux français

(4) Sirey, 1824, I, 48.

(5) Sirey, 1824, II, 65.

(6) Sirey, 1812, I, 157.

(7) Quant à ces dernières, voy. *supra*, n° 52, et Rolin, tit. II, n° 5.

(8) M. Rocco, liv. II, ch. 16 et 17.

(9) Répert. vo Compétence, § 2, no 9. Pigeau, cours de procédure civile, liv. II, part. 1, tit. II, ch. 1, sect. II. M. Rollin, tit. II, no 2; tit. III, no 2. M. Legat, p. 295. Ce dernier auteur fait erreur en rangeant dans l'application du statut réel, l'espèce de l'arrêt de la cour royale de Paris, du 15 mars 1851, dont nous avons parlé *supra*, no 58. — *V.* aux notes du no 140, *infra*, nos observations sur un arrêt du 25 thermidor an XII.

(10) Arrêt de la cour royale de Paris des 25 thermidor an XII et 28 juin 1854; arrêt de la cour royale de Colmar, du 12 août 1817. Sirey, 1807, II, 944; 1818, II, 290; 1854, II, 585.

sur la circonstance que leur auteur commun a fait son testament en France (1), ou sur la circonstance que, dans une action personnelle mobilière, le créancier demande en même temps que les immeubles du débiteur situés en France soient déclarés affectés et hypothéqués à la sûreté de sa créance. Cette demande n'est qu'un accessoire de l'action principale, sur laquelle les tribunaux français n'ont ni droit ni obligation de statuer (2).

122. D'un autre côté, on a jugé que l'exclusion des étrangers du droit de s'actionner ne s'applique pas à l'action tendant à faire déclarer exécutoire en France un jugement ou une sentence arbitrale rendue en pays étranger entre les parties. En effet, les jugements des tribunaux étrangers ne sont susceptibles d'exécution en France qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français (art. 546 du Code de procédure civile); d'où il suit nécessairement que les tribunaux français sont compétents pour apprécier s'il y a lieu d'ordonner l'exécution ou de la refuser. Par la même raison, les tribunaux français sont également compétents à connaître des poursuites exercées en vertu de ces jugements, telles qu'une saisie-arrêt formée en conséquence

(1) Arrêt de la cour royale de Paris, du 22 juillet 1815. Sirey, 1816, II, 298.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 2 avril 1853. *Gazette des Tribunaux* du 26 du même mois. Sirey, 1853, I, 455.

(3) Arrêt de la cour royale de Paris, des 5 août 1852, 7 janvier 1853 et 17 mai 1856. Sirey, 1853, II, 20 et 145; 1856, II, 309. Dalloz, 1853, II, 97 et 224; 1857, II, 6. Jugement du tribunal de la Seine du 17 février 1856. *Gazette des Tribunaux* du 20 du même mois.

(4) Arrêt de la cour royale d'Aix, du 6 janvier 1851. Sirey, 1853, II, 45. — Précédemment la cour royale de Rouen, par arrêt du 11 janvier 1817, et celle de Bordeaux, par arrêt du 16 août même année, avaient prononcé en sens contraire. Sirey, 1817, II, 79; 1818, II, 58. La cour de Cologne a également statué dans ce dernier sens, par arrêt du 22 août 1855. Archives, etc., T. XIX, I, 9. Le § 14 de l'ordonnance du grand-duc de Hesse, du 21 juin 1827, rapporté *supra*, n° 104, autorise expressément les tribunaux à permettre des saisies-arrêts entre étrangers. Ce

entre les mains d'un Français (3). En effet, il ne s'agit alors que d'actes d'exécution auxquels il y a lieu de procéder en France.

123. Il a même été admis que les tribunaux français sont compétents à ordonner des mesures conservatrices ou provisoires relatives aux contestations entre étrangers dont ils ne peuvent pas examiner le fond.

Ainsi on a jugé que le président du tribunal peut accorder à un étranger l'autorisation de saisir-arrêter, entre les mains d'un Français, les sommes et effets appartenant à son débiteur étranger, et que le créancier étranger peut, en vertu d'un titre sous seing privé, former, entre les mains d'un Français, une opposition contre son débiteur étranger (articles 557 et 558 du Code de procéd. civile (4).

De même, il a été reconnu que lorsqu'il s'élève des contestations entre époux étrangers qui résident en France, les tribunaux peuvent, par application du 1<sup>er</sup> § de l'art. 3 du Code civil, ordonner des mesures provisoires nécessaires à la sûreté de l'une des parties, ou pour lui assurer des moyens d'existence (5).

Ils peuvent autoriser la femme à quitter la maison du mari provisoirement, par mesure de prudence, de police ou de convenance (6).

De même ils peuvent connaître d'une principe a été consacré par un arrêt de la cour de cassation de ce pays, du 5 avril 1827, et par un arrêt de la cour d'appel de Mayence, du 14 août 1828. Archives, T. I, p. 1 et 15.

Le droit commun de l'Allemagne, et le Code de procédure civile de Bade (§ 47), autorisent les saisies-arrêts entre étrangers, pour l'exécution d'obligations contractées dans le pays, ou dont l'exécution doit y avoir lieu d'après la convention des parties. M. Mittermaier, Procédure civile comparée, cah. IV, p. 235.

(5) Jugement du tribunal de la Seine, 1<sup>re</sup> chambre, du 8 avril 1854. Arrêts de la cour royale de Paris, du 25 juin 1856, et 25 novembre 1859. *Gazette des Tribunaux*, des 9 avril 1854, 50 juin 1856, et 29 novembre 1859. Sirey, 1856, II, 160, Dalloz, 1856, II, 165.

(6) Arrêts de la cour de cassation du 27 nov. 1822, et de la cour royale de Paris, des 26 avril 1825, et 30 juillet 1851. Sirey, 1824, I, 48, II, 65. *Gazette des Tribunaux*, du 31 juillet 1851. Jugement du tribunal de la Seine, du 8 avril 1854, déjà cité.

réclamation d'aliments formée par une femme étrangère contre son mari (1).

Les tribunaux français sont compétents pour ordonner l'inventaire des biens situés en France et délaissés par un étranger, alors même que la succession se serait ouverte en pays étranger, et que tous les cohéritiers seraient, quant au fond de leurs droits, justiciables d'un tribunal étranger (2).

Ils peuvent même, mais seulement en vertu d'une commission rogatoire du tribunal étranger compétent, nommer un administrateur provisoire de la personne et des biens d'un étranger qui se trouve dans un état de faiblesse physique et morale (intellectuelle) qui lui rend impossible l'administration de sa personne et de ses biens (3).

Mais, d'un autre côté, les tribunaux ont reconnu leur incompétence pour ordonner la saisie-arrêt d'un navire étranger se trouvant dans un port français, à la requête d'un créancier étranger. On a distingué cette hypothèse de celle dont nous venons de parler, en ce que dans celle-ci le tiers saisi était nanti de marchandises à lui consignées à la vente en France par le débiteur étranger (4).

124. Lorsqu'une saisie-arrêt a été formée en France d'après ce qui a été dit au numéro précédent, le juge français est-il compétent pour statuer sur sa validité? Il nous semble que non. Il s'agit, pour le créancier étranger, non pas de l'exécution d'un titre paré (*V. supra*, n° 122), mais d'obtenir un titre primordial contre son débiteur : l'action est personnelle et mobilière; elle n'a rien de réel. Par suite, le créancier doit poursuivre la validité de la

saisie-arrêt devant le tribunal du domicile du débiteur, tout comme il doit porter devant ce tribunal l'action simple tendant à faire condamner le débiteur au paiement de la somme réclamée. A la vérité, ce système entraîne l'inconvénient d'un circuit d'actions, attendu qu'après avoir obtenu un jugement en pays étranger, le créancier est tenu de réclamer en France l'exécution du même jugement, afin de pouvoir en faire usage vis-à-vis du tiers saisi français. Mais le principe une fois reconnu que deux étrangers non domiciliés en France ne peuvent s'actionner à raison d'engagements personnels, il faut en subir les conséquences : aussi la cour de cassation a reconnu dans un cas analogue (5) que les inconvénients résultant de l'application de ce principe ne sauraient le faire fléchir. Cependant la cour royale d'Aix, par l'arrêt du 6 janvier 1831, cité au numéro précédent, a statué en sens contraire, « attendu que le droit d'autoriser ces actes de précaution, reconnu au juge français, emporte celui d'en apprécier l'opportunité, et par conséquent de statuer sur l'opposition de la partie saisie, d'autant qu'un renvoi dans cet objet au juge étranger entraînerait souvent des résultats ruineux, et, en certains cas, si elle était de nature périssable, la perte totale de la marchandise. » La cour d'appel de Mayence, dans l'arrêt déjà cité du 14 août 1828, a porté la même décision, par le motif que la saisie-arrêt, et tout ce qui y est relatif, concerne la souveraineté territoriale.

125. C'est ici le lieu de parler d'une question de procédure qui peut se présenter entre étrangers. Entre Français, le défendeur qui

Paris, du 19 août 1855. *Gazette des Tribunaux*, du 18 octobre 1855.

(5) Jugement du tribunal de la Seine, du 11 mars 1840. *Gazette des Tribunaux*, des 7, 12 mars et 15 août 1840, et un errata à la fin du n° du 19 du même mois.

(4) Arrêt de la cour royale d'Aix, du 13 juillet 1851. Sirey, 1855, II, 45.

(5) Arrêts de la cour de cassation, du 25 janvier 1825 et 50 mai 1827. Sirey, 1825, I, 196; 1827, I, 425.

(1) Jugements du tribunal de la Seine, des 21 août 1855 et 8 avril 1854, et arrêt de la cour royale du 19 décembre 1855. *Gazette des Tribunaux*, du 22 août 1855 (p. 1045, col. 3), 16 janvier et 9 avril 1854.

(2) Arrêt de la cour royale de Paris, du 12 août 1840. *Gazette des Tribunaux*, du 13 du même mois. — Il en est autrement lorsque le défunt est espagnol: la succession doit être liquidée par le consul, à l'exclusion des autorités françaises. Traité du 15 mars 1769, art. 8. Arrêt de la cour royale de

décline la juridiction devant laquelle il est appelé, et qui succombe en première instance, peut, aux termes de l'article 19 de l'ordonnance de 1757, négliger la voie de l'appel, et, *omisso medio*, se pourvoir immédiatement devant la cour de cassation. Mais cette disposition spéciale ne s'applique pas aux étrangers : ils n'ont que la voie ordinaire de l'appel (1).

126. Après avoir ainsi discuté la question de la compétence des tribunaux français dans les contestations qui s'élèvent entre deux étrangers, nous allons récapituler les principes suivis en cette matière dans les pays dont la législation a été empruntée à celle de la France.

Nous avons vu *supra*, nos 104 et 105, que dans le grand-duché de Bade, dans la Hesse rhénane et dans le royaume des Pays-Bas, deux étrangers sont admis à plaider devant les tribunaux du pays. Dans la Prusse rhénane, la jurisprudence a sanctionné le même principe (V. *supra*, n° 112, note). Mais les principes français sont encore suivis dans le royaume des Deux-Siciles et en Belgique (2).

### III. De l'étranger défendeur.

127. Après avoir exposé ce qui est relatif au droit de l'étranger de se porter demandeur, il nous reste à parler des cas où il est défendeur.

128. M. Wheaton (3), après avoir fait remarquer qu'en Angleterre et aux États-Unis les actions peuvent être portées par-devant tout juge quelconque dans le ressort duquel le défendeur est trouvé, ajoute que, « dans les pays qui ont emprunté au droit romain une partie de leurs lois, la maxime *actor sequitur forum rei* est généralement admise, et qu'en conséquence les actions personnelles doivent

êtres portées devant le tribunal du lieu où le défendeur a acquis un domicile. »

Cette maxime, en effet, forme la règle générale en France, en Allemagne et dans les autres pays du continent de l'Europe, mais elle admet aussi des exceptions.

En France, la maxime *actor sequitur forum rei* se trouve inscrite en tête des dispositions du Code de procédure civile relatives aux ajournements (art. 59) ; les différentes exceptions qu'offre le même article, sont communes aux étrangers et aux regnicoles : elles ne sauraient donc former matière à discussion dans le droit international.

129. Mais l'art. 14 du Code civil renferme une autre exception qui se rapporte spécialement aux étrangers : c'est le droit accordé au Français d'assigner un étranger, même non résidant en France, devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées envers un Français, soit en France, soit en pays étranger.

Cette exception à la règle *actor sequitur forum rei* se trouve établie en France dans des termes beaucoup plus généraux qu'elle ne l'est dans les autres pays de l'Europe : dans ceux-ci, ainsi que nous l'indiquerons *infra* n° 146, on a limité l'exception à quelques cas spéciaux, où les circonstances semblent la motiver, et elle a lieu en faveur des regnicoles comme des étrangers : en France, au contraire, l'exception est générale et en faveur des regnicoles seuls. Aussi, dans la plupart des pays étrangers, la disposition de l'art. 14 est regardée comme étant contraire au droit des gens, et dans divers pays on a pris des mesures de représailles au préjudice des Français, ainsi que nous l'expliquerons au même n° 146 (4).

130. L'ancienne jurisprudence française

(1) Arrêts de la cour de cassation des 25 janvier 1825 et 30 mai 1827. (Sirey, 1825, I, 196; 1827, I, 425.)

(2) V. la première note du n° 112, ci-dessus.

(3) A l'endroit cité au n° 97, *supra*.

(4) M. Rolin, de *jurisdictione judicium nostrorum in extraneos*, p. 55. cherche à justifier la disposition

de l'article 14 contre le reproche d'injustice. Il est incontestable, dit-il, que chacun peut, en contractant, renoncer à la juridiction de son juge naturel : or, ce qui est permis à chaque citoyen en particulier, la loi le fait pour eux en termes généraux, en disposant que tout étranger qui contracte avec un regnicole est censé renoncer par le même contrat à

n'avait pas adopté le principe consacré par l'art. 14 (1).

Dans le projet de Code civil, l'art. 14 établissait une distinction très-prononcée entre deux espèces de dettes : quant à celles contractées en France, le projet permettait indéfiniment de citer l'étranger devant les tribunaux français, et cette partie de la disposition proposée a été adoptée sans discussion. La seconde partie de l'article, relative aux dettes contractées par l'étranger en pays étranger, était conçue dans les termes suivants : « S'il (l'étranger) est trouvé en France, il pourra être traduit, etc. (2) » Mais les premiers mots de cette rédaction ont été supprimés à la suite d'une conférence entre le conseil d'État et le tribunal (3). Par l'effet de cette suppression, il n'existe plus aucune différence entre les deux parties dont se compose l'art. 14, et les deux mots *cité* et *traduit*, qui y sont employés, ont absolument la même signification ; dès lors il est certain que l'étranger qui a contracté, hors de France, une obligation envers un Français, peut être cité par celui-ci devant une juridiction française, quoiqu'il ne se trouve pas en France et qu'il faille en conséquence lui donner l'assignation au parquet du procureur du roi, conformément à l'art. 69, n° 9, du Code de procédure civile (4).

Il est à regretter qu'après la suppression des mots : « S'il est trouvé en France, » les

la juridiction de son juge naturel et se soumettre à celle des juges français. Ce raisonnement n'est qu'une pétition de principe, parce que le législateur français n'a pas d'autorité sur les étrangers.

(1) Malleville. Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'État, sur l'art. 14.

(2) Cette rédaction mettait le Code français en harmonie avec quelques législations étrangères dont nous ferons mention ci-après, et qui exigent la présence de l'étranger sur le territoire, pour que le regnicole puisse le faire citer devant les tribunaux du pays, à raison d'obligations qui n'y ont pas été contractées.

(3) Ce fait, dont on ne trouve aucune mention dans les ouvrages de M. Loqué, a été signalé par feu Daniels, dans ses conclusions qui ont précédé l'arrêt de la cour de cassation du 7 septembre 1808 (Sirey,

rédacteurs du Code n'aient pas réuni en une seule phrase les deux parties dont se compose l'art. 14, et qu'ils n'aient employé qu'un seul des mots « cité » et « traduit. » Cette rédaction plus précise, adoptée dans quelques-uns des Codes auxquels le Code civil a servi de modèle, aurait prévenu les contestations qui se sont élevées de temps à autre et dans lesquelles on a prétendu établir une différence entre les deux parties de l'art. 14, en soutenant que le mot *traduire* ne peut s'appliquer qu'au cas où la personne de l'étranger est trouvée en France (5).

151. L'art. 14 ne désigne pas le tribunal devant lequel le demandeur français qui se prévaut de cet article doit faire assigner son débiteur étranger. Il faut distinguer. Si le défendeur se trouve en France, l'assignation doit lui être donnée devant le tribunal du lieu où il réside de fait, conformément à l'art. 59 du Code de procédure civile (6). S'il ne réside pas en France, le demandeur a le choix entre tous les tribunaux du royaume (7), à la différence de quelques législations étrangères dont nous parlerons *infra*, n° 146, et qui, dans des cas analogues, désignent spécialement le tribunal devant lequel l'assignation doit être donnée.

152. L'article 14 est applicable d'abord dans tous les cas où un étranger s'est engagé *directement* envers un Français, soit que l'en-

1808, I, 455) : feu Merlin l'a reproduit au Répertoire, v° Étranger, § 5.

(4) V. l'arrêt de la cour de cassation du 7 septembre 1808, déjà cité, et Merlin à l'endroit cité. V. aussi *infra*, nos 149 et suiv.

(5) V. Malleville sur l'article 14, et les débats qui ont précédé l'arrêt de la cour de cassation, du 1<sup>er</sup> juillet 1829 (Sirey, 1829, I, 526).

(6) Arrêts de la cour royale de Paris, des 9 mai et 20 août 1855. Sirey, 1855, II, 278. *Gazette des Tribunaux* du 25 octobre 1855. Arrêt de la cour royale de Cologne du 2 août 1824. Archives, T. VI, I, p. 185. V. aussi Pailliet, Dictionnaire, v° Action concernant les étrangers, nos 52-60.

(7) Guichard. Traité des droits civils, nos 276 et suiv. M. Coin-Delille. Jouissance et privation des droits civils, nos 27 et suiv. M. Legat, p. 516.

gagement ait été pris en France ou en pays étranger; c'est-à-dire, lorsque le débiteur a contracté directement avec le Français et a donné sa signature au profit de ce dernier. Mais la jurisprudence applique également l'article 14 à un engagement *indirect*; c'est le cas d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, souscrit par un étranger à l'ordre d'un autre étranger, et qui, par des endossements successifs, est devenu la propriété d'un Français. Celui-ci peut invoquer l'article 14 contre le souscripteur ou endosseur étranger: car, dit feu Merlin (1), « l'étranger qui a souscrit une lettre de change ou un billet à ordre au profit d'un autre étranger ne s'est pas seulement lié envers celui-ci; il s'est lié envers tous ceux au profit desquels son obligation pourrait être endossée. Il est par conséquent censé avoir contracté avec le regnicole qui, au moment de l'échéance de son obligation, s'en trouve porteur: et il est, par une conséquence ultérieure, soumis, de sa part, à toutes les poursuites, à toutes les contraintes qu'un regnicole peut exercer contre un étranger. » Même langage dans un arrêt de la cour de cassation du 26 janvier 1855 (2). Cette argumentation nous semble exacte (3), d'autant plus que l'intérêt du commerce exige promptement justice pour l'exécution des obligations contractées en cette matière.

155. Les auteurs et la jurisprudence établissent une distinction entre ce cas et celui d'une obligation civile souscrite par un étranger au profit d'un autre étranger, la-

(1) Questions de droit, *vo* Étranger, § 4, no 4.

(2) Sirey, 1855, I, 100. Dalloz, 1855, I, 106. Ce principe a déjà été sanctionné par arrêt de la même cour du 26 septembre 1829; on le trouve dans les arrêts de la cour royale de Douai, du 7 mai 1828, dans ceux de la cour royale de Paris du 29 novembre 1850 et du 27 mars 1855. Sirey, 1850, I, 151; 1829; II, 79, 1852, II, 54; 1855, II, 218. *Gazette des Tribunaux* du 29 mars 1855. Dalloz, 1855, II, 85; enfin, dans un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 12 avril 1856. *Gazette des Tribunaux* du 15 du même mois.

(3) Elle s'applique aussi au cas où un Français a fait assurer des objets par un assureur étranger,

quelle, par la voie d'une cession ordinaire, devient la propriété d'un Français. On n'accorde pas à ce cessionnaire la faculté d'invoquer l'article 14 (4). En effet, dit M. Merlin (5), « le créancier ne peut jamais rien changer, par les conventions qu'il fait avec des tiers, aux droits ni à la condition de son débiteur (L. 25. C. de *Pactis*; L. 41, ff. de *Reg. jur.*) (6). De là cet axiome trivial, que le cessionnaire d'une créance est soumis, de la part du débiteur, aux mêmes exceptions que l'eût été son cédant. » L'auteur ajoute que l'étranger qui s'est obligé envers un étranger, « l'a fait dans la confiance que ses propres juges auraient seuls le pouvoir de prononcer sur les effets de l'obligation qu'il contractait... Ce serait donc se jouer de sa bonne foi que de le traiter, par suite de la cession que son créancier ferait de ses droits à un tiers, comme s'il s'était obligé envers un regnicole; et telle n'a été ni pu être l'intention de l'article 14. » La cour de cassation (7) a consacré la même distinction, par le motif que le cessionnaire ne peut agir que comme exerçant les droits de son débiteur.

Nous partageons l'avis qui refuse au cessionnaire d'une créance ordinaire la faculté d'invoquer l'article 14, mais uniquement par la raison qu'une disposition extraordinaire et sortant du droit des gens, comme l'est celle de l'art. 14, doit être restreinte dans ses termes et ne saurait recevoir une interprétation extensive.

Cependant nous n'admettons pas une autre conséquence que nous avons vu déduire des

avec la clause insérée dans l'acte: *pour compte de qui il appartiendra*. Arrêt de la cour royale d'Aix, du 5 juillet 1855. Sirey, 1854, II, 145. Dalloz, 1854, II, 24.

(4) Ni de réclamer la contrainte par corps. *V.* le chapitre suivant.

(5) *Ibid.*, no 5.

(6) On peut ajouter L. 54, ff. de *Reg. jur.*: *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*.

(7) Dans l'arrêt déjà cité du 26 janvier 1855. — La cour royale de Paris a consacré la même distinction dans son arrêt du 27 mars 1855, déjà cité.



Principes posés par feu Merlin et par la cour de cassation, dans les passages que nous venons de citer. C'est que le cessionnaire français d'une obligation civile souscrite par un étranger au profit d'un étranger ne pourrait pas même traduire, devant les tribunaux français, le débiteur qui se trouve habiter la France, en employant les voies ordinaires de poursuite. La question, ainsi dégagée du privilège des regnicoles établi par l'article 14, fera l'objet du numéro suivant.

154. Nous avons vu au n° 104, qu'à l'appui du système admis par la jurisprudence française, relativement aux procès entre étrangers, les tribunaux ont invoqué le principe que « les sujets seuls sont fondés à exiger et à obtenir la justice ; » que « le souverain ne la doit qu'à ses sujets (1) ; » que « les tribunaux français sont institués pour rendre la justice aux Français (2). » Ce principe est incontestable en ce qui concerne les sujets ; il a cependant été violé à leur égard par des décisions dans lesquelles les tribunaux ont cru se conformer à la maxime que les étrangers non domiciliés ne peuvent s'actionner l'un l'autre. Un étranger se retire en France, après avoir contracté des dettes dans sa patrie : un de ses compatriotes et créanciers cède sa créance à un Français. Ce dernier pourra-t-il poursuivre le débiteur étranger devant les tribunaux français ? Oui, dit la jurisprudence, s'il s'agit d'une lettre de change portant la signature du débiteur et endossée au profit du Français ; car celui qui signe une lettre de change s'oblige de fait envers tous ceux qui, étrangers ou non, peuvent devenir endosseurs ou porteurs (3). Non (4), s'il s'agit d'une créance civile transmise par une cession ordinaire : « car (5), le

« transport que le créancier étranger a fait  
« de sa créance à un Français, ne peut aggra-  
« ver la position du débiteur, ni par consé-  
« quent l'enlever à ses juges naturels ; que s'il  
« a été jugé que des lettres de change ou  
« billets à ordre souscrits entre étrangers pou-  
« vaient donner lieu à des poursuites devant  
« les tribunaux français, lorsque ces effets  
« avaient été transmis à des Français par la  
« voie de la négociation, cette exception,  
« introduite uniquement dans l'intérêt du  
« commerce, ne saurait être étendue au cas  
« où il s'agit, comme dans l'espèce, d'une  
« obligation qui n'a aucun caractère commer-  
« cial. » En admettant même la justice d'une  
distinction entre les créances civiles et com-  
merciales, nous soutenons que la première  
partie des motifs de l'arrêt que nous venons  
de rapporter repose sur une erreur manifeste.

En effet, tout Français a le droit d'obtenir justice en France pour sa personne et ses biens. Ce principe de droit public résulte de la nature même de la société civile et de la protection que l'État, comme corps, doit à la personne et aux biens de chacun de ses membres ; il doit être suivi dans toute sa généralité, à moins qu'une loi expresse n'y ait apporté une exception. Aucune exception de ce genre n'existe dans l'espèce. Donc, aussitôt que la créance a passé d'une manière légale dans la propriété du Français (6), les juges français sont tenus de protéger cette propriété, c'est-à-dire, de statuer sur la contestation élevée par le Français contre son débiteur étranger. Toutes les considérations qui peuvent exister en faveur de ce dernier doivent disparaître devant l'application de ce principe de droit public ; et le jurisconsulte a juste sujet d'être surpris de la faveur accordée

(1) Arrêt de la cour royale de Colmar, du 30 décembre 1815.

(2) Arrêt de la cour de cassation, du 2 avril 1855.

(3) *V.* plus haut, n° 152.

(4) *V.* n° 155.

(5) Ce sont les motifs d'un jugement du tribunal civil de la Seine, 4<sup>e</sup> chambre du 28 novembre 1855,

adoptés par l'arrêt confirmatif de la cour royale, 2<sup>e</sup> chambre, du 21 novembre 1856. Cet arrêt n'a pas été imprimé, que nous sachions.

(6) Autre chose est, si le transport n'a eu lieu que pour la forme, et pour éluder la jurisprudence relative aux poursuites contre les étrangers. *V.* l'arrêt de la cour royale de Paris, du 27 mars 1855 déjà cité.

par les juges français à un étranger et au préjudice d'un Français, tandis qu'en règle générale, ils sont peut-être trop enclins à protéger les nationaux au détriment des étrangers (1). — De même l'application du principe de droit civil *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, doit céder devant le principe du droit public « que le Français a le droit d'obtenir justice, » d'après la maxime que le droit civil existe sous la tutelle du droit public (*jus privatum sub tutela juris publici latet*) (2). Devant ce même principe disparaît nécessairement la considération que l'étranger a contracté l'obligation dans la confiance que ses juges naturels auraient seuls le pouvoir d'en connaître (3). Du reste, au fond, et abstraction faite de l'article 14, le transport fait à un Français n'aggrave en aucune façon la position du débiteur : car il était obligé au paiement, et la cession ne l'empêche pas de se prévaloir de toutes les exceptions qu'il avait contre le créancier primitif.

Dans les pays où la jurisprudence ne s'écarte pas, sous le prétexte de l'intérêt des regnicoles, des principes du droit des gens concernant les procès entre étrangers, la question traitée dans ce numéro ne peut se présenter (4). Mais voilà comment un premier écart des principes amène des conséquences préjudiciables aux regnicoles eux-mêmes.

135. Nous continuons d'examiner les cas d'application de l'article 14.

(1) *V.*, par exemple, les arrêts cités *supra*, aux nos 54 et 58.

(2) Bacon, aphorisme 5.

(3) Aussi cette considération peut d'autant moins être invoquée dans l'espèce, que l'étranger s'est soustrait lui-même à la juridiction de ses juges naturels.

(4) La jurisprudence de la cour de Cologne admet les actions formées contre un étranger par un regnicole cessionnaire d'un autre étranger. Arrêts des 2 août 1824 et 10 janvier 1825. Archives, etc., T. VI, I, 185 ; T. VIII, I, 121. Toutefois, un autre arrêt de la même cour, du 22 août 1855 (*Ibid.* T. XIX, I, 9) a également déclaré non recevable une action formée contre un étranger, par des regnicoles cessionnaires d'un autre étranger.

La disposition générale de cet article comprend non-seulement les obligations conventionnelles, mais aussi les engagements qui se forment sans conventions (art. 1370 du Code civil) (5). Ainsi un étranger est justiciable des tribunaux français, à raison du dommage qu'il a causé, par sa faute, à un Français, en pays étranger (6). De même, l'étranger qui a accepté une succession ouverte en France, peut être cité devant les tribunaux français par les créanciers ou légataires de la succession ; le fait de l'adition de l'hérédité constitue, de sa part, une obligation dans le sens de l'article 14 (7).

Le cohéritier français peut réclamer devant les tribunaux français, contre les cohéritiers étrangers, le partage d'une succession ouverte à l'étranger (8).

Aussi la veuve commune, française, peut invoquer l'article 14 contre les héritiers de son mari, qui sont étrangers (9).

Il est certain que, dans ces divers cas, les tribunaux français sont même compétents à juger des questions d'état entre étrangers, lorsque ces questions se présentent incidemment à la contestation portée devant eux par application de l'article 14 (10).

Enfin, l'étranger qui a contracté avec un Français une société dont le siège est fixé à l'étranger, peut être traduit devant les tribunaux français pour l'exécution des engagements contractés envers son associé français (11).

(5) *V.*, sur cette matière, M. Rocco, liv. 2, chap. 27-50.

(6) Arrêts de la cour de Poitiers, du 8 prairial au XIII. Répert., *vo* Étranger, § 4 ; Sirey, 1806, II, 40.

(7) Arrêt de la cour royale de Montpellier, du 12 juillet 1826. Sirey, 1827, II, 227.

(8) Arrêt de la cour royale de Paris, du 17 novembre 1854. *Gazette des Tribunaux* des 17 et 18 novembre 1854. Merlin. Répert., *vo* Jugement, § 7 *bis* (plaidoyer du 15 juillet 1811).

(9) Arrêt de la cour royale de Paris, du 7 août 1840. *Gazette des Tribunaux* du 9 du même mois.

(10) L. 5, C. *de judiciis* ; I, 1 C. *de ord. cogn.* M. Rocco, livre 2, chap. 23, p. 218 et suiv.

(11) Arrêt de la cour de cassation du 8 juillet 1840. Dalloz, 1840, I, 244 ; Sirey, 1840, I, 866.

136. L'article 14 peut être invoqué non-seulement par le Français d'origine, mais encore par celui qui l'est devenu par la naturalisation : car les conséquences de la naturalisation, en ce qui concerne la jouissance des droits civils, sont les mêmes que celles de la naissance (1).

L'étranger naturalisé peut même se prévaloir de l'article 14 contre les étrangers, à raison d'obligations antérieures à l'obtention des lettres de déclaration de naturalité. D'une part, la naturalisation opère dans la personne de l'étranger un changement d'état ; et c'est un principe reconnu que le changement d'état exerce ses effets immédiatement, dès le moment qu'il intervient (2). D'autre part, l'article 14 établit un privilège relatif à la forme de procéder, et il est de principe que les formes de procéder se règlent d'après la loi du temps où la demande est intentée ; il suffit qu'à cette époque le demandeur ait le droit d'employer la forme dont il s'agit (3). M. Paillet (4) soutient l'opinion contraire, en se fondant sur le principe qu'en matière de contrats, on se rapporte toujours au moment de leur rédaction, ainsi que sur le texte de l'article 14, qui, suivant lui, suppose que le créancier a été français au moment du contrat.

Par une conséquence de l'opinion que nous soutenons, l'étranger, déclaré d'abord non recevable à poursuivre son débiteur étranger devant les tribunaux français, à raison de la qualité des deux parties, peut, après avoir

obtenu des lettres de déclaration de naturalité, actionner de nouveau le défendeur devant les mêmes tribunaux, sans que ce dernier puisse exciper de la chose jugée sur la compétence (5). Et nous croyons que la cour royale de Rouen (6) a fait erreur en décidant que la naturalisation de l'une des parties, pendant le cours du procès, ne saurait fonder la compétence des tribunaux français.

De là suit aussi, que les habitants des provinces détachées de la France en 1814 et 1815, et devenus par là étrangers, sont soumis aujourd'hui à l'application de l'article 14, même à raison d'engagements pris avant la séparation (7).

137. Par les raisons exposées au numéro précédent, il n'y a pas lieu non plus à distinguer le cas où l'engagement est antérieur à la publication du Code civil, de celui où il est d'une date postérieure ; tout dépend du temps où s'intente l'action (8).

138. Les dispositions de l'article 14 peuvent recevoir des exceptions par les traités. On en trouve des exemples dans les traités passés avec la Russie et la Suisse, dont nous avons parlé *supra*, n° 104. En effet, dès que les traités désignent les tribunaux devant lesquels certaines contestations doivent être portées, il s'ensuit l'exclusion de la disposition extraordinaire de l'article 14 (9).

139. Le Français peut renoncer au droit que lui attribue l'article 14 ; car le texte de cette disposition n'établit qu'une *faculté* pour le Français (*l'étranger pourra être cité*) et non

(1) *V. infra* nos observations sur le chapitre du Code civil, de la Jouissance des droits civils.

(2) Répert., *vo* Effet rétroactif, sect. 3, § 2.

(3) Répert., *ibid.*, § 7. Arrêté du 5 floréal an IX.

(4) Dictionnaire universel de droit français, *vo* Action concernant les étrangers, n° 6.

(5) Arrêt de la cour impériale de Trèves, du 15 mars 1807. Jurisprudence de cette cour. T. I, p. 362. Dalloz, Dictionnaire, *vo* Étranger, n° 102. Arrêt de la cour royale d'Aix, du 24 juillet 1826. Journal de jurisprudence commerciale et maritime, publié à Marseille, T. V, 1826, p. 164.

(6) Arrêt du 29 février 1840. Sirey, 1840. II, 256. Dalloz, 1840, II, 108.

(7) M. Coin-Delille, n° 10. Rolin, p. 69.

(8) Arrêt de la cour de Trèves, du 13 mai 1807, déjà cité ; arrêt de la cour de Pau, du 8 juillet 1809 ; M. Coin-Delille, n° 10 ; M. Rolin, p. 67.

(9) Ainsi décidé quant aux Suisses, par deux circulaires du ministre de la justice, en date des 13 brumaire an XIII et 18 octobre 1815. Malleville, sur l'art. 14. Les Codes français annotés, par MM. Lahaie et Waldeck-Rousseau, sur le même article. La cour de cassation et le tribunal de commerce de la Seine ont statué dans le même sens. Arrêt du 26 août 1855 (*Gazette des Tribunaux* du 2 octobre 1855. Dalloz, 1856, I, 14) ; jugement du 27 avril 1851 (*Revue judiciaire*, III, 66).

pas une *obligation* (1). Cette renonciation a pour effet d'empêcher le Français de saisir ultérieurement de la connaissance de la même cause les tribunaux français, par application de l'article 14. La cour de cassation, par deux arrêts des 15 novembre 1827 et 14 février 1837 (2), a consacré le principe que cette renonciation est admissible : on lit dans les motifs de ces arrêts que « le droit attribué aux Français, par les articles 121 de l'ordonnance de 1629 et 14 du Code civil, de traduire un étranger devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, est une simple faculté, un privilège ; et, d'après les principes du droit commun, chacun peut renoncer à un privilège qui lui est personnel. » L'arrêt du 15 novembre 1827 ajoute : « il (le Français) y renonce en effet, lorsque, comme dans l'espèce, il cite l'étranger devant les tribunaux de son pays et qu'il épuise tous les degrés de leur juridiction. » Dans l'espèce, le Français avait formé une demande contre un Belge devant les tribunaux de Bruxelles : débouté de sa demande en première instance, il avait interjeté appel, et le jugement avait été confirmé ; plus tard le demandeur avait porté la même demande devant les tribunaux français.

L'arrêt du 14 février 1837 (3) va plus loin : il reconnaît que la simple assignation devant un tribunal étranger suffit pour établir la renonciation au privilège attribué aux Français par l'art. 14. « Attendu que, » y est-il dit, « dans ses qualités, l'arrêt attaqué constate, en fait,

(1) On trouve un exemple d'une *obligation* imposée au Français de porter devant les tribunaux du royaume les contestations qui le concernent, dans l'édit de 1778, qui défend aux Français de saisir les tribunaux étrangers des différends qui s'élèvent entre eux. *V. M. Paillet, ibid.* no 45.

(2) Sirey, 1828, I, 124 ; 1837, I, 251. Dalloz, 1828, I, 23 ; 1837, I, 100. *V. aussi* Rolin, no 20, p. 70.

(3) Cet arrêt a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la cour royale de Paris, du 5 mai 1834, qui avait jugé dans le même sens. *Gazette des Tribunaux* du 31 mai 1834. Sirey, 1834, II, 505.

(4) Répert., v° Renonciation, § 3.

(5) Arrêt de la cour de Paris du 25 thermidor

que la demanderesse, lorsqu'elle a intenté son action en France contre les défendeurs, avait déjà actionné ces derniers devant un tribunal anglais, en délivrance de son legs, et qu'une instance à ce sujet était encore pendante devant ce tribunal étranger ; qu'en tirant de ce fait la conséquence que la demanderesse avait renoncé au bénéfice de l'art. 14, et en se déclarant par suite incompétente pour statuer sur l'action portée devant elle, la cour royale de Paris n'a violé ni cet article, ni l'art. 171 du Code de procédure, et n'a commis aucun excès de pouvoir. »

En un mot, le Français qui a formé une action contre un étranger devant un tribunal étranger, est lié par cet acte de sa libre volonté : par l'effet du même acte, il a renoncé au droit établi en sa faveur par l'art. 14.

La maxime consacrée par ces deux arrêts est fondée sur les principes généraux en matière de renonciation (4) ; l'arrêt de 1827 l'a encore développée dans une seconde partie des motifs qui répond à une objection que nous allons examiner au numéro suivant.

140. Avant cet arrêt, plusieurs cours royales avaient admis comme règle, qu'une instance déjà engagée devant les juges étrangers, n'empêche pas le Français partie dans cette instance, de se prévaloir de l'art. 14 (5). Le motif de ces décisions (6) était, que les jugements rendus en pays étranger ne peuvent être exécutés en France : d'où l'on concluait que, par rapport à la France, la litispendance à l'étranger ne pouvait avoir aucun effet, et

an XII. Sirey, 1807, II, 855. Arrêt de la cour de Trèves, du 15 mai 1807, déjà cité. Arrêt de la cour de Turin, du 21 août 1812. Sirey, 1814, II, 191. Arrêt de la cour royale de Montpellier, du 12 juillet 1826. Sirey, 1827, II, 227. Dalloz, 1825, II, 140. La cour de cassation n'a jamais sanctionné cette maxime : elle a rejeté le recours contre le premier de ces arrêts, le 7 septembre 1808, mais par d'autres motifs. Sirey, 1808, I, 455. L'arrêt du 25 thermidor an XII pourrait être justifié par la circonstance que l'action en réméré est mixte.

(6) M. Zachariæ (Cours de droit français) et ses traducteurs (T. I, p. 58), partagent aussi cette erreur.

devait être regardée comme n'existant pas. Mais c'était évidemment étendre trop loin l'application de la maxime qui refuse l'exécution, en France, des jugements étrangers : cette maxime n'empêche pas que le Français, qui a des réclamations à exercer contre un étranger, ne forme une action contre ce dernier devant les tribunaux de sa patrie, et le fait du Français d'avoir agi ainsi, peut être regardé comme une renonciation, de sa part, au droit établi en sa faveur par l'art. 14 (1). Ce droit n'est relatif qu'aux intérêts privés du Français, tandis que la maxime qui refuse aux jugements étrangers toute exécution en France, découle immédiatement du droit de souveraineté. D'où il suit que le particulier peut valablement renoncer au droit qui lui est accordé par l'art. 14, tandis qu'il est impuissant à consentir valablement qu'un jugement étranger soit exécuté contre lui en France. C'est ce que la cour de cassation a expliqué dans la seconde partie des motifs de son arrêt de 1827 ; on y lit : « Attendu que c'est seulement la force exécutoire des jugements étrangers qui leur est déniée en France jusqu'à leur révision par un juge français, ainsi qu'il résulte des articles combinés 2125, 2128 du Code civil, et 546 du Code de procédure civile : que ces dispositions de la loi, qui consacrent le droit de souveraineté sur le territoire, ne sont point prises en vue des intérêts privés, et que les parties contractantes ou litigantes restent liées par les actes de la juridiction volontaire et contentieuse à laquelle elles se sont soumises. »

L'arrêt de 1857 établit implicitement le même principe, lorsqu'il déclare que la nouvelle demande formée en France doit être écartée, par le motif qu'une instance sur le même objet était encore pendante devant un tribunal anglais ; l'arrêt de la cour royale de Paris, qu'il confirme, avait même réformé le juge-

ment de première instance, qui avait déclaré que la litispendance à l'étranger n'avait pas d'effet en France.

C'est donc à tort qu'on pose encore en principe que la litispendance en pays étranger n'a aucun effet en France. Les arrêts des 15 novembre 1827 et 14 février 1857 ont formellement proscrit cette doctrine.

Boncenne (2) attaque vivement la décision de l'arrêt de 1827 par des arguments uniquement basés sur le principe qui refuse aux jugements étrangers leur force exécutoire en France. Le célèbre auteur n'a nullement réfuté la distinction judicieuse établie dans la seconde partie des motifs de l'arrêt de 1827.

141. La litispendance en pays étranger ne peut cependant former une fin de non-recevoir contre le Français qui invoque l'art. 14, lorsque ce n'est pas lui qui s'est porté demandeur devant un tribunal étranger, et que, défendeur, il n'a fait aucun acte d'où résulterait une renonciation au droit établi en sa faveur par ledit art. 14. Cette conséquence résulte des principes exposés au numéro précédent.

A plus forte raison, la litispendance à l'étranger ne saurait autoriser un tribunal français à surseoir à la demande, lorsque ce tribunal a été saisi le premier (5).

142. Mais les mêmes principes nous semblent applicables aux contestations entre deux étrangers ; et nous croyons que l'étranger ne peut être reçu à porter devant les tribunaux français la même demande qu'il a déjà formée devant un tribunal étranger : le fait de cette assignation implique renonciation, comme à l'égard des Français. En d'autres termes, la litispendance en pays étranger peut être opposée en France, par l'étranger défendeur, à l'étranger qui est également demandeur en pays étranger (4).

143. Le principe une fois admis, qu'il est

(1) Répert., v<sup>o</sup> Renonciation, § 5.

(2) Théorie de la procédure civile, T. II, p. 69 et suiv. Édit. HAUMAN.

(3) Arrêt de la cour royale de Bastia, du 14 décembre 1859. Sirey, 1840, II, 454.

(4) La cour royale de Paris, 1<sup>re</sup> chambre, semble avoir jugé en sens contraire, le 16 décembre 1859, dans la cause du prince de Salm-Kyrbourg contre le comte de Pfaffenhoffen. Le tribunal de la Seine avait déclaré en principe que l'exception de litispendance

loisible au Français de renoncer au droit établi en sa faveur par l'art. 14, cette renonciation peut encore résulter d'autres faits de sa part que celui d'une action formée en pays étranger. Ainsi l'élection de domicile dans un lieu dépendant d'un territoire étranger, faite dans les termes de l'art. 111 du Code civil, par un Français, dans un acte passé avec un étranger, peut être considérée comme impliquant cette renonciation et comme obligeant le Français à poursuivre l'étranger devant les tribunaux de son pays.

144. L'art. 14 ne distingue pas le cas où le Français qui entend s'en prévaloir, se trouve présent en France, de celui où il habite lui-même à l'étranger : le droit établi par cet article est une conséquence de la qualité de Français, et il doit subsister tant que l'individu n'a pas perdu cette qualité (1). Cependant deux arrêts de la cour royale de Paris ont décidé en sens contraire, en refusant au Français le droit d'invoquer l'art. 14 au préjudice d'un étranger avec lequel il aurait contracté en pays étranger, lorsqu'à l'époque du contrat le Français était domicilié dans le pays de l'étranger (2). Delvincourt (3) approuve ces décisions : « En effet, » dit-il, « l'étranger a pu et dû croire que le Français était fixé là où il avait son domicile; et il n'a pas dû s'attendre à se voir poursuivi en France, comme s'il s'agissait d'un contrat passé avec un Français voyageur. » Nous croyons que ces arrêts, s'ils peuvent être excusés par la nécessité de restreindre une disposition exorbitante, sont cependant contraires au texte de l'art. 14.

en pays étranger ne pouvait être proposée devant les tribunaux français : la cour, en adoptant les motifs des premiers juges, a ajouté en fait que les deux actions n'étaient pas les mêmes.

En Allemagne, l'exception de litispendance en pays étranger est recevable. *V.* les conventions diplomatiques citées *infra*, n° 146.

(1) M. Duranton, T. 1, n° 151 à la note; édit. HAUMAN. M. Legat, p. 299. M. Coin-Delille, Jouissance et privation des droits civils, n° 15. Arrêt de la cour de cassation, du 26 janvier 1856. Sirey, 1856, I, 217.

(2) Arrêts des 28 février 1814 et 20 mars 1854.

145. La disposition de l'art. 14 a passé, avec plus ou moins de modifications, dans les Codes auxquels le Code français a servi de modèle : on la retrouve d'abord dans le Code de *Bade* (4); l'art. 15 du Code des *Deux-Siciles* est ainsi conçu : « L'étranger, même « non résidant dans le royaume, pourra être « cité devant les tribunaux du royaume pour « l'exécution d'une obligation par lui contrac- « tée dans le royaume (5); il pourra pareille- « ment être traduit devant les tribunaux du « royaume pour les obligations par lui contrac- « tées en pays étranger envers un regnicole, « pourvu que le jugement puisse recevoir son « exécution dans le royaume. »

Le Code du *canton de Vaud* porte, art. 8 : « L'étranger au canton, lors même qu'il n'y « réside pas, pourra être cité devant les tri- « bunaux du canton : 1° Pour les actions ci- « viles résultant d'une faute ou d'un délit « commis dans le canton; 2° pour les actions « réelles concernant des biens situés dans le « canton; 3° pour l'exécution d'une conven- « tion écrite, même en pays étranger, dans « laquelle il aura été stipulé que les différends « auxquels elle pourra donner lieu, seront « jugés par les tribunaux du canton de Vaud; « 4° lorsque l'étranger, qui aura été domicilié « dans le canton, n'aura pas de domicile fixe « et connu, pourvu que l'action soit intentée « dans les trois mois qui suivront son départ « du canton. »

L'art. 14 du Code français se trouve littéralement reproduit, divisé en deux parties, par les articles 15 et 16 du Code de *Haïti*.

Sirey, 1814, II, 562; 1854, II, 159. Dalloz, 1815, II, 10; 1854, II, 152. Ce dernier arrêt a été cassé par celui du 26 janvier 1856.

(5) T. I, notes, p. 50 à la fin.

(4) Elle a été rayée plus tard. *V.* ci-après.

(5) On voit que le Code des Deux-Siciles ne limite pas, comme le Code français, le droit d'assigner l'étranger aux obligations par lui contractées *en France* envers un Français, et il semble qu'un autre étranger envers lequel l'étranger a consenti un engagement dans le royaume des Deux-Siciles, pourra aussi invoquer la première partie de l'art. 15.

Le *Code sarde* contient, sur la matière, des dispositions claires et explicites : art. 30. « Les étrangers qui auront contracté avec un sujet, pourront aussi être cités devant les tribunaux des États, quoiqu'ils ne s'y trouvent pas, si le contrat y a été passé, ou que leur obligation doive y être exécutée. » Art. 31. « Les étrangers qui auront contracté en pays étranger avec un sujet, pourront être cités devant les tribunaux des États, s'ils s'y trouvent. Ils pourront aussi l'être, quoiqu'ils ne s'y trouveraient pas, si, dans leur pays, on en use ainsi envers les étrangers. Dans ce dernier cas, la connaissance de la contestation sera réservée au sénat dans le ressort duquel le demandeur sera domicilié. » Art. 32. « L'étranger qui se trouvera dans les États, pourra, à raison des obligations qu'il y aurait contractées avec un autre étranger, être traduit devant les tribunaux des États (1). »

La nouvelle législation des *Pays-Bas* a maintenu la disposition de l'art. 14 du Code civil français, tout en la plaçant dans le Code de procédure civile. Voici le texte de l'art. 127 de ce Code : « Un étranger, même non résidant dans les Pays-Bas, peut être cité devant le juge néerlandais, pour l'exécution des obligations par lui contractées envers un Néerlandais, soit dans les Pays-Bas, soit en pays étranger. »

Dans les *États pontificaux*, au contraire, la disposition de l'art. 14 du Code français n'a

pas été admise : il résulte du paragraphe 485 du règlement législatif et judiciaire, du 10 novembre 1834 (2), que l'étranger ne peut être cité devant les tribunaux des États pontificaux, qu'autant qu'il a contracté des obligations dans ces États mêmes.

146. En *Allemagne* la maxime *actor sequitur forum rei* forme également la règle générale en matière personnelle (3) : mais elle admet plusieurs exceptions. Ainsi, à l'égard d'un étranger, la résidence momentanée dans le territoire peut être regardée par le juge comme équivalente au domicile (4). D'autres exceptions sont motivées sur des circonstances spéciales : ainsi, suivant la procédure du droit commun de l'Allemagne, l'action personnelle contre un étranger ou un regnicole peut être portée devant le tribunal du lieu du contrat (*forum contractus*) ou du lieu où le défendeur a géré les affaires d'autrui (*forum administrationis*), et la demande en validité d'une saisie-arrêt est de la compétence du tribunal dans le ressort duquel se trouve la chose arrêtée (*forum arresti*) (5) ; on a pu croire que les juges desdits lieux sont mieux à même de prononcer sur la contestation que ceux du domicile du défendeur : dans les deux premiers cas, en raison de l'interprétation du contrat, dans le troisième, à cause de la nature de l'objet et de l'urgence de statuer sur le mérite de l'opposition. Le Code de procédure civile de *Bavière* a adopté les mêmes principes (6).

En *Prusse*, un étranger n'ayant pas de do-

(1) Les dispositions de ces articles se trouvaient déjà dans les *constitutions*, publiées en 1770, liv. 5, tit. 1 (du tribunal compétent), articles 8 et 10. Ces lois et constitutions sont encore en vigueur en tout ce qui est relatif à la procédure civile.

(2) Ce paragraphe sera rapporté *infra*, lorsque nous examinerons les formalités prescrites pour les assignations à donner aux étrangers.

(3) Martin, Manuel de la procédure civile du droit commun de l'Allemagne (*Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses*), édition de 1854, § 48. Helfeld, *Dissertatio de actore forum rei haud semper sequente*, in *Opusculis*, n° VI.

(4) Glück, Commentaire, T. VI, § 512. *Mevii decis.*, part. 7, dec. 86, no 5.

(5) Martin, §§ 52, 55 et 240. Conventions conclues entre la Bavière et le Wurtemberg, le 7 mai 1821 ; entre le Bade et le Wurtemberg, le 30 décembre 1825 ; entre le Wurtemberg et les deux principautés de Hohenzollern, en 1827 ; entre le Bade et Hohenzollern-Siegmaringen, les 12 et 20 septembre même année. Martens, Nouveau recueil des traités, vol. VI, p. 854 ; vol. VII, p. 178, 270 et 503. Klüber, Droit public de la confédération germanique, § 566, note d.

(6) *Codex juris bavarici judiciarii*, chapitre I, §§ 6, 7 et 8.

micile établi dans le royaume, peut être cité, à la requête d'un demandeur regnicole ou étranger ; devant les tribunaux du royaume, pour l'exécution de ses engagements personnels ; et on peut invoquer contre lui le *forum contractus* et *arrestis* et celui qui résulte de l'élection de domicile pour l'exécution d'un contrat ; toutefois l'action ne peut être formée dans le lieu de la conclusion du contrat, ou dans celui qui est destiné à son exécution, qu'autant que le défendeur s'y trouve momentanément (1). Dans la Prusse rhénane, une ordonnance royale du 2 mai 1823 (2), en abrogeant l'art. 14 du Code civil, a introduit le *forum contractus* (sous la restriction ci-dessus), le *forum administrationis* et le *forum arrestis*.

Le Code de procédure civile d'Autriche ne fait mention d'aucun autre *forum* exceptionnel que du *forum arrestis* (5) ; il garde le silence relativement aux étrangers défendeurs.

En Bade, une ordonnance grand-ducale du 10 février 1815 a abrogé purement et simplement l'art. 14 du Code civil, en rétablissant l'ancienne législation sur la matière. Cette législation a été modifiée à son tour, en 1832, par le nouveau Code de procédure civile. Ce Code ne reconnaît pas, en général, le *forum contractus* ; mais il admet le *forum administrationis* (§20), le *forum arrestis* (§23), ainsi qu'une compétence exceptionnelle en cas de succession et de partage (§ 17), de société (§ 18) et d'élection de domicile pour l'exécution du contrat (§ 19). Le § 45 déclare ces dispositions communes aux demandes formées contre les étrangers, sauf les modifications suivantes :  
 « 1° Les étrangers non domiciliés dans le  
 « grand-duché peuvent être cités, à la requête  
 « de Badois ou d'étrangers, devant le tribunal  
 « qui est compétent par la nature spéciale de  
 « la cause : 2° Dans les contestations entre  
 « étrangers, la reconvention n'autorise point

« le tribunal compétent sur l'action principale  
 « à faire droit sur la demande reconvention-  
 « nelle : de même la juridiction des tribunaux  
 « étrangers ne peut être prorogée en faveur  
 « des tribunaux du grand-duché : enfin l'élec-  
 « tion de domicile faite dans un lieu dépen-  
 « dant du grand-duché, par les parties ou  
 « l'une d'elles n'est point attributive de juri-  
 « diction pour le tribunal du lieu de ce domi-  
 « cile, à la seule exception du cas où l'élection  
 « du domicile a été faite pour l'exécution d'un  
 « contrat passé dans le grand-duché ; 3° En  
 « ce qui concerne les demandes formées par  
 « des étrangers ou des Badois, contre des  
 « étrangers, pour l'exécution d'obligations  
 « personnelles contractées dans le grand-  
 « duché ou qui y doivent recevoir leur exécu-  
 « tion, la demande peut être portée devant  
 « tout tribunal badois de première instance  
 « dans l'arrondissement duquel le défendeur  
 « est trouvé, à moins que, dans l'espèce, la  
 « compétence d'un autre tribunal du pays ne  
 « soit fixée par la loi ou par une élection con-  
 « ventionnelle de domicile. »

Le numéro 4 du paragraphe 48, ainsi que le paragraphe 49, est relatif aux étrangers possesseurs de biens dans le grand-duché. Le paragraphe 50 ajoute qu'il peut être dérogé par des traités aux dispositions ci-dessus.

On voit que, parmi les lois allemandes relatives à la procédure civile, celle de Bade se rapproche le plus de l'art. 14 du Code civil ; cependant la loi badoise en diffère sous un double rapport : 1° elle n'autorise le Badois à traduire l'étranger devant les tribunaux du grand-duché, que pour l'exécution d'obligations qui ont été contractées dans ce pays ou qui y doivent recevoir leur exécution. 2° Elle ne permet l'assignation devant les tribunaux badois qu'autant que le défendeur étranger est trouvé dans le territoire.

(1) Code de procédure civile de Prusse, part. I, tit. 2, §§ 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 et 29, 114, 119, 120, 148, 149, et 150 ; tit. 29, § 42.

(2) Bulletin des lois de Prusse, 1823.

(5) Chap. XXIX, § 286, et les dispositions posté-

rieures rapportées à la suite de ce paragraphe, dans l'ouvrage de M. de Zimmerl, Manuel des juges, avocats et officiers de justice dans les États autrichiens (*Handbuch für Richter, Advocaten und Justizbeamte in den K. K. Staaten*).



Bien que la législation française ait été maintenue dans les pays situés sur la rive gauche du Rhin détachés de la France en 1814 et 1815, ainsi que dans le duché de Berg, l'art. 14 du Code civil a été abrogé dans tous ces pays, sauf à l'exécuter, par voie de représailles, contre les sujets des États qui ont conservé force de loi à cette disposition (1). Ainsi, dans la Prusse rhénane, par exemple, on ne saurait appliquer l'art. 14, ni à un Anglais, ni à un Autrichien, ni à un habitant de la Bavière ou de la Hesse transrhénane ou cisrhénane : mais il peut être invoqué contre un Français, un Belge ou un Néerlandais.

Dans tous les autres pays allemands la législation n'offre aucune disposition analogue à celle de l'art. 14 du Code civil (2).

147. Il en est de même dans le royaume de Danemark (3) : on y reconnaît en principe que l'étranger ne peut être cité, à la requête d'un Danois, devant les tribunaux du royaume, excepté : 1° lorsque l'étranger s'est obligé à faire juger la contestation par les tribunaux danois (*forum sponte agnatum*) ; 2° lorsque l'étranger a promis l'exécution du contrat dans un lieu faisant partie du territoire danois, et qu'il s'y trouve en personne (*forum contractus*) ; 3° l'étranger possesseur de biens-fonds situés dans le royaume est justiciable des tribunaux danois pour tout ce qui est relatif à ces biens (*forum rei sitæ*) ; 4° l'étranger demandeur devant un tribunal danois est obligé de répondre devant le même tribunal à la reconvention formée contre lui (*forum re-*

*conventionis*) ; 5° dans le cas du *forum arresti*.

Quant à la Russie, nous avons déjà rapporté plus haut, n° 109, les articles 2263, 2294 et 2295 des lois civ. X.

On ne trouve non plus rien de semblable à l'article 14 du Code civil dans les lois de l'Espagne et du Portugal.

148. En terminant l'exposé de ce qui est relatif à la position de l'étranger défendeur, nous ferons remarquer que nulle part il n'est tenu de fournir caution. En France, particulièrement, c'est là un principe reçu, quelle que soit la position dans laquelle la procédure place l'étranger vis-à-vis le demandeur.

Ainsi l'étranger qui demande la nullité ou la mainlevée d'une saisie immobilière ou d'une saisie-arrêt pratiquée contre lui à la requête d'un Français, ou la nullité de l'emprisonnement, ainsi que les dommages-intérêts qui résultent pour lui de ces divers actes, n'est pas tenu de fournir caution ; car le saisissant ou le créancier poursuivant est le demandeur originaire (4). Toutefois, la cour royale de Paris, par arrêt du 20 octobre 1851 (demande à fin d'élargissement) et le tribunal de première instance de la Seine, par jugement du 2 octobre 1855 (mainlevée d'opposition) ont prononcé en sens contraire (5).

La dispense de la caution existe de même, lorsque l'étranger défendeur poursuit l'audience à raison de l'inactivité du demandeur principal (6).

L'étranger défendeur, qui forme une demande reconventionnelle, ne doit pas être tenu

(1) Ordonnance du roi de Prusse, du 2 mai 1825. Déclaration donnée par le ministère de Bavière dans la même année. Ordonnance du grand-duc de Hesse, du 31 janvier 1824. Ordonnance du grand-duc d'Oldenbourg (pour la principauté de Birckenfeld), du 2 septembre 1817. Dans le bailliage de Meisenheim, faisant partie du landgraviat de Hesse-Hombourg, l'art. 14 est tombé en désuétude. V. Archives du droit civil et criminel de la Prusse rhénane, T. V, 2<sup>e</sup> part., p. 115 et 118 ; T. VI, 2<sup>e</sup> part. p. 86 et 87.

(2) Archives, *Ibid.*, T. V, 2<sup>e</sup> part., p. 115 et suiv. T. VI, 2<sup>e</sup> part., p. 85 et suiv.

(3) *Ibid.*, T. VI, 2<sup>e</sup> part. p. 115 et suiv.

(4) Arrêt du parlement de Douai, du 4 janvier 1772. Répert., v<sup>o</sup> Caution *judicatum solvi*, § 1. Merlin, Questions de droit, même mot, § 1, n<sup>o</sup> 5. Jugement du tribunal de la Seine, du 22 octobre 1851. Sirey, 1851, II, 527 à la note. Arrêt de la cour de Bruxelles, du 21 juin 1826, et du 12 juin 1828. Arrêt de la cour de Liège, du 5 avril 1852. Table générale, v<sup>o</sup> Caution *judicatum solvi*, nos 5, 5 et 6.

(5) Sirey, 1851, II, 527. *Gazette des Tribunaux*, du 3 octobre 1855.

(6) Jugement du tribunal de la Seine, du 19 juillet 1828. *Gazette des Tribunaux* du 20 du même mois.

à fournir caution ; car il n'est pas demandeur principal (art. 166 du Code de procédure civile) (1).

De même l'étranger défendeur originaire n'est pas obligé à fournir caution, lorsqu'il se

rend appelant du jugement de première instance (2).

Fœlix.

(La suite à une prochaine livraison.)

## DES PROGRÈS

ET DE L'ÉTAT ACTUEL DE LA LÉGISLATION ET DE LA SCIENCE DU DROIT,

**En matière de lettres de change.** (Suite (3).)

Avant de continuer l'exposé et la critique des doctrines généralement admises en matière de lettres de change, nous devons appeler l'attention de nos lecteurs sur une loi nouvelle qui a paru depuis la rédaction de notre premier article : c'est la loi adoptée par la diète de Hongrie, dans sa session de 1839 à 1840, et sanctionnée par l'empereur le 13 mai 1840 (4). Cette loi contient, outre les articles relatifs aux lettres de change, des dispositions importantes sur d'autres matières commerciales, particulièrement sur les sociétés, les agents de change et les courtiers, les voituriers pour le transport par terre ou par eau, et sur les faillites. La lettre de change fait l'objet de 209 paragraphes, qui

forment un ensemble complet de législation. Pénétré du sens véritable de l'institution de la lettre de change comme papier de crédit, le législateur hongrois a proscrit toutes les formalités inutiles qui peuvent en entraver la circulation. Dans l'examen de toutes les questions qui feront l'objet de notre travail, nous citerons les dispositions de la loi hongroise. Quant aux points discutés dans notre précédent article, nous remarquerons que la loi hongroise (§ 2) n'admet pas comme caractère essentiel, ainsi que le fait le Code de commerce français, que la lettre de change doive être payable par une personne autre que le tireur lui-même, et qu'elle soit tirée d'un lieu sur un autre ; le législateur hongrois assure

(1) Le Code badois (§ 184) dispose en ce sens.

(2) Delvincourt, T. I, notes, p. 26. Arrêt de la cour royale de Metz, du 27 août, 1817; Journal du palais, 1817, T. 53, p. 206, et Sirey, 1832, II, 595, à la note. Arrêt de la cour royale de Limoges, du 20 juillet 1832. Sirey, 1832, II, 594. Arrêt de

la cour royale de Paris, du 31 janvier 1835 (5<sup>e</sup> chambre). *Gazette des Tribunaux*, du 1<sup>er</sup> février 1835.

(3) Voyez *supra*, page 56 (première livraison).

(4) La meilleure traduction allemande de cette loi est celle publiée par M. Orosz (*Gesetzartikel des ungarischen Reichstags, 1839-40, nebst dem Wechselrecht*). Presbourg, 1840.

indistinctement les mêmes effets à la lettre de change qui réunit les conditions déterminées par le Code français, et à la lettre souscrite et payable par la même personne, c'est-à-dire au billet à ordre. Les dispositions du § 16 de la loi hongroise n'exigent pas non plus que la lettre de change énonce la valeur fournie.

Cette loi, qui a beaucoup d'analogie avec le projet autrichien de 1833, dont nous avons fait mention dans notre premier article (1), est due principalement à M. de Wildner, l'un des jurisconsultes autrichiens les plus éminents, et connu par la publication de la *Revue* intitulée le *Juriste*. La diète de Hongrie ayant émis le vœu qu'un jurisconsulte distingué fût chargé de l'assister dans ses délibérations, le gouvernement autrichien confia cette mission à M. de Wildner; et c'est aussi à ce savant que nous devons un commentaire de la nouvelle loi (2), ouvrage qui ne peut manquer d'offrir un vif intérêt aux jurisconsultes étrangers, car l'auteur y rattache tous ses développements aux vrais principes sur la lettre de change; il explique avec clarté le sens de la loi, et fait pressentir toutes les exigences du commerce, en discutant les questions controversées, et en citant les espèces remarquables qui se sont présentées.

Nous continuons l'exposé critique des principales questions qu'offre la matière des lettres de change.

III. Parmi les causes les plus efficaces du crédit commercial, il faut compter l'*endossement*. Pendant longtemps les jurisconsultes ne se formèrent pas une idée exacte du transport commercial de la propriété d'une lettre de change à une autre personne; ils supposaient dans la lettre de change un contrat entre le tireur et le preneur, et regardaient ce dernier comme seul autorisé à en disposer : trou-

vant dans la loi civile la cession comme moyen de transporter les droits résultant de la reconnaissance d'une dette, ils appliquaient les principes de cette institution aux lettres de change, en simplifiant toutefois la forme de la cession et en lui donnant la dénomination d'endossement (3). De cette manière, les jurisconsultes ne s'attachèrent qu'à la nature juridique de l'endossement, tandis que les commerçants en apprécèrent surtout l'efficacité commerciale, la facilité qu'il leur offrit pour l'échange et la transmission des valeurs. Et en effet, pour le commerce, la lettre de change n'a d'importance qu'autant qu'elle peut être cédée à une autre personne de la manière la plus expéditive et à l'instar d'un papier-monnaie. Les commerçants sentirent qu'il n'y a pas nécessité d'opérer le transport par une déclaration formelle, et qu'il est plus simple de se borner à la remise du titre, de telle sorte que tout détenteur sera en droit d'en exiger le paiement. On parvint ainsi à créer les lettres de change au porteur, dont la cession n'exigeait pas une déclaration formelle. Toutefois, la crainte des abus auxquels les lettres de change au porteur peuvent donner lieu, détermina la plupart des législateurs à ne point les admettre. La lettre de change dut donc porter le nom d'un preneur, et on arriva ainsi à l'endossement en blanc, dont nous parlerons à l'instant.

En même temps l'endossement nominatif obtint son importance dans la circulation des lettres de change. On sait que souvent le nom du tireur et le crédit dont il jouit ne sont pas tels qu'ils déterminent un négociant à escompter une lettre de change, à l'accepter en paiement et à s'en servir comme moyen de paiement; mais lorsqu'un des endosseurs, ou la personne qui offre de se rendre endosseur,

(1) Voy. les *Archives*, t. IV, 1<sup>re</sup> livraison.

(2) Commentaire théorico-pratique des lois de crédit adoptées par la dernière diète de Hongrie (*Theoretisch - practischer Commentär der auf dem letzteren ungarischen Reichstage zu stande gekommenen Creditsgesetze*); par M. le docteur

J. Wildner, seigneur de Maithstein. Vienne, 1840.

(3) On trouve des notices intéressantes sur le développement de l'institution de l'endossement dans l'ouvrage de M. Frémery (*Études*) p. 126, et dans celui de M. Nougier, n° 141 et suiv. de l'édition HAUMAN.

passé pour solvable ou jouit d'un crédit étendu, la circulation de la lettre de change devient facile ; le porteur, rassuré par la position de l'endosseur, ne conçoit aucune crainte pour le cas de non-paiement par le tiré. C'est pourquoi aussi on voit fréquemment les jeunes commerçants, qui n'ont pas encore pu acquérir un crédit étendu, rechercher, pour les lettres de change tirées par eux, l'endossement d'une maison considérable : cet endossement inspire de la confiance au profit de l'effet, et lui procure une circulation facile. M. Einert (1) a fait la même observation.

Souvent le propriétaire d'une lettre de change a intérêt de ne pas transférer la propriété de cet effet à celui à qui il le remet, et de borner les droits de ce dernier au mandat d'encaisser les deniers, soit parce qu'il n'a pas une pleine et entière confiance en lui, soit parce qu'il ne veut pas se charger de l'obligation de subir le recours des endosseurs subséquents. A cette fin, il emploie une forme d'endossement qui exprime que le nouveau détenteur du titre n'en a pas acquis la propriété. La sagesse du législateur, en matière de lettres de change, consistera à laisser au commerce le choix d'employer, soit l'endossement complet, soit une autre forme de remise ou de transport qui n'a qu'un but déterminé. Dès lors on ne saurait approuver la rédaction de l'article 136 du Code de commerce français, qui dispose en termes généraux : « que la propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement. » Il en est de même de la disposition de l'article 137, qui comprend l'énonciation de la valeur fournie parmi les conditions nécessaires à l'efficacité de l'endossement ; enfin, de la disposition de l'article 138, qui déclare d'une manière absolue que l'endossement non conforme aux prescriptions de l'article précédent n'opère pas le transport et n'est qu'une procuration. Ces diverses dispo-

sitions, qui refusent à l'endossement en blanc l'effet d'une transmission commerciale, qui exigent l'énonciation de la valeur fournie, sont en opposition avec les véritables besoins du commerce. Arrêtons-nous d'abord à l'énonciation de la valeur fournie.

L'expérience de l'Europe entière démontre que tous les ans des milliers d'endossements s'opèrent sans porter cette indication. Les législations qui apprécient le mieux les exigences de la vie commerciale, telles que celle de l'Angleterre, des États-Unis, de l'Autriche, et le droit commun de l'Allemagne (2), n'exigent point l'énonciation de la valeur fournie. Il y a, dans ce double fait, un avertissement donné aux législateurs des autres nations de ne point exiger des conditions inutiles. En matière de lettres de change, tout ce que le but de l'institution ne commande pas impérieusement ne devrait pas être ordonné par la loi. Des prescriptions inutiles sont nuisibles. Tous les jours le négociant le plus honnête et le plus expérimenté endosse des lettres de change dans l'intention d'en transférer la propriété, sans énoncer la valeur fournie, parce que l'usage du commerce ne reconnaît pas cette énonciation comme essentielle, et que, par suite, le négociant ne voit aucun intérêt d'employer ces mots. C'est ce qui arrive notamment dans le grand-duché de Bade, où le Code de commerce français a force de loi. Cette omission non-seulement fait naître des procès qui peuvent porter préjudice au commerçant le plus probe, mais encore elle empêche la circulation des lettres de change, en ce que le porteur craindra de voir soulever par le tiré des exceptions motivées sur une prétendue lacune dans la filière des endossements.

La prescription d'énoncer, dans l'endossement, la valeur fournie est superflue ; car la question de savoir si la valeur a été fournie intéresse uniquement l'endosseur et celui à

(1) Du droit de change. p. 138.

(2) Sieveking, Matériaux pour servir au développement du droit de change (*Materialien zum*

*Wechselrecht*), § 189 ; Treischke, Encyclopédie du change (*Wechselencyclopædie*), t. I, p. 478.

qui il a passé l'effet : ces deux parties peuvent s'entendre entre elles à ce sujet, de telle manière qu'elles le jugeront convenable : par exemple l'endosseur peut délivrer une quittance. Peu importe à l'accepteur ou aux porteurs subséquents, que chaque endosseur précédent ait reçu la valeur de son endossement : l'endosseur peut avoir fait donation de la lettre de change ; il peut en avoir prêté le montant ; il peut n'y avoir mis son endossement que pour faciliter la négociation de la lettre de change. Tout cela est indifférent pour cette circulation en général, et en particulier pour les porteurs subséquents de l'effet. Au surplus, il y a souvent impossibilité d'indiquer la manière dont la valeur a été fournie, parce qu'en réalité elle ne l'a pas été ; il faut alors recourir à l'expression : *valeur en compte*, qui, on le sait, se prête à toutes les interprétations possibles, et, au fond, ne fait qu'établir des présomptions. Le projet préparé pour le royaume de Wurtemberg (1) déclare suffisante l'expression *valeur entendue*. Mais ce terme, s'il n'est pas une vaine formule, énonce uniquement que l'endosseur est d'accord avec celui à qui il a passé la lettre de change. Cet accord n'offre aucun intérêt aux autres parties de la négociation de la lettre de change, auxquelles, du reste, cette expression ne fait pas connaître les véritables conditions du prétendu accord.

Il y a un autre motif de supprimer la prescription d'énoncer, dans l'endossement, la valeur fournie ; c'est que la lettre de change parcourt ordinairement divers lieux où les lois

n'exigent point cette énonciation, et où, par conséquent, les endosseurs ignorent la nécessité de faire cette mention ; et, par suite, ils sont exposés à ce que l'omission tourne à leur préjudice.

La nouvelle loi hongroise a sagement fait (2) en n'exigeant point l'énonciation de la valeur fournie ; et plusieurs auteurs français, parmi lesquels nous signalerons M. Frémery (3), ont démontré que cette prescription du Code de commerce est dénuée de toute base rationnelle.

IV. *L'endossement en blanc* mérite une attention particulière. Un fait digne de remarque, c'est que, nonobstant les dispositions des art. 137 et 158, il se fait en France un grand nombre d'endossements en blanc, dont les auteurs ont cependant l'intention de transférer la propriété de la lettre de change. En Angleterre (4) et aux États-Unis (5), les commerçants n'ont jamais élevé aucun doute sur la validité d'un endossement en blanc, et les lois des Pays-Bas (6) et du Danemark (7) le reconnaissent formellement comme valable. Aux termes de la nouvelle loi hongroise (8), un endossement complet ne peut être attaqué sous le prétexte qu'il a été donné en blanc et rempli ensuite. La loi du royaume de Saxe, en date du 18 juillet 1840 (9), reconnaît également la validité de l'endossement en blanc. D'après le projet préparé pour le royaume de Wurtemberg (10), l'endossement en blanc peut être donné par la simple signature de l'endosseur, et cet endossement transmet la propriété de la lettre de change. Le projet autrichien (11)

(1) §§ 552 et 567 ; motifs, p. 476.

(2) § 29. *V.* le commentaire de M. Wildner, vol. 1, p. 76.

(3) *Études de droit commercial*, p. 151.

(4) Smith, *Compendium of the mercantile law*, p. 129 ; Thomson, *Treatise*, p. 229-502.

(5) Kent, *Commentaries of the American law*, vol. III, p. 59 ; Ogilvie, dans son édition de Chitty, *On bills of exchange*, p. 256.

(6) Art. 156.

(7) Art. 12.

(8) Art. 54.

(9) § 15. En voici le texte : « La prohibition des endossements en blanc prononcée par la loi de Leipsig relative aux lettres de change, est supprimée, en ce qui concerne les effets tirés d'un lieu sur un autre. En conséquence, le porteur d'une traite endossée en blanc n'est pas tenu de justifier d'une autre manière de sa propriété, quoique cet endossement reste dans son état primitif ou qu'il n'ait pas été suivi d'un autre endossement énonçant le nom du porteur. »

(10) § 568.

(11) § 45.

admet de même la validité de cet endossement. Le projet prussien de 1858 (1) déclare, à la vérité, que l'endossement en blanc ne vaut que comme procuration ; mais les rédacteurs des motifs annexés à ce projet ajoutent que plusieurs corporations de commerçants ont fait remarquer que les endossements en blanc sont indispensables au commerce ; que souvent ils sont employés pour mettre en gage une lettre de change avant l'échéance ; et qu'on peut admettre comme règle que le signataire de l'endossement en blanc entend donner au porteur le droit de le remplir. — Lors de la réception du Code de commerce français dans le grand-duché de Bade, le législateur a fait une addition à l'art. 158, portant défense au porteur d'un endossement en blanc, de le remplir.

Cet exposé comparatif des diverses législations en matière d'endossement en blanc, porte à conclure qu'il y a toujours imprudence ou légèreté de la part du législateur, lorsqu'il néglige d'appeler à son aide l'expérience des hommes pratiques et qui ont pu, dans l'usage quotidien, apprécier le mérite et les inconvénients d'une disposition. On ne saurait douter que déjà à une époque reculée, et aussitôt que l'institution des endossements eut pris quelques développements, les endossements en blanc n'aient été d'un usage général dans les grandes villes de commerce, parce que cette forme d'endossement était conforme à la véritable nature de la lettre de change, qui est de former un titre susceptible d'une circulation rapide et analogue à celle du papier-monnaie (2). La proscription des endossements en blanc, ou la disposition qu'ils ne vaudront que comme procuration, est le résultat, d'une part, de l'application, à la lettre de change,

des principes relatifs à la cession et à la nécessité de justifier de la propriété du titre ; d'autre part, de la crainte des abus et dangers auxquels les endossements en blanc peuvent donner lieu. Le législateur oublia que l'intérêt des relations commerciales exige l'application d'endossements en blanc, et que ces endossements font accroître le crédit de la lettre de change : en effet, par ce moyen, celle-ci obtient une circulation plus rapide, puisque les personnes par les mains desquelles elle passe par l'effet d'endossements en blanc ne se soumettent pas à l'obligation de garantie et sont, par suite, plus disposées à entrer dans les opérations de change (3). Celui qui fait escompter en blanc une lettre de change en conserve la propriété, et les périls sont à ses risques : tandis que si l'endossement était rempli, les périls éventuels seraient aux risques de l'escompteur (4). Ainsi s'explique pourquoi les auteurs qui se sont pénétrés des véritables besoins du droit de change, par exemple M. Einert (5), insistent sur la nécessité de maintenir l'endossement en blanc. En France, nonobstant les dispositions qui considèrent cet endossement comme une simple procuration, en lui refusant l'effet d'opérer le transport de la propriété, il est d'un usage général, d'après le témoignage de tous les auteurs (6), et sans qu'on l'emploie dans un but de fraude ; des jurisconsultes estimables, par exemple M. Horson (7), reconnaissent que l'usage du commerce a dérogé à la loi. La jurisprudence des tribunaux français s'est déclarée en faveur de l'usage ; car elle admet que l'endossement en blanc produit les effets d'un endossement parfait, lorsque le porteur justifie qu'il en a fourni la valeur (8), et que le porteur d'un

(1) Art. 57.

(2) C'est aussi l'opinion de M. Einert, p. 126-129.

(3) Wildner, Commentaire de la loi hongroise, vol. I, p. 88.

(4) Journal pour l'administration de la justice et l'administration proprement dite, dans le royaume de Saxe (*Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen*), t. 111, p. 250.

(5) Page 126.

(6) Frémery, *Études*, p. 455 ; Persil, de la lettre de change, p. 208.

(7) Questions, t. II, question 84.

(8) Jugement du trib. de commerce de la Seine, du 30 déc. 1856, et arrêt de la cour royale de Paris, du 8 avril 1857. — (Ce dernier arrêt a été cassé le 30 déc. 1840. V. la *Gazette des Tribunaux* du 19 mai 1857 et du 31 déc. 1840. (*Note des directeurs des Archives.*))

endossement en blanc peut transférer valablement à un tiers la propriété de la lettre de change (1).

En examinant, sous le rapport législatif, s'il y a lieu ou non d'admettre l'endossement en blanc, on a ordinairement confondu deux questions distinctes : celle de savoir si le porteur peut être contraint de se contenter de cet endossement, et celle de savoir si la loi doit sanctionner la convention des contractants qui sont d'accord d'employer cette espèce d'endossement? Il faut répondre négativement à la première question, et affirmativement à la seconde. A la vérité, le préjudice, dont le détenteur d'un endossement en blanc est menacé, peut déterminer un négociant à refuser de s'en charger; mais la possibilité de ce préjudice possible ne saurait engager le législateur à interdire un usage qui, depuis des siècles, a offert des avantages aux commerçants : il doit s'abstenir d'autant plus de prononcer une prohibition, qu'elle peut être plus facilement éludée. En effet, souvent le détenteur d'un endossement en blanc le remplit avant d'en faire usage, et on ne pourrait lui défendre d'opérer ce complément. A Leipzig, où la loi avait généralement interdit l'endossement en blanc, l'usage s'en conserva cependant, et une jurisprudence bien entendue reconnut au porteur le droit de remplir cet endossement.

Nous ajouterons une dernière considération. Si le législateur veut être conséquent, il ne doit point s'arrêter à moitié chemin; il ne doit point se borner à reconnaître la validité de l'endossement en blanc dans le cas où il aurait été rempli plus tard (2); il doit également statuer sur la question de savoir à qui appartient le droit de remplir l'endossement. En effet, si l'on exige que ce complément ne puisse être effectué que par l'endosseur lui-même, auteur de l'endossement en blanc, il sera souvent

impossible de satisfaire à cette prescription. Ainsi, lorsqu'un négociant de Paris reçoit, le 15 août, de son correspondant de New-York, une lettre de change payable à Lyon le 1<sup>er</sup> septembre, il y a impossibilité de renvoyer l'effet aux États-Unis pour remplir l'endossement. Si l'on se borne à exiger d'une manière absolue que l'endossement soit rempli, on accorde par là même au porteur le droit de le remplir; mais dès que ce droit existe, la prescription de la loi ne produira aucun effet, et on ouvrira la porte à des faits illicites.

Dans cet état de choses, le législateur devra tout simplement abandonner au libre arbitre du commerçant la faculté d'employer l'endossement en blanc, et de l'accepter comme valable, s'il lui est présenté.

V. Suivant le Code de commerce, la doctrine de la *provision* est l'une des plus importantes en matière de lettres de change (3). Aux termes de l'article 115, la provision doit être faite par le tireur ou par celui pour le compte de qui la lettre de change est tirée. L'art. 116 détermine les cas dans lesquels la provision est réputée faite. L'article 117 ajoute que « l'acceptation suppose la provision. » Les codes des Pays-Bas (4), d'Espagne (5) et du Portugal (6) ont reproduit les mêmes dispositions. Par contre, les nouvelles lois allemandes sur la matière des lettres de change ne renferment aucune disposition analogue; elles gardent le silence relativement à la provision, excepté dans un seul cas, celui où le porteur, qui exerce son recours, a négligé de faire protester la lettre de change. L'examen de diverses causes régies par le droit français et par le droit allemand me porte à ne pas hésiter à donner la préférence au système allemand, et voici mes raisons. Sans doute, fournir la provision est, de la part du tireur, le moyen principal d'assurer l'acceptation et le paiement

(1) Persil, *de la lettre de change*, p. 212; Nougier, n° 159 et suiv., édition HAUMAN.

(2) C'est ce que prescrit la loi hongroise, § 55.

(3) On trouve un exposé très-clair de cette doctrine dans une dissertation de M. Asser, *De pecu-*

*nia que provisionis nomine debiti cambialis solutione destinata*. Amsterdam, 1854.

(4) Art. 106.

(5) Art. 448.

(6) Art. 528.

de la lettre de change ; mais le législateur a tort de compliquer la matière très-simple de la lettre de change , en y faisant entrer les dispositions relatives à la provision , qui donnent souvent lieu à des difficultés et des procès : il doit laisser au tireur le choix des moyens à prendre pour assurer l'acceptation et le paiement de la lettre de change. Le tireur garantit au preneur cette acceptation et ce paiement , et il est même tenu du cas fortuit , en cas de non-paiement ; mais la loi ne doit pas prescrire la manière dont le tireur s'acquittera de son obligation : une prescription de ce genre a pour effet que le preneur en déduit certains droits à son profit , bien qu'en droit le mode employé par le tireur pour assurer le paiement de la lettre de change lui soit complètement indifférent. En imposant au tireur l'obligation précise de faire la provision , la loi prescrit une mesure que très-souvent le tireur n'exécute cependant pas dans le sens de la loi. On sait que , dans la majeure partie des cas , le négociant tire la lettre de change à crédit. Le banquier permet au commerçant , qui n'a pas encore acquis un renom suffisant de solvabilité illimitée , de tirer sur lui jusqu'à concurrence d'une certaine somme : dans ce cas , le tireur est certain que sa traite sera acceptée ; néanmoins il n'existe pas de provision dans le sens de la loi. D'autres fois le tireur n'est point créancier du tiré , ni ne jouit d'un crédit spécial auprès de ce dernier ; cependant il se repose sur sa réputation de solvabilité généralement reconnue ; il compte avec raison qu'en considération de sa position , le tiré acceptera la traite , parce qu'une autre fois ce dernier pourra aussi fournir sur lui. Pourquoi le législateur interdirait-il ces opérations qui se présentent si fréquemment ? Les auteurs allemands les plus renommés , qui ont écrit sur la matière des lettres de change (1), sont unanimes pour critiquer les dispositions des articles 115 et 116 du Code français : on trouve la même

doctrine dans les motifs du projet de Code de commerce préparé pour le Wurtemberg (2).

La disposition de l'art. 117 du Code de commerce , portant que « l'acceptation suppose la provision , » amène de nouvelles difficultés ; car il n'est pas vrai que l'acceptation de la lettre de change suppose que l'accepteur ait reçu la provision. En fait , dans la plupart des cas , au contraire , l'acceptation a lieu sans que la provision ait été faite au préalable ; c'est parce que le tiré a promis au tireur de lui accorder un crédit , ou parce qu'il connaît la solvabilité de celui-ci , ou enfin parce qu'il se trouve avec lui en compte courant. D'ailleurs , en France , la jurisprudence (3) n'attribue pas toujours le même sens au mot *suppose* ; souvent il est pris comme synonyme de *faire preuve* , mais en règle générale , on ne l'emploie que comme équivalant à celui de *présomption*. Cependant c'est une erreur de soutenir que l'acceptation n'établit qu'une présomption contre l'accepteur ; car il ne peut être admis à la preuve contraire.

L'art. 117 n'a eu pour but que de consacrer une disposition positive concernant les endosseurs , et c'est pourquoi il porte : « Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs. » L'ordonnance de 1673 , titre V , art. 16 , obligeait les tireurs ou endosseurs des lettres de change , de prouver , en cas de dénégation , que ceux sur qui elles étaient tirées leur étaient redevables ou avaient provision ; sinon , ils étaient tenus de les garantir. Cette disposition était trop onéreuse pour les endosseurs ; on ne saurait raisonnablement les obliger à justifier de l'existence de la provision , laquelle résulte de faits qui leur sont étrangers. Les rédacteurs du Code sentirent la nécessité d'une modification ; mais au lieu de déclarer simplement que le porteur perd son recours contre les endosseurs , faute par lui d'avoir fait protester la lettre de change en temps utile , ils prirent le terme moyen de déclarer que l'ac-

(1) Treischke , *Encyclopædie* , t. 1 , p 529 ; Einert , p. 225 et 224.

(2) Page 509.

(3) Pardessus , *Traité du contrat de change* , tome 1 , page 92 ; Persil , page 155 ; Nouguiet , édition HAUMAN.



ceptation vaut preuve de l'existence de la provision, à l'égard des endosseurs ; de telle sorte que ceux-ci seront libérés de tout recours à défaut de protêt. Nous démontrerons au numéro suivant que ce point de vue repose sur une erreur, et que le législateur n'aurait pas dû faire entrer la question de la provision dans la matière de la lettre de change. Aussi MM. Vincent (1) et Nougier (2) font remarquer avec raison que la rédaction de l'art. 117 est pleine de confusion et d'obscurité, et qu'il eût pu être supprimé en entier. En un mot, la loi sur la lettre de change ne doit pas s'occuper de l'obligation du tireur de faire la provision ; elle ne doit statuer sur l'influence de la provision que par rapport à la question qui fera l'objet du numéro suivant.

VI. Une question importante en matière de lettres de change, est celle de savoir si le porteur qui a négligé de remplir l'une des obligations à lui imposées par le droit de change, par exemple, celle de faire protester dans les délais fixés, conserve néanmoins le droit d'exercer son recours contre les endosseurs précédents ? En ne considérant que l'article 117 du Code de commerce, on serait disposé à penser que, pour échapper au recours du porteur qui s'est placé dans ladite hypothèse, les endosseurs sont tenus, lorsque la lettre de change n'a pas été acceptée, de justifier qu'il y a eu provision : mais qu'en cas d'acceptation, les endosseurs sont libérés du soin de faire cette justification, parce qu'à leur égard l'acceptation établit la preuve de la provision. Mais telle n'a pas été l'intention des rédacteurs du Code, ainsi qu'il résulte des articles 168, 169 et 170, qui déclarent le porteur déchu de tout recours contre les endosseurs, après l'expiration des délais prescrits. M. Vincent (5) explique très-bien de quelle manière cette contradiction a passé dans le Code. « Quand, » dit-il, « la discussion arriva aux articles 168-170, il fut

enfin accordé que la déchéance serait absolue au profit des endosseurs : la circonstance de l'acceptation leur devient étrangère : dès lors, ce qu'on avait dit à l'article 117, sur la présomption ou la preuve qui en serait tirée, n'avait plus de sens ; on convint de retrancher les deux premiers paragraphes qui s'y rapportent ; mais en mettant en harmonie avec le nouveau système adopté le troisième paragraphe qui devait rester seul, on oublia de faire le retranchement, et les deux phrases, désormais insignifiantes, sont restées, au hasard d'induire en erreur ceux qui y cherchent une disposition applicable. » Cette explication confirme l'opinion que nous avons émise plus haut, qu'on eût mieux fait de supprimer l'article 117. La circonstance que la provision a été faite ou non, ne saurait exercer aucune influence sur les endosseurs : ils doivent être indéfiniment exempts de tout recours de la part du porteur qui n'a pas fait protester en temps utile, parce qu'ils ne sont pas tenus de procurer l'acceptation du tiré, et qu'ils n'ont aucun pouvoir de le contraindre à la donner ; de même le fait de l'acceptation ne saurait exercer aucune influence sur eux. La libération pure et simple des endosseurs vis-à-vis le porteur négligent se trouve également établie par le Code des Pays-Bas (4), qui a supprimé l'article 117 du Code français ; par le projet de Wurtemberg (5) et par la loi hongroise (6) : cette dernière ajoute que le porteur qui a laissé passer les délais prescrits ne peut pas même former au civil une action récursoire contre les endosseurs.

La position du porteur qui a fait protester après les délais, est différente vis-à-vis le tireur. Aux termes de l'article 117 du Code de commerce, le tireur, dans ce cas, reste obligé vis-à-vis le porteur. Cette disposition a passé dans les nouvelles lois (7). Le projet de Wurtemberg (8) porte : « Après l'expiration des délais

(1) T. II, p. 354.

(2) T. I, p. 199.

(5) T. II, p. 355.

(4) Art. 108.

(5) Art. 589.—(6) § 67.

(7) Code des Pays-Bas, art. 108. — Code d'Espagne, art. 448. — Code du Portugal, art. 551.

(8) Art. 579.

« prescrits pour la présentation de la lettre  
 « de change, pour le protêt ou pour l'exercice  
 « de l'action en garantie, le tireur n'est libéré  
 « qu'autant qu'il prouve que le tiré avait pro-  
 « vision à l'échéance. » La nouvelle loi hon-  
 groise (1) s'exprime dans les termes suivants :  
 « En cas de retard, soit dans la présentation  
 « à l'acceptation, soit dans la levée du protêt,  
 « soit dans la notification, le porteur est déchu,  
 « à l'égard du tireur, de tous les droits qui,  
 « d'après le droit commun, ne s'éteignent que  
 « par la prescription, pourvu que le tireur  
 « prouve qu'au jour de l'échéance il avait une  
 « créance incontestable à exercer contre le  
 « tiré, et que celui-ci était alors en état de  
 « payer le montant de ladite créance ; mais  
 « le tireur est tenu de transporter sa créance  
 « au porteur jusqu'à concurrence du montant  
 « de la lettre de change. » Ces dispositions  
 ont leur base dans un principe de toute justice.  
 Le tireur s'était obligé à faire payer la lettre  
 de change par le tiré : faire la provision était  
 le moyen le plus sûr d'arriver à cette fin. En  
 fournissant la provision, le tireur a rempli son  
 obligation, et le porteur doit subir les consé-  
 quences de sa négligence. Mais si le tireur n'a  
 pas fait la provision, cette omission de sa part  
 doit tourner à son préjudice, et on doit admet-  
 tre que si le porteur s'était présenté en temps  
 utile chez le tiré, cette démarche serait restée  
 inefficace, parce que le tiré, qui n'était pas  
 couvert, n'aurait pas donné son acceptation.  
 Si, dans l'hypothèse qui nous occupe, le tireur  
 n'était pas tenu d'indemniser le porteur, il  
 s'enrichirait au préjudice de celui-ci, malgré  
 que ce soit lui qui ait commis la première  
 faute. Cette argumentation se trouve aussi dans  
 les auteurs français (2) ; elle a été particuliè-  
 rement développée par M. Einert (3). Il peut  
 s'élever quelques doutes dont nous allons dis-  
 cuter la valeur.

La première question qui se présente est  
 celle de savoir laquelle des parties doit rap-

porter la preuve ? En Allemagne, on a quel-  
 quefois prétendu mettre à la charge du porteur  
 la preuve que le tireur n'a pas rempli son obli-  
 gation de faire la provision, parce que cette  
 preuve fait partie du fondement de sa demande.  
 Mais le Code français et les lois citées exigent  
 avec raison que le tireur justifie avoir fait la  
 provision, parce que ses obligations compren-  
 nent celle de la fournir, et qu'il doit établir  
 qu'il a rempli ses obligations.

Une autre question présente plus de difficul-  
 tés : quelle est la preuve à faire par le tiré pour  
 arriver à sa libération ? Aux termes de l'art. 415  
 du Code de commerce, il doit justifier qu'il y  
 a eu provision, et d'après l'art. 416, il n'y a  
 provision qu'autant que le tiré, à l'échéance de  
 la lettre de change, est redevable au tireur ou  
 à celui pour le compte duquel la lettre de  
 change est tirée, d'une somme au moins égale  
 au montant de la lettre change. Le projet wur-  
 tembergeois (4) exige la preuve que le tireur a  
 droit de réclamer du tiré une somme d'argent ou  
 une valeur, pour le paiement de laquelle une  
 demande peut être formée en justice. Aux  
 termes de la loi hongroise, le tireur doit avoir  
 contre le tiré une créance incontestable.

Nous avons vu plusieurs cas litigieux dont  
 la solution a offert des difficultés sérieuses.  
 Dans une espèce, le tireur fit preuve que le tiré  
 lui avait ouvert un crédit de 10,000 fr. et  
 l'avait autorisé à tirer des lettres de change  
 sur lui. Dans une autre espèce, le tireur avait  
 adressé au tiré des marchandises en commis-  
 sion, à l'effet de les vendre pour son compte  
 ou de s'en payer s'il tirait des lettres de change  
 sur lui. Dans une troisième espèce, le tiré  
 avait acheté et reçu du tireur des marchan-  
 dises pour la valeur de 1,000 fr. : le tireur,  
 en se prévalant de 500 fr. sur son acquéreur,  
 devait s'attendre à l'acceptation et au paiement  
 de la lettre de change, mais, au moment de la  
 création de cet effet, le tireur ignorait encore  
 que le tiré, ne trouvant pas les marchandises

(1) Art. 67. V. le commentaire de M. Wildner  
 t. I, p. 162. — (2) Frémery, p. 112; Persil, p. 549;

Nouguier, no 225 et suiv., édition HAUMAN. —  
 (3) Page 224. — (4) Art. 581.

à sa convenance, lui avait écrit qu'il ne les garderait pas. Quatrième espèce. Le 1<sup>er</sup> juin 1839, un négociant de Francfort-sur-le-Mein tira sur une maison de Berlin une lettre de change de 1,000 florins, payable le 1<sup>er</sup> juillet même année. Dès avant la signature de cette traite, le tireur avait déposé entre les mains du tiré des effets publics au porteur d'une valeur de 2,000 florins, et il lui délégua ensuite ces effets publics à titre de provision de la lettre de change. Le 16 juillet seulement, le porteur présenta la lettre de change à l'acceptation, qui fut refusée. Actionné par le porteur, le tireur répondit qu'il avait fait la provision; mais on apprit que le 24 juin les effets publics avaient été volés au tiré, et dès lors il n'existait pas de provision à l'échéance de la lettre de change, quoique sans la faute du tireur.

Le tireur sera-t-il tenu, dans tous ces cas, de rembourser le montant de la lettre de change au porteur qui a mis du retard dans l'accomplissement des formalités? Le tireur ne devait-il pas s'attendre, de la part du tiré, à l'acceptation et au paiement de la lettre de change? On voit que la rédaction de cette partie de la loi exige des précautions particulières; que le système actuel n'est ni rassurant ni juste. Dans la dernière espèce, par exemple, suivant le Code français, le tireur a dû rembourser au porteur le montant de la lettre de change, bien qu'il ne se soit pas enrichi au préjudice d'autrui, qu'il ait perdu ses effets publics, et qu'il ait rempli son obligation de faire la provision.

MITTERMAIER.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DE LA

## COMPOSITION VICIEUSE DES LOIS

**En Belgique.**

Les défauts de la législation du régime représentatif sont connus; chacun sait quelles imperfections la déparent, quels reproches on peut lui adresser; c'est une matière livrée depuis longtemps aux censures de l'opinion.

Il y a lieu cependant de s'étonner que, tandis que les meilleurs esprits reconnaissent qu'il est au-dessus des forces d'une assemblée déli-

bérante de reproduire ces compositions durables qui restent debout au milieu des siècles, on ne cherche pas à avancer le terme de ce fâcheux état de choses en rendant à la science des lois toute sa dignité.

La législation s'écrit en Belgique avec un laisser aller machinal qui ne rend guère lourde la charge de nos législateurs. La loi est l'ex-

pression des idées et des mœurs ; avant de graver les idées dans les textes , on doit les élaborer complètement , et leur faire subir l'épreuve de la méditation et d'une discussion approfondie ; mais on pense peut-être que ces travaux préparatoires contrarieraient le mécanisme de nos institutions politiques , et puis pour en sentir la nécessité , il faudrait comprendre que la propriété foncière n'entraîne pas nécessairement la capacité législative ; il faudrait reconnaître que , pour façonner des idées en préceptes destinés à gouverner les choses humaines , il y a un art profond , auquel on n'est initié que par de longues études ; il faudrait enfin avouer que la législation est une vaste science , qui , éclairée par la philosophie et par l'histoire , doit interroger constamment le passé , posséder l'entente du présent , avoir l'œil fixé sur l'avenir , et qu'elle réclame de l'homme qui la cultive tout ce qu'il possède d'ardeur et de forces ; toutes choses qui ne sont ni reconnues , ni avouées , comprises , car s'il en était autrement , on aurait agrandi le cercle si rapetissé dans lequel on enferme depuis dix ans la confection des lois.

Ce n'est pas que le système actuel n'engendre point de mécomptes ; rien de plus ordinaire que de voir les chambres belges essayer de reconstruire un mauvais projet ; puis , effrayées du travail ou ne pouvant y parvenir , se fatiguer de la discussion , prendre congé de l'affaire et rejeter des lois nécessaires , mais mal faites. Et comment n'en serait-il pas ainsi ?

Un projet de loi est ordinairement ici l'œuvre d'un chef de division ou de bureau , qui , quelque mérite qu'il ait , n'est pas appelé , par la nature de ses fonctions purement administratives , à préparer l'ouvrage du législateur. Quelquefois l'on parvient à former une commission *gratuite* , sur laquelle aucune responsabilité ne pèse , et qui , par cela même , succombe le plus souvent sous le poids d'un travail accepté avec répugnance. Il arrive aussi que les ministres s'occupent de la rédaction des projets , mais on sent fort bien qu'après avoir réglé les affaires de leurs départements , et

après avoir été tenus sur la sellette pendant la plus grande partie de l'année par les chambres législatives , il leur est presque impossible d'ébaucher convenablement des lois et d'en méditer les détails.

L'état de la législation est donc un point essentiel à toucher : il importe au plus haut degré à la dignité morale d'un pays de ne laisser perdre à la loi ni son empire ni sa majesté ; œuvre de la volonté générale , la loi doit conserver le caractère de raison écrite qui brillait surtout dans la législation romaine ; faite pour inspirer le respect , il faut écarter d'elle tout ce qui la ferait décrier , lui ôterait ses ressorts , la priverait de sa force.

Nous croyons que ce sujet est digne d'attirer l'attention du gouvernement , et de la législature elle-même.

Qui ne serait , en effet , frappé des conséquences qu'une organisation aussi défectueuse doit inévitablement amener ? Ce n'est pas seulement l'art de rédiger les lois qui est méconnu , ce n'est pas la loi seule qui est déconsidérée avant d'être faite , c'est la législation tout entière que l'on frappe au cœur. Au lieu de cette vigoureuse unité qui lie si fortement les hommes entre eux , vous ne rencontrez plus dans la législation que diversité et discordance ; le désordre remplace l'harmonie ; le pouvoir législatif oscille incertain et sans direction ; les réformes profondes deviennent à peu près impossibles.

La Belgique a essayé en 1830 de se relever de sa longue déchéance politique et de sa stérilité intellectuelle. Ses efforts ont été en partie couronnés de succès ; ses neuf provinces , ralliées dans un but commun , prenant une physionomie nationale , retremant leur amour pour les arts dans les souvenirs d'une vieille gloire , manifestant quelques éclairs d'intelligence dans les lettres , se rapprochant sans cesse par des communications nouvelles , voilà le spectacle qu'elle offre depuis dix ans. Mais quelle a été , dans ce travail rapide de la civilisation , la part de la législation ?

Il faut distinguer la législation politique et la législation civile.

En matière politique, le pouvoir législatif n'a pas cessé d'être ce qu'il est à toutes les époques décisives de l'histoire des peuples, actif, plein de vie et de foi dans l'avenir, installant d'une main hardie toutes les libertés dans la constitution. Il n'en a pas été de même en matière civile; le congrès qui, dans les lois politiques, avait touché si promptement au terme de sa course, n'eut que le temps de dresser le catalogue des réformes qu'il croyait nécessaire d'effectuer *dans le plus court délai possible*. L'article final de la constitution contient la plus belle nomenclature de travaux, auxquels la législation puisse se vouer : les finances, la responsabilité des agents du pouvoir, les mesures propres à prévenir les abus du cumul, la révision de la législation des sursis, le code pénal militaire, la révision des codes, etc., telle est l'œuvre laborieuse que la première de nos assemblées politiques a léguée aux législatures qui devaient lui succéder; œuvre immense, qui mettrait le droit civil et les institutions financières au pas des mœurs, réaliserait la grande réforme qu'attendent nos lois criminelles, et mettrait socialement en pratique une partie des idées progressives qui dominent aujourd'hui le monde.

Nous n'ignorons pas qu'une argumentation banale nous reprochera peut-être de céder à l'entraînement, bien légitime d'ailleurs, qui nous porte à hâter l'allure des choses. Mais quoi! tandis que la Belgique obtient en peu d'années l'efficacité de la vie politique, on craindrait que le progrès législatif lui répugne! on l'engagerait à user de patience et de temps pour développer tout ce qu'elle contient de germes de bien-être et de civilisation! on voudrait qu'elle fût inférieure à sa situation! Éclaircissons notre pensée.

Loin de nous l'idée d'une prise de possession trop rapide de l'organisation complète de notre ordre social : nous savons tous comment vont les choses; les vieilles institutions civiles ne tombent ordinairement que d'une chute lente, et l'on n'arrive que par degrés à la conquête des améliorations. Mais entre l'innovation

pétulante et l'exercice persévérant du rôle véritable de la puissance législative, quelle distance, quelle séparation! Ce qui existe à présent, c'est une halte, un interrègne; ce que nous désirons, c'est l'action et le mouvement.

Qu'on ne s'y méprenne pas. Il y a une lacune dans la formation de la loi, et, tant qu'elle subsistera, la législation sera inactive, et ne pourra payer sa dette à la patrie. Cette difficulté ne peut être tournée : nous n'en voulons d'autre preuve que ce qui se passe sous nos yeux. L'œuvre du congrès reste inachevée, et lorsqu'il arrive à nos législateurs de chercher à rompre avec les lois qui contrarient les faits actuels, nos idées et nos mœurs, quels essais débiles, quelles tentatives médiocres!

A nos yeux, il n'y a pas de sujet plus digne de méditation que la rénovation de nos lois pénales. Certes, nous ne touchions pas encore à ce noble but au sortir de la révolution; mais, je ne sais si c'était illusion, il semblait que tout était préparé et mûri pour ce grand événement. Depuis plusieurs années une série d'incidents, formant les chaînons qui lient toujours les institutions nouvelles aux institutions anciennes, paraissait mener inévitablement à ce résultat; le champ de la théorie, exploité en tout sens par les criminalistes, les journaux, les allocutions de la tribune, les expériences de quelques gouvernements, tout annonçait un nouvel ordre de choses, tout nous disait que les souillures de la législation pénale allaient être effacées. Eh bien! quelle a été la solution de ce beau problème qui a des racines dans la morale, dans le droit et dans la politique? Qu'a-t-on fait de ces punitions énormes et hors de justice qui répugnent aux bons esprits, de cette haine contre les libertés, si antipathique à notre âge; de ces infractions aux droits de l'humanité, de ce dédain de la responsabilité morale qui se révèle dans nos codes criminels?

En vérité, il est triste de le dire. Les réformes se sont bornées à un timide replâtrage, à quelque adoucissement dans les peines, à la *contresfaçon de la loi française de 1832*, et jusqu'à ce moment elles ne forment qu'un

simple projet, que les chambres n'ont pas même discuté.

Chercherons-nous un second exemple dans la manière dont les lois se font actuellement? Qu'on me permette de citer un fait récent, passé inaperçu, une décision que le Timon français qualifierait d'étourderie législative; le lecteur touchera ainsi au doigt le fondement de ma critique.

Il s'agit d'une matière peu connue, de la police du roulage.

A la séance de la chambre des représentants du 27 janvier 1840, MM. de Mérode et d'Hoffschmidt développèrent une proposition ainsi conçue :

« PROJET DE LOI.

« LÉOPOLD, roi des Belges, etc.

« Article unique. Par modification à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 18 ventôse an XII, sur la police du roulage, la circulation des voitures à jantes étroites et à quatre roues, attelées de deux chevaux, est permise. »

Voici le point de départ de cette proposition.

L'usage des roues à jantes larges est venu d'Angleterre; lorsqu'on se mit à étudier en France, avec une attention sérieuse, les perfectionnements que les Anglais avaient apportés dans la construction des voitures de roulage, on reconnut que les bandes étroites étaient une des causes les plus actives de la détérioration des routes, et l'on chercha à favoriser l'emploi des jantes larges, d'abord en permettant aux voitures qui en feraient usage de composer leurs attelages comme ils l'entendraient (1), ensuite en autorisant une augmentation de chargement de 100 myriagrammes sur le poids des voitures ordinaires (2).

La loi de ventôse an XII alla plus loin. Elle fixa un *minimum* de largeur pour les bandes des voitures, de telle sorte que la circulation des voitures de roulage à jantes au-dessous de onze centimètres, attelées de plus d'un cheval,

est aujourd'hui formellement interdite; il n'est pas nécessaire que l'on constate une surcharge quelconque, la contravention existe indépendamment du poids.

MM. de Mérode et d'Hoffschmidt reprochèrent au législateur français d'avoir imposé par cette mesure une très-forte gêne et de notables embarras aux cultivateurs d'une grande partie de la Belgique, et demandèrent, dans l'intérêt de l'agriculture, qu'il fût permis de circuler sur les routes avec des voitures à jantes étroites et à quatre roues, attelées de deux colliers.

Le projet des deux représentants était trop absolu, pour ne pas subir quelques corrections; mais le ministre des travaux publics en prit occasion pour formuler une loi dans laquelle trois propositions qui n'ont rien de commun se sont donné comme un rendez-vous.

« Art. 1. Par modification à l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 7 ventôse an XII, le roi pourra permettre la circulation des voitures à bandes étroites et à quatre roues, attelées de deux chevaux au plus, sous telles conditions et restrictions que les localités, les saisons et les circonstances pourront exiger.

« Art. 2. Par dérogation à l'art. 5 de la loi du 29 floréal an X, il pourra *en général* être déterminé, par arrêté royal, un autre mode de vérification que celui des ponts à bascule.

« Art. 3. Les infractions aux dispositions prises en exécution, tant de la présente loi que de l'art. 7 de la loi du 7 ventôse an XII, seront punies des peines portées par l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 6 mars 1818. »

C'est ce singulier projet que la chambre des représentants a voté après une courte discussion le 22 février 1840, et qui, transmis au sénat, a obtenu son assentiment le 24 février dernier. Disons cependant que la commission chargée par le sénat de l'examen de ce projet avait conclu à son rejet, et qu'il n'a été adopté qu'à la majorité de deux voix.

Le premier article a une fort grande portée; il force le législateur à revenir sur ses pas,

(1) Arrêt du conseil du 28 décembre 1785, art. 5.

(2) Loi de floréal an X.

puisqu'il autorise les pratiques désastreuses des campagnes proscrites depuis quarante ans, à se faire jour dans une certaine mesure. Il est bien vrai que l'on a signalé comme des dispositions tout à fait hostiles aux agriculteurs d'une partie de notre pays, les règles absolues de la loi de ventôse, mais les opinions des auteurs du projet ont été si vivement combattues au sénat, qu'il nous semble qu'il était fort difficile de prendre parti pour ou contre, sans une enquête ou un examen approfondi qui fit parvenir la question à une parfaite maturité. Le nouveau projet dirige la législation vers une voie utile selon les uns, dangereuse selon les autres; sans vouloir entrer dans cette controverse, il nous paraît qu'il eût été fort rationnel de ne toucher qu'avec d'extrêmes précautions à une loi protégée par une aussi longue expérience. Le problème de la police du roulage consiste à permettre que les routes rendent à l'industrie tous les services qu'elles sont appelées à remplir, pourvu toutefois que, malgré la mise en œuvre de procédés d'entretien convenables à un pays aussi commercant que le nôtre, l'usage qu'en fait l'industrie n'en amène pas le dépérissement. On conçoit que la solution d'un problème aussi compliqué ne peut être remise qu'à l'observation exacte des faits, et c'est ce qui n'a pas eu lieu.

Pour faire ressortir la légèreté avec laquelle on a accordé ces facilités de circulation, il suffit de mettre en saillie le but qu'on se proposait, et celui que la loi atteint. La proposition des deux représentants n'était faite qu'en faveur de l'agriculture, et la nouvelle loi, au lieu de ne consacrer qu'une exception, s'applique à toutes les industries! Aussi nul doute que le gouvernement ne se trouve continuellement assailli de demandes et de réclamations qui, surgissant de tous les points de la Belgique, le forceront nécessairement à faire disparaître peu à peu les restrictions de la loi de ventôse.

L'art. 2 permet au pouvoir exécutif de déterminer, *en général*, un autre mode de vérification que celui des ponts à bascule. N'est-ce pas là un pas rétrograde, une idée malheureuse?

Comment, tandis que la supériorité des ponts à bascule sur les autres méthodes d'estimation des chargements est reconnue depuis longtemps, le gouvernement se fait autoriser à substituer au pesage effectif des voitures on ne sait quel mode de vérification! Mais quels sont les motifs de cette innovation aussi obscure que générale? La science a-t-elle fait des progrès, l'art a-t-il subi des changements? Rien, dans ce cas, ne serait plus légitime que la nouvelle disposition; car la législation n'est pas destinée à réagir contre la puissance de la science. Quand la supériorité d'un système vrai a été consacrée, la loi doit être prête à accueillir tous les perfectionnements sortis de l'imagination humaine.

Mais non. La science est restée stationnaire. M. Nothomb a déclaré lui-même, dans le cours de la discussion, qu'il se proposait *d'ouvrir une espèce de concours, de faire un appel aux savants* afin d'obtenir des moyens de vérification aussi certains et plus économiques que celui des ponts à bascule. Voilà donc une loi qui ne recevra une application possible que lorsqu'il aura plu aux savants de répondre à l'appel du gouvernement, en inventant un système de pesage plus économique que celui que l'on suit actuellement. La loi n'exerce plus son empire dans la limite des faits réels, elle est faite pour des hypothèses.

L'art. 3 est encore plus curieux; il présente des choses plus importantes à redresser, et place le législateur dans une position si fautive, qu'il peut y puiser une leçon salutaire.

En vertu de l'art. 7 de la loi de ventôse, le gouvernement fixe le poids des voitures, et prend toutes les mesures qu'il croit propres à assurer l'exécution de la loi. Les contraventions aux poids des voitures sont punies depuis 1802 (an x), d'après une échelle graduée d'amendes fixes établie par la loi de floréal, qui tarife les peines pécuniaires suivant l'évaluation approximative ou probable du dommage causé aux routes par la surcharge. Ce système est extrêmement simple et il n'a jamais été question de le changer; les préposés des ponts à

bascule dressent procès-verbal de l'excès de chargement, et les juges appliquent l'amende correspondante à la surcharge.

La police du roulage offre une autre série de contraventions : il est arrivé, par exemple, que des voituriers refusaient de laisser peser leurs voitures, de laisser mettre leurs chevaux en fourrière et continuaient même leur route sans décharger l'excédant du poids constaté. Comment, dans le silence de la loi de floréal et du décret de 1806, réprimer ces atteintes à l'ordre public ?

La jurisprudence a décidé, avec beaucoup de raison, que les lacunes des décrets spéciaux étaient comblées dans cette occurrence par l'art. 475, n° 4 du Code pénal, qui punit les violations des règlements contre le chargement des voitures d'une amende de 6 à 10 francs, et, suivant les circonstances, d'un emprisonnement de trois jours au plus.

Cette peine de simple police a paru trop faible à la haute administration, qui s'est attachée dans les arrêtés de 1836, 1837 et 1839 à dresser le catalogue des pratiques frauduleuses des voituriers, en ajoutant à chaque description des contraventions, *qu'elles seraient punies conformément à la loi du 6 mars 1818*. En agissant ainsi, l'administration oubliait que cette dernière loi n'établit des peines que contre les infractions à l'égard desquelles les lois n'en ont point déterminé, et il en est résulté que les tribunaux n'ont aucunement respecté l'accroissement de sévérité dont le gouvernement voulait frapper les voituriers, et ont continué d'appliquer à ces infractions la disposition précitée du code pénal.

C'est à cet état de choses que M. Nothomb a voulu porter remède. Il a cherché à régulariser à l'aide d'une loi la position inconstitutionnelle que le gouvernement avait prise dans

ces arrêtés. Le moyen était fort légal, le désir du législateur fort légitime, mais la manière dont l'art. 3 a été conçu a trop bien servi ses intentions (1).

Les infractions, a-t-il dit, *aux dispositions prises en exécution*, tant de la présente loi que de l'art. 7 de la loi du 7 ventôse an XII, seront punies des peines portées par l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 6 mars 1818.

Quelles sont les dispositions prises en exécution de l'art. 7 de la loi de ventôse ?

C'est en première ligne le tarif du poids des voitures et de leurs chargements (2). Toute surcharge constituant une infraction au tarif sera désormais punie, non plus d'après les pénalités de la loi de floréal, qui sont tacitement abrogées, mais d'après la loi de 1818.

Le législateur abroge donc, *sans le vouloir et sans s'en douter*, des dispositions que lui-même n'avait pas condamnées.

On a reproché à l'échelle des peines pécuniaires de la loi de floréal la fixité trop rigoureuse des amendes, qui ne permet pas aux juges de tenir compte de la position peu aisée des délinquants, de la distance parcourue, ou même de l'absence de toute dégradation de la route. On a également estimé en France que le point de départ (25 fr.) et le *maximum* des amendes (500 fr.) étaient trop élevés. Mais personne n'a songé à attaquer le principe de progression de la loi de floréal, et personne n'a jamais songé à appliquer à ces infractions un emprisonnement qui, d'après la loi de 1818, pourrait être de 14 jours.

On conviendra, quand on voit de pareilles lois sortir d'un atelier législatif, que nous usons de retenue en disant que la législation n'est plus en Belgique un art ou une science. Ces exemples pourraient être multipliés, mais une inspection sur le passé serait inutile, et il nous

(1) Des doutes se sont élevés, a dit M. Nothomb, sur la question de savoir si l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 6 mars 1818 peut être invoqué lorsqu'il s'agit de dispositions prises en vertu de l'art. 7 de la loi de ventôse an XII; *on pense généralement* qu'il y a lieu d'appliquer à ces cas l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 6 mars 1818 (c'est l'ar-

ticle 475 du Code pénal qu'il fallait citer) : néanmoins, pour faire cesser tout doute à cet égard, j'ai proposé la nouvelle rédaction dont M. le président vient de donner lecture. (*Moniteur* du 25 fév. 1840, n° 54.)

(2) Art. 7. Le gouvernement modifiera le tarif du poids des voitures et de leurs chargements, etc.,



semble que le lecteur doit être convaincu que nos conséquences ne sont ni forcées ni inexactes. Cela nous suffit.

Que si l'on nous interrogeait sur les moyens d'empêcher que la législation ne se perde ainsi dans l'impuissance et dans la confusion, nous croirions devoir répondre qu'il faut procéder à l'élaboration de la loi, ainsi que l'ont fait les plus grands législateurs modernes.

Toute loi est une œuvre difficile, et ne peut être l'ouvrage d'une seule tête. L'idée première de la loi peut appartenir à un seul individu, mais pour s'élever à la perfection législative, elle doit préalablement s'enrichir du concours d'un certain nombre d'hommes. Que l'on crée d'abord un comité de législation, puisque le nom de conseil d'État effarouche nos puritains constitutionnels; que ce comité ne soit composé que d'hommes capables, expérimentés, pleins de lumière, exempts de toute préoccupation autre que celle de remplir la mission qui leur aura été confiée, et alors disparaîtront la plus grande partie des défauts que l'on reproche aux législations qui émanent directement des assemblées délibérantes. Cette méthode de procéder est certaine, parce qu'elle offre l'immense avantage de ne pas laisser peser sur les assemblées délibérantes une besogne qui leur est fort pénible et dont elles s'accommodent difficilement : le comité de législation n'entravera pas l'action du régime parlementaire, parce que la pensée de la législature planera dans le comité, qui, par-dessus tout, sera préoccupé du soin de ne pas choquer les vues de la représentation nationale; de leur côté, les chambres ne tarderont pas à s'abstenir d'improviser ces amendements superficiels qui dé-

figurent un projet et détruisent son économie. Un ensemble savant et bien ordonné de dispositions rédigées d'après les principes adoptés par les représentants du pays supportera la critique et ne redoutera pas la lumière de la discussion. Il n'y aurait là aucun péril pour les institutions constitutionnelles; les chambres conserveraient la haute position qu'elles occupent; on ne ferait qu'élaborer la loi d'une manière complète; le roi, la chambre des représentants et le sénat continueraient à exercer collectivement le pouvoir législatif; eux seuls approuveraient, d'eux seuls émanerait la loi.

Cette réforme dans la confection des lois peut être vue sous un autre aspect, car elle embrasse un vaste horizon. A mesure que les membres du comité procéderont par des projets réfléchis, exprimant les besoins de l'état social, on verra poindre un système de législation, un corps de doctrine, une harmonie qui a manqué jusqu'à présent. Les principes qui ne siéent plus à notre temps, les lois dépourvues d'analogie avec notre système politique disparaîtront peu à peu; les dispositions légales du despotisme de l'empire resteront pour jamais endormies dans le Bulletin des lois, et lorsque, après plusieurs années consacrées à un travail rude et actif, un grand mouvement aura été imprimé à la législation, la Belgique de 1850 aura accompli une partie de sa tâche; car un élément nouveau, mais puissant, concourra à maintenir son unité, si difficilement conquise et qui peut encore se rompre, *un droit national* aura pris racine sur notre sol.

H. LAVALLÉE,

*Avocat à la cour d'appel de Bruxelles.*

DE

**LA SCIENCE DU DROIT EN ALLEMAGNE,**

**depuis 1815.**

L'année 1840 vient clore le premier quart de siècle écoulé depuis le rétablissement de l'indépendance politique de l'Allemagne. Ces vingt-cinq ans de progrès matériel et intellectuel sont une période assez remarquable dans l'histoire de la législation et de la jurisprudence de ce vaste pays, pour qu'il y ait lieu de fixer sur elle l'attention publique, afin de constater les résultats du mouvement qu'elle a produit. Ce mouvement, à la vérité, avait commencé en 1789, et il est loin d'être accompli aujourd'hui; mais c'est en 1815 seulement qu'il a pris la direction à laquelle la science du droit en Allemagne est redevable des grands résultats qu'elle a obtenus. D'ailleurs, quelques événements arrivés en 1840, parmi lesquels nous devons surtout signaler la mort de M. *Thibaut*, décédé le 28 mars, marquent un temps d'arrêt dans son développement, en sorte qu'on peut envisager l'année 1840 comme le terme d'une période pour le mouvement scientifique dont nous nous occupons.

Les lecteurs de la Revue liront peut-être avec quelque intérêt une esquisse de cette période, tracée par celui qui, en 1819, a le

premier fixé l'attention des juriconsultes français sur la jurisprudence allemande (1), et qui, neuf ans plus tard, a essayé de constater l'état de cette même science pour les lecteurs français (2).

La période dont nous avons à parler commença par la séparation des juriconsultes allemands en deux écoles. L'une, ayant à sa tête M. de *Savigny*, prit le nom d'*École historique*; l'autre, à laquelle on donne M. *Thibaut* comme principal représentant, reçut bientôt le titre d'*École philosophique*. C'est la question de codification, agitée déjà en 1814 entre ces deux juriconsultes célèbres, qui avait occasionné cette rupture: elle eut une influence remarquable sur la marche et le caractère de la science du droit en Allemagne. Elle donna d'abord naissance à des recueils périodiques exclusivement destinés au droit, et qui, parce qu'ils ne suivaient pas la même direction, contribuèrent à faire cultiver avec un zèle égal les différents points de vue de la science. L'histoire et les antiquités du droit furent traitées avec un talent supérieur dans le *Journal pour la jurisprudence historique*.

(1) Dans le premier volume et le premier article de la *Thémis*.

(2) Dans la *Revue encyclopédique*, t. XXXIX, cah. 116.

fondé à Berlin, en 1815, par MM. de Savigny, Eichhorn et Gœschen, et continué jusqu'aujourd'hui; le droit pratique fit d'immenses progrès sous l'influence des *Archives pour la jurisprudence du droit civil*, qui parurent à Heidelberg sous la direction de MM. Thibaut, Mittermaier, et de plusieurs autres notabilités. La question de la codification fut abandonnée après quelques années : elle ne pouvait conduire à aucun résultat ; mais on en vint à des discussions importantes sur les principes fondamentaux de la jurisprudence scientifique, sur son véritable but et sur les méthodes à suivre pour l'atteindre.

Une rivalité rare dans l'histoire signale dès lors les partisans des écoles opposées. Tous sont également animés de cet esprit critique qui est le caractère distinctif de la science en Allemagne. Toutes les doctrines sont soumises à une révision générale, et, à l'heure qu'il est, il n'y a point de branche de la jurisprudence qui n'ait subi une réforme complète depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Pendant la période qui nous occupe, l'Allemagne a perdu un grand nombre de ses plus célèbres jurisconsultes ; elle a déploré la mort de MM. *Gensler* en 1821, *Haubold* et *Kleinschrodt* en 1854, *Almendingen* et *Gœnner* en 1827, *Wenk* en 1828, *Schweppe* en 1829, *Zimmern* et *Niebuhr* en 1850, *Hasse* et *Spangenberg* en 1851, *Cramer*, *Feuerbach* et *Wening* en 1855, *Mackeldey* en 1854, *Puggé* en 1856, *Gœschen* en 1857, *Klenze*, *Unterholzner* et *Clossius* en 1858, *Gans* en 1859, et *Thibaut* en 1840. Mais leurs places ont été occupées par des hommes de talent plus jeunes, dont plusieurs se sont fait une réputation bien méritée et tous les jours croissante.

Examinons maintenant chaque partie de la jurisprudence en particulier.

(1) On peut prendre pour terme de comparaison un tableau de ce genre tracé par M. Mühlenbruch dans la *Gazette littéraire de Halle*, en 1854, t. 11, p. 457-510.

I. Des progrès de l'étude du droit romain en Allemagne depuis 1815 jusqu'en 1840 (1).

Le droit romain a été cultivé pendant cette période avec un succès extraordinaire. On peut dire que la face de cette science est entièrement changée, si on la compare à ce qu'elle était en 1789. M. de Savigny a récemment fait cette comparaison dans sa brochure écrite à propos du jubilé de M. Hugo (2).

L'étude du droit classique a été dans tous les temps attrayante par elle-même ; mais les savants interprètes de notre époque ont pu profiter des sources nouvellement découvertes, et l'esprit d'examen a été poussé si loin, surtout par la jeune génération des jurisconsultes allemands, que toutes les matières ont été plusieurs fois soumises à une révision générale. Voici un aperçu des travaux les plus importants :

1<sup>o</sup> Nous n'avons pas besoin de nous étendre sur les belles éditions des sources du droit romain faites en Allemagne : elles sont connues dans toute l'Europe.

a. Quant au droit antérieur à Justinien, la deuxième édition de Gaius, publiée en 1824 par M. Gœschen, aidé par M. Blume et d'autres jurisconsultes, peut être considérée comme un modèle en ce genre ; et cependant le texte qu'a donné récemment M. Heffter (à Bonn, 1850) est encore supérieur au premier. M. Buchholz, à Königsberg (en 1828), et M. Bethman-Holweg, à Bonn (1855), ont étudié avec soin celui des *Vaticana fragmenta*. Dans la même année, M. Blume a fait un travail sur la *Collectio legum mosaïcarum et romanarum*, M. Arndts a publié une édition des fragments de Paul ; et les fragments d'Ulpien ont eu un texte aussi pur que possible par les efforts réunis de MM. Hugo, Schilling, Bluntschli, Böcking et autres. M. Hænel, qui avait parcouru la plus grande partie de

(2) Une traduction de cette brochure a paru dans les *Archives de droit* qui se publient à Bruxelles, t. 11, p. 67.

l'Europe pendant plusieurs années, a donné une édition des Codes Grégorien et Hermogénien, et des cinq premiers livres du Code Théodosien, qui ne laisse rien à désirer : la découverte de fragments de ce dernier Code inconnus jusqu'ici, faite à Turin en 1836, a arrêté la publication de la suite (1). Sans cette circonstance, nous posséderions aujourd'hui une excellente édition des sources du droit antérieur à Justinien, réunies en une collection, dans le *Corpus juris antejustiniani* qui a été publié par le libraire Marcus, et qui a l'avantage de se recommander par la modicité du prix.

Outre les sources contenues dans le recueil dont nous venons de parler, les jurisconsultes allemands en ont encore publié d'autres non moins importantes, savoir : les fragments des textes, même des lois, sénatus-consultes et autres monuments semblables, et ceux des actes juridiques, tels que testaments, ventes, donations, etc. Les recueils de Haubold et de Spangenberg (2) sont indispensables pour tous ceux qui s'occupent de l'ancien droit romain. Les éditions de la loi *Servilia* (publiée en 1825), par M. Kleuse, de la loi *Thoria* (publiée en 1859), par M. Rudolf; l'édition des fragments du testament récemment trouvé de Flavius Syntropus, dans lequel Tacite et Pline sont nommés légataires, donné par M. Huschke à Breslau, et enrichie d'un commentaire (1858); enfin l'édition commencée de la *Notitia dignitatum*, entreprise par M. Böcking à Bonn, complètent ces collections précieuses.

Nous devons encore faire mention des écrits des *Agrimensores*, puisque l'un de ces écrits a été publié par M. Blume dans le V<sup>e</sup> volume du musée du Rhin (*Rheinisches Museum*).

L'avantage que l'histoire du droit romain a tiré et tire encore tous les jours de ces éditions est immense, et ne saurait encore être apprécié complètement aujourd'hui.

(1) V. sur ce point une notice de M. Hænel dans les *Annales critiques* (*Kritische Jahrbücher*, etc.) de M. Richter, 1837, p. 91-94.

(2) *Monumenta legalia* (1850). *Negotiorum*

*b.* Des travaux critiques très-étendus ont été entrepris depuis 1820 pour préparer une édition des textes du corps de droit de Justinien, qui n'eurent plus rien à désirer. Le libraire Reimer, à Berlin, mit à la disposition de M. Schrader, professeur à Tubingue, des sommes considérables pour faire faire des recherches et des collections de manuscrits dans les bibliothèques de toute l'Europe. M. Clossius voyagea le premier dans l'intérêt de cette entreprise, et son exemple fut bientôt suivi par d'autres. Jamais on n'avait conçu un plan aussi hardi pour une édition du corps de droit, et il devint facile de prévoir qu'un demi-siècle ne suffirait pas pour son exécution. On a constaté le mérite de tous les manuscrits connus et de toutes les éditions originales de toutes les parties du *Corpus juris*, et l'affiliation entre les différents textes. Ensuite on a entièrement comparé les manuscrits et les éditions qu'on a reconnus avoir des textes remarquables. Mais après des années seulement, la rédaction d'un texte définitif a pu être faite. Aussi les Institutes seules ont-elles été achevées. Lorsqu'elles parurent, en 1852 (1 vol. in-4<sup>o</sup> de 840 pag.), elles ont étonné le monde, et depuis ce temps aucun professeur de droit romain ne peut se passer de cette édition, qui rend toutes les éditions antérieures superflues. Le double commentaire, l'un critique, l'autre exégétique, ajouté au texte, a été utile à plus d'un écrivain.

En 1856, une édition stéréotype en 116 pages in-8<sup>o</sup> a mis à la portée des élèves ce texte si soigneusement choisi, et en a rendu l'étude facile par les notes qui y sont ajoutées.

La première partie des Pandectes, élaborée de la même manière, est sous presse et paraîtra sous peu.

Comme on prévoyait qu'il s'écoulerait plus d'un demi-siècle avant la fin de cette publication, d'autres ont voulu satisfaire aux besoins

*solemnium tabulæ* (1822). Il faut y joindre le deuxième volume de l'*Inscriptionum latinarum selectarum amplissima collectio*, publiée par M. Orelli.

du moment. M. Beck le père, célèbre philologue à Leipzig, commença, en 1825, une édition du *Corpus juris*, qui ne fut achevée qu'en 1836, en 5 vol. in-8°. Le texte des *Institutes* et des *Pandectes*, qui n'est qu'une réimpression quelquefois vicieuse de l'édition de Gebauer, faite à Göttingue en 1777, laisse beaucoup à désirer (1). Les autres parties sont plus soignées. Quant aux *Novelles*, on en a donné une double édition, savoir : le texte grec avec la traduction de Hombergh, revue et corrigée, et le texte des glossateurs, connu sous le nom de *Vulgata*.

Le même éditeur a encore fait une deuxième édition du corps de droit en 2 vol. petit in-folio, en 1829 et 1837 : elle se recommande par la modicité de son prix (2).

Plus tard, les frères Kriegel ont entrepris une édition stéréotype du corps de droit, qui ne doit former qu'un volume. Les *Institutes* et les *Pandectes* ont été publiées entièrement en 1833; depuis 1835, six livraisons ont paru, contenant 5 livres du Code (le texte revu par M. Hermann), et 123 *Novelles* (le texte revu par M. Ossenbruggen (3)). On donne beaucoup d'éloges au texte du Code, moins à celui des autres parties.

Pendant que M. Schrader s'occupe du texte des *Pandectes*, plusieurs autres jurisconsultes, très-versés dans la connaissance du grec, ont publié des travaux critiques sur le Code et les *Novelles*. Ce sont, entre autres, MM. Biener à Berlin, Witte à Halle, Heimbach à Leipzig. Leurs publications ont été mises à profit par les auteurs des éditions du corps de droit dont nous avons parlé.

Les mêmes jurisconsultes, et notamment MM. Witte à Halle, Heimbach à Leipzig, son frère Heimbach à Iéna, Blume et Zachariæ, fils du célèbre professeur de ce nom, à Heidelberg, se sont occupés très-assidûment du droit romain postérieur à Justinien, connu

sous le nom de *Jus Græco-Romanorum*. M. Heimbach, à Iéna, a entrepris une édition des *Basiliques* avec une nouvelle traduction latine. Il a paru jusqu'à présent un volume entier, comprenant le commencement jusqu'au XII<sup>e</sup> livre, 2<sup>e</sup> titre, et une livraison d'un autre volume. Son frère a publié, en 1838, sous le titre *Ανεκδοτά* un recueil contenant le commentaire grec sur les *Novelles* de Justinien, fait par un jurisconsulte de Constantinople, nommé Athanasius, et d'autres ouvrages qui s'y rattachent. M. Zachariæ a publié, en 1836, l'ouvrage d'Eustathius sur les temps (*αιροποιαι*); en 1837, le manuel du droit romain qu'avait fait faire l'empereur Basile, à Constantinople; enfin, de retour d'un voyage qu'il fit en 1838-1839 dans cette ville et en Grèce, un aperçu de l'histoire du droit romain grec, suivi de plusieurs fragments de ce droit inédits jusqu'à lui (4).

c. Une traduction allemande du corps de droit de Justinien, faite par MM. Otto, Schilling et Sintenis, en 7 gros volumes in-8°, ne doit pas être passée sous silence. Elle a eu en 1839 une deuxième édition.

2. *L'histoire du droit romain*, dont M. Hugo a été le réformateur à la fin du siècle dernier, a fait, depuis 1815, les progrès les plus étonnants, quoiqu'elle laisse encore beaucoup à désirer. M. Hugo a donné depuis 1820 cinq éditions, toutes entièrement refondues, de son célèbre manuel; la dernière, de 1833, est de 1226 pages. Ce livre étant néanmoins fort abrégé, d'autres ont essayé des manuels plus détaillés, parmi lesquels celui de Schweppe a eu, en 1833, sa troisième édition. L'auteur a été de beaucoup dépassé par M. Zimmern, que la mort a surpris au milieu de sa carrière, et dont nous avons trois volumes qui ont eu promptement une réputation européenne, notamment le troisième, qui expose la matière si difficile de la procédure romaine. M. Walter,

(1) Ainsi que l'a démontré M. Mühlenbruch, à l'endroit cité, p. 500.

(2) Elle ne coûte que 13 francs.

(3) V. les *Annales de Richter*, 1838.

(4) *Historiæ juris græco-romani delineatio, cum appendice ineditorum, auctore C.-E. Zachariæ*. Heidelberg, 1839. 1 vol. in-8°.

à Bonn, a commencé également un ouvrage dont le premier volume, contenant l'histoire du droit public des Romains, exposé avec autant d'érudition que de justesse et de clarté, remplit une lacune laissée par M. Zimmern. Le deuxième, publié en 1838, n'est qu'un abrégé de l'histoire du droit civil. Le dernier ouvrage consacré à l'histoire interne du droit romain, est celui de M. Tigerström, publié en 1838.

Mais ce n'est pas seulement par les manuels que l'étude de l'histoire du droit romain a fait des progrès. Plus de trois cents dissertations et traités particuliers sur les matières les plus diverses en ont éclairci les détails. Il serait trop long d'énumérer ici ces écrits, dont plusieurs ont des jurisconsultes du premier rang pour auteurs, tels que M. de Savigny (surtout dans le magasin de M. Hugo, dans le Journal pour la jurisprudence historique, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, et dans les mémoires de l'académie de Berlin), MM. Cramer, Haubold, Dirksen et Bethman-Holweg.

Parmi les savants que l'Allemagne possède aujourd'hui, l'un de ceux qui ont le plus approfondi l'histoire du droit romain est sans contredit M. Huschke, professeur à Breslau. Il est seulement à regretter qu'une tendance trop prononcée vers le mysticisme lui fasse quelquefois adopter des opinions, sinon bizarres, du moins fort singulières. Quant à l'histoire du droit romain publiée en 1838, par le docteur Christiansen, à Kiel, c'est un ouvrage dépourvu d'intérêt et de sens. L'auteur a subordonné la science aux formules de la philosophie de Hegel et présenté les faits sous une couleur qui permet à peine de deviner la vérité historique (1).

3. On a aussi cultivé l'histoire de la jurisprudence romaine chez les peuples modernes, plus connue en Allemagne sous le nom d'histoire littéraire du droit. M. de Savigny a

achevé, en 1851, son Histoire du droit romain au moyen âge, et a donné, immédiatement après, une deuxième édition augmentée des trois premiers volumes. M. Hanel a publié, en 1854, un recueil sous le titre de *Dissensiones dominorum*, contenant des questions controversées entre les glossateurs. L'histoire du droit romain depuis Justinien, de M. Hugo, a eu deux éditions en 1822 et 1850 (2).

4. Aucune partie de la législation romaine n'a occupé à la fois tant de jurisconsultes allemands que la dogmatique de ce droit. On lui a consacré un grand nombre de traités généraux et particuliers. Mais le manuel de Mackeldey a éclipsé les autres ouvrages élémentaires; et, parmi les *systèmes des pandectes* ou du droit commun de l'Allemagne, les ouvrages de Thibaut, Wening-Ingenheim et Mühlenbruch sont regardés comme les meilleurs.

Ces quatre ouvrages sont écrits d'après la même méthode qui est devenue dominante en Allemagne, depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. L'ordre légal, c'est-à-dire, l'ordre des matières adopté dans les Institutes ou dans les Pandectes de Justinien, a fait place à un ordre indépendant et rationnel; on a classé les diverses parties du droit civil d'après leur affinité, et la succession des chapitres et paragraphes est dictée par des principes purement logiques. Une partie dite générale (*Allgemeiner Theil*), renfermant les principes généraux du droit romain, précède les parties spéciales, savoir :

- L'exposé des droits réels,
- La matière des obligations,
- Celle des droits relatifs à l'état de famille,
- Et les successions.

Nous trouvons cet ordre, qui est indiqué par MM. Hugo et Heise, dans les manuels de Mackeldey, Wening (dont l'ouvrage n'était primitivement que la rédaction du cours des pandectes de M. Heise), et de M. Mühlenbruch.

l'ation de Servius Tullius, Heidelberg, 1857.

(2) En 1859, l'auteur du présent article a publié un abrégé de l'histoire littéraire du droit romain dans sa *Propédeutique du droit romain* (*Vorschule des römischen Rechts*), Fribourg, 1859.

(1) Nous signalerons ici son invention d'un animal pourvu d'une trompe, inconnu dans l'histoire naturelle, dont les Romains se seraient servis pour l'agriculture, en l'attelant, soit par la trompe, soit par la queue, à la charrue! V. l'ouvrage de M. Huschke, sur la légis-

Thibaut a admis d'autres divisions. Sa partie générale contenait, jusqu'à la septième édition, presque tous les principes généraux sur les obligations, et la partie spéciale était rédigée d'après l'ordre des Institutes. Pour empêcher ses élèves de se servir des cahiers dictés par lui, qu'un sieur Braun avait fait imprimer à Stuttgart en 1851, et par d'autres motifs encore, l'auteur a changé son système dans sa huitième édition, publiée en 1854. La partie générale y est abrégée, et la matière des obligations est placée entre les droits de famille et les droits réels; ces derniers sont suivis des successions. Un troisième volume, contenant un abrégé de la procédure civile, avait été déjà entièrement retranché dans la septième édition. Nous doutons fort que le manuel de Thibaut ait beaucoup gagné à ce changement.

Tous ces ouvrages ont un grand défaut que leurs auteurs ne laissent pas de sentir, sans néanmoins y porter remède : c'est l'*arbitraire* de la classification des chapitres et des paragraphes. Ce reproche s'adresse surtout à Wenning et à Thibaut. En choisissant pour leurs divisions des points de vue purement logiques, ils ont souvent altéré le vrai caractère du droit romain. Ils ont réuni des matières tout à fait hétérogènes, et détruit la cohésion naturelle qui unissait dans les sources des chapitres qui, d'après la manière de voir des anciens, doivent se suivre. Il manque (pour nous servir d'un mot que les philosophes emploient si souvent), à tous ces manuels de droit romain, l'*objectivité* nécessaire. Presque tout est *subjectif*, c'est-à-dire, subordonné au point de vue choisi par l'auteur, point de vue souvent étranger aux idées des anciens. Ces messieurs se sont laissés guider par la philosophie spéculative, et ont cru donner à la théorie du droit positif un caractère hautement scientifique (*Wissenschaftlichkeit*) ; dans l'opinion de l'auteur de cet article, ils n'ont souvent fait autre chose que déranger l'ordre naturel des ma-

tières. Sans doute l'ordre légal des Pandectes de Justinien n'est pas assez rationnel pour être conservé aujourd'hui ; mais, tout en suivant un autre ordre, on doit tâcher de ne pas détruire la liaison intime des matières. On peut adopter deux classifications rationnelles en droit romain ; soit en suivant l'ordre des Institutes de Justinien, ou plutôt de Gaius, et en remplissant les lacunes que le premier a laissées ; soit en divisant le tout en six livres, comme l'a fait M. Mühlenbruch, et, après lui, l'auteur de cet article (1). Mais la partie générale doit être aussi abrégée que possible ; et, dans les détails de chaque livre, l'ordre doit être simplifié et se rapprocher autant que possible des divisions que les anciens ont préférées. Enfin on doit tout à fait abandonner cette tendance si dangereuse et si fautive à généraliser des règles de droit que les Romains n'ont admises que dans quelques matières.

Quelques manuels plus récents sont déjà écrits dans l'esprit qui a guidé l'auteur dans la rédaction de ses manuels latins. Le système du droit, proposé par M. Blume, est une amélioration notable de celui de Heise ; MM. Marezoll, Puchta, Kierulf, de Vangerow (2), ont en grande partie abandonné l'ancienne route.

On est encore revenu d'une aberration dans laquelle M. Mackeldey était tombé en voulant améliorer son manuel, si recommandable sous d'autres rapports. On a restreint les développements donnés par cet auteur à son livre, dont la prolixité est telle, qu'il n'est plus susceptible d'être appliqué dans un cours d'Institutes. En effet, que peut dire le professeur oralement, qui ne soit aussi bien dit dans le livre ? Et à quoi sert, pour des élèves qui commencent, l'indication de *tous* les écrits publiés de nos jours sur chaque matière ? L'auteur y a souvent mentionné des ouvrages qui ne méritent pas d'être connus et qui ne seront jamais lus. Mais il est à craindre qu'on ne

(1) Dans son excellent ouvrage intitulé : *Commentarii juris romani privati*, t. I—III, *Leodii*, 1825, 1828, 1829. (*Note des éditeurs.*)

(2) Il vient d'être nommé successeur de M. Thibaut, à Heidelberg.

tombe dans un défaut tout à fait opposé. En voulant éviter la prolixité, M. Lang et surtout M. Marezoll (1837) sont devenus trop sommaires, de même que M. Puchta (1838) dans son système des Pandectes.

Il y aurait encore d'autres remarques à faire sur les manuels de MM. Thibaut, Wening et Mühlenbruch, concernant le style et l'exposé des détails, qui manquent quelquefois de clarté; mais ce n'est pas ici le lieu de discuter ces questions.

M. Thibaut est bien supérieur aux deux autres, quoique le manuel de Wening soit amélioré dans la cinquième édition, publiée par les soins de M. Fritz.

L'ouvrage de M. Mühlenbruch passe aujourd'hui en Allemagne pour le meilleur manuel de droit romain; il serait cependant à désirer que plusieurs parties, traitées avec moins de faveur que le reste, fussent retouchées. L'édition allemande de ce livre est préférable à l'édition latine, à cause de la latinité de l'auteur, qui, quoique bonne et classique en général, n'a pas la clarté facile et la simplicité que l'on peut désirer dans un manuel.

Les trois manuels de droit romain les plus récents sont ceux de MM. Schilling, à Leipzig, de Vangerow, à Marbourg, et de feu Gœschen, à Gœttingue. Ces ouvrages ne sont point achevés. Le premier est à la fois un exposé historique et dogmatique; nous n'en avons vu que l'introduction, publiée en 1834, et la partie relative aux droits réels, qui a paru en 1837. L'ouvrage est excellent, surtout pour un professeur; car il y trouve ce qu'il est nécessaire de savoir. L'histoire cependant y est subordonnée à la dogmatique. Le livre de M. de Vangerow est une table des matières, éclaircie par des textes et par des notes destinées à expliquer les plus célèbres questions controversées qu'on a l'habitude de discuter dans les cours de pandectes. Il est impossible d'exposer d'une manière plus lucide et plus piquante ces controverses. L'ouvrage de Gœschen est le premier de ce genre en Allemagne; il rappelle les *Recitationes* d'Heineccius, et

peut être recommandé aux élèves. Cependant il y manque parfois la vigueur de raisonnement qu'on aime à trouver dans un manuel de droit.

En résumé, l'Allemagne est fort riche en manuels de droit romain, très-propres à en faciliter l'étude aux élèves.

5. Quant à des commentaires étendus sur le droit romain, nous n'avons toujours que le grand ouvrage de Glück, que M. Mühlenbruch a continué, en le menant jusqu'au quarantième volume. Dans cet ouvrage, toutes les discussions qui ont été élevées sur les questions de détail, sont traitées fort au long, sinon avec finesse, du moins avec précision, avec une érudition et un savoir qu'on ne trouve dans aucun autre commentaire. Les volumes rédigés par M. Mühlenbruch sont supérieurs aux autres; on peut cependant lui reprocher un peu de prolixité. Le vingt-huitième livre des Pandectes forme déjà sept volumes, et il n'est pas encore achevé.

La science du droit romain vient d'être enrichie d'un ouvrage dont le premier volume a paru il y a trois mois. Cet ouvrage avait excité au plus haut degré la curiosité de nos jurisconsultes; c'est un commentaire étendu que publie M. de Savigny, sous le titre de *système du droit romain*. Dans cet ouvrage, l'illustre auteur du *Droit de la possession* veut léguer à la postérité les résultats de toute sa vie littéraire, de toutes les recherches faites pendant quarante ans. Comme tout ce qui sort de la plume de M. de Savigny est marqué au coin du génie, on a l'espoir fondé de voir paraître, sur toutes les matières du droit civil des Romains, des traités aussi bien faits, aussi mûrs que son traité de la possession.

Quoiqu'il n'ait encore paru que deux volumes du *Système du droit romain en usage chez les peuples modernes*, il est possible de saisir la tendance et d'apprécier le mérite de l'ouvrage. M. de Savigny ne passe point en revue, soit pour les combattre, soit pour les adopter, les doctrines émises depuis cinquante ans. Son but est de faire connaître ses propres opinions. Il expose donc au monde savant ce qu'il a



enseigné lui-même, ce qu'il croit vrai et conforme aux sources qu'il a explorées avec un esprit supérieur, avec une érudition rare et profonde. Mais sa manière de voir, qu'elle soit neuve et tout à fait personnelle, ou qu'elle coïncide avec des doctrines depuis longtemps professées ou récemment émises par les interprètes allemands, est toujours le fruit d'une étude mûrie par l'examen critique de ce qu'ont enseigné les maîtres de la science depuis la résurrection du droit romain au moyen âge. Il s'attache de préférence aux célèbres jurisconsultes français du xvi<sup>e</sup> siècle, tels que les Cujas et les Doneau, et aux subtils interprètes de l'école batave; et parmi les modernes, tous n'ont pas non plus le même poids à ses yeux. Le lecteur ne trouve donc pas ici cette masse de citations d'auteurs qu'on rencontre chez presque tous nos commentateurs du droit romain. Tout est choisi et subordonné au but que M. de Savigny s'est proposé. Ceux même qui l'ont combattu ne sont cités par lui que lorsqu'il trouve convenable de les réfuter. Son livre s'adresse aussi bien aux jurisconsultes praticiens qu'aux professeurs. Ce n'est ni un traité purement historique, ni un ouvrage destiné aux antiquaires. L'auteur attaque toutes les questions célèbres que l'application du droit romain a soulevées dans les pays où il a encore force de loi. Il indique même les solutions que plusieurs ont reçues dans les nouveaux Codes, et entre autres dans le Code civil des Français.

En même temps M. de Savigny montre combien on a eu tort de décrier son école comme antiphilosophique. Dans une introduction de 50 pages, il expose d'une manière claire et précise l'esprit de ses doctrines, et, dans tout le premier volume, il fait voir qu'elles reposent sur une base philosophique, en même temps qu'elles s'appuient sur la réalité historique. En un mot, il montre dans le jurisconsulte l'alliance de l'histoire et de la philosophie, de la théorie et de la pratique.

Il serait inutile d'insister sur le mérite de cet ouvrage, que nous regardons comme la plus haute expression et le plus beau monu-

ment du progrès de la science du droit romain en Allemagne. — Le premier volume de la traduction française a paru : nos lecteurs peuvent juger par eux-mêmes.

6. Passons aux traités particuliers et aux monographies du droit romain.

Il y a peu de questions qui n'aient été discutées dans des dissertations spéciales. Les recueils périodiques particulièrement destinés à ces publications en font foi. Ainsi *les Archives de la jurisprudence du droit civil* sont arrivées au 22<sup>e</sup> volume; le recueil publié à Giessen par MM. Linde, Marezoll et Schroeter, au 15<sup>e</sup>; le *Musée du Rhin*, au 9<sup>e</sup>; le *Journal pour la jurisprudence historique*, au 11<sup>e</sup>; celui de M. Rosshirt, au 5<sup>e</sup>. En outre, nos plus célèbres professeurs réunissent des dissertations de ce genre dans des collections intitulées : *Essais sur le droit civil (Civilistische Versuche)*, *Dissertations (Abhandlungen)*, et *Études (Beiträge)*, etc., etc. Nous citerons parmi les jurisconsultes les plus récents, MM. Dirksen, Francke, Buchholz, Müller, Buchel et Sell.

C'est ainsi que plusieurs questions célèbres, par exemple celle des effets de l'accomplissement des conditions résolutoires, ont été traitées une dizaine de fois. Nous avons encore un grand nombre de recueils de questions pratiques de droit romain fort estimés, *p. e.*, ceux de MM. Pfeiffer à Cassel, Langenn et Kori en Saxe, Elvers, Seuffert et Bulow.

Quant aux traités particuliers sur des matières spéciales, il en est peu qu'on puisse mettre à côté de l'ouvrage de M. de Savigny sur la *possession*. Cependant celui de M. Hasse sur la *responsabilité des fautes*, dont une deuxième édition a paru en 1858; ceux de M. Unterholzner sur la *prescription*, de M. Mühlenbruch sur la *cession* (le transport) *des créances*, de M. Keller sur la *litiscontestation* et les *jugements*, ont une réputation justement méritée. Un livre fort utile est le *Traité des hypothèques et du gage*, de M. Sintenis (1856). Nous ne devons pas non plus passer sous silence les traités de MM. Bluntschli et Francke, sur la *légitime* et la *succession nécessaire en droit*

romain (1829 et 1851); de M. Marezoll, sur *l'honneur civil et sa perte* (1824); de M. Rosshirt, sur les *legs* (1856); de M. Burchardi, sur la *restitution en entier* (1856); l'ouvrage inachevé de M. Hasse, sur la *dot* (1824), et celui de Puchta, sur le *droit coutumier* (1828-1859), sans parler de plusieurs autres de moindre importance.

Il en est d'autres qu'on attend avec impatience. Tel est un traité des obligations, écrit par feu M. Unterholzner. Tel est aussi un traité des successions que fait imprimer en ce moment un jurisconsulte aussi profond que judiciaire, M. Mayer, professeur de droit romain à Tubingue (1).

En résumé, aucune nation ne possède autant de traités spéciaux sur des matières de droit romain que l'Allemagne.

On peut conclure de ce qui précède, qu'à aucune époque le droit romain n'a été cultivé dans ce pays avec la supériorité que l'on doit reconnaître chez les jurisconsultes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle, dont les principaux titres de gloire appartiennent aux vingt dernières années.

## II. Du droit germanique.

Le droit romain pur n'est pas en usage dans l'Allemagne. Cette législation y existe concurremment avec le droit canon, avec les anciennes lois de l'Empire qui sont restées en vigueur, enfin avec les coutumes provinciales et locales. L'ensemble de ces divers éléments législatifs forme ce que les jurisconsultes appellent le *droit commun allemand*, ou bien le *droit germanique* dans le sens étendu du terme. Dans un sens restreint, les mots « droit germanique » désignent cette partie du droit commun qui résulte des anciennes lois de l'Empire et des coutumes.

Dans une grande partie de l'Allemagne, la législation est identique avec celle qui a existé autrefois dans les provinces belges ou dans les pays de droit coutumier en France. Même en

Prusse et en Bavière, où il existe des Codes, on peut distinguer les deux éléments que la codification n'a fait que rapprocher pour les unir. Le pays de Bade, le duché de Berg et la rive gauche du Rhin seuls sont régis par la législation française.

L'étude du droit germanique, en Allemagne, n'est entrée dans une voie de prospérité, que bien longtemps après la naissance des universités. C'est dans les premières années du siècle dernier que ce droit a commencé à être enseigné. Il a été alors considéré comme un accessoire du droit romain, tendant à modifier l'application de ce dernier; aussi ne l'a-t-on guère étudié que dans ses rapports avec le droit romain, ce qui a empêché nos jurisconsultes de pénétrer son esprit.

C'est le professeur Runde, à Göttingue, mort en 1807, qui a écrit le premier manuel de droit germanique; et ce livre a eu huit éditions, la première en 1791, la dernière en 1829. Toutefois l'ardeur avec laquelle on s'occupait du droit romain au commencement de ce siècle, a nuï d'abord à l'étude du droit germanique. Si elle brille aujourd'hui d'un vif éclat, elle le doit à l'école historique, qui en 1815 fit un appel au sentiment national. Déjà un des chefs de cette école, M. Eichhorn, avait entrepris (en 1808 et 1812) une histoire du droit germanique (*Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte*); mais on n'eut pendant longtemps que les deux premiers volumes de cet ouvrage, et lorsque les deux derniers furent publiés (c'est-à-dire en 1819 et 1825), il avait paru trois éditions des deux autres. C'est depuis cette époque qu'un grand nombre de professeurs, surtout parmi les plus jeunes, s'est adonné avec ardeur à l'étude de cette branche du droit. Les sources du droit germanique ont été explorées et publiées; son histoire a été écrite, et des manuels remarquables ont été composés, ainsi que plusieurs traités dont l'Allemagne peut s'enorgueillir.

M. Eichhorn a déjà été désigné comme le chef de la nouvelle école des *Germanistes* (c'est ainsi qu'on les nomme). A côté de lui

(1) Le premier volume en a paru récemment.

brille M. Mittermaier qui (comme nous l'avons dit il y a neuf ans) (1) a su donner à cette étude des proportions plus vastes et un intérêt vraiment européen, en interrogeant l'histoire du droit des autres nations chez lesquelles se retrouvent des institutions germaniques. M. Mittermaier n'a pas seulement consulté les législations des peuples du Nord, mais il a jeté une vive lumière sur le droit national de l'Allemagne, en le comparant à l'ancien droit français, belge et anglais. Cette méthode comparative l'a mis à même d'expliquer une foule d'institutions, dont le caractère original s'est effacé en Allemagne, tandis qu'il s'est conservé en d'autres pays.

D'autres jurisconsultes se sont fait un nom dans cette branche de la science du droit. Nous citerons M. Spangenberg, mort à Celle (en 1851) ; M. Hasse, mort à Bonn la même année (tous les deux avaient aussi acquis de la célébrité comme interprètes du droit romain) ; M. Weisse, mort à Leipsig. Parmi les vivants, nous distinguerons MM. Falck à Kiel, Gaupp à Breslau, Homeyer à Berlin, Philipps à Munich, Ortloff à Iéna, Türk à Rostock, Weiske à Leipsig, Michaëlis et Reyscher à Tubingue, Deiters et Maurenbrecher à Bonn, Laspeyres, Dick et Wilda à Halle, Feuerbach à Erlangen, Zœpfl à Heidelberg, de Lœw à Zürich, Beseler à Bâle, Albrecht (un des sept professeurs de Gœttingue destitués par le roi de Hanovre) et Kraut encore en fonctions à cette université.

L'étude du droit germanique présente de bien plus grandes difficultés à surmonter que celle du droit romain. Il n'a pas l'unité et la précision que nous admirons dans le droit romain. Ses sources sont disséminées ; elles appartiennent à des époques d'une civilisation très-différente et sont parfois presque inintelligibles. Longtemps on a manqué de bonnes éditions de ces sources ; c'est une lacune qui commence seulement à se remplir de nos jours.

Ce n'est que par la méthode comparative

qu'on parvient à se faire une idée exacte des institutions germaniques. Il faut donc mettre à contribution d'immenses bibliothèques. Il ne suffit pas, en effet, de comparer les coutumes et les législations des diverses provinces : on doit encore étudier leur histoire, et avoir recours à de nombreux documents pratiques. C'est dans cet esprit que l'on étudie aujourd'hui le droit germanique ; son étude est donc essentiellement historique et se rattache surtout à l'histoire du moyen âge.

Voici les principaux résultats des efforts réunis des jurisconsultes et historiens allemands de nos jours, qui se sont occupés du droit germanique :

1. On a fait des éditions critiques des sources anciennes de ce droit. Déjà, en 1824, M. Walter à Bonn, a fait paraître en trois volumes in-8° un *Corpus juris germanici antiqui*, contenant les lois primitives des nations germaniques connues sous le nom de *leges barbarorum*, les *Capitulaires*, toutes les collections de formules, enfin d'autres monuments législatifs, du haut moyen âge, dont le plus récent est du dixième siècle.

Dernièrement M. Pertz, à Hanovre, rédacteur en chef des *Monumenta Germaniæ historica*, a publié dans le troisième volume de cette collection (1855) une superbe édition des *Capitulaires*, qui éclipse même sous un certain rapport celle de Baluze et Chiniac, et dans le quatrième (1857) les actes législatifs de toute espèce émanés des empereurs et rois de la Germanie depuis Henri I<sup>er</sup> jusqu'à Henri VII (mort en 1513) de la maison de Luxembourg. Il prépare maintenant une édition critique des *leges barbarorum*, pour laquelle tous les manuscrits connus ont été comparés.

Les deux plus célèbres sources générales du droit germanique au XIII<sup>e</sup> et au XIV<sup>e</sup> siècle, *le miroir de Saxe* et *le miroir de Souabe*, ont été publiées avec grand soin, l'une par M. Homeyer en 1827 pour la première fois, en 1855 pour la deuxième ; l'autre par M. de Lassberg (en 1859). Plusieurs autres ouvrages du même

(1) Dans la *Thémis*, T. X, p. 594.

genre ont été imprimés par les soins de MM. Orloff, Gaupp, etc. Un travail fort curieux, savoir, une coutume composée pour la ville et le pays de Freysingen, en Bavière, en 1528, par un jurisconsulte nommé Rupprecht de Freysingen, vient d'être publié d'une manière supérieure par M. de Maurer, conseiller d'État à Munich, qui a fait partie de la régence du royaume de Grèce pendant la minorité du roi Othon.

La loi *salique*, qui doit surtout intéresser la France, d'où elle tire son origine, a été publiée avec grand soin deux fois, par M. Laspeyres et par M. Feuerbach. On a surtout discuté l'ancienneté de ses deux rédactions différentes.

MM. Gaupp et Türk ont fait de belles recherches sur la plupart des *lois barbares*, recherches qui ont jeté une vive lumière sur l'origine, le caractère et le contenu de ces législations. Et pour que l'Allemagne ne soit pas privée d'une source étrangère fort importante, M. Kausler, archiviste du royaume à Stuttgart, a entrepris la publication des *Assises de Jérusalem*, publication qu'il a souvent été question de faire en France. Le premier volume de cet ouvrage, qui appartient particulièrement à la France, a paru; il contient une partie inédite jusqu'ici, l'assise des bourgeois. Elle est publiée sur le manuscrit de Munich, manuscrit encore inconnu en France il y a peu de temps, avec le texte de celui de Vienne, que l'académie des inscriptions doit publier à Paris, et des notes critiques. M. Kausler, qui, pendant deux ans, s'est occupé à examiner et à étudier les manuscrits existants à la Bibliothèque royale à Paris, a une connaissance parfaite du vieux langage français.

L'Allemagne possédait depuis longtemps les textes de la plupart des anciennes coutumes de ses villes, villages ou provinces; mais pour en faciliter l'étude on les a réunies dans diffé-

rentes collections, parmi lesquelles celle des lois provinciales de la monarchie prussienne, publiée par le célèbre ministre M. de Kamptz, à Berlin, en trois volumes, est surtout remarquable. M. Van der Nahmer a publié un semblable recueil pour le pays de Nassau. Plusieurs coutumes inédites ont vu le jour récemment, et c'est avec satisfaction que les jurisconsultes allemands ont vu paraître les anciennes lois de la Flandre, quelques-unes du Brabant, du Hainaut et du pays de Liège (1).

2. L'histoire du droit germanique a été décrite avec une supériorité marquée dans l'ouvrage de M. Eichhorn, dont nous avons parlé. Ce livre, fait sur le plan qu'a suivi M. Hugo dans son Histoire du droit romain, qui a eu en 1854-1857 sa quatrième édition, est un des ouvrages les plus remarquables qui aient été publiés en Allemagne, et mérite d'être traduit en français et dans toutes les langues modernes.

M. Zoëpfl en a donné (1856) un abrégé très-propre à servir de guide dans un cours académique. M. de Lœw en avait fait un semblable en 1852.

M. Philipps, à Munich, a commencé une histoire d'Allemagne dans laquelle le développement de la société est exposé avec infiniment de talent et sous un point de vue élevé, que M. Eichhorn n'a pas assez apprécié, savoir, l'influence du christianisme sur les institutions politiques et la législation de l'Allemagne.

Un ouvrage fort précieux pour la connaissance de l'ancien droit est celui de M. de Grimm: « Antiquités du droit germanique » (publié en 1824). C'est de cet ouvrage que M. Michelet a tiré la plus grande partie du contenu de ses *Origines du droit français* cherchées dans les symboles et formules du droit universel. Paris, 1857.

Enfin l'ouvrage de M. Hüllmann, « Histoire

(1) Toutes les lois de la Flandre jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, sont publiées dans « l'Histoire de la Flandre » par l'auteur de ce travail; quelques statuts du Brabant et du Hainaut, dans l'appendice du « Tableau historique du droit belge, »

qu'il a donné dans son discours inaugural prononcé le 15 novembre 1856, à Fribourg. Il a publié, en outre, en 1858, un « Recueil de documents relatifs au plus ancien droit du pays de Liège. »

de l'état des personnes en Allemagne » (2<sup>e</sup> édition, 1850), est de la plus haute importance.

Outre ces ouvrages destinés à l'histoire générale du droit germanique, nous possédons encore des histoires spéciales, parmi lesquelles nous devons surtout distinguer l'*Histoire de la ville et du canton de Zurich* en Suisse et de sa législation, rédigée par M. Bluntschli (2 vol. in-8<sup>o</sup> publiés en 1857 et 1859) avec un talent supérieur. Avant lui, M. de Donandt avait essayé (1850 et 1852) une « Histoire du droit de la ville de Brème. » Récemment il a paru une excellente « Histoire du droit de Lubeck, » par M. Hach.

Enfin, des traités spéciaux ont été publiés sur les institutions judiciaires de l'Allemagne au moyen âge, parmi lesquels l'ouvrage de M. Roggé, mort professeur à Tubingue (publié en 1820, 1 volume in-8<sup>o</sup>), et celui de M. de Maurer, couronné par l'académie de Munich (publié en 1854, un gros vol. in-4<sup>o</sup>), occupent le premier rang.

5. Les manuels du droit germanique, qui ont paru pendant la période qui nous occupe, sont celui de M. Mittermaier (3 volumes), publié d'abord en 1824, et pour la cinquième fois en 1857; celui de M. Eichhorn (1 volume), qui, de 1825 à 1856, a eu quatre éditions, celui de M. Philipps, dont la première édition a été faite en 1828, la deuxième en 1858 et 1859 (2 volumes); celui de M. Maurenbrecher, calqué sur l'ouvrage de M. Mittermaier (5 volumes, 1854); enfin le manuel élémentaire du droit germanique, publié par M. Ortloff en 1828 (1).

4. Les traités nouvellement écrits sur des matières spéciales du droit germanique ne sont pas en grand nombre; il y en a cependant d'un mérite transcendant, tels que les traités de MM. Beseler, sur l'institution contractuelle (Gœttingue, 1852), Albrecht, sur l'ancien droit de propriété germanique (Kœnigsberg,

1828), Kraut, sur la tutelle d'après le droit germanique (Gœttingue, 1825, non achevé) Deiters, sur la communauté des biens (Bonn, 1851).

5. Le droit particulier de quelques pays de l'Allemagne a été fort bien traité dans des ouvrages spéciaux. On distingue parmi eux: les manuels du droit du royaume de Prusse, par Borneman (1855), Thæne (1854), et Klein (1856, deuxième édition); de Saxe par feu M. Hanbold, MM. Curtius et Hænel (1854); de Saxe-Weimar, par M. Sachse; du Schleswig, par M. Falck à Kiel (1856); de la ville de Francfort, par M. Bender (1856); du royaume de Wurtemberg, par M. Griesinger et M. de Waechter (ouvrage commencé en 1859); du Hanovre, par M. Grefe (1856).

6. Enfin des ouvrages sur l'histoire du droit anglais ont été publiés par M. Philipps; sur celle du Danemark, par M. Homeyer (traduit du danois de Rosenvinge); de la Suède, par Schlegel et Schildener, etc.

### III. Du droit ecclésiastique.

Le droit ecclésiastique, vulgairement appelé le droit canon, était autrefois la seule branche de la jurisprudence que l'on enseignât aux universités à côté du droit romain. Cette connexité est encore indiquée aujourd'hui par le grade de docteur en droit, puisque le gradué se nomme *utriusque juris doctor*. Le droit ecclésiastique, en effet, se rattache au droit public. Après la dissolution de l'empire germanique, il perdit en grande partie son importance; il la reprit seulement depuis 1815, et surtout après la réorganisation des diocèses catholiques, par suite des concordats que les divers souverains de l'Allemagne conclurent avec Rome (2).

Autrefois l'Allemagne avait des canonistes fort célèbres, tant catholiques que protestants, parmi lesquels Bœhmer le père, mort en 1749,

(1) Une critique bien faite de ces ouvrages se trouve dans la deuxième édition de M. Philipps, T. 1, § 83.

(2) Ce sont les concordats de la Bavière (1817).

de la province du Haut-Rhin, Wurtemberg, Bade, Hesse, Nassau (1821), Prusse (1821), Hanovre (1824).

est de beaucoup supérieur aux autres. Il a donné (1747) la meilleure édition du *Corpus juris canonici*, et il a inséré dans son *Jus ecclesiasticum protestantium* (1<sup>re</sup> édit., 1714; 2<sup>e</sup>, 1754) un commentaire du droit ecclésiastique, qui jouit encore aujourd'hui de la plus haute autorité. Il a encore publié un Manuel abrégé du droit ecclésiastique, et ce manuel a été longtemps suivi dans les universités.

Parmi les auteurs catholiques, on distinguait à la fin du siècle dernier deux partis, l'un plus favorable aux droits de l'Église dans l'État, l'autre soutenant le droit de l'État sur l'Église. Les partisans du dernier système formèrent une école dont le célèbre évêque de Trèves, de Hontheim, connu sous le nom de Febronius, était le chef, et qui dominait en Autriche avec l'appui de l'empereur Joseph II, qui, de sa seule autorité, avait fait subir à l'Église plusieurs réformes et avait fortement restreint le pouvoir du pape dans ses États. On appelle encore aujourd'hui cet ordre de choses le système de Joseph II. Les principes en sont surtout enseignés dans les manuels des canonistes Rieger et Sauter, morts tous les deux professeurs de l'université de Fribourg, et par quelques auteurs plus récents, parmi lesquels Rechberger, en Autriche, a le plus de célébrité. Son Manuel du droit ecclésiastique autrichien a été publié en allemand, en latin et en italien. Dans le reste de l'Allemagne, celui de Wiese, ouvrage peu profond, imprimé cinq fois de 1799 à 1827, est, avec l'ouvrage latin de G. W. Boehmer, fils du célèbre canoniste, ouvrage dont une septième édition a été publiée en 1802, celui qui a eu le plus de vogue. Pour les catholiques, l'autorité la plus imposante était et est encore Van Espen.

Mais une nouvelle ère a commencé pour cette étude pendant la période qui nous occupe, par l'apparition du Manuel du droit ecclésiastique, composé par M. Ferd. Walter, professeur à l'université de Bonn. Cet ouvrage, aussi remarquable par le fond que par la forme, a eu huit éditions dans l'espace de 16 ans;

elles ont paru en 1821, 1823, 1825, 1829, 1831, 1833, 1836 et 1839. La quatrième édition est, comparativement aux trois premières, un ouvrage nouveau, et les deux dernières ont subi de très-grandes améliorations. Ce livre contient aujourd'hui 798 pages. Pour faire connaître son caractère, nous devons dire quelques mots de la direction que l'étude du droit ecclésiastique avait prise en Allemagne vers la fin du xviii<sup>e</sup> siècle. Les auteurs qui écrivaient sur cette branche du droit, parlaient ordinairement d'un point de vue philosophique. Ils admettaient un droit *ecclésiastique naturel*, c'est-à-dire, un ensemble de principes fondamentaux, déduits de la doctrine générale du *droit naturel*, telle que l'école de Kant l'avait mise au jour. Le droit positif, tant de l'Église catholique que des confessions protestantes, était subordonné à ces théories et modifié par elles. On rejetait comme suranné tout ce qui ne se conciliait pas avec la science pure. Parmi les auteurs qui suivaient cette méthode, nous citerons feu Th. Schmalz, professeur de droit naturel à Berlin. Son Manuel du droit ecclésiastique est parvenu, après la mort de l'auteur, en 1834, à sa troisième édition.

M. Walter se déclara ouvertement contre cette méthode, et présenta le droit ecclésiastique dans toute sa pureté historique. Tout son ouvrage est dominé par cet esprit, ce qui lui donne une base sûre. Le droit ecclésiastique catholique surtout y est développé avec une clarté admirable, et tel que l'Église l'a enseigné elle-même, que ses enseignements aient été ou non reconnus par le pouvoir séculier. C'est ce qui a valu à M. Walter l'épithète d'ultramontain de la part des auteurs attachés à l'école de Febronius. Dans aucun ouvrage l'histoire du droit ecclésiastique n'est exposée avec plus de sagacité que dans le sien (p. 100—248). L'auteur a mis à profit toutes les recherches, tant anciennes que modernes sur les sources du droit canon, et entre autres celle de feu La Serna Santander sur la véritable collection d'Isidore de Séville. On trouve

chez lui (p. 155 et suiv.) une discussion fort remarquable sur l'auteur probable et sur le but des fausses décrétales insérées dans la collection pseudo-isidorienne, et sur celles dont cette collection est la source. L'histoire du droit de l'Église grecque y est également traitée, ainsi que les principes du droit qui la régit encore aujourd'hui. Un chapitre particulier est destiné à déterminer les rapports qui doivent exister entre l'Église et l'État, et un livre entier (le cinquième) traite de l'influence qu'a exercée le droit canon sur la législation civile et politique des peuples chrétiens. On doit être étonné qu'il n'ait pas encore été fait une traduction française de l'ouvrage de M. Walter (1).

Pour combattre la direction que M. Walter donne à l'étude du droit ecclésiastique, un de ses collègues, feu M. Droste Hülshof, a publié en 1828 un Manuel du droit ecclésiastique auquel les principes de l'Église gallicane servent de base. On les trouve aussi dans le Manuel de M. Brendel de Würzburg (qui de 1819 à 1859 a eu trois éditions), ainsi que dans celui de M. Eichhorn (deux volumes de 1680 pag., publiés en 1851 et 1855). C'est le meilleur livre sur le droit ecclésiastique, qui ait été publié par un auteur protestant de nos jours. Nous passons sous silence un grand nombre d'auteurs qui ont traité le droit ecclésiastique d'un État particulier. La plupart des trente-huit États de la confédération germanique ont eu leurs canonistes.

Toute cette étude a reçu un nouvel intérêt de la lutte qui s'est engagée en Prusse à la fin de 1857, par suite de l'enlèvement, ordonné par le roi, de l'archevêque de Cologne. Près de 200 brochures ont paru, et d'autres paraissent encore à ce sujet. La Bavière est devenue le centre des défenseurs de l'Église, et le *Journal historique et politique*, publié par MM. Gœrres fils et Philipps, est l'organe d'une école qui rappelle souvent les doctrines défendues par le parti catholique de la Belgique,

avant, pendant et après la révolution belge. Cette école attaque surtout les partisans du système de Joseph II, dont le nombre semble avoir diminué en dehors et même dans le sein de l'Autriche.

A la fin de cette notice, nous devons appeler l'attention de nos lecteurs sur une nouvelle édition du *Corpus juris canonici*, faite sur celle de Bœhmer par M. Richter, professeur à Leipzig jusqu'en 1858, et aujourd'hui à Marbourg, et sur la traduction allemande des parties les plus importantes de cette source fondamentale, faite par MM. Schilling et Sintenis.

#### IV. De la procédure civile.

Les principes suivis en Allemagne en matière de procédure civile proviennent des sources les plus diverses : ils n'ont été établis et précisés que par les travaux des jurisconsultes. L'ancienne procédure germanique a dû céder aux doctrines déduites du droit romain et du droit canon ; c'est au xv<sup>e</sup> siècle que ce changement radical a eu lieu. Les lois de procédure civile faites pour la chambre impériale, ont servi de modèle aux cours et aux tribunaux des différents pays. C'est en Saxe qu'un système régulier de procédure civile s'est consolidé en premier lieu : on l'appelle, à cause de sa spécialité, la *procédure saxonne*. Cette procédure sert de base au système suivi ailleurs sous le nom de *procédure du droit commun* (*Gemeiner deutscher Civilprocess*). La pratique en a défini avec quelque précision les principes : c'était un droit purement coutumier, à peu de chose près, auquel on n'avait pas encore donné d'autre base rationnelle que celle qui résulte de la nature des choses elles-mêmes. Beaucoup d'auteurs se sont rendus célèbres, au xviii<sup>e</sup> siècle, par leurs ouvrages sur ce système de procédure. Les derniers sont Justus Claproth à Gœttingue (mort en 1805), Ernest-Godefroi Schmidt à Leipzig, Auguste-Frédéric Danz (mort en 1805 dans le Wurtemberg).

Mais une nouvelle ère a commencé pour

(1) Elle vient de paraître. (*Note des directeurs.*)

cette branche de la jurisprudence avec le XIX<sup>e</sup> siècle ; on lui a donné une base rationnelle et même métaphysique, des principes plus rigoureusement définis et une forme plus scientifique, tout en conservant la marche et les formalités usitées.

Quatre jurisconsultes, dont un seul est encore vivant, se sont fait une brillante réputation dans cette partie de la science, et ils sont considérés comme les fondateurs de la théorie de la *procédure civile commune* en Allemagne ; ce sont :

M. de Gœnner, d'abord professeur et plus tard conseiller d'État en Bavière, mort en 1827. Ses traités forment quatre volumes.

M. d'Almendingen, mort en 1827, dans le pays de Nassau. Il a publié en 1808 une *Métaphysique de la procédure civile*.

M. de Grolman, mort en 1829, ministre de la justice à Darmstadt. Son Manuel a eu, de 1800 à 1826, cinq éditions.

M. Martin, autrefois professeur à Gœttingue et à Heidelberg, aujourd'hui conseiller à la cour suprême de Iéna, est l'auteur du manuel de la procédure civile le plus répandu en Allemagne (cet ouvrage a eu en 1858 sa douzième édition).

Plus tard, M. de Linde à Giessen (1) et M. Bayer à Munich ont surpassé dans leurs ouvrages les deux derniers jurisconsultes. Le manuel de M. de Linde est parvenu en 1858 à sa quatrième édition. Les deux ouvrages de M. Bayer, publiés pour la première fois en 1828 et 1850, ont valu à leur auteur le titre de premier *processualiste* (c'est-à-dire, premier professeur de la procédure civile en Allemagne).

Quoique ces deux auteurs, ainsi que M. Martin, distinguent toujours avec soin la source d'où dérive chacun des principes qu'ils invoquent, leurs ouvrages n'ont point un *caractère historique*, c'est-à-dire qu'ils ne démontrent pas comment on est parvenu à introduire ces

principes, ou à quelles doctrines et à quelles idées des temps passés ils se rattachent.

Il était réservé à MM. Heffter et Bethmann-Holweg de répandre sur ce sujet les premières lumières. Le dernier surtout a rendu un grand service à la science par une Histoire de la législation sur la procédure civile de l'Allemagne, dont malheureusement le premier volume seul a paru, contenant un exposé aussi profond que lucide de la procédure usitée dans les derniers temps de l'empire romain et sanctionnée par la législation de Justinien. On attend du célèbre auteur la continuation de son ouvrage avec impatience.

À côté de la procédure du droit commun, dont nous venons de parler, on trouve en Allemagne :

1<sup>o</sup> Le système de la procédure prussienne, basée sur des principes tout à fait spéciaux ;

2<sup>o</sup> La procédure française sur la rive gauche du Rhin ;

Et 3<sup>o</sup>, dans plusieurs États particuliers, des modifications plus ou moins essentielles de la procédure du droit commun.

En général, des besoins de réforme, en matière de procédure, se sont fait sentir, à partir de 1815, dans tous les États de l'Allemagne. Quelques-uns de nos jurisconsultes se sont donc occupés de cette partie du droit sous le point de vue législatif ; ils ont comparé le système allemand avec la procédure française et prussienne, et ont fait ressortir les défauts et les avantages de chaque système ; ils ont en outre signalé les vices reconnus depuis longtemps. De grandes questions ont été examinées, par exemple, celle de la publicité, celle de la procédure orale, des conflits, de l'organisation judiciaire, de l'ordre des avocats. À la tête des jurisconsultes allemands qui ont écrit sur cette matière se place M. Mittermaier. Non-seulement il a publié un ouvrage spécial qui contient une comparaison de la législation française et prussienne avec le droit commun de l'Allemagne

(1) M. de Linde est aujourd'hui conseiller d'État et chargé du département de l'instruction publique à Darmstadt. Le grand-duc de Hesse a donné

récemment à cet homme supérieur des lettres de noblesse.



et les lois nouvelles en matière de procédure (1) ; mais depuis 1818 jusqu'à ce jour il a donné des analyses critiques de toutes les lois nouvelles et des projets de lois rédigés tant en Allemagne que dans les autres pays de l'Europe (2). Par ces articles, qui contiennent parfois une censure sévère des essais faits ou proposés, M. Mittermaier a puissamment contribué aux progrès de la *législation* sur la procédure civile, progrès qu'il a constatés plus tard dans des articles du même recueil, spécialement destinés à démontrer la marche de cette législation vers le but qu'elle doit se proposer d'atteindre.

Le quart de siècle qui expire avec cette année, est une époque de réforme de la procédure civile pour tous les pays allemands, et l'on est étonné du mouvement qui règne dans la législation sur cette matière. Outre un grand nombre de lois spéciales, qui ont aboli les abus constatés en Wurtemberg, en Bavière, en Prusse, en Saxe et ailleurs, on voit sanctionner des Codes entiers de procédure civile dans le grand-duché de Hesse-Darmstadt en 1818, à Berne en 1820, dans le duché de Nassau en 1825, dans les principautés d'Anhalt-Dessau en 1822, d'Oldenbourg en 1824, de Rudolstadt en 1825, dans le royaume de Hanovre en 1827, et dans le grand-duché de Bade en 1852. En Bavière on a publié trois projets différents en 1825, 1827, 1851, sans en adopter aucun ; des lois spéciales ont introduit quelques changements en 1857.

Le mouvement législatif est loin de s'être arrêté, et l'on a dû quelquefois modifier les innovations peu après leur introduction. On a tenté dans quelques États, par exemple dans le grand-duché de Bade, une transaction entre la procédure civile allemande et la procédure française : l'expérience n'a pas encore bien démontré si cet amalgame de deux systèmes si différents est un véritable progrès. Toutefois on y a évité plusieurs défauts reconnus en

France, et surtout empêché que les frais ne soient aussi élevés qu'en ce dernier pays.

Il peut paraître surprenant que, dans les cours de procédure civile qui se font aux universités allemandes, on se borne toujours à la procédure du droit commun ; mais les règles qu'on y enseigne ont à la fois un caractère de généralité et de précision, de telle sorte qu'elles peuvent servir partout. La théorie de cette procédure est la clef des législations spéciales de toute l'Allemagne, hors la Prusse et la rive gauche du Rhin. On y indique aussi, lorsque l'occasion s'en présente, les modifications les plus importantes qu'elle a subies dans tel ou tel pays. Enfin, dans les universités bien organisées, on fait aussi bien un cours particulier sur la *procédure civile* que sur le droit civil du pays, par exemple en Prusse, en Bavière, en Wurtemberg, en Hanovre, etc.

#### V. Du droit criminel.

Les vingt-cinq ans qui expirent avec l'année 1840 sont une période de réaction contre la méthode suivie dans l'exposition du droit criminel, méthode dont M. de Feuerbach (mort en 1852) était le principal auteur et propagateur. Lui et ses amis, de Grolman et d'Almendingen, étaient les fondateurs de l'*École philosophique* des criminalistes allemands, école qui n'a pas seulement réformé la théorie du droit criminel général de l'Allemagne, en y introduisant, comme des *lois*, des principes purement spéculatifs, mais qui avait encore imprimé leur caractère aux nouveaux Codes criminels sanctionnés depuis 1815.

Nous supposons que les doctrines de M. de Feuerbach sont connues de nos lecteurs. En France, ces doctrines ont été répandues en même temps que combattues par M. Rossi et récemment par M. Rauter (5). Nous croyons aussi que nos lecteurs savent quelle importance l'école philosophique a attachée aux théories sur le principe fondamental de la pénalité,

(1) 4 petits vol. in-8°, publiés en 1820-26, et une seconde fois en 1827 à 1840. — (2) Dans les Archives pour la jurisprudence du droit civil.

(5) V. l'introduction au *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, t. 1, Paris 1856.

sur le droit de punir et sur le but des lois criminelles. Selon le point de départ qu'ils adoptaient en cette matière, selon la *base* qu'ils donnaient au droit pénal, les auteurs soutenaient en droit criminel des principes tout différents. Ces principes étaient, aux yeux de l'école philosophique des criminalistes allemands, des vérités absolues et antérieures aux lois pénales positives, des vérités qui devaient guider le juge en cas d'insuffisance de la loi, et si la loi était *tombée en désuétude*. M. de Feuerbach avait aussi remplacé, par des règles déduites de sa théorie philosophique, bien des dispositions des vieilles lois de l'Allemagne, c'est-à-dire, du droit romain, du droit canon et du Code pénal de Charles-Quint, de 1552, qui sont encore aujourd'hui la base du droit criminel général de ce pays. Il n'attachait pas d'importance à la question de savoir, si sa théorie du droit pénal avait été celle du législateur. On devait la suivre, parce qu'elle était vraie en elle-même (1).

C'est l'ardeur philosophique de la fin du siècle dernier, qui avait fait naître sur les hautes questions du droit pénal les discussions que nous avons mentionnées. Néanmoins les théories de Kant et de presque tous les philosophes qui l'ont suivi, ne furent pas adoptées par les criminalistes de l'école philosophique. En effet, Feuerbach, Grolman et leurs amis prennent pour base de la punition, non la justice, mais la *répression*, ou la prévention, ou (quelques-uns) l'amendement du coupable, ou assignent, selon les circonstances, tel ou tel but à la peine.

La réaction contre cette école est partie de différents côtés : contre elle et notamment contre M. de Feuerbach se sont successivement déclarés MM. Mittermaier (1819), Henke à Berne (1825), Rosshirt à Heidelberg (1821), Gerstæker à Leipzig (1825), Biener à Berlin (1829), et toute la génération plus jeune des criminalistes allemands, tels que MM. Waechter (1825-1826), Helfter (1854),

Jarke (1827), Klenze, Abegg (1827 et 1855).

M. Mittermaier avait déjà, en 1821, dans un article inséré au quatrième volume des *Nouvelles Archives* du droit criminel, démontré l'absurdité de la méthode en usage. M. Gerstæker le fit aussi dans le septième volume. M. Biener publia dans le dixième volume, en 1829, une dissertation fort remarquable sur l'application de la méthode historique, c'est-à-dire des principes de l'école historique, à la science du droit criminel. Peut-être va-t-il un peu trop loin; mais il démontre que des principes qui ne sont, ni sanctionnés par la législation, ni reçus comme droit coutumier, ne sont que des opinions individuelles aussi bien dans le droit criminel que dans le droit civil.

M. Abegg essaya de combiner la méthode historique avec les principes de la philosophie de Hegel, et y réussit.

D'un autre côté, M. Bauer, professeur de droit criminel à Gœttingue, fit deux éditions d'un Manuel du droit criminel, dont la couleur est philosophique plutôt qu'historique, et le Manuel de M. de Feuerbach eut presque tous les deux ans une édition nouvelle, parce qu'on le suivait dans la plupart des universités (2). Le caractère primitif de cet ouvrage lui fut conservé non-seulement par l'auteur, mais encore par M. Mittermaier, son dernier éditeur. Cependant ce jurisconsulte combattit depuis le commencement jusqu'à la fin la manière de voir de l'auteur, lorsqu'elle s'écartait des résultats d'une interprétation fidèle des sources ou des principes positifs généralement reconnus. M. Mittermaier expose dans sa préface de quelle manière lui-même se propose d'écrire un jour un livre sur le droit criminel. Il est intéressant de connaître les vues de ce célèbre jurisconsulte. Nous nous empressons de reproduire ici ses paroles :

« Un Manuel du droit criminel allemand (dit-il, p. iv de la préface de la douzième édition de Feuerbach, faite en 1856) doit, pour français, dans la *Revue étrangère et française*, t. V. p. 492. — (2) Il en a paru une treizième cette année.

(1) M. Rauter a publié un exposé critique du livre de M. de Feuerbach, jugé du point de vue

satisfaire à toutes les exigences de la science :

« 1<sup>o</sup> Partir de principes reconnus en matière de droit criminel, et ne pas s'en écarter dans les détails.

« 2<sup>o</sup> Son auteur doit s'être pénétré de l'esprit des sources principales du droit criminel général de l'Allemagne, savoir : du droit romain, du droit canon et du droit germanique, et déterminer exactement leurs rapports mutuels.

« 3<sup>o</sup> Il doit connaître les idées dominantes sur le droit criminel du moyen âge, tant celles que les célèbres criminalistes italiens, tels que Gaudinus, Arretinus et Bonifacius, ont suivies, que celles qui se retrouvent dans les statuts des villes de l'Italie, attendu que les praticiens, au moyen âge, y ont attaché une haute importance.

« 4<sup>o</sup> Il doit connaître les doctrines de droit pénal répandues à la fin du xv<sup>e</sup> et au commencement du xvi<sup>e</sup> siècle, à cause de l'influence qu'elles ont exercée sur la rédaction des lois criminelles de ce temps, et notamment sur le Code de Charles-Quint.

« 5<sup>o</sup> Il doit étudier les opinions des interprètes de cette dernière loi, et la pratique du droit criminel du xvii<sup>e</sup> siècle, vu que celle-ci a déjà commencé à modifier la législation écrite.

« 6<sup>o</sup> Il doit s'efforcer de trouver une classification des crimes et délits, qui soit à la fois conforme aux sources et aux idées suivies par les criminalistes.

« 7<sup>o</sup> La nature de chaque crime doit être déterminée tant d'après les dispositions de la loi, que d'après la nature des choses. C'est la philosophie qui doit aider l'interprète à découvrir cette dernière.

« 8<sup>o</sup> Les questions controversées doivent être posées et résolues de manière qu'il soit facile d'en saisir la portée, et de se rendre compte des difficultés qu'elles présentent. L'auteur doit avoir égard aux règles de la médecine légale, si elles ont trait à la question qu'il discute.

« 9<sup>o</sup> Il est nécessaire de connaître les décisions remarquables en droit criminel, pour

constater la jurisprudence. Il manque à l'Allemagne un recueil de ce genre.

« 10<sup>o</sup> Enfin un manuel du droit criminel allemand doit contenir la comparaison des dispositions des Codes nouvellement sanctionnés en Allemagne. »

M. Mittermaier annonce qu'il est occupé d'un Manuel qui sera rédigé d'après les principes qu'il vient d'exposer, mais qu'il lui faut des années pour l'achever.

On doit être surpris de voir que les criminalistes allemands n'aient pas songé plus tôt à écrire des ouvrages de droit criminel comparé. De tels livres sont à la fois historiques et philosophiques, et doivent être faciles à faire en Allemagne, parce que la connaissance des langues et des législations étrangères y est plus commune qu'ailleurs. La pensée de composer de tels traités est venue à plusieurs professeurs de droit criminel, et a été même exécutée en partie. M. Geib, à Zurich a publié dans les *Nouvelles Archives* du droit criminel de 1836 un article fort intéressant sur la méthode comparative. M. Martin, dans son Manuel publié en 1825, a comparé à chaque paragraphe le droit criminel général de l'Allemagne avec les dispositions du nouveau Code pénal de la Bavière.

Enfin M. Mittermaier a écrit sur l'instruction criminelle un ouvrage vraiment classique. On le considère en Allemagne comme le chef-d'œuvre de ce jurisconsulte aussi recommandable par ses écrits sur le droit germanique et la procédure civile, que par ses vues sur le droit criminel. Cet ouvrage, intitulé « *la Procédure criminelle allemande*, tant d'après la jurisprudence coutumière, que d'après les Codes des différents États de l'Allemagne, comparée avec la procédure criminelle française et anglaise, » a eu en 1859 sa troisième édition depuis 1822.

Nous terminons ces considérations sur la marche de la science du droit criminel en Allemagne, en faisant connaître à nos lecteurs qu'une foule de monographies et de traités particuliers sur des matières et même sur des

questions spéciales, ont paru dans les vingt-cinq dernières années. Outre les livres *ad hoc*, les *Nouvelles Archives* du droit criminel, reprises en 1817 et continuées sans interruption jusqu'à ce jour, contiennent de ces traités et dissertations. Il n'y a pas de matière qui n'ait été soumise une ou plusieurs fois à une révision complète. L'histoire du droit criminel allemand a été écrite par M. Tittmann (1852) et M. Rosshirt (1857-1859); mais ces deux ouvrages sont loin d'être complètement satisfaisants. Enfin, depuis 1858, M. Kappler, à Stuttgart, a publié un Manuel bibliographique du droit criminel allemand, qui ne laisse rien à désirer.

Ce n'est pas la science du droit criminel seulement qui a marché en Allemagne, mais c'est aussi la législation. Il est vraiment curieux de voir combien de projets de Code criminel ont été faits, dont plusieurs ont été adoptés ou sont sur le point de l'être. M. Birnbaum a tracé l'histoire législative du droit criminel dans l'Europe entière pendant notre époque, dans son discours de recteur à l'université de Louvain en 1828. La *Thémis* en a donné en 1850 (tome IX, page 161) des extraits : nous ne les reproduirons pas ici. M. Haus, à Gand, dans ses observations sur le projet de Code pénal belge, en 1855, a également tracé l'histoire de ce mouvement législatif.

Nous nous bornerons ici aux indications suivantes :

1. *En Bavière*. Un premier projet de Code pénal fut rédigé par M. Kleinschrodt en 1802; un deuxième le fut en 1808 par M. Feuerbach et fut publié en 1810; le projet revu et corrigé reçut force de loi en 1815, et fut introduit dans le duché d'Oldenbourg en 1814. Mais bientôt, reconnu comme peu facile à appliquer, il fut modifié par un grand nombre de nouvelles. En 1822, le projet d'un nouveau Code, rédigé par M. Gœnner, parut : il fut de même soumis à une révision, et, ainsi amendé, il fut publié en 1827. Enfin, en 1851, on vit paraître un troisième projet, qui n'a pas encore été présenté aux chambres.

2. *En Saxe*, MM. Erhard et Tittmann reçurent en 1810 la mission de rédiger un projet de Code pénal. Chacun fit le sien. M. Tittmann publia son projet en 1815; celui d'Erhard parut seulement après sa mort, en 1816. En 1824 parut un autre projet, rédigé par M. Stübel, et en 1856 un autre, tout différent, qui fut présenté aux chambres, et adopté, après une discussion sérieuse, en 1857.

3. *En Wurtemberg*, un premier projet de Code pénal, élaboré par M. Weber, vice-président de la haute cour du royaume, parut en 1825. On le trouva insuffisant; et, en 1852, un nouveau projet, rédigé par une commission, fut publié. Soumis aux chambres dans une session extraordinaire, en 1858-1859, il fut sanctionné dans cette dernière année. Ce Code a été présenté, avec quelques modifications, aux états de Saxe-Meiningen.

4. *En Hanovre*, une commission, sous la présidence de M. Ramann, a été chargée de la rédaction d'un Code en 1825; elle publia la partie générale en 1824. M. Mittermaier la fit réimprimer avec un commentaire critique. Le projet complet, éclairci par des notes de M. Bauer, parut en 1826, et fut présenté aux chambres en 1850. Modifié deux fois, ce projet fut adopté en 1857.

5. Dans le *grand-duché de Hesse-Darmstadt*, un projet de Code a été publié en 1856; les chambres l'ont discuté en 1840.

6. Dans le *grand-duché de Bade*, la première partie d'un projet de Code, rédigé par une commission de législation dont MM. Mittermaier et Duttlinger, professeurs de droit criminel aux universités badoises, sont membres, a été publiée en 1856; la suite a paru en 1858, et, depuis le mois de mai 1859, ce projet a été soumis à une commission choisie par la deuxième chambre des états, puis discuté et adopté dans sa session, reprise au mois de mars de l'année 1840. Il est soumis en ce moment à l'examen de la première chambre.

Nous passons sous silence les essais tentés sans succès notable dans d'autres parties de

l'Allemagne, et le mouvement législatif opéré dans les cantons de la Suisse, quoique ce dernier se rattache en partie aux progrès de la législation pénale en Allemagne. Aussi M. Mittermaier, qui, depuis 1819, a toujours publié des analyses critiques de tous les projets de loi, même des pays étrangers, a-t-il compris la législation suisse dans ses revues (1).

#### VI. Du Droit public.

Pendant la deuxième moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, le droit public était, en Allemagne, la partie de la jurisprudence qui brillait du plus vif éclat. C'est l'époque des grands publicistes de l'empire germanique, de Moser (mort en 1780), Putter (mort en 1807), Haerberlin et autres. La constitution de cet empire, consolidée et régularisée par la paix de Westphalie (en 1648), assignait à l'empereur, aux princes électeurs et à tous les membres de cette grande confédération leurs places respectives. Le droit féodal était en partie la base de leurs droits. Deux hautes cours, l'une à Wetzlar (connue sous le nom de *Reichskammergericht*), l'autre à Vienne (*Reichshofrath*) garantissaient les droits de chacun. Les princes allemands formèrent une grande famille, dont les divers membres avaient souvent des procès; une certaine liberté existait dans les pays et dans les villes de l'Empire; ces dernières étaient de petites républiques soumises à la tutelle de l'Empereur. La plupart des pays avaient des états qui votaient les impôts.

Le droit public de l'Empire était tout à fait historique et positif. Quoique bien différent dans le terme de son développement, il avait les mêmes origines que le droit public d'Angleterre. Seulement les lords de la Germanie étaient des princes plus ou moins puissants, les *communes* n'avaient aucune influence à la

*diète*, et l'empereur, monarque par élection, avait moins de pouvoir que le roi d'Angleterre.

Le tableau de la constitution de l'Allemagne, tracé par Putter (2) se lit toujours avec intérêt, aujourd'hui surtout que les affaires publiques ont entièrement changé de face et de caractère.

La philosophie n'entraîna pour rien, ou du moins que pour peu de chose, dans l'ancien droit public de l'Empire (3), et aucun publiciste du siècle dernier n'aurait osé invoquer le Contrat social de Rousseau ou même les ouvrages de Locke, quoique les doctrines de ces auteurs eussent envahi les théories du droit naturel au moment où éclata la révolution française. Tout était donc encore positif et historique, même après 1805, lorsque, par suite de la séparation de la rive gauche du Rhin, l'Empire se reconstituait sous l'influence de la France et de la Russie.

Mais lorsqu'en 1806 la confédération du Rhin fut formée par la volonté de Napoléon, que le dernier empereur de l'Allemagne eut déposé sa couronne dorénavant inutile, un nouveau droit public prit naissance et gouverna une partie de l'Allemagne. Il avait une base philosophique, et reposait sur des théories qui jouissaient, à cette époque, d'une grande faveur, et qui avaient été enfantées par les mêmes bouleversements auxquels les États nouveaux devaient leur naissance.

On parlait de l'idée abstraite de l'*État*, qu'on envisageait comme un *être* placé au-dessus des hommes réunis en société, et doué d'un pouvoir absolu. L'État était le souverain, la personne morale dont la toute-puissance ne connaissait pas de bornes. Il avait un but moral à remplir, sur lequel les publicistes n'étaient cependant pas d'accord; ils le faisaient

composé pour la reine d'Angleterre, sous le titre de : « Développement historique de la constitution de l'empire germanique. »

(3) Quelques auteurs sont partis, dans leurs doctrines, de l'idée abstraite de l'*État*, pour en faire la base d'un droit public, dit général, par exemple Major (1780), Schlœzer (1786), Posse (1794.)

(1) Elles ont ordinairement paru dans les *Nouvelles archives* du droit criminel et dans le *Journal critique* pour la législation étrangère, qu'il rédige avec M. Zachariæ depuis 1827. Il a en outre, publié en 1825 un ouvrage spécial sur l'état actuel de la législation criminelle en Allemagne.

(2) Nous renvoyons surtout à l'ouvrage qu'il a

consister, les uns seulement dans la garantie des droits, les autres dans le bonheur du peuple, d'autres enfin dans le progrès matériel, intellectuel et moral de l'humanité. Le moyen d'atteindre ce but était la *législation*, considérée comme l'expression de la *raison* du souverain. Mais ce souverain était dans la réalité le *prince* et son *gouvernement*; les *gouvernants* étant identifiés avec la personne morale de l'État, les gouvernés ne comptaient presque pour rien. Il n'était question ni des droits du peuple ni de la liberté. On s'efforçait seulement de trouver la meilleure organisation possible pour la machine gouvernementale. La France impériale servait de modèle (1). En un mot, le nouveau droit public d'une grande partie de l'Allemagne était l'*absolutisme*, quoique l'expression ne fût pas encore connue. Les princes, devenus rois ou grands-ducs, considéraient comme abolies les anciennes institutions protectrices de la liberté, garanties autrefois par l'Empire : par exemple la représentation nationale des trois ordres. Tout avait disparu ; quelques droits seigneuriaux seulement des anciens barons de l'Empire, désormais médiatisés, avaient échappé au naufrage général.

On aurait mieux fait, comme l'observe un des meilleurs publicistes de l'Allemagne (2), de ne plus parler du tout de droit public pendant cette période où l'arbitraire était l'ordre légal, où toutes les garanties civiles reposaient dans la *loyauté et les bons sentiments des personnes régnantes*. Mais quelques auteurs, qui avaient bien connu l'ordre de choses antérieur à 1806 et 1809, voulurent satisfaire le besoin généralement senti de savoir quels principes de droit public gouvernaient les États de la confédération, et quelle institution était encore debout ; et ils essayèrent de réunir en système

(1) On sait qu'un petit prince avait divisé son petit pays en départements, en déclarant, toutefois, qu'il ne formait qu'un seul département. Il y avait quatre ministères confiés au même fonctionnaire !

(2) M. Klüber.

(3) Il a été nommé plus tard ministre du roi de Westphalie, Jérôme Napoléon, et il figura ré

les restes de l'ancien droit féodal et les théories nouvelles dont nous avons donné une idée générale.

Le droit public de l'empire germanique expirant a été décrit par MM. Leist, à Goettingue (5) (1805 et 1805), Klüber, dans une introduction (1805), Goenner (1804), Schmalz (1805), et Schnaubert (1806). Le droit public de la confédération du Rhin a été l'objet d'ouvrages spéciaux, publiés par MM. Zintel (1807), Zachariæ (1808), Behr (1808) (4), Klüber (1810). Le droit public intérieur de quelques pays en particulier a été spécialement traité par MM. Brauer (1807) et Zachariæ (1810).

Pendant cette époque, qui se prolongea jusqu'en 1815, il parut plusieurs recueils contenant des traités spéciaux ou des documents pour servir à l'étude du droit public du temps. Parmi ces traités, celui de Winkopp, (en 66 cahiers) est le plus important. M. Saalfeld a même publié, en 1812, un ouvrage contenant le droit public du royaume de Westphalie !

Après la chute de Napoléon et la reconstitution de la Confédération germanique, tout changea encore une fois de face. Un nouvel élément fut associé aux anciens ; les princes confédérés restreignirent leur pouvoir absolu, et la *liberté politique* fut promise et en partie octroyée aux habitants des trente-huit États indépendants de l'Allemagne. La souveraineté ne devait être exercée qu'avec la participation des chambres.

Tous les États eurent successivement des chartes ou constitutions, à l'exception de la Prusse, qui se bornait à introduire des *états provinciaux* sans voix délibérative, et de l'Autriche, qui conserva ou restaura les anciens *états* là où il en avait existé autrefois.

cemment parmi les conseillers du roi de Hanovre. Il est aujourd'hui président à la cour d'appel de Celle.

(4) Il a été professeur et plus tard bourgmestre de Würzbourg, et il est aujourd'hui détenu dans une forteresse, par suite d'une condamnation pour délit politique.

Bientôt la théorie philosophique du droit public changea encore une fois, et les doctrines constitutionnelles de la France furent suivies et adaptées à l'ordre de choses nouveau. La théorie du Contrat social, que l'école de Kant et surtout celle de Fichte avaient admise depuis longtemps dans les doctrines sur le droit naturel, fut reproduite par les écrivains qui ne reconnaissaient d'autre base légitime du droit positif que le droit dit de la *raison*. A la tête de cette classe d'auteurs nous trouvons le philosophe Krug, à Leipsig, feu son collègue M. Poeltz, M. de Rotteck, à Friburgh, et d'Arretin, à Munich.

Les publicistes allemands, plus instruits dans l'ancien droit public de leur patrie et meilleurs jurisconsultes praticiens, n'adoptèrent pas ces théories sans restriction ; ils tâchèrent de les concilier avec les doctrines d'autrefois, même en leur assignant une importance moindre qu'aux principes antérieurs.

Le plus habile parmi eux, celui dont l'ouvrage eut le plus de succès et l'autorité le plus d'influence, fut M. Klüber (mort à Francfort le 16 février 1857). Une transaction avec une nuance plus prononcée de libéralisme fut faite, en 1828, par M. Jordan, professeur à l'université de Marbourg (1), dans son système du droit public général. M. d'Arretin, en suivant le célèbre Lanjuinais, a essayé avec beaucoup de succès un système de droit public comparé de la monarchie constitutionnelle (1824 et 1827), qu'après sa mort M. de Rotteck a achevé en 1828. Ce dernier a publié en 1840 une nouvelle édition de l'ouvrage entier. — Un caractère distinctif de l'école dont nous venons de nommer les chefs, c'est qu'elle donne aux principes purement philosophiques, théoriques et même spéculatifs, la même force obligatoire dans la pratique,

qu'aux règles du droit positif, sanctionnées ou reconnues ; elle les place même souvent au-dessus des notions du droit historique. Ces doctrines, ayant été enseignées pendant trente ans aux universités allemandes, ont exercé une grande influence sur la législation, et ont formé dans bien des États une partie du droit positif lui-même. Elles servent de base à la plupart des constitutions octroyées depuis 1815.

Une scission complète s'est cependant opérée parmi les publicistes et les hommes politiques allemands, par suite de l'introduction du régime constitutionnel. Ceux d'entre eux qui devinrent membres des chambres des représentants formèrent bientôt une opposition contre les publicistes gouvernants. Les premiers combattirent sous la bannière du *libéralisme* pour la liberté et le *progrès*, ceux-ci pour le *pouvoir* et la *conservation* du principe monarchique. La lutte devint acharnée dans plusieurs pays, surtout après la révolution de juillet 1850. Plusieurs causes inhérentes à la confédération germanique elle-même y contribuèrent. On n'a pas songé, en 1815, à tracer des *limites précises* entre le *pouvoir* de la confédération elle-même et la puissance souveraine dans chaque pays, c'est-à-dire celle du *prince* et des *chambres*. L'opposition dans celles-ci voit donc dans la *diète de Francfort* les ennemis de la liberté politique de la patrie commune. C'est contre la diète (2) donc que sont dirigées ces motions pour la liberté de la presse, que les chefs de l'opposition des chambres badoises renouvellent à chaque session. D'un autre côté viennent les restrictions de la liberté individuelle, les enquêtes sur les menées démagogiques et révolutionnaires, l'éloignement de quelques professeurs des universités, et autres mesures conservatrices de l'ordre

(1) Il est aujourd'hui en prison sous le poids d'une accusation politique.

(2) Un ouvrage destiné à démontrer l'incompatibilité de la diète avec le régime constitutionnel de l'Allemagne a été publié par M. Pfizer, autrefois membre de l'opposition des chambres würtem-

bergeoises ; il a pour titre : *Du développement du droit public de l'Allemagne d'après la constitution de la confédération germanique*. Stuttgart, 1855. V. la *Revue étrangère*, t. 111, p. 71. *Revue du Nord*, de M. Spazier, octobre 1856, p. 251.

politique existant en Allemagne, provoquées en grande partie par des événements qui, surtout depuis 1850, avaient inquiété le repos public (1). Il y a eu un petit nombre d'auteurs qui, soit par des feuilles politiques, soit par des brochures, ont répandu des doctrines radicales (2) ayant pour but un bouleversement général en Allemagne; mais personne n'a jamais songé à considérer leurs auteurs comme des publicistes. Ils n'ont nullement travaillé pour la science, mais bien pour la révolution. Eux seuls ont invoqué le principe de la souveraineté du peuple, que même des auteurs connus comme chefs du libéralisme, par exemple M. Jordan, ont combattu.

La grande diversité d'opinions des auteurs qui admettent des principes philosophiques dans le droit public positif de l'Allemagne a donné naissance à des doctrines tout à fait opposées, doctrines qui n'admettent qu'une base historique pour ce droit. Les partisans de cette manière de voir sont M. de Haller et son école, MM. Stahl, Link, en Bavière; Jarke, à Vienne; Rehfuss, à Bonn; et surtout M. Heffter, professeur de droit public à l'université de Berlin (3), et M. Maurenbrecher, professeur de la même science à Bonn. Ce dernier s'est constitué, en 1857, réformateur de la science du droit public, par la publication d'un manuel qui combat avec talent la méthode suivie jusqu'ici. A ce manuel a succédé un ouvrage qui a produit une grande sensation en Allemagne, intitulé : *Des princes régnant aujourd'hui en Allemagne, et de la souveraineté*, Francfort, 1859. M. Maurenbrecher est le premier publiciste qui ait appliqué, d'une manière complète, les principes de l'école historique au droit public de l'Allemagne, en essayant toutefois de les concilier avec les vues des diverses écoles philosophi-

ques. D'après quelques paragraphes de son manuel, il pourrait passer pour un ami de l'éclectisme dans cette partie de la science (4). M. Klüber est le dernier représentant de l'école qui a pris naissance ou commencé avec le siècle. M. Maurenbrecher ouvre une ère nouvelle; il est impossible de prédire la marche que la science suivra dorénavant.

Le dictionnaire des sciences politiques (*Staatslexicon*), publié par MM. de Rotteck et Welcker, est l'organe le plus constant du libéralisme en Allemagne.

VII. Du droit des gens, de l'encyclopédie du droit, et du droit naturel.

Nous avons encore à parler de l'étude du droit des gens, des progrès de l'encyclopédie du droit en Allemagne et du droit naturel.

Sur les deux premières branches, nous n'avons rien à dire qui ne soit déjà connu à l'étranger. Les ouvrages de MM. Martens et Klüber sur le droit des gens, publiés en allemand et en français, ont été réimprimés à Paris d'après la dernière rédaction. L'*Encyclopédie du droit* de M. Falck à Kiel, dont une quatrième édition a paru en 1859, a éclipsé les autres ouvrages de ce genre.

Quant aux théories philosophiques du droit, les doctrines de l'école de Kant ont dominé jusqu'en 1850; mais depuis elles ont beaucoup perdu de leur autorité. Une nouvelle ère se prépare: aucune des doctrines nouvellement émises n'a aucun ascendant marqué. Nous vivons à une époque critique et de transition. Il faudrait consacrer un article spécial à l'histoire de cette science, qui tient à la fois à la jurisprudence et à la philosophie.

Il est évident que la prédilection des juriconsultes allemands pour les études historiques a dû nuire aux progrès de la philosophie du

tions relatives au droit public de l'Allemagne, écrites avec autant d'esprit que de savoir.

(4) Nous citerons encore, comme publicistes éclectiques, les auteurs suivants: MM. Ancillon, Falck, Ranke, Schmitthenner et Mohl, de Tubingue; récemment aussi M. Zachariae père.

(1) La diète vient de justifier ces mesures par la publication des résultats de l'enquête faite par une commission spéciale à Francfort depuis 1850.

(2) Par exemple MM. Wirth, Siebenpfeiffer et Schulz.

(3) Il a publié en 1829 un Recueil de disserta-



droit. Les cours dits du *droit naturel* sont plutôt suivis parce qu'ils sont prescrits que par l'intérêt qu'ils inspirent. Il est cependant impossible qu'un jurisconsulte n'ait pas une manière de voir quelconque sur le fondement et le but suprême du droit. L'école historique elle-même a une base scientifique; et M. Puchta a raison de dire que le point de vue sous lequel elle envisage le droit et la législation est une philosophie. Il est vrai que cette philosophie n'est pas déduite de principes spéculatifs, qu'elle n'est pas nettement articulée, et qu'elle est plutôt décrite d'une manière vague et pour ainsi dire par fragments, que démontrée. Mais on n'a qu'à lire les belles pages du livre sur la vocation de notre siècle pour la législation et la jurisprudence, dans lesquelles M. de Savigny expose sa théorie de l'origine du droit, pour se convaincre que cette théorie repose sur des vues philosophiques. Pour lui donner une base inébranlable et ce caractère d'évidence nécessaire à toute doctrine philosophique, il faut des recherches psychologiques, il faut une démonstration dialectique des notions fondamentales et tout un système de droit naturel que l'école historique puisse accepter. Peu d'auteurs l'ont tenté. Cependant l'essai en quelque sorte manqué de M. Stahl n'a pu empêcher l'auteur de ces pages de publier un ouvrage destiné à résoudre le problème. Par sa solution, on pourrait d'autant plus facilement arriver aujourd'hui à une réconciliation des écoles opposées, qu'il n'existe plus de véritable objet de discussion entre elles. Cette observation nous conduit à tracer en peu de mots l'histoire de ces écoles dans les dernières années.

La querelle de la codification (comme l'appelle M. Lerminier) a cessé peu d'années après sa naissance. En 1819, M. Falck s'est occupé pour la dernière fois de ces questions. Elles n'avaient aucune portée pratique; les souverains de l'Allemagne n'ont jamais songé à gratifier le pays d'un Code civil général. Ils n'ont pas même soulevé la question de l'utilité d'un nouveau Code criminel et d'un Code de pro-

cédures uniforme pour l'Allemagne entière. La voix de M. Klüber qui, en 1830 revint au projet de M. Thibaut, ne fut entendue nulle part.

L'opposition entre M. de Savigny et ses partisans intimes d'un côté, M. Thibaut et ses amis de l'autre, consistait dans la méthode d'exposition du droit, et surtout du droit romain. L'école historique attachait à l'histoire du droit elle-même un intérêt principal et souvent exclusif, tandis que, pour ses antagonistes, la jurisprudence était une *science pratique*, dont on étudie les principes pour les appliquer. A leurs yeux, l'histoire du droit n'est pour le jurisconsulte qu'un moyen de plus pour saisir le vrai sens des principes; c'est une science auxiliaire qui n'a pas d'importance par elle-même. Cela nous explique l'ardeur avec laquelle M. de Savigny et ses amis les plus dévoués ont exploré les antiquités et la philologie du droit, pendant que leurs adversaires écrivaient de préférence sur les dernières parties de la législation de Justinien, qui s'appliquent encore dans la pratique. Cependant on se rapprocha de part et d'autre; plusieurs interprètes célèbres travaillèrent à la fois pour les *Archives de la jurisprudence du droit civil*, publiées à Heidelberg, et pour le *Musée du Rhin* ou le *Journal* de M. de Savigny. Il y en a parmi eux qui tiennent le milieu entre les deux écoles, par exemple, M. de Lœhr, à Giessen.

Un nouvel adversaire s'éleva cependant contre l'école historique, et manifesta l'intention de créer en opposition avec elle une nouvelle *école philosophique*, née de la philosophie de Hegel; ce fut M. Gans, à Berlin. Son allié en France, M. Lerminier, crut cette école déjà bien puissante en 1829, lorsqu'il en parla dans son Introduction générale à l'histoire du droit; mais elle ne s'est jamais consolidée. M. Gans, toujours isolé, fut presque un adversaire personnel de M. de Savigny, dont il était devenu le collègue, et des plus intimes disciples de l'illustre maître. L'histoire comparée du droit de succession devait

constituer une jurisprudence philosophique, basée sur le système de Hegel ; mais les formules de la philosophie hégélienne ne se trouvent qu'au commencement du traité ; dans les troisième et quatrième volumes, la couleur philosophique pâlit tellement qu'on ne l'aperçoit plus. Le mérite historique même est faible dans ces mêmes parties, qui ne contiennent souvent qu'une compilation.

La levée de boucliers de M. Gans était un événement passager, et la trêve conclue tacitement entre les écoles diverses durait encore, lorsqu'en 1859, contre toute attente, la lutte recommença presque simultanément de part et d'autre. Nous n'osons pas affirmer que la brochure publiée par M. de Savigny à l'occasion du jubilé de M. Hugo n'en fut pas la cause accidentelle. Nos lecteurs ont sans doute remarqué que cette brochure n'est hostile à personne ; elle n'a pas un caractère polémique ; c'est l'hommage rendu à un ami vénéré par un ami sincère. Cependant M. de Savigny y exprime sa manière de voir sur les progrès de la science depuis cinquante ans, et M. Thibaut paraît avoir ressenti le plus vif chagrin, sinon par la publication de l'écrit de M. de Savigny, du moins par le caractère, signalé dans cet écrit, de la marche de la science, par les aberrations singulières dans lesquelles sont tombés quelques partisans avoués de l'école historique, par le dédain manifesté par d'autres envers les membres de l'école appelée par eux non historique. Il lança inopinément, au printemps de 1859, une espèce de manifeste (1) contre l'école historique, écrit avec une irritation visible. Il reprend la querelle depuis 1815 et accuse l'école historique, c'est-à-dire ses partisans et sectaires exagérés, d'avoir gâté l'étude du droit en Allemagne. A peine la brochure de M. Thibaut avait-elle paru, que M. Gans en publia une autre, écrite avec

beaucoup de violence, pour défendre sa théorie philosophique du droit de la possession, sur laquelle M. de Savigny avait dit quelques mots dans la sixième édition de son traité. M. de Savigny ne répondit pas, mais bien un étudiant de Berlin (2) ; la mort subite de M. Gans (le 2 mai) termina la contestation. Vers le même temps, M. Mayer, professeur de droit romain à Tübingue, que nous avons nommé plus haut, publia aussi une brochure sur l'étude du droit romain en Allemagne, dans laquelle il conclut à la rédaction d'un code général. Cette conclusion a dû surprendre les adversaires de la codification, vu que M. Mayer appartient à l'école historique. D'un autre côté, le jurisconsulte praticien, M. Puchta, le père du professeur de ce nom, fit publier des *Consolations*, pour démontrer aux amis des Codes que la non-réussite du projet de M. Thibaut n'avait pas été un malheur pour l'Allemagne.

Il est possible que la question de la codification soit discutée de nouveau ; elle est toujours intéressante par elle-même, dût-elle rester toujours une question d'école et de théorie.

Cette petite guerre littéraire entre les jurisconsultes allemands a donné naissance à des articles raisonnés sur les écoles, sur les causes de leur scission et sur leur position en 1859. L'auteur de ces pages en a publié un dans la *Revue trimestrielle allemande* de Stuttgart (t. IX du mois de juillet 1859, p. 178-212) ; un autre, sorti de la plume du savant et spirituel M. Bluntschli, à Zurich, a paru dans les *Annales de Halle* (du 5 au 12 octobre 1859). Nous nous référons à ces articles comme à des tableaux fidèles de l'état des écoles en 1859.

L. A. WÄRNKOENIG,

*Prof. de droit à l'univ. de Fribourg (Bade).*

(1) De l'école historique et de l'école non historique des jurisconsultes (*Von der historischen und nicht historischen Schule der Rechtsgelerhten*), publié d'abord dans le t. XXI des Archives et

ensuite sous la forme d'une brochure séparée. Une traduction de cette brochure, par M. Vicq, a paru dans les *Archives de droit de Bruxelles*, t. X, p. 521.—(2) M. Schaaf, natif du pays de Bade.

LOI BELGE DU 8 JANVIER 1841,  
RELATIVE AU DUEL,  
EXPLIQUÉE

PAR LA DISCUSSION DANS LES CHAMBRES LÉGISLATIVES (1).

AVEC LA SOLUTION, SOUS CHAQUE ARTICLE, DES DIFFICULTÉS, AINSI QUE DES PRINCIPALES  
QUESTIONS QUE PRÉSENTE LE TEXTE.

INTRODUCTION. — Le projet de loi sur le duel présenté au sénat, par l'un de ses membres, le 21 septembre 1835, n'a été converti en loi que le 8 janvier 1841. Ainsi l'instruction de cette loi a duré plus de cinq années. Si donc la matière n'est pas suffisamment éclairée, ce n'est pas le temps qui a manqué; ce ne sont pas non plus les discussions; car la loi n'a pas été examinée seulement dans les chambres législatives et dans les journaux quotidiens; mais il n'y a guère de réunions où elle n'ait fait longtemps l'objet de conversations et de débats animés. Malheureusement dans tous ces parlements improvisés on trouvait plutôt le courage facile des paroles que l'étude approfondie du droit pénal; et les questions que soulève la matière étaient résolues par les orateurs en gens du monde plutôt qu'en criminalistes. Il en est qui invoquaient la grave autorité de Jules Janin pour soutenir que le duel est un usage utile et qui doit être maintenu; les plus modérés envisageaient le duel comme un mal inévitable; la plupart ne considéraient comme des gens de cœur que ceux qui se montraient les adversaires de la loi et ne voyaient dans ses partisans que des hommes cherchant à élever un rempart qui protégerait leur vie et leur défaut de courage. Ces opinions favorables au duel ont trouvé de l'écho dans les chambres; un représentant dont la parole a d'ordi-

naire cette autorité qu'assure le talent, quand il est joint à un caractère honorable et à une grande rectitude de jugement, n'a pas craint de présenter le duel comme propre à entretenir le courage dans certaines classes de la société. (*Voyez* les notes sur l'art. 4 ci-après.) Mais peut-on qualifier de courage cette démençe qui pousse à exposer sa vie et celle de son semblable pour des motifs futiles ou pour assouvir une vengeance? Les débats de la cour d'assises révèlent souvent chez les assassins, chez les voleurs de grands chemins un terrible courage. Ce courage, faut-il aussi chercher à l'entretenir? Non sans doute. « Au moyen âge, dans ces temps de violence irréfléchie, de crimes sans méchanceté, la pitié était pour le coupable. Les vieilles lois l'appellent paternellement le pauvre pécheur. Encore aujourd'hui, à Rome, quand un coup de couteau s'est donné, celui qu'ils plaignent, ce n'est pas le mort, c'est le meurtrier: *Il poverello!* » (2). Félicitons-nous de ce qu'une telle sympathie que désavoue la raison ne soit pas dans nos mœurs, et n'honorons le courage que lorsqu'il défend des intérêts légitimes, lorsqu'il se met au service de sentiments honorables tels que ceux du dévouement à la famille, à la patrie, ou à l'humanité.

Tout système pénal a le double but de protéger l'ordre social par tous les moyens qu'avoue la justice

(1) La discussion de cette loi a été très-compiquée; elle a porté sur les sept projets de loi ci-après mentionnés:

1<sup>o</sup> Projet de loi présenté au sénat par M. le baron de Pélichy van Huerne, le 21 septembre 1835; 2<sup>o</sup> projet de loi présenté par la commission du sénat le 15 juin 1836; 3<sup>o</sup> projet de loi présenté sous la forme d'amendements par le ministre de la justice M. Ernst, le 2<sup>d</sup> décembre 1836; 4<sup>o</sup> projet de loi (nouveau) présenté par la commission du sénat, le 23 décembre 1836; 5<sup>o</sup> projet de loi adopté par le sénat le 30 dé-

cembre 1836; 6<sup>o</sup> projet de loi présenté par la commission de la chambre des représentants le 22 janvier 1839; 7<sup>o</sup> projet de loi adopté par la chambre des représentants le 11 mars 1840 et par le sénat le 31 décembre de la même année, revêtu de la sanction royale le 8 janvier 1841.

(2) *Origines du droit français, cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, par Michelet, t. I, p. XLIV de l'édition HAUMAN et Co.

et de faire respecter cet ordre moral qui préexiste à toutes choses et qui est écrit dans la conscience du genre humain. Sous ce double point de vue, la loi pénale doit frapper le duelliste. Par leur réunion en société les hommes abdiquent le droit de se faire justice eux-mêmes, s'en remettant aux autorités instituées par la loi. Ou le duel est sans objet, et dans ce cas il révolte toute âme honnête; ou il a une cause sérieuse, et alors il usurpe la mission du magistrat. Ces vérités sont de tous les temps et de tous les pays; aussi la nomenclature des anciens édits et des lois étrangères portant des peines contre les duellistes est-elle considérable. L'attitude de la France lorsqu'ont été élaborés le Code pénal de 1791 et celui de 1810, le désir qu'on avait d'encourager les goûts militaires et le mépris de la vie, peuvent seuls expliquer la lacune que renferment à cet égard les Codes qui furent alors décrétés. D'autres temps ont fait revenir à des idées plus justes. Le 12 février 1855, la cour de cassation de Belgique, et en 1857, la cour de cassation de France, sentant le besoin de réprimer ces combats que la religion et la morale désavouent, ont, par une interprétation forcée du Code pénal, déclaré ses dispositions applicables à l'homicide et aux blessures qui sont la suite d'un duel, alors même que le combat a eu lieu, sans déloyauté ni perfidie. Enfin, « le 22 juin 1857, la cour de cassation de Belgique a porté un arrêt en audience solennelle, chambres réunies, dans lequel elle a cassé un arrêt de la cour de Bruxelles. Par suite de cet arrêt, il y avait lieu à interprétation de la loi de la part du pouvoir législatif, en vertu des dispositions de la loi du 4 août 1852. Si donc le pouvoir législatif n'avait pas fait une loi nouvelle, il eût été obligé de se prononcer en interprétation de la loi, de décider si les coups et blessures et la mort donnés en duel se trouvent punis par le Code pénal. Il y avait donc nécessité de porter une loi... On ne pouvait pas rester dans ce conflit de jurisprudence, car devant tel corps de magistrats dont l'opinion est que les coups et blessures et la mort, donnés en duel, sont punis par les lois actuelles, les prévenus étaient condamnés, tandis que devant d'autres corps qui étaient de l'opinion contraire, les prévenus étaient acquittés; et cela non par suite de l'appréciation des faits, mais par suite des interprétations diverses données à la loi. » (Paroles du ministre de la justice (M. Raikem), *Moniteur* du 29 février 1840.)

On a cru prouver l'inutilité de la loi en assurant qu'elle n'empêcherait pas qu'il y ait des duels. Cette objection a été réfutée en ces termes : « On peut appliquer le même raisonnement à toute loi pénale : car quel est le législateur assez insensé pour croire qu'en établissant des peines contre l'assassinat, par exemple, il empêchera à jamais que l'homme n'attende aux jours de son semblable? La mission du législateur est de rendre les crimes et les délits aussi rares qu'il se peut, mais non de les rendre impossibles, car autant vaudrait exiger qu'il extirpât tous les vices du cœur humain, qu'il fit taire toutes les

passions. Ainsi à défaut de pouvoir abolir tout d'un coup un usage inhumain et barbare, notre tâche sera encore assez belle, si nous parvenons à diminuer le nombre des personnes qui en sont victimes. » (Rapport de M. Liedts à la chambre, *Moniteur* du 25 janvier 1859.)

La loi sur le duel laisse au juge une grande latitude (art. 4 à 8); elle ne prononce contre le duel et les délits qui s'y rattachent que des peines correctionnelles; enfin nonobstant la proposition faite dans les deux chambres de déférer au jury la connaissance des faits de duel, elle laisse ces délits, par l'absence de toute disposition spéciale, dans la compétence des tribunaux correctionnels : ces caractères généraux de la loi ont été ainsi justifiés dans la discussion.

#### I. — LATITUDE LAISSÉE AU JUGE. — *Motifs.*

« Il est essentiel d'éviter un double écueil. La loi ne doit pas être dure; une loi trop sévère resterait sans application. Mais elle ne doit pas être trop faible non plus, car une loi qui soustrait le coupable à la peine sévère qu'il aurait méritée serait contraire à la morale publique. Une semblable loi aurait même des effets plus fâcheux que s'il n'en existait pas. Une loi trop indulgente arrêterait peut-être les progrès de l'opinion publique qui se prononce tous les jours avec plus d'énergie contre le duel. Il faut une loi flexible..., telle que les peines satisfassent aux exigences de la justice et de l'opinion... Il faut que la loi laisse beaucoup de latitude..., en sorte qu'elle se prête à toutes les circonstances, et qu'on puisse toujours proportionner la peine à l'offense, alors il n'y aura plus d'impunité; et suivant moi la véritable cause du duel c'est l'impunité. » (Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), *Moniteur* du 22 décembre 1856.)

« La loi, pour être efficace, doit être conçue de telle manière qu'elle reçoive son application dans tous les cas; sauf aux magistrats à graduer la peine selon les circonstances. (Rapport de M. Liedts à la chambre, *Moniteur* du 25 janvier 1859.)

#### II. — NATURE CORRECTIONNELLE DES PEINES; COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX CORRECTIONNELS; EXCLUSION DU JURY. — *Motifs.*

« Il n'y a aucune analogie, aucune assimilation possible entre le duel et l'homicide, que nos lois punissent des peines les plus rigoureuses; le meurtrier frappe sa victime à l'improviste, dans le premier emportement de la vengeance et de la colère; l'assassin la surprend sans défense, la sacrifie lâchement dans l'ombre; le duelliste, au contraire, combat au grand jour, en présence de témoins; il n'attaque son adversaire que lorsque celui-ci est en défense; il expose sa vie pour avoir la sienne; le combat est soumis à des règles certaines; il a lieu sans fraude, sans surprise; il est le résultat d'une

convention réciproque et volontaire. Comment donc serait-il possible de confondre deux actions aussi différentes, dont l'une suppose la perversité la plus profonde, la déloyauté la plus noire, tandis que l'autre, quoiqu'inhumaine et antisociale, est dictée par un sentiment exagéré de l'honneur qui l'exuse souvent aux yeux de l'opinion publique, et qui a rendu jusqu'ici à peu près inefficaces toutes les lois qui ont été faites pour la réprimer. » (Rapport de M. de Haussy au sénat, n° 78 des pièces du sénat.)

« Mais, nous dit-on, vous subissez vous-même l'influence du préjugé, puisque vous transigez avec le duel, vous n'osez le punir à l'instar du meurtre ou de l'assassinat, vous hésitez à le flétrir, vous ne lui appliquez que des peines correctionnelles, et cela sous l'empire d'une législation qui place l'homicide au rang des plus grands crimes et qui le punit de peines rigoureuses et infamantes. Nous n'acceptons nullement ce reproche. En appliquant aux différents faits de duel l'échelle des peines établies par notre projet de loi, nous avons voulu les atteindre en raison de leur gravité, et nous croyons l'avoir fait avec cette juste proportion, qui doit exister dans le système complet de notre législation pénale. Si nous n'avons pas comminé de peines infamantes contre le duel, c'est parce qu'il nous a paru que ce serait un ridicule contre-sens que de vouloir attacher l'infamie sur le front de celui qui n'a commis une action condamnée d'ailleurs par la raison et la morale, que pour avoir cédé à un sentiment exagéré et mal entendu de l'honneur; si nous n'avons établi que des peines correctionnelles, c'est parce que, dans notre opinion, il y a une distance immense qui séparera toujours le duelliste de l'assassin et même du meurtrier : car, quels que soient les torts de l'agresseur, quelque coupable qu'ait été sa conduite, quelque confiance qu'il ait pu avoir dans le maniement des armes, dès qu'il y a eu acceptation et convention réciproque, spontanée, etc., de la part des deux combattants, régularité et loyauté dans l'action, le duel devient un délit spécial que la loi doit sans doute atteindre, mais qu'elle ne pourrait sans inconséquence, même alors que la mort s'en serait suivie, assimiler ou comparer à l'homicide volontaire défini par notre Code pénal. » (Paroles de M. de Haussy, rapporteur au sénat, *Moniteur* du 22 décembre 1856.)

« A un délit d'une nature spéciale il faut une peine spéciale; le faire rentrer dans le droit commun, c'est mettre le duel sur la même ligne que l'assassinat; c'est assimiler des actions qui n'ont ni le même but ni le même mobile; qui sont inspirées par des sentiments différents et accompagnées de circonstances différentes; c'est confondre ce que la conscience publique distingue; c'est assurer l'impunité dans une foule de cas... L'histoire prouve que ce n'est pas par des lois trop sévères qu'on arrête le mal; profitons des leçons de l'expérience et tâchons d'arriver au but par une autre voie, en comminant

des peines très-modérées d'abord, mais qu'on aggravera dans la suite à mesure que l'opinion se prononcera plus fortement contre les combats singuliers. » (Rapport de M. Liedts, à la chambre, *Moniteur* du 25 janv. 1859.)

« Il est déplorable d'appliquer le Code pénal aux résultats du duel; en effet ce système a pour conséquence de faire condamner, lorsque le duel a eu des résultats sans gravité, c'est-à-dire dans les cas de blessures légères, puisqu'alors l'affaire est soumise aux tribunaux correctionnels, et de faire acquitter ceux qui ont donné la mort ou causé des blessures graves en duel, puisqu'alors l'affaire est soumise au jury et que l'expérience a prouvé que dans ce cas-là il acquitte presque toujours. » (Paroles de M. Liedts rapporteur à la chambre, *Moniteur* du 29 fév. 1840.)

« Si l'on croit qu'un tribunal correctionnel s'est trompé, on peut en appeler au juge supérieur; mais si le jury se trompe, on ne peut en appeler à personne. On peut gémir sur une décision du jury, soit dans un sens soit dans un autre, mais on ne peut réparer cette décision. Si donc, sous certains rapports, les prévenus peuvent avoir des avantages à comparaître devant le jury, ils peuvent en trouver sous d'autres rapports à comparaître devant le juge correctionnel. » (Paroles de M. le représentant Demonceau, *Moniteur* du 11 mars 1840.)

« Nous avons voulu établir contre le duel un système de pénalité modérée, qui tienne un juste milieu entre l'impunité actuelle et l'excessive rigueur de l'ancienne législation; mais dans aucun cas nous n'avons pu admettre que le duelliste pût être assimilé au meurtrier lorsqu'il aurait donné la mort à son adversaire, dans un combat loyal et régulier où lui-même a exposé sa vie. Si vous abandonnez ce système pour rentrer sous l'application des dispositions du Code pénal, vous ferez revivre en quelque sorte les édits rigoureux qui nous régissaient autrefois et surtout vous révolterez l'opinion qui sera longtemps indulgente encore pour ces sortes de délits. Vainement, dit-on, qu'au moyen du système des circonstances atténuantes, et grâce à la faculté que les tribunaux auront d'en reconnaître l'existence, les peines rigoureuses du Code pénal ne seront presque jamais prononcées... Je réponds d'abord qu'en supposant qu'il en soit ainsi, la loi ne serait pas moins vicieuse puisqu'elle consacrerait pour le droit commun la rigueur des dispositions du Code pénal, tandis que la modération dans les peines ne serait que l'exception. Mais un autre inconvénient de ce système, c'est que vous livrez ainsi le sort des duellistes à l'arbitraire le plus absolu des tribunaux et du jury. Autant vaudrait faire une loi en un seul article déclarant que ceux qui se seront battus en duel seront punis de telles peines qu'il plaira aux tribunaux de leur appliquer. N'arrivera-t-il pas souvent que l'homme qui se sera battu loyalement en duel, étant traduit devant un jury ou devant un conseil de guerre plus ou moins prévenu, soit par l'in-

tèrèt qu'inspirait la victime, soit à cause de l'influence de sa famille, pourra être envoyé à l'échafaud et puni avec infamie, parce qu'il n'obtiendra pas en sa faveur la déclaration des circonstances atténuantes?» (Paroles de M. de Haussy, rapporteur au sénat, dans la première discussion, *Moniteur* du 29 décembre 1836.)

« Il est à craindre que le jury ne cède parfois à l'influence des passions politiques. C'est principalement après les troubles politiques, que l'on voit surgir les duels, et dans de telles circonstances, le duel serait le plus souvent absous ou puni suivant l'opinion qui dominerait dans le jury. Je crois que les tribunaux seront plus fermes, plus impartiaux, et sous ce rapport, je trouve leur juridiction préférable à celle du jury, sans vouloir en aucune manière critiquer l'institution du jury qui, dans une foule d'autres circonstances, peut présenter de grands avantages. » (Paroles de M. le sénateur de Haussy, *Moniteur* du 30 décembre 1840.)

**ART. PREMIER.** La provocation en duel sera punie d'un emprisonnement d'un à trois mois et d'une amende de cent à cinq cents francs. (*Voyez* article 14.)

= *Provocation.* Il résulte de la discussion et de la disposition de l'article 3 ci-après, que ce mot n'est pas ici, comme dans le langage des duellistes, synonyme de l'injure ou offense qui donne lieu au duel. Ainsi la menace d'une voie de fait, ou une voie de fait même ne constitue pas la provocation, mais l'injure qui y donne lieu; au reste la loi commine contre ce dernier délit des peines plus sévères que contre la provocation même. (*Voyez* art. 3.) « Ce serait méconnaître les principes les plus simples du droit criminel que d'isoler du duel les résultats qu'il produit, et de caractériser le crime non par la volonté, non par les circonstances qui l'ont précédé, mais par les seuls faits matériels qui en ont été la conséquence; si l'on punit le duelliste, lorsqu'il aura donné la mort ou infligé des blessures, c'est que le duel en lui-même est un fait criminel; dès lors il est impossible de ne pas remonter aux éléments de ce fait et à l'intention qui l'a fait commettre... Ainsi il faut admettre la provocation. » (Rapport de M. de Haussy au sénat, n° 78 de la collection des pièces du sénat.) « La provocation doit être punie; c'est en effet un appel à la force brutale; c'est une protestation contre l'ordre légal; elle acquiert un degré de gravité de plus, lorsqu'elle est rendue publique. » (Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), *Moniteur* du 22 décembre 1836.) — Ainsi la provocation c'est le défi ou cartel, qu'il soit donné sans motifs ou comme demande de réparation de l'injure. La loi ne contient pas de définition; dès lors « elle est nécessairement censée laisser aux juges une latitude suffisante pour décider, d'après les circonstances, si tels faits, tels propos, tels écrits constituent la provocation. » (Paroles de M. le représentant Milcamps, *Moniteur* du 29 février 1840.) — « Il est plus convenable de laisser à la poursuite et au juge une grande latitude et de s'en tenir à la

disposition du projet. On y a conservé du vague, il est vrai; mais il était impossible d'y mettre plus de précision, parce qu'on ne peut pas prévoir absolument toutes les circonstances. Les juges décideront quand il y a provocation. Le ministère public qui verra un propos inconsidéré dans la provocation n'y trouvera pas matière à poursuivre. » (Paroles du ministre de la justice (M. Raikem), (*Moniteur* du 29 fév. 1840.) — « Comme il est préférable de prévenir les délits que de les punir quand ils ont été commis, il est nécessaire de sévir contre les provocateurs. C'est donc attaquer le mal dans sa racine que de punir la provocation. Il est vrai que la provocation n'est jamais accompagnée des mêmes circonstances, mais le juge trouvera dans l'échelle des peines assez de latitude pour qu'il tienne compte de tout ce qui peut atténuer le délit. » (Rapport de M. Liedts à la chambre, *Moniteur* du 23 janvier 1839.)

*Duel.* Le projet de loi présenté par la commission du sénat définissait le duel *un combat singulier entre deux ou plusieurs personnes, en présence de témoins, avec des armes meurtrières, et précède d'une convention, qui en règle le lieu, l'époque et le mode.* Cette définition a été écartée par les motifs suivants qu'a fait valoir le ministre de la justice (M. Ernst). « La définition du duel est inutile. En effet, le duel est un acte connu de tous, sur lequel la pensée publique ne peut se tromper. L'usage caractérise le duel bien mieux que la loi ne pourrait le faire. Déjà des poursuites trop souvent malheureusement sans résultat, ont eu lieu contre des duellistes; les tribunaux ont-ils éprouvé le moindre embarras pour reconnaître le duel dans l'acte dont l'appréciation leur était déférée? Non certes. Il existe bien d'autres délits qui ne sont point définis par nos Codes, sans qu'il en résulte le moindre inconvénient. Le viol n'est pas défini; l'attentat à la pudeur n'est pas défini; l'outrage à la pudeur n'est pas défini non plus, et malgré cela ces crimes et délits sont réprimés sans difficulté. La filouterie n'est pas définie, ce qui n'empêche point les magistrats de l'atteindre; l'escroquerie est définie; non cent, mais mille escrocs échappent à la vindicte des lois. (*Moniteur* du 22 décembre 1836.)... Si la loi contient une définition du duel, on s'en fera un moyen d'impunité. Tantôt on prétendra qu'il y a duel, tantôt qu'il n'y en a pas, selon les besoins de la cause. Si l'on poursuit les duellistes du chef d'un combat singulier, qui n'a pas eu de suites malheureuses, on soustraira que les conditions requises par la loi n'existent pas, qu'il n'y a pas eu de convention préalable, qu'on s'est rencontré fortuitement et qu'on a croisé l'épée. Si dans une bataille un villageois a donné la mort à son adversaire, son avocat cherchera à établir qu'il y a eu duel pour le soustraire à la peine du meurtre. Il dira qu'on était convenu de se battre, qu'il y avait des témoins, qu'on s'est servi, il est vrai, du bâton, du couteau, mais que ce sont là des armes meurtrières, et qu'ainsi les conditions prescrites par la loi pour qu'il y ait duel sont réunies. La définition du duel donnerait donc lieu à un arbitraire effrayant et qui aurait les conséquences les plus funestes. (*Moniteur* du 26 décembre 1836.)... Les magistrats sauront facilement apprécier si le fait présente les caractères dont la réunion constitue le duel, d'après les traditions, l'usage, la pensée commune. » (*Moniteur* du 3 janvier 1837.) — **QUESTION.** *Le combat sans témoins constitue-t-il un duel?* Cette question a été résolue différemment par MM. Ernst et Raikem, successivement ministres de la justice. M. Ernst s'est exprimé ainsi au sénat :

« Le combat sans témoins n'a jamais été considéré comme un duel; les dispositions de la présente loi ne pourront être appliquées au meurtre commis dans un pareil combat. » (*Moniteur* du 29 décembre 1836.) M. Raikem a été moins explicite : « Quand il y aura un combat sans témoins, a-t-il dit, prétendra-t-on que c'est un duel? Il sera bien difficile aux combattants, ou, dans le cas de mort, à celui qui aura survécu, de le prouver. Mais enfin on aura à examiner si les résultats du combat doivent être envisagés comme mort donnée en duel, coups et blessures portés en duel. Il peut y avoir dans un combat de ce genre des circonstances plus ou moins graves. » (*Moniteur* du 8 mars 1840.) La jurisprudence est appelée à fixer le sens de cet article. Nous croyons que l'opinion de M. Ernst prévaudra, et que jamais les tribunaux ne considéreront comme un duel un combat sans témoins, quelles qu'en soient les circonstances. — **QUESTION.** *Un combat à coups de bâton peut-il constituer un duel?* « Un tel combat, s'il pouvait être considéré comme le résultat du préjugé qui porte les hommes à se battre en combat singulier, serait considéré par cela même comme duel, et soumis à l'application des dispositions sur le duel; mais s'il n'était pas considéré comme le résultat de ce préjugé, il tomberait sous l'application des peines ordinaires. (Paroles du ministre de la justice (M. Lelercq), — *Moniteur* du 26 décembre 1840.) Quant au combat où il y a eu déloyauté, on a été d'accord dans les deux chambres pour reconnaître qu'il tombe sous l'application du Code pénal.

**2.** Seront punis de la même peine ceux qui *décrient publiquement ou injurient une personne pour avoir refusé un duel.* (*Voyez art 1<sup>er</sup> et 14.*)

— *Décrient publiquement.* « Une infamie qui a eu souvent des suites fatales, c'est l'outrage, le ridicule même jeté à celui qui a refusé un duel. Il y a une double méchanceté à insulter l'homme qui ne mérite que des éloges et à le pousser à se battre... On donnera au mot *décrier* la signification vulgaire, jeter du mépris, du blâme, du ridicule... Pour que le décri soit punissable, il faut absolument qu'il ait lieu publiquement, soit dans des rénnions publiques, soit dans des écrits ou imprimés rendus publics; en effet, on ne pourrait aller rechercher les conversations particulières pour savoir si un blâme ou un ridicule a été jeté sur quelqu'un qui aurait refusé un duel. » (Paroles du ministre de la justice M. Ernst, *Moniteur* des 22, 26 et 28 décembre 1836.) — « Des hommes qui ne sont pas moins coupables que les provocateurs eux-mêmes, ce sont ces amis du scandale qui prennent plaisir à souffler la discorde, à exciter la vengeance et qui sont désespérés de voir l'honnête homme se refuser à un duel; qui attaquent son amour-propre et espèrent qu'en le décriant publiquement, qu'en le poursuivant de leurs injures, ils le feront revenir de sa première résolution et parviendront ainsi à leurs coupables desseins. On peut dire que leur conduite est plus condamnable que celle des provocateurs : ceux-ci; du moins, croient avoir une offense à venger,

ceux-là ne peuvent pas même invoquer ce prétexte. Le moins donc qu'on puisse faire, c'est de leur appliquer la même peine. » (Rapport de M. Liedts à la chambre, *Moniteur* du 25 janvier 1839.)

*Injurient.*—**QUESTION.** *Pour être punissable, l'injure doit-elle être publique?* « L'injure n'a pas besoin d'être faite dans un lieu public; elle est faite directement à la personne même et tombe dès lors sous la loi » (Paroles de M. de Haussy, rapporteur au sénat, *Moniteur* du 28 décembre 1836.) — « Il n'est pas nécessaire que l'injure pour être punissable ait été faite dans un endroit public. » (Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), *ibid.*)

**3.** *Celui qui a excité au duel, ou celui qui, par une injure quelconque, a donné lieu à la provocation, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de cent francs à mille francs.* (*Voyez art. 14.*)

— Il résulte des explications données à la chambre par le rapporteur M. Liedts (*Moniteur* du 7 mars 1840), que les deux délits distincts prévus par cet article sont punissables quand même le duel ne s'en serait pas suivi.

*Celui qui aura excité au duel.* « Par ces expressions on a voulu particulièrement atteindre non pas ceux entre qui le duel pourrait avoir lieu, ou de qui la provocation pourrait venir, mais des tiers qui, au moyen de paroles tendant à déconsidérer une des deux personnes entre lesquelles la discussion s'engage, ou de toute autre manière, auront excité au duel. » (Paroles de M. Liedts, rapporteur à la chambre, *Moniteur* du 6 mars 1840.) — « Un fait grave, un fait des plus odieux c'est d'exciter au duel. Il y a quelque chose d'infâme à se faire ainsi un jeu, une distraction d'exciter des amis, des camarades à des combats où l'un d'eux peut perdre la vie. De la part de celui qui provoque en duel il y a du moins quelque chose de généreux, puisqu'enfin il expose sa vie; mais celui qui excite au duel ne court aucun risque, aucun danger; rien ne vient pallier sa conduite. L'excitateur au duel doit donc être sévèrement puni. » (Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), *Moniteur* du 22 décembre 1836.)

*Celui qui par une injure quelconque a donné lieu à la provocation.* « L'injure qui donne lieu à la provocation est réellement la cause première, la véritable cause du duel. Il importe peu de quelle manière l'injure a eu lieu, que ce soit par des paroles, que ce soit par des menaces, par des voies de fait, ou des écrits, n'importe; dès l'instant que l'injure a donné lieu à la provocation, elle est aussi condamnable que la provocation même. » (Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), *Moniteur* du 22 décembre 1836.) — « L'injure n'est ici punissable qu'autant qu'elle se lie à la provocation. » (Paroles de M. Liedts, rapporteur à la chambre, *Moniteur* du 6 mars 1840.) — « Si l'on avait puni l'injure, alors même qu'elle n'aurait pas été suivie de provocation, on aurait bouleversé toute la législation en matière d'injures, on aurait fait, au moyen d'une seule disposition la révision de cette législation (1). » (Paroles de M. Delfosse, *ibid.*)

(1) Ce qui rendra peut-être inefficace cette loi sur le duel, c'est l'absence de lois sur les injures. M. Ernst a reconnu cette lacune de notre législation qui, a-t-il dit « n'offre aucune protection ou seulement une protection dérisoire

contre les attaques à l'honneur. » (*Moniteur* du 22 décembre 1836.) Il a déclaré en même temps qu'il espérait pouvoir présenter bientôt à la législature un projet de loi, sur les injures, les diffamations et les calomnies, matière qui



4. *Celui qui, dans un duel, aura fait usage de ses armes contre son adversaire, sans qu'il soit résulté du combat ni homicide, ni blessures, sera puni d'un emprisonnement de deux mois à dix-huit mois et d'une amende de deux cents francs à quinze cents francs (Voyez le § 2. de l'art. 6 et les art. 11 et 15.)*

*Celui qui n'aura pas fait usage de ses armes contre son adversaire sera puni des peines comminées par l'art. 1<sup>er</sup>. (Voyez le § 2, de l'article 6 et l'art. 14.)*

= QUESTION. *Il y a des peines contre celui qui provoque en duel, il y a des peines contre celui qui se bat en duel; celui qui aura provoqué et qui se sera battu subira-t-il les deux peines? seront-elles cumulées?* « Les peines ne seront pas cumulées; mais la peine la plus forte sera appliquée; et le maximum pourra frapper ceux qui s'étant battus auront en outre provoqué en duel. » (Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), *Moniteur*, du 28 décembre 1856.) — « D'après une disposition du Code d'instruction criminelle (article 565), il n'y a pas de cumul de peines. Si les peines sont équivalentes, on applique indifféremment l'une ou l'autre; si elles sont différentes, on sait qu'on applique la plus forte. (Paroles du ministre de la justice (M. Raikem), *Moniteur*, du 7 mars 1840.)

= *Celui qui, dans un duel, aura fait usage de ses armes.* « Celui qui a fait usage de ses armes, sans qu'il en soit résulté ni mort ni blessures, est néanmoins coupable; il a mis la volonté à la place de la justice, il s'est placé au-dessus de la loi civile et de la loi naturelle, il a porté atteinte à la morale publique, il a enfin exposé son semblable. Sous tous ces rapports, ce fait est un attentat à l'ordre public, et il doit être sévèrement réprimé. » (Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), *Moniteur*, du 22 déc. 1856.)

*Armes.* La chambre a rejeté l'amendement suivant, présenté par M. Van Cutsem: « Sont réputés armes les sabres, les pistolets, les fleurets et toutes armes à feu. » Dès lors le sens du mot *armes* est déterminé par l'article 101 du Code pénal, ainsi conçu: « Article 101. Sont compris dans le mot *armes*, toutes machines, tous instruments ou ustensiles, tranchants, perçants ou contondants.—Les couteaux ou ciseaux de poche, les cannes simples, ne seront réputés armes qu'autant qu'il en aura été fait usage pour tuer, blesser ou frapper » — « La disposition sera applicable au duel à l'épée et au pistolet, si les circonstances établissent la réalité du duel; et ce sera toujours au juge à apprécier les faits et les résultats à prévoir des armes dont on aurait fait usage. » (Paroles du ministre de la justice (M. Raikem), *Moniteur*, du 7 mars 1840.)

*Contre son adversaire;* Ces mots ont été ajoutés dans la discussion, au sénat, sur la proposition de M. Dupont d'Ahérée (*Moniteur*, du 28 décemb. 1856), dans le but de mettre à l'abri des peines comminées par cet article, celui qui dans un duel au pistolet n'aurait fait usage de son arme que pour tirer en l'air.

*Amende:* QUESTION. *Ceux qui se seront battus en duel seront-ils tenus solidairement des amendes?*

« Ceux qui se battent en duel ne peuvent être solidaires des amendes prononcées. Chacun doit être responsable de son propre fait. Celui qui se bat, qu'il fasse ou qu'il ne fasse pas usage de ses armes, est passible d'une peine déterminée par l'article 4; mais s'il est gravement blessé et que son adversaire soit condamné à une forte amende, vous ne pouvez rendre le blessé solidaire de son paiement; ce serait la première fois qu'on écrirait dans une loi que le battu paye l'amende. » (Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), *Moniteur*, du 29 décembre 1856.)

*Celui qui n'aura pas fait usage de ses armes.* Dans les deux chambres on a hésité à prononcer une pénalité contre « ces hommes généreux qui voulant montrer qu'ils ne reculent pas devant les conséquences d'un duel se rendraient sur le terrain, avec la ferme résolution de ne pas faire usage de leurs armes. » Le système d'une pénalité dans ce cas a été justifié en ces termes: « Si vous exemptez de toute pénalité celui qui ne fait pas usage de ses armes, vous n'atteignez pas votre but. Qu'arrivera-t-il à tel individu qui provoque. Au premier moment il résistera, s'il sait que la loi le condamne, s'il sait qu'elle l'atteindra, quelle que soit l'issue du combat, et il reculera devant cette espèce de flétrissure qu'imprime toujours une condamnation à des peines afflictives. Si au contraire, il n'en résulte rien pour lui, au cas où il ne ferait pas usage de ses armes, il ira sur le terrain et risquera sa vie; car la vie n'est rien auprès de l'honneur; il risquera donc sa vie, car lui ne voudra point user de ses armes afin d'échapper à la loi. » (Paroles du sénateur Dumon-Dumortier, *Moniteur*, du 18 décembre 1856.) — « S'il y a quelque chose de très-généreux dans l'homme, qui, sur le terrain, refuse de faire usage de ses armes; d'autre part il a fait un appel à la force brutale; il a donné le scandale d'un combat privé, mis au-dessus de la justice légale. Du reste, il ne faut pas perdre de vue que le minimum n'est qu'une peine légère. » (Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), au sénat, *ibid.*) — Cette discussion s'est renouvelée à la chambre. Un amendement de M. Metz tendant à supprimer le 2<sup>e</sup> § de cet article fut appuyé en ces termes par M. Devaux: « Le duel a de très-mauvais côtés, ce sont les malheurs qu'il traîne à sa suite, c'est de soumettre en quelque sorte un homme paisible au caprice d'hommes de mœurs rudes; mais il ne faut pas se le dissimuler, le duel a aussi de bons côtés; sans cela, il ne se serait pas maintenu depuis tant de siècles; il met un frein, incomplet il est vrai, à la calomnie; il entretient des habitudes de dignité et de courage dans certaines classes de la société, où le courage s'en va pour ne se montrer que dans des classes plus grossières; un bon côté du duel, c'est qu'il met fin à des haines invétérées; anciennement il n'y avait pas de duels, et il y avait des empoisonnements et des guet-apens; un bon côté du duel, c'est de favoriser les réconciliations; eh bien, il faut tâcher à mon avis de ne pas détruire ce qu'a de bon le duel. Je trouve que l'amendement de M. Metz entre dans ce sens, parce qu'il facilite les réconciliations. Si vous punissez un homme qui n'a pas été provocateur et qui n'a pas tiré sur son adversaire, pas un juge ne voudra sévir. Cet homme a fait une faute, dites-vous, en consentant à aller sur le terrain;

a-t-il ajouté, fait depuis longtemps l'objet de ses méditations. Malheureusement M. Ernst a quitté le ministère, sans qu'il lui fût donné de réaliser cette promesse. De même M. Leclercq vient de déposer le portefeuille de la justice sans avoir réalisé la promesse qu'il avait faite également (*Moniteur*

du 26 décembre 1840) de présenter dans la session 1840-1841 un projet de loi sur les injures. C'est ainsi que l'instabilité ministérielle, cette plaie des gouvernements constitutionnels, est un obstacle à l'amélioration de la législation.



mais il a racheté cette faute en n'arrachant pas la vie à son adversaire quand il le pouvait; il faut faire en sorte que le duel ne soit pas trop meurtrier, et pour cela il ne faut pas punir l'homme généreux. La loi à quelquefois perdu de vue que nous ne pouvons pas empêcher le duel, que nous devons nous borner à le restreindre et qu'en voulant l'empêcher on ne le restreint pas assez. » (*Moniteur* du 7 mars 1840.) Ces motifs ne prévalurent pas, ils furent combattus dans les termes suivants : « Malgré les peines portées au Code pénal contre les crimes, il s'en commet encore; il en sera de même du duel; mais si le Code pénal empêche beaucoup de crimes, la loi dont nous nous occupons empêchera aussi beaucoup de duels; la loi sur le duel sera sur la même ligne que les lois pénales qui restreignent les crimes autant que peuvent les lois humaines. Mais, dit-on, par suite du duel on ne voit plus chez nous, comme on voyait chez les Romains tant d'empoisonnements et de guet-apens : nous ne sommes pas de l'avis du préopinant; nous ne croyons pas avec lui que ce soit le duel qui ait rendu moins fréquents les empoisonnements; un tel résultat est dû à la civilisation... On a prétendu que la suppression du second § aurait pour effet de faciliter les réconciliations; je ne partage pas du tout cette opinion; car celui qui aura fait usage de ses armes sera dans tous les cas puni; nous sommes tous d'accord à cet égard; mais d'après l'amendement de M. Metz, celui qui n'aurait pas fait usage de ses armes ne serait pas puni; ainsi l'un des combattants serait puni et l'autre ne le serait pas; eh bien! je ne pense pas que cela soit de nature à favoriser les réconciliations; car celui qui sera puni sera toujours fort mécontent et ne sera dès lors pas fort disposé à se réconcilier avec son adversaire. Le maintien du 2<sup>e</sup> § aura pour effet de prévenir autant que possible le duel, parce que tous ceux qui se rendront sur le terrain sauront qu'ils n'échapperont pas à la peine comminée par la loi. D'ailleurs, par cela même qu'ils seront sur le terrain, ils se trouveront en état de flagrant délit, et alors les officiers de police, s'ils ont quelques données sur le duel projeté, pourront intervenir pour empêcher qu'il ne se consume. » (Paroles du ministre de la justice (M. Raikem), *Moniteur* du 7 mars 1840.) « Les auteurs les plus graves qui se sont occupés du duel ont indiqué comme un moyen préventif des plus efficaces l'arrestation provisoire des champions; ils ont voulu qu'on les séparât, qu'on leur laissât le temps de réfléchir, de calculer froidement tous les résultats de l'action à laquelle ils vont se livrer; eh bien! ce moyen vous échappe si vous déclarez qu'il n'y aura de duel qu'autant que les parties auront fait usage de leurs armes... L'emprisonnement préalable ne peut se justifier qu'autant qu'il y a délit, ou du moins tentative de délit; or il n'y aurait ni l'un ni l'autre, si l'individu arrêté n'avait pas l'intention de faire usage de ses armes; tandis que si l'action de se mesurer avec son adversaire, sur le terrain convenu, constitue un délit, lors même que l'un d'eux n'aurait pas fait usage de ses armes, l'arrestation préalable se justifie par la nécessité de prévenir le délit. » (Paroles de M. Liedts, rapporteur à la chambre, *ibid.*)

**5.** Lorsque, dans un duel, l'un des combattants aura donné la mort à son adversaire, le coupable sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de mille à dix mille francs.

Lorsqu'il sera résulté du duel des blessures

qui auront causé une maladie ou incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours, le coupable sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans, et d'une amende de cinq cents à trois mille francs. (*Voy.* les art. 11 et 13.)

= Nous citerons ici un amendement présenté par M. le représentant Van Cutsem, pour être intercalé dans la loi, entre les art. 8 et 9, mais qui nous paraît se rapporter plutôt à cet article qu'à tout autre de la loi. « Tout individu qui aura tué en duel son antagoniste, ou qui l'aura mis hors d'état de pourvoir à ses besoins, qui aura ainsi privé ses ascendants et descendants des secours qu'ils recevaient de lui ou qu'ils auraient pu en obtenir, sera condamné par corps à entretenir son adversaire estropié, et, dans le cas de mort, ses parents au degré indiqué dans le présent article; il payera aussi les dettes du défunt ou de son adversaire estropié, sans que ses créanciers puissent être obligés de prouver qu'il aurait pu les acquitter lui-même. Si la fortune de celui qui a tué ou estropié son adversaire en duel n'est pas suffisante pour acquitter les sommes auxquelles les tribunaux l'auront condamné de ce chef, les témoins du duel en seront solidairement tenus par corps. » Cet amendement ne fut pas adopté. M. Liedts, rapporteur, en avait exposé les résultats en ces termes : « Le premier résultat, serait de faire retomber sur une famille innocente, la peine que le chef pourrait avoir méritée en tuant son adversaire en duel, et ainsi l'on ruinerait très-souvent une famille entière pour une faute commise par son chef. Il suffirait pour cela d'avoir à faire à un homme endetté qui ne voudrait pas se suicider par désespoir et qui jugerait plus à propos de vendre chèrement sa vie que de se couper la gorge à lui-même; il provoquerait quelque riche personne en duel, et sa famille profiterait de sa mort pour rétablir ses affaires délabrées. Il suffirait encore pour cela d'un paresseux qui, ennuyé de vivre, voudrait au moins, par sa mort, assurer un sort à sa veuve et à ses enfants. Quel sera donc le résultat de l'amendement? C'est qu'il serait moins dangereux de tuer les honnêtes gens en duel, ceux en un mot qui font honneur à leurs affaires, que ceux qui seraient accablés de dettes. La vie de ces derniers coûterait d'autant plus cher à ceux qui les tueraient qu'ils seraient plus endettés. » (*Moniteur* du 8 mars 1840.) Le ministre de la justice (M. Raikem) avait fait remarquer en ces termes l'inutilité de la disposition relative aux dommages-intérêts. « Si l'on a causé un dommage en tuant une personne, à des ascendants ou descendants aux besoins desquels elle devait pourvoir, ce dommage doit être réparé. Il peut l'être aux termes des lois actuelles; il n'est pas besoin pour cela d'insérer dans la loi une disposition; les tribunaux sont juges de la réparation à laquelle il y aurait lieu de condamner celui qui aurait tué ou blessé son adversaire. » (*Moniteur* du 10 mars 1840.)

**6.** Si les blessures résultant du duel n'ont occasionné aucune maladie ni incapacité de travail personnel de l'espèce mentionnée en l'article précédent, le coupable sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de quatre cents francs à deux mille francs. (*Voyez* les art. 11 et 13.)

Le combattant qui a été blessé sera passible des peines prononcées par le § 1 ou le § 2 de l'art. 4, selon qu'il aura fait usage ou n'aura pas fait usage de ses armes contre son adversaire.

**7.** *Sont réputés complices* des délits commis en duel, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables ont provoqué à les commettre.

Les complices seront punis de la même peine que les auteurs.

== « D'après les expressions de cet article, on voit qu'il ne s'applique que lorsque le duel est consommé. » (Paroles de M. Liedts, rapporteur à la chambre, *Moniteur* du 7 mars 1840.) C'est en quoi il diffère de l'art. 5. (*Voyez* cet article.)

*Sont réputés complices.* Cet article qui indique les caractères constitutifs de la complicité en matière de duel, déroge implicitement à l'art. 60 du Code pénal, relatif à la complicité.

*La même peine que les auteurs.* « De tout temps les complices d'un crime ou d'un délit ont été punis de la même peine que les auteurs. » (Rapport de M. Liedts, à la chambre, *Moniteur* du 25 janvier 1859.)

**8.** Dans les cas prévus par les art. 5 et 6, les témoins, s'ils ne sont pas complices, sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de cent francs à mille francs.

== *Les articles 5 et 6.* Ces articles sont relatifs aux cas où le duel a eu pour résultats soit la mort, soit les blessures. « Lorsque le duel, quoiqu'ayant eu un commencement d'exécution (par exemple dans les cas prévus par l'article 4) n'aura été suivi ni de blessures ni de mort, aucune peine ne pourra être prononcée contre les témoins (paroles du sénateur de Rouillé, *Moniteur* du 29 décembre 1856.) Lorsque M. de Rouillé s'exprimait ainsi, l'article ne contenait pas les mots : « Dans les cas prévus par les articles 5 et 6. » Ces mots furent ajoutés à la chambre sur la proposition du ministre de l'intérieur et des affaires étrangères (M. de Theux). Dès lors cette interprétation n'est pas douteuse.

*Les témoins.* Les mêmes motifs qui ont fait supprimer la définition du duel (*voyez* les notes sur l'art. 1<sup>er</sup>), ont fait supprimer également la définition des témoins. Ce mot a néanmoins le sens qu'y donnait le projet du sénat qui n'a pas été adopté (1); et ceux qui auraient été fortuitement spectateurs d'un duel, ou les chirurgiens qui auraient accompagné les combattants sur le terrain, uniquement pour leur donner des soins, ne pourraient être considérés comme témoins. — « Il ne faut pas craindre de frapper les témoins; s'il n'y avait pas de témoins, il n'y aurait pas de duels; il faut donc arrêter autant que possible ceux qui seraient tentés de servir de témoins. » (Paroles du sénateur baron de Pélichy, *Moniteur* du 29 décembre 1856.) — « Sans être aussi coupables que les véritables complices du

duel, les témoins remplissent cependant une mission qui facilite le duel, et qui ne peut pas rester impunie, si l'on veut que la loi atteigne son but. C'est en vain qu'on objecte que les témoins sont souvent des hommes de paix, qui, par de sages représentations, peuvent amener le rapprochement des combattants et prévenir l'effusion du sang. Il n'en demeure pas moins vrai que sans leur assistance, il n'y a plus de duel, et que la crainte d'être assimilés par le public et par la loi pénale, à de vils assassins, retiendra les duellistes les plus déterminés. L'homme ne se bat jamais en duel pour le seul plaisir de faire couler le sang; ce qui le porte à braver l'horreur que lui inspire cette action, c'est un sentiment de vanité et d'amour-propre; c'est la crainte de passer pour lâche, s'il ne se bat point, et l'espoir de passer pour un homme de cœur, s'il lave dans le sang l'affront qu'il a reçu. Détruisez cette illusion, mettez les duellistes dans une position telle que personne ne veuille assister à leurs combats, forcez-les à se mesurer à huis clos, et vous les verrez reculer devant la honte qui les attend dans la société, et devant les peines flétrissantes que leur réserve le Code pénal. » (Rapport de M. Liedts à la chambre, *Moniteur* du 25 janvier 1859.)

*S'ils ne sont pas complices.* Il résulte en effet de l'article précédent que le concours que prêtent les témoins au duel, en y assistant, ne constitue pas la complicité. Lorsque les témoins sont en outre complices, l'article 7 leur est applicable. (*Voyez* cet article.) Quant au cumul des peines, *voyez* la première note sur l'art. 4.

*Amende.* — QUESTION. *Les témoins seront-ils tenus solidairement des amendes prononcées contre ceux qui se seront battus en duel?* Non, « chacun doit être responsable de son propre fait... Il ne serait pas juste de rendre les témoins solidaires du paiement des amendes. » Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), *Moniteur* du 29 décembre 1856.)

**9.** Il n'est pas dérogé aux lois qui règlent la compétence des tribunaux militaires. Cependant le militaire qui se sera battu en duel avec un individu non militaire, sera soumis à la juridiction ordinaire, lors même que ce dernier ne serait pas poursuivi.

== « Il a paru inutile d'établir des règles spéciales de compétence pour les différents délits que prévoit cette loi; nos lois actuelles établissent à cet égard des principes auxquels il n'est pas nécessaire de déroger... Lorsque le combat a lieu entre militaires, il n'y a aucun motif d'apporter des modifications aux règles établies; il faut que les militaires soient jugés par leurs pairs, mais lorsque le duel a lieu entre un militaire et un individu non militaire, il convient que la juridiction ordinaire l'emporte sur la juridiction exceptionnelle et que le militaire soit traduit devant le juge civil, même alors que son adversaire n'est pas poursuivi. Il pourrait d'ailleurs s'établir devant les tribunaux militaires, dans des circonstances données, une jurisprudence moins sévère que celle qui pourrait être admise par les tribunaux civils; et dans cette hypothèse qu'il est permis de prévoir, il faut éviter que pour le même fait les deux combattants, également coupables,

(1) *Projet du sénat* (2<sup>e</sup> § de l'art. 1<sup>er</sup>). « Sont réputés témoins du duel ceux qui sont appelés ou choisis par les parties pour

régler les conditions du combat et veiller à leur exécution.

soient frappés d'une peine égale. » (Rapport de M. Liedts à la chambre, *Moniteur* du 25 janvier 1859.)

## 10. En cas d'arrestation la liberté provisoire sous caution pourra être refusée.

— Cet article déroge au Code d'instruction criminelle. (2<sup>e</sup> § de l'art. 114.)

— « L'expérience a prouvé que les duels ont souvent lieu incontinent après l'outrage qui y a donné naissance, et que si l'on parvient à séparer les champions, et surtout à les éloigner de cette classe de perfides conseillers, toujours empressés à semer la mésintelligence, la voix de la raison se fait entendre, et l'esprit, dégagé de toute influence, peut calculer les suites trop souvent déplorables du combat singulier. » (Rapport de M. Liedts à la chambre, *Moniteur* du 25 janvier 1859.)

## 11. Dans tous les cas prévus par le § 1<sup>er</sup> de l'art. 4, l'art. 5, et le § 1<sup>er</sup> de l'art. 6, lorsque la peine d'emprisonnement sera prononcée, les tribunaux pourront priver les auteurs et complices des délits commis en duel de *tous emplois civils ou militaires* et du droit de porter des décorations; ils pourront aussi leur interdire l'exercice de *tout ou partie des droits mentionnés en l'art. 42 du Code pénal*, le tout pendant un temps qui ne pourra excéder dix années. Ce temps courra du jour où le coupable aura subi sa peine.

— Aux peines comminées par cet article, la commission du sénat avait ajouté la perte de la pension. Cette pénalité n'a pas été admise; elle avait été combattue dans ces termes par le ministre de la justice (M. Ernst): « La pension est le prix des services rendus, c'est le prix du sang. La pension est pour le militaire, le fonctionnaire, ce que la fortune, l'épargne est pour le négociant. Et vous confisqueriez la pension! Encore s'il s'était montré traître envers son pays, indigne de ce que la patrie lui accorde, je le concevrais; mais que pour un autre délit, il soit privé de sa pension, c'est ce que je ne puis admettre. » (*Moniteur* du 22 décembre 1856.)

*Tous emplois civils et militaires, droit de porter des décorations, etc.* La convenance de punir les duellistes par la privation des honneurs, des décorations et des droits civiques est soutenue par Beccaria, Bacon, Livingston, Carnot et Dupin; elle est contestée par l'un des criminalistes contemporains les plus célèbres (1). La loi belge prononce cette pénalité; mais elle en rend l'application facultative. Cette disposition a été justifiée en ces termes: « La même peine ne fait pas la même impression sur tous les hommes, et il est permis de croire que parmi ceux qui ne craignent pas de s'exposer à perdre la vie dans un duel, il s'en trouvera qui ne seront pas arrêtés par la crainte de quelques mois et même de quelques années d'emprisonnement. Il est donc utile et sage de placer une répression morale à côté des peines corporelles: tel homme qui ne redoute pas l'emprisonnement reculera devant l'idée de se voir fermer la carrière des emplois; tel autre, qu'une

soite vanité porterait à ne pas refuser un cartel, sera arrêté par la crainte de perdre en un instant les décorations et les titres dont il est revêtu. Mais autant la faculté de priver les combattants de tous emplois civils ou militaires peut être utile, autant il serait dangereux d'en faire une obligation pour le juge. Un emploi, une décoration ont quelquefois été obtenus à titre onéreux; c'est quelquefois le prix du sang versé pour la patrie, et le juge, quelque impassible qu'on le suppose, pourrait peut-être absoudre un coupable qui aurait des circonstances favorables à invoquer, plutôt que de le dépouiller d'un bien acquis sur le champ d'honneur. » (Rapport de M. Liedts à la chambre, *Moniteur* du 25 janvier 1859.) — « L'expérience a prouvé que les peines les plus sévères n'étaient pas les plus efficaces pour parvenir à la répression du duel; il faut donc essayer d'un système de pénalité plus analogue à la nature de ce délit, qui se compose d'éléments tout spéciaux et n'a rien de commun avec les délits ordinaires. C'est l'honneur, ce besoin des suffrages publics, dit Beccaria, qui a donné naissance aux combats singuliers; il faut donc ravir pour un temps le prix de ces manifestations de l'estime publique à celui qui aura subi la folle épreuve de l'honneur. Le châtiement du duel doit être principalement un châtiement moral qui, s'attaquant à la vie publique du coupable, contriste son ambition, mortifie sa vanité et l'isole de ses concitoyens. Cette vanité a été comprise par tous les législateurs qui se sont occupés de la répression du duel; les anciennes ordonnances françaises, dont je suis loin d'approuver la sévérité, privaient les duellistes non-seulement de leurs titres, de leurs dignités et emplois, mais même des avantages de leur naissance, et l'édit de 1679 allait jusqu'à ordonner *qu'on déshonorât les arbres de leurs châteaux*. Plusieurs de ces dispositions seraient aujourd'hui, et dans l'état actuel de nos mœurs, absurdes ou ridicules; mais il ne s'ensuit pas qu'il faille abandonner le système de répression morale, dont on peut se promettre les plus heureux effets. » (Paroles du sénateur de Haussy, *Moniteur* du 5 janvier 1841.)

*Emplois... militaires.* — QUESTION. *La perte de l'emploi entraîne-t-elle la perte du grade?* « La loi qui fixe la position des officiers de l'armée dit en termes exprès que *le grade est distinct de l'emploi*, l'officier privé de l'emploi conserve donc son grade. » (Paroles du ministre de la justice (M. Ernst), *Moniteur* du 29 décembre 1856.)

*Tout ou partie des droits mentionnés en l'art. 42 du Code pénal.* Ces droits sont ceux: 1<sup>o</sup> de vote et d'élection; 2<sup>o</sup> d'éligibilité; 3<sup>o</sup> d'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou à d'autres fonctions publiques, ou aux emplois d'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois; 4<sup>o</sup> de port d'armes; 5<sup>o</sup> de vote et de suffrage dans les délibérations de famille; 6<sup>o</sup> d'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de la famille; 7<sup>o</sup> d'être expert ou employé comme témoin dans les actes; 8<sup>o</sup> de témoignage en justice, autrement que pour y faire de simples déclarations.

## 12. Les coupables, condamnés en exécution de la présente loi, seront, en cas de nouveaux délits de même nature, condamnés au *maximum* de la peine; elle pourra même être portée au double.

— « On doit traiter plus sévèrement celui qui,

(1) ROSSI, *Traité de droit pénal*, page 455 de l'édition HAUMAN.

après avoir subi une première condamnation, ne craint pas de s'exposer à en subir une seconde. Il convient même de permettre aux tribunaux d'appliquer, en cas de récidive, le double des peines prévues par la loi; cette disposition s'adresse surtout à ces spadassins de métier, à ces hommes incorrigibles, qui sont le fléau de la société et des familles. La sagesse qui distingue la magistrature belge nous est un sûr garant qu'on n'abusera pas de cette faculté. » (Rapport de M. Liedts, *Moniteur* du 25 janvier 1859.) — Cet article reproduit, avec quelques modifications, la disposition du Code pénal qui détermine la peine de la récidive en matière correctionnelle, et qui est ainsi conçue: « Art. 58. Les coupables condamnés correctionnellement à un emprisonnement de plus d'une année, seront aussi, en cas de nouveau délit, condamnés au *maximum* de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double: ils seront de plus mis sous la surveillance spéciale du gouvernement pendant au moins cinq années et dix ans au plus. »

**13.** La loi du 30 décembre 1856 (*Bulletin officiel*, n° 641), sur les crimes et délits commis à l'étranger, est rendue commune aux faits prévus par le § 1<sup>er</sup> de l'art. 4, l'article 5, et le § 1<sup>er</sup> de l'art. 6 de la présente loi.

*L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 22 septembre 1855* (*Bulletin officiel*, n° 645), est applicable à l'étranger qui aurait eu un duel avec un Belge, en pays étranger.

— La disposition proposée par la commission du sénat, au lieu du 4<sup>er</sup> § de cet article, ne concernait que les duels qui auraient lieu entre Belges hors du territoire du royaume et laissait impunis les duels que des Belges auraient eus hors du territoire du royaume avec des étrangers. Cette disposition fut combattue en ces termes par le ministre de la justice (M. Ernst): « Le Belge qui aurait tué un étranger en duel, près de nos frontières, ne pourra-t-il pas être poursuivi en Belgique? Cette question est grave et mérite toute votre attention. La Belgique sera toujours pleine d'étrangers, d'étrangers honorables qui y auront leur famille; pourquoi donc ne leur donneriez-vous pas la même protection qu'aux Belges? Un belge se battra avec un étranger sur la frontière; il le tuera et reviendra ensuite en Belgique, et il ne sera pas poursuivi! La loi qui le punira n'aura pas pour objet de venger les étrangers, mais de venger la morale publique, de prévenir le scandale de l'impunité et de nouveaux attentats. Qu'importe que la loi étrangère laisse l'homicide impuni! Empruntons à nos voisins de bons exemples, mais jamais de mauvais. » (*Moniteur* du 29 décembre 1856.) L'article adopté satisfait-il au vœu de M. Ernst? Nous ne le pensons pas; en effet la loi du 30 décembre 1856 est ainsi conçue: « Art. 1<sup>er</sup>. L'article 7 du Code d'instruction criminelle est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes. — Tout Belge qui se sera rendu coupable, hors du territoire du royaume, d'un crime ou d'un délit contre un Belge, pourra, s'il est trouvé en Belgique, y être poursuivi, et il y sera jugé et puni conformément aux lois en vigueur dans le royaume. — 2. Tout Belge qui se sera rendu coupable, hors du territoire du royaume, contre un étranger, d'un crime ou d'un délit prévu par l'arti-

cle 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> octobre 1855 (*Bulletin Officiel*, n° 1195), pourra, s'il se trouve en Belgique, y être poursuivi, et il y sera jugé et puni conformément aux lois en vigueur dans le royaume, si l'étranger ou sa famille rend plainte, ou s'il y a un avis officiel donné aux autorités belges par les autorités du territoire où le crime ou délit aura été commis. — 3. Les dispositions ci-dessus ne sont pas applicables, lorsque le Belge a été poursuivi et jugé en pays étranger, à moins qu'il ne soit intervenu une condamnation par contumace ou par défaut, auquel cas il pourra être poursuivi et jugé en Belgique. » Or cette loi qui rend justiciables des tribunaux belges tous les crimes et délits commis par des Belges, *contre des Belges*, hors du territoire du royaume (art. 1<sup>er</sup>), ne soumet à la même juridiction, en fait de crimes et délits commis par des Belges *contre des étrangers*, hors du territoire du royaume (art. 2), que ceux prévus par l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> octobre 1855; et le duel ne se trouve pas dans l'énumération de cet article. La jurisprudence est appelée à fixer le sens de cette disposition et à décider si elle doit être interprétée d'après sa lettre ou d'après les paroles de M. Ernst que nous avons citées plus haut.

*L'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 22 septembre 1855.* Cet article est ainsi conçu: « Art. 1<sup>er</sup>. L'étranger résidant en Belgique, qui, par sa conduite, compromet la tranquillité publique, ou qui a été poursuivi ou condamné à l'étranger pour les crimes ou délits qui donnent lieu à l'extradition conformément à la loi du 1<sup>er</sup> octobre 1855, peut être contraint par le gouvernement de s'éloigner d'un certain lieu, d'habiter dans un lieu déterminé, ou même de sortir du royaume. » — « Si nous veillons à ce qu'un Belge ne puisse se battre impunément hors de son pays, même avec un étranger, il faut, par mesure de réciprocité, que, si c'est l'étranger qui commet dans son pays contre un sujet belge, l'un des délits prévus par la présente loi, il puisse être *livré à ses juges naturels*, s'il venait en Belgique. » (Rapport de M. Liedts à la chambre, *Moniteur* du 25 janvier 1859.) M. Liedts nous paraît s'être trompé ici sur la portée du 2<sup>e</sup> § de l'art. 15. En effet la loi du 22 septembre 1855 n'est pas relative à l'extradition, mais à l'expulsion des étrangers. L'art. 4 de cette loi porte: « L'étranger qui aura reçu l'injonction de sortir du royaume sera tenu de désigner la frontière par laquelle il sortira, etc. » L'étranger ne choisira pas sans doute pour sortir de Belgique la frontière du pays où il aura eu un duel. Il ne sera donc pas *livré à ses juges naturels*.

*L'étranger qui aurait eu un duel en pays étranger.* — QUESTION. *L'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1855 pourrait-il être appliqué à l'étranger qui aurait eu un duel en Belgique?* Sans doute, en général, les dispositions de la présente loi seront appliquées à l'étranger: car aux termes de l'art. 5 du Code civil « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Cependant il n'est pas douteux que l'étranger, dont la conduite révélerait un spadassin, ne pût être considéré comme *compromettant la tranquillité publique*, et par suite être expulsé aux termes de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 22 septembre 1855.

**14.** Dans les cas prévus par les art. 1, 2, 3 et § 2 de l'art. 4, s'il existe des circonstances atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l'emprisonnement à six jours et

l'amende à 16 francs. Ils pourront même prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, dans le cas de la seconde disposition de l'art. 4.

== Cet article reproduit, sauf quelques modifications, l'art. 465 du Code pénal.

*Art. 1, 2, 5 et le § 2 de l'art. 4 s'il existe des circonstances atténuantes.* Ces dispositions concernent les délits qui se rattachent au duel, ou le duel même qui n'a eu aucun résultat. Ce dernier article, entièrement conforme à l'esprit de la loi, par la latitude qu'il laisse au juge, et par la faculté qu'il lui donne d'user dans certains cas d'une grande indulgence, a été ajouté à la loi sur la proposition de M. d'Huart. « On a fait observer qu'il y a des outrages tellement

graves que leur indignité combinée avec l'empire de la coutume mettait celui qui en était l'objet presque dans l'impossibilité de ne pas recourir au duel. On a dit en outre que l'homme qui aurait fait un appel dans un pareil cas ne méritait pas la flétrissure d'une condamnation, même correctionnelle;... mais ces objections ont été complètement détruites par l'adoption de l'amendement qui forme l'art. 14. Il est impossible de voir dans une condamnation aussi légère que celle comminée par cet article autre chose qu'un simple hommage rendu aux lois de cette autorité suprême qui a dit à l'homme : « Tu ne tueras point » et à celles de la société, qui s'est réservé le droit exclusif d'exercer la justice. » (Paroles de M. le baron Dellafaille, rapporteur au sénat dans la seconde discussion. *Moniteur* du 25 décembre 1840.)



---

---

## DISSERTATION.

---

QUEL EST LE VÉRITABLE SENS DE CETTE RÈGLE, QUE LES PRIVILÉGES SUR LES IMMEUBLES NE PRODUISENT D'EFFET QU'AUTANT QU'ILS SONT RENDUS PUBLICS PAR INSCRIPTION SUR LES REGISTRES DU CONSERVATEUR DES HYPOTHÈQUES, ET A COMPTER DE LA DATE DE CETTE INSCRIPTION (CODE CIVIL, ART. 2106)?

---

(2<sup>e</sup> Article.)

A la fin de notre premier article (1), nous avons annoncé qu'il nous restait à examiner si des innovations législatives sont venues modifier, soit explicitement, soit implicitement, le système de l'article 2106, qui n'a été d'abord qu'une reproduction fidèle du système de la loi du 11 brumaire an VII.

Il est nécessaire de bien se rappeler que dans ce premier article, j'ai exposé les principes de cette matière et le sens des articles 2106, 2108 et 2110, en me plaçant à l'époque où était rédigé le chapitre 2 du titre *des privilèges et hypothèques*, et en faisant abstraction de toute innovation ultérieure. C'est ce qui paraît avoir échappé à quelques personnes qui m'ont reproché de n'avoir pas tenu compte de l'abrogation de la loi du 11 brumaire, quant à la nécessité de la transcription pour acquérir à l'égard des tiers la propriété des immeubles.

Il me suffit de renvoyer à cet égard, soit à ce que j'ai dit dans mon premier article, p. 26,

(1) V. *supra* p. 37, première livraison.

(2) La transcription n'a aucun trait à l'acquisition par suite de construction ou autres travaux exécutés sur un immeuble; par conséquent les innovations qui ont pu s'introduire en matière de transcription, n'ont pu avoir aucune influence sur la matière du privilège de l'architecte et autres ouvriers employés à faire

soit aux deux derniers aliéna du même article, soit enfin à la page 34, où je disais: *En ce qui touche le privilège du vendeur d'un immeuble, il faut bien convenir que si plus tard on a abandonné le principe de la nécessité de la transcription, en matière d'aliénation d'immeubles par actes à titre onéreux, toute l'économie de notre article 2108 sera par là même bouleversée; mais il n'en faut pas moins l'expliquer en lui-même, et indépendamment de toute abrogation ultérieure, soit expresse, soit tacite.*

C'est maintenant que nous avons à rechercher quel est l'état *actuel* de la législation relativement au privilège du vendeur (2).

Lorsque la jurisprudence a décidé que l'article 26 de la loi de brumaire était abrogé, et que l'aliénation des immeubles à titre onéreux était parfaite par le seul consentement, elle s'est principalement fondée sur la disparition de l'article 91 du projet de la section de législation du conseil d'État sur *les privilèges et hypothèques* (3), lequel avait cependant été adopté

à un immeuble des réparations ou améliorations.

(3) Cet article était ainsi conçu: « Les actes « translatifs qui n'ont pas été transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. » (Fenet, T. XV, p. 356).

par le conseil d'État après une solennelle discussion (1). Un puissant argument a été aussi tiré dans le même sens de l'article 854 du Code de procédure, dont nous aurons bientôt à nous occuper. Nous n'avons point à examiner ici la bonté de cette solution ; nous la prenons pour point de départ ; consacrée par une pratique constante et générale, elle n'est presque plus contredite aujourd'hui (2).

Mais aussi nous regardons comme une vérité incontestable, qu'en faisant disparaître le principe posé dans l'article 91 du projet de loi, on a par cela même anéanti l'article 2108 tout entier, cet article étant une dépendance nécessaire de la règle, suivant laquelle l'acheteur ne devient propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription de l'acte de vente.

En effet, l'article 2108 est fondé sur cette idée simple et rationnelle que le vendeur, voulant retenir sur l'immeuble vendu un droit réel qui est le privilège, l'aliénation est notifiée au public avec la restriction qu'il comporte, c'est-à-dire, avec la clause de réserve du privilège ; le public sait que l'acheteur est devenu propriétaire, mais il sait aussi que le vendeur n'est pas payé, et que le droit qu'il a au prix de vente pourra être opposé par lui, soit aux acquéreurs subséquents, soit aux créanciers hypothécaires de l'acheteur, quelle que soit la date à laquelle remonte leur hypothèque.

Il est facile d'apercevoir qu'on ne peut plus songer à faire jouer ce mécanisme ingénieux, si la transcription n'est plus nécessaire pour la mutation de la propriété immobilière à l'égard des tiers, et si cette mutation s'opère par la seule force du contrat de vente.

On objectera peut-être que, malgré l'abrogation de la loi de brumaire, l'acheteur ne manquera pas de transcrire son contrat d'acquisition, soit pour faire la purge (art. 2181), soit pour arrêter le cours des inscriptions nou-

velles (art. 854 du C. de pr.), soit enfin pour jouir des bénéfices particuliers attachés à la transcription par les articles 2108 et 2198. On ajoutera même que le droit de transcription étant, depuis la loi de finances du 28 avril 1816, acquitté en même temps que le droit d'enregistrement ou de mutation, les acheteurs n'ont plus d'intérêt à omettre la transcription ; enfin, on fera remarquer que le vendeur peut la requérir lui-même, s'il craint la négligence de l'acheteur à cet égard.

Ces observations sont vraies, mais il n'en résulte nullement que l'article 2108 se trouve maintenu et applicable ; il suffit, pour s'en convaincre, d'un moment de réflexion. Examinons ce point ; et d'abord considérons le privilège du vendeur sous le rapport du *droit de préférence*.

I. La vente étant consentie, de deux choses l'une : ou l'acheteur est devenu sur-le-champ propriétaire complet et absolu de l'immeuble, sans réserve d'aucun droit réel au profit du vendeur ; ou l'aliénation opérée par le contrat ne l'a été que sous la réserve du privilège. Si on admet la première opinion, l'immeuble acquis par l'acheteur est sur-le-champ frappé entre ses mains par les hypothèques générales, soit judiciaires, soit légales, qui existaient à une date antérieure, avec ou sans inscription, suivant les cas. De nouvelles hypothèques peuvent venir aussi grever le même immeuble après l'acquisition. Dès lors on aura beau transcrire le contrat, le vendeur, qui avait tout aliéné, n'acquerra jamais qu'un droit nouveau primé par les hypothèques antérieures ; et si on répond que par la transcription (ou même par la seule inscription de la créance du prix de vente), le vendeur acquiert un *privilège* dont la nature est de primer toutes les hypothèques même antérieures, nous répliquerons qu'un pareil effet donné rétroactivement à une transcription ou à une inscription, répugnerait à

(1) Séance du 10 ventôse, an XII, Fenet, T. XV, p. 591.

(2) Tout le monde n'a pas délaissé la cause de la transcription ; et, à mon avis, cette cause devrait triompher si on écartait l'article 854 du Code

de procédure. Encore n'est-ce pas précisément le texte de cet article qui tranche la question, mais plutôt la connaissance que l'on a de la pensée intime de ses rédacteurs.



l'idée raisonnable qu'on peut se faire d'un système de publicité; que cette transcription ou inscription ne serait plus, comme nous l'avons dit tant de fois, qu'une vaine formalité.

Cette doctrine bizarre a déjà été l'objet de nos critiques dans le précédent article, où nous avons montré la plupart des auteurs parlant beaucoup de la publicité du privilège du vendeur, en faisant toucher au doigt la haute nécessité, et l'ancrant ensuite en attribuant à la transcription ou à l'inscription des effets rétroactifs.

Si, au contraire, on dit que l'aliénation opérée par le contrat de vente ne l'a été que *sous la réserve du privilège au profit du vendeur*, celui-ci n'a rien à transcrire, ni rien à inscrire; il n'a aliéné qu'une partie de sa chose, il n'a transféré le droit complexe de propriété, c'est-à-dire l'ensemble des droits réels, que moins le droit réel appelé privilège, c'est-à-dire, le droit préférable à tout autre droit analogue, de transformer à son profit, jusqu'à concurrence du prix convenu, l'immeuble en une somme d'argent.

Dira-t-on que le privilège a été *réserve*, mais *sous la condition d'une transcription ou d'une inscription postérieure*? Cela se concevrait sans doute, si on avait établi que dans un délai fixe et rapproché de la vente, le privilège devrait être inscrit. C'est ainsi que le privilège du cohéritier ou copartageant, pour raison de la soulte ou du prix de la licitation, doit, aux termes de l'article 2109, être inscrit dans les soixante jours qui suivent le partage. Si une semblable disposition existait en matière de vente, les créanciers de l'acheteur, quels qu'ils fussent, ne pourraient compter sur la valeur de l'immeuble, qu'autant qu'après l'expiration du délai il n'y aurait eu ni inscription du privilège du vendeur, ni transcription de l'acte de vente; jusque-là ils devraient s'abstenir de compter sur l'augmentation survenue au patrimoine immobilier de leur débiteur. Mais aucune règle semblable n'existe quant au privilège du vendeur; et nul que je sache, n'a proposé jusqu'à présent d'en

introduire une dans la pratique, par voie d'analogie tirée de dispositions analogues du chapitre des privilèges.

Ce qui ne peut se concevoir à mon avis, c'est que tout en admettant que le droit de préférence est *retenu ou réservé* par le vendeur, on le soumette à la condition d'une transcription ou d'une inscription prise à une époque quelconque, et, dit-on, jusqu'à l'adjudication de l'immeuble saisi; comment, en effet, comprendre que des hypothèques déjà acquises soient tenues perpétuellement en suspens par l'attente d'une transcription ou d'une inscription éventuelle? Et à quoi bon ces formalités ainsi entendues? Quelle est leur utilité? Qu'est-ce qu'une publicité qui peut n'avoir d'effet que pour le passé, et n'avertir personne pour l'avenir?

Si tout cela est raisonnable, on ne voit pas pourquoi la même faveur n'aurait pas été accordée, soit au cohéritier qui réclame la soulte du partage ou le prix de la licitation (art. 2109), soit au créancier ou légataire qui veut demander la séparation des patrimoines (art. 2111), soit à l'architecte qui n'a pas été soldé de ses travaux (art. 2110).

Rappelons-nous, d'ailleurs, qu'il a été formellement dit et reconnu au conseil d'État, que le privilège du vendeur devait être rendu *public*, afin que les tiers fussent avertis et qu'il n'y eût point de fraude (1); ce qui suppose évidemment que cette publicité fait savoir aux tiers, lors de l'acquisition de l'acheteur (ou au moins à une époque très-rapprochée de cette acquisition), la charge qui grève les immeubles au profit du vendeur.

Si l'on n'a pas fixé de délai postérieur à la vente, pendant lequel le vendeur devrait inscrire son privilège; si même, dans le Code civil, jamais il n'est question, quant à ce privilège, d'une inscription *exigée du vendeur* et indépendante de toute transcription, c'est que la même transcription mentionne et l'aliénation de l'immeuble, et la créance du prix et par conséquent le privilège. Quand on en est

(1) Séance du 5 ventôse an XII. *V.* Fenet, T. XV, p. 558.

venu à supprimer la nécessité de la transcription pour l'acquisition de la propriété à l'égard des tiers, on aurait pu organiser un nouveau système de publicité du privilège du vendeur ; dire, par exemple, que le privilège serait soumis à l'inscription dans un délai déterminé à partir de la vente. L'absence de toutes dispositions législatives sur ce point est même, à mon sens, un des plus forts arguments que puissent faire valoir ceux qui, dans leur conviction de l'excellence du système de la loi de brumaire, soutiennent encore aujourd'hui que ce système n'a été abrogé que par une erreur de la jurisprudence ; et que ni le Code civil, ni le Code de procédure n'ont fait disparaître une des plus belles institutions de notre législation intermédiaire. On ne peut guère répondre à cette objection qu'en alléguant que la suppression de l'article 91 du projet du Code s'étant faite d'une manière subreptice et sans qu'on osât la proclamer hautement, on s'est bien gardé de rebrousser chemin pour corriger l'article 2108, et qu'on a laissé cet article devenir ce qu'il pourrait (1). Mais enfin, que faire donc aujourd'hui que la propriété de l'immeuble est transférée par le seul consentement, et que nulle disposition de loi n'a fixé un délai pour l'inscription du vendeur, comme elle l'a fait pour l'inscription du copartageant et pour celles des créanciers et légataires de la succession ?

Nous l'avons déjà fait entendre, il faut reconnaître que l'article 2108 a été frappé d'abrogation, par la même disposition implicite ou explicite qui a abrogé l'article 26 de la loi de brumaire. C'est parce que la transcription fait connaître aux tiers la translation de la propriété, qu'elle leur fait connaître en même temps le privilège. Si la transcription est supprimée pour le premier objet, elle l'est pour le second ; car elle n'est autre chose que la publication de toutes les clauses écrites dans

le contrat, soit au profit de l'acheteur, soit au profit du vendeur.

Les interprètes ont prétendu conserver l'article 2108, tout en déclarant abrogé le système général de la loi de brumaire ; ils n'ont pas aperçu que l'article 2108 n'était qu'une institution accessoire, absolument dépendante de l'institution principale conservée dans l'article 91 du projet, de même que l'article 29 de la loi de brumaire n'était qu'un appendice de l'article 26 de la même loi. Aussi sont-ils arrivés à des résultats forcés et d'une bizarrerie inconcevable. Je le répète : il faut être conséquent, reconnaître que l'article 2108 est abrogé, et chercher à constater avec soin toutes les conséquences de cette abrogation. En y réfléchissant, on voit qu'on pouvait imaginer différents moyens de se tirer d'embarras et de suppléer à la transcription, au lieu de s'attacher servilement à la lettre morte d'un article auquel tout sens raisonnable était enlevé.

1° On aurait pu admettre dans la pratique l'usage d'une inscription prise à l'avance par le futur vendeur, c'est-à-dire avant la conclusion définitive du contrat, que l'on n'aurait considéré comme réalisé (ce qui est même assez ordinairement dans la pensée de ceux qui traitent sur un immeuble), que par la rédaction de l'écrit notarié ou sous seing privé. Cette inscription d'une sorte de privilège *éventuel* eût fait connaître à l'avance quel droit le vendeur devait conserver lors de la consommation de la vente. Une telle inscription eût beaucoup ressemblé à l'inscription prise par l'architecte avant le commencement des travaux destinés à créer une plus value. Au moment de la vente réalisée par la confection de l'acte, comme au fur et à mesure des augmentations produites par les travaux, le privilège aurait frappé la valeur immobilière mise dans le patrimoine du débiteur. Une pleine et entière publicité eût révélé ce fait à tous les créanciers

(1) Quelqu'un a qualifié d'*escamotage* la suppression de l'art. 91 du projet de la section de législation, article adopté dans la séance du 10 ventôse

an XII, avec des amendements qui ne touchaient en rien au fond de la question.

hypothécaires de ce dernier. On eût ainsi rendu applicable à la vente, et sans transcription, l'article 2106, tel que nous l'avons interprété, et tel qu'il s'applique dans les cas de l'article 2110.

2<sup>o</sup> On aurait pu, lors de chaque vente d'un immeuble, convenir que l'aliénation serait subordonnée à la transcription de l'acte de vente, et faire de l'accomplissement de cette formalité une véritable condition suspensive; ce qui, certainement, est une clause parfaitement licite. La prudence des parties aurait ainsi corrigé les mauvais effets de l'abandon du principe de la loi de brumaire; on aurait marché comme par le passé; l'article 2108 se serait appliqué à la lettre et sans effort; droit réel transféré, droit réel conservé par le vendeur, tout aurait été à la fois rendu public (1).

Il est évident que l'un ou l'autre de ces deux modes de procéder n'aurait été qu'un correctif conventionnel, un remède imaginé par la prudence des parties, et non par la sagesse du magistrat interprète de la loi commune. Nous devons donc poursuivre notre tâche, et rechercher comment, dans l'hypothèse d'une vente pure et simple, la lacune résultant de l'abrogation implicite de l'article 2108 pourra être comblée, et le privilège du vendeur conservé.

La question étant posée en ces termes, je ne vois que deux solutions possibles. La première consisterait à appliquer, par analogie, au privilège du vendeur les dispositions qui accordent à d'autres créanciers privilégiés, un certain délai pour prendre inscription, et font

produire à cette inscription tout l'effet qu'elle aurait eu si elle avait accompagné l'acquisition d'où naît le privilège. On voit que nous faisons allusion aux dispositions des art. 2109 et 2111 (2). Ainsi, par exemple, le cohéritier ou copartageant a soixante jours pour inscrire le privilège qu'il a sur les immeubles échus aux autres copartageants, pour les soultes ou le prix des licitations. Cette disposition est pleine de sagesse; car un partage est une opération souvent très-compliquée, d'où résultent entre les copartageants des rapports très-nombreux; de sorte que la lecture seul de l'acte, *en supposant qu'il dût être transcrit au bureau des hypothèques* (5), pourrait ne pas suffire, pour donner au public une connaissance exacte des privilèges grevant chacun des immeubles échus aux divers héritiers. Les rédacteurs du Code avaient senti la nécessité absolue de détacher du corps de l'acte ces divers privilèges des copartageants, et de faire connaître chacun d'eux par inscription spéciale, à la différence du privilège du vendeur qui se détache bien plus aisément dans l'acte de vente, où la créance du prix figure comme une clause saillante et principale.

Ainsi, dans le système primitif du Code, le privilège du vendeur existait par la transcription seule, parce que la transcription suffisait pour la faire connaître (4), tandis que l'inscription avait paru indispensable pour rendre notoires les divers privilèges, existant au profit de tel ou tel copartageant sur telle ou telle portion des immeubles héréditaires; ce qui avait nécessité la fixation d'un délai pour la

(1) La possibilité d'une convention de ce genre est indiquée dans les débats d'un procès qui a donné lieu à un arrêt de la cour de Grenoble du 8 février 1810. (Sirey, 1810, t. I, p. 582.)

(2) On peut y joindre les dispositions 1<sup>o</sup> de la première loi du 5 septembre 1807, art. 5 sur le privilège pour le recouvrement des frais de justice dus par les condamnés; 2<sup>o</sup> de la deuxième loi du 5 septembre 1807, art. 5, sur les privilèges qui frappent les biens des comptables.

(5) J'emploie ces expressions : *en supposant qu'il dût être transcrit*; car même sous l'empire

de la loi de brumaire, on admettait généralement que l'art. 26 ne s'appliquait pas aux actes de partage, à cause de la règle que les partages *sont déclaratifs de propriété*. Quant à la mutation opérée par décès au profit de la masse des héritiers elle n'avait point été, à tort ou à raison, soumise à la loi de la transcription.

(4) On se rappelle que, pour plus de clarté, on avait cependant enjoint au conservateur de faire d'office et sur le vu de la transcription, l'inscription du privilège. (V. art. 2108.)

prise de ces diverses inscriptions (1). Mais enfin, la transcription ne pouvant plus jouer le rôle que lui assignait l'article 2108, il n'eût certes pas été déraisonnable d'appliquer dorénavant par analogie l'article 2109 au privilège du vendeur, et de dire que ce dernier devrait s'inscrire dans les soixante jours, à l'effet de primer tous les créanciers de l'acheteur.

Certes personne n'aurait été lésé par une telle jurisprudence; le vendeur n'aurait pu se plaindre d'être traité, quant à la longueur du délai, comme le cohéritier ou copartageant qui peuvent avoir à faire un grand nombre d'inscriptions différentes; et les tiers ne pourraient blâmer une pratique qui, en somme, aurait pour résultat une augmentation de publicité.

Cette solution, je suis prêt à le reconnaître, peut être regardée comme trop hardie, et résultant d'un argument d'analogie qui sort des limites de l'interprétation proprement dite; mais on conviendra du moins qu'elle serait encore préférable à la doctrine admise par les auteurs, et qui peut se résumer en ces termes: *fidélité au texte de l'art. 2108, bien que ce texte n'ait plus aujourd'hui aucun sens raisonnable*. Quoiqu'il en soit, je ne m'arrête pas à cette solution, et voici pour quel motif. Si le législateur n'a pas jugé indispensable l'inscription du privilège du vendeur, c'est que la seule *connaissance de la vente* lui a paru suffisante. Comme on l'a dit plus haut, le privilège n'en est qu'un fragment, une clause particulière. L'acte de vente n'était réputé connu des tiers que par la transcription qui en révélait à la fois tout le contexte, tant au profit de l'acheteur qu'au profit du vendeur. Aujourd'hui tout est changé; on a abandonné presque entièrement le système de la publicité, sage et bienfaisante institution qui avait porté de si

heureux fruits dans quelques-unes de nos provinces du Nord. La vente, en dépit du vote du conseil d'État et de l'article 1585 du Code civil (2), transfère la propriété à l'acheteur, non-seulement à l'égard du vendeur, mais à l'égard des tiers. Dès lors il est admis que la mutation de propriété est suffisamment connue des personnes intéressées, par l'inspection des titres de propriété, dont la représentation doit être le préliminaire indispensable de tout traité avec le propriétaire. Cette présomption est sans doute fautive dans bien des cas; puisque celui qui a aliéné l'immeuble peut avoir gardé les titres, et en réalité les garde toujours lorsque l'aliénation n'est que de certains démembrements de propriété, comme l'usufruit, l'usage, les servitudes. Mais si jamais l'existence d'un droit réel est révélé par la lecture des titres de propriété, c'est incontestablement l'existence du privilège du vendeur; car l'acte de vente qui constate l'acquisition de l'acheteur, constate qu'il est débiteur du prix d'achat, et les personnes qui traitent avec lui ne doivent pas se croire en sûreté tant que la quittance de ce prix ne leur est pas représentée.

De là, on arrive à cette conséquence qu'aujourd'hui le vendeur, au moins en ce qui touche *le droit de préférence* dont nous traitons en ce moment, n'a besoin d'aucune inscription ni transcription pour conserver son privilège; que la vente produisant ses effets sans aucune mention sur les registres publics, doit les produire *intégralement*; qu'on ne peut la scinder, et réputer certaines clauses connues et d'autres ignorées du public; qu'en un mot, les diverses clauses forment un tout indivisible. On peut même dire, en termes plus énergiques, que l'aliénation connue du public par

(1) M. Troplong (Com. sur l'art. 2106, n° 270) voit dans la diversité de ces dispositions de l'*incohérence*. Elles me semblent, au contraire, empreintes d'une haute sagesse; à mon avis les rédacteurs du Code ont rarement aussi bien fait. Je m'étonne aussi que ce jurisconsulte paraisse ne pas apercevoir pourquoi les créanciers et les légataires, qui veulent exercer le privilège de *sépa-*

*ration des patrimoines*, ont un délai beaucoup moins restreint que les copartageants. N'est-il pas évident que l'on a considéré que ces créanciers ou légataires peuvent ne pas se trouver sur les lieux lors du décès du *de cuius*?

(2) Art. 1585: «... La propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix... »

l'examen du titre n'est qu'une aliénation *partielle* (1), puisque le vendeur a conservé un droit réel qui est le privilège. Je sais que le résultat auquel j'arrive ainsi choque une jurisprudence qui paraît constante ; mais je me crois permis de le présenter comme logiquement déduit du principe adopté sur les mutations à titre onéreux (2). On entre ainsi dans un ordre d'idées intelligible ; on met de côté franchement cette menteuse publicité du privilège qui se réduit à une forme inutile, et on ne fausse pas l'institution de l'inscription hypothécaire imaginée pour avertir les tiers ( Voir notre premier article, page 54 ).

Il suivra de notre solution que, dans le cas de faillite de l'acheteur, le vendeur ne sera point déchu de son privilège, à défaut d'inscription aux époques déterminées par l'arti-

(1) J'ai plusieurs fois exprimé ma pensée sous cette forme, mais je n'y tiens pas, si elle peut choquer ceux qui ne veulent absolument pas que l'hypothèque et le privilège soient *des démembrements de la propriété*, et qui peuvent concevoir qu'une personne ait sur un objet la propriété entière, c'est-à-dire le droit réel le plus complet, tandis que d'autres ont aussi des droits réels sur le même objet.

(2) Je n'ai pas entendu m'expliquer sur ce principe lui-même, cela sortait de mon sujet. Peut-être est-il une conséquence naturelle de la disparition de l'art. 91. Au reste, dans le système opposé, on tire des arguments bien puissants, 1<sup>o</sup> de ce que le Code civil non-seulement n'a jamais statué en termes exprès sur le transport de la propriété immobilière *à l'égard des tiers* (ce qui rend inapplicable à l'art. 26 de la loi du 11 brumaire la disposition abrogatoire de la loi du 30 ventôse an XII), mais paraît même se référer au système de la loi de brumaire dans l'art. 1585 ; 2<sup>o</sup> de ce que plusieurs articles du Code civil, tels que notre art. 2168 et les art. 2189 et 2198, tous deux copiés dans la loi de brumaire, sont inconciliables avec le nouveau système. Cette matière, supérieurement traitée dans plusieurs écrits par M. Blondeau, l'a été aussi avec un grand talent par M. Bonjean dans une thèse de licence ( 29 août 1829 ). Cette *thèse de licence*, je ne crains pas de le dire, mériterait les honneurs d'une réimpression.

(5) On sait qu'une jurisprudence constante admet que le droit de résolution conféré par les

art. 448 du Code de commerce (comp. ancien article 445, *ibid.*) ; la masse des créanciers qui a connu le contrat de vente a également connu la dette du prix. Et quelle utilité trouve-t-on d'ailleurs à enlever au vendeur son privilège en lui laissant une action en résolution (5) ? Celui qui a le droit de reprendre l'immeuble en nature à défaut de paiement du prix, n'a-t-il pas, à bien plus forte raison, le droit d'être payé par préférence sur la valeur de cet immeuble ? Un résultat contraire n'est-il pas choquant pour la raison, et ne faut-il pas le rejeter, quand il n'est pas consacré par un texte formel de la loi (4) ?

Il nous reste à considérer le privilège du vendeur sous le rapport du *droit de suite*.

II. Dans le système du Code civil, le privilège du vendeur se révèle en même temps

art. 1184 et 1654 est un droit *réel*, c'est-à-dire *opposable aux tiers*.

(4) Ce que j'ai trouvé de plus extraordinaire, sur cette matière, est un arrêt de la cour de Lyon, confirmé par arrêt de rejet de la cour de cassation du 16 juillet 1818 (Sirey. T. XVIII, part. I, p. 27), qui décide qu'un vendeur non payé est déchu de son privilège, pour ne s'être pas inscrit dans les dix jours qui ont précédé la faillite de l'acheteur, et qu'en outre il est censé avoir renoncé à son action en résolution *en demandant à exercer son privilège*. Comme si avant de recourir à la résolution, moyen extrême et que les lois fiscales rendent si coûteux, il n'était pas naturel qu'il essayât de se faire payer d'une manière ou d'une autre ! (Comp. art. 1654.) Comme si la renonciation au droit de résolution, en supposant même qu'il y eût renonciation, n'était pas au moins subordonnée à la condition de *l'exercice du privilège* ! Sans aucun doute, les juges ont cédé au sentiment de répulsion que fait éprouver un système dans lequel le privilège périt et la résolution subsiste. Mais ce système n'en est pas moins virtuellement consacré dans l'arrêt ; car, en ne se présentant pas à l'ordre, le vendeur eût été admis à exercer le droit de résolution. M. Duranton, T. XIX, p. 424, dit que même en produisant à l'ordre, le vendeur ne serait nullement déchu du droit de résolution, s'il avait fait des réserves. Mais ces réserves sont-elles nécessaires ? Doit-on facilement présumer l'abandon d'un droit important ? Non sans doute, et des lois faites dans cet esprit seraient des pièges tendus aux particuliers.

que l'aliénation aux sous-acquéreurs de la propriété, comme aux créanciers hypothécaires. Nulle aliénation nouvelle ne peut être concédée par l'acheteur, si ce n'est sous réserve de ce privilège. Il nous suffit donc de répéter ici, en deux mots, ce que nous avons longuement développé en traitant du droit de préférence, c'est-à-dire que la publicité des mutations à titre onéreux n'existant plus, l'article 2108 devient inapplicable. La vente étant supposée connue des tiers sans transcription, la créance du prix l'est également, soit de l'adjudicataire sur saisie, soit du nouvel acquéreur ; le droit de suite *du vendeur doit donc exister à leur égard indépendamment d'une publicité spéciale*, comme existe le droit de résolution (1).

Arrivons tout de suite à l'article 854 du Code de procédure, disposition jetée au milieu de matières étrangères, et dont le but secret était de satisfaire la régie, mécontente de voir ses recettes diminuer depuis que la transcription n'était plus utile pour l'acquisition de la propriété immobilière (2). Depuis cet article, tout acquéreur (indépendamment des articles 2180 *in fine*, 2181 et 2198) a un intérêt des plus grands à transcrire pour faire apparaître les inscriptions des créanciers hypothécaires, qui avaient déjà le droit de s'inscrire avant la mutation de propriété. Dès lors, on a pu dire que le vendeur, à l'égard des créanciers dont nous venons de parler, est considéré comme étant encore propriétaire, non-seulement jusqu'à la transcription, mais encore *jusqu'à l'expiration de quinzaine à partir de la transcription*. Ainsi, même après l'accomplissement de cette formalité, l'acheteur

n'est pas encore saisi de la propriété *erga omnes*.

La fin de cet article 854 réserve formellement au vendeur le droit résultant de l'article 2108. Que signifient ces mots ? S'agit-il ici de rétablir ou de confirmer la nécessité de rendre public le privilège du vendeur, *en sorte que ce privilège puisse s'évanouir dans certains cas pour cause d'inobservation de l'article 2108* ? Je ne le crois pas, et voici mes motifs. A l'époque où s'élaborait le Code de procédure, on était loin d'être d'accord sur les effets de la transcription ; et dans la relation de M. Loaré, on voit que le grand juge, ministre de la justice, le conseil d'État, et la régie de l'enregistrement avaient des opinions divergentes sur cette matière, et notamment que le grand juge regardait la loi de brumaire comme demeurée en pleine vigueur. Le conseil d'État n'avait garde de s'expliquer d'une manière précise sur ces questions difficiles, en rédigeant un titre du Code de procédure. Antérieurement (le 11 fructidor an XII), il avait émis un avis opposé à l'opinion du grand juge. Cet avis avait déplu à la régie et, par suite, au chef du gouvernement. Le conseil d'État a voulu contenter la régie en faisant un article qui, d'une part, rend la transcription fort utile, et, d'autre part, semble établir, dans une rédaction obscure et embarrassée, que le vendeur est dépouillé de la propriété par la vente, et en un mot, que *l'aliénation précède la transcription*. La fin de l'article relative au privilège du vendeur et du cohéritier se ressent de l'obscurité du début. Au fond, tout ce qu'on veut exprimer, dans cette fin d'article, relativement au vendeur, c'est qu'il n'est pas soumis à l'inscription, et qu'à son égard il existe *un droit spécial*,

(1) Le contraire a été jugé plusieurs fois, et notamment par un arrêt de rejet de la cour de cassation du 15 décembre 1815, rendu sur une espèce antérieure au Code de Proc. civile (Sirey, 1814, part. I, p. 46 ; V. surtout le 4<sup>e</sup> considérant). Mais trouve-t-on même *un texte* dans le Code civil qui subordonne le *droit de suite* du vendeur à une inscription prise avant la revente de l'immeuble ? Ce n'est certes pas dans l'art. 2166. Et, je le répète encore, que signifierait une législa-

tion qui refuserait le privilège en accordant le droit de résolution ? Jamais de pareils résultats ne sont entrés dans la pensée des rédacteurs du Code.

(2) Voyez l'histoire de cet article dans M. Loaré, Esprit du Code de procédure, T. IV, p. 27 à 69. On n'eût sans doute pas songé à cet expédient législatif, si le Code de procédure eût été rédigé après la loi de finance de 1816 (L. les art. 52 et 54 de cette loi).

consacré par l'article 2108, c'est-à-dire, que son privilège est connu en même temps que la vente tout entière. Maintenant, comment la vente elle-même sera-t-elle connue? c'est une question à part. D'après l'art. 2108, ce devait être par la transcription; mais en renvoyant à cet article, on ne le fait pas revivre quant à la partie abrogée sur laquelle on ne veut pas s'exprimer en termes exprès. Ce qui est bien entendu, c'est que le vendeur n'est pas tenu de s'inscrire, et que son privilège se conserve nécessairement et par la force des choses, lorsque la créance du prix est mentionnée dans l'acte de vente. Qu'on se rappelle d'ailleurs que le vendeur non payé conserve toujours, et sans remplir aucune formalité, le droit de demander la résolution de la vente, et on restera persuadé que son privilège ne peut dépendre de l'accomplissement de formalités qui lui seraient imposées (1).

Mais ne serait-il pas possible d'entendre la disposition finale de l'article 854 du Code de procédure d'une manière telle, que le droit de suite du vendeur fût toujours révélé par une transcription que serait obligé de faire, non pas le vendeur, mais l'acheteur. Ceci dépendra de l'interprétation qu'on donnera au *premier alinéa* du même article. On pourra peut-être arriver ainsi à considérer l'article 854 comme rétablissant, en matière de droit de suite, un système de publicité, dont le jeu serait tel que le privilège du vendeur apparaîtra toujours par l'effet d'une transcription

(1) Je sais que l'avis du conseil d'État du 22 janvier 1808, relatif, entre autres matières, *aux inscriptions prises d'office*, contient une disposition qui paraît supposer en vigueur un principe contraire, puisqu'il dit *que le renouvellement d'inscription prescrit par l'art. 2154 doit être fait par le vendeur*; mais il faut bien faire attention que le conseil d'État, lorsqu'il a donné l'avis en question, n'avait pas à examiner si cette inscription était nécessaire au vendeur, mais seulement si le conservateur devait, d'office, pourvoir au renouvellement. On a bien fait de décider la négative et d'affranchir le conservateur d'une tâche presque impossible à remplir; mais le conseil d'État va trop loin, quand il suppose que le ven-

*imposée à l'acheteur. Je vais m'expliquer.*

D'après l'article 854, les hypothèques acquises avant la vente, mais non encore inscrites, peuvent l'être dans la quinzaine qui suit la transcription de cet acte. Ainsi, comme nous l'avons dit, sous ce rapport unique, c'est-à-dire, au profit des créanciers qui pouvaient s'inscrire avant la vente, le vendeur est encore considéré comme propriétaire jusqu'après l'expiration de la quinzaine qui suit la transcription. Mais supposons que, cette transcription n'ayant pas été faite, l'acheteur revende l'immeuble; le nouvel acquéreur devra-t-il, pour arrêter le cours des inscriptions qui peuvent être prises par les créanciers du premier vendeur, transcrire non-seulement son propre contrat, mais même le premier contrat de vente? Je pense qu'il le doit, et voici comment je raisonne :

Il résulte de l'article 854 quelque chose d'analogue à ce qui se passait sous la loi de brumaire, puisque le vendeur, sous un certain rapport, est encore propriétaire jusqu'à la transcription de la vente, et même quinze jours par delà. Que l'acheteur vienne à revendre, la position du vendeur originaire ne change pas; car ce premier acheteur n'a pu concéder au second plus de droit qu'il n'en avait lui-même. Ce nouvel acheteur ne sera donc propriétaire à l'égard des créanciers du premier vendeur que de la manière dont l'aurait été le premier acheteur, c'est-à-dire, en transcrivant le premier contrat de vente (2); et, en outre,

le vendeur a une inscription à renouveler. Si ce point eût été l'objet d'un examen spécial, on eût reconnu que cette décision supposait : 1° que le système de la loi de brumaire était en vigueur, ce que le conseil d'État d'alors avait refusé d'admettre; 2° que le vendeur n'avait pas d'action en résolution contre les tiers. Remarquons d'ailleurs que, d'après l'art 2108 lui-même, aucune *inscription* n'est exigée du vendeur: or, l'art. 2154 ne parle que du *renouvellement des inscriptions*. Jamais les *transcriptions* n'ont dû être *renouvelées* soit d'après la loi du 11 brumaire, soit d'après le Code civil.

(2) Sous l'empire de la loi de brumaire, l'acheteur n'aurait pu, avant la transcription de son

pour devenir complètement propriétaire à l'égard des créanciers hypothécaires du second vendeur, il devra transcrire son propre contrat.

acte de vente conférer des hypothèques *ni faire des aliénations au préjudice de son vendeur* ; car la transcription du *premier contrat* ne devait opérer la mutation de propriété à son profit et au profit de ses successeurs universels ou particuliers, qu'en faisant naître en même temps le privilège du vendeur. M. Troplong admet bien cette solution quant aux hypothèques accordées par l'acheteur avant la transcription de la vente faite à son profit, parce que, dit-il, avec beaucoup de raison, l'acheteur *ne pouvait conférer plus de droit qu'il n'en avait lui-même*. (Com. sur l'art. 2108, T. I, n° 276 p. 405 et 406.) Mais, chose surprenante, il rejette cette même solution quant aux *aliénations* faites par l'acheteur. Ainsi, d'après ce jurisconsulte, l'acheteur qui ne peut hypothéquer, *parce qu'il ne saurait conférer plus de droit qu'il n'en a lui-même*, pourra aliéner la pleine propriété. Voici les passages auxquels je fais allusion, et dans lesquels M. Troplong se propose d'expliquer *le jeu du système de la loi du 11 brumaire*.

« Il fallait nécessairement qu'elle (la vente) fût accompagnée de la transcription. Il suit de là que le vendeur restait maître de la chose à l'égard des tiers jusqu'à la transcription, et que l'acquéreur ne pouvait l'hypothéquer, tant que cette transcription n'était pas effectuée. *Il ne pouvait en effet conférer plus de droit qu'il n'en avait lui-même.* » (Page 405.)

Et plus loin : « Lorsque l'acquéreur conférait des hypothèques sur l'immeuble qu'il avait acheté, mais dont l'acte de vente n'avait pas été transcrit, ces hypothèques ne pouvaient nuire au droit du vendeur. Car, avant la transcription point d'aliénation complète, et par conséquent point d'hypothèque opposable au vendeur ; *que si l'acquéreur faisait transcrire, le privilège du vendeur se trouvait par cela même conservé, et nulle inscription hypothécaire ne pouvait le primer.* »

Toute cette doctrine est parfaitement exacte, mais continuons :

« Si l'acheteur faisait une revente de l'immeuble, il est encore certain que le droit du vendeur originaire demeurait sain et entier, tant que le sous-acquéreur n'avait pas fait transcrire (transcrire quoi ? On verra plus loin qu'il s'agit du deuxième contrat). *Le vendeur maintenait donc l'intégrité de son privilège en faisant transcrire son contrat même après la revente.* (Le vendeur n'avait point de privilège à maintenir tant qu'il

Ces mêmes règles seraient applicables, quel que fût le nombre des actes de vente successifs. Or, chacune de ces transcriptions, en

avait la pleine propriété ; *il acquérait un privilège* lorsque l'acheteur, en transcrivant, était devenu propriétaire.) *Mais il en était autrement si, avant cette transcription, le sous-acquéreur faisait transcrire son acte. Cette transcription purgeait l'immeuble entre les mains du sous-acquéreur, et une transcription ou inscription postérieure faite par le vendeur originaire n'eût pu relever ce dernier de la perte de son droit.* »

Comment ? la transcription qui, d'après la loi du 11 brumaire, dépouille le vendeur de sa propriété, est la transcription d'un acte de vente autre que le sien ? Quoi ? l'acheteur qui n'est pas encore investi de la propriété de l'immeuble, qui *ne peut l'hypothéquer* au préjudice de son vendeur, peut valablement l'aliéner ! *Nulle inscription hypothécaire prise par un créancier de l'acheteur ne primera le vendeur*, parce que cet acheteur *ne peut conférer plus de droit qu'il n'en a lui-même*, et la transcription d'une revente faite par l'acheteur dépouillera complètement le même vendeur ! Eh ! qu'aurait répondu ce sous-acquéreur prétendu propriétaire, à des tiers qui auraient traité avec le vendeur originaire, et qui se seraient inscrits ou auraient transcrit avant la transcription de l'acte de vente du premier acheteur qui a revendu l'immeuble ? L'article 26 de la loi du 11 brumaire ne les aurait-il pas fait invinciblement triompher des prétentions et de ce premier acheteur et du second qui succède à ses droits ? En vérité, si je combats ici des erreurs chimériques, si c'est moi qui m'abuse, s'il n'y a que logique où je vois des contradictions flagrantes, je n'ai plus qu'à me taire et je suis un insensé. Mais si j'ai raison, comment ne pas déplorer le dommage que de tels écrits, séduisants par le mouvement du style, quelquefois même précieux par la recherche de vieux documents rajeunis, peuvent causer aux saines études du droit ?

A la fin du passage que je viens de transcrire, l'auteur fait en note les citations suivantes : Rép. T. XV., Transcrip., p. 692. Arrêt de la cour de cassation du 15 décembre 1815, Dalloz, Hyp., p. 88 et 89. » Ces autorités sont sans doute importantes, et leur adhésion à des résultats qui me paraissaient si choquants m'embarrassait beaucoup lorsque j'ai pris le parti de les vérifier. Quelle a été ma surprise lorsque j'ai reconnu qu'il s'agissait, dans l'espèce jugée par l'arrêt du 15 décembre 1815, d'une vente faite le 5 fructidor an III, c'est-à-dire, à une époque où *la propriété se transférait*



profitant à l'acheteur, servira aussi à faire apparaître le privilège de chacun des vendeurs non encore payés. De cette manière, l'art. 2108, auquel renvoie l'art. 854 du Code de procédure, deviendra de nouveau applicable, non-seulement en ce sens que le privilège sera connu du public comme clause de la vente et en même temps que les autres clauses, mais, encore en ce sens qu'il sera, aussi bien que la vente tout entière, connu par la transcription.

Ajoutons que cette interprétation est tout à fait en harmonie avec l'esprit fiscal qui a dicté l'article 854, destiné à apaiser les clameurs de la régie et à rendre nécessaires un grand nombre de transcriptions. Qu'il nous soit permis de le dire en passant : il est déplorable de voir la fiscalité présider ainsi aux développements de la législation civile, et régler, dans l'intérêt de son exploitation, les matières les plus importantes et les plus vitales. D'autres fois, la réaction se fait sentir, et on fait ainsi des lois d'expédient, tantôt pour combattre, tantôt pour favoriser les exigences du fisc. On accumule des règles que ne rattache

*sans transcription* (a); et que le vendeur ne s'était pas même conformé aux dispositions du titre 5 de la loi du 11 brumaire an VII, qui accordaient un délai de trois mois pour inscrire les hypothèques et les privilèges antérieurs à sa promulgation ! Quant à M. Dalloz, *v° hypothèque*, p. 88, il cite précisément cet arrêt en traitant des dispositions transitoires de la loi du 11 brumaire. Et enfin à l'endroit indiqué du Répertoire (*V. 5<sup>e</sup> édition § 5 no 5*), le même arrêt se trouve intercalé dans un passage de M. Tarrible, où il n'est pas le moins du monde question d'expliquer le système de la loi du 11 brumaire sur les effets de la transcription.

(1) *V. Arrêts* du 28 mai 1807 (Sirey, T. VII, part. 1, p. 295) et du 15 décembre 1815 (Sirey, T. XIV, part. 1, p. 46). La même doctrine est professée par Merlin, qui cite encore quelques autres arrêts (Rép., 5<sup>e</sup> édit., *v° Transcript.* § 3, n° 2); par M. Duranton (T. XX, p. 610, n° 559 et suiv.); et par MM. Aubry et Rau (traduct. de Zachariæ, T. 1 p. 455). Mais ces derniers, à en juger par la

aucun lien, que ne féconde aucun principe commun. C'est par haine pour les lois fiscales que beaucoup de conseillers d'État rejetaient, en l'an XII, la transcription, et même l'inscription de la loi de brumaire. Ces belles institutions ont péri en grande partie, et le fisc a trouvé le moyen de ressaisir sa proie, d'abord partiellement par l'art. 854 (article utile sans doute sous certains rapports, mais dont l'obscurité a été une source de procès), et enfin d'une manière complète, par les articles 52 et 54 de la loi de finance de 1816. Puisque aujourd'hui, en définitive, on paye toujours, autant valait conserver intact le principe de la publicité.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence, qui est si embrouillée et si peu systématique sur toutes ces matières, paraît repousser le moyen que je signalais tout à l'heure de faire revivre l'article 2108 par l'article 854. Plusieurs arrêts de rejet de la cour de cassation décident que l'acheteur, pour jouir du bénéfice de ce dernier article, n'a pas besoin de transcrire les contrats qui précèdent le sien (1). Si cette doctrine

note 7 mise au bas de cette page, paraissent s'occuper surtout de la purge proprement dite. — M. Tarrible a vu l'utilité de la transcription des contrats précédents pour l'application de l'art. 854 (*V. Transcription*, § 5, n° 5). Mais il subordonne mal à propos la transcription de chaque contrat de vente antérieur, à la circonstance que le vendeur a constitué des hypothèques qui peuvent être inscrites; en effet, le privilège du vendeur est, à l'égard de l'acheteur, aussi favorable que les hypothèques en question. — Delvincourt et Grenier, et après eux M. Troplong, T. IV, no 915, font une distinction assez judicieuse, bien qu'elle s'écarte du texte de l'art. 854. Ils se contentent de la transcription du dernier contrat, lorsque ce contrat relate exactement les noms des vendeurs antérieurs. Ce tempérament pourrait être admis, toutefois en exigeant en outre que le dernier acte mentionnât le prix stipulé pour chacune des ventes antérieures. Aucun de ces derniers auteurs n'envisage la question sous le rapport de l'application de l'article 854.

(a) La loi du 9 messidor an III, déjà décrétée, ne devait être mise en vigueur qu'à partir du 1<sup>er</sup> ventôse an IV (*V. art. 1<sup>er</sup> de cette loi*); et d'ailleurs elle n'exigeait point la transcription

pour la translation de propriété, ainsi que l'a jugé avec raison l'arrêt de rejet de la cour de cassation du 28 juin 1816 (Sirey, 1817, p. 1, p. 294).

triomphe, il faut en revenir purement et simplement à la solution exposée plus haut, suivant laquelle le droit de suite du vendeur se conserve aussi bien que son droit de préférence,

sans publicité spéciale et comme clause du contrat de vente.

A. VALETTE,

*Professeur à la faculté de droit de Paris.*

## DISSERTATION.

QUEL EST LE VÉRITABLE SENS DE LA RÈGLE ÉNONCÉE DANS L'ARTICLE 315 DU CODE CIVIL, QUE LA LÉGITIMITÉ DE L'ENFANT NÉ TROIS CENTS JOURS APRÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE, POURRA ÊTRE CONTESTÉE?

Il y a dans notre droit civil des questions tellement connues, par les travaux de l'école, les débats du palais et les controverses des commentateurs, que la discussion semble épuisée. On serait tenté de placer dans cette classe celle qui va faire l'objet de cette dissertation. Toutefois sa haute gravité, l'immense intérêt que présente l'organisation de l'état des familles, nous ont déterminé à la traiter, essayant de l'exposer sous une forme nouvelle.

*L'enfant, né le trois cent et unième jour de la dissolution du mariage, doit-il nécessairement succomber sur l'action en contestation de légitimité dirigée contre lui?*

Tel est le problème dont nous allons rechercher la solution.

La loi des XII tables, sous la rubrique *de jure privato*, s'exprime ainsi : « *Si filius patri, intra decem menses proximos a morte, natus ex uxore erit, justus ei filius esto.* » L'enfant n'est donc légitime qu'autant qu'il naît dans le dixième mois de la mort du mari de sa mère. Aulugelle nous rapporte même, au livre III, chap. xvi de ses Nuits Attiques,

qu'une dame romaine, *bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia*, ayant accouché dans le onzième mois de la mort de son mari, donna le jour à un enfant illégitime, *propter rationem temporis mortuo quasi marito concepit*. Voici la raison qu'il en donne : *Quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent* (1).

Ce passage de la loi des XII tables est confirmé par un texte d'Ulpien. *L. 5, § 11 Dig. de suis et leg. hæred. 38. 16. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hæreditatem.*

Tels étaient les principes du droit romain primitif, et ils étaient encore en vigueur à l'époque des jurisconsultes classiques. Toutefois il est bon d'ajouter, aussi d'après Aulugelle, que l'empereur Adrien, sans s'arrêter aux anciennes institutions, se crut autorisé à décréter qu'un enfant, né dans le onzième mois, pouvait encore être légitime; mais ce n'est là qu'une *décision* qui paraît n'avoir

(1) *V. Inst. Just. cum notis Arnoldi Vinnii*, p. 965. *Edit. Viennæ Austriae, 1755.*

jamais été traduite en langage législatif, et qui, par cela même, ne peut tirer à conséquence.

Justinien, avec son style paraphrasé, semble adopter, dans sa nouvelle 59, le décret (1) d'Adrien; mais son hypothèse n'est pas la même, et la solution qu'il donne n'est point explicite; en sorte que nous pouvons poser ce principe comme constant en droit romain, que la légitimité n'est assurée à l'enfant qu'autant qu'il naît dans le dixième mois du décès du mari de sa mère.

Dans notre ancien droit français (excepté pourtant dans les pays de droit écrit où la législation romaine était regardée comme loi municipale), aucune règle précise n'était établie; tout était abandonné à l'arbitraire des parlements. On pensait assez généralement qu'après dix mois depuis la dissolution du mariage, il y avait une sorte de présomption d'il-légitimité; mais cette présomption était faible, la moindre circonstance la faisait défaillir, et, dans tous les cas, elle pouvait être combattue par la preuve contraire. Les arrêts des parlements se ressentaient de cette incertitude de la législation et de la doctrine. On voit des arrêts légitimer des enfants nés dans le douzième (2), dans le treizième (3), et même dans le dix-huitième (4) mois depuis la dissolution du mariage. On en voit d'autres, au contraire, décider qu'après le dixième (5) mois il n'y a plus de légitimité possible. Dans ce conflit de décisions on éprouve un sentiment pénible, en reconnaissant que la justice se pliait souvent au caprice de familles puissantes.

Lors de la rédaction du Code civil, on sentit le besoin de limiter la puissance des tribunaux, et surtout de mettre fin à ces questions de fait dont la solution est si incertaine. Lors

de la discussion qui eut lieu au conseil d'État, un membre demanda que l'on abandonnât encore le soin de décider à la jurisprudence; mais sur les observations judicieuses de Tronchet : *que laisser la décision de ces sortes de procès à l'arbitraire de la jurisprudence, c'était ouvrir la porte aux jugements de pure faveur*, on adopta le principe d'une limitation précise.

Sans être partisan d'un système qui aurait pour résultat de conduire les juges par la lisière, comme le dit naïvement un professeur, on doit se féliciter d'avoir sur cette matière des règles précises dont les magistrats ne peuvent s'écarter. Si la nature est quelquefois capricieuse, il est certain que rien n'est plus dangereux pour la société qu'une législation dont les dispositions arbitraires donnent ouverture à la fraude et rendent facile l'usurpation du titre et des droits d'enfant légitime. Aussi, nous le répétons, il est heureux que le Code civil ait énoncé, sur la durée de la gestation, sur l'époque de la conception, des règles positives qui ferment la porte aux anciens abus. Le législateur de l'an XI, pour pouvoir établir des principes fixes et invariables, eut soin de s'éclairer des lumières d'hommes spéciaux. Fourcroy fournit les renseignements nécessaires puisés aux sources les plus certaines, et avec sa précision mathématique, il donna la formule suivante : « *La fixation de 186 jours pour les naissances accélérées et de 286 jours pour les naissances tardives, ainsi que pour la légitimation des enfants qui proviennent des unes ou des autres, se trouve parfaitement d'accord avec la portion la plus éclairée et la plus sage des physiiciens, des naturalistes et des jurisconsultes* (6). »

(1) *Decretum dicitur principis, cum ipse de causa cognoscit, et partibus auditis, pronunciat. V. Dig. leg. 3, de his quæ in testam del. 28, 4.*

(2) *V. Arrêt de 1475, rapporté par Bouteiller dans sa somme rurale.*

(3) Godefroy sur la nouvelle 59.

(4) Arrêt du parlement de Rouen du 8 juillet

ARCHIVES. — T. IV, 4<sup>e</sup> LIVRAISON.

1695. *V. le Rép. de Merlin, v<sup>o</sup> Légitimité, § 2, sect. 2.*

(5) Arrêt du 22 août 1626, rapporté par Brodeau. Arrêt du 10 août 1652, rapporté par Bagnage sur l'art. 555 de la coutume de Normandie.

(6) *V. Collection de Fenet, t. X, p. 15 et suiv., note.*

Le projet du 24 thermidor an VIII adoptait les calculs de Fourcroy ; l'article 3 du titre VII était ainsi conçu : « L'enfant né avant le 186<sup>e</sup> jour du mariage n'est plus présumé l'enfant du mariage. » L'article 4, s'occupant de la naissance tardive, disait : « Il en est de même de l'enfant né 286 jours après la dissolution du mariage. » Lors de la discussion du projet en l'an X et l'an XI, on reproduisit la formule de l'an VIII. Les articles 2 et 3 du *titre de la paternité et de la filiation*, présentés à la séance du 14 brumaire an X, déclaraient illégitimes *de plano* les enfants nés avant le 186<sup>e</sup> jour du mariage, et ceux nés 286 jours après sa dissolution. Mais sur les observations du premier consul, de Portalis et de Regnier (1), on proposa une rédaction qui, sans frapper absolument et de plein droit l'enfant, lui laissait son état lorsqu'il n'était pas attaqué. De là, les formules adoptées d'abord dans la séance du 13 frimaire an X, et enfin dans la séance du 13 brumaire an XI, lors de la présentation du projet définitif : « *L'enfant né avant le 180<sup>e</sup> jour... pourra être désavoué... la légitimité de l'enfant né 300 jours après, etc., pourra être contestée.* »

Mais en augmentant les termes fixés par Fourcroy, et en employant des expressions différentes, on n'avait nullement l'intention de consacrer des principes nouveaux ; on voulait tout simplement laisser aux enfants leur état, s'il n'était pas contesté.

Les termes de 180 et de 300 jours étaient irrévocablement établis ; ils exprimaient des principes tellement certains, que, dans le projet présenté officieusement au tribunal, on trouve à l'article 1<sup>er</sup> : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, néanmoins celui-ci *pourra* désavouer l'enfant s'il prouve *qu'au moment de la conception* il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa

femme. » Ce n'était que par induction, d'après la combinaison des articles suivants, qu'on arrivait à l'application des termes de 180 et de 300 (2). Pour éviter toute espèce de doute, le tribunal proposa, et la section de législation adopta la rédaction de l'article 312 du Code actuel qui circonscrit d'une manière formelle *le moment de la conception* entre le 300<sup>e</sup> et le 180<sup>e</sup> jour avant la naissance de l'enfant.

Le tribunal voulant encore déterminer *avec une précision très-rigoureuse* l'état de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, demanda que l'illégitimité fût prononcée *de plano* (3). La section du conseil d'État, sans aucune objection, perdant le souvenir des observations antérieures, adopta cette formule bien plus nette que celle du projet de l'an VIII : *La loi ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né 301 jours après la dissolution du mariage.*

Lors de la présentation du projet au corps législatif, le 20 ventôse an XI, on ne trouve plus cette dernière rédaction ; la précédente, qui forme aujourd'hui l'article 313 du Code civil, reparait : mais l'on sait sous quel rapport elle est plus favorable à l'enfant ; on a vu qu'elle n'accorde pas un terme plus long ; seulement elle attend la contestation pour prononcer l'illégitimité.

Maintenant que nous avons assisté à la confection de la loi, nous devons nous demander s'il est possible que l'enfant né le 301<sup>e</sup> jour de la dissolution du mariage puisse démontrer sa légitimité, lorsqu'on vient la lui contester, aux termes de l'article 313 du Code civil. Évidemment la réponse doit être négative.

En effet, les termes primitifs de la plus courte et de la plus longue gestation étaient 186 et 286 jours. Il était reconnu formellement que, quand on se trouvait en deçà ou au delà,

(1) *V.* Fenet, p. 14, 15, 16 et suiv.

(2) *Ibid.*, T. X, p. 116.

(3) *Ibid.*, T. X, p. 119. « Il semblerait, dit le tribunal, que si la légitimité de l'enfant né

douze mois, par exemple, après la dissolution du mariage, n'était point contestée, *il devrait être regardé comme légitime*; ce ne peut être l'intention de la loi. »

il y avait illégitimité nécessaire et de plein droit (1).

Une rédaction nouvelle est plus indulgente ; d'une part, elle étend les termes, et de l'autre elle laisse à l'enfant son état, si personne ne le lui conteste. Voilà tout. On ne peut, en se fondant sur cette disposition, prétendre que, s'il y a contestation de la légitimité d'un enfant né le 501<sup>e</sup> jour depuis la dissolution du mariage, il y aura possibilité de résister et de repousser l'attaque. L'argument basé sur le mot *pourra* n'a plus de force. On a voulu, la discussion du conseil d'État le prouve, mettre fin aux incertitudes et aux fluctuations de la jurisprudence, en traçant des règles précises. Il faut respecter les limites posées. Sans cela, il n'y a plus que de l'arbitraire, et l'harmonie si bien établie entre les dispositions qu'on vient de citer et les articles 228 et 296 n'existe plus.

Au surplus, cette doctrine, qui admet une limitation rigoureuse, qui ne reconnaît point au juge la faculté de prononcer la légitimité de l'enfant né le 501<sup>e</sup> jour après la dissolution du mariage, lorsque cette légitimité est contestée, est consacrée par tous les auteurs. Proudhon, dans son *Traité sur l'état des personnes*, tome II, page 29, explique que les mots..... *pourra être contestée*..... n'impliquent nullement une faculté de la part du juge ; car, dit-il, la même théorie devrait être appliquée aux mots.... *pourra désavouer*... dans l'article 512. Or, qui prétendrait que le mari, après avoir justifié de l'impossibilité physique de cohabitation, ne doit pas nécessairement triompher ? En outre, poursuit le même auteur, l'unité est rompue, on ne peut vouloir ainsi détruire l'économie de la loi. Voyez en ce sens Duranton, tome III, n<sup>o</sup> 56 à 59, édition HAUMAN ; — Toullier, tome II, 228 ; — Delvincourt, tome II, page 202.

Zachariæ, dans son excellent ouvrage intitulé *Cours de droit civil*, tome III, page 654, démontre que c'est sur un paralogisme évi-

dent, sur une fausse interprétation du mot *contester*, qu'emploie l'article 515, non dans le sens de *discuter*, *débattre*, mais dans celui de *dénier* ou *méconnaître*, que s'appuie l'opinion contraire.

Ainsi, l'illégitimité de l'enfant ne résulte pas de plein droit de la tardivité de la naissance ; il faut qu'elle soit déclarée ; mais on ne saurait conclure de là qu'elle peut ne pas l'être, quand il y a contestation de légitimité fondée sur le fait de la naissance tardive de l'enfant.

Si nous interrogeons la jurisprudence, elle vient confirmer l'opinion des auteurs. On peut citer notamment un arrêt de la cour de Grenoble, du 12 avril 1809 (2), et un arrêt de la cour d'Aix, du 8 janvier 1812 (3). Cependant un arrêt de la cour de Limoges, du 18 juin 1840 (4), a jugé en sens contraire ; il a décidé qu'il y a faculté pour le juge d'admettre ou de rejeter l'illégitimité de l'enfant né le 501<sup>e</sup> jour depuis la dissolution du mariage. Il se fonde d'abord sur le mot *pourra*. Il est inutile de revenir ici sur la réfutation que nous avons donnée plus haut de l'argument qu'on puise dans cette locution ; qu'il suffise de dire avec l'orateur du tribunat (Duveyrier) (5) : « La loi n'est pas appelée à réformer ce qu'elle ignore... Tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire. Si l'état de l'enfant n'est pas attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre. » La cour de Limoges rappelle, il est vrai, un passage du discours de Bigot de Préameneu, ainsi conçu : « Néanmoins la présomption ne sera décisive contre l'enfant qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par d'autres circonstances. » Il faut répondre que l'orateur du gouvernement a exprimé une autre pensée que celle du conseil d'État dont il était l'organe ; il a émis une opinion personnelle, qui ne peut en aucune façon l'emporter sur les résolutions adoptées antérieurement. Il

(1) V. Fenet, *loc. cit.*, p. 22 et suiv. ; observations de Portalis et Regnier.

(2) Sirey, IX, 2, 228.

(3) Sirey, XII, 2, 214.

(4) *Gazette des tribunaux* du 5 juillet 1840.

(5) V. Fenet, T. X, p. 221.

faut d'ailleurs faire observer que Bigot de Préameneu n'avait pas assisté aux séances préparatoires de l'an x (1), « que, par conséquent, il a pu se tromper, surtout lorsqu'il ne retrouvait plus la rédaction adoptée, lors de la communication officielle au tribunal.

L'arrêt se fonde encore sur le passage suivant du tribun Lahary : « L'article veut que la légitimité puisse être contestée, mais il veut aussi qu'elle puisse triompher de toutes les attaques qui ne seraient point fondées. » Il y a donc, dit-on, possibilité de triompher de l'attaque. Mais la cour aurait dû poursuivre la citation : elle aurait vu alors que Lahary était complètement dans l'erreur ; en effet, il donne pour exemple d'une contestation de légitimité mal fondée, le cas où l'enfant *prouverait que son père divorcé s'approcherait de sa mère, postérieurement à la dissolution du mariage*. On le voit, si on n'eût point tronqué le passage, on y aurait lu la condamnation de la doctrine professée. N'est-il pas certain, en effet, que l'enfant, eût-il pour père le ci-devant mari de sa mère, n'en serait pas moins illégitime, puisque sa conception remonterait à une époque où le mariage qui avait uni ses parents était dissous. — Voyez Toullier, tome II, 857 ; Proudhon, tome II, page 52.

Quand un mari invoque l'article 312, quand il intente une action en désaveu, sa demande doit être accueillie s'il prouve l'impossibilité physique de cohabitation du 300<sup>e</sup> au 480<sup>e</sup> jour avant la naissance. Eh bien ! si le divorce a été prononcé, la *réunion est légalement impossible*, aux termes de l'article 295. La femme ne peut plus donner le jour à des enfants légitimes, une fois que 300 jours se sont écoulés depuis le divorce. Or, avec le système du tribun Lahary, on arriverait à attribuer au mari une paternité que la loi ne reconnaît ni ne peut reconnaître. Autant vaudrait imposer au mari, dans le cas de l'article 312, une paternité que la loi repousse, quand la preuve de l'impossibilité physique a été démontrée.

Une autre objection est présentée par la cour. On avait proposé, dit-elle, lors de la communication officielle au tribunal, cette rédaction rigoureuse : *La loi ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né 301 jours après la dissolution du mariage*. Cette proposition n'a pas été adoptée, et la première version, bien plus indulgente, a été maintenue ; d'où il faut conclure que le juge a la faculté d'admettre la légitimité. Déjà en rendant compte des travaux qui ont préparé la confection de la loi, nous avons répondu à cette objection ; nous avons démontré que tout ce qu'on pouvait conclure du maintien de la première rédaction, c'est que, sans faire fléchir le principe que l'illégitimité résulte de la tardivité de la naissance, on voulait qu'elle ne fût prononcée que lorsque la légitimité serait contestée.

D'ailleurs, dans le système que nous combattons, le Code n'aurait point rendu les positions égales, et il aurait consacré une véritable iniquité. En effet, il permettrait à l'enfant né le 301<sup>e</sup> jour après la dissolution du mariage, d'établir sa légitimité, de prouver que sa conception remonte à une époque où l'union légitime n'était pas rompue ; mais en même temps il refuserait aux héritiers du mari le droit de prouver que l'enfant né dans les 300 jours a été conçu à une époque postérieure à la dissolution du mariage. N'y aurait-il pas évidente partialité à admettre la résistance de l'enfant et à dénier aux intéressés la faculté d'établir avec des faits certains, *puta* l'absence de développements physiques complets, que la conception ne peut être attribuée au mariage encore existant ? En cela nous serions bien loin de la sagesse du législateur prussien, qui, ne voyant plus de légitimité au delà du 302<sup>e</sup> jour depuis la dissolution du mariage, permet cependant aux intéressés de prouver que l'enfant né dans les 302 jours peut, à raison de sa constitution physique et de la conduite de la mère, être déchu de la légitimité. Voyez partie II, titre II, articles 19, 21, 22, 40 du Code prussien de 1791.

En terminant cette discussion, nous ferons

(1) *V. Fenet, T. X, p. 402.*

remarquer que nous avons insisté sur les détails historiques, parce que nous sommes convaincu que le meilleur moyen de résoudre une difficulté est d'assister en quelque sorte à la confection de la loi; de cette manière on est sûr de ne point s'écarter de son esprit, et de ne

point admettre un résultat autre que celui qu'a voulu le législateur.

A. FIEVET,

*Docteur en droit, avocat à la cour royale de Douai.*

## DISSERTATION.

L'ASCENDANT DONATEUR PEUT-IL, EN VERTU DE L'ART. 747 DU CODE CIVIL, REPRENDRE LES CHOSSES PAR LUI DONNÉES, NON-SEULEMENT DANS LA SUCCESSION DU DONATAIRE, MAIS ENCORE DANS CELLE DES DESCENDANTS DE CE DONATAIRE DÉCÉDÉS EUX-MÊMES SANS POSTÉRITÉ?

Cette question fut controversée sous l'ancien droit français; elle l'a été sous l'empire du droit nouveau, toutefois avec une issue diverse. Sous l'ancien droit français, elle fut généralement résolue en faveur de l'ascendant, à savoir: dans les pays de droit coutumier, sans hésitation; dans les pays de droit écrit, avec quelques tâtonnements. Sous l'empire du Code civil, au contraire, la doctrine l'a tranchée de bonne heure contre l'ascendant, et s'est vue formellement sanctionnée par la jurisprudence. Il y a quelque témérité, sans doute, à s'avancer pour combattre l'une et l'autre. Une profonde conviction peut seule y porter. M. Merlin repousse le droit de l'ascendant *sans difficulté*. M. Grenier en fait aussi bon marché. MM. Favard de Langlade, Tarrible, Daniels, soutiennent la même opinion. Parait alors M. Chabot qui, dans son commentaire sur les successions,

art. 747, soutient dans le même sens une des thèses de droit les plus développées et les plus brillantes. Dès lors, la question semble résolue. Le 18 août 1818, intervient un arrêt de la cour de cassation qui se prononce de même en termes formels. Il est bientôt suivi, le 30 novembre 1819, d'un second arrêt semblable, et la jurisprudence est réputée fixée. En vain M. de Malleville, en indiquant l'ambiguïté du texte, a soutenu dès le principe le droit de l'ascendant; en vain M. Delvincourt, avant l'arrêt de 1818, rompt avec éclat une lance en faveur de ce même droit; en vain rentre-t-il dans la lice contre cet arrêt, avec de nouvelles armes; désormais, M. Toullier énoncera timidement des motifs de maintenir la lutte, sans s'y engager lui-même (1); M. Duranton se rangera sans difficulté du côté de l'opinion dominante (2). L'intérêt pratique de la question

(1) *V.* aussi dans ce sens, Delaporte, *Pandectes françaises*, T. III, p. 76. — T. VI, n° 216.

(2) *V.* dans ce sens, Malpel, n° 155.

qui ne s'élève que dans un cas opposé à l'ordre de la nature, est moindre que son intérêt de doctrine qui embrasse tout entière l'antique institution contenue et reproduite dans l'article 747 du Code civil.

Cette institution est une de celles qui nous viennent du droit romain. Le jurisconsulte Pomponius, dans un texte conservé au Digeste, en indique l'origine : JURE SUCCURSUM EST PATRI UT FILIA AMISSA, SOLATH LOCO CEDERET SI REDDERETUR EI DOS AB EO PROFACTA..... et il ajoute immédiatement le motif qui l'a porté à concéder cette faveur..... NE ET FILLE AMISSÆ ET PECUNIE DAMNUM SENTIRET (ff. de jur. dot. 6). Le Code de Justinien donne une autre raison qui sans doute n'avait point échappé au législateur ancien : *prospiciendum est enim ne hac adjuncta formidine, parentum circa liberos munificentia retardetur* (L. 2. C. de bon. quæ lib.) (1).

Comme on le voit, ce droit de retour n'embrasse dans le principe que la dot constituée à la fille. En effet, dans ces temps anciens, ce devait être le seul cas dont la fréquence dût appeler l'attention du législateur. Plus tard le droit se trouve étendu de la fille aux fils, aux petits-fils et aux petites-filles, et de la dot constituée, à toute donation en faveur de mariage (2). Mais il importe de remarquer que la faveur ne sort point de la famille; seulement elle s'y est étendue. Quant aux étrangers, et l'on comprend sous ce nom tout ce qui sort de la ligne agnatique, ils ne furent point admis à ce droit de retour sur des donations, même faites en faveur de mariage; il leur fut seulement loisible de le stipuler; et alors, le cas échéant, la stipulation recevait son effet.

Ce droit de reprise, tout de privilège, mais d'un privilège *si plein d'équité qu'il est comme de droit naturel*, dit Domat, fut reçu en France avec une grande faveur, soit par les pays coutumiers, soit par les pays de droit écrit. Non-

seulement on maintint l'extension qu'il avait déjà reçue en droit romain, mais on l'étendit de nouveau, 1° des ascendants paternels à tous les ascendants en général; 2° des donations en faveur de mariage, à toutes les donations, même entre-vifs et pour autre cause que le mariage (3). Cependant le pays de droit écrit maintint à l'institution son caractère primitif de *droit de retour* proprement dit; le pays de droit coutumier la considéra au contraire comme une véritable *succession*: c'était une différence fondamentale. Considérée comme droit de retour, elle fit rentrer le bien donné dans les mains du donateur, franc et quitte des aliénations et charges qui pouvaient avoir été constituées par le donataire au profit des tiers. Comme droit de succession, au contraire, elle respectait toutes ces aliénations. On conçoit donc facilement que, dans la première région, la jurisprudence sur notre question se montra plus circonspecte à étendre le droit de l'ascendant donateur que dans la seconde. Et cependant on a vu qu'elle fut généralement décidée, dans l'une et dans l'autre, au profit de l'ascendant, tant était grande la faveur du droit.

Mais d'ailleurs, lequel de ces deux droits fut adopté par le Code civil, le droit de retour du pays de droit écrit, ou le droit de succession du pays coutumier? Le dernier, sans contredit; l'art. 747 porte : « Les ascendants succèdent « aux choses par eux données à leurs enfants « ou descendants.... » Bien mieux, l'article 747 est la reproduction presque textuelle de l'art. 515 de la coutume de Paris, reproduit lui-même par Orléans, art. 515 : « Les ascen- « dants succèdent aux choses par eux données « à leurs enfants décédants sans enfants ou « descendants d'eux. » L'un n'est pas plus explicite que l'autre. S'il faut signaler des différences, celle que l'on remarque entre le présent *décédants* employé par le dernier, et le passé *décédés* de l'art. 747, est en faveur de l'ascendant. « Certainement de ce mot *décédants*, qui

(1) V. aussi, ff. L. 17, in f. de senat. Mac. — C. L. 4. Solut. matrim.

(2) C. de bon. quæ lib. L. 2. — L. ult. comm.

utr. jud., etc. — Nov. Leon. 25. — (3) V. entre autres, Domat, Lois civ., part. 2, L. 1, T. II. sect. 5, n°s 2 et 4.



« est au participe présent, on aurait pu conclure que la succession de l'ascendant n'avait lieu qu'au moment où le donataire mourait sans enfants. » Le seul point qui mérite d'être signalé en fait de modifications de cette institution à son passage de l'ancien droit français au nouveau, c'est que, dotée d'une faveur nouvelle par tous les législateurs qui l'ont maniée, elle doit à celui de 1804 de se trouver étendue des immeubles aux meubles, et de comprendre ainsi *toutes choses données*, expressions de l'art. 747. Du reste, l'article passa sans discussion devant les assemblées législatives : c'est un fait avéré et reconnu par tous.

Et c'est en présence d'un tel état de choses, quand on sait ce qu'était cette institution, comment elle nous a été transmise; quand, loin d'apercevoir aucun éloignement de la part du législateur français pour les anciens principes sur ce point, on le voit, au contraire, y ajouter une faveur nouvelle; c'est dans ces circonstances que l'on vient prétendre que l'institution a été gravement altérée, et que l'art. 747, dérogeant à l'ancien droit, a entendu restreindre désormais rigoureusement le droit de l'ascendant à la succession du donataire direct? Non : le vrai, c'est que cette pensée ne l'a point préoccupé; qu'il s'est contenté de nous transmettre dans toute sa plénitude, une institution favorable à ses yeux, et qu'ici s'applique, dans toute sa force, ce grand et puissant principe en matière d'interprétation : « Quand le législateur adopte une disposition déjà consacrée par la législation ancienne, il est présumé, à moins qu'il n'ait formellement énoncé une opinion contraire, l'adopter dans le sens qu'elle a eu jusqu'alors. » Aussi tel a été le premier cri poussé contre les tentatives qui ont été jusqu'ici couronnées de succès.

Avoir dit quel fut le droit, comment il nous fut transmis, c'est déjà avoir ébranlé le système des adversaires. Reste maintenant à détruire les quelques objections sur lesquelles ce système est échafaudé.

On fait d'abord de grands efforts pour contester et restreindre les appuis que nous trouvons dans les précédents du droit romain et de l'ancien droit français; mais on est bientôt forcé de reconnaître ce que nous venons d'établir sur ce point : c'est alors qu'on a recours à un argument assez commode. On cite le considérant d'un arrêt de la cour de cassation du 17 décembre 1812, ainsi conçu : « Attendu que le droit de retour légal appartenant aux ascendants donateurs sur les choses par eux données à leurs enfants ou descendants ne doit être fixé ni par les lois romaines, ni par le texte des coutumes, ni par les anciens arrêts, mais par la disposition du Code civil. » Mais la réponse est bien simple, c'est que le droit romain, c'est que les coutumes, c'est que l'ancienne jurisprudence, sont invoqués dans la discussion, non comme lois en vigueur, mais comme simples faits, comme simples précédents que le législateur du Code avait devant les yeux, et comme inductions à sa volonté dans une question d'interprétation.

Cependant on fait une nouvelle tentative pour écarter l'autorité du droit coutumier. Si sous ce droit, dit-on, l'ascendant était admis à reprendre l'objet de la donation, même dans la succession des descendants de son donataire, c'est qu'il y succédait comme à *un propre*. Or, le Code civil ne reconnaît point de propres. Merveilleux argument, car il a une grande puissance d'obscurité. Efforçons-nous de la dissiper. Une réponse s'offre encore tout d'abord, c'est que dans le droit romain, d'où venait l'institution, c'est qu'en France, dans les pays de droit écrit, cette succession aux propres était aussi inconnue que sous notre Code civil. On soupçonne dès lors que la raison alléguée n'est pas fondamentale. En effet, l'institution établie en faveur de l'ascendant donateur étant reçue dans les pays coutumiers, on conçoit très-bien que la doctrine dût chercher à la rattacher, en tant que possible, à quelques-unes des règles générales de ce droit. C'est ce qu'essaya Pothier dans un passage qui est devenu le texte de l'objection. L'art. 512

de la coutume de Paris, disait : « *Propre héritage ne remonte aux père et mère, ayeule et autres ascendants.* » L'art. 313 ajoutait : « *Toutefois succèdent aux choses par eux données à leurs enfants décédés sans enfants ou descendants d'eux ;* » ce qui semblait faire une exception à la règle posée dans l'article précédent. Pothier remarque que ces choses données par les ascendants peuvent, à la rigueur, être dites reprises par eux, non à titre de succession singulière et exceptionnelle, mais comme provenant d'eux, et en vertu de la règle *paterna paternis*, et c'est ce qu'il exprime de cette manière : « Cette disposition n'est point une exception à la précédente, car la précédente, dans le cas qu'on l'entend aujourd'hui, n'exclut le père et la mère et autres ascendants, que de la succession des propres qui proviennent d'un autre côté que le leur. Elle ne peut donc empêcher l'ascendant donateur de succéder à son enfant à l'héritage qu'il lui a donné, car cette succession est un propre qui procède de son côté, puisque c'est lui qui l'a donné. » Mais cette explication était si peu la raison fondamentale de l'existence du droit de succession de l'ascendant donateur, qu'elle devait faillir très-souvent à en justifier l'exercice. En effet, la succession au propre dans ce cas, fondée sur la règle *paterna paternis*, admettait les plus proches avant les plus éloignés, on ne le contestera pas sérieusement. Or, si c'est l'aïeul qui a donné, et que le père soit présent contrairement à la règle, c'est l'aïeul qui viendra reprendre la chose par lui donnée, et non pas le père. Pourquoi ? parce que le véritable fondement du droit de succession ici, c'est la donation ; le reste n'est qu'un agencement théorique.

Après cette guerre d'escarmouches, les adversaires produisent leur principal argument, celui qu'ils fondent sur le texte de l'art. 747 ; suivons-les attentivement. L'article 747, disent-ils, n'ouvre à l'ascendant donateur un droit de succession aux choses par lui données, que sur la succession elle-même de son dona-

taire direct, immédiat, et non sur la succession des ascendants de celui-ci. Ce qui le prouve clairement, ce sont les expressions de l'article : « *Les ascendants succèdent aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité.* » Il ne s'agit donc que des enfants ou descendants donataires de l'aïeul, il ne s'agit que du donataire, enfant ou descendant, décédé sans postérité. Ce qui le confirme, ajoutent-ils, c'est le dernier paragraphe de l'article : « *Ils succèdent aussi à l'action en reprise que peut avoir le donataire.* » On voit que cet argument est un argument par exclusion, c'est-à-dire qu'il s'appuie sur la maxime : *Inclusio unius fit exclusio alterius*, ou *qui dicit de uno, negat de altero*. C'est le plus dangereux de tous les arguments d'interprétation ; les réponses se présentent en foule : 1<sup>o</sup> L'article 313 de la coutume de Paris n'était pas plus explicite que l'article 747 ; on a même vu qu'il pouvait passer pour l'être moins encore. 2<sup>o</sup> Il est probable que le législateur n'a songé, en s'exprimant, dans l'art. 747, de la manière signalée, qu'au cas le plus ordinaire et le plus fréquent : *de eo quod plerumque fit, prætor loquitur*. 3<sup>o</sup> S'il avait eu la pensée d'exclure l'ascendant donateur dans le cas qui nous occupe, il n'eût pas, à coup sûr, manqué de s'expliquer de manière à être compris, et on retrouverait quelque autre trace d'un tel changement. 4<sup>o</sup> Pour étendre le droit de l'ascendant à la succession de la postérité des donataires, décédée elle-même sans postérité, il fallait se servir d'une circonlocution pénible et qui ne se présentait pas naturellement à l'esprit. 5<sup>o</sup> Enfin, notre article, pour ne mentionner que le premier degré des donataires, ce qu'il fait par simple énonciation, ne repousse pas, par cela même, les degrés ultérieurs. M. de Malleville a été frappé de la même idée et l'a rendue fort clairement : « Notre article, dit-il, n'exclut point positivement cette manière de l'entendre. Il appelle les ascendants à succéder aux choses par eux données à leurs descendants décédés sans postérité, mais il ne borne pas

« le cas de ce décès sans postérité; et lorsqu'il arrive du vivant du donateur appelé, on peut dire qu'il est très-vrai, et dans le fait et dans le langage ordinaire, que le descendant est décédé sans postérité. »

Mais l'on insiste et l'on dit : Ici la lettre est conforme au droit. En effet, les descendants des donataires ne sont point les donataires de l'aïeul; la preuve, c'est que s'ils avaient renoncé à la succession desdits donataires, ils n'eussent point recueilli l'objet de la donation. Ils ne l'ont recueilli qu'en leur qualité d'héritiers de ces donataires; leur succession, leur patrimoine est donc tout à fait distinct de celui des donataires de l'aïeul; il ne peut pas être permis de les confondre. Cette objection n'est que spécieuse, qu'on y prenne garde; en effet, la question n'est pas du tout de savoir si la descendance des donataires est ou non donataire de l'aïeul, mais uniquement si l'ascendant donateur n'a entendu se dessaisir de son bien qu'en faveur de ses enfants et de ses descendants, et le reprendre par conséquent à défaut des uns et des autres; et si cette volonté, si cette pensée tacite de l'ascendant au moment de la donation a été sanctionnée par le législateur; voilà toute la question. Or comment douter sérieusement de la pensée du donateur? « Le donateur, » dit judicieusement l'annotateur de Ricard, « le donateur, en se dépouillant en faveur de ses descendants, ne peut pas plus être présumé avoir voulu que ses biens passassent à l'étranger au deuxième degré qu'au premier. » Quant à la loi, l'article 747 lui-même n'est que la consécration de la volonté présumée de l'ascendant, qu'il a prise pour base, et cet article dit : « Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité. »

Abandonnant alors le terrain de l'art. 747, les adversaires vont chercher leurs arguments dans d'autres titres du Code. Pourquoi, dit-on d'abord, l'ascendant donateur, profitant de la faculté que lui ouvre l'article 951 du Code

civil, n'a-t-il pas expressément stipulé, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants? C'est que l'on confond ainsi deux choses tout à fait distinctes : le retour légal et le retour conventionnel, imitation du premier, auquel il doit son origine. C'est que le législateur, en consacrant, ainsi qu'on vient de le voir, la réserve tacite faite par l'ascendant, a pris, à la lettre, la peine de stipuler pour lui; et que c'est bien le moins, assurément, qu'en ce cas on suppose au législateur la prudence ordinaire, la sagesse triviale, auxquelles ne faillira point le donateur étranger de l'article 951; et qu'on admette de sa part, en faveur de l'ascendant, le bénéfice d'une réserve devenue pour l'autre de style. Car y a-t-il une comparaison à établir entre la faveur que mérite l'un ou l'autre? et s'il en était autrement, ne faudrait-il pas s'empresse de rayer l'article 747 qui deviendrait un piège tendu à la bonne foi des ascendants, et se borner à l'art. 951 qui deviendrait commun aux ascendants et aux étrangers?

C'est dans le deuxième paragraphe de l'article 1081 que l'on va puiser la dernière objection. Il est d'abord certain, dit-on, que l'article 747 n'est applicable qu'aux donations *entre-vifs de biens présents*, faites ou non par contrat de mariage. Quant à celles qui appartiennent aux articles 1082, 1084, 1086 du Code civil, le prédécès des donataires ou de leur postérité les rend *caduques* dans les mains du donateur (Art. 1089). Ce sont là des principes spéciaux. Mais la donation *entre-vifs de biens présents*, même faite par contrat de mariage, tombe sous le coup du second paragraphe de l'art. 1081, c'est-à-dire qu'elle ne peut avoir lieu au profit des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre VI, relatif aux substitutions permises. Donc l'ascendant, dans sa donation *entre-vifs de biens présents* ou celle de l'article 747, n'a pu atteindre les descendants de son donataire; donc il doit demeurer étranger à ceux-ci. Ainsi on se fatigue à établir que les descendants du dona-

taire ne sont pas les donataires de l'aïeul. Mais, encore une fois, là n'est pas la question. Il a suffi de constater que l'ascendant n'entendait donner qu'à ses descendants et se préférer à tous autres, pour assurer son droit de reprise dans la succession des descendants de son donataire.

D'ailleurs, que prohibe le second paragraphe de l'article 1081 ? rien qui touche à la question. On va l'établir rapidement, quoique ce soit sortir du sujet ; le reproche de cet écart retombe sur les adversaires qu'il nous faut bien suivre. En fait de donation même *entre-vifs de biens présents*, l'ancienne législation permettait une foule de dispositions tout à fait propres à jeter de la confusion sur la propriété, en même temps qu'à établir un grand nombre de substitutions. Par exemple, l'article 10 de l'ordonnance de 1751 permettait de faire par contrat de mariage une donation *entre-vifs* aux enfants à naître du mariage, *pris isolément*. Ces enfants ainsi constitués directement donataires *entre-vifs*, n'existaient cependant pas encore, pouvaient ne jamais exister. Eh bien ! ce sont ces institutions, et autres semblables, que le second paragraphe de l'art. 1081 a voulu proscrire.

Maintenant, quel rapport cette prohibition a-t-elle avec l'article 747 ? L'article 1081 prohibe certaines institutions au profit d'enfants à naître ; l'article 747 consacre un certain droit de reprise en faveur du donateur. L'article 1081 empêche un certain ordre de succession ou de transmission de biens ; l'ascendant en vertu de l'article 747, demande à recouvrer un bien qu'il trouve de fait dans la succession de sa descendance ; mais l'art. 747 n'entend d'ailleurs rien prescrire sur le mode de transmission, de succession de biens entre les descendants. Dans l'article 1081, la pensée de l'auteur de l'institution se porte tout entière sur la personne des institués et fait complètement abstraction de lui-même ; dans l'article 747, la pensée de l'ascendant et celle de la loi avec lui, est, tout en donnant, de ménager un retour à son profit de l'objet de la donation.

Ce n'était donc pas le cas de se faire un argument de l'article 1081.

Cependant, nous ne le dissimulerons point, dans notre opinion, le rapprochement des art. 951 et 1081 d'une part, 1082 et 1089 de l'autre, a pu avoir une grande influence sur la décision de la cour de cassation. Comment cela ? Le voici : ce rapprochement avait, en apparence, le mérite d'une simplification de la loi, toujours attrayante par elle-même. On disait : De deux choses, l'une ; ou la donation est de biens à venir, ou de biens présents et à venir, et rentre dans les dispositions des articles 1082, 1084, 1086, et alors caducité en vertu de l'art. 1089, si l'ascendant survit : ou c'est une donation ordinaire *entre-vifs de biens présents*, et elle rentre par conséquent dans l'article 1081, et alors une stipulation expresse de retour est nécessaire, conformément à l'article 951.

Mais rien n'était plus faux que ce système. D'abord il n'est pas exact de dire que l'article 747 ait été limité à une seule espèce de donation, celle de *biens présents*, pour réserver celle de *biens à venir* à l'art. 1082, etc. L'institution reproduite dans l'art. 747 est bien plus ancienne que celle qui est établie par l'art. 1082, etc. Sous ce rapport, *le droit de retour légal de l'ascendant donateur* ne saurait être comparé à *l'institution contractuelle*. Elles ont été puisées à des sources différentes ; elles sont restées indépendantes l'une de l'autre. Il faut s'en tenir à ces termes pour rester dans la vérité. D'un autre côté, le système que nous combattons confond, comme nous l'avons vu, le retour légal et le retour conventionnel ; il met l'ascendant sur la même ligne que l'étranger ; il méconnaît ouvertement la volonté du donateur proclamée par la loi elle-même dans ces mêmes art. 1082, 1086 sur lesquels on s'appuie ; dispositions où l'on voit que la loi suppose toujours que la pensée de l'ascendant s'étend à toute sa descendance ; et la raison et la nature le disent avec elles. Enfin, à un droit de succession très-favorable, à un droit qui, de sa nature, respecte toutes les

aliénations consenties, et par-dessus tout, le grand principe de la circulation des biens, si sacré aux yeux du législateur français, ce système substitue un droit de retour rigoureux dans son établissement, imparfait dans ses résultats.

Nos adversaires nous reprochent de tomber dans l'arbitraire, *de substituer à une disposition précise, une intention présumée qui peut n'être pas l'intention véritable*. Mais qu'on en soit juge : laquelle de ces deux opinions est la plus arbitraire, de celle qui accepte purement et simplement une institution antique, telle qu'elle fut toujours pratiquée, telle qu'elle nous a été transmise ; ou de celle qui, s'attachant complaisamment à introduire dans la législation une certaine régularité, des divisions symétriques, sacrifie, morcelle cette institution ? Que l'on rapproche attentivement les art. 747 et 951, et l'on ne conservera pas le moindre doute que ce qui est stipulation facultative ouverte par le législateur, dans l'article 951, à l'étranger qui a pu être porté à sa libéralité par un grand nombre de motifs divers, est à l'état de stipulation tacite légale dans l'art. 747, au profit de l'ascendant, dont la donation repose nécessairement sur un motif unique et évident.

Veut-on une dernière preuve de l'étendue que comporte l'art. 747 ? Qu'on lise l'art. 352 au titre de l'adoption, où le législateur, sur la question qui nous occupe, n'a rien laissé à l'équivoque. On s'est efforcé d'écartier cette analogie, on a dit : L'art. 352 s'est expliqué en termes formels en faveur de l'adoptant donateur ; l'art. 747 a gardé le silence quant à l'ascendant. Quelle serait la raison de cette différence, si la pensée du législateur avait été la même à l'égard de l'un et de l'autre ? D'ailleurs, a-t-on ajouté, il y avait une raison spéciale pour justifier le privilège accordé à l'adoptant : pour lui, ne pas recueillir les biens donnés, c'est les voir passer dans des mains étrangères. Il n'en est pas de même pour l'ascendant donateur ; ne les recueillit-il pas, les biens restent dans la famille. Voilà l'objection.

On remarque que la première partie de cette objection n'est encore qu'un argument par exclusion : le législateur s'est expliqué dans l'article 352, il s'est tû dans l'art. 747 ; donc, *qui dicit de uno, negat de altero*. Nous ne reviendrons pas sur l'observation que nous avons déjà faite de la faiblesse et du danger de tels arguments, en général. Mais, dans l'espèce, il ne porte point ; il se retourne au contraire contre ceux qui l'invoquent. Écoutons M. Delvincourt, dont le bon sens éminent doit avoir une si grande part dans la réfutation de l'erreur que nous combattons : « C'est mettre en « principe ce qui est en question ; car si, « comme on vient de le démontrer, le législa- « teur a entendu l'art. 747 dans le même sens « que l'était l'art. 313 de la coutume de Paris, « il est clair qu'il n'a pas dû se croire obligé « d'accorder formellement à l'ascendant dona- « teur le droit de succession à l'égard des des- « cendants du donataire, puisque ce droit « n'était nullement controversé ; tandis qu'au « contraire il a dû exprimer son intention à « l'égard de l'adoptant qui, n'étant pas aussi « favorable que l'ascendant naturel, aurait pu « invoquer sans succès l'analogie. »

Maintenant, on le demande, est-il probable que cette double considération, à savoir : que l'ascendant donateur ou recueillerait lui-même la succession de la descendance de ses petits-enfants donataires, ou que, dans tous les cas, cette succession ne sortirait point de sa famille, a été le motif qui aurait porté le législateur à restreindre le droit de cet ascendant à la succession de ses donataires directs et à ne pas permettre qu'il s'étendit sur la descendance de ses donataires ?

Mais cette considération n'a que la moitié de la portée qu'on lui donne. En effet, dans tous les cas, la succession ne sera recueillie, soit par l'ascendant donateur, soit par son descendant, que pour moitié, c'est-à-dire pour la moitié qui revient à sa ligne ; l'autre moitié sera recueillie par des personnes étrangères à l'un et à l'autre. Il faudrait donc dire que le droit à cette moitié de succession, est ce qui

préoccupait la pensée du législateur, quand, en rédigeant l'art. 747, il refusait à l'ascendant donateur un droit qu'il avait accordé à l'adoptant. Qu'on se le demande sérieusement, et que l'on réponde. Pour nous, nous croyons nous élever bien plus réellement à la pensée du législateur sur cet article, en disant avec le jurisconsulte que nous citons tout à l'heure, et en quelque sorte avec la loi romaine : « L'article 352 permet à l'adoptant de reprendre ce qu'il a donné à l'adopté dans la succession de ce dernier, et dans celle des enfants de l'adopté morts sans postérité; que de raisons bien plus fortes d'accorder le même droit à l'ascendant, qui est attaché à sa descendance

par des liens naturels, qui doit être plus sensible à sa perte ! Si d'ailleurs le retour légal doit être établi *solatii causa*, comment ne profiterait-il pas à l'ascendant qui a perdu à la fois ses enfants et ses petits-enfants, qui a fait une double perte » *ne et nepotis amissi et pronepotis damnum sentiret*. Et c'est une observation fondée sur la nature, que l'affection des ascendants s'accroît à mesure que l'espérance de laisser des successeurs diminue.

Espérons que la jurisprudence française aura le courage de revenir sur une décision surprise à sa haute sagesse.

LARABIT,

*Avocat à la Cour royale de Rennes.*

DE

## LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE FISCALE,

DE SES VICES ET DE SES EFFETS SUR LA PERCEPTION DE L'IMPOT (1).

.... Plus que l'esprit fiscal et la fraude, le caprice et la mobilité de la jurisprudence ont contribué au désordre des perceptions.

C'est encore une nécessité qui tient à la nature des choses, que les décisions des tribu-

(1) Le fragment qui suit fait partie d'une dissertation servant d'introduction au *Dictionnaire des droits d'enregistrement*, de MM. Championnière et Rigaud, ouvrage qui doit prochainement paraître. Nous publions ce fragment, parce qu'il révèle l'existence d'un mal fâcheux dans l'administration de la justice, plus sensible peut-être dans cette matière spéciale, mais dont les funestes

naux soient diverses, incohérentes et contradictoires; elles sont l'ouvrage d'un grand nombre, et chacune d'elles, œuvre isolée d'un juge différent, doit porter l'empreinte de la variété des esprits. Les fondateurs de nos institutions

effets s'étendent à toutes les matières. Le *Dictionnaire* de MM. Championnière et Rigaud, s'adressant particulièrement à une seule classe de jurisconsultes, il est bon que les précieux enseignements qu'il renferme, obtiennent une plus large publicité, et notre *Revue* croit, en y contribuant, rendre un véritable service à la science du droit.

(Note des Éditeurs.)

judiciaires étaient préoccupés de cette pensée, lorsqu'en présence d'un code unique et d'une loi générale, ils ont cru nécessaire d'établir une magistrature dont le seul objet fût de ramener l'intelligence des lois à l'unité, et de combattre sans cesse cette tendance des tribunaux à diverger dans leur interprétation.

La cour de cassation a-t-elle répondu au vœu de sa création ? En matière civile, nous le pensons, car il ne faut demander aux institutions humaines rien de complet et d'absolu. Si, malgré les efforts du tribunal suprême, la jurisprudence est flottante sur une multitude de points, si l'incertitude règne encore dans une foule de matières légales, c'est que l'imperfection nécessaire des règlements, la mobilité des mœurs et des opinions, ne permettent pas et ne permettront jamais que l'application des lois se fasse, pour ainsi dire, d'une pièce et comme par un seul esprit.

Mais, en matière d'enregistrement, nous ne craignons pas de le dire, on ne retrouve plus ce résultat satisfaisant. Le désordre des décisions n'est guère moins grand que celui de la perception, et l'on doit le reconnaître, le premier entre pour beaucoup dans les causes qui ont produit le second. Qu'on ouvre le *Dictionnaire*, et qu'on lise avec soin les arrêts relatifs à une question ou à une matière quelconque, qu'on rapproche les solutions, et surtout les principes sur lesquels elles sont fondées, on trouvera presque partout la contradiction.

Ce fait est grave, et son exactitude facile à vérifier. Il découle de la même cause à laquelle se rattachent les plus mauvais jugements, et ce que la jurisprudence a de plus fâcheux. L'esprit d'indépendance, qui travaille la société depuis un demi-siècle, en a pénétré tous les éléments, et s'est introduit dans toutes ses fonctions : les meilleures choses ont leurs inconvénients. Après avoir condamné et brisé l'immense édifice des lois anciennes, chacun a dû naturellement se croire le droit de juger les nouvelles. Cette croyance a enyahi les tribunaux eux-mêmes ; mais ce n'est point dans leur sein, qu'elle a pris naissance ; ils l'ont

puisée à la source des grandes erreurs : comme tant d'autres idées fausses et désastreuses, c'est de l'opinion publique qu'est sortie cette maxime déplorable, que le bon sens du magistrat doit prévaloir sur la volonté du législateur. Les logiciens qui la dirigent ont conclu que, dans un pays libre, tout doit être libre, et la justice même affranchie des entraves de la loi ; insensés, qui n'ont pas compris que proclamer ainsi l'indépendance du juge, et le dégager d'un joug qu'il doit porter, c'est asservir les justiciables à ses vœux ou à ses passions ! Dans les matières criminelles, cette maxime a fait une nécessité du système des circonstances atténuantes, si absurdement compris ; dans les matières civiles, ses effets, pour n'être pas formulés, n'en sont pas moins réels, et tous les hommes éclairés qui assistent à l'action de la justice, les connaissent et les désignent. C'est à son influence qu'il faut attribuer cette défaveur des discussions de droit, auprès de certains tribunaux, et cette multitude de décisions dans lesquelles il semble que la justice d'aujourd'hui soit celle d'un peuple naissant qui n'a encore ni règles écrites, ni lois déterminant les effets de ses conventions ; enfin, l'oubli des principes du Code civil, si fréquemment méconnus, modifiés ou rejetés, comme les éléments d'un droit vieilli et les règles d'une législation surannée.

C'est à cette cause, par exemple, qu'il faut rattacher la jurisprudence tant en matière civile qu'en matière fiscale, qui tend à ébranler un des principes les plus certains et les plus positifs du droit consacré par le Code. Nous voulons parler de la nouvelle interprétation à laquelle on soumet aujourd'hui les art. 885 et 888. L'objet du premier de ces articles, comme tout jurisconsulte le sait, est d'attribuer au partage l'effet purement déclaratif, et d'écarter de ses éléments tout caractère de transmission ; le second, distinguant avec raison tous les actes qui ont pour intention de commercer et d'acquérir, de ceux qui n'ont pour cause que la volonté de faire cesser une indivision, range au nombre des partages toute convention

dans laquelle on se propose ce dernier objet. Cette double doctrine est l'ouvrage de l'ancienne jurisprudence, et il n'en existait pas de plus complète, de mieux comprise et de plus solide, dans tout le droit français, lorsque les rédacteurs du Code civil l'ont revêtue de l'autorité de la loi.

Jusqu'à ces derniers temps, la règle a été ainsi entendue et appliquée; mais depuis quelques années, les tribunaux frappés d'inconvénients que les parlements et les rédacteurs du Code n'avaient point sans doute aperçus, ont jugé nécessaire d'y porter la réforme, et se sont reconnu le droit de la modifier.

La cour de cassation, la première, a soumis à la nécessité de la transcription et de la purge, les actes qui font cesser l'indivision entre un cohéritier et les autres, mais non entre ces derniers. Ces actes étaient réputés partage sous l'ancien droit, c'était un point certain (1). La cour leur refuse ce caractère et pour cela, ce n'est plus à l'intention de l'acte et à sa cause qu'elle attache sa dénomination, c'est à ses résultats. La loi disait : « Tout acte ayant pour *objet* de faire cesser l'indivision » (art. 888, C. c.); la cour lit : « Tout acte ayant pour *effet* de faire cesser l'indivision (2). » Cette altération si grave est évidemment nécessaire pour soutenir la nouvelle doctrine. La nature du principe, son rang parmi les règles du droit, sont complètement interverties, et lorsque les anciens jurisconsultes le proclamaient comme un précepte de droit commun, auquel il n'existait qu'une seule exception (3), la cour, au contraire, déclare que c'est lui « qui forme une *exception* au droit commun (4). Son effet principal même lui est contesté, et on lit dans un arrêt du 8 décembre 1840 : « Que si, d'après l'art. 885, C. c., le partage est déclaratif et non attri-

« butif de la propriété des lots, il n'est pas moins certain qu'à l'égard de celui des copartageants qui reçoit au delà de sa part afférente, le partage produit, quant à l'excédant de cette part, les effets d'une vente ou d'une cession à titre onéreux (5). » Ainsi la règle que, « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul à tous les effets à lui échus par licitation, » n'existe plus qu'à l'égard des tiers.

Ces arrêts de la cour suprême semblent avoir donné le signal d'un déchainement général contre le principe de l'art. 885. La règle qu'il contient est, suivant un tribunal, « une *fiction* qu'on doit rigoureusement restreindre à son objet. » Suivant un autre, « il est temps de faire cesser les abus qu'en a faits la jurisprudence. » Un troisième le juge contraire à la nature des choses : « Qu'est-ce en effet, qu'une *licitation*, si ce n'est une vente, puisque l'un abandonne sa part à l'autre et renonce à tous droits de propriété moyennant le prix convenu (6)? » Enfin un dernier plus clairvoyant, aperçoit dans le texte même de l'art. 885, le caractère translatif qu'il attribue aux partages avec soultes.

Quoi qu'il en soit de la nouvelle doctrine et de sa sagesse, toujours est-il qu'elle est nouvelle; ce n'est pas celle de la loi, c'est au contraire une atteinte qu'on y porte, et les tribunaux, à cet égard, ne dissimulent pas leur intention. Ce que les rédacteurs du Code ont cru bon, leur paraît mauvais, et la raison du législateur doit céder devant celle du juge; cette pensée domine la jurisprudence que nous venons de rappeler et s'y révèle clairement.

En attendant qu'un nouveau système ait complètement remplacé celui que deux siècles de discussions et de travaux judiciaires avaient péniblement établi, la doctrine qui nous régit aujourd'hui, sous l'empire de la jurispru-

(1) V. la jurisprudence ancienne et nouvelle, et notre discussion sur ce point, nos 2755 et suiv.

(2) Arrêt du 5 janvier 1852.

(3) Ferrière, v° Partage.

(4) Arrêt du 5 décembre 1859, *Contrôleur*. 5705.

(5) *Contrôleur*. 5926.

(6) Arrêt de la cour de Rouen, du 24 avril 1828, voyez ces diverses considérations dans les jugements et arrêts rapportés au *Contrôleur*, années 1859 et 1840, et généralement toute la jurisprudence sur ce point.



dence, n'est qu'un mélange confus des débris du principe légal et de la tendance des arrêts; le jurisconsulte se perd au milieu d'éléments indécis pour lui comme pour les tribunaux dont les amendements ne sont encore ni formulés, ni limités, même dans leurs prévisions. La matière des indivisions, des partages et des hypothèques, est de nouveau lancée dans la carrière des incertitudes, et le seul point fixe auquel l'avait rattachée le législateur, est brisé.

A l'appui d'une assertion dont la vérité n'est pas encore évidente à tous les yeux, nous devons un exemple où se manifestât cette volonté d'innover que nous signalons à la conscience des magistrats; si ce fâcheux vouloir n'est qu'indiqué dans celui que nous venons de produire, il est textuellement écrit dans le suivant que nous empruntons l'objet à spécial de nos études.

L'art. 19 de la loi du 21 ventôse an VII, porte : « Il sera perçu, au profit du trésor public, un droit sur la transcription des actes *emportant mutation de propriétés immobilières.* »

L'art. 25 de la même loi, organisant l'impôt, ajoute : « Le droit de transcription des *actes emportant mutation de propriétés immobilières*, sera de 1 1/2 p. % du prix intégral desdites mutations, suivant qu'il *aura été réglé à l'enregistrement.* » Les tribunaux jugent actuellement que le droit de transcription doit être perçu sur des actes *qui n'emportent pas mutation de propriété*, et doit être liquidé *autrement qu'il n'a été réglé à l'enregistrement.* On aurait peine à croire à une telle violation de la loi, si on ne la lisait expressément affirmée dans un jugement ainsi motivé : « Attendu que le droit de transcription doit s'étendre à la totalité du prix, *bien que l'enregistrement ne porte que sur la portion pour laquelle il y a eu mutation... Attendu qu'il est d'ailleurs aujourd'hui de jurisprudence* que le droit propor-

tionnel de 1 1/2 p. % est exigible *alors même que l'acte n'emporte pas mutation et n'est que déclaratif de la propriété (1).* » Et pourquoi ce mépris des textes ? Parce que, dit un autre tribunal, « le droit de mutation et le droit de transcription sont deux droits indépendants l'un de l'autre ; *qu'il est juste que le premier de ces droits ne doive être réglé que sur ce qui est réellement mutation de propriété dans l'acte de licitation présenté à l'enregistrement ; mais que cette base ne peut être admise pour le droit de transcription, par la raison que là où il n'y a acquisition que pour une partie, il y a transcription pour le tout (2) ; qu'il est donc juste de décider... (3).* »

Ainsi le tribunal trouve *juste* ce qu'évidemment le législateur n'a pas trouvé *juste*, et il le déclare formellement. Cette jurisprudence tout entière est assise sur la même base...

Il serait facile de multiplier les exemples, et le reste de cette discussion en fera suffisamment connaître, d'une jurisprudence qui s'écarte sciemment de la loi; mais ce qui serait impossible aux travaux du jurisconsulte, ce serait de saisir cette multitude de décisions isolées et de procès particuliers dans lesquels les juges ont abandonné les textes et les principes pour faire prévaloir des considérations qui leur ont paru plus sages, plus justes, plus équitables que celles du législateur.

Le pouvoir des corps judiciaires, en présence de nos institutions, n'est plus ce qu'il était sous le régime que la révolution a détruit. Les parlements participaient à l'action du gouvernement, comme législateurs et comme juges, soit par suite de l'état incomplet de la législation, soit par l'effet de l'esprit d'envahissement naturel à toutes les compagnies. Montesquieu avait signalé cette double mission de faire et d'appliquer la loi, confiée aux mêmes hommes, comme un vice de la constitution (4). Ce fut un des premiers objets

(1) *Contrôleur*, art. 5645.

(2) Comme s'il n'y avait pas aussi enregistrement pour le tout !

(3) *Contrôleur*. art. 5165.

(4) *Esprit des Lois*, liv. 11, chap. 6.

soumis à la réforme révolutionnaire, et la disposition constitutive de la nouvelle organisation judiciaire porta : « Les tribunaux ne pourront prendre, ni directement, ni *indirectement*, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, à peine de forfaiture (1). »

Ainsi les devoirs du juge et les limites de ses pouvoirs, sont nettement indiqués à sa conscience ; la loi n'est pas de son domaine ; il n'en est que l'interprète : « Il est du devoir des tribunaux, porte un arrêt de la cour de cassation du 15 juillet 1806, d'appliquer les lois telles qu'elles sont, sans se permettre de raisonner sur les inconvénients qu'ils croient apercevoir dans leur exécution littérale ou sur le perfectionnement dont elles peuvent être susceptibles ; et anticiper sur ce perfectionnement, qui est dans les attributions du seul pouvoir législatif, c'est commettre un excès de pouvoir dont l'ordre public commande la répression. »

Tels sont les principes de nos institutions ; mais combien il s'en faut que les tribunaux s'y attachent constamment ! Chaque jour ces principes sont méconnus ; chaque jour, dans l'application de la loi, le juge la soumet à son appréciation, l'étend, la resserre, la façonne au gré de sa sagesse et réduit à rien son action. Comment en serait-il autrement, lorsque les légistes, ces gardiens naturels des libertés qui se rattachent à la justice, sont les premiers à pousser la magistrature hors des limites de ses pouvoirs.

« L'absolu de la loi, disent les uns, n'est que conventionnel ; elle est le signe des mœurs, des croyances, des idées d'une époque ; elle les constate, mais ne les fixe pas ; tout marche au contraire autour d'elle, et elle s'incline et fléchit devant le progrès, cette loi de Dieu à laquelle est soumis le monde. Or c'est dans la jurisprudence que s'enregistre avec ordre et intelligence cha-

« cun des ébranlements que la marche de l'esprit humain imprime à la loi. C'est dans la jurisprudence que se résume cette action incessante qui mine les vieilles lois, les use et les modifie selon les besoins des époques qu'elles traversent, jusqu'à ce qu'enfin un élan plus vif les fasse disparaître et les remplace par de meilleures (2). »

« Ajoutons, disent les autres (3), que le mouvement social et la puissance du temps font apparaître de nouveaux besoins ou de nouveaux dangers, et contraignent le magistrat à étendre ou à resserrer l'application des lois... Ne demandez donc pas à la cour de demeurer stationnaire au milieu du mouvement général qui l'environne. »

Sans doute, il est vrai que le droit se meut incessamment comme les mœurs et les besoins auxquels il s'applique ; mais cette marche n'est pas si rapide, qu'une loi bonne aujourd'hui soit vieillie demain ; pourquoi les écrire, si dès le jour de leur promulgation elles sont devancées ; si le juge qui les reçoit peut déjà les modifier ? Les tribunaux ont tout le temps de les appliquer telles qu'elles sont et de signaler au législateur les changements que le mouvement social exige, et qu'il a seul le droit d'y apporter.

Pense-t-on que cette mobilité des faits soumis à la loi, et qui la déterminent, aient échappé aux fondateurs de nos institutions et qu'ils n'aient pas prévu la conséquence fatale à la division des pouvoirs, que certains esprits impatients de toute règle et de toute entrave, ne manqueraient pas d'en tirer ? lisez l'arrêt du 5 ventôse an x, qui ne fait que régulariser une des conditions fondamentales de la cour de cassation : suivant cet arrêté, chaque année « le tribunal de cassation enverra une députation de douze de ses membres pour présenter aux consuls... le tableau des parties de la législation dont l'expérience aura fait connaître à ce tribunal les vices ou l'in-

*cassation*, p. 101, ouvrage ayant pour épigraphe : *Secundum leges judice !*

(1) L. 24 août 1790, tit. 2, art 10.

(2) *Journal du Palais*, cahier d'octobre 1840.

(3) M. Tarbé, *Lois et règlements de la cour de*

« suffisance. Dans ce tableau seront spécialement exposés les moyens de prévenir les crimes... de perfectionner les différents codes... de réformer les abus... » En demandant un pareil rapport à la cour suprême, le législateur ne l'autorisait pas sans doute à prendre elle-même ces mesures, à prévenir les crimes, à perfectionner les codes, à réformer les abus, à mettre en œuvre enfin ces moyens qu'il la charge seulement de lui indiquer; au contraire, ces réformes et ces perfectionnements, c'est à lui qu'il les réserve; il les interdit par cela même à la cour; il lui trace son devoir et les bornes de son droit (1).

En matière d'impôt, les limites du pouvoir judiciaire doivent être plus rigoureusement observées que dans toute autre. La loi fiscale, non moins que la loi pénale, doit recevoir une interprétation restrictive, parce qu'elle impose une charge, une obligation; qu'elle porte atteinte à la propriété dont l'impôt est une spoliation légale. D'un autre côté, les droits du trésor doivent être respectés, déterminés par la nature des besoins sociaux; on ne peut les atténuer sans nuire à la société et laisser en souffrance l'intérêt général. Mais au législateur seul appartient le pouvoir de les fixer et de tracer à la perception une ligne dont le juge ne peut dévier sans excéder le sien.

De nombreux arrêts ont rappelé aux tribunaux que « l'impôt ne peut se percevoir par analogie ou par induction, ni s'étendre d'un cas à un autre; qu'aucun droit ne peut être perçu qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi; qu'il n'appartient qu'au législateur de prévenir la fraude; que la crainte de quelques inconvénients qui pour-

raient résulter de la stricte exécution d'une loi, ne peut être pour les magistrats un motif de s'en écarter (2). »

Mais ces principes, hors desquels il ne saurait y avoir bonne justice, ont été vainement proclamés par la cour suprême; trop souvent elle a donné l'exemple de leur oubli. La jurisprudence du droit d'enregistrement, qui, plus que toute autre, devait suivre rigoureusement les règles de la loi, s'en est, au contraire, plus que toute autre, écartée: aux causes générales de l'erreur, dans les jugements en matière ordinaire, il s'en réunit qui lui sont particulières et la jettent davantage dans la voie de l'arbitraire et des contradictions.

La première est l'absence générale d'études sérieuses et complètes sur la législation de l'enregistrement.

Cette législation n'est, en effet, l'objet d'aucun enseignement public; lorsque des spécialités d'un intérêt plus ou moins général, sont développées dans des cours confiés aux hommes les plus instruits, une branche de nos lois, si incessamment applicable, si vaste dans ses ramifications, si intimement unie à la science du juriconsulte, ne compte pas un professeur (3).

L'employé n'a d'autre voie d'instruction que la pratique des bureaux, utile, sans doute, indispensable pour arriver à cette promptitude de décision qu'exige le nombre des actes à enregistrer, mais longue, insuffisante pour une foule d'esprits, routinière et ne présentant à l'intelligence que des applications. Les préceptes généraux, cette source féconde de tout jugement, ne s'y rencontrent jamais dégagés des considérations qui les modifient dans chaque espèce; ils passent inaperçus et confondus avec leurs conséquences et les règles secondaires;

(1) Qu'est devenu cet arrêté? ce que sont devenus tant d'autres. Il contient pourtant une sage mesure dont l'exécution paralyserait assurément ce penchant fâcheux des cours supérieures à corriger les lois qui leur semblent mauvaises et à remplir ce qui leur paraît, à tort ou à raison, une lacune dans les diverses branches de la législation.

(2) V. au *Dictionnaire*, v<sup>o</sup> Lois fiscales, l'indication des arrêts qui énoncent ces principes.

(3) Il existe des cours de droit constitutionnel, de législation comparée, de législation industrielle, de législation des mines. etc., etc., et la législation fiscale n'en a pas, aujourd'hui que le droit financier est si largement mis en œuvre.

ils demeurent inconnus au plus grand nombre, qui ne voit dans chaque solution de ses supérieurs qu'une perception indiquée pour un cas particulier, sans même qu'il lui soit donné d'en reconnaître exactement l'identité avec les cas à venir; en un mot, c'est l'enseignement pris à rebours, et la science à chercher dans ses résultats (1).

Les cours de droit gardent un silence absolu sur les lois de l'enregistrement; à peine si quelques solutions y relatives se rencontrent éparses dans nos commentaires; encore, le plus souvent, erronées et ne servant qu'à montrer l'ignorance du jurisconsulte, en ce qui touche une législation sur laquelle il n'a jeté qu'un regard en passant. Cependant, quelle épreuve plus sûre des définitions et des caractères attribués aux contrats, que leur application à l'établissement du droit d'enregistrement? C'est à ce travail que la plupart des auteurs anciens doivent cette netteté si précieuse et ces aperçus si ingénieux que contiennent leurs écrits sur les conventions. On ne saurait considérer sous trop d'aspects un principe de droit: ce n'est qu'après en avoir fait le tour, en explorant toutes ses faces, en le faisant agir dans toutes ses applications, qu'on peut arriver à le bien connaître.

L'établissement d'une perception ne peut être que l'œuvre d'un jurisconsulte, parce que l'application de la loi fiscale n'est qu'une action de la loi civile. Le *Traité des droits d'enregistrement* contribuera, nous l'espérons du moins,

(1) C'est ainsi que « la procédure n'a été « qu'un « dédale obscur et tortueux dont l'entrée semblait « interdite au plus grand nombre et dans lequel « les hommes les plus éclairés s'égarèrent » comme disait François I<sup>er</sup>, tant qu'elle n'a point été enseignée dans les écoles et qu'il a fallu l'apprendre en copiant des écritures ou en feuilletant des dossiers chez les procureurs. » (Boncenne, tom 1<sup>er</sup> pag. 50.)

(2) « La loi sur l'enregistrement, dit M. Trop- « long dans le compte rendu de notre ouvrage est, « pour nous autres légistes, la plus noble, ou, pour « mieux dire, la seule noble entre toutes les lois « fiscales. Celles-ci n'agissent que sur des objets « matériels qu'elles imposent en tant que matière...

à démontrer cette vérité déjà comprise par de respectables autorités (2). Mais jusque-là, la législation fiscale restera étrangère aux études de l'homme de loi, et le magistrat appelé pour la première fois à l'appliquer, devra s'occuper aussi pour la première fois de ses principes et de ses textes (3).

La loi du 22 frimaire an VII n'est pas, comme une foule de lois spéciales, un règlement administratif, court et isolé, dont l'intelligence se saisit à une première lecture; c'est une législation complète, ayant ses principes, ses antécédents, ses relations et ses nécessités. Ce n'est pas une œuvre nouvelle et naissante qui demande à la jurisprudence le développement et la vie; c'est un monument entier, reposant sur des bases anciennes et solides, qui n'attend rien du magistrat, que l'étude et le respect.

La loi de l'enregistrement doit être méditée pour être bien entendue, c'est presque une naïveté de le dire. Et cependant, combien l'appliquent, qui ne l'ont jamais lue dans son entier! Quelle déplorable décision en toute matière, que celle qui n'est déterminée que par l'examen d'une disposition isolée, dans l'ignorance de celles qui précèdent, de celles qui suivent, et de la disposition des lois précédentes qu'elle confirme, abroge ou remplace. Que penserait-on du jugement d'un homme qui, sans une connaissance générale du Code civil, quelque superficielle qu'elle fût, résoudrait les difficultés d'un article, sur le vu de

« Au contraire la loi de l'enregistrement est loin « d'être astreinte à ce perpétuel contact de la « matière; dans ses investigations pour asseoir la « perception, elle s'enquiert moins de la chose que « du droit sur la chose... De là pour le fise, la « nécessité de s'élever jusqu'aux régions les plus « abstraites du droit civil, et de contracter avec « lui une intime et honorable association. » (*Revue de Législation*, tom. X, pag. 147.)

(3) On ne peut douter de la vérité de cette assertion, en présence de cette multitude d'arrêts dans lesquels la cour a eu à casser des jugements où se rencontrait l'omission des formalités les plus expressément prescrites par la loi du 22 frimaire. Voyez aux mots Poursuites et Instances.

cet article seul ? C'est pourtant ce qui a lieu plus d'une fois, en matière d'enregistrement ; des questions d'exigibilité sont résolues par un juge auquel les règles corrélatives de la liquidation sont inconnues, et réciproquement celles de la liquidation sont appliquées dans l'oubli de celles qui régissent l'exigibilité ; on détermine les bases du droit à percevoir, sans savoir s'il est dû ; on décide qu'il sera payé, sans se demander si la loi se prête à son établissement.

Dans les matières ordinaires, la contradiction éclaire et prépare le jugement ; la défense développe toutes les raisons de décider ; le juge n'a plus qu'à choisir. Les débats s'agitent dans un champ familier à tous ceux qui y prennent part ; les éléments de la discussion sont connus de tous ; on ne conteste que sur leur influence et sur leur action. Mais, en matière d'enregistrement, les justiciables cherchent vainement leurs conseils ordinaires ; attaqués habilement, ils sont mal défendus (1). Les avocats ne trouvant pas, dans les procès avec la régie, le mode habituel de leur discussion, ont déserté cette partie de la défense ; ils reconnaissent, pour ainsi dire, leur incompetence dans ces mêmes questions, où leurs devanciers se plaisaient le plus ; les recueils d'arrêts des parlements et les observations des arrêtistes, nous apprennent avec quelle vivacité se débattaient alors les difficultés qu'aujourd'hui l'on abandonne. La science du droit de mutation, est sortie tout entière des discussions d'audience ; plus que toutes autres, ces matières sont de nature à mettre en relief le savoir du juriconsulte : les faits disparaissent de la contestation, et laissent place aux principes purs et aux règles abstraites du droit ; des considérations pour ainsi dire matérielles ne viennent jamais briser les déductions du raisonnement.

Cette portion, autrefois si brillante, des débats judiciaires, aujourd'hui délaissée de ses acteurs naturels, est tombée généralement dans le domaine des clercs : ce qui jadis était l'occupation la plus sérieuse des plus savants

(1) La loi ne passe en taxe aucun frais de défense aux parties ; l'administration ne confie la sienne

juriconsultes, est devenue celle des étudiants.

Comment les jugements échapperaient-ils à l'influence de ces faits ? Une affaire mal instruite est rarement bien jugée. Le tribunal doit suppléer par ses propres lumières à la faiblesse de la défense ; le fera-t-il d'une manière suffisante, dans une matière à laquelle il est lui-même étranger, et qui dès lors demandait plus que toute autre, une instruction complète, apportant au magistrat tous les éléments de la conviction ? Les bons jugements, dans l'application du droit d'enregistrement, ne se rencontrent qu'autant qu'il s'est trouvé un juge qui n'a point craint un travail extraordinaire, ou que la défense a été confiée à un notaire instruit, à la fois versé dans la connaissance de la loi fiscale et capable de soutenir habilement une discussion de droit.

La voie de l'instruction par écrit, convenable toutes les fois qu'une affaire comporte des débats de faits, ou de calculs, dans lesquels il suffit de voir clair pour statuer, est vicieuse dès qu'il s'agit de questions pour la solution desquelles on doit apprécier des considérations de droit. La discussion sur ce point ne peut pas se résumer sans perdre toute sa valeur ; le résumé d'ailleurs ne peut être impartial et dégagé des influences de l'opinion du rapporteur ; dans la vérité, la décision est presque toujours son ouvrage, et rarement les jugements sur le droit d'enregistrement, sont l'objet d'un examen sérieux à la chambre du conseil ; le plus souvent le tribunal se fie aux lumières et au bon esprit du magistrat qu'il a chargé d'examiner l'affaire. En résultat, dans ce procès silencieux et ordinairement mal instruit, les parties n'ont qu'un juge.

C'est une anomalie, dans notre organisation judiciaire, que ces dispositions de la loi de frimaire, qui interdisent la plaidoirie et l'appel. C'est à la loi des 5-19 décembre 1790 qu'elles ont été empruntées, et dans cette dernière, elles étaient le fruit de l'opinion dominante alors, que pour obtenir bonne et prompte qu'à ses employés supérieurs, et souvent elle en fournit elle-même les moyens.

justice, il fallait écarter des débats les avocats et les hommes de loi.

Les plaidoiries rendues aux matières d'enregistrement, comme elles le sont à d'autres branches d'impôt, auraient bientôt replacé cette législation au rang des études des juriconsultes; elles auraient en outre l'avantage de ramener dans les débats l'examen des principes du droit, si généralement écarté dans le commun des affaires civiles. La nature des conventions, leurs signes caractéristiques, leurs effets distinctifs, seraient incessamment l'objet des discussions, et rappelleraient fréquemment, que toute la justice ne gît pas dans une appréciation de faits et dans une application plus ou moins arbitraire, de l'équité naturelle. On reviendrait nécessairement à l'exploration de ces écrits savants, qui contiennent en même temps et les solutions du droit de mutation, et les véritables sources du Code civil; la science et la justice y gagneraient.

La constitution d'avoués, suite nécessaire de la plaidoirie, contribuerait aussi à faire rendre bonne justice; leur assistance, non moins utile en ces matières qu'en toutes autres, aurait pour objet de diriger l'instruction qui marche aujourd'hui sans guide. Souvent les parties demandereses en restitution d'un droit, sont jugées sans avoir pu justifier leurs moyens; elles ne savent ni à quelle époque, ni à qui doit être remis leur mémoire en réponse à celui de la régie; elles ignorent même la nécessité des significations dont le défaut a fréquemment entraîné la cassation de jugements obtenus par elles. Rien ne leur fait connaître le jour de l'audience, où aucun officier n'a le droit de les représenter (1); le rapport se fait en leur absence, et elles se trouvent, de fait, privées de la faculté d'y ajouter leurs observations; les conclusions du ministère public, la nouvelle marche qu'il peut imprimer au procès, leur sont inconnues, et elles ne peuvent les redresser. En un mot, la publicité

(1) Voyez aux mots Poursuites et Instances, n<sup>os</sup> 104 et suiv., la jurisprudence curieuse de la cour de cassation, sur les avoués ouïs ou entendus.

des débats n'est pour elles qu'une formalité illusoire et sans but.

Ainsi, la décision est rendue sur les seules défenses de la régie, et cette décision est contradictoire suivant la jurisprudence de la cour de cassation. Après le prononcé du jugement, l'expédition est levée sans que des qualités aient été signifiées, en sorte que les faits établis sans contrôle, par une seule des parties, acquièrent néanmoins l'autorité de la chose jugée, même pour la cour de cassation, et semblent être l'œuvre du juge, alors qu'ils sont celle d'un rédacteur inhabile ou de mauvaise foi. Quelquefois même l'expédition est retirée sans que des qualités aient été déposées, et de là des jugements inintelligibles que la cour de cassation déclare nuls, faute de point de fait et de droit. On conçoit à combien d'abus une pareille procédure peut donner naissance, et la jurisprudence en fait foi.

L'appel, selon les règles communes, achèverait de restituer à ces matières toute leur importance, en même temps qu'il rendrait aux justiciables une garantie qui, dans le système de nos institutions, leur est due. Un second degré de juridiction est-il donc moins nécessaire lorsque 20,000 fr. sont réclamés par la régie, que lorsqu'ils le sont par un particulier?

Cette juridiction rendue aux cours royales, fixerait le caractère de la cour de cassation, fort incertaine elle-même sur ses attributions, à l'égard du droit d'enregistrement, jugeant tantôt comme cour suprême, tantôt comme tribunal de second degré. Le nombre des pourvois diminuerait sensiblement, car il est rare que la cour de cassation soit appelée à statuer sur un jugement de dernier ressort, en matière civile, tandis qu'en matière d'enregistrement, il semble que les décisions de première instance ne soient que le préliminaire du procès. Le recours en cassation est presque devenu de droit, surtout de la part de la régie, et l'arrêt n'étant pas définitif, le renvoi comporte d'interminables longueurs. On peut voir à l'art. 5638 du *Contrôleur*, un arrêt de rejet statuant définiti-

vement sur un procès qui a duré dix ans ; la régie a perçu, en 1830, 60,000 fr. qui n'étaient pas dus et qu'elle a conservés jusqu'en 1840 ; tout en gagnant sa cause, le redevable a perdu, par la privation des intérêts, la moitié de son capital. L'affaire pouvait trainer encore, si la cour eût cassé une seconde fois. Cet exemple, qui n'est pas le seul, démontre suffisamment, que si le législateur, en supprimant l'appel, a cru assurer aux décisions plus de justice et de rapidité, l'expérience a démenti ses prévisions. Si, au contraire, les parties pouvaient essayer un second degré de juridiction, elles se contenteraient le plus souvent de cette nouvelle épreuve, et jamais elles n'attendraient, comme il est d'ordinaire, devant la cour de cassation, un délai de dix-huit mois ou deux ans, pour obtenir une solution.

Enfin les cours royales verseraient dans la cour de cassation, suivant la hiérarchie naturelle de l'avancement, des magistrats imbus des principes d'une loi qu'ils auraient appliquée, tandis qu'aujourd'hui cette législation n'a jamais passé sous leurs yeux et qu'ils arrivent à l'interpréter dans une époque de la vie où l'esprit se résigne difficilement à des études nouvelles.

L'enseignement public, la plaidoirie et l'appel, sont des nécessités, si l'on veut élever la jurisprudence, en matière d'enregistrement, au rang qu'elle occupe en matière civile, dans les causes du progrès social. Jusque-là elle restera dans un degré inférieur, et les vices inhérents à des jugements dénués des garanties d'une bonne justice, continueront à jeter le trouble et la confusion dans l'application de la loi.

La seconde cause d'erreurs, particulière à la jurisprudence en matière d'enregistrement, consiste dans les préjugés dont l'application des lois qui la concernent est entourée. Une foule de préventions existent dans l'esprit du jurisconsulte, dont on cherche vainement la source et qui dérobent la vérité aux yeux du magistrat qui les partage. Certains principes sont répandus dans l'opinion publique des hommes de droit, et précèdent chez le plus

grand nombre la lecture même d'aucune disposition de la loi fiscale. Nous avons fréquemment rencontré chez ceux près desquels nous avons eu à expliquer nos opinions, des idées préconçues, qu'il nous a fallu détruire avant de pouvoir faire prévaloir les vrais principes ; souvent nous n'avons pas réussi à déraciner ces préjugés, parce qu'en général on tient plus aux erreurs d'une croyance irréfléchie, qu'à celles que des études sérieuses n'ont pas permis d'éviter.

L'esprit, sous l'influence de ces préoccupations fausses, est détourné nécessairement de la route du vrai ; supposant à la loi des principes qui ne sont pas les siens, il arrive à des conséquences qui lui doivent être étrangères. Ces préjugés dont nous parlons sont fort nombreux ; nous en avons souvent indiqué dans notre ouvrage ; leurs effets dans la jurisprudence et la confusion qu'ils y portent, sont incalculables ; pour donner une idée des désordres dont ils sont la cause, nous allons examiner quelques-uns des plus féconds en conséquences funestes, et l'on concevra facilement que jamais les tribunaux n'atteindront les conditions d'une bonne justice, en matière d'enregistrement, tant qu'ils n'auront pas attentivement purgé leurs doctrines de certaines croyances qui les dominent et dont il est impossible de rendre raison....

C'est encore à la même source que se puise cette idée, que la loi du 22 frimaire n'est pas soumise aux règles du droit commun, que son application est, comme on l'a dit, *hérissée d'exceptions*. Depuis vingt ans bientôt nous faisons de cette loi une étude exclusive ; nous avons achevé de ses dispositions l'examen le plus complet auquel on puisse les livrer ; et nous n'avons pas rencontré une exception aux règles du droit civil ; nous sommes fondés à douter qu'on puisse nous en montrer une seule.

Sans doute quelques-uns de ses textes ne sont plus en harmonie avec certains principes du Code qui nous régit ; mais il ne s'ensuit pas que le législateur ait voulu donner à la loi un caractère exceptionnel ; au contraire, il s'est

rigoureusement conformé aux règles du droit civil en vigueur en l'an vii; nous avons démontré ce point en parlant des partages et des résolutions pour défaut de paiement. La loi du 22 frimaire ne contient d'exception qu'à ses propres principes, en ce qu'elle soumet au droit fixe des actes qui de leur nature sont translatifs et dès lors devraient, aux termes de l'art. 4, être soumis au droit proportionnel; telles sont les mutations opérées par les sociétés civiles et conjugales; l'affranchissement est une faveur que le législateur a faite à ces conventions qu'il importe au bien public de multiplier, faveur que la jurisprudence croit aujourd'hui convenable de leur enlever. Mais nous ne connaissons pas un acte non-translatif, suivant les principes du droit civil, que le tarif ait soumis au droit proportionnel....

C'est donc une erreur et une erreur grave dans ses résultats, que cette préoccupation avec laquelle le magistrat aborde les lois de l'enregistrement; craignant de rencontrer, dans chacune de leurs dispositions, une dérogation au droit commun, il abandonne, dans leur interprétation, les maximes qui lui sont tracées par le législateur, en matière ordinaire; persuadé que la loi est soumise à des règles exorbitantes, il rejette celles qui lui sont habituelles, précisément parce qu'elles le sont; mais, lorsqu'il s'agit d'interroger ces principes spéciaux, il les cherche vainement; les textes ne les contiennent point et ne les indiquent même pas; il reste alors sans loi écrite, sans règle fixée d'avance, et n'est plus déterminé que par ce qu'il croit bon, juste, utile, comme nous l'avons déjà vu dans ce qui précède, c'est-à-dire par l'arbitraire, la plus funeste et la plus variable des raisons de juger. Pour que sa décision soit juste, il lui faut revenir sur ses pas, reconnaître que la loi fiscale est soumise à la loi commune, abandonner un préjugé, rejeter une prévention: c'est un effort pénible auquel l'esprit se résigne rarement.

Que l'on jette, sur les décisions judiciaires relatives à l'enregistrement, un regard philo-

sophique, et l'on reconnaîtra facilement ces causes auxquelles nous attribuons l'incertitude et la contradiction des arrêts: l'esprit d'indépendance, le penchant à la réforme, la volonté de modifier la loi, d'y suppléer, de l'amender. Ces vices perturbateurs de la jurisprudence, en toute matière, agissent plus sensiblement en ce qui touche à l'impôt, parce que la loi est moins connue de ceux qui l'appliquent, qu'elle est entourée de préventions, qu'on la croit plus imparfaite, soustraite aux règles ordinaires du droit, et surtout peut-être, parce que, par son caractère, elle tient de plus près au droit public et à l'action gouvernementale que chacun se croit appelé à diriger. On reconnaîtra principalement les arrêts dictés par cette fâcheuse influence, à l'irrégularité de leurs motifs et aux incroyables erreurs de droit qu'ils contiennent. Nous dirons plus tard comment cette circonstance est le signe nécessaire des causes que nous indiquons: nous devons justifier d'abord l'existence de ces arrêts, que nous signalons à l'attention des juriconsultes curieux de connaître la vérité dans la marche de la justice, et les sources réelles de tout mal social.

La loi de 1790 avait assujéti à un droit proportionnel les mises en communauté; celle du 22 frimaire, dans un but facile à concevoir, les en affranchit; en même temps, elle ne soumet qu'au droit fixe les partages entre copropriétaires, à *quelque titre que ce soit*. De ces dispositions il résulte qu'au moyen de l'attribution faite, lors de la dissolution, à un associé, d'un immeuble apporté par un autre, il s'opère en définitive une mutation du second au premier, laquelle n'a produit que deux droits fixes.

D'abord la cour de cassation a pensé que ce résultat ne pouvait avoir échappé au législateur, et qu'il n'appartenait pas aux tribunaux d'y remédier; en conséquence, faisant application des vrais principes, elle refusait le droit proportionnel vivement sollicité par la régie (1).

(1) Arrêts des 9 mai 1831, 12 février 1834, 17 août 1836.



Plus tard elle a changé d'avis et décidé que cette mutation, préjudicant au trésor, ne jouirait pas de l'exemption; mais, cherchant à concilier la faveur due aux sociétés avec sa résolution nouvelle, elle a jugé convenable de percevoir seulement sur le partage; il restait à donner des motifs juridiques à cette décision toute législative; un premier arrêt considère: « Que l'acte de société n'opère pas mutation au profit des associés... que l'acte (de partage attribuant à un associé l'immeuble apporté par un autre) ne peut être considéré comme un partage entre copropriétaires, puisque, comme on l'a dit, l'acte de société n'avait constitué, en faveur de ce dernier, aucun droit immédiat et spécial à la copropriété (1) de l'immeuble mis en société par le premier (2). » Un second porte: « Que l'acte de société n'avait pas opéré, au profit de la société Boissard et Grillon, une transmission actuelle et complète de la brasserie dont Boissard était propriétaire, et que le résultat de cette transmission était subordonné au partage qui serait fait entre les associés, lors de la dissolution de la société, partage par l'événement duquel Boissard pouvait conserver la propriété de l'immeuble (3). »

Ainsi, dans les nouveaux principes de la cour, l'apport social d'un immeuble ne rend pas la société propriétaire; à la dissolution, il ne s'établit pas une communauté dont ce même immeuble fasse partie; si, par le partage, il est attribué à celui qui en a fait l'apport, il n'est jamais sorti de ses mains, il en conserve la propriété; s'il est dévolu à un autre, cette dévolution est un acte translatif et opère « la seule transmission réelle et effective qui ait lieu. » Assurément ce ne sont pas là les principes de la loi civile, ni ceux des jurisconsultes, ni ceux que la cour elle-même a rappelés dans ses arrêts précédents. Ce sont des assertions toutes nouvelles qui se prêtent peut-être à l'établissement du droit qu'on veut per-

cevoir, mais qui n'en sont pas moins contraires à tout ce que le Code et ses interprètes ont enseigné jusqu'ici.

Un légataire universel et un héritier légitime transigent sur la validité du testament, fort contestable, et se partagent la succession par moitié: la régie perçoit le droit de donation sur une moitié; le tribunal de la Seine ordonne la restitution de ce droit, attendu que la transaction étant sérieuse et n'ayant porté que sur les biens litigieux, n'était pas un acte translatif. Pourvoi de la régie, et, le 19 novembre 1859, arrêt de cassation, motivé sur ce que: « Une transaction passée entre un légataire universel qui a obtenu l'envoi en possession des biens d'une succession dans laquelle il n'existe pas d'héritiers à réserve, et l'un des héritiers légitimes qui n'a pas fait annuler le testament contenant le legs universel, ne peut être considérée, pour la perception du droit d'enregistrement, comme déclaration de la propriété de l'héritier; qu'elle en est attributive et opère une véritable transmission; ... qu'il importe peu que la somme ou valeur stipulée fasse partie des objets litigieux ou qu'elle en soit distincte; qu'aucune disposition des lois rendues sur la matière ne renfermant cette distinction, qui ne serait fondée sur aucun motif réel, les tribunaux ne peuvent la créer... (4) »

Sans doute il était besoin que cette doctrine fût restreinte aux matières d'enregistrement, car le jurisconsulte du droit civil concevrait bien difficilement comment l'envoi en possession ou la qualité de légitimaire, peuvent influencer sur le caractère de la transaction; moins encore que l'acte eût cessé d'être translatif, si le testament eût été préalablement annulé; ni enfin comment la cour a pu dire que la distinction entre les objets litigieux et ceux qui ne le sont pas, ne serait fondée sur aucun motif réel, lorsque cette distinction forme la base de toute la théorie du contrat de transaction.

(1) Qu'est-ce qu'un droit spécial à une copropriété? — (2) 29 janvier 1840, *Cont.*, 5660.

(3) 15 juillet 1840, *Cont.*, 5806.

(4) *Contrôleur*, 5630.

Mais est-il vrai que la loi fiscale ait sur ce point des principes particuliers? Autrefois les transactions ne donnaient pas ouverture aux droits de mutation, si elles ne comprenaient que les biens litigieux : c'était la doctrine de Dumoulin et de tous les feudistes ; c'était celle du centième denier, ainsi que l'enseigne le *Dictionnaire des Domaines*. « La loi du 22 février, dit M. Merlin (1), n'a fait sur les transactions qu'adapter aux droits d'enregistrement ce qui était précédemment établi. » Et ailleurs : « Mais si, par la transaction, l'une des parties abandonne à l'autre un objet non litigieux, pour l'indemniser des sacrifices de ses prétentions sur les choses en litige, l'abandon de cet objet constituerait une mutation de propriété qui donnerait nécessairement ouverture à un droit proportionnel d'enregistrement (2). » Enfin la cour elle-même en a fait application, dans des arrêts des 28 février 1802 et 11 avril 1808, rendus en matière d'enregistrement. Il semble donc que, pour répondre à de pareilles autorités, il ne suffisait pas de déclarer que la distinction n'avait aucun motif réel. »

Quoi qu'il en soit, le mal jugé se manifeste sensiblement par une autre considération : la cour conclut de ses prémisses, qu'il est dû un droit proportionnel ; mais lequel ? l'arrêt ne le dit pas ; or le tarif ne prévoit que *la vente* ou *la donation* ; l'arrêt vise l'article relatif à la *vente*, et suppose ainsi ce contrat ; mais la régie avait perçu le droit de *donation* ; en sorte que le jugement est cassé pour avoir, en refusant le droit de *donation*, violé le tarif qui ordonne de percevoir un droit de *vente* ! Lorsque deux contestants, pour terminer un procès, se partagent l'objet litigieux, y a-t-il vente ou donation ? lequel est le vendeur ou le donateur ? lequel est l'acheteur ou le donataire ? Nous laissons ce point à décider aux jurisconsultes. Toujours est-il que, s'il venait à être reconnu que la transaction dont il s'agissait,

n'est ni une vente, ni une donation, le sieur Gervilliers, partie condamnée, aurait payé 60,512 fr. 99 c., lorsqu'il ne devait que 3 francs (3).

Le tarif du contrôle avait expressément prévu les baux à ferme, les baux à vie, les baux à durée illimitée et les baux emphytéotiques ; celui de l'an VII frappa également les trois premiers, mais garda le silence sur le dernier. Jusqu'en 1840, ces baux furent considérés comme simples baux à ferme et soumis au droit de 20 c. pour 100 fr. Mais la jurisprudence, en déclarant l'emphytéose susceptible d'hypothèques, avait suscité l'ambition fiscale, et la régie tenta de percevoir le droit de vente immobilière sur la transmission des baux emphytéotiques. Un jugement du tribunal de Lille, rejeta cette prétention, en se fondant sur ce que, « en matière fiscale, la loi ne doit point être étendue au delà de ses termes, soit par voie d'argumentation et d'extension, ayant pour but de lier et de confondre le domaine utile avec le domaine direct que retient le propriétaire, soit par l'assimilation de l'emphytéose à l'usufruit, quand cette loi fiscale, loin de faire cette assimilation, distingue trois natures d'évaluations, *la propriété, l'usufruit et la jouissance* des immeubles. »

La cour a cassé ce jugement par arrêt du 25 mars 1840. « Attendu que, dans l'état actuel de la législation et depuis la promulgation du Code civil, l'effet propre et particulier du bail emphytéotique est d'opérer la transmission et l'aliénation à terme, de la propriété de l'immeuble donné à emphytéose ; que le preneur possède *comme propriétaire*, l'immeuble qui lui est transmis pour un temps déterminé ; qu'il suit de là, que le bail emphytéotique est réellement un *acte translatif de propriété* d'un bien immeuble (4). »

« Cet arrêt, dit M. Troplong dans son *savant Commentaire sur le louage*, tom I, pag. 180, se sert de certaines expressions

(1) *Répertoire*, v° Partage.

(2) *Ibid.*, v° Transaction.

(3) V. le chapitre des transactions, tom. I., n° 593 et suiv. (4) *Contrôleur*, 5715.

« que l'emphytéose temporaire doit être bien étonné de se voir appliquer. » Ajoutons que tout jurisconsulte sera non moins étonné de voir la cour de cassation supposer que le bail emphytéotique a pris un nouveau caractère *sous le Code civil*, qui n'en a point parlé, et qu'une aliénation à *temps* soit la propriété, lorsque jusqu'à ce jour on avait pensé que la perpétuité était de l'essence de ce droit nécessairement exclusif et absolu (n° 5465).

Évidemment la cour de cassation a pris la place du législateur et fait son œuvre ; mais elle aurait dû la faire complète, car cette jurisprudence est déjà une source de difficultés que la cour n'a point prévues, pour n'avoir pas eu présentes à la pensée les phases que la perception doit subir. La loi de frimaire, n'ayant pas tarifé le bail emphytéotique, n'a pas dû s'occuper de son évaluation et ne l'a pas fait ; la cour déclarant que le droit de l'emphytéote est la propriété, il s'ensuit qu'on doit appliquer l'estimation légale du droit de propriété ; or, s'il s'agit d'une mutation par décès, le droit doit être liquidé sur vingt fois le revenu (art. 45, 7°), et, suivant de nombreux arrêts, ne peut l'être autrement, sans violer la loi. Les héritiers de l'emphytéote payeront donc un droit de succession immobilière, sur vingt fois le revenu, c'est-à-dire sur la même valeur que s'ils héritaient de la propriété absolue. Mais ce n'est pas tout : que la succession du bailleur vienne à s'ouvrir, ses héritiers payeront le même droit, car le domaine direct n'est pas moins que le domaine utile, *un droit de propriété* ; en sorte que le trésor percevra, dans les deux successions, un droit de transmission de *propriété*, et, dans chacune d'elles, cette propriété sera évaluée à vingt fois le revenu.

La régie a reculé devant l'injustice et l'absurdité de ce système, qui cependant n'est que la conséquence logique des principes de l'arrêt précité ; elle a proposé de percevoir sur le bénéfice de l'emphytéote, multiplié par 20, déduction faite du canon ; mode évidemment

illégal, car le bénéfice de l'emphytéote n'est pas un revenu, mais le produit du travail et de l'industrie du fermier ; d'un autre côté, le canon est une charge, et, aux termes de la loi, le droit doit être liquidé « sans déduction des charges. » Aussi, le tribunal de la Seine l'a rejeté, mais pour y substituer un système non moins arbitraire, en ordonnant de liquider le droit *sur une déclaration estimative des parties*. Par une inconcevable contradiction, ce tribunal reconnaît *exigible* un droit qui n'est dû que pour les mutations de *propriété*, et il se refuse à *liquider* ce droit suivant les règles des transmissions de propriété, « attendu que le bail emphytéotique a des caractères qui lui sont propres et *qui ne permettent pas de le confondre avec la propriété* (1). »

Chose étrange ! les tribunaux appliquent la jurisprudence de la cour, en rejetant les principes sur lesquels elle est appuyée, et un même jugement fonde l'*exigibilité* du droit sur ce qu'il y a transmission de propriété, et sa *liquidation*, sur ce que cette transmission n'existe pas. De pareilles inconséquences ne se rencontrent qu'en matière d'enregistrement et pourraient seules expliquer le désordre des perceptions. Dans l'exécution d'une législation rigoureuse, il suffit qu'on s'écarte une fois des principes, pour qu'un arbitraire sans bornes devienne une nécessité. C'est parce que la cour de cassation a voulu percevoir le droit d'un contrat qui n'est pas tarifé, qu'un tribunal a été conduit à déclarer « que, *dans le silence de la loi*, la seule règle *juste et raisonnable* à suivre en pareil cas est de prendre pour base du droit fiscal, *non le revenu de la chose, mais la valeur elle-même* (2), » en présence d'une loi qui défend de liquider le droit de succession sur une autre base que le revenu.

Deux arrêts des 25 novembre 1812 et 10 août 1814 jugent, en matière civile, que l'hypothèque donnée pour sûreté de la dette d'un tiers, n'est pas un cautionnement, par le motif

(1) *Contrôleur*, 5951.

(2) Même jugement.

que ce dernier contrat exige un engagement personnel que ne contient pas le premier. En conséquence, un tribunal refuse le droit de cautionnement sur une convention de l'espèce. Le 10 août 1856, arrêt qui casse, « attendu  
 « que l'hypothèque donnée par un tiers, sur  
 « ses immeubles, est de sa part une obligation  
 « qui a le caractère, *pour la perception des*  
 « *droits d'enregistrement*, d'un cautionnement;  
 « que le jugement a décidé en droit, que,  
 « pour donner lieu à la perception du droit  
 « proportionnel, il était nécessaire que le  
 « cautionnement fût illimité et s'appliquât  
 « tant à la personne qu'aux biens; qu'il a en  
 « cela établi une distinction que *n'admet pas*  
 « *la loi spéciale de la matière*, dont le tribunal  
 « a négligé de s'occuper, quoique ce dût être  
 « la base de sa décision (1). »

Cette solution se conçoit difficilement en présence de la loi fondamentale de l'enregistrement, qui déclare que les hypothèques réservées pour un autre impôt, ne seront pas soumises à celui-ci (2), ni surtout en présence du texte de la loi vivante, qui ne tarife que  
 « les cautionnements de sommes et *objets mo-*  
 « *biliers*, garanties *mobilières* et indemnités  
 « de même nature (3), » ce qui ne peut assurément s'entendre de l'hypothèque, droit *réel* *immobilier*.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt est motivé : 1° sur ce que la loi tarife les cautionnements des comptables, lesquels pouvaient être fournis par le comptable, en immeubles. Ce motif n'a rien de concluant, d'abord parce que si le cautionnement pouvait être donné en immeubles, il pouvait l'être autrement, et que rien ne porte à croire que le tarif fût applicable au premier cas; ensuite, parce que le privilège du trésor sur l'immeuble affecté, n'est pas une hypothèque; 2° sur ce qu'une loi de 1817 appelle cautionnement, l'hypothèque donnée par l'héritier d'un militaire absent, pour sûreté de la restitution à laquelle il peut être obligé; second motif moins concluant que le premier, et

de plus contradictoire avec la décision; car il est au moins inconséquent de fonder sur une loi relative aux militaires absents, un arrêt qui casse un jugement, pour avoir pris sa raison de décider dans le Code civil.

Néanmoins, en prenant ces considérations pour vraies et décisives, on devait en conclure que si l'hypothèque était le cautionnement fiscal, ce devait être surtout quand elle était consentie par le débiteur lui-même, puisque telle est l'hypothèse du cautionnement donné par le comptable et par l'héritier de l'absent.

Aussi la régie s'est-elle hâtée d'en tirer cette conséquence, en réclamant le droit de cautionnement sur une hypothèque accordée par le débiteur; mais le 20 février 1857, arrêt qui rejette sa demande, attendu que la loi fiscale n'a tarifé que le cautionnement, « et non la  
 « simple concession d'hypothèque, dont il  
 « n'est fait mention, ni dans l'art. 69, ni dans  
 « aucun autre article de la même loi; que la  
 « raison de ce silence de la loi fiscale, sur  
 « cette nature de convention, est visiblement  
 « que, *suivant les art. 2092 et 2095 du Code*  
 « *civil*, l'obligation du débiteur engage tous  
 « ses biens, etc. (4). »

Ainsi, cette fois, ni le tarif des cautionnements de comptables, ni la loi des militaires absents, invoqués pourtant par la régie, ne sont plus d'aucune considération; et ce même texte de la loi du 22 frimaire, si formellement exceptionnel au droit commun, dans le premier arrêt, n'est plus, dans le second, qu'un corollaire des articles 2092 et 2095 du Code civil!

Le mystère de cette contradiction s'éclaircit à l'instant, dès qu'on remarque que si l'hypothèque donnée par un tiers, n'est pas le cautionnement, du moins elle en produit certains effets dont les créanciers pourraient se contenter dans la pratique des affaires, ce qui nuirait considérablement au trésor, en rendant plus rare la perception du droit de cautionnement; tandis que l'hypothèque donnée par

(1) 10 août 1856; *Cont.*, 4548.

(2) L. 5-19 décembre 1790, titre *des exceptions*.

(3) L. 22 frimaire au VII, art. 69, § 2, 8°.

(4) *Cont.*, 4465.

le débiteur ne peut pas tenir lieu de ce contrat, ni par conséquent tromper les prévisions du tarif; et la cour, voyant dans la forme du premier acte, un détour préjudiciable aux intérêts du fisc, croit qu'il est de son devoir et de ses fonctions de statuer suivant que cet intérêt l'exige.

Mais poursuivons la jurisprudence sur les hypothèques.

Les lettres de change, d'abord affranchies de tout droit, ont été plus tard assujetties à un droit de 25 c. pour 100 fr. Le souscripteur consent une hypothèque pour sûreté des traites en circulation; la cour craint que, par cette voie, l'utilité des obligations ordinaires ne soit atteinte, et que le trésor ne se trouve ainsi privé du droit de 1 p. 0/0 auquel ces actes sont assujettis; elle décide que ce droit sera perçu sur la dation d'hypothèque. Mais, pour appliquer le droit de 1 p. 0/0, la loi exige l'existence du titre d'une obligation primitive ou nouvelle qui n'ait pas subi l'enregistrement; ce principe ne peut être méconnu. Pour répondre à cette difficulté, la cour déclare, dans un premier arrêt, que la dation d'hypothèque « non-seulement altère le caractère primitif de la lettre de change, mais encore contient, dans la réalité, une obligation nouvelle et distincte de la première (1). » Dans un second, « que si le contrat d'affectation d'hypothèque n'opère pas novation... il n'est pas moins constant qu'il constitue un nouveau titre d'obligation...., puisqu'à l'obligation commerciale il ajoute une obligation purement civile (2). » Dans un troisième, « que cet acte renferme une nouvelle obligation (3). » Dans un quatrième, « que l'acte

« notarié renferme une obligation nouvelle et d'une autre nature (4). » Enfin dans un cinquième, rendu en audience solennelle, « qu'il ne résulte pas sans doute qu'il y ait eu novation, ni substitution d'une dette à une autre, mais que les billets à ordre et l'acte notarié, quoique relatifs au prêt d'une même somme, ont formé les titres de deux obligations distinctes, la première commerciale, la seconde hypothécaire.... (5). »

Sont-ce là les principes de la cour, sur les lettres de change et sur les caractères de novation? Est-il bien vrai que la dation d'une hypothèque altère la nature de la créance? Est-il vrai qu'une dette, en devenant hypothécaire, cesse d'être commerciale? Est-il vrai que la constitution d'une hypothèque soit un titre obligatoire? Comment concilier cette assertion, que le contrat n'opère pas novation, et celle-ci, qu'il y a néanmoins obligation nouvelle? Comment comprendre enfin que deux actes, quoique relatifs au prêt d'une même somme, forment les titres de deux obligations? Assurément, tout cela n'entre pas dans les principes de la cour; mais, comme nous l'avons dit, la prévision de la loi fiscale semble en défaut, il faut y suppléer; qu'importent les motifs, c'est aux résultats qu'il faut s'attacher.

Ainsi l'hypothèque est tantôt affranchie de tout droit, tantôt soumise au droit de 50 c. p. 0/0 fr., tantôt à celui de 1 p. 0/0, suivant qu'il a paru à la cour convenable de la taxer; car, quant à la loi, non-seulement elle ne l'a pas soumise au droit, mais encore elle a formellement déclaré ne pas l'atteindre.

C'en est assez de ces exemples (6) pour faire voir dans quels égarements l'esprit avec lequel

(1) 17 prairial an XII et 22 décembre 1807. n° 1012.

(2) 5 août 1855, n° 1015.

(3) 20 août 1854, *Cont.*, 2980.

(4) 50 mars 1855, *Cont.*, 4020.

(5) 8 avril 1859, *Cont.*, 5450.

(6) Tous les arrêts qui viennent d'être examinés ont été rendus à peu près dans le cours d'une année, et ce ne sont pas les seuls que nous eussions pu relever dans cette période; v. le *Contrôleur*.

année 1859-1840. Nous signalons surtout à l'examen des lecteurs un arrêt du 5 décembre 1859 qui, sur le vu du seul art. 2098 C. c., en l'absence absolue de toute autre disposition, soit de la loi de frimaire, soit de toute autre loi spéciale, déclare « que le privilège de la régie pour le recouvrement des droits de mutation par décès, ne se borne pas aux fruits des immeubles, mais qu'ils s'étendent à la totalité des valeurs mobilières, et même aux immeubles, lorsque la régie a

les lois de l'enregistrement sont appliquées à pu jeter les tribunaux. Dans tous ces arrêts, la cour a manifestement méconnu ses pouvoirs, en cherchant à prévenir des abus ou à rendre la perception plus fixe ; elle a modifié la loi fiscale, en appliquant l'impôt à un cas non prévu, ou la loi civile, en posant des principes que celle-ci n'a jamais reconnus. Cette atteinte est une nécessité incontestable, et une conséquence évidente des motifs écrits dans les arrêts. Telle n'est pas la voie que le législateur lui a tracée.

Si elle juge qu'il serait utile aujourd'hui d'assujettir les donations d'hypothèques, les partages sociaux, les transcriptions de licitations, les transactions, les transmissions emphytéotiques, à un droit proportionnel que la loi actuelle ne prononce pas, elle en devait faire au gouvernement l'observation par ses commissaires, aux termes de l'arrêté du 5 ventôse an x ; de semblables propositions ne sont pas de nature à languir dans les cartons du ministère, et de tels *perfectionnements* du budget sont promptement adoptés. Combien cette voie légale serait préférable aux modifications que la cour apporte elle-même à la loi fiscale, sous le prétexte d'une interprétation progressive !

On conçoit comment, à l'aspect de cette jurisprudence, celui qui n'a pas fait de la loi du 22 frimaire une étude indépendante et particulière, peut la croire soumise à des règles exorbitantes, et pourquoi ce préjugé se perpétue. Mais ce qui ne s'aperçoit pas au premier coup-d'œil, et n'est pourtant pas moins certain, c'est l'impossibilité d'une perception stable et uniforme, sous l'impression de semblables jugements. Fondés sur des considérations prises hors de la loi, les arrêts doivent nécessairement se contredire, car les raisons empruntées à l'intérêt public, à l'opportunité d'un impôt, à l'utilité d'une modification dans les tarifs, sont éminemment

variables, et dépendent essentiellement des idées du magistrat sur l'économie générale, et même de ses opinions politiques ; or les motifs de cette espèce doivent d'autant moins se conserver, qu'ils ne sont pas écrits dans les arrêts qui ne comportent que des considérants juridiques et dans les termes du pouvoir judiciaire. Tout ce que ces arrêts peuvent rappeler à l'esprit du juge, c'est que les motifs exprimés n'ont pas été les véritables raisons de décider pour des jurisconsultes, au savoir desquels ils n'étaient pas de nature à faire illusion. Or ces véritables raisons, sans doute sages et raisonnables, mais dans un autre ordre d'idées, ne se retrouvent plus ; d'autres les remplacent et entraînent des conséquences diverses. Ainsi, la jurisprudence devient contradictoire ; les solutions, les doctrines se croisent ; les jugements contraires se multiplient ; à peine est-il un arrêt auquel on ne puisse en opposer un autre (1), l'employé ne sait plus à quel principe se rattacher : les décisions supérieures, par leur variation, perdent à ses yeux de leur autorité ; la perception devient individuelle, arbitraire ; le mal qui existe s'établit.

Ce n'est pas aux matières fiscales que se bornent ces fâcheuses influences ; les fausses doctrines énoncées dans des arrêts aussi respectables que ceux de la cour suprême, s'introduisent dans la pratique des affaires civiles : si des tribunaux inférieurs possèdent un savoir assez certain pour ne pas se laisser entraîner dans une mauvaise voie, tous n'ont pas la science ou la fermeté nécessaires à cet effet ; c'est ainsi que la jurisprudence des droits seigneuriaux, toujours mobile et novatrice, a, malgré le vouloir des parlements, fait pénétrer ses décisions dans le droit civil, modifié ce droit et imposé ses principes et ses règles au Code même qui nous régit.

Comment penser, en effet, que les principes énoncés dans les arrêts de la cour suprême ne doit offrir aux observations de cette nature.

(1) V. au *Dictionnaire*, les mots Mutation se-crète, Délégation, Usufruit, Legs de sommes, etc.

« pris inscription après le paiement des créan-  
« ces inscrites antérieurement. » On peut juger  
de ce qu'une jurisprudence d'un demi-siècle

sont pas réellement ceux qui la déterminent, et qu'elle désavouera des doctrines formellement écrites dans ses décisions? Qu'elle ne croit pas, par exemple, que l'apport demeure la propriété de l'associé, que l'hypothèque change la nature d'une dette commerciale, que les transactions sont translatives, que le droit de l'emphytéote est la propriété, lorsque ces assertions sont exprimées par elle de la manière la plus explicite, et qu'elle en déduit des conséquences aussi graves que l'application de l'impôt. Que devra penser du savoir de la cour, le juge inférieur profondément versé dans les principes du droit, s'il croit que ces énonciations sont sincères et les véritables raisons des arrêts? Que pensera-t-il de la cour elle-même, s'il reconnaît que les vrais motifs de ses décisions ne sont pas ceux qu'elles expriment, qu'il en est d'autres qu'on ne dit pas, et que les solutions sont telles qu'on n'a pu les justifier ostensiblement qu'au moyen d'erreurs insoutenables?

A la vérité, quelques-uns de ces arrêts, constatant le préjugé que nous signalons dans la jurisprudence, ajoutent à l'énoncé des principes, ces expressions restrictives : *relativement à l'enregistrement, eu égard à la loi fiscale, aux yeux de la régie*, et autres équipolentes; faisant savoir à qui de droit, que ces règles devront être suivies lorsque le procès s'agitera entre un redevable et le fisc, et pourront ne pas l'être s'il s'élève entre deux particuliers.

Qu'est-ce à dire? Quelle est la raison de cette différence? Consiste-t-elle en ce que les contrats n'ont pas le même caractère, les mêmes effets, la même dénomination, suivant le droit civil et suivant le droit fiscal? Ou bien agit-elle en ce que le magistrat a d'autres fonctions; sa justice, d'autres règles; ses décisions, d'autres bases et d'autres fondements?

C'est dans ce dernier sens que le comprennent manifestement certains arrêts; ils sont inexplicables autrement; c'est dans ce sens que l'entendait M. Merlin, quand il disait à la cour : « Il n'en est point des matières qui

« intéressent la fortune publique, comme des  
« matières qui n'intéressent que les fortunes  
« privées, parce que dans celles-là la cour  
« n'exerce les fonctions qui lui sont attribuées  
« par la loi, que comme déléguée du *prince* ;  
« parce que le *prince* aurait pu se réserver à  
« lui-même l'exercice de cette partie des fonc-  
« tions de la souveraineté ; parce que la délè-  
« gation que le *prince* en a faite à la cour, a été  
« *pleinement volontaire de sa part*, et consé-  
« quemment parce que la cour doit exercer ses  
« fonctions comme le *prince* les exercerait lui-  
« même, s'il s'en était réservé l'exercice. »

La portée de ces paroles était évidente, lorsque le prince dont parlait le procureur général, établissait à son gré l'impôt, modifiait les lois fiscales de son plein pouvoir, et de plus *exigeait* de la cour elle-même, en faveur du trésor, des solutions qu'une justice courageuse pouvait seule refuser.

Ce système d'interprétation des lois bursales n'est qu'une subordination servile aux vouloirs du fisc; s'il a pu prévaloir sous un régime despotique et en présence d'impérieuses nécessités publiques, il serait une monstruosité, au milieu de nos institutions dans lesquelles le vote de l'impôt et sa légitime perception, sont au rang des premières conditions du pacte social. Au pouvoir législatif, et à ce pouvoir seul, appartient le droit de constituer les lois fiscales, et c'est à l'égard de ces lois surtout, que le devoir du juge consiste dans une exécution fidèle et un respect absolu. Nous ne craignons pas de l'affirmer, le magistrat qui se croirait autorisé à accroître le budget d'un centime, en suppléant à la loi de l'impôt, méconnaîtrait ses devoirs et compromettrait sa conscience, en l'égarant dans une fausse voie.

Telle n'est pas et telle ne peut pas être, le plus souvent, la portée des restrictions dont nous venons de parler; il faut supposer que les tribunaux qui les expriment, pensent, en général, que les dénominations des tarifs ne sont pas celles de la loi civile; à leurs yeux, lorsque la loi fiscale a soumis au droit proportionnel les cautionnements, les baux à ferme,

les ventes, les donations entre-vifs, elle a eu en vue d'autres conventions que celles qui sont définies sous ces noms, par le Code civil ou les commentateurs du droit commun.

Hâtons-nous de le dire, ce système d'interprétation n'est ni moins faux, ni moins funeste que le précédent.

En général, lorsqu'une loi frappe un objet d'un impôt, elle désigne cet objet par son véritable nom, c'est-à-dire, par celui qu'il reçoit dans la langue parlée par le citoyen qui doit payer. Jamais une loi de douane n'a donné aux marchandises d'autres dénominations que celles du commerce; jamais celle des contributions indirectes n'a nommé *vin* ce qui n'est pas *vin*, ni *tabac* ce qui n'est pas *tabac* (1). Il en est nécessairement ainsi de l'impôt de l'enregistrement; frappant les contrats et les mutations, c'est-à-dire, des choses existantes hors de la loi fiscale, ayant une nature propre, des effets déterminés, une dénomination reçue, il a dû prendre ces choses telles qu'elles sont; en un mot, les atteindre dans leurs caractères réels et sous leurs vrais noms.

Lorsque la loi de 1790, constitutive des droits d'enregistrement, portait (art. 3) que les droits proportionnels seraient perçus sur les actes « dont il résulte immédiatement transmission, attribution, obligation ou libération, » peut-on supposer qu'elle entendit parler d'autres transmissions, obligations ou libérations que celles de la loi civile?

Lorsqu'elle disait (art. 4) que le droit fixe consisterait en une somme « pour chaque espèce, suivant le degré d'utilité qui en résulte, » de quelle utilité parle-t-elle, si ce n'est de l'utilité que le contractant doit attendre de l'acte, dans la pratique réelle des affaires et du droit commun?

Lorsque la loi du 22 frimaire (art. 2) explique que « les droits sont fixes ou proportionnels, suivant la nature des actes et mutations qui y sont assujettis; » n'annonce-t-elle pas

clairement, que loin de constituer des actes et des mutations à l'égard du fisc, elle prend ceux qui existent et conforme son tarif à leur véritable nature.

Lorsqu'elle ajoute (art. 4) que le droit proportionnel est établi pour toute transmission « de propriété, d'usufruit ou de jouissance de biens meubles et immeubles, soit entre-vifs, soit par décès, » peut-on supposer qu'elle entend par propriété, ce qui n'est qu'un usufruit, dans la langue du droit civil; par usufruit, ce qui n'est que jouissance; par meuble, ce qui est immeuble; par acte entre-vifs, ce qui est par décès?

Au moins faudrait-il qu'elle s'exprimât à cet égard, ne fût-ce qu'implicitement, par exemple, en appelant le bail une transmission de propriété, ou les récoltes coupées un immeuble, ou un testament une donation entre-vifs. Mais de pareilles indications ne se rencontrent jamais dans ses textes, et nous ne connaissons pas une seule dénomination du tarif, qui exprime ou comporte d'autres caractères ou d'autres effets que ceux qui y sont attachés par le droit commun.

Supposer qu'un législateur ait dit: « J'atteindrai d'un impôt tous les actes et toutes les mutations; le droit des obligations et des transmissions sera proportionnel aux valeurs des biens meubles et immeubles qui en sont l'objet: mais j'entends par obligation, autre chose que l'obligation du droit commun, par transmission ce qui n'est pas transmission suivant ce droit; je caractérise différemment les biens meubles et immeubles, et je leur donne une valeur fictive; » supposer, disons-nous, un tel langage au législateur, ce serait l'accuser d'avoir voulu jeter dans la perception de l'impôt une cause nécessaire et féconde d'inextricables difficultés. Mais admettre qu'il ait eu cette pensée et qu'il ne l'ait même pas exprimée, c'est lui faire une grave injure et lui imputer une œuvre sans nom. Une pareille loi

cembre 1850; il a fallu une loi expresse pour l'atteindre, et le législateur s'est exprimé différemment. V. la loi du 18 février 1855.

(1) « Toute poudre qui ne contient pas la *nico-tiane*, ne tombe pas sous l'application de l'impôt du tabac. » Arrêt de la cour de Paris, du 2 dé-



ne serait plus un pacte entre l'État et les citoyens, ce ne serait plus une règle entre le trésor public et les contribuables ; ce serait un piège où viendrait trébucher la fortune privée, sans qu'il fût possible de l'éviter ; l'impôt ne serait plus la contribution juste, égale et nécessaire de chacun, ni une charge proportionnée aux bénéfices qu'il retire de l'état social ; ce serait le butin du fisc et le produit d'une *pression* tumultueuse exercée sur les bourses des particuliers.

Les art. 68 et 69 de la loi de frimaire, contiennent environ cent cinquante dénominations de contrats ou d'actes, toutes diversement tarifées, par conséquent, toutes soumises à une appréciation spéciale et propre, exigeant pour l'application de l'impôt, la détermination exacte des éléments qui les distinguent ou qui les caractérisent. Si, par cela seul qu'elle est employée dans un but fiscal, on doit penser qu'une de ces dénominations comporte un sens autre que celui qu'elle reçoit en droit commun, il faut en dire autant de toutes, car elles ont toutes pour objet d'organiser un impôt. Ce ne serait donc pas assez des difficultés déjà si graves que présente, même en s'attachant aux acceptions du droit civil, l'exacte qualification des contrats, il faudrait encore que le juge eût à reconnaître la convention que le tarif a comprise sous chacun des cent cinquante noms du tarif, sachant seulement que cette convention n'est pas celle que le droit commun nomme ainsi.

Vainement on objecterait que la divergence des deux langages n'existe qu'à l'égard de quelques contrats ; la difficulté n'en serait que plus grande ; car à quoi reconnaître quand le législateur parle la langue du droit commun, ou quand il en rejette les acceptions, s'il ne l'exprime pas ? Un tel système ne serait supposable qu'autant qu'il eût pris soin de donner de chaque mot une définition particulière ; mais il ne l'a point fait : de même que dans l'établissement des principes généraux, la loi avait désigné, comme objet de l'impôt, les actes, les mutations, les obligations, les libérations,

de même, dans l'application de ces principes, elle a désigné à des perceptions diverses les acceptions de succession, les renonciations, les acquiescements, les avis de parents, les compromis, les décharges, les procurations, les ratifications, les baux à ferme ou à loyer, les baux à vie, les baux à rente, les cessions de créances, les quittances, les ventes, les donations entre-vifs, etc., sans explications ou restrictions autres que celles qui doivent servir à distinguer les dénominations du tarif entre elles ; par exemple, « les reconnaissances « pures et simples ne contenant aucune obligation, » frappées du droit fixe (art. 68, § 1, n° 59), et « les reconnaissances contenant « obligation de sommes, » tarifées au droit proportionnel (art. 69, § 5, n° 9). Souvent elle a désigné les conventions par leurs effets, mais jamais elle n'a supposé des effets qui ne fussent réels et véritablement produits.

Qu'on lise attentivement et de bonne foi toutes les dispositions de la loi de frimaire, et l'on sera convaincu que jamais elle n'a parlé d'autre langage que celui de la loi civile ; et, en effet, elle ne pouvait dénaturer les contrats, en les frappant de l'impôt.

Qu'est-ce donc que le droit d'enregistrement ? C'est le prix de l'exécution garantie aux conventions ; la protection que la loi civile leur accorde, la loi fiscale la fait payer. Un tel système n'a rien que de juste et d'équitable. Celui qui tient un bénéfice de la justice sociale, en doit une part au pouvoir qui l'organise et la soutient. Mais s'il ne demande rien à la loi civile, s'il n'en obtient rien, pourquoi serait-il tenu de payer ? quelle sera la cause de sa dette, l'équivalent de sa contribution ? L'impôt sera perçu sur une vanité et n'aura pas même un prétexte.

La garantie de la loi civile est si bien la cause du droit, que, relativement aux actes non translatifs d'immeubles, la loi fiscale n'exige leur enregistrement que *s'il en est fait usage* en justice (art. 25 de la loi de frimaire) ; si le droit est immédiatement perçu sur les actes publics, c'est qu'ils ont immédiatement

force exécutoire ; si les mutations immobilières le payent également, avant toute intervention des tribunaux, c'est que la propriété a toujours besoin de la protection de la loi civile, et qu'une transmission ne s'opère que par sa puissance.

Ce principe se révèle dans toutes les dispositions de la loi fiscale ; jamais un droit n'est perçu sur un acte qui n'apporte pas un bénéfice nouveau ; ceux qui ne sont que l'exécution, le complément d'un autre, ou un acte refait, ou une prise de possession, ou une délivrance, ne subissent que le salaire de la formalité (art. 68 de la loi de frimaire). Jamais un même objet n'est soumis deux fois à l'impôt.

« Un tel système, porte l'avis du conseil d'État du 10 septembre 1808, n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi. » Les droits de mutation ne sont immédiatement perçus que sur les actes qui opèrent *immédiatement* transmission. (Art. 5 de la loi des 5-19 décembre 1790.) Ainsi le bénéfice du fisc suit celui des contractants et subit les mêmes conditions : « La loi de frimaire, dit un arrêt du 12 juillet 1852, ne peut recevoir d'application qu'aux actes qui contiennent des obligations réelles et un engagement actuel. »

Cette relation si manifeste des droits du fisc et des effets de la loi civile, lorsque les effets de cette loi sont nuls, n'est pas moins évidente lorsque ces effets sont variés. La loi constitutive de l'impôt a déclaré (art. 4) que l'élevation des droits est déterminée par l'utilité des conventions ; le législateur a fait lui-même l'évaluation de cette utilité diverse, et, quelque arbitraire qu'elle puisse être, nul autre que lui ne peut la modifier. Ainsi, pour tarifier la vente, la loi a pesé l'utilité des ventes ; pour tarifier le cautionnement, elle a pesé l'utilité du cautionnement. Combien son vœu serait méconnu et son principe violé, si les tribunaux après avoir fait payer à l'acheteur ou au créan-

cier, les droits mesurés par les avantages de la vente ou du cautionnement, leur refusaient ces mêmes avantages chèrement achetés ? Un tel résultat ne serait-il pas empreint d'une injustice révoltante, et peut-il être écrit dans une loi ! C'est cependant celui que de nombreux arrêts supposent, et les décisions précédemment rappelées en offrent des exemples remarquables.

La cour a fait payer le droit de cautionnement sur l'hypothèque consentie par un tiers ; or, indépendamment de ce droit, il en a été perçu un autre sur l'hypothèque, en vertu de la loi spéciale du 21 ventôse an VII. Lorsque le créancier viendra demander à la loi civile, la délivrance des obligations dont il a payé le prix, les tribunaux feront exécuter l'hypothèque, mais ils refuseront le cautionnement : c'est la cour de cassation qui l'a jugé (1).

Cette même cour, qui déclare que la dette commerciale devient civile par la dation d'hypothèque, affranchira-t-elle le débiteur qui a payé le droit des dettes civiles, de la compétence commerciale et de la contrainte par corps ? Non, elle a encore jugé ce point (2).

Elle perçoit le droit de 1 pour 100 sur cette même dation d'hypothèque, parce que, dit-elle, il y a *titre nouveau* et indépendant d'une *obligation distincte*. Admettra-t-elle donc le créancier deux fois à l'ordre ? l'admettra-t-elle même une fois, s'il ne produit pas la lettre de change ?

Elle juge que le légataire, en transigeant avec l'héritier, lui a vendu la moitié de la succession ; accordera-t-elle à ce dernier, auquel elle fait payer les droits de la vente, les avantages de ce contrat, la garantie, la rescision ? Assurément, non.

Nous avons dit que la cour de cassation fait percevoir le droit de transcription des actes de mutations immobilières, sur les actes de

(1) Arrêts des 25 août 1812 et 11 novembre 1814.

(2) « Attendu, porte un arrêt du 21 fév. 1826, contraire à tous ceux qui sont intervenus en matière

« fiscale, qu'il est certain en droit, que la garantie hypothécaire que le débiteur ajoute à son engagement principal, n'en change pas la nature. »

partage que les officiers publics soumettent à la formalité; après avoir exigé ce droit, accordera-t-elle aux parties les avantages qu'il suppose? C'est un avantage, en effet, que celui de purger une acquisition des hypothèques qui la grèvent, et l'impôt de 1 1/2 p. % en est le prix que l'acquéreur paye à la société; l'héritier sera-t-il donc admis à purger la part qui lui est échue par licitation? Non, un arrêt du 19 juillet 1837 est formel sur ce point.

S'agit-il d'appliquer l'impôt, la cour déclare, dans son arrêt du 9 mai 1837 et dans beaucoup d'autres, que les actes entre héritiers « sont de nature à être transcrits, parce que la transcription a pour objet de purger les hypothèques dont les biens adjugés pourraient être grevés du chef du défunt, » elle ajoute, dans un arrêt du 6 mai 1840 (1), « que la transcription pouvait importer à la libération de l'immeuble. » Confirmant ainsi l'erreur de ceux qui croient à la vérité de ces assertions et provoquant par cela même, involontairement sans doute, des transcriptions qui n'ont que cette erreur pour cause. Puis, lorsque les contribuables essayeront de purger les hypothèques et opposeront aux créanciers les principes de ces arrêts, la cour leur répondra que les dispositions de la loi, relatives au délaissement, à la discussion, à la garantie, à la purge, sont étrangères à l'héritier, et ne s'appliquent qu'au tiers détenteur, c'est-à-dire, à l'acquéreur et au donataire : « que l'héritier recherché en cette qualité ne peut purger; que les articles du chapitre viii (celui qui concerne la transcription) lui sont absolument inapplicables; qu'il en est de même des articles 2168 et par suite aussi de l'art. 2169. » (Arrêt du 19 juillet 1837, *Contrôl.*, 5119.) Ainsi, pour motiver un impôt qui ne peut

(1) *Cont.*, 3769.

(2) « Une loi nouvelle, disait l'orateur du gouvernement, dans l'exposé des motifs de la loi du 17 ventôse an ix, dès qu'il s'agit de retoucher celle du 22 frimaire, paraîtrait peut-être devoir embrasser un plus grand nombre de dispositions que n'en contient le projet qui vous est présenté; mais il y aurait de l'inconvénient à vouloir devan-

apparemment s'appuyer d'aucun texte de loi fiscale, la cour met en avant des principes de droit civil, qu'elle a hâte de démentir lorsque le contribuable en réclame l'application; des milliers de licitations ont été transcrites en présence des arrêts qui déclarent la transcription utile pour purger les hypothèques, pour libérer l'immeuble, et cependant les héritiers ne peuvent ni purger, ni libérer les biens héréditaires, et dès lors, la transcription ne saurait leur être d'aucune utilité.

Et ne croyez pas que ces contradictions soient, non plus que celles des arrêts sur les actes nuls, l'effet d'un changement dans les doctrines de la jurisprudence; l'arrêt du 19 juillet 1837, qui refuse à l'héritier le droit de purger, suit de près celui du 9 mai 1837, qui déclare la transcription nécessaire pour purger les hypothèques, et précède celui du 6 mai 1840 qui considère que cette même formalité importe à la libération de l'immeuble.

A qui imputer un pareil système d'impôt, cette injustice d'une législation qui promet et ne donne pas, qui fait payer et ne délivre pas? Ce n'est assurément pas au législateur; il n'est pas une seule disposition de la loi qui le suppose; la conformité de l'impôt et des droits garantis aux contribuables, est partout écrite (2).

Et la cour de cassation elle-même a proclamé ce principe! « La perception des droits d'enregistrement, dit un arrêt du 19 juin 1826, doit être réglée par la nature des actes et par l'effet que la loi attribue à ces actes, au moment où ils sont soumis à la formalité, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par une disposition formelle de la loi. » Et suivant un autre arrêt du 27 novembre 1815, « les lois ont bien établi les droits d'enregistrement, mais elles n'ont pas soumis à ces

« cer, pour tous les cas possibles. dans cette partie, « le Code civil et celui de procédure, sur le quels « la loi de l'enregistrement viendra un jour « s'appuyer d'une manière stable, tant pour le « dénombrement des actes et mutations, que « pour le règlement des droits qu'ils auraient à « supporter. »

« droits, des actes qui, suivant la loi civile...  
 « n'opèrent pas mutation... *Il eût été contra-*  
 « *dictoire, à bien dire, d'annuler la prétendue*  
 « *mutation de propriété, et de faire payer les*  
 « *droits qui n'étaient dus qu'à raison d'une*  
 « *mutation opérée.* »

Ces maximes sont constamment reproduites dans la jurisprudence; dans toutes les questions d'exigibilité, elles sont appliquées. La cour a-t-elle jamais déterminé la perception sur un contrat, sans en fixer le caractère et la qualification, par les principes du droit civil, toutes les fois qu'ils se sont prêtés à l'établissement de l'impôt? N'est-ce pas en vertu de ces principes que sont perçus les droits des obligations de sommes, des actes portant novation, des donations payables au décès du donateur? N'est-ce pas sur ce que le droit a de plus subtil, qu'elle a fondé les distinctions qui régissent la perception sur les alternatives, les facultatives, les conditions résolutoires ou suspensives, les nullités ou les rescissions?

N'est-ce pas sur le droit civil même que la cour appuie sa jurisprudence contradictoire sur le droit de transcription? C'est parce que les licitations *ne sont pas des actes de nature à être transcrits*, qu'elle refuse le droit de transcription sur celles qui ne sont pas présentées à la formalité, et c'est parce que ces mêmes actes *sont de nature à être transcrits*, qu'elle liquide le même droit quand la formalité est requise. Or la nature d'un acte relativement à la transcription, dans tous les cas, ne peut dépendre que des règles du Code civil.

Bien plus, si l'on veut connaître les véritables caractères des institutions contractuelles, sous l'empire du Code civil, le vrai sens des art. 1515 et 1525 de ce Code, en ce qui concerne les conventions de préciput et les stipulations sur la communauté, l'application du principe de l'art. 885 aux sociétés civiles ou conjugales, la nature des donations de sommes payables à terme, celles des ouvertures de crédit, c'est la jurisprudence de la cour de

cassation sur l'enregistrement, qu'il faut nécessairement consulter; nulle autre part, on n'en trouvera d'exposition plus nette, plus précise, plus complète et plus lumineuse. Ce n'est même (chose remarquable) que dans cette jurisprudence que les jurisconsultes ont pu rencontrer l'établissement des droits des associés sur le fonds social, pendant l'association et après sa dissolution; les commentateurs du Code civil ont dû, pour bien comprendre le sens et la portée des art. 529, 1845 et 1872 de ce Code, recourir à ces arrêts rendus en matière d'enregistrement, dont la cour rejette aujourd'hui la doctrine, dans les décisions que nous venons de faire connaître (1).

S'il était vrai, comme on le suppose, que les dénominations de la loi fiscale ne sont pas celles de la loi civile, il résulterait nécessairement de cette diversité d'acception, que, quelquefois au moins, des actes soumis au droit proportionnel, par leur caractère civil, s'en trouveraient affranchis par une conséquence de leur caractère fiscal. Mais il n'en est point ainsi; nous avons examiné la jurisprudence avec le plus grand soin, sous ce rapport, et jamais nous n'avons vu la nature exceptionnelle de la loi fiscale invoquée ou mise en avant que pour justifier une perception à laquelle les principes du droit civil ne s'accommodent point.

Enfin, s'il était possible que les contrats eussent, dans l'application de l'impôt, des éléments tout spéciaux, ces éléments ne devraient pas varier. Or nous voyons, au contraire, qu'ils changent tous les jours et suivant le besoin des décisions; ainsi les sociétés de la loi bursale n'étaient pas, en 1855, ce qu'elles sont en 1840; le cautionnement n'est pas quand il s'agit d'un tiers, ce qu'il est quand il s'agit du débiteur; et dans la nombreuse jurisprudence sur les démissions anticipées (2), les actes qualifiés partage, sont précisément ceux auxquels on refuse ce caractère, dans les arrêts non moins nombreux sur le droit additionnel de transcription (3); et toujours *relati-*

(1) *V. M. Duvergier dans son excellent Traité des Sociétés.*

(2) *V. n° 2587 et suiv.*

(3) *N° 2727 et suiv.*

vement à l'enregistrement, ou eu égard à la loi fiscale qui garde, sur ces qualifications particulières, le silence le plus absolu.

La jurisprudence de la cour de cassation contient, en matière d'enregistrement, non moins qu'en matière civile, de ces décisions où brille avec éclat la science profonde du magistrat; où la clarté, la concision et l'énergie du style, jointes à la pureté des principes, font d'un arrêt un habile et savant résumé de toute une doctrine, offrant au juriconsulte un objet d'études fructueuses et souvent d'admiration. Ces arrêts ne sont pas rares, qui résolvent définitivement une question fondamentale, fixent l'intelligence d'une disposition, révèlent le système de la loi, et après lesquels la controverse n'est plus permise.

De ce nombre est la jurisprudence sur les baux verbaux, qui fixe le droit à l'égard de toutes les convenances verbales; sur les collocations amiables, établissant les règles de l'application des tarifs; sur les soultes de partages anticipés, démontrant l'affranchissement de toute disposition corrélative ou secondaire; sur les stipulations conditionnelles, sur l'effet prétendu rétroactif des lois fiscales, etc. Depuis que la cour a statué, nul débat n'a été élevé et ne pourrait l'être, à l'égard des principes qu'elle a démontrés, tant est grande la clarté qu'elle a jetée sur la matière qui leur est propre. Mais aucun de ces arrêts ne suppose un caractère exceptionnel aux dispositions qu'il applique; quoique relative à une loi spéciale, c'est aux règles du droit commun que l'interprétation s'y rattache, et c'est pourquoi leur autorité est devenue si grande et leur apparition, le terme des procès. Ce fait est remarquable, on peut en vérifier l'exactitude; il est décisif dans la question qui nous occupe. Là où la cour a considéré la loi, comme juge,

dans les limites de ses pouvoirs, là où elle a fait application à la loi fiscale, des règles du droit commun, elle a porté la lumière et fait taire les débats; la perception est devenue stable, uniforme; le contribuable a pu savoir ce qu'il devait, le receveur ce qu'il avait à percevoir; la jurisprudence a fait un vrai progrès (1). Mais partout où l'esprit législateur a dominé, partout où le magistrat s'est cru, pour interpréter la loi du 22 frimaire, un pouvoir exceptionnel, et dans une matière exorbitante, les arrêts sont intervenus contradictoires, les motifs ont proclamé et répandu l'erreur; la perception est devenue incertaine, le trouble et le désordre s'y sont introduits. Nous ne connaissons pas une seule de ces fâcheuses décisions, qui n'ait été suivie de contestations nombreuses, pas une seule sur laquelle la cour n'ait eu à combattre la résistance des contribuables et celle des tribunaux, pas une seule enfin qui ait encore acquis dans la jurisprudence le caractère de chose jugée et de règle certaine.

Si l'on doute de cette assertion, qu'on examine les décisions que nous avons rappelées dans cette discussion, et qu'on nous dise quelle est celle qui n'a pas multiplié les procès; quelle est celle que l'on doit considérer comme définitive; quelle est celle que les juges inférieurs ont unanimement admise.

Plusieurs d'entre elles, quoique récentes, ont été déjà l'objet d'un double pourvoi et d'une audience solennelle (2); d'autres doivent prochainement y reparaître (3). Pourquoi tant d'arrêts de la cour, sur ces questions, si ce n'est parce que les tribunaux ne se lassent pas d'en appeler à son examen plus attentif, sur des doctrines auxquelles leur conscience refuse de se résigner. On peut prédire, sans crainte d'être démenti par l'événement, qu'il lui faustamment rejeté par les tribunaux, a définitivement succombé, devant un arrêt de la cour de Rouen; n° 2966.

(3) *V. au Contrôleur*, article 5948, le jugement si puissamment motivé du tribunal de Fougère, statuant sur le renvoi de l'arrêt du 29 janvier 1840

(1) « Les progrès de la jurisprudence, a dit un de nos plus judicieux juriconsultes, ne consistent pas à se modifier incessamment, mais à se fixer. » (Faustin Hélie, Notice sur M. Barris.)

(2) *V. les arrêts sur les dations d'hypothèques pour sûreté de lettres de change; V. l'affaire d'Étampes dans laquelle l'avis de la cour, con-*

dra revenir elle-même sur ses décisions, ou recourir pour leur maintien, à l'intervention du législateur, qui devra changer la loi et y introduire des dispositions nouvelles, pour la rendre conforme à l'interprétation qu'on veut lui donner.

Le système qui fait, des matières d'enregistrement, un objet exceptionnel, et sépare les règles et le langage de la loi fiscale, des règles et du langage de la loi civile, est donc jugé : cinquante ans d'expérience l'ont condamné ; son jugement est écrit dans la jurisprudence de la cour. C'est à lui, surtout, qu'il faut imputer le mal qui demande instamment un remède. C'est la cause principale de la contradiction des arrêts et par suite du désordre des perceptions. Ce système est mauvais, faux, déplorable, puisqu'il produit d'aussi funestes résultats ; si des magistrats tels que ceux qui, jusqu'à ce jour, ont composé la cour suprême, n'ont pu en éviter les conséquences, leurs successeurs ne peuvent se flatter d'y échapper. C'est une voie qu'il faut se garder de suivre, aujourd'hui qu'on en connaît l'issue.

Que les tribunaux prennent pour règle, dans toutes leurs décisions, que le législateur n'a pas deux langages, et celui de la loi du 22 frimaire deviendra clair pour quiconque entend celui du Code civil ; qu'ils se rappellent que cette loi doit être interprétée strictement,

que l'impôt pas plus que la peine, ne s'étend, ni se diminue au gré du juge, et les arrêts deviendront uniformes et stables ; la perception se règlera et le désordre s'effacera. Sans doute, les difficultés du droit commun exerceront leur influence et introduiront parfois la divergence dans les jugements, mais nécessairement ces difficultés diminueront, lorsqu'elles n'auront qu'une source. La perception de l'impôt rattachée aux vrais caractères des contrats, sera ce qu'elle doit être, en reposant sur des réalités. La jurisprudence fiscale et la jurisprudence civile marcheront d'un même pas ; la première participera aux progrès de la seconde et les aidera sensiblement.

C'est à la conscience des juges que nous adressons ces réflexions ; qu'ils regardent ce qui est et ils en apprécieront la justesse et l'opportunité ; le *Dictionnaire* que nous publions leur offre un tableau fidèle de la confusion où de faux principes ont jeté l'impôt. Ni la loi, ni ses imperfections n'en sont la cause. Le recours au législateur n'est pas dès à présent indispensable ; son intervention peut être attendue ; en prenant la législation telle qu'elle est, les tribunaux peuvent encore, en rattachant leur jurisprudence à ses vrais principes, ramener l'unité dans la perception. C'est notre but, et nous avons confiance qu'ils nous aideront à l'atteindre.

---

---

## BIBLIOGRAPHIE.

---

### LE CODE CIVIL ET SES COMMENTATEURS.

---

(Troisième article (1).)

**COURS DE DROIT CIVIL SUIVANT LE CODE FRANÇAIS**, avec les sommaires ou exposés analytiques en tête de chaque chapitre et section de matière, une table générale à la fin de chaque volume et des notes indicatives des lois romaines et anciennes ordonnances où ont été puisées les lois nouvelles, et contenant les observations qui ne pouvaient entrer dans le texte sans en interrompre la marche; par M. DURANTON, professeur de droit civil à la faculté de Paris, membre de la Légion d'honneur; *quatrième édition*, considérablement augmentée, contenant le texte des lois qui ont modifié la législation en Belgique, la jurisprudence de la cour de cassation et des cours d'appel belges, le renvoi de chaque article du Code français à l'article correspondant du nouveau Code de Hollande; la concordance entre le Code civil français et les Codes étrangers; le texte des Codes: 1° français; 2° des Deux-Siciles; 3° de la Louisiane; 4° sarde; 5° du canton de Vaud; 6° hollandais; 7° bavarois; 8° autrichien; 9° prussien; 10° suédois; 11° de Berne; 12° de Fribourg; 13° d'Argovie; 14° de Bade; 15° d'Haïti; et les lois hypothécaires de: 1° Suède; 2° Wurtemberg; 3° Genève; 4° Fribourg; 5° Saint-Gall; 6° la Grèce; suivie d'une table analytique par ordre alphabétique (2).

Il est impossible de contester que l'étude austère de notre législation civile n'ait subi, comme la plupart des choses de ce monde, l'empire de la mode et des événements. Pendant les dix dernières années de la période impériale, à raison de la difficulté de faire un cours sur les lois censées en vigueur sous un gouvernement qui poussait l'absolutisme au point de ne compter pour rien les décisions de la justice, et de remettre en jugement des personnes acquittées par le jury, le droit civil ne fut guère expliqué dans les écoles que par le droit romain, et dans ses rapports avec le droit romain. C'est ainsi que fut interprété et appliqué l'art. 2 de la loi de ventôse an XII, portant réorganisation des facultés de droit qui prescrivait *l'enseignement du droit romain dans ses rapports avec le droit français*; c'est ainsi que d'une branche accessible d'enseignement, on fit une branche prin-

cipale, et *vice versa*. Arriva le gouvernement de la restauration avec la prétention d'effacer en France les vingt-cinq dernières années de son histoire et de continuer la vieille monarchie; ce fut dès lors principalement dans les anciennes coutumes, dans les anciennes ordonnances que régissaient naguère les diverses parties du territoire français que l'on chercha les sources de la législation civile. En Belgique, les études, par un motif tout différent, suivirent le même cours. Ce ne fut pas dans l'intérêt de la maison régnante, mais avec un vague instinct de nationalité qui, quinze ans plus tard, devait porter ses fruits que les ci-devant départements français, réunis à la Hollande, se souvinrent qu'ils avaient, comme provinces belgiques, un passé glorieux. Le goût qui se révéla à cette époque pour les études historiques et spécialement pour l'histoire nationale ne fut pas sans influence sur l'ensei-

(1) V. Archives, t. III, p. 109 et 559.

(2) 12 vol. in-8° à deux colonnes, Bruxelles, 1811,

Société Belge de librairie HAUMAN et compagnie.  
(L'ouvrage complet est en vente.)

gnement du droit, et les anciennes coutumes, les ordonnances, statuts, édits et placards remplacèrent le *Corpus juris*, dans les mains des jurisconsultes belges. D'autre part, avec les années, le nombre des questions résolues par les cours et tribunaux augmentant incessamment, tant en France qu'en Belgique, donna naissance à ce système commode qui substitue au raisonnement la mémoire ou la lecture des arrêts, et qui transforme la science du droit en art d'imitation. Enfin, après avoir recherché les développements de la loi civile dans la législation originaire et dans son application, les jurisconsultes, tourmentés par ce besoin de progrès qui est une des lois de notre nature, ont cherché dans les législations étrangères des éléments d'amélioration pour la législation nationale. Les quatre bases distinctes de l'étude et de l'enseignement du droit ont donc été : le droit romain, les coutumes et les anciennes ordonnances, la jurisprudence et le droit comparé; bases fausses et fragiles lorsqu'elles s'excluent; bases réelles et stables lorsqu'elles sont toutes acceptées. Malheureusement la plupart des commentateurs ont écrit sous l'influence d'une idée dominante; la plupart, pour ne s'être placés qu'à un seul point de vue, n'ont obtenu que des aperçus faux ou tout au moins incomplets. On conçoit que des hommes ne puissent consentir à considérer comme une stérile érudition des connaissances qu'ils ont acquises par de longues années d'études pénibles; aussi n'est-il pas rare de trouver chez les romanistes allemands, la prétention d'expliquer par le Digeste toutes les dispositions du Code civil; plusieurs d'entre eux n'ont pas craint d'avancer qu'il ne saurait être question d'aucune coutume sous l'empire de ce Code, quoique les art. 1644, 1648, 1754, 1759, ainsi que beaucoup d'autres prouvent que la coutume ou l'usage constant forme, dans bien

des cas, le supplément de la législation. Cet engouement pour le droit romain, cette déplorable manie de tout y rapporter, cet usage d'y consacrer une partie notable du temps des études ont provoqué, comme c'est le propre de tous les abus, une réaction en sens contraire; dans les écoles de France et dans les universités belges, cette branche du droit a été très-négligée, la sévérité des examinateurs est devenue impuissante à combattre la tiédeur et l'aversion toujours croissantes des esprits pour une étude qui, telle qu'elle leur est imposée, ne parvient plus ni à les captiver, ni à les satisfaire; c'est ce que fait observer M. Bravard-Veyrières dans son excellent ouvrage : « De l'Étude et de l'Enseignement du droit romain et des résultats qu'on peut en attendre (1). » Il conseille avec raison de restreindre beaucoup cette étude, de chercher dans le droit romain, non pas ce qui est loi ou texte, mais ce qui est raisonnable en soi, et conforme à une saine doctrine, enfin d'en éclairer l'étude du flambeau de la critique, de la philosophie et de la législation comparée, sous peine de la rendre aussi rebutante que stérile et de la voir avant peu complètement abandonnée. Nous faisons des vœux pour que ces paroles soient entendues; car les systèmes d'exclusion ne produisent jamais que de tristes résultats; nous n'admettons pas que le droit romain comprenne toute la science du droit; mais nous le considérons comme l'une des sources du droit civil; et nous pensons que l'abandon complet de cette étude serait un pas rétrograde pour la science.

Importants pour l'historien, les anciennes coutumes, les anciens édits n'ont pour le jurisconsulte qu'un intérêt secondaire; car il est peu de matières du Code dont on retrouve les bases dans les anciennes lois royales (2) et l'un des résultats du Code a été de faire dis-

(1) 1 vol. in-8°, Paris 1857, avec cette épigraphe : « Peut-être est-il temps qu'après avoir été subjugués par l'autorité des lois romaines, nous les soumettions elles-mêmes à l'autorité de notre raison; et qu'après en avoir été esclaves nous en soyons juges? »  
MIRABEAU.

(2) Nous citerons 1° les actes de l'état civil. On trouve dans l'ordonnance civile de 1667 les principes généraux du titre du Code civil des Actes de l'état civil, et particulièrement dans l'art. 14 du titre XX de cette ordonnance, la règle de l'art. 46 du Code sur les cas où la preuve résultant des actes de l'état civil peut être suppléée par d'autres gen-

res de preuve. La forme des registres de l'état civil avait été réglée par la déclaration de 1736. — 2° Les principes sur la mort civile sont tirés en grande partie de l'ordonnance de Moulins, de celle de 1670 et de la déclaration de 1659. — 3° Les principes relatifs à la nullité des mariages, pour défaut d'un acte de célébration, ou pour raison des nullités ou irrégularités de cet acte, sont conformes à ceux consacrés par l'ordonnance de Blois, par la déclaration du 26 novembre 1659, et par l'édit du mois de mars 1697. — 4° Les ordonnances de 1751 et 1755 ont servi principalement de base aux dispositions du titre des Donations



paraître, en général, la variété des coutumes locales ; elles ne peuvent être invoquées que dans les cas déterminés par la loi ou dans le silence de la loi et pour y suppléer ; mais il est de principe qu'elles ne peuvent lui être opposées. Ainsi celui qui, en traitant de la législation civile, s'occuperait principalement des coutumes, des anciennes ordonnances, ferait peut-être un livre d'histoire intéressant ; mais il ne pourrait prétendre avoir fait un cours de droit civil.

La jurisprudence forme le complément de la législation civile ; car chaque arrêt, quoique rendu dans une espèce particulière et restreint, dans sa force extérieure, aux parties entre lesquelles il est intervenu, renferme cependant une *interprétation doctrinale d'un point de jurisprudence*, qui mérite toute l'attention des légistes, comme ayant été rendue après de mûres délibérations par une réunion de jurisconsultes distingués, et qui ne peut manquer d'obtenir une grande influence sur la pratique. Toutefois, expliquer le Code civil par la jurisprudence seule, ce ne serait, en définitive, que publier dans un ordre nouveau un recueil d'arrêts, en d'autres termes changer la disposition des livres composant une bibliothèque.

Que dire de ces jurisconsultes de la dernière mode qui savent aussi bien les lois d'Haïti et de la Louisiane qu'ils savent peu celles de leur pays ? On conçoit que la législation comparée ne doit jamais former qu'une branche accessoire de l'étude du droit.

Étranger à tout système exclusif, M. Duranton présente, heureusement combinés dans cette nouvelle édition de son *Cours de Droit civil*, les systèmes qui, isolés, n'ont produit que des œuvres incomplètes. Voué depuis vingt ans à l'enseignement du droit, il a discuté, examiné tous les systèmes ; il a emprunté à tous ce qu'ils offraient de bon, et a réussi ainsi à publier le traité le plus complet et le plus remarquable qu'ait inspiré le Code civil. Ce traité est le seul qui embrasse toute l'étendue du Code civil ; et ceci est d'une grande importance. En effet, le Code, formant un ensemble dont les dispositions sont coordonnées, l'ouvrage du commentateur doit également former un ensemble dont les diverses

parties correspondent entre elles. Fait par différentes personnes, ce travail manque d'unité et ressemble à une marqueterie, dont les parties, quoique travaillées avec soin, composent un tout sans harmonie ; car il est impossible de rencontrer plusieurs esprits jetés dans le même moule, ayant des antécédents et des impressions homogènes.

Un autre avantage qu'a encore M. Duranton sur ses devanciers, c'est que « il marche avec une jurisprudence pour ainsi dire toute faite ; il la saisit à son dernier état, et peut ainsi présenter comme définitivement admis ou rejeté ce qui était douteux il y a dix ou quinze ans. En consultant son ouvrage, on n'aura donc point à craindre de voir donner comme sûres des décisions que les tribunaux auraient prescrites depuis longtemps ; mais l'auteur n'en conserve pas moins toute son indépendance, attribut essentiel du professorat. Il n'est jamais asservi à une décision judiciaire, et, s'il l'adopte, c'est que sa raison s'y est soumise la première ; s'il croit devoir la combattre, il le fait avec cette mesure que lui commande son respect pour les décrets de la justice, mais aussi avec toute la puissance de raisonnement qui est un des caractères distinctifs de son beau talent.

« Attaché invariablement à l'analyse de la loi, on ne le voit jamais se jeter dans des digressions hors d'œuvre, qui font perdre de vue le sujet et le point de la difficulté ; tout est à sa place, et ses propositions s'enchaînent dans un ordre si parfait, que la lecture de l'ouvrage en reçoit un grand intérêt : d'abord le principe et les motifs qui l'ont dicté, ensuite les développements et les conséquences, puis enfin les exceptions. Rien de traînant et de vague, point de ces opinions flottantes, pour ainsi dire à plusieurs faces, qui laissent le lecteur dans l'incertitude sur le véritable sentiment de l'auteur. Si le point est douteux, M. Duranton émet son avis avec circonspection, mais du moins il le décide, et ses motifs sont si généralement avoués par les principes, qu'il est rare que l'on ne se range point à son opinion.

« Le style de l'auteur, toujours pur, grave et concis, a constamment l'élevation que com-

*entre-vifs et des Testaments.* — 5° La disposition de l'art. 1541, dont l'influence s'étend sur toute la matière des contrats, avait déjà été établie par l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, et consacrée

par l'art. 2 du tit. XX de celle de 1667. — 6° Les dispositions du titre de la *Contrainte par corps* ont été tirés pour la plupart de cette dernière ordonnance. (Tit. XXVII, art. 5 ; tit. XXXIV en entier.)

porte le sujet ; l'ouvrage est si riche en doctrine , l'esprit d'analyse y est porté à un si haut degré , les vues neuves et judicieuses y sont si fréquentes , l'exposition si lumineuse et la discussion tellement approfondie , qu'il ne laisse rien à désirer (1). »

Cette nouvelle édition a reçu d'importantes améliorations. Elle contient le texte des lois qui ont modifié la législation en Belgique , la jurisprudence de la cour de cassation et des cours d'appel belges , et le renvoi de chaque article du Code français à l'article correspondant du nouveau Code de Hollande. Les éditeurs belges se sont surtout appliqués à compléter l'ouvrage de M. Duranton sous le rapport de la législation comparée , cette branche de l'étude du droit qui a fait depuis quelques années de si grands progrès. Ils ont mis en parallèle avec les dispositions du Code civil celles des Codes 1<sup>o</sup> des Deux-Siciles ; 2<sup>o</sup> de la Louisiane ; 3<sup>o</sup> sarde ; 4<sup>o</sup> du canton de Vaud , 5<sup>o</sup> hollandais ; 6<sup>o</sup> bavarois , 7<sup>o</sup> autrichien ; 8<sup>o</sup> prussien , et en outre les lois hypothécaires de Suède , Wurtemberg , Genève , Fribourg , Saint-Gall et de la Grèce. Ils ont disposé ce travail en forme de tableaux qui , en commençant par la gauche , offrent d'abord le texte du Code français et ensuite soit le texte , soit une analyse des Codes étrangers , soit enfin un simple renvoi aux articles conformes du Code civil.

Ce travail , fruit d'une habile et patiente élaboration , présente le tableau synoptique des dispositions des lois françaises et étrangères , selon l'ordre des articles du *Code français*. C'est un spectacle aussi attrayant qu'instructif de voir la manière diverse dont le même besoin des institutions civiles se manifeste chez les différents peuples. L'arrangement , tout matériel en apparence , des textes , fournit un enseignement précieux ; le parallèle se trouve tout tracé dans ces longues colonnes , systématiquement dressées pour les pays dont on nous fait apparaître les dispositions législatives.

Les Codes de Suède , de Berne , de Fribourg , d'Argovie , de Bade et d'Haïti , ne sont pas com-

pris dans la concordance ; les éditeurs en publient , à la fin du commentaire de M. Duranton , les parties du droit civil proprement dit correspondantes aux matières qui font l'objet du Code civil français en vigueur en Belgique ; ils font précéder ces extraits de notions préliminaires sur le droit civil de ces divers pays ; enfin ils joignent au Code de Suède des notes indicatives des principales additions et modifications intervenues depuis sa publication.

Ainsi se trouvent réunies en un seul corps les diverses dispositions législatives dispersées dans les pays codifiés. C'est un grand pas de fait dans une voie de travail comparatif qui peut conduire au perfectionnement progressif des Codes , en faisant profiter tous les peuples du génie et des lumières de chacun d'eux.

Ce travail n'offre pas seulement un intérêt scientifique ; il sera d'une utilité réelle à l'avocat et au magistrat , dans les cas si fréquents où , ayant à s'occuper des droits des nationaux à l'étranger et des droits des étrangers dans le pays , ils manquent des documents suffisants.

Il attirera l'attention de toutes les personnes qui s'occupent sérieusement de l'étude du droit ; car , comme le dit M. Troplong dans la préface de son *Traité sur les Hypothèques* : « L'étude de la législation comparée est la meilleure manière d'approfondir les grandes questions que présente la science du droit. »

L'ouvrage se termine par une table générale analytique des matières par ordre alphabétique , travail qui manque aux éditions de Paris.

En somme , ce *Cours de Droit civil* est un ouvrage précieux , bien composé et bien écrit ; complet autant qu'un livre de droit le peut être , sans excéder de justes bornes ; sobre de détails superflus , mais n'oubliant rien de ce qui présente de l'intérêt.

Dans un temps où la spéculation s'est emparée des œuvres de l'esprit , comme de toute matière vénale , où les livres se font à la tâche , presque à la toise , quand l'essentiel n'est pas tant la qualité que le poids , c'est vraiment une bonne action que cette œuvre d'un juriconsulte laborieux , usant ses veilles sans compter , et ne se croyant quitte envers le public qu'autant qu'il a donné à son livre toute la perfection qui dépendait de lui.

(1) DUPIN (aîné), Bibliothèque choisie des livres de droit.

---

---

DES

# FONCTIONNAIRES EN BELGIQUE.

**LEURS DROITS, LEURS DEVOIRS, LEURS CAPACITÉS ; RÉFORME A INTRODUIRE.**

---

Dans tous les pays, la position des fonctionnaires et des employés doit être le constant objet de la sollicitude du gouvernement ; en Belgique surtout, l'intérêt public l'exige aussi impérieusement que leur intérêt privé. Les avantages de la centralisation dans une monarchie mi-républicaine où les institutions et les mœurs sont très-démocratiques, ne sauraient être contestés ; elle fortifie le pouvoir en réunissant tous les ressorts dans un petit nombre de mains ; mais aussi elle entraîne à sa suite de graves et inévitables inconvénients, dont les provinces n'ont que trop souvent à se plaindre. Il n'est pas de moyen plus efficace de diminuer ces inconvénients que d'améliorer le sort des fonctionnaires et des employés ; partout où ils sont découragés ou mal rétribués, les affaires publiques restent en souffrance.

Jusqu'à ce jour, on ne s'est point assez occupé en Belgique des fonctionnaires de l'État, et particulièrement des employés de l'administration. Quand on réfléchit à l'influence que la centralisation assure aux bureaux sur les affaires du pays, et que viennent accroître encore les perpétuels changements de ministères ; quand on se rappelle que les bureaux interprètent sans cesse les lois et traitent les questions soumises par les premiers fonctionnaires de l'ordre administratif ou judiciaire, on comprend la nécessité de confier des places si importantes à des hommes d'un mérite éprouvé ; et cependant, actuellement

encore, on n'exige des employés aucune condition d'aptitude, aucune garantie d'instruction ni de moralité. Au XIX<sup>e</sup> siècle, le premier venu peut être, en Belgique, surnuméraire, secrétaire général ou gouverneur ! Tel individu peut devenir administrateur général d'une province, sous-chef d'un département ministériel, sans avoir jamais fait ses épreuves dans l'administration, sans posséder même le moindre diplôme en droit ! Tel simple employé de ministère à 2000 ou 2400 francs de traitement est chargé de reviser et de proposer l'annulation des décisions ou actes d'un procureur général ou d'une députation permanente d'un conseil provincial, d'un directeur des contributions ou de l'enregistrement et des hypothèques, et le ministère vise et passe outre !... Une fois admis dans une administration, le traitement de l'employé, son avancement, son avenir, tout est livré à la direction de ses chefs, à la politique changeante des supérieurs de l'administration ; il peut être renvoyé sans enquête comme il fut reçu sans épreuve. On ne saurait s'imaginer combien ce défaut de précédents, de sûreté et de fixité, nuit à la considération de l'employé.

Il est temps de lui rendre la position qui lui est due ; en augmentant ses droits, on pourra augmenter ses devoirs et exiger plus de capacités ; la surveillance pourra également aussi être plus rigoureuse et la répression plus sévère. En donnant à chacun des émoluments

proportionnés à ses services, on sera fondé à lui demander un travail plus considérable et plus soigné. On aura, de plus, l'immense avantage d'attirer dans les fonctions publiques les hommes capables que la modicité des traitements, le défaut de garanties, le travail pénible et continu des bureaux en éloignent.

Lorsqu'on parcourt les constitutions et les lois organiques de la Bavière, de la Saxe, du Wurtemberg, du grand-duché de Bade, des duchés de Hesse et de Saxe-Cobourg, on trouve partout établi ce principe : « que les « fonctions publiques appartiennent à la ca- « pacité et ne peuvent être retirées que pour « une juste cause. » Mais c'est surtout l'administration prussienne qui doit être étudiée comme un modèle d'organisation. Que nos gouvernants lisent et méditent l'ouvrage de feu M. le conseiller Rumpf, de Berlin, *sur les droits et les devoirs des fonctionnaires et employés prussiens*, que M. Ch. Noël vient de traduire de l'allemand, ils y pourront s'instruire et y trouveront des lois-modèles et protectrices à suivre. Sans doute dans un pays où il n'y a point de publicité, où il n'y a point de représentation nationale, ces garanties ne sont pas toujours sûres, le recours contre l'injustice et les faveurs est peu efficace; mais ce ne sont pas là des raisons pour ne pas introduire ces garanties, ces belles institutions dans un pays comme la Belgique, qui jouit de toutes les libertés, et où ces écarts ne sont pas à craindre.

Le monarque prussien a posé, dans ses instructions royales de 1808 à 1809, les règles suivantes qui révèlent l'esprit de l'administration de ce royaume.

« L'aptitude et le mérite doivent seuls déci-  
« der dans le choix des *serviteurs de l'État* ;  
« lorsqu'il y a égalité sous ce rapport, on  
« doit donner la préférence à l'ancienneté de  
« service. L'examen de ces qualités doit être  
« fait avec une rigoureuse impartialité et une  
« *proscription absolue de népotisme*. Les  
« employés qui remplissent les devoirs de  
« leur charge avec fidélité, ardeur et zèle,

« doivent être traités avec encouragement,  
« être distingués et avancés. Les chefs doi-  
« vent chercher à influencer sur les sentiments  
« d'honneur de leurs subordonnés, savoir les  
« surveiller et les ranimer. Les gouvernements  
« ne doivent pas faire descendre les rapports  
« de service de leurs subordonnés jusqu'à  
« un contrat de louage, ni traiter les fonc-  
« tionnaires publics comme de vils merce-  
« naires ; car chacun d'eux doit contribuer  
« au bien général et n'en est pas moins pour  
« cela un membre de la nation.

En Prusse, comme dans les autres États de l'Allemagne, la première condition d'admissibilité aux emplois publics, c'est d'être capable et d'avoir fait preuve de sa capacité dans les examens. Dans quelques pays les examens universitaires suffisent pour certaines professions, dans d'autres on exige encore un *examen civil* (Staats-Examen). En Belgique on n'a pas besoin de passer le moindre examen pour entrer dans un ministère, ou à la cour des comptes !

Cependant on fait une honorable exception en faveur des militaires, ce qui se comprend dans un gouvernement essentiellement militaire comme celui de la Prusse, et où il existe dans les régiments d'excellentes écoles dans lesquelles les sous-officiers et soldats puissent toute l'instruction dont ils ont besoin pour exercer les emplois qui leur sont confiés en rentrant dans la vie civile.

Pour les places subalternes, les administrations provinciales ont été autorisées à former une *école pépinière*. Pour y être admis comme *surnuméraire civil* le candidat doit prouver : 1° Qu'il est libéré du service militaire ; 2° Qu'il a fréquenté un gymnase ou une école primaire supérieure, et qu'il en est sorti avec un certificat d'aptitude et de bonne conduite. Sous notre régime de liberté d'instruction, cette dernière condition pourrait être remplacée par un examen à subir devant un jury provincial.

Les fonctionnaires de tous les degrés ont droit à une pension de retraite, fixée d'après

des règles très-favorables. Après quinze années de service, l'employé peut solliciter sa pension ; elle est déterminée suivant la classe à laquelle il appartient : on donne à la première classe, depuis quinze ans de services jusqu'à vingt, deux huitièmes du traitement, à la seconde, depuis vingt jusqu'à trente, trois huitièmes ; à la troisième, depuis trente jusqu'à quarante, quatre huitièmes ; à la quatrième, depuis quarante jusqu'à cinquante, cinq huitièmes, enfin à la cinquième et dernière, qui commence à cinquante ans de services, six huitièmes.

Pour introduire chez nous ce mode de rétribuer l'employé et de calculer sa pension, il faudrait commencer par faire des catégories de fonctionnaires et d'employés de tous les ministères et de toutes les administrations générales, les assimiler les uns aux autres, innovation heureuse que nous désirons ardemment, et dont Sa Majesté, sans doute inspirée par ce qui se pratique en Allemagne, a demandé l'adoption, il n'y a pas longtemps, si nos informations sont exactes. Le directeur ou chef de division du ministère de l'intérieur et des travaux publics, à quel fonctionnaire est-il assimilé aujourd'hui ? A un commissaire de district, à un conseiller d'une cour d'appel ? la loi ne le dit pas. L'employé à 2,400 francs a-t-il le grade équivalent à celui d'un juge, ou substitut de tribunal de troisième classe ou d'un receveur d'enregistrement ?

En Allemagne, lorsque l'administration a l'intention de mettre un employé à la retraite, elle est tenue de l'en prévenir trois mois d'avance, ainsi que l'administration supérieure.

Pour la caisse de retraite, on a gradué le quantième des retenues, de manière qu'elles ne fussent que d'un pour cent pour les traitements de 400 thalers (1,440 francs), et au-dessous, et qu'elles montassent à cinq pour cent, pour les traitements de 6,000 thalers (21,000 francs), et au-dessus.

Ce n'était pas assez pour l'administration prussienne d'avoir garanti à l'avance la situation financière des veuves des fonctionnaires et des employés ; elle a assuré en outre une

indemnité à leurs héritiers. Il doit leur être remis, en sus du mois pendant lequel les employés sont décédés, le traitement qu'ils auraient touché pendant les trois mois suivants.

Dans ce même pays, les fonctionnaires et employés ne peuvent être privés de leur traitement, sans une enquête ; ils sont entendus dans leur défense, et sont libres de la consigner au procès-verbal ou dans un mémoire. Une destitution n'est jamais prononcée que par le conseil des ministres. Il y a ici un bel exemple à suivre pour les gouvernements constitutionnels, dans lesquels il faudrait cependant excepter quelques fonctions politiques, tenant directement à l'action gouvernementale.

Les poursuites contre les employés sont instruites, soit extrajudiciairement par les autorités administratives, soit judiciairement par les tribunaux. Dans le premier cas, elles sont disciplinaires ; dans le second, elles sont *fiscales* ! ou judiciaires (1).

Voilà ce qui se pratique en Allemagne ; voici les heureuses innovations qu'on projette en France et que nous voudrions introduire en Belgique. Nos voisins, en examinant les carrières pour lesquelles la législation existante exige *des études en droit*, ont été frappés de cette considération, qu'en thèse générale la loi ne garde ses exigences que pour les carrières les moins rétribuées, et qu'elle va les affaiblissant, en proportion de l'accroissement des avantages et des bénéfices qui s'y rattachent, jusqu'au point de ne plus exiger la moindre preuve d'études de ceux qui occupent évidemment les positions pécuniaires les plus favorables, les situations politiques les plus influentes. C'est ainsi que le titre de docteur en droit, plus un stage judiciaire de deux ans au moins, sont imposés à tous ceux qui aspirent aux fonctions, si modestement rétribuées, de *magistrats des tribunaux inférieurs*, ou qui veulent courir la carrière si chanceuse de

(1) V. Revue étrangère et française de M. Félix, 1840, p. 810.

*l'avocat*, carrière si pleine de périls et de mécomptes à son début, carrière noble sans doute, parce qu'elle suppose science et désintéressement, mais qui ne donne une existence aisée qu'à force de patience, de travail et de dévouement au devoir. Et combien encore y a-t-il d'avocats qui, sans manquer à aucune de ces conditions, n'en arrivent jamais à vaincre le besoin et à fonder une famille.

Le *notariat*, la plus lucrative sans contredit de toutes les carrières, qui se rattachent aux intérêts civils des citoyens, n'est absolument restreint à aucune condition d'études. Des hommes qui sont les conseils naturels et nécessaires des particuliers, dans toutes les affaires de famille, les arbitres de leurs intérêts les plus graves, les rédacteurs des actes qui disposent de leur fortune, et qui, par leur isolement au milieu des populations rurales, auraient besoin d'une instruction particulièrement approfondie, pour n'être en défaut sur aucune question légale, que l'urgence des circonstances peut faire naître, ne sont légalement astreints à aucune autre preuve d'aptitude et de science, qu'à celle qui peut résulter d'un certificat de cléricature, acquis dans quelque étude obscure, et dont la valeur doit être affirmée par une sorte d'examen subi devant la chambre des notaires, et sur la légèreté et la dérision duquel tout le monde est d'accord. En vérité, on ne sait ce dont on doit le plus s'étonner, ou de la persistance d'abus qui remontent à des temps et à des circonstances, auxquels rien dans notre société ne ressemble, ou de l'incurie inconcevable de l'autorité, qui a pu laisser de si graves intérêts à la merci d'une aveugle routine, et qui a pu tolérer le scandale d'officiers publics, importants par leurs fonctions, nécessairement influents par leur position, et largement rétribués, n'ayant à offrir à la confiance obligée de leurs concitoyens que des garanties fragiles et dérisoires.

Et les *juges de paix* ! comment peuvent-ils être dispensés de faire preuve d'études en droit ? Comment, en face de la loi nouvelle, qui augmente si considérablement leur compé-

tence, et qui leur soumet des questions de droit nouvelles et graves, a-t-on pu assez rester sous le charme des illusions complaisantes de l'assemblée constituante, qui a vu, dans cette nouvelle création, le sage occupé à composer, par l'autorité de la vertu et de la supériorité morale, les différends de ses concitoyens, plutôt que le juge probe et honnête, chargé de faire prévaloir l'autorité de la loi dans les contestations très-réelles que les intérêts font naître, et de l'appliquer de telle sorte, qu'il ne puisse plus rester place à d'ultérieurs procès ? Sans doute, cette magistrature devrait être paternelle, avant d'être judiciaire ; mais, de bonne foi, nos mœurs sont-elles assez idylliques pour espérer que nous puissions composer autrement qu'en face du droit strict ? Et l'homme capable de démontrer ce droit strict n'est-il pas, quand il est soutenu d'un caractère honorable et d'une réputation sans tache, bien autrement sûr de l'emporter sur l'obstination des plaideurs, que celui dont l'intégrité austère et le dévouement chaleureux ne seraient pas secondés par une connaissance exacte de la loi ? On peut dire plus : le législateur n'outrepasse-t-il pas sa compétence, ne fait-il pas trop bon marché des garanties qu'il doit à tous, quand il dispense de la connaissance de la loi ceux qui doivent l'appliquer ? Et qui m'indemniserait des pertes et des dommages que m'aura fait éprouver l'ignorance de l'homme, d'ailleurs le plus honorable, quand cet homme est mon juge obligé, et quand il m'est impossible de décliner sa juridiction ? Le premier article de la loi sur la compétence votée au mois d'avril dernier, aurait dû exiger rigoureusement le diplôme de docteur en droit des juges de paix.

Et les *greffiers des tribunaux* ? Ces fonctionnaires sont chargés par la loi de la rédaction des jugements, et ne sauraient, par ce seul fait, être dispensés du devoir de connaître le droit. Si, par un usage très-répandu, cette rédaction a passé entre les mains des magistrats, c'est apparemment que la plupart des greffiers en ont paru incapables. Or, qu'est-ce qu'un

fonctionnaire qui est notoirement au-dessous des obligations que la loi lui impose ? Par contre, dans une foule de justices de paix, le greffier devient par le fait le chef du siège, et nous demandons si la mission de conciliation est alors bien placée entre les mains d'un officier, qui ne peut trouver que dans les profits d'écritures nombreuses le supplément d'honoraires ridiculement réduits ? Et quel est le sort des plaideurs, quand l'ignorance du greffier se marie à celle du juge ? Il y a évidemment ici à intervenir et à créer des garanties indispensables.

Nous n'insisterons pas pour démontrer que les *greffes des tribunaux de commerce* ne sauraient en aucune manière être conduits que par des officiers capables et astreints à la connaissance de la législation. Plus cette juridiction doit être rapide et simple, et moins elle doit donner prise, dans ses actes, aux ressources de la déloyauté et de la chicane.

Nous en dirons autant des *avoués* dont les travaux habituellement obscurs et parfois pour ainsi dire routiniers, trouvent leur marche toute tracée dans les formulaires qui se rattachent à nos codes, mais qui sont cependant, par la force des choses, et comme réunissant parfois les fonctions d'avocat, et comme dépositaires des pièces de procédure, les dispensateurs des affaires et quelquefois les arbitres du sort des avocats, ont une position d'aisance et de grande fortune dans les cours d'appels et dans beaucoup de tribunaux de première instance.

Il est encore des officiers d'un ordre inférieur, dont les fonctions, toutes d'exécution et de rigueur, n'avaient été considérées autrefois que comme d'une nature subalterne et comme n'exigeant dès lors aucune capacité spéciale ; nous voulons parler des *huissiers* chargés de l'exécution des mandements de justice. Mais, en présence de notre législation moderne, des obligations compliquées qu'elle leur impose, et de la fâcheuse influence que leurs erreurs peuvent avoir sur les intérêts des particuliers et sur la dignité de la justice, il

est peut-être permis de regretter que la loi ne se soit pas occupée des garanties de capacité, qui seraient à leur imposer, ne serait-ce que dans l'intérêt de leur délicatesse, qui s'accroît toujours en proportion de l'estime que l'homme conçoit pour sa position.

Il y a des fonctionnaires qui relèvent hiérarchiquement du ministère des finances, mais dont les attributions ont une affinité directe avec les actes de la juridiction contentieuse et volontaire, et qui, par cela même, ne leur permettait pas de rester étrangers à la connaissance des lois civiles, d'autant plus que leurs erreurs sont quelquefois irréparables ; nous voulons parler des *conservateurs des hypothèques* et des *agents ou receveurs de l'enregistrement* et des *domaines*. Toutes les convenances se réunissent pour exiger d'eux la justification d'études en droit, calculées plus particulièrement sur les besoins spéciaux de leurs attributions.

Si ces considérations sont fondées, et la conscience publique en a depuis longtemps et hautement proclamé la vérité, est-il encore permis de demander s'il faut imposer des conditions d'études aux agents de la carrière administrative ? Ne faudrait-il pas que les représentants directs de l'autorité centrale fussent incessamment les plus dignes, et leur dignité pourrait-elle mieux s'appuyer que sur une jeunesse laborieuse, passée dans les travaux sérieux de l'étude et de l'intelligence ? Sans doute le cadre actuel de l'enseignement du droit ne leur offrirait que des moyens bien insuffisants pour se préparer à leur carrière future ; mais par cela même une mesure préliminaire à prendre, avant de leur imposer toute la rigueur des grades universitaires, consistera à développer cet enseignement de telle manière que toutes les parties des connaissances nécessaires aux administrateurs, aux hommes d'État, aux agents diplomatiques y trouvent leur place. Croit-on bien difficile de déterminer les parties de la science nécessaire à leur éducation ? Nous ne saurions le penser. Que nos ministres commencent d'a-

bord par charger un professeur jurisconsulte ou administrateur de la composition d'un manuel de droit administratif un peu étendu, et qu'un jury soit établi pour examiner les candidats pour telles ou telles fonctions déterminées, ou pour l'avancement à tel autre poste.

Les carrières assez importantes pour nécessiter des preuves spéciales d'intelligence et de capacité devant des jurys d'examen, sont les suivantes, à notre avis :

- |   |                               |
|---|-------------------------------|
| 1° L'administration proprement dite,                      | } dans les grades inférieurs. |
| 2° Le conseil d'État (1).                                 |                               |
| 3° La cour des comptes.                                   |                               |
| 4° La diplomatie.   |                               |
| 5° Les hautes positions dans l'administration financière. |                               |
| 6° (spécialement) Le département de la justice.           |                               |
| 7° Le conseil des mines.                                  |                               |

1° Ainsi les membres des députations permanentes, les commissaires de district, les inspecteurs, directeurs, chefs de division et chefs de bureau des ministères; les greffiers ou secrétaires et chefs de division des gouvernements provinciaux et des grandes villes (sauf les droits de l'ancienneté); les sous-intendants et les intendants militaires, sauf les candidats sortant de l'armée.

2° Les auditeurs, aspirants-auditeurs et greffiers au conseil d'État.

3° Les conseillers, greffiers, chefs de division et chefs de bureau de la cour des comptes.

4° Les conseillers et secrétaires de légation; les consuls généraux.

5° Les directeurs, inspecteurs, chefs de division et chefs de bureaux du ministère des finances, sauf à régler la part d'avancement à donner à la seule ancienneté, et spécialement

les agents de l'enregistrement et des hypothèques jusqu'au grade de receveur dans les communes un peu importantes.

6° Les directeurs, chefs de division, chefs de bureau et premiers commis de l'administration centrale du ministère de la justice, sauf les droits d'ancienneté, dans la division des prisons, bureaux de bienfaisance et sûreté publique; les notaires, les avoués, les greffiers des cours et tribunaux de première instance et de commerce, et ceux des justices de paix dans les villes un peu considérables.

Il résultera de cette mesure d'autres avantages: les classes élevées de la société comprendront mieux de jour en jour la nécessité d'études sérieuses pour l'avenir de leurs enfants; les lumières administratives et politiques se populariseront et feront passer dans les esprits des notions justes et positives sur les intérêts moraux, politiques et économiques du pays; le nombre des hommes dignes du suffrage de leurs concitoyens s'accroîtra au point de modifier l'esprit de nos assemblées délibérantes, et la conduite des affaires générales en deviendra nécessairement plus facile et plus satisfaisante (2)

On parle beaucoup aujourd'hui des avantages que procurent les concours entre les élèves de l'enseignement moyen; nous pourrions encore en cela suivre l'exemple de la France qui a étendu cette mesure aux élèves des facultés de droit. On ferait concourir ensemble les candidats en droit et les aspirants à cette candidature. On établirait un autre concours entre les aspirants au doctorat et les docteurs reçus soit dans l'année où le concours a lieu, soit dans l'année précédente. La loi belge accorde bien des médailles de 100 fr. aux élèves, auteurs des meilleurs mémoires en réponse aux questions mises au concours une année d'avance, mais tout le monde connaît les effets peu favorables de cette mesure, parce que

(1) Le gouvernement sentira peut-être la nécessité de faire discuter par la chambre des représentants le projet adopté par le sénat. Les constitutionnels radicaux pourront nommer cette institu-

tion *comité de législation*. — (2) Voyez Revue française de législation de Wolowski, 1841, p. 299.



l'obtention du prix ne devient pas une *recommandation efficace* pour les fonctions de la magistrature et de l'administration proprement dite. En France le lauréat ouvre la chance à de brillantes et solides récompenses de la part du gouvernement. Le ministre reçoit la liste des concurrents qui obtiennent des prix ou des mentions honorables, et il la transmet aux premiers présidents et procureurs généraux, pour servir de documents pour les présentations. Car il importe, dit-il dans son ordonnance, d'unir par des liens chaque jour plus étroits la théorie et la pratique, le professorat et la magistrature. Le ministre des finances de ce pays a fait plus; par un arrêté du 8 juillet 1840, il a décidé que les élèves des facultés de droit qui auront obtenu des prix au concours seront admis *de droit*, préférablement à tous autres, dans l'administration de l'enregistrement et des domaines à chaque (1) vacance qui surviendra.

Chez nous les lauréats sont oubliés et les médailles d'or par conséquent fort peu ambitionnées. Ce qui est vrai des prix obtenus aux universités, l'est encore pour les médailles de 600 fr. que décerne l'Académie de Bruxelles. Pour relever ces concours, pour qu'on y attache l'importance que l'institution mérite, il faut que ces prix donnent des titres réels, des recommandations efficaces pour les fonctions administratives et judiciaires. Nous pourrions citer tel jeune homme laborieux et de bonne conduite qui végète dans un grade subalterne

de l'administration et qui déjà a été couronné quatre fois, une fois par une université et trois fois par des académies!

Finalement nous devons encore mentionner l'abus qu'on fait des art. 6 et 66 de la constitution portant que les Belges seuls sont admissibles aux *emplois* civils et militaires et que *le roi nomme aux emplois d'administration générale* et de relations extérieures. Nous ne pensons pas que le mot *emploi* veuille dire exclusivement *fonctions publiques* (l'exercice d'un droit politique), places par conséquent qui donnent un caractère public, une autorité, qui donnent le droit de signer certains actes, de constater certains faits, d'ordonner ou de défendre quelque chose, dans le sens des art. 123 et 174 du Code pénal, et 137 du Code civil. D'après cette opinion on ne devrait pas considérer comme *emplois* (c'est-à-dire *fonctions publiques*) les postes d'expéditionnaire, de commis, de chef de bureau, de chef de division, de directeur, dont les titulaires n'auraient pas de signature ou d'ordre public à donner; mais, même dans cette supposition, pourquoi le roi nomme-t-il les chefs et le ministre les employés ou commis? Le pacte constitutif a établi comme garantie sociale la nomination des *employés civils et militaires*, par le roi; ce droit, par conséquent, ne peut être délégué; vous ne pouvez priver de cette garantie l'employé à 2,500 et la laisser à son collègue de 3,000 fr; là où la constitution ne distingue pas, vous ne pouvez pas établir une distinction arbitraire. Ce qui est vrai pour les relations extérieures, l'est aussi pour l'administration générale.

(1) *V. Revue étrangère et française*, 1840, p. 997.

# ESSAI

## D'UNE NOUVELLE INTERPRÉTATION

### De l'art. 1867 du Code civil.

L'article 1867 du Code civil a toujours paru très-difficile à concilier avec le principe moderne, qui veut que l'obligation de donner un objet déterminé transporte, sans tradition, la propriété de cet objet au créancier. Le premier paragraphe de cet article semble dire que, si la chose que l'un des associés a promis de mettre en commun périt avec la mise *effectuée*, il y a extinction de la société; et le troisième paragraphe du même article décide que la société n'est pas éteinte si la chose promise périt depuis que la propriété de cette chose a été *apportée* à la société. Ce qui, pris à la lettre, signifierait que l'associé qui n'a fait que *promettre* de rendre la société propriétaire d'un corps certain, doit la livrer pour l'en rendre propriétaire, et pour la mettre à ses risques; et cette conséquence serait en contradiction manifeste avec les articles 711, 1158 et 1502 du Code civil.

MM. Zachariæ et Delvincourt (1) pensent que le législateur, dans l'art. 1867, n'a entendu s'occuper que de la promesse conditionnelle d'apporter un corps certain, ou de la promesse pure et simple d'apporter un corps certain dont le promettant n'est pas encore propriétaire. C'est là certainement une manière raisonnable d'expliquer la difficulté; mais on est fort tenté de dire avec le savant M. Duranton (2), « qu'il est peu vraisemblable que les rédac-

« teurs du Code aient eu en vue ces cas particu-  
« liers, pour en faire l'objet d'un principe aussi  
« général que celui que nous trouvons dans  
« la première partie de notre article 1867. »

M. Bravard, dans son Manuel de droit commercial (3), expose une opinion plus rationnelle que celle des auteurs précédents; il limite le sens de l'article 1867 « à la simple promesse de rendre la société propriétaire, à une époque donnée, d'une chose déterminée : la société n'est pas devenue propriétaire par le seul effet de la chose donnée, parce qu'il a été convenu qu'elle ne le deviendrait que plus tard; elle n'est pas davantage devenue créancière actuelle de la chose, parce qu'il ne lui a été fait qu'une simple promesse de l'en rendre ultérieurement propriétaire. »

Cette explication, la meilleure de toutes celles qui ont été essayées, est aussi celle de M. Toullier. Ce dernier auteur, en l'exposant, avait laissé échapper quelques inexactitudes que M. Duvergier (4) a su relever avec cet esprit d'examen consciencieux qui le distingue et cette rectitude de jugement dont il a déjà donné tant de preuves.

Malgré l'autorité imposante de semblables suffrages, ma raison n'est pas satisfaite. L'article 1867 ne distingue pas, en effet, si l'apport a été promis sous condition ou pure-

(1) Zachariæ, § 584, et Delvincourt, t. III, p. 255.

(2) T. XVII, n° 467, page 595 de l'édition HAUMAN et C<sup>o</sup>.

(3) N° 26 de l'édition HAUMAN et C<sup>o</sup>.

(4) T. V de la continuation de Toullier, par M. Duvergier, n° 421 et suiv.

ment et simplement, si le débiteur est propriétaire actuellement, ou s'il se propose seulement d'acquérir la propriété; s'il entend s'engager à transmettre la propriété comme dans les obligations de donner ordinaires, ou s'il veut *rejeter dans l'avenir* la translation de propriété. Je demande la permission d'exposer une explication de l'art. 1867, d'après laquelle le législateur, tout en restant conséquent avec lui-même, en ce qui concerne la matière de la société, s'occuperait du cas où le promettant est propriétaire actuellement de la chose promise, et s'engage à l'apporter à la société purement et simplement et sans condition.

Mais avant d'arriver à exprimer ma manière de voir, il est nécessaire d'examiner à fond et de réfuter une explication que je proclame la meilleure de toutes celles qui ont été données.

Les motifs de MM. Toullier et Duvergier se résument ainsi :

L'article 1867 n'avait pas besoin de retracer les principes compris aux articles 714, 1158 et 1502, et il a dû encore moins avoir pour but d'y déroger, d'autant plus que le législateur, ici comme partout ailleurs, a suivi *comme un enfant à la lisière* l'ancienne doctrine, la doctrine de Pothier, sauf le changement résultant de la transmission de la propriété par le seul consentement; or, Pothier enseigne, au Contrat de société, n° 110, que le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de la chose. L'article 1867 fait donc allusion à une obligation tout autre, à celle dans laquelle l'associé débiteur aurait entendu formellement *rejeter dans l'avenir* l'effet de sa promesse, la transmission de la propriété.

En effet, dit M. Toullier, dans le premier projet du Code, l'article 1867 était conçu tout autrement; il portait ces mots : « s'il a été contracté société, pour y mettre le prix de la vente à faire en commun de plusieurs choses appartenant à chaque associé, et que la chose de l'un d'eux périsse, la société est éteinte. » Il était donc évidemment tiré de la L. 58 pr. D. *pro socio*. Si ensuite cette rédaction a été modifiée en con-

seil d'État, le 14 nivôse an XII, on lisait dans la modification : « La chose que l'un des associés *devait* mettre dans la société, et qui a péri, opère la dissolution de la société, par rapport à tous les associés. »

L'expression *devait* indique toujours un cas exceptionnel, celui où l'associé entend *rejeter dans l'avenir* la transmission de la propriété. Or, la rédaction actuelle n'est que la reproduction, sous une autre forme, de la rédaction précédente.

Pour attaquer cette opinion, il faut donc prouver : 1° que l'article 1867, tel qu'il est aujourd'hui, n'est pas tiré de la loi 58 pr. D. *pro socio*, et n'en est pas même une analogie; 2° qu'il ne peut être restreint aux cas exceptionnels de promesses *pour l'avenir*.

1° Notre article 1867 n'est pas tiré, même par analogie, de la loi 58 pr. D. *pro socio*.

Voici les hypothèses posées par Ulpien :

Si Titius, ayant trois chevaux, et Seius un cheval, forment une société dans le but de vendre ces quatre chevaux ensemble pour un attelage et ensuite en partager le prix de manière à ce que Seius en ait le quart, la mort du cheval de Seius avant la vente fait cesser la société (c'est-à-dire les obligations résultant du contrat), et Seius n'aura pas droit au quart du prix de la vente des trois chevaux de Titius. Mais si Titius et Seius avaient eu l'intention de se communiquer entre eux la propriété des quatre chevaux, et avaient effectué cette *communication*, la mort du cheval de Seius, survenue depuis, ne ferait pas cesser la société.

Quant à la première hypothèse, je répondrai avec M. Duvergier (t. V, nos 46 et 425), que « rien n'est mis en commun, ni les chevaux, ni leur jouissance, ni leur usage; il n'y a point de copropriété entre les parties. Cet exemple, choisi par M. Toullier, n'est pas satisfaisant, car la combinaison qu'il retrace ne constitue pas une société. »

De là, ne faut-il pas conclure que c'est précisément par le motif que la première rédaction était tirée de cet exemple inadmis-

sible, qu'on l'a entièrement changée? Aussi le tribunal de cassation voulait-il que la rédaction primitive de l'art. 1867 fit place à cette autre : « S'il a été contracté société pour l'exploitation d'une usine, et que cette usine périsse, la société est éteinte. » Au lieu de l'usine, une expression plus générale a été employée par le conseil d'État ; puis enfin est venu notre article tel qu'il est. Mais évidemment il n'y a plus rien qui ait trait à la première hypothèse de la loi 58.

Si ce n'est pas la première hypothèse de la loi 58 qui a suggéré l'article, c'est encore moins la seconde, du moins dans le système de M. Toullier. En effet, une telle convention, sous notre législation, opérerait immédiatement la copropriété des quatre chevaux. Si Ulpien exige ici qu'il y ait, non-seulement obligation de mettre en commun, mais encore réalisation de la *communication*, c'est parce que, chez les Romains, il fallait autre chose que l'obligation pour transférer la propriété ; ce n'était pas parce que les parties *rejetaient dans l'avenir* la réalisation de leurs promesses. Si l'on pouvait supposer que le législateur a puisé l'art. 1867 dans cette seconde hypothèse de la loi 58, l'induction serait diamétralement opposée à l'opinion de M. Duvergier et entièrement favorable à la mienne.

S'il est vrai de dire que les rédacteurs du premier projet de l'art. 1867 avaient eu en vue la première hypothèse de la loi 58, et que plus tard cet article a subi les modifications qui ont amené la rédaction actuelle, c'est précisément parce qu'on avait reconnu l'erreur commise, et parce qu'alors on a donné à l'article une portée générale pour tous les cas où la perte de la chose promise est survenue avant la réalisation de l'apport.

Cette vérité deviendra, je crois, encore plus palpable lorsque j'aurai démontré :

2<sup>o</sup> Que l'article 1867 ne peut être restreint aux cas exceptionnels de translation de propriété *dans l'avenir*.

D'abord l'article lui-même, dans ses termes, n'annonce rien d'exceptionnel. Quand on lit,

dans le second projet, ces expressions : « la chose que l'un des associés *devait* mettre dans la société... » on ne voit pas que le législateur ait eu l'intention de distinguer s'il *devait* mettre dans l'avenir ou immédiatement.

Dans le rapport fait par M. Boutteville au tribunal, le 11 ventôse an XII, on trouve, sur l'art. 1867 : « Mais si c'est la propriété même de la chose qui *a été ou dû être* mise en commun, on sent combien il importe de distinguer si la chose a déjà ou n'a pas encore été *apportée* à la société lorsqu'elle vient à périr. »

On voit ici que la pensée du rapporteur a été de signaler seulement la différence qui existe entre le cas où c'est la jouissance de la chose qui a été ou dû être apportée à la société, et le cas où c'est la propriété même.

On voit, en outre, que le rapporteur ne voulait distinguer que le cas où l'*apport* avait déjà été fait, du cas où la chose promise n'avait pas encore été *apportée* ; et il a fait cette distinction pour l'hypothèse où la chose *a déjà été mise* en commun, comme pour l'hypothèse où elle *a dû être* communiquée. Donc il entendait l'article pour la mise en commun parfaite avant l'*apport*, et non pas seulement pour la mise en commun à faire. A plus forte raison n'a-t-il pas entendu n'appliquer l'article que pour le cas d'une mise en commun dont l'effet ne devrait être produit que *dans l'avenir*.

Enfin, dans le premier projet de Cambacérés, l'art. 11 était ainsi conçu : « Chaque associé a contre son associé action 1<sup>o</sup> pour lui faire apporter à la masse ce qu'il a promis d'y apporter... » Il est clair, 1<sup>o</sup> que Cambacérés distinguait bien la promesse d'apporter de l'*apport* lui-même ; et 2<sup>o</sup> que par ces mots *qu'il a promis*, il n'entendait pas une promesse à réaliser dans l'avenir, puisque, du moment de la promesse, il y a action immédiate pour forcer à l'apport.

D'ailleurs, on peut concevoir jusqu'à un certain point le système de M. Toullier, en admettant comme lui que la promesse de vente

ne transmet pas actuellement la propriété ; car la promesse de mettre en société un jour, est au fond une promesse de vente. En effet, dans ce système, la promesse d'apporter un jour en société la propriété, serait une promesse pure et simple parfaite par le seul consentement des parties, comme la promesse de vente ; il serait vrai de dire, le contrat ayant eu, dès le principe, sa perfection, que la perte de la chose promise arrivée, par cas fortuit, avant l'apport, avant l'exécution, éteint les obligations, éteint le contrat de société. Mais la position est bien plus difficile à défendre pour M. Duvergier qui pense, du reste avec raison, que la promesse de vente transporte actuellement la propriété.

Voici, en effet, comme il me semble qu'on pourrait argumenter contre M. Duvergier :

Vous ne pouvez soutenir votre système qu'en prétendant que la promesse de mettre un jour une chose en société est une promesse imparfaite ; car si la promesse de vente vaut vente, transfère actuellement la propriété, si une telle convention est parfaite par le seul consentement des parties, vous devez admettre que la promesse de vente dans laquelle le vendeur se réserve de ne transmettre la propriété que dans l'avenir, est une promesse imparfaite, que par conséquent l'obligation de n'apporter une chose en société que pour l'avenir est une obligation imparfaite, en un mot, conditionnelle. Nous verrons plus loin le résultat de cette thèse ; mais avant d'y arriver, il faut la développer.

D'après M. Toullier (1), et d'après tous les auteurs, chaque fois qu'on peut dire d'une obligation : *Res incidit in casum à quo incipere non potuit*, le contrat est censé n'avoir jamais existé ; aucune des parties contractantes n'est obligée envers l'autre. Le contrat ayant été imparfait dès l'origine, la perte de la chose due par l'une des parties éteint non-seulement son obligation, mais encore l'obligation de l'autre ou des autres parties. La perte du corps cer-

tain, qui était l'objet, empêche l'obligation de naître pour tous ; car ce qui manque à la perfection ne peut plus exister.

Ce qui revient à dire que quand le contrat n'est pas parfait, l'obligation de chaque partie est contractée sous une condition suspensive. Les art. 1585, 1586 et 1587 du Code civil mettent cette vérité hors de doute.

La promesse d'apporter dans l'avenir la propriété d'une chose en société, rentre évidemment dans cette catégorie. M. Duvergier dit positivement, à la page 519 de son tome V, que, dans l'hypothèse qu'il donne pour l'explication de l'art. 1867 : « Le contrat n'est pas parfait, » qu'il ne le sera qu'au jour fixé par la « convention pour la translation de propriété. » Donc une telle promesse n'est que conditionnelle.

Au reste, une semblable promesse n'est certes pas pure et simple ; elle n'est pas à terme, puisque la propriété de la chose promise n'est pas transférée actuellement : si elle n'est ni pure ni simple, ni à terme, il faut bien qu'elle soit conditionnelle.

Or, je crois pouvoir démontrer que l'article 1867 ne peut s'appliquer à une promesse conditionnelle d'apporter un objet dans la société.

En effet, l'art. 1867 se trouve sous le chapitre des diverses manières d'éteindre les obligations ; la perte de la chose promise avant l'apport éteint la société, c'est-à-dire les obligations de tous les associés. Or, la perte d'une chose promise sous condition, arrivée avant l'événement de la condition, n'éteint pas une obligation qui n'a jamais existé, mais rend son existence impossible faute d'objet. Donc l'article 1867 ne s'entend pas d'une promesse conditionnelle ; donc il ne s'entend pas d'une promesse d'apporter un corps certain dont la réalisation est rejetée dans l'avenir.

Cependant, dit M. Toullier, si vous appliquez l'art. 1867 à la promesse pure et simple d'apporter un corps certain, vous vous trouvez en opposition avec les art. 711, 1138 et 1502 ; et comment supposer que le législateur se soit

(1) T. VII, p. 446-455.

écarté ici de la doctrine de Pothier, qu'il suit partout *comme un enfant à la lisière*?

C'est précisément là qu'est, à mon avis, l'erreur de M. Toullier, et c'est dans la réfutation de ce que je crois être une erreur, que se trouvera le développement de mon opinion.

M. Toullier cite le n° 110 du traité du contrat de société de Pothier, dans lequel cet auteur enseigne que si les corps certains et déterminés qu'un associé s'est obligé d'apporter à la société pour sa mise, périssent sans sa faute, ou avant qu'il ait été mis en demeure de les apporter, il est quitte de son obligation, de même que s'il les avait apportés :

Ce principe est incontestable, et les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu s'en écarter dans l'espèce. Mais la question est de savoir si ces mêmes rédacteurs ne se sont pas écartés de la doctrine de Pothier, en ce qui concerne le contrat de société, sur les principes généraux relatifs à la mise en demeure.

Au n° 116, *ib.*, Pothier dit que : « lorsque la chose qu'un associé a promis d'apporter en société est une somme d'argent, l'associé en doit les intérêts à la société, *du jour qu'il a été mis en demeure par ses associés de l'y apporter, de même que tout autre débiteur.* »

Or, les rédacteurs du Code civil ont écrit, art. 1846, une règle tout à fait contraire à la doctrine précédente de Pothier, savoir : « L'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient *de plein droit et sans demande*, débiteur des intérêts de cette somme. »

Ici ils n'ont donc pas suivi Pothier *comme des enfants à la lisière*. Pourquoi s'en sont-ils écartés ? C'est parce qu'ils ont voulu donner une extension complète à cette idée qu'un associé doit toujours agir dans l'intérêt de la société, que chacun des associés est chargé de l'administration, qu'il est chargé de se demander à lui-même l'exécution de ses obligations, *à semetipso exigere debuit*.

Si les intérêts courent de plein droit et sans

mise en demeure contre l'associé par cela seul qu'il doit une somme d'argent, pourquoi ne serait-il pas en demeure de plein droit, par cela seul qu'il doit un corps certain ? Il y a même motif que pour la dette d'une somme d'argent, on doit même l'admettre *a fortiori* ; car le législateur, pour tout débiteur d'une somme d'argent, autre qu'un associé, exige une demande en justice pour faire courir les intérêts d'une somme due, et il se contente d'une sommation pour la mise en demeure du débiteur d'un corps certain, qui n'est pas associé.

Or, d'après l'article 1502, *in fine*, le débiteur d'un corps certain court les risques de la chose due, du moment qu'il est en demeure ; donc l'associé court les risques de l'objet qu'il a promis d'apporter, du moment qu'il l'a promis. Il n'est donc pas étonnant que la société soit dissoute par la perte de l'objet promis survenue depuis la promesse et avant l'apport.

Ce n'est point par hasard que cette dérogation importante aux principes communs s'est introduite dans le titre de la société : le troisième projet de Cambacérès, article 924, notre article 1846, portait encore, comme Pothier : « L'associé qui a promis de mettre une somme dans la société, en doit les intérêts *du jour qu'il a été constitué en demeure.* » Cette rédaction a été changée ensuite, et remplacée, dans le premier projet de la commission, par celui-ci : « L'associé qui a promis de mettre une somme dans la société, en doit les intérêts *du jour où il s'est obligé de la fournir.* » Dans ce même projet de la commission, l'article 1867 ne parlait alors que de la promesse de mettre en commun *le prix* de la vente de plusieurs choses. On donna plus tard un sens plus général à ce dernier article, pour compléter la dérogation de l'article 1846 et mettre le tout en harmonie.

D'après ce qui précède, voici quel serait mon système :

Quoique la maxime *res perit domino* soit fautive en droit romain, quoique le seul principe qui ait existé à cet égard soit : « *Debitor rei certæ ejus interitu liberatur,* » elle est vraie

en droit français. Les législateurs ont fait confusion ; mais, en fait, ils l'ont admise : c'est avec regret qu'on est forcé de le reconnaître. Ainsi, lorsque le législateur a décidé que les risques étaient pour le débiteur d'un corps certain, c'est comme s'il avait dit que le corps certain reste la propriété du débiteur. C'est ce qui a lieu dans le cas d'une obligation conditionnelle ; j'ajoute que c'est ce qui a lieu *dans tous les cas* en matière de société. En effet, il est difficile, d'après la généralité des termes de l'article 1867, de ne pas admettre que le législateur a voulu dire que, lorsque l'associé a promis d'apporter en commun un corps certain, la société est dissoute, *faute d'objet*, lorsque ce corps certain vient à périr avant la translation de propriété, et que cette propriété n'est apportée à la société que par la tradition réelle. Cela est sans difficulté lorsque, ainsi que le dit M. Duvergier, la translation de propriété est rejetée dans l'avenir par une clause formelle. A mon avis, cette clause est sous-entendue dans l'obligation conditionnelle, et même dans l'obligation à terme. Je vais plus loin, et je pense que, si je promets de mettre en commun, à Paris, mon cheval qui est à Versailles, cette promesse contenant en elle-même un terme, par suite du principe énoncé dans le § 27 du titre 19 du livre III des Institutes de Justinien, si le cheval vient à périr par cas fortuit, avant que j'aie pu le livrer à Paris, la société est dissoute faute d'objet. Le législateur a donc cru, pour ces cas, être dispensé de dire, dans l'article 1867, qu'il fallait une tradition réelle pour transférer la propriété.

Il reste un cas à expliquer : c'est celui de la promesse pure et simple d'un corps certain qui vient à périr par cas fortuit depuis que le débiteur a pu en faire la tradition réelle, et

(1) M. Étienne donne une explication neuve et ingénieuse de l'art. 1867 ; mais les termes de cet article ne nous paraissent pas se concilier entièrement avec son système. Il est vrai que l'art. 1846 fait courir de plein droit les intérêts de la somme d'argent qui forme l'apport de l'un des associés. De là, M. Étienne conclut qu'en principe, chaque associé est en demeure, du jour où il doit effectuer

c'est ici que mon système vient en aide pour expliquer comment le législateur a pu être amené à penser qu'il n'avait pas besoin de dire, dans l'article 1867, qu'il entendait déroger à ce qu'il avait posé en principe dans les articles 711, 1138 et 1302.

Ayant admis, dans l'article 1846, une dérogation à la doctrine de Pothier, en faisant courir sans sommation les intérêts d'une somme promise par un associé, parce qu'il le suppose en demeure de plein droit, le législateur a dû nécessairement être conduit à cette idée que le débiteur d'un corps certain est aussi en demeure de plein droit, du moment de la promesse ; que par conséquent, il court les risques de la chose promise jusqu'à la tradition réelle ; de là à la conclusion que les parties ont entendu qu'il resterait propriétaire jusqu'à la réalisation, il n'y a certes pas loin ; et c'est pour cela sans doute qu'il a pensé que si la chose périssait avant la tradition, la société devenait sans objet, et qu'il n'était pas nécessaire qu'il exprimât cette pensée formelle.

Ainsi, à mon avis, il n'y aurait pas à distinguer entre le cas où l'associé aurait rejeté dans l'avenir la translation de propriété, ou bien aurait promis à terme ou sous condition, et le cas où il aurait promis purement et simplement.

Dans tous les cas, la propriété de la chose promise ne sera apportée à la société *que par la tradition*. Par là, l'article 1867 reste général, comme d'ailleurs il semble l'être ; et j'ajoute plutôt à l'opinion de M. Duvergier que je ne la combats (1).

ÉTIENNE,

*Docteur en droit, avocat à la cour royale de Paris.*

son apport, sans qu'il ait été besoin de lui faire sommation. Cette déduction pourrait être contestée ; on pourrait soutenir qu'elle est trop générale et trop absolue. Mais, même en l'admettant, la doctrine de M. Étienne n'est pas à l'abri de toute controverse. En effet, après avoir établi qu'il y a mise en demeure pour chaque associé de plein droit, du jour même où l'apport a dû être fait, il ajoute

---

---

DU

# CONTRAT A LA GROSSE <sup>(1)</sup>.

(Cod. comm., liv. II, tit. 7. — Ord. 1681, liv. III, tit. 5.)

---

## NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

I. L'Étude du droit commercial devant toujours être rattachée à celle des principes du droit commun, qui, en l'absence de dispositions spéciales ou d'usages contraires reconnus et légalement constatés, doit toujours aussi être appliqué (Avis du Conseil d'État du 22 nov. 1811), il est nécessaire de dire de quelle façon le *contrat à la grosse*, se lie aux règles générales des conventions.

On sait que les contrats se divisent en plusieurs classes énumérées dans les art. 1102

que, suivant la règle consacrée par l'art. 1502, l'objet formant la mise sociale est, à compter du même jour, aux risques de l'associé, et qu'ainsi il est tout naturel que, si cet objet périt avant d'avoir été effectivement apporté à la société, la société soit dissoute, puisque la perte doit tomber sur l'associé.

Ce raisonnement serait sans réplique, si l'article 1867 prévoyait seulement le cas où un associé ayant promis d'effectuer sa mise à une époque déterminée, la chose aurait péri postérieurement à cette époque. Alors il serait possible de dire : Le jour fixé pour effectuer l'apport est arrivé; à compter de ce jour, l'associé est en demeure, la chose est à ses risques; si elle périt, elle périt pour son compte et non pour celui de la société; donc la société est dissoute, puisque l'un des associés a manqué à l'engagement essentiel de fournir son apport. Mais l'art. 1867 est conçu en termes généraux; il dispose sans distinction que la perte survenue avant l'apport effectué dissout la société; il

et suiv. du Cod. civ.; au nombre de ces classes figurent celles des contrats de *bienfaisance* et contrats *intéressés*, d'une part, et contrats *commutatifs* et *aléatoires* de l'autre; or le droit commercial, s'il n'admet pas la première de ces divisions, repoussée par la nature même du commerce, consacre expressément la seconde; s'il y a donc des contrats commerciaux commutatifs, il y en a aussi d'*aléatoires*, c'est-à-dire dont les effets dépendent de la réalisation d'une chance, et cette dernière espèce de conventions est reconnue aussi bien pour le commerce de terre que pour le commerce maritime. Il ne

embrasse, par conséquent, également le cas où l'associé est en demeure par l'échéance du jour fixé pour effectuer l'apport et le cas où ce jour n'est pas encore échu. Or, pour celui-ci, l'explication de M. Étienne nous semble en défaut; la solution fondée sur la mise en demeure ne peut plus, en effet, être invoquée, lorsqu'il est certain qu'il n'y a pas de mise en demeure possible.

(Note des Éditeurs.)

(1) M. G. Bressoles prépare un grand travail sur le Code de commerce; il se propose de réunir et de présenter sous une forme méthodique les résultats acquis par la science sur cette portion intéressante et trop peu connue de notre législation, sous le rapport de l'histoire, de l'économie politique et de la doctrine. L'étude sur le contrat à la grosse est un fragment de cet ouvrage, dont l'époque de publication n'est pas encore déterminée.

(Idem.)



doit pas être ici question des contrats commerciaux aléatoires qui se rattachent au premier ; mais, quant au second, il y a lieu d'examiner le *prêt à grosse aventure* et le *contrat d'assurance* que l'art. 1964 du Cod. civ. range dans cette classe et indique comme étant régis par le droit maritime. Nous n'avons toutefois à nous occuper pour le moment que du premier de ces contrats.

Avant d'arriver à l'examen des dispositions législatives qui le concernent et d'exposer le plan que nous suivrons à cet égard, il est nécessaire de donner ici sous forme de *préliminaires*, quelques notions théoriques-générales, économiques et historiques sur ce contrat.

II. NOTIONS THÉORIQUES-GÉNÉRALES. — Émérigon commence son traité des *Contrats à la grosse*, en disant que : « ce contrat et celui d'assurance ont une grande affinité ; ils paraissent souvent régis par les mêmes principes : ce sont deux frères jumeaux. » Aussi les a-t-il réunis dans son immortel ouvrage, et l'orateur du conseil d'État, M. Corvetto, les présenta-t-il aussi ensemble au corps législatif. Cette affinité a amené tous les auteurs à entrer dans le détail des rapports et dissemblances de ces deux contrats, au point de vue légal. Pour nous, ce travail serait ici logiquement impossible, puisque les deux termes de la comparaison sont censés inconnus ; aussi nous bornerons-nous à une simple énonciation à cet égard, réservant notre étude comparative pour le moment où nous aurons exposé les règles particulières aux deux contrats. Or, d'un côté, le principal trait de ressemblance entre eux, est que, dans l'un comme dans l'autre, un tiers étranger à la propriété de certains objets, court la chance de leur perte ou détérioration et acquiert en retour de cette chance, un droit à certains bénéfices ; d'un autre côté, et quant à leurs différences, par le contrat d'*assurance*, une personne se charge moyennant un certain prix, du risque des cas fortuits auxquels est exposée une chose appartenant à une autre personne (art. 352). Celui qui se charge du risque est l'*assureur*, l'autre l'*assuré*. Le prix du risque est la *prime*

d'*assurance*. Par le *prêt à la grosse*, une personne (*prêteur ou donneur*) remet à une autre (*emprunteur ou preneur*) une somme d'argent, en l'affectant sur des objets exposés à des risques de mer, et sous la condition, qu'en cas de perte de ces objets, la somme sera perdue pour elle ; mais qu'en cas d'heureux événements, elle lui sera restituée avec un *profit* plus ou moins considérable. — Cette notion générale doit suffire pour le moment,

III. NOTIONS ÉCONOMIQUES. — L'orateur dont nous avons déjà parlé (V. Merlin, Rép., V<sup>o</sup> *Grosse aventure*) disait en finissant son rapport : « Il serait aujourd'hui impossible qu'un grand commerce subsistât sans assurance, et il serait « impossible qu'il subsistât longtemps avec les contrats à la grosse, » parce que, comme l'écrivait Valin à Émérigon le 22 juillet 1755 (Valin, t. 2, p. 24), l'intérêt maritime enlève nécessairement tous les profits, et le plus souvent entame le capital ; aussi, un armateur annonce-t-il la décadence de ses affaires, quand il fait de fréquents emprunts à la grosse (Valin, t. 2, p. 13). Ce genre de contrat appartient seulement à l'enfance du commerce, ainsi que le simple raisonnement suffit pour l'indiquer. Tant que le crédit n'a pas eu en effet créé l'assurance, il a fallu, *en l'absence de fonds*, ou bien avoir un associé *réel qui en fournît*, ou recourir à des prêteurs *consentant à subir les chances de l'entreprise maritime*. On conçoit dès lors combien les économistes ont raison d'enseigner que, dans l'état actuel du Commerce, le contrat à la grosse peut lui être fort désavantageux. Le prêteur se dédommagera de l'éventualité de la spéculation par l'élévation du profit stipulé, ce qui, à l'arrivée du navire, absorbera une grande partie du gain. Si c'est un capitaine qui, en voyage, et usant d'un pouvoir que nous examinerons plus bas, a trop légèrement emprunté des sommes, à *profit excessif*, ou bien trop élevées par elles-mêmes, il est facile de comprendre quel préjudice peut en résulter pour l'armateur, qui souvent sera dans l'impossibilité de contrôler les procès-verbaux dressés au loin par le capitaine pour constater la né-

cessité des emprunts, et pourra n'avoir contre lui qu'un recours illusoire. Qu'ainsi, a-t-on dit avec raison, avant le départ du navire, les emprunts à la grosse soient rares, c'est la sagesse de l'armateur, qu'ils le soient pendant le voyage, c'est le bonheur à lui désirer.

IV. NOTIONS HISTORIQUES. — Notre attention, à cet égard, doit avoir quatre objets principaux :

1° *Sources législatives.* — Du Code de commerce, par l'ordonnance de 1681 et la coutume commerciale du moyen âge, on remonte sans efforts aux titres de *nautico fœnore* du Code et du Digeste, et de Rome l'on va à Athènes, où Démosthènes, en plusieurs de ses discours, discute les principes de notre contrat et en donne la formule à plusieurs reprises ; on doit notamment citer, sous ce rapport, un discours prononcé pour Androclès qui réclamait de Lacritus, comme *caution solidaire* ou *héritier* d'Artémon, un prêt maritime contracté par celui-ci, tandis que Lacritus s'en défendait : 1° en niant tout engagement de sa part ; 2° en disant qu'il avait abandonné l'hérédité d'Artémon ; 3° qu'au surplus, l'action d'Androclès était prescrite.

2° *Modèles d'actes.* — L'on peut ainsi lier ensemble les formules usitées sous ces diverses législations. En premier lieu, celle de l'orateur grec, et que voici selon la traduction de M. Pardessus (Coll. des Lois marit., tome 1, p. 46).

« Androclès de Sphette et Nausicrate de Caryste ont prêté à Artemon et à Apollodore de Phasélis, trois mille drachmes d'argent sur des effets à transporter d'Athènes à Mende ou à Scyone, de là, dans le Bosphore, et s'ils le veulent à la côte gauche jusqu'au Borysthène pour revenir à Athènes.

« Les emprunteurs payeront l'intérêt à raison de 225 par 1,000, mais s'ils ne passent du Pont au Temple (des Argonautes) qu'après le coucher de l'Arcture, ils payeront 300 d'intérêt pour 1,000. Ils engagent, pour la somme prêtée, trois mille amphores de vin de Mende qu'ils transporteront de Mende ou de Scyone sur un navire à vingt rames, dont

Hiblésius est armateur. Ils ne doivent et n'emprunteront rien à personne sur le vin affecté à ce prêt.

« Ils rapporteront à Athènes sur le même navire les objets qu'ils auront achetés avec le prix de ce vin, et lorsqu'ils seront arrivés, ils payeront, en vertu du présent acte, aux prêteurs, la somme convenue, dans les vingt jours à compter de celui où ils seront entrés dans le port d'Athènes, sans autres déductions que les pertes ou sacrifices consentis par le commun accord des passagers, ou celles qu'ils auraient essuyées de la part des ennemis ; sauf cette seule exception, ils payeront la totalité, et livreront, sans aucune charge, aux créanciers, les objets affectés, jusqu'à ce qu'ils aient payé intégralement l'intérêt et le principal convenu par le présent acte.

« Si cette somme n'est pas payée dans le temps marqué, les créanciers pourront faire vendre ces objets ; et s'ils n'en tirent pas la somme qui leur est promise par le présent acte, ils pourront exiger le reste d'Artémon et d'Apollodore ou de l'un d'eux, ou de tous les deux en même temps, saisir leurs biens sur terre et sur mer, en quelque lieu qu'ils soient ; comme s'ils eussent été condamnés, et qu'il s'agit de l'exécution d'une sentence des tribunaux.

« Si les emprunteurs ne chargent point de retour dans le Pont, ou que, restant dans l'Hellespont dix jours après la canicule, ils déchargent leurs marchandises dans un pays où les Athéniens ne peuvent poursuivre la vente des gages qu'on leur a donnés, revenus à Athènes, ils devront payer l'intérêt de leur dette au taux de l'année précédente. S'il arrive quelque accident considérable au navire sur lequel sont chargées les marchandises, le droit des créanciers sera limité aux effets qui auront échappé. Pour toutes ces conventions rien ne pourra infirmer le présent acte. »

En deuxième lieu, celles qui sont contenues dans les lois 6 et 7 au Digeste de *nautico fœnore*, dont voici le texte :

« ..... Trajectitia pecunia, ita datur, ut

« non alias petitio ejus creditori competat,  
« quam si salva navis intra statuta tempora  
« pervenerit....

« Si dedero decem trajectitia, ut salva  
« nave sortem cum certis usuris recipiam »  
« (Voyez aussi L. 122 ff. de Verb. obliga-  
« tionibus).

En troisième lieu, celle qui est transmise par la loi 5, Code de Nautico fœnore que voici :

« Cum proponas te nauticum fœnus ea  
« conditione dedisse, ut post navigium quod  
« in Africam dirigi adseverabat, ni Salo-  
« nitanorum portum nava delata, fœnebris  
« pecunia tibi redderetur, ita ut navigii dun-  
« taxat quod in Africam destinabatur peri-  
« culum susciperes, perque vitium debitoris,  
« nec loco quidem navigii servato, illicitis  
« comparatis mercibus, ea, quæ navis con-  
« tinebat, fiscum occupasse, amissarumque  
« mercium detrimentum, quod non ex ma-  
« rinæ tempestatis discrimine, sed ex præci-  
« piti avaritia et incivili debitoris audacia  
« accidisse asseveratur, adscribi tibi juris  
« publici ratio non permittit. »

En quatrième lieu, enfin, celle qui est usitée sous la législation actuelle, et que nous donnerons plus bas, après avoir exposé les règles du Code de commerce pour qu'on puisse, pour ainsi dire, les voir mises en pratique.

*Noms divers que le contrat a eus :*

1<sup>o</sup> *Nautica vel trajectitia pecunia.*

2<sup>o</sup> *Contrat à la grosse aventure (ou par abréviation à la grosse).*

3<sup>o</sup> *Prêt ou change maritime, ou à risque de navire.*

4<sup>o</sup> *Contrat à retour de voyage.*

5<sup>o</sup> *Bomerie ou emprunt sur quille.*

6<sup>o</sup> *Argent à profit.*

7<sup>o</sup> *Hypothèque à la grosse aventure, etc, etc.*

4<sup>o</sup> *Ce qu'était le contrat avant le Code de commerce.*

Il est très-intéressant de connaître les transformations successives subies par une institution, en passant de la législation d'un peuple

dans celle d'un autre. Ce genre d'étude est même indispensable pour la saine intelligence des lois qui la régularisent, ainsi qu'on le verra plus bas pour la matière qui nous occupe. Les notions qui vont suivre sont presque toutes empruntées, soit à M. Frémery (*Études de droit commercial*, p. 249 et suiv.), soit à M. Pardessus (*Collection des lois maritimes*, t. 1, p. 42 et suiv.).

Le contrat à la grosse, usité en Grèce et à Rome, y fut régi par des règles à peu près identiques au fond; toutefois le principal caractère qu'il revêtit en Grèce fut celui de contrat *purement commercial et maritime*. C'est ainsi que le prêt rapporté par Démosthènes et fait par Androclès et Nausierates, à l'égard d'Artémon et d'Apollodore de Phasélis, *pour un voyage d'Athènes à Mende, à Seyone, au Bosphore, au Borysthène, avec un navire de vingt rames emportant du vin et devant rapporter des marchandises*. A Rome, au contraire, ce contrat prit un caractère plus général; il fut considéré comme un placement avec risques, même étrangers à la navigation (*periculi pretium est*) et pouvant motiver dès lors un fort intérêt.

Au moyen âge, jusqu'au xiv<sup>e</sup> siècle, notre contrat fut principalement mis en vogue par la nécessité de déguiser les prêts à intérêt, dissimulation qui était rendue facile par la supposition des risques d'un transport par terre ou par mer. Mais l'usure fut bientôt découverte, et on lui ferma cette voie comme toute autre, ce qui eut lieu par une décrétale du pape Grégoire IX, sur le sens de laquelle nous sommes d'accord avec M. Frémery, malgré quelques avis contraires. On voit par là que le contrat ne fut pas spécial au droit maritime.

Depuis le xiv<sup>e</sup> siècle jusqu'au Code de commerce, notre contrat prend son véritable caractère. La coutume commerciale s'en empare; il devient, comme nous l'avons dit plus haut, d'une grande utilité, vu l'absence du crédit; ses règles prennent naissance, et, sauf quelques légères modifications, elles arri-

vent intactes jusqu'à nous. Mais il est facile de voir à l'inspection des monuments historiques, quelle transformation s'est opérée, quant à l'essence et aux effets du contrat à la grosse, depuis les législations grecque et romaine jusqu'à celle du temps qui nous occupe. Dans les premières, en effet, l'objet affecté était censé *hypothéqué* au prêt, quelle que fût sa valeur; et un autre prêteur, postérieur en date, ne pouvait pas concourir sur cet objet avec le premier. Les termes du contrat athénien le disent clairement. Pour la seconde, la coutume ayant universellement rejeté l'hypothèque sur les objets mobiliers, et n'ayant admis le privilège du gagiste qu'à la condition qu'il fût nanti du gage, le prêteur à la grosse ne put avoir et n'eut dès lors aucun droit de gage exclusif sur le navire et les marchandises qui étaient dans la possession de l'emprunteur: il ne lui fut attribué qu'un privilège résultant de l'emploi de deniers prêtés pour l'acquisition des objets affectés, et, pour ce privilège, le prêteur fut censé associé au voyage, à concurrence du prêt et du profit maritime. — Tel fut, tel est encore le fond des règles relatives à l'effet du contrat à la grosse. On verra de quelle importance cette observation peut devenir, surtout quand il s'agit de régler les conflits entre plusieurs prêteurs, entre un prêteur et un assureur, etc.

Là se terminent les notions préliminaires de théorie générale, économiques et historiques que nous devons indiquer, mais rien que cela, avant d'en venir à l'exposition des règles de droit positif que renferme le Code de commerce auquel nous arrivons maintenant.

V. Voici le plan que nous allons suivre. — Nos développements se rattacheront aux quatre points suivants: 1<sup>o</sup> Définition *détaillée*, suivant le droit moderne, du contrat à la grosse; 2<sup>o</sup> conditions nécessaires à son existence, soit par rapport à la capacité des parties, soit par rapport à l'objet de leurs conventions; 3<sup>o</sup> effet des obligations résultant du contrat à la grosse; 4<sup>o</sup> enfin, preuve du contrat, et sa négociation.

## CHAPITRE PREMIER.

### DÉFINITION DÉTAILLÉE DU CONTRAT A LA GROSSE.

VI. Le Code de commerce ne contient pas de définition légale relative à notre contrat; mais le Code néerlandais (art. 569) (1), qui résume l'état le plus avancé de la législation commerciale européenne, en contient une qui, à vrai dire, résume toute la matière. Suivant ce code le prêt à la grosse est « un contrat par lequel on prête une somme d'argent (ajoutons, ou une chose qui se consomme par l'usage), avec convention de prime, et qui est affectée soit sur le navire, soit sur le chargement, ou sur tous les deux, à charge par le prêteur, en cas de perte ou de dépense partielle des objets affectés, par fortune de mer, de perdre son droit sur la somme (ou sur la chose) prêtée, et sur la prime, autant qu'il ne pourra l'exercer sur ce qui sera sauvé, comme aussi à la charge par l'emprunteur, si les objets empruntés arrivent à leur destination, de rembourser le principal et de payer le profit maritime convenu. » (Collect. des lois étrang. de M. Victor Foucher, t. VII.)

VII. Donnons quelques détails à propos de cette définition.

1<sup>o</sup> C'est un prêt de somme ou de chose se consommant par l'usage: d'où il suit que notre contrat ne constitue pas un *prêt à usage*, mais un prêt de *consommation*: qu'il est *réel* (article 1891, C. c.) et *unilatéral*.

2<sup>o</sup> Ce prêt de *consommation* se distingue néanmoins du prêt ordinaire sous plusieurs rapports; il est en effet purement commercial, aléatoire-maritime, et d'une nature toute spéciale. Il est commercial, c'est-à-dire qu'il constitue un *acte de commerce* (art. 655, Cod. comm.) et, comme tel, il est essentiellement intéressé de la part du prêteur, en quoi il diffère du prêt ordinaire. Il est *aléatoire-maritime*,

(1) Page 257 du Code de commerce expliqué par Rogron, édition HAUMAN et C<sup>e</sup>.

et ce double caractère motive l'élévation de l'intérêt à payer au delà des limites fixées par la loi de 1807, en matière commerciale. Cujas (t. I, p. 1407, *Tract. ad Afric.*) rapporte que c'était à Rome une locution admise pour désigner un prêt à forts intérêts, ou dans lequel le prêteur se chargeait des risques, de dire que les parties stipulaient un *naulicum fœnus*. Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. 22, chap. 20) fonde la légitimité de l'élévation du profit sur : 1<sup>o</sup> le péril de la mer ; 2<sup>o</sup> la facilité que le commerce donne à l'emprunteur, de faire promptement de grandes affaires et en grand nombre. Mais l'on peut ajouter, à ces raisons du célèbre publiciste, des motifs fondés sur l'état actuel des rapports économiques, et qui sont plus décisifs que ceux qu'il donne pour justifier l'élévation de l'intérêt maritime à l'inverse du peu d'élévation des primes d'assurance. Ainsi, l'assurance se contracte ordinairement en des lieux où abondent les ressources commerciales, et où se produit dès lors entre les assureurs la concurrence qui a pour effet naturel de diminuer les primes. Pour le contrat à la grosse, au contraire, comme on n'y a généralement recours qu'en des circonstances opposées, on conçoit que l'emprunteur subit naturellement la loi du prêteur. D'un autre côté, l'assureur et le donneur à la grosse rachètent à l'inverse, dans la fixation de la prime ou du profit, la quantité plus ou moins grande de leurs clients. Enfin l'ignorance à peu près ordinaire de la solvabilité de l'emprunteur véritable, semble devoir motiver cette élévation de profit. Il était donc exact de dire que la nature du prêt à la grosse était toute spéciale (Émérig., *contrat à la grosse*, section 4).

VIII. Il est essentiel de noter que la convention qui lie les parties repose, lorsque le prêt a lieu avant le départ du navire, sur une fiction déjà indiquée plus haut, savoir : que l'argent prêté est censé avoir été employé, pour acquérir les objets affectés à sa sûreté, ou pour les mettre en état de remplir leur destination : de même, nous verrons plus bas que, si la nécessité force le capitaine à em-

prunter à la grosse durant le voyage, le privilège accordé au prêteur ne découle pas de la nature du contrat, mais seulement du même motif qui accorde un privilège à tout prêteur de fonds, pour conservation d'une chose, sur le prix de cet objet. Telle est l'idée fondamentale qu'il ne faut pas oublier et que nous avons cru devoir placer ici, immédiatement après la définition si exacte du code hollandais.

## CHAPITRE II.

### CONDITIONS NÉCESSAIRES A L'EXISTENCE DU CONTRAT A LA GROSSE.

IX. Ce chapitre se subdivise en deux sections par le motif que les conditions dont nous allons parler sont relatives, soit à la capacité des parties, soit aux divers points sur lesquels leur consentement doit intervenir.

#### SECTION PREMIÈRE. — De la capacité des parties.

X. Pour pouvoir contracter à la grosse, ces parties doivent d'abord réunir les conditions de capacité voulues ordinairement par la loi pour toute espèce de contrats, et notamment pour ceux qui constituent des actes de commerce. Ce n'est pas ici le lieu d'exposer ces règles, nous rappellerons seulement que c'est là un des points sur lesquels le droit commercial apporte au droit commun une des plus profondes modifications.

XI. Mais de plus, il existe des règles spéciales à notre contrat et qu'il faut énoncer ici : Les propriétaires d'un navire ou des marchandises qu'il transporte, peuvent seuls en général emprunter à la grosse, en affectant, comme on le verra plus bas, ces divers objets. Le capitaine peut cependant, en plusieurs cas, sans être propriétaire ni de l'un ni des autres, conclure de pareils contrats et les y affecter, mais en observant certaines conditions légales. C'est le moment de parler des art. 521, 254 et 522, *Cod. comm.*

XII. L'art. 521 corrélatif à l'art. 252 s'exprime ainsi : « Un emprunt à la grosse fait par

« le capitaine dans le lieu de la demeure des  
« propriétaires du navire, sans leur autori-  
« sation authentique, ou leur intervention  
« dans l'acte ne donne action ou privilège que  
« sur la part que peut avoir le capitaine au  
« navire et au fret. » — Il suit de là que le  
capitaine *ne peut, en ce cas*, affecter le navire  
que du *consentement* du propriétaire, ou, s'ils  
sont plusieurs, de leur avis soit unanime, soit  
pris à la majorité déterminée comme le veut  
l'art. 220 Cod. comm. La raison de cette dis-  
position est facile à saisir : le capitaine, dit  
Émérigon, n'est vraiment maître qu'après la  
mise à la voile.

XIII. Mais, quand le propriétaire doit-il être  
considéré comme *étant sur les lieux* où l'em-  
prunt est fait par le capitaine ? C'est ce qu'il  
faut voir : 1<sup>o</sup> Il ne s'agit pas ici du *domicile*  
légal du propriétaire, mais seulement de sa  
résidence : bien plus, l'article semblerait de-  
voir s'appliquer au cas où l'emprunt étant fait  
par le capitaine hors de la demeure habituelle  
du propriétaire, celui-ci se trouverait, ne fût-ce  
qu'accidentellement en ce lieu, pourvu que le  
capitaine le sût, fait dont la preuve serait à la  
charge de celui-là. 2<sup>o</sup> Il faut considérer comme  
*présent* le propriétaire qui a laissé, aux lieux  
de l'emprunt, un procureur fondé connu du  
capitaine et du prêteur (art. 252). 3<sup>o</sup> Afin de  
déterminer à quelles limites s'étend ce que  
l'art. 521 appelle *le lieu de la demeure*, on  
enseigne d'*ordinaire* que le propriétaire ou  
son mandataire doit être regardé comme réel-  
lement présent au *lieu* du contrat, lorsqu'il se  
trouve dans l'*arrondissement* (Boulay-Paty sur  
Émér., t. 2, p. 467). Il serait peut-être plus  
exact de dire qu'il faut, pour que l'autorisa-  
tion soit nécessaire, que le capitaine fasse l'em-  
prunt dans la *commune* où résident les pro-  
priétaires ou leurs mandataires. Pourquoi,  
autrement, s'arrêter seulement à l'arrondisse-  
ment comme limite du lieu fictif de leur  
présence ? L'art. 2265, Cod. civ., fournirait  
en effet bien plutôt un argument d'analogie  
pour ne les considérer comme absents, que  
dans le cas où ils habiteraient hors du res-

sort de la cour royale dans l'étendue duquel  
l'acte est passé!... ce qui est inadmis-  
sible.

XIV. L'art. 254 qui appartient au titre *du capitaine*, et que nous ne devons dès lors  
qu'indiquer ici, fixe certaines conditions aux-  
quelles le capitaine peut, *durant le voyage*,  
emprunter à la grosse : il en résulte que, *sans*  
*ces conditions, il n'a pas capacité*.

C'est ainsi que d'après l'art. 512, § 2, qui  
renvoie à l'art. 254, il doit être, à l'étranger,  
préalablement autorisé par le consul français,  
ou à défaut par les magistrats du lieu, sur le  
vu d'un procès-verbal dressé par lui, signé des  
principaux de l'équipage, c'est-à-dire des *offi-*  
*ciers* ou des premiers matelots, constatant la  
nécessité de l'emprunt et devant être couché  
sur le registre dont parle l'art. 224. Mais il  
faut convenir que c'a toujours été, et que c'est  
encore une des questions les plus controver-  
sées, que celle de savoir si l'emprunt à la  
grosse, lors duquel le capitaine n'a pas rempli  
toutes les formalités propres à en constater  
l'utilité et l'emploi, est obligatoire pour le  
propriétaire ou armateur du navire. Son exa-  
men approfondi se rattache à l'explication  
de l'art. 254 lui-même.

XV. Quant à l'art. 522, il est destiné à  
régler l'hypothèse prévue par l'art. 255, il  
s'agit du cas où le bâtiment étant frété du  
consentement des propriétaires (*quirataires*),  
quelques-uns d'entre eux refusent de contri-  
buer aux frais nécessaires pour l'expédier, le  
capitaine peut, dans ce cas, avec l'autorisation  
du juge, et vingt-quatre heures après somma-  
tion aux refusants, de fournir leur contingent,  
emprunter à la grosse pour leur compte, et  
affecter au radoub et victuailles leurs parts et  
portions d'intérêt dans le navire. Concluons  
encore de là que si, dans le cas que pré-  
voient ces articles, le capitaine a capacité pour  
emprunter à la grosse, *même au lieu de la de-*  
*mure des propriétaires*, il est vrai de dire  
qu'il n'a cette capacité *qu'en se conformant à*  
*la double condition qu'ils renferment* (art. 580,  
Cod. holl.).

SECTION II. — *Des points sur lesquels doit intervenir le consentement des parties.*

XVI. Le consentement des parties contractantes doit porter sur plusieurs points dont l'ensemble forme la substance de notre contrat ; ils sont au nombre de quatre : 1<sup>o</sup> La chose (*sens gén.*) prêtée ; 2<sup>o</sup> les objets qui sont affectés au prêt ; 3<sup>o</sup> les risques ; 4<sup>o</sup> le profit maritime. D'où quatre paragraphes spéciaux.

§ I<sup>er</sup>. — De la chose prêtée.

XVII. L'art. 511, Cod. comm., qui énumère les énonciations que doit contenir l'acte constatant le contrat à la grosse, et que nous examinerons plus tard, dans le chap. 4, met au nombre de ces énonciations celles du *capital* prêtée. Pris dans son sens vulgaire, ce mot indique proprement une *somme* d'argent. C'est en effet ce qui a lieu ordinairement, ainsi que l'indique le texte de la définition empruntée du Code néerlandais ; mais il ne suit pas de là qu'il n'en puisse jamais être autrement, et qu'une somme d'argent doive nécessairement faire l'objet du contrat ; il ne faut pas en effet oublier, nous l'avons fait remarquer, que le prêt à la grosse constitue un véritable prêt de consommation (*mutuum*) ; or, d'après l'article 1892, C. c., l'argent monnayé n'est pas le seul objet qui puisse faire la matière d'un pareil prêt, et toutes les choses qui se consomment par l'usage peuvent y être comprises : c'est pourquoi tous les auteurs l'enseignent ainsi pour le contrat à la grosse, et le Code de commerce du royaume d'Espagne (art. 816) en contient la disposition formelle. Il est toutefois indispensable de remarquer qu'il faut dans tous les cas, afin de conserver au prêt à la grosse son caractère de *mutuum*, que la restitution de la chose prêtée doit être faite au prêteur en argent, ou en choses de même espèce et qualité (1892, C. c.) ; s'il en était autrement, et que la chose prêtée dût être rendue *identiquement la même*, le contrat ne serait plus qu'un *louage à la grosse*

(Émérig., cap. 5, sect. 4 (et le prêteur aurait conservé la propriété de l'objet prêté, ce qui est antipathique à la nature du prêt de consommation (1895, C. c.).

XVIII. De là il résulte que celui qui n'est pas propriétaire de la chose prêtée à la grosse, ne peut régulièrement en faire l'objet d'un contrat, à moins qu'il n'ait reçu du propriétaire ou de la loi pouvoir à cet effet, ou que le propriétaire de la chose donnée à prêt par un autre, ait ensuite approuvé ce qui a été fait (loi 2, § 4, ff. *de reb. cred.*) ; ou bien enfin, selon l'avis général des interprètes, que l'objet ainsi illégalement prêté ait été de bonne foi consommé par l'emprunteur, sauf au propriétaire son recours contre le prêteur, pour avoir disposé de sa chose sans son aveu (arg., loi 15, *de reb. cred.*, et 1258, C. c.). *Bona fidei consumptio reconciliavit mutuum.*

§ II. — Des choses affectées au prêt à la grosse.

XIX. Nous avons ici à examiner deux points : en premier lieu, quelles sont les choses qui peuvent être affectées au prêt à la grosse, suivant les qualités diverses de l'emprunteur, et en second lieu quelques règles générales tracées par la loi, par rapport à cette affectation de qui elle émane.

1<sup>o</sup> *Des choses qui peuvent être affectées, suivant les qualités de l'emprunteur.*

XX. La loi s'occupe à ce sujet de l'armateur, du propriétaire des marchandises et de l'équipage, et établit des règles spéciales, suivant que l'affectation est faite par les uns ou par les autres. Nous exposerons en même temps celles qui se rapportent à l'armateur, et au propriétaire des marchandises, sauf à examiner à part les dispositions qui concernent l'équipage seul.

XXI. Toutefois nous devons mentionner ici une règle s'appliquant à tout emprunteur, quelle que soit sa qualité, savoir, qu'on ne peut affecter sa vie et sa liberté, ni celle des autres.

XXII. Que peut donc affecter l'armateur ?

que peut donc affecter le maître des marchandises? L'art. 515 *comm.*, répond à cette double question en ces termes : « Les emprunts à la grosse peuvent être affectés, « sur le corps et quille du navire, sur les « agrès et apparaux, sur l'armement et les « victuailles, sur le chargement, sur la totalité de ces objets conjointement ou sur une « partie déterminée de chacun d'eux. »

Au sujet de cet article, il y a plusieurs choses à dire :

1° A-t-on toujours pu affecter tous les objets qui y sont indiqués? Si l'on en croyait Valin (t. 2, p. 2) la réponse serait négative : il dit qu'anciennement, on ne prêtait que sur le corps et quille du vaisseau, et il donne cela pour raison du nom *bomerie* qui, ainsi que nous l'avons dit plus haut, était donné à notre contrat en quelques localités, notamment en Normandie. Suivant lui, *bome*, en flamand, signifierait *quille de vaisseau*. Il faut toutefois convenir que la formule conservée par Démosthène contrarie ce sentiment, et M. Pardessus (*Lois marit.*, t. 1, p. 42) indique divers passages de nombreux discours du même orateur, desquels il conclut qu'en Grèce tous les objets à peu près qui sont indiqués par notre article pouvaient être affectés à la sûreté du prêt à la grosse. M. Frémery (p. 250), de son côté, analyse le chap. 5 du liv. 3 du Statut de Marseille, de 1254, où il est formellement parlé d'affectation *sur le chargement*.

2° L'affectation *sur le navire*, sans autre désignation, s'étend aux agrès et apparaux, ainsi qu'à l'armement, l'art. 573 du Code néerlandais, considéré comme raison écrite, en contient la disposition formelle.

3° Les termes de l'art. 515, suivant lesquels les emprunts à la grosse peuvent être affectés *sur une partie déterminée* de chacun des objets qui y sont énumérés, méritent un examen tout particulier (Voy. Frémery, p. 255 à 259; ce qui suit lui appartient presque exclusivement).

D'abord, voici le sens pratique de cette disposition : le chargement vaut 100,000 fr.;

le chargeur prend 50,000 fr. à la grosse qu'il affecte d'une manière expresse sur *la moitié seulement du chargement* : le navire périclète : l'on sauve 50,000 fr. de marchandises, le prêteur n'aura que 25,000 fr., le surplus appartiendra à l'emprunteur.

Dans l'opinion des rédacteurs du Code de commerce, cette restriction à 25,000 fr. *n'a lieu que parce que la convention a restreint à la moitié du chargement* l'affectation faite au prêteur : d'où il semble résulter qu'en l'absence d'une restriction aussi formelle, ce surplus de 25,000 fr. devrait revenir au prêteur comme ayant sur le chargement un droit exclusif jusqu'à concurrence de ses 50,000 fr., et non à l'emprunteur; et pourtant, nous avons vu plus haut que, dans l'idée fondamentale de la coutume commerciale, le prêteur n'a plus, comme anciennement, un droit de gage exclusif sur l'objet affecté, mais seulement un privilège de bailleur de fonds concourant avec celui de tous les autres prêteurs sans distinction de date (art. 191, § 10 et ult. *comm.*), sauf les modifications que nous indiquerons plus bas : d'où il résulte au contraire que « il était oiseux de dire qu'on *peut* n'emprunter que sur une part déterminée de « l'objet affecté au prêt : car *cela est de droit*; « qui n'emprunte qu'une portion de la valeur « ne grève qu'une partie de la chose, » ce qui ruine la prétention d'accorder au prêteur *partiel* un droit exclusif sur elle.

Comment donc concilier l'art. 515 avec le principe de la coutume commerciale que nous venons de rappeler et qui sert de fondement aux art. 191, § ult. et 551 pour l'application duquel le point qui nous occupe est de la plus haute importance? — En d'autres termes, comment expliquer l'antinomie de ces trois articles et leur coexistence dans la même loi?

Le voici : l'ordonnance de 1681 (art. 18), s'éloignant de l'idée coutumière ci-dessus rappelée comme fondement du nouveau système de prêt à la grosse, accorde un droit exclusif au prêteur pour ses 50,000 fr. sur la même somme, valeur des objets sauvés, moitié seu-



lement des objets affectés. De ce texte naquit une lutte entre Valin et Émérigon. Le premier, repoussant avec la coutume l'idée du gage exclusif, tenait que, de plein droit, toute la portion du chargement supérieure à la somme prêtée, restait libre aux mains de l'emprunteur et permettait à celui-ci soit de l'affecter à d'autres emprunts, soit de l'assurer, soit, à défaut de l'un ou de l'autre, d'en revendiquer personnellement sa part. (Valin, t. 2, p. 15 et 21); position semblable sur les effets sauvés; le second, au contraire, défendait l'ordonnance en disant que le droit primitif du prêteur résultait de la nature du contrat, car, dit-il, « le débiteur ne concourt jamais avec son débiteur sur le gage donné à celui-ci. *Contentio super prælatione non agitur inter creditorem et debitorem, sed inter creditores ipsos (du contr. à la grosse, chap. 9, sect. 2)...* » Et si la mineure est fautive? s'il n'y a pas ici de gage?...

Pothier, conciliateur par excellence (titre *des contrats à la grosse*, n° 49), propose la distinction suivante : le prêteur n'aura pas de droit exclusif lorsque la convention l'aura réduit à une *portion déterminée* : d'où la conséquence qu'en l'absence de la restriction, le droit privatif lui est concédé.

Et c'est d'après ces données, que le Code de commerce, qui, lorsqu'il s'en souvient, consacre la coutume (191, § 9 et 531), l'oublie pourtant presque au même moment, imite Pothier, et adopte sa distinction en disant dans l'art. 515 qu'on peut n'affecter qu'une partie de la chose à la sûreté du prêt partiel, ce qui découlait de droit de la nature du contrat, et en faisant entendre par là, qu'en l'absence de la restriction, le droit privatif existe.

Ainsi est constatée et expliquée l'antinomie quant à sa cause; dans l'application, nous pensons qu'on doit s'en tenir à la donnée de la coutume qui est incontestable, et qu'on le doit d'autant mieux que ce n'est que par argument à *contrario* du texte de l'art. 515, légitimé ici, il est vrai, par la généalogie de la loi,

mais qui, après tout, n'est pas aussi puissant qu'un texte formel en ce sens, qu'on arrive à saisir la pensée cachée du législateur. M. Pardessus (t. 5, nos 855 et 924) reconnaît que l'art. 515 a eu pour but de consacrer le droit privatif, mais contrairement à notre opinion, il en approuve la disposition, comme Émérigon et par les mêmes motifs, et se range à la distinction de Pothier, pour le cas de restriction expresse.

Telle est l'explication que nous avons à donner à propos de cette disposition du Code de commerce, permettant à l'armateur et au propriétaire du chargement de n'affecter qu'une partie déterminée des objets qu'il désigne.

XXIII. Examinons maintenant ce que peut affecter l'équipage :

D'abord les gens de l'équipage peuvent affecter à un emprunt à la grosse les marchandises qu'ils chargent pour leur compte, avec la permission du propriétaire (art. 251, C. com.), parce qu'à cet égard, ils sont, dit Émérigon (chap. V, sect. 2) à l'instar de tout autre chargeur.

Mais l'art. 519 établit, à l'égard de l'équipage, une prohibition spéciale d'affectation dont voici les termes : « Nul prêt à la grosse ne peut être fait aux matelots ou gens de mer, sur leurs loyers ou voyages. » (V. 577, C. holl.). Le motif de cet article est facile à comprendre : on a voulu intéresser jusqu'au bout les gens de mer à la réussite du voyage (arg. 258, C. comm.), et sous ce rapport, on verra plus bas que cette prohibition est corrélatrice de celle qui ne permet pas le prêt à la grosse, sur le fret à faire. L'ordonnance de 1684, sous l'empire de laquelle les mêmes motifs de défense de l'affectation des loyers existaient, la permettait cependant sous deux conditions, savoir : 1° le consentement du maître; 2° sa limite à la moitié des loyers; mais, d'un côté, Émérigon déclare n'avoir jamais vu de pareils contrats, et de l'autre, il indique tout ce qu'il y aurait d'illusoire et de fatal dans ces actes, ne fût-ce que dans l'accomplissement

de la deuxième de ces conditions. « Comment, « en effet, dit-il, régler cette moitié vis-à-vis « des matelots engagés au mois ou à la part?... « Et s'ils prenaient des deniers à la grosse sur « la demie de leur salaire, l'entier salaire « serait bientôt absorbé par le capital et par « l'énormité du change maritime qu'il faudrait « payer au retour. » La prohibition absolue de l'art 319 est donc préférable au régime de l'ordonnance.

Elle doit toutefois être restreinte à ses termes précis : c'est ainsi qu'il a été jugé à Aix, le 24 janv. 1854 (Dict. du *Cont. comm.* v<sup>o</sup> *Cont.* à la grosse, n<sup>o</sup> 47), qu'elle ne devait pas s'étendre aux salaires des *capitaines*, mais seulement à ceux des *gens de mer ou matelots*; d'où il suit que les salaires *acquis* par le capitaine, par l'effet de l'heureuse arrivée du navire, sont, avec ses autres biens, accessoirement affectés au remboursement des billets à la grosse qu'il a souscrits en cours de voyage pour les besoins de son navire, avec engagement personnel de sa part.

2<sup>o</sup> *Règles générales tracées par la loi quant aux affectations.*

XXIV. Nous allons passer en revue deux règles essentielles qui dominent toute cette matière, et dont plusieurs articles du Code de commerce ne sont que les corollaires.

XXV. PREMIÈRE RÈGLE. *Le prêt à la grosse ne peut, pas plus que l'assurance, devenir une occasion de bénéfice pour l'emprunteur.* Le but naturel de ce contrat n'est pas en effet pour celui-ci de faire une spéculation (*periculi pretium est.*)

Il suit de cette règle deux conséquences à examiner séparément.

XXVI. PREMIÈRE CONSÉQUENCE. « Tout emprunt à la grosse fait pour une somme excédant la valeur des objets sur lesquels il est affecté, est prohibé. » En Grèce, et suivant Démosthène (orat. in Laer. Pard. *Lois marit.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 45), le prêteur stipulait ordinairement que la valeur des choses affectées serait double du montant du capital prêté.

Les motifs de la prohibition que nous venons

d'énoncer et dont nous examinerons bientôt la portée, sont : 1<sup>o</sup> que « le trop d'argent pris à « profit fait une véhémente présomption contre « le maître du navire, qu'il est consentant ou « participant de la perte ou prise de son navire « (*Guidon de la mer*, chap. 49, art. 10); » 2<sup>o</sup> que, d'un côté, dans un pareil emprunt excédant la valeur des objets affectés, le prêteur ne trouve pas les *sûretés* qu'il avait droit d'attendre; et que, d'autre part, l'excédant de valeur se trouve prêté à usure, attendu que le profit élevé, qui est l'un des caractères du contrat à la grosse, ne se trouve justifié *principalement* que par les risques courus par le prêteur, ce qui n'aurait pas ici d'application, quant à ce surplus.

XXVII. Cela posé, voici le système établi par le Code de commerce sur la destinée de ces sortes de prêts que nous appellerons *excessifs*.

Où l'emprunteur était de mauvaise foi, c'est-à-dire, connaissant la valeur inférieure de l'objet affecté, et a employé des moyens frauduleux pour lui donner une valeur exagérée (Cod. espag., art. 825); ou bien, au contraire, il était de bonne foi.

Dans le premier cas, et en supposant la fraude prouvée (art. 4116, C. c.), le Code de commerce (art. 316) déclare l'emprunt nul à l'égard du prêteur. On conçoit que cette nullité ne pourrait légitimement profiter à l'emprunteur, auquel sa fraude ne peut être un moyen de libération; aussi la portée de cette nullité purement relative, est-elle qu'en cas d'heureuse arrivée, le prêteur pourra réclamer le capital et le profit, et qu'en cas de sinistre, ordinairement libératoire, il pourra également réclamer le remboursement de son capital (arg. 580 in fine). Dans ce dernier cas, le prêteur ne pourra pas prétendre au profit, parce qu'il n'aura pas couru les périls dont le change maritime est le prix (Émérig., t. 2, p. 522, et Valin, t. 2, p. 6); mais, quoique ce soit un point controversé, il nous paraît, comme à Émérigé, avoir droit, du jour du prêt, à l'intérêt terrestre du capital. « Le contrat étant

« déclaré nul à cause de la fraude du preneur  
« ou emprunteur, on retombe dès lors néces-  
« sairement dans la disposition du droit com-  
« mun (commercial) qui donne cours à l'intérêt  
« de terre. »

Dans le second cas, c'est-à-dire s'il n'y a pas fraude de la part de l'emprunteur, l'art. 517 déclare que le contrat excessif est valable jusqu'à concurrence de la valeur des effets affectés à l'emprunt, d'après l'estimation qui en est faite ou convenue, estimation qui d'ailleurs doit se reporter au temps du chargement ou du départ. Le surplus de la somme empruntée, dit le même article, est remboursé avec intérêts *au cours de la place*. Au sujet de cette dernière disposition, il faut noter trois choses : 1<sup>o</sup> il en résulte que, quant à l'excédant de valeur, la loi le considère comme ayant fait l'objet d'un prêt *simple* ; 2<sup>o</sup> ces mots de l'article « *au cours de la place* » donnent lieu à une observation importante : comme il ne s'agit que d'un prêt *simple* si ce cours est plus élevé que le taux fixé par la loi en matière commerciale (6 p. 0/0), ces intérêts semblent devoir être réduits à ce taux, et alors que devient la disposition de notre article?... (Il est, du reste, à remarquer que, tandis que la loi limitant l'intérêt est du 5 septembre 1807, l'article qui nous occupe a été voté le 5 du même mois). De ce qui précède, il faut conclure que dans le cas seulement où le cours de la place sera inférieur au taux légal, la disposition finale de l'art. 517 deviendra applicable. Mais y a-t-il justice à faire ainsi supporter au prêteur les chances d'abaissement du cours sans le faire profiter de ses chances d'élévation ? 3<sup>o</sup> Il nous paraît que, vu la bonne foi de l'emprunteur, et à l'inverse du cas où il est en fraude, ces intérêts ne doivent courir que du jour de la demande, et non de celui du prêt.

XXVIII. SECONDE CONSÉQUENCE. Les choses déjà assurées ne peuvent être affectées à un prêt à la grosse, à moins qu'elles n'aient une valeur supérieure à la somme pour laquelle on les aurait assurées : en ce cas, le contrat à la grosse ne serait valable que pour cet excé-

dant de valeur. (Arg. des art. 516 et 517, Cod. comm. Dict. du cont. comm., n. v, n<sup>o</sup> 9).

XXIX. OBSERVATION CRITIQUE. Il est à regretter que le Code français n'ait pas une disposition analogue à l'art. 822 du Code espagnol qui prohibe l'emprunt à la grosse sur le corps et quille du navire *pour plus des trois quarts de leur valeur*, et donne à cette prohibition la même sanction qu'aux prêts excédant la valeur réelle des objets affectés. On aurait ainsi toujours intéressé l'emprunteur au succès du voyage.

XXX. DEUXIÈME RÈGLE. *Le prêt à la grosse ne doit pas plus avoir pour but d'enlever à l'équipage ou à l'emprunteur tout intérêt au succès de l'expédition, que de mettre le prêteur à la merci de l'emprunteur.* Cette règle se justifie par elle-même.

XXXI. Il en résulte que tous emprunts sur le *fret à faire* ou sur le *profit à espérer* des marchandises sont prohibés (art. 510, C. com.). Pour le *fret à faire*, il est clair que le prêteur serait à la merci de l'emprunteur qui s'embarasserait fort peu d'un fret dont il n'aurait pas à profiter ; cette prohibition n'est, au surplus, nullement modifiée par les dernières expressions de l'art. 521 qui, ainsi que l'observe M. Vincens, signifient seulement que, dans le cas qu'il prévoit, le prêteur n'ayant au retour que le capitaine pour débiteur, exercerait au besoin les droits de celui-ci (1166 du C. c.) sur le fret lui revenant. Quant au *profit espéré*, outre qu'un pareil prêt tomberait sous le coup de la prohibition des emprunts excessifs, et qu'il ne présenterait pas de sûreté, vu que le profit attendu n'est qu'imaginaire et peut manquer, il est clair que s'il était toléré, l'armateur, les chargeurs et les gens de mer auraient trop peu de raison pour souhaiter la réussite de l'expédition et qu'il y aurait ainsi trop de chances pour qu'un défaut de zèle la fît échouer.

Si, malgré la prohibition, un prêt semblable a lieu soit sur le *fret à faire*, soit sur le *profit espéré*, le prêteur ou donneur a droit au remboursement du capital, mais sans aucun intérêt (art. 518, § 2) ; par là, les deux parties sont

punies de leur faute commune : l'emprunteur en étant *toujours* tenu de rembourser le capital, et le prêteur en ne pouvant pas exiger de profit maritime, et en n'ayant droit qu'à l'intérêt simple du capital à partir de la demande (Boulay-Paty sur Emérigon, tom. 2, p. 509).

### § III. Des risques.

XXXII. Ce sont les risques courus par les objets affectés qui donnent au contrat son caractère *aléatoire*, il faut donc que le prêteur y soit soumis pour que le contrat *existe*; de là il suit qu'il n'y a pas contrat à la grosse, 1<sup>o</sup> dans le prêt fait sous la forme de simple gageure (Émérigon, tom. 2, p. 417); 2<sup>o</sup> tant que le péril n'a pas commencé (L. 5, ff. de *Naut. fœn.*); 3<sup>o</sup> si le preneur consomme à terre l'argent prêté (L. 1, ff. Cod.), etc.

Il est donc important de savoir ce qu'on entend par *risques*, eu égard à la responsabilité du prêteur, ou à la libération de l'emprunteur.

XXXIII. PREMIÈRE OBSERVATION. Par argument de l'art. 525, il faut dire que la perte par *cas fortuit* ou par *force majeure*, est la seule qui doit être à la charge du prêteur.

XXXIV. Il faut s'entendre sur le sens des mots *cas fortuit* et *force majeure*, en cette matière : on désigne par là les *sinistres maritimes majeurs*. Ces dernières expressions elles-mêmes sont expliquées par le Code de commerce, non pas il est vrai au titre *du contrat à la grosse*, mais à celui du *contrat d'assurance*, et comme, sur ce point, ces contrats, dit Valin (t. 2, p. 15), *symbolisent beaucoup*, nous pouvons légitimement recourir à l'art. 550 entièrement applicable. Or, sont aux risques des assureurs (et dès lors des prêteurs à la grosse), toutes pertes ou dommages qui arrivent aux objets assurés par tempête, naufrage, échouement, abordage fortuit (choc de deux navires), changement forcé de route, de voyage, ou de vaisseau, par jet, feu, prise, pillage, arrêt par ordre de puissance, déclaration de guerre, représailles, et générale-

ment par toutes les autres fortunes de mer.

XXXV. De là il faut conclure (art. 526) que « les déchets, diminutions et pertes qui arrivent par le *vice propre de la chose* et les « dommages causés par le *fait de l'emprunteur*, ne sont point à la charge du prêteur. » — Ce ne sont pas là des accidents de mer. Quant au *vice propre* de la chose, l'article est applicable, soit qu'il s'agisse d'un vice inhérent à la nature même de la chose (conformation vicieuse), soit qu'il résulte de sa destination, sa perte fût-elle même arrivée en l'employant aux nécessités de la mer, par exemple le bris d'une ancre contre un rocher. Quant au fait de l'*emprunteur*, il est clair que cette expression a autant d'étendue que celles de l'ordonnance de 1681 (art. 12), qui, en détail, ne réputaient pas cas fortuit ce qui arrive par le fait des *propriétaires, maîtres* ou *marchands chargeurs*. Aussi point de responsabilité de la part du prêteur, soit que la perte arrive parce que le navire n'était pas en état, ou parce que l'arrimage mal combiné causait une surcharge, soit parce que les marchandises introduites par contrebande ont été saisies (loi 5, § 4, ff. *Commod.*). Dans ces trois cas, en effet, et en tous autres semblables, la perte arrive, selon la loi 5, Code de *Naut. fœn.*, *non ex marinæ tempestatis discrimine, sed ex præcipiti avaritia et incivilis debitoris audacia*.

XXXVI. Mais ne pourrait-on pas, par convention spéciale, mettre même ces risques non fortuits à la charge du prêteur? L'ordonnance de 1681 (art. 12) le permettait, avec cette limitation raisonnablement apportée à son texte par les auteurs, que la stipulation ne devait en aucun cas mettre le prêteur à la discrétion de l'emprunteur. Le Code de commerce est muet à cet égard; mais il faut reconnaître, vu les art. 6 et 1154 du C. c., que le même droit de stipulation existe aujourd'hui et sous la même limitation.

XXXVII. DEUXIÈME OBSERVATION. Il ne suffirait pas qu'un des sinistres majeurs ci-dessus indiqués, intervint ou pût intervenir, pour que

le prêteur en fût responsable; en d'autres termes, lors même que l'objet affecté viendrait à le supporter, il n'en résulterait pas que la troisième condition requise pour l'existence légale du contrat à la grosse se vérifiât. Il faut de plus que les risques se réalisent : 1° dans le lieu, 2° dans le temps, 3° dans le navire fixés; voilà pourquoi, ainsi que nous le verrons plus bas, l'art. 511 exige notamment qu'on énonce, dans l'acte constatant le contrat, le nom du navire, pour quel voyage et pour quel temps l'emprunt est fait.

XXXVIII. Un mot sur ces trois conditions.

1° PERTE ARRIVÉE DANS LE LIEU DU RISQUE.

(Arg. 525. L. 5, Code de Naut. fœn.) Le lieu des risques c'est la ligne à parcourir par le navire; dès lors il importe peu que la perte arrive en fausse route, à moins que la ligne n'ait été quittée par cas fortuit, par exemple, par la contrariété des vents. C'est ainsi qu'à Athènes même, le navire devait rigoureusement suivre la route convenue sans pouvoir débarquer ailleurs qu'au lieu déterminé. (Demosth. in Dyonisiod. cit. par Pard. Lois marit., t. 1<sup>er</sup>, p. 45 et 47.)

XXXIX. 2° PERTE ARRIVÉE DERANT LE TEMPS

DU RISQUE. (Arg. 525. Loi 4, ff. de Naut. fœn.) Le Code de commerce, comme le droit romain et le contrat athénien (Pard., Lois marit., t. 1<sup>er</sup>, p. 44), permet de contracter à la grosse pour aller et retour (loi 122, § 1, ff. de Verb. oblig.), pour aller ou retour (L. 10, § 5 de Naut. fœn.) et pour un temps préfixe (L. 4 et 6 Cod.), Mais, quoique le temps et la durée du voyage, envisagée d'une manière générale, puisse être à la rigueur prévue, il ne faut pas croire qu'en l'absence de fixation précise d'un délai, le temps des risques soit suffisamment déterminé par la connaissance que les parties ont eue de la durée ordinaire des voyages semblables à celui qui a été entrepris. Aussi l'art. 528 remédie-t-il, par la disposition suivante, au vague où l'on aurait pu se trouver placé à cet égard, par suite du défaut de stipulation spéciale. « Si le temps du risque, dit-il, n'est point déterminé par le contrat, il court

« à l'égard des agrès, apparaux, armement et victuailles, du jour que le navire a fait voile, jusqu'au jour où il est ancré et amarré au port du lieu de sa destination. — A l'égard des marchandises, le temps des risques court du jour qu'elles ont été chargées dans le navire, ou dans les gabares pour les y porter, jusqu'au jour où elles sont délivrées à terre. »

Cette interprétation légale des conventions des parties est juste, raisonnable et universellement admise. Toutefois l'art. 585 du Code holl., que l'on doit toujours consulter comme raison écrite, complète ce système d'interprétation à propos du cas omis par l'art. 528 de notre Code où l'emprunt est fait pendant le voyage, sur les marchandises déjà chargées, et il fait alors, ce qui est fort juste, courir les risques du moment du contrat, jusqu'à celui où les marchandises sont déchargées au lieu de leur destination, ou auraient dû l'être.

XL. 3° PERTE ARRIVÉE SUR LE NAVIRE DÉSIGNÉ.

(Art. 524 et 525). Le motif qui ne met à la charge du prêteur que la perte arrivée aux marchandises sur le même navire où elles ont été chargées, est fort sage : il n'est pas douteux, en effet, que l'état du vaisseau, son équipage, etc., etc., ont dû entrer pour beaucoup en considération auprès du donneur pour l'engager à prêter sur l'affectation des marchandises qu'il portait : si donc les marchandises se perdent, même par fortune de mer, pour avoir été chargées sur un autre vaisseau, le prêteur n'en peut être tenu (524, comm). L'ordonnance de 1681 n'en disait rien; mais les auteurs avaient suppléé en ce sens à son silence. Il faut toutefois noter que, pour que la disposition de l'art. 524 demeurât juste, il fallait qu'elle ne s'appliquât qu'au changement volontaire de navire, et c'est ce qu'il a fait en rendant le prêteur passible de la perte arrivée sur un autre navire « s'il est légalement constaté que le changement n'a eu lieu que par force majeure. »

Il est dès lors certain, qu'en dehors du changement forcé de navire, le prêteur, mal-

gré la perte des marchandises, a droit au remboursement de son capital; il a, pour son compte, rempli son obligation, et le profit doit même lui être accordé par analogie de l'article 551, Cod. comm., à titre d'indemnité, pour le changement des conditions du contrat, indemnité non excessive, si l'on considère qu'elle avait été ainsi stipulée pour le cas d'exécution littérale du contrat.

XLI. Telles sont les règles à énoncer pour le moment relativement *aux risques*; nous devons toutefois remarquer qu'à l'inverse de la faculté que nous avons déjà vue être laissée aux parties, d'étendre ces risques à des faits qui naturellement n'y rentreraient pas, elles ne pourraient convenir que le prêteur sera déchargé de tout risque: car l'on conçoit que ce serait alors détruire la substance même du contrat, le rendre prêt simple, et convertir le profit en intérêt *usuraire*. *Periculi pretium est.* (L. 5, ff. de Naut. fœn.).

#### § IV. — Du profit maritime.

XLII. Que le *profit* soit de l'essence du contrat à la grosse, qui en doute? Sans cela, et si le prêteur ne pouvait exiger que l'intérêt ordinaire, le contrat ne constituerait qu'un prêt simple, qui, pour le cas de perte de la chose affectée, serait mélangé de donation, puisque cette perte libérerait l'emprunteur.

XLIII. Les parties doivent donc s'occuper du taux de ce profit. On a déjà vu pour quel motif il est ordinairement plus élevé que l'intérêt simple: mais rien dans la loi actuelle ne le limite d'une manière précise (arg. 511, Cod. comm.). En France, il en a toujours été ainsi; les parties ont constamment eu entière liberté à cet égard, et c'est fort raisonnable, vu la diversité des circonstances qui peuvent motiver le plus ou moins d'élévation du change. Il en fut ainsi à Athènes, où il pouvait être stipulé à tant par mois ou par jour (*Sam. Pet., leges atticæ*, lib. 5, tit. 4), quoique le plus souvent, il fût d'une somme fixe plus ou moins considérable, selon que la navigation devait finir

dans un lieu ou dans un autre (Pard., *Lois marit.*, t. 1, p. 42). A Rome, au contraire, si le taux de l'intérêt nautique fut dans le principe également indéfini (Paul., Sent., lib. 2, tit. 14, § 2), dans le dernier état de la législation (L. 26, Cod. de Usuris), l'*usura centesima*, prohibée dans les prêts ordinaires fut permise, mais comme dernière limite, dans les prêts à la grosse.

Du reste, par suite de la liberté des parties à cet égard, elles peuvent très-bien convenir, sous le Code de commerce, qu'en cas d'heureuse arrivée, le prêteur aura pour profit maritime une part dans les bénéfices: mais alors le contrat est plutôt une société qu'un prêt. — Enfin, il est d'ordinaire qu'on stipule dans le contrat une augmentation de profit maritime pour le cas de survenance de guerre pendant le voyage (*Dict. du Cont. Comm.*, h. v., n° 27. — Émérig., t. 2, p. 520 et 521).

### CHAPITRE III.

#### DE L'EFFET DES OBLIGATIONS RÉSULTANT DU CONTRAT A LA GROSSE.

XLIV. Tout contrat, dont il s'agit d'apprécier les effets, doit être considéré, soit par rapport aux parties entre elles, soit par rapport aux tiers, et il y a ceci à noter que, s'il est vrai de dire qu'il ne produit d'effet à l'égard de ceux-ci que lorsqu'il est valable entre celles-là, il ne l'est pas moins que tout contrat valable entre les parties peut-être sans portée à l'égard des tiers: d'où suit la nécessité d'un examen spécial des effets d'un contrat à la grosse, sous chacun de ces deux aspects, après avoir toutefois rapporté comme règle générale, les art. 452 et 454 du Code de commerce. « Art. 452 : *Toute action dérivant d'un contrat à la grosse est prescrite après cinq ans à compter de la date du contrat.* » « Art. 454 : *La prescription ne peut avoir lieu, s'il y a cédula, obligation, arrêté de compte ou interpellation judiciaire.* »

SECTION I<sup>re</sup>. — *Des effets du contrat entre les parties.*

XLV. Pour déterminer l'effet du contrat à la grosse entre les parties, il suffit de bien préciser la *nature* de l'engagement qui en résulte. Or, 1<sup>o</sup> nous avons déjà dit que notre contrat n'est qu'un *prêt*, contrat unilatéral, et dès lors ne créant d'obligation que pour l'emprunteur : premier point à retenir ; 2<sup>o</sup> il résulte aussi, des notions précédentes, que cet engagement de l'emprunteur, de rendre la chose prêtée avec un profit, n'est que *conditionnel*, c'est-à-dire que celui-ci n'est tenu de faire cette prestation que *si une condition s'accomplit*, savoir : *si navis salva inter statuta tempora pervenerit* (L. 1, 6 et 7, ff. de Naut. fœn.) : second point à retenir. — Peut-être serait-il plus exact de dire, selon Valin et Émérigon, que la condition porte plutôt sur la *libération* de l'emprunteur que sur son *engagement* ; mais, quoi qu'il en soit, nous nous en tiendrons à la première doctrine, qui est celle de Pothier, par le double motif qu'elle nous paraît plus simple, quant aux déductions auxquelles elle donne lieu, et qu'elle mène d'ailleurs sous le rapport légal aux mêmes résultats.

XLVI. Cela posé, voici les conséquences à en déduire :

1<sup>o</sup> Si la condition à laquelle est soumise l'obligation de l'emprunteur, savoir : le salut des objets affectés, ne se réalise pas, il faut tenir qu'il n'est nullement engagé. Aussi l'article 525 dispose : « Si les effets sur lesquels le prêt à la grosse a eu lieu sont entièrement perdus, et que la perte soit arrivée par cas fortuit dans le temps et dans le lieu des risques, la somme prêtée ne peut être réclamée. » Il est, du reste, évident que, suivant le droit commun, c'est au demandeur à prouver l'heureuse arrivée du navire ; or, ici le demandeur ou créancier est le *prêteur* ou *donneur*.

XLVII. 2<sup>o</sup> Pour que la condition de l'engagement de l'emprunteur se réalise, il faut que la chose affectée ait subi les risques qui ont été dans les prévisions des contractants ; en

sorte que dans le cas où, par exemple, le navire ne serait pas parti, pour rupture de voyage avant le départ, il est clair que le prêteur ne serait pas reçu à réclamer de l'emprunteur le *profit maritime* dû seulement à celui-là, en vue des risques heureusement *subis* (arg. 528, § 1<sup>er</sup>). Mais, en ce cas, quels seraient les droits du donneur ? Il réclamera d'abord son capital ; et quant aux intérêts (*simples* s'entend, d'après ce qui précède), Pothier (Cont. à la grosse, n<sup>o</sup> 59) fait la distinction raisonnable que voici : Si la rupture du voyage a eu lieu sans le fait de l'emprunteur, c'est un cas fortuit et les intérêts ne sont dus qu'à partir de la demande (arg. 1502, C. civ.) ; si, au contraire, la rupture a lieu par le fait de l'emprunteur, les intérêts sont dus à partir du jour où l'argent avait été compté (arg., 517, 549, Cod. com.).

XLVIII. 3<sup>o</sup> Il ne suffit pas que le navire et le chargement aient péri pour libérer ainsi celui qui a emprunté à la grosse sur des marchandises faisant, selon lui, partie du chargement. Il faut de plus (art. 529, Cod. comm.), « qu'il justifie qu'il y avait *pour son compte* des effets jusqu'à concurrence de la somme empruntée. » Le motif de cet article ressort de la fraude qu'il a eu pour but d'éviter, et dont l'exemple suivant donnera l'idée : Un emprunt de 50,000 fr. a lieu sur un chargement ; ce chargement est *nul* ou *de beaucoup inférieur* à la somme empruntée, si la perte, ou celle du navire, doit libérer l'emprunteur de ces 50,000 fr., il sombrera, et il gagnera ainsi, presque sans déboursé, une somme considérable.

L'emprunteur doit donc *justifier* (l'article est formel) de l'existence, pour son compte, des effets légalement affectés. En mettant cette preuve à sa charge, la loi l'a considéré comme demandeur dans son exception, et l'a ainsi soumis au droit commun ; excipant de la perte, il doit la prouver, et le premier élément de cette preuve c'est d'établir qu'il y avait chargement, égalant au moins la valeur empruntée. Notez toutefois, suivant Émérigon (t. 2, page 525) que « il n'est pas nécessaire que le preneur emploie en marchandises, dans le

« lieu du contrat l'argent qu'il prend à la  
 « grosse ; il peut le porter avec lui pour en  
 « faire un meilleur emploi pendant la cara-  
 « vane... Il suffit qu'il soit justifié que l'argent  
 « a été exposé aux risques de la mer, pour  
 « que le change nautique soit dû ; et il suffit  
 « que, lors du naufrage et perte totale,  
 « l'aliment du risque se soit trouvé dans le  
 « navire, pour que le preneur soit délivré de  
 « toute obligation. »

La justification dont parle l'art. 529, résulte de toute espèce de preuve commerciale, quant au fait du *chargement pour compte du preneur*, la loi n'ayant, à cet égard, tracé aucune règle particulière ; mais le connaissance (art. 281.) sera toujours la meilleure d'entre elles ; et quant à ce qui est relatif à la *valeur des objets*, elle peut être établie (arg. 559) par les factures ou par les livres, et à défaut par une estimation contradictoire.

Si de l'emploi de tous ces modes de preuves ne ressort pas la justification voulue par l'article qui nous occupe, c'est le cas d'appliquer les règles ci-dessus rappelées pour le cas de prêts *excessifs*, en distinguant toujours les cas de fraude de ceux qui en seraient exempts.

XLIX. 4<sup>o</sup> Si la condition de l'obligation du preneur se réalise, c'est-à-dire *en cas de salut*, celui-ci est tenu de la *remplir*.

Or, d'après ce qui précède, et en appliquant la règle des *exclusions*, il est facile de déterminer *quand* la condition est censée réalisée, puisque tout dépend à cet égard du fait d'avoir échappé, dans les temps et lieux indiqués, aux risques que nous avons vus être à la charge du donneur.

Toutefois, nous devons une explication sur quelques points importants qui se rattachent à cette partie de notre étude.

L. En premier lieu, dans le contrat, pour *l'aller et retour*, la condition est accomplie lorsque les marchandises chargées, *ou celles chargées au retour*, arrivent au lieu du départ, sauves de pertes. Il y a là *subrogation* de choses (Pothier, n<sup>o</sup> 2).

II. En second lieu, que penser *par rapport*

à l'accomplissement de la condition, des *avaries* survenues pendant la route aux choses affectées, c'est-à-dire, des dépenses extraordinaires faites pour le navire et les marchandises conjointement ou séparément, des dommages qui arrivent au navire et aux marchandises depuis leur chargement et départ, jusqu'à leur retour et déchargement (arg. article 597) ?

Ce point a toujours (Démont. in Lacrit. — Pard. *Lois marit.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 45. — *Guidon de la mer*, chap. 49, art. 5. Ord. de 1684, art. 16.) été prévu et réglé par la législation ou la coutume commerciale. L'art. 550 du Code de comm. y est exclusivement relatif : *Les prêteurs à la grosse contribuent à la décharge des emprunteurs aux avaries communes. Les avaries simples sont aussi à la charge du prêteur, s'il n'y a stipulation contraire.* Nous devons expliquer cet article, le rendre clair pour tous et le justifier dans ses dispositions.

LII. Avant tout, il faut bien s'entendre : 1<sup>o</sup> Est *avarie commune* ou *grosse*, tout sacrifice ou toute dépense utilement faits, dans le cas d'un péril imminent et d'après délibérations motivées, pour le bien et salut communs du navire et des marchandises, depuis leur chargement et départ, jusqu'à leur retour et déchargement (599, 400), par exemple, les choses données par composition et à titre de rachat du navire et des marchandises. 2<sup>o</sup> Est *avarie particulière* ou *simple*, toute dépense, ou tout dommage soufferts par le navire seul ou par les marchandises seules depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement (405) : par exemple, la perte des cables, ancres, voiles, mâts, cordages, causée par tempête ou autre accident de mer.

LIII. Cela posé, quand l'art. 550 dit que le prêteur *contribue* à la décharge de l'emprunteur aux avaries communes, qu'est-ce que cela signifie ? Le voici : *sensu generali*, la contribution est la répartition, au marc le franc, du montant des avaries sur les divers objets exposés aux mêmes risques que ceux qui ont souffert le dommage.



De cette notion, il suivrait qu'en l'absence d'un emprunt à la grosse, et, dans le cas d'une avarie commune, le maître de la chose affectée devrait contribuer proportionnellement pour cette chose; d'où il résulte qu'en mettant, lorsqu'il y a emprunt à la grosse, cette contribution à la charge du prêteur, la loi décide que celui-ci, en cas d'arrivée à bon port de la chose affectée (condition de l'obligation du preneur), ne peut réclamer son paiement qu'à la charge de *déduire*, sur sa créance composée du *capital* et du *profit*, une part proportionnelle, pour représentation des avaries éprouvées pendant la traversée, et pour lesquelles doit contribuer l'objet affecté, si mieux il n'aime payer sa part dans la contribution, ce qui exclut l'idée d'une imputation *ipso jure* faite sur sa créance (Valin, t. 2, p. 19).

Le motif de cette disposition de l'art. 550 est que le contrat a transporté les risques du voyage de l'emprunteur au prêteur. D'où il suit qu'il y a *de fait* association ou communauté d'intérêt entre eux pour le succès de l'entreprise, et c'est pour cela que la coutume universelle a toujours mis l'avarie *commune* à la charge du prêteur jusqu'à concurrence de la somme *qu'il aurait perdue sans le sacrifice consommé*. La preuve historique de cette assertion se trouve notamment dans la formule de Démosthène que nous avons transcrite, et dans laquelle, après avoir dit que les emprunteurs payeront à l'arrivée la somme convenue dans le délai qui y est déterminé, les parties ajoutent « sans autre déduction que les pertes « ou sacrifices consentis par le commun accord « des passagers, et celles qu'ils auraient « essuyées de la part des ennemis. » La coutume n'a jamais admis que les parties pussent déroger à cette règle par stipulation particulière. Tel est le motif qui justifie l'art. 550, en ce qui concerne les avaries *communes*.

LIV. Avant de parler des avaries simples, disons quelques mots qui doivent servir d'explication et de complément à la disposition dont nous venons de déterminer le sens général et le motif.

1<sup>o</sup> L'art. 550, en obligeant le prêteur à contribuer aux avaries communes, dit : *à la décharge des emprunteurs*. Certains prétendent que ces mots se traduisent ainsi, pour *le contingent auquel les effets sont taxés*, ce qui, d'après M. Pardessus, veut dire que le donneur doit contribuer *entièrement et seul* pour l'objet affecté, à moins qu'il ne l'ait été expressément que pour une partie aliquote; or, cela ne nous paraît pas devoir être admis sous un double rapport: d'un côté cette doctrine repose sur cette idée que nous avons déjà démontrée fautive, que l'affectation, s'il n'y a stipulation restrictive, est censée avoir eu lieu pour l'objet entier, quoique la somme prêtée ne fût, par exemple, que de la moitié de sa valeur; d'où suit qu'il faudrait une disposition entièrement explicite, qui, sur ce point, repoussât la coutume pour nous empêcher de la suivre. D'un autre côté, et en supposant exacte l'opinion qui admet que l'objet tout entier a été, même dans ce cas, donné en gage, M. Frémery (pag. 263, note 1<sup>re</sup>) indique, par le résultat auquel elle conduirait, l'erreur qui lui sert de base; voici son exemple: si une valeur de 100,000 fr. est donnée en gage pour un prêt de 1,000 francs, une contribution de 1 pour 0/0 absorberait la créance de l'emprunteur, et pourtant le prêteur n'a couru risque que de perdre 1,000 fr. Il devrait donc, contrairement à l'opinion de M. Pardessus, ne contribuer qu'à raison de cette somme.

2<sup>o</sup> La loi n'a pas prévu le cas où ce serait l'objet affecté lui-même qui serait victime de l'avarie commune, par exemple, qui serait jeté à la mer, *navis levandæ causa*. Quelle influence ce fait aura-t-il sur les droits du prêteur?—Si le jet fait entièrement périr la chose pour l'emprunteur, il est clair qu'il est libéré de son obligation, *defectu conditionis*, Si au contraire, la contribution à laquelle le jet donne droit (410 et suiv.) lui restitue fictivement la chose qui a été sacrifiée, il n'est pas libéré (la condition est censée accomplie). (Le prêteur en ce cas n'est tenu, comme le dit fort bien M. Frémery, que de supporter la

contribution aux avaries communes, et la quote-part dans les insolvabilités, s'il y en a.

LV. Occupons-nous maintenant de la partie de l'art. 330 qui met, sauf convention contraire, les avaries simples à la charge du prêteur (voy. Frémery, n° 262 et suiv.).

Suivant l'ancienne coutume, ces sortes d'avaries étaient à la charge de l'emprunteur. Le contrat de Démosthène, après avoir dit ce que nous avons rapporté à l'égard des avaries, aujourd'hui appelées communes, ajoute *sauf cette SEULE exception, ils payeront la totalité...*; mais dès que le contrat d'assurance a été usité, on n'a pas douté que l'emprunteur pût assurer ces sortes d'avaries sans tomber sous le coup de la prohibition d'assurance des sommes prêtées à la grosse (ord. 1681, liv. 5, tit. 6, art. 16.—C. comm. 547), dont le motif n'est pas applicable ici. D'où il suit que par cette assurance de l'emprunteur, jointe à celle que le prêteur ne manquait pas de contracter pour des risques propres, il y aurait eu deux assurances à l'occasion du même contrat; aussi (*simplicitatis causa*) l'ordonnance de 1681 permit-elle de mettre par stipulation particulière les avaries *simples* à la charge du prêteur qui alors *dans son assurance* comprenait les deux risques. Et à ce sujet, Valin écrit : « heureusement que notre article ajoute : *s'il n'y a convention contraire*, sans quoi l'usage des contrats à la grosse aurait été aboli. Aussi, n'en voit-on point qui ne dérogent à cet article, c'est-à-dire sans une clause précise, par laquelle le prêteur prend sur lui tous les risques et fortunes de la mer comme l'assureur. » Le Code de 1807 n'a donc fait que sanctionner l'usage habituel du commerce en mettant *de plano* les avaries simples à la charge du prêteur, *sauf stipulation contraire*.

Telle est par rapport à l'accomplissement de la condition à laquelle est soumise la dette de l'emprunteur, *l'influence légale des avaries*.

LVI. En troisième lieu, quel est, par rapport à cet accomplissement, l'effet de la perte

non plus totale (ou aux trois quarts, arg. 369, Guidon, chap. 7, art. 1<sup>er</sup>), mais *partielle* de la chose affectée.

En Grèce, les droits du prêteur étaient réduits à la valeur des choses sauvées sans qu'il pût les exercer pour l'excédant sur les biens hypothéqués à sa créance (*Demosth. in Laerit.*), sauf au prêteur à prouver par exception, que le navire ayant été conservé, avait fait son déchargement ailleurs qu'au port convenu (*Demosth. in Dyonisiod. Pard., Lois marit., t. 1<sup>er</sup>, p. 45*).

Dans le Code de commerce, c'est l'article 327 qui doit à cet égard devenir l'objet de notre examen, en voici le texte :

« En cas de naufrage le paiement des sommes empruntées à la grosse, est réduit à la valeur des effets sauvés, et affecté au contrat, déduction faite des frais de sauvetage. »

LVII. Cet article n'est pas complet, et a d'ailleurs besoin d'explication pour le cas qu'il prévoit.

LVIII. Il n'est pas complet, car il ne s'occupe que de la perte partielle (*matérielle*) venant de ce que l'on n'a pas sauvé tous les objets du naufrage : mais la perte partielle de la chose peut venir aussi de détériorations ou avaries simples, et ce cas est réglé par l'article 330 déjà expliqué, complément dès lors indispensable de l'article 327. De plus, il peut arriver que l'emprunteur n'ait en mains qu'une partie des objets affectés, non pas parce qu'on les aura *sauvés seuls* d'un naufrage; mais parce qu'une portion seulement des objets (pris en bloc) aura péri, même par toute autre cause qu'une tempête. Que décider en ce cas? La réduction proportionnelle consacrée par l'art. 327 aura-t-elle lieu de plein droit et sauf une stipulation formelle à cet égard? Cela n'est pas douteux, et Pothier (n° 47) l'enseigne avec raison. « La condition en ce cas n'existe, dit-il, que jusqu'à concurrence de la valeur de ce qui est resté, et elle défailit pour le surplus... Le cas de naufrage n'est énoncé dans cet article (ar-

« ticle 17, ord. corré. à 527, C. comm.)  
 « que comme un exemple. Il en doit être de  
 « même dans tous les cas auxquels, par une force  
 « majeure, une partie des effets sur lesquels  
 « le prêt a été fait, a été perdue, et le surplus  
 « sauvé, comme lorsque des pirates ont pillé  
 « le vaisseau et ont emporté une partie desdits  
 « effets, et laissé le reste. » M. Frémery  
 (p. 266) montre d'ailleurs combien cette dé-  
 cision est conforme à l'intention présumée des  
 parties.

LIX. L'art. 527 a même, pour le cas qu'il  
 prévoit, besoin d'un examen particulier : voici  
 ce cas : un naufrage a eu lieu, une perte par-  
 tielle des objets affectés en est résultée, un  
 sauvetage postérieur en a fait recouvrer une  
 partie ou même la totalité. *Quid juris?* L'ar-  
 ticle répond : « Le paiement des sommes em-  
 « pruntées à la grosse est réduit à la valeur  
 « des effets sauvés et affectés au contrat, dé-  
 « duction faite des frais de sauvetage. »

Par suite du naufrage le droit du prêteur  
 sur les objets sauvés ne procède plus du con-  
 trat lui-même ; mais de la loi seule. De per-  
 sonnel, ce droit est devenu réel. (*Étud. du*  
*droit comm.*, p. 279 et suiv.) L'obligation de  
 l'emprunteur s'est éteinte, *defectu conditio-*  
*nis*, par l'effet du naufrage ou plutôt n'a ja-  
 mais existé. Le prêteur fera vendre, s'il le  
 veut, les objets sauvés afin d'utiliser le droit  
 réduit que lui donne l'art. 527, mais ce sera  
 pour le compte de l'emprunteur, il ne se rem-  
 boursera que de ce qu'il a le droit de deman-  
 der, et ne devenant pas propriétaire de ces  
 objets, le résidu de la vente appartiendra à  
 celui-là.

LX. La rédaction dont parle l'art. 527 ne  
 frappe-t-elle que le capital prêté ou bien le  
 profit maritime est-il réduit aussi et perdu ?  
 L'ordonnance (art. 17) donnait lieu à quelque  
 ambiguïté sur ce point. On pouvait à la rigueur  
 conclure de ces mots « seront les *contrats* à la  
 grosse réduits » que le profit était perdu. Mais  
 le Code de commerce ne parle de réduction  
 que pour le paiement *des sommes empruntées* :  
 aussi pensons-nous avec M. Boulay-Paty (sur

Émérig, t. 2, p. 577), malgré l'induction  
 contraire qui pourrait se tirer de l'art. 531,  
 que nous restreignons au cas spécial qu'il pré-  
 voit (*ut infra*), que l'obligation du preneur  
 n'est restreinte qu'à l'égard de la somme prê-  
 tée, et que l'obligation de payer le profit, au  
 moins proportionnellement à la valeur des  
 effets sauvés, subsiste. Nous admettons dès  
 lors aussi la distinction suivante proposée par  
 le même auteur : « Si les choses sauvées ne  
 « sont que d'une valeur inférieure ou égale à  
 « la somme prêtée, le prêteur se rembourse  
 « sur cette valeur, et alors il ne reste plus  
 « rien pour faire face au profit maritime dû.  
 « Mais si les effets sauvés sont d'une valeur  
 « supérieure à la somme prêtée, le prêteur,  
 « après s'être remboursé de son capital, se  
 « fait payer du profit maritime sur ce qui  
 « reste de la valeur des effets sauvés. Bien  
 « entendu qu'il n'aura aucun recours contre  
 « l'emprunteur, si cette valeur est insuffi-  
 « sante. » Cette dernière observation est la  
 suite de ce que nous avons dit plus haut rela-  
 tivement à la modification apportée par le  
 sinistre à la nature de l'obligation de l'em-  
 prunteur, et est consacrée par les termes  
 exprès de l'art. 527 « sur les effets sauvés, et  
 AFFECTÉS AU CONTRAT. »

LXI. Quoi qu'il en soit, du reste, à l'égard  
 de la réduction du profit, il est indispensable  
 de bien appliquer l'art. 527 en ce qui concerne  
 la *réduction du capital*. D'abord, il ne peut  
 y avoir la moindre difficulté dans le cas où la  
 somme prêtée égalait en valeur celle de la  
 totalité du chargement : si cette totalité est  
 sauvée, elle appartient en entier au prêteur,  
 si une partie seulement est retrouvée, elle  
 appartient aussi pleinement à celui-ci ; mais il  
 ne peut demander davantage. Voilà la ré-  
 duction pour ce cas. De même, pas de dif-  
 ficulté, lorsque le prêt étant inférieur à la  
 valeur de la totalité du chargement, une partie  
 seulement de celui-ci y a été affectée *expres-*  
*sément* dans le contrat ; il n'est pas douteux  
 que la totalité des objets sauvés n'appartient  
 pas au prêteur, mais qu'il n'a seulement droit

sur leur valeur qu'à une part proportionnelle à la quotité qui lui avait été affectée. Exemple donné par M. Loqué; sur un chargement de 10,000 fr. on n'en a affecté que 5,000, le surplus demeurant aux risques de l'emprunteur; on ne sauve que 4,000 fr. d'effets; le donneur et le preneur partageront également.

« Sur quel principe en effet, dit Valin (t. 2, p. 21), attribuer au premier tout ce qui sera sauvé du naufrage, si ce qui est sauvé ne compose que la moitié des effets qui ont formé le chargement total? Peut-on dire alors que c'est sa chose qui est sauvée en entier, tandis qu'il n'avait que moitié dans le chargement qui a essuyé le naufrage? Lorsqu'une chose périt, elle périt pour le compte de tous ceux qui y ont intérêt, et si on en sauve quelque portion, elle doit être distribuée entre tous dans la proportion de l'intérêt de chacun. Pourquoi la moitié appartenant à l'emprunteur serait-elle censée avoir péri plutôt que la moitié sur laquelle le prêteur a des droits, et qui seule est affectée à sa créance? »

Il y a plus de difficulté dans le cas où un chargement entier d'une valeur supérieure à la somme prêtée a été affecté au prêt d'une manière générale, et n'a pu être sauvé que pour partie: le prêteur en ce cas prendrait-il la totalité des effets sauvés, en supposant toutefois qu'ils n'excédassent pas ce qui lui est dû, par exemple les 4,000 fr. ci-dessus, ou bien devrait-il venir à contribution sur cette somme avec l'emprunteur. D'après M. Frémery, le prêteur n'a plus de droit sur le produit du sauvetage que *dans la proportion de la valeur dont il aurait fourni le prix*. Cette opinion est conforme à la notion moderne déjà rappelée du contrat à la grosse, qui, dans le cas d'un prêt n'égalant en valeur qu'une partie de la chose affectée, n'accorde plus au prêteur un droit exclusif; mais elle est contraire à l'intention manifeste du rédacteur du Code de commerce qui, sur ce point, comme à propos de l'article 515, a négligé la coutume, ainsi que le témoignent M. Loqué (Esp. du Code de

com., t. 3, p. 582) et les termes de l'art. 327, qui ne peuvent pas laisser de doute à cet égard et ne permettent pas à la doctrine une autre interprétation. Elle est ici obligée de constater le vice de la disposition, sans pouvoir l'éliminer.

Tels sont les éclaircissements qu'il y avait à donner, quant à l'influence de la perte partielle des objets affectés sur l'accomplissement de la condition à laquelle était soumise l'obligation de l'emprunteur.

LXII. Après avoir vu en quels cas, et comment se réalise la condition qui sert de base à la dette de l'emprunteur, disons quelques mots sur son mode de paiement.

Quant à l'époque de ce paiement, il doit avoir lieu et peut être exigé par action personnelle, et sauf convention contraire (exemple du contrat athénien), dès que la condition est accomplie, savoir: *dès l'arrivée à bon port de l'objet affecté*. Les juges ne sont pas d'ailleurs privés, en cette matière, du droit d'accorder un délai de grâce, suivant l'art. 1244 du Code civil.

LXIII. Quant aux prestations à faire par l'emprunteur pour se libérer, il est d'abord sans difficulté qu'elles se composent *du capital prêté et du profit maritime*, qui doivent être payés en argent, à moins de stipulation contraire.

LXIV. Mais en cas de retard du paiement, l'emprunteur doit-il faire compte de l'intérêt terrestre, soit du capital, soit du profit?

Pour l'intérêt du capital, il n'y a pas de doute, et d'après la coutume universelle, il court, de *plein droit*, dès la cessation des risques, sans interpellation judiciaire. C'est un des cas auxquels doit s'appliquer l'exception dont part l'art. 1155, § 3 du Code civil, et qui prouve l'exactitude de ce que nous avons dit en commençant, au sujet de la nature toujours *intéressée* des contrats commerciaux.

LXV. Pour les intérêts du profit, il y a eu quelque divergence parmi les auteurs: Pothier y voit un *intérêt d'intérêt* ou *anatocisme* prohibé: Decormis (t. 2, p. 810), tout en faisant,

au cas présent, courir l'intérêt du capital, ajoute : *et non en y joignant et inglobant les profits pour avoir l'intérêt du total.* Julien Cod. v<sup>o</sup> *Judex* 65 n.), dit sur la question : *dubito quod sit.* Mais, « malgré le doute de « Julien, dit Émérigon, et l'assertion con- « traire de Decornis (et de Pothier), notre « jurisprudence est de faire produire au « *change maritime* un intérêt de terre, non- « seulement depuis la demande, mais même « depuis la simple demeure; la chose n'est « plus disputée, mais je ne sais si elle n'est « plus disputable. » Et, en effet, Émérigon cherche à établir que cette jurisprudence, ruineuse pour les entrepreneurs, n'est étayée que *super apices juris*, et il fait des vœux pour qu'elle soit un jour changée. Elle ne l'a pas été, et il faut admettre encore aujourd'hui que, selon le véritable caractère du droit commercial, le profit est, depuis la cessation des risques, un capital portant intérêt. L'article 859 du Code de commerce espagnol contient néanmoins une disposition contraire.

LXVI. Si, dans le lieu où le paiement doit être fait, c'est-à-dire dans celui où les risques stipulés finissent, il n'y a personne ayant qualité pour le recevoir, la coutume a établi, ainsi que l'atteste Émérigon, que le preneur a le choix ou de faire le dépôt judiciaire de l'argent, ou de l'embarquer avec soi. Dans ce dernier cas, dit-il, il sera déchargé de l'intérêt de terre jusqu'à son arrivée; mais l'argent ou les effets qu'il embarquera seront à ses risques.

Tel est l'ensemble des effets du contrat à la grosse entre les parties.

SECTION II. — *Des effets du contrat à l'égard des tiers.*

LXVII. Outre l'action personnelle du prêteur contre l'emprunteur, afin de l'obliger, la condition de son engagement étant accomplie, à payer les sommes dont nous venons de parler, celui-là a encore sur les divers objets affectés à sa créance un droit *réel* et *privilegié*, qui, à son rang, lui donne une préférence sur la valeur de ces objets, en cas d'insuffisance de

cette valeur pour satisfaire à tous les créanciers de l'emprunteur, dont ils étaient le gage commun (520-491, 9<sup>o</sup> et 7<sup>o</sup>.)

LXVIII. C'est de ce privilège que nous avons à parler maintenant.

Le motif sur lequel il repose est que le but *primitif* du contrat à la grosse a été de *faciliter l'expédition* des navires, d'activer le commerce maritime; or, qui ignore cette sentence du droit romain : *Ad summam rempublicam navium exercitio pertinet* (l. 1, § 20, ff. *de exercit. act.*)? C'est donc la faveur accordée par une raison d'ordre public à un contrat, tantôt *procurant les moyens de partir*, tantôt en route, *conservant la chose*, qui a fondé ce privilège, corrélatif du reste à d'analogues, consacré par le Code civil (2102 et 2103, C. c.), et faisant partie de ce système d'encouragement bien entendu qui, dans tous les temps (Gaius 1 comm., § 24, Ulp. frag., tit. 3, § 6. Scæv. I. 5, ff. *de Vacat. mun.* Ord. de 1566, 1584, 1604, 1626, 1629, 1669, et 1681), fut employé vis-à-vis des armateurs eux-mêmes, et que le poète peignait si bien dans la fiction par laquelle Argo était représentée comme mise au rang des astres pour avoir vogué la première :

Tum nobilis Argo,  
In cœlum subducta mari, quod prima cucurrit;  
Emeritum magnis mundum tenet acta procellis  
Servando Dea facta Deos.

Toutefois, il faut convenir que, selon les notions économiques actuelles de notre contrat, cette faveur était autrefois plus naturelle et plus juste qu'elle ne l'est aujourd'hui, où l'on ne pourrait écrire aussi exactement que le faisait Émérigon dans une lettre du 10 septembre 1755, adressée à Valin, son ami, « c'est l'argent donné à la grosse qui procure « les armements et les chargements, et qui « facilite la navigation. »

LXIX. Voyons, après cela, quels sont les objets affectés au *privilege* du donneur. L'article 520 répond à cette question :

1<sup>o</sup> Le navire, les agrès et apparaux, l'ar-

mement et les victuailles, même le fret acquis, sont affectés au capital et aux intérêts de l'argent donné à la grosse sur le corps et quille du vaisseau (320, § 1). Ainsi, dit M. Delvincourt, quoiqu'on ne puisse emprunter à la grosse sur le fret à faire, le fret acquis n'en est pas moins le gage du donneur, et avec raison; car il tient lieu de la moins value occasionnée au navire par le voyage.

2° Le chargement est également affecté au capital et intérêts de l'argent donné à la grosse sur le chargement (320, § 2), ce qui s'étend au chargement du retour quand le prêt a eu lieu pour l'aller et le retour.

3° Si l'emprunt a été fait sur un objet particulier du navire ou du chargement, ce privilège n'a lieu que sur l'objet affecté (320, § 3).

4° Si l'emprunt a eu lieu *avec affectation d'une portion seulement de l'objet*, le privilège n'a lieu que dans les proportions de la quotité affectée (320, § 3). — Ce dernier point nécessite seul une observation ayant pour objet de montrer que là encore se fait jour cette transactionnelle aberration de Pothier, adoptée par le Code de commerce dans quelques dispositions, et qui ne refuse au prêteur partiel de la valeur de l'objet affecté un droit exclusif à la totalité de cet objet, que lorsqu'il y a eu affectation restreinte d'une manière expresse; d'après la notion de la coutume, le législateur n'avait nul besoin d'édicter cette dernière disposition de l'article 320 : elle était de droit.

LXX. Arrivons au rang du privilège, en cas de concours.

Lorsque le concours a lieu entre diverses classes de créanciers privilégiés sur les mêmes objets, sur le navire notamment, le rang du prêteur à la grosse est fixé dans les numéros 7 et 9 de l'article 191, qui ne sont pas de notre sujet, et à l'explication desquels nous renvoyons.

LXXI. Lorsque le concours, en cas d'insuffisance ou de sauvetage partiel des objets affectés, a lieu entre divers donneurs à la grosse, n'ayant prêté chacun qu'une portion de la valeur, ou bien entre un tel prêteur et

un assureur du surplus, les règles qui doivent être appliquées en ce cas, et qui sont de la plus haute importance, rentrent dans notre sujet et doivent être indiquées ici.

Elles sont toutes dominées par cette idée, que déjà tant de fois et tout à l'heure encore nous avons eu l'occasion de rappeler, soit pour en constater la légitimité, soit pour montrer les cas dans lesquels le Code de commerce l'a négligée, savoir : *d'après le changement qui s'est opéré dans la notion du contrat à la grosse, on ne peut considérer le prêteur partiel de la valeur de la chose comme ayant un droit exclusif sur sa totalité, même en l'absence de la clause restrictive.*

Comme conséquence de ce principe, il faut porter les deux décisions qui vont suivre pour les deux cas ci-dessus prévus.

LXXII. En premier lieu, l'emprunteur, en recevant d'un autre prêteur le complément de la valeur de la chose, confère à ce prêteur, sur la quote-part de propriété restée libre, un droit absolument égal à celui du prêteur précédent, en sorte que le produit de la chose doit être proportionnellement partagé entre tous les prêteurs (Frémery, chap. XXX, XXXI, XXXII), ou si l'emprunteur n'a effectué que le premier prêt entre le donneur et le preneur.

LXXIII. Dans le cas où le partage a lieu entre divers prêteurs, *antérieurs au départ* (il ne s'agit que d'eux pour le moment), il n'y a pas de distinction de dates à établir entre eux, quant à la priorité (art. 191, § ult.), c'est le départ qui la leur donne *certaine*, et elle est égale pour tous.

Toutefois, les emprunts faits pour le dernier voyage du navire, et que le Guidon appelle *puînés des autres*, sont remboursés par préférence aux sommes prêtées pour un précédent voyage, quand même il serait déclaré qu'elles sont laissées par *continuation* ou *renouvellement*. C'est la disposition de l'article 325, § 1<sup>er</sup>.

Quelques mots seront utiles ici, afin de donner la raison de cette disposition et d'en expliquer les dernières expressions.

Quant au motif de l'article 525, il est facile de voir qu'il réside en entier dans cette présomption que le dernier prêt a contribué à conserver le gage commun. *Salvam fecit pignoris causam.*

Quant aux dernières expressions de cet article « et quand même il serait déclaré « qu'elles sont laissées par *continuation* ou « *renouvellement*, » elles sont empruntées à l'article 40 de l'ordonnance de 1681. Elles supposent que le premier prêteur a laissé les sommes qu'il avait le droit de réclamer, pour faire un second voyage, à l'occasion duquel il y a eu d'autres emprunts, et l'article 550 donne la préférence à ceux-ci. L'ancien donneur a à s'imputer de n'avoir pas recouvré la créance à l'arrivée du navire, et le motif général de l'article 525, que nous venons de rappeler, savoir, la conservation du gage commun, opérée par les derniers emprunts, trouve d'ailleurs en ce cas spécial une entière application. Si ce prêt renouvelé eût été suffisant, un prêt postérieur n'eût pas été nécessaire.

Il importerait peu qu'afin d'éviter la rigueur de la disposition finale que nous venons d'expliquer, le donneur quittât son premier prêt pour en simuler ensuite un second : la simulation prouvée, l'article 525 n'en serait pas moins applicable ; car, en réalité, il n'y aurait eu entre les parties qu'un renouvellement du premier contrat.

LXXIV. En second lieu, le prêteur court, suivant les règles de l'article 551, pour le montant du prêt avec l'assureur qui avait pris l'excédant des risques.

« Ce point est d'extrême conséquence et mérite un éclaircissement entier, dit Valin, » c'est donc le cas de l'analyser avec soin.

LXXV. Quant au principe de l'article en soi, il est d'abord la déduction rigoureuse du principe général que nous avons posé sur le concours des privilèges, au cas de prêt partiel ; c'est donc à tort, ce semble, que M. Vincens (t. 5, p. 507), ne le considère que comme une faveur destinée à encourager les assurances. De plus, il déroge à l'article 48 de l'or-

donnance de 1681, à l'occasion duquel eut lieu entre Valin et Émérigon la lutte juridique dont nous avons parlé plus haut, et à la suite de laquelle surgit le système transactionnel de Pothier, en partie adopté par le Code de commerce. Il est touchant de voir dans l'ouvrage de Valin l'expression de la mutuelle estime, qu'en dépit de leur divergence d'opinions, avaient l'un pour l'autre ces deux esprits si distingués : « Je n'avais garde de manquer « dans cette occasion, dit Valin, à propos du « sujet qui nous occupe (t. 2, p. 25), de « consulter sur un point aussi intéressant « M. Émérigon, célèbre avocat du parlement « d'Aix, et conseiller à l'amirauté de Marseille, « je n'avais garde, dis-je, d'oublier ce savant « jurisconsulte qui m'a fourni avec une géné- « rosité, peut-être sans exemple, des secours « si abondants pour cet ouvrage, qu'à propre- « ment parler, c'est autant son ouvrage que « le mien, surtout pour la partie de la juris- « prudence : j'en fais l'aveu avec une satisfac- « tion qui répond à la vive reconnaissance que « je lui dois, et qui durera autant que ma vie. « Par malheur, il n'a pu se résoudre à être « de mon sentiment, et c'est à regret que, ne « croyant pas devoir changer, je me vois « obligé de combattre les objections qu'il m'a « faites, approuvées par ses confrères, MM. les « officiers de l'amirauté de Marseille, » et après cela, Valin discute le système de son ami...

LXXVI. Maintenant entrons dans les détails que réclame l'art. 551, dont voici le texte :

« S'il y a contrat à la grosse et assurance sur « le même navire ou sur le chargement, le « produit des effets sauvés du naufrage est « partagé entre le prêteur à la grosse, *pour* « *son capital seulement*, et l'assureur, pour « les sommes assurées au marc le franc de « leur intérêt respectif, sans préjudice des « privilèges établis à l'art. 491. — » Malgré les termes absolus de cet article, qui semblent indiquer un concours d'assurance et de contrat à la grosse pour l'entière valeur d'un même navire ou chargement, il est incontestable

qu'il ne s'y agit d'assurance que *sur l'excédant de valeur* au-dessus du prêt ; s'il en était autrement, notre article consacrerait une convention formelle à l'art. 547, qui prohibe, à peine de nullité, le contrat d'assurance, s'il a pour objet les sommes prêtées à la grosse.

Le prêteur n'est colloqué, dit le texte, que pour *son capital seulement* ; pourquoi cette restriction ? La loi le dit elle-même, elle s'occupe de partager au mare le franc le produit d'effets sauvés du naufrage. Or, dès que les choses sont ainsi, il ne faut pas s'étonner qu'elle n'accorde pas le profit au prêteur, malgré la distinction que nous avons proposée plus haut sur l'art. 527, dont les termes ne sont pas aussi explicites que ceux de l'art. 551. Notre texte se termine par ces mots : « Sans préjudice des privilèges établis à l'art. 491, § 7. » Le motif de ce renvoi, réclaté par la cour de cassation dans ses observations sur le projet du Code de commerce (Loché, t. 5, p. 401), a été d'excepter, de la disposition précédente, un cas particulier auquel elle ne peut pas s'étendre, et dont nous parlerons bientôt, savoir : celui où le capitaine, dans une relâche, emprunte à la grosse pour les besoins du moment, et affecte le navire déjà assuré. Toutefois, ainsi que l'observe M. Frémery, l'art. 521, ne renvoyant qu'à l'art. 491, semble restreindre la décision aux prêts *sur navires*, tandis qu'elle est également vraie des prêts *sur chargement*.

Telles sont les deux conséquences rigoureuses que nous avons annoncées comme devant découler du principe général, dominateur de cette partie de notre matière, savoir : l'absence pour le prêteur partiel de la valeur de la chose affectée d'un droit privatif sur la totalité de cette chose.

LXXVII. Toutefois, voici une importante modification apportée à ce principe et qui étend *sur tout l'objet* le droit d'affectation, même en faveur du prêteur partiel, et pourtant la doctrine ne peut la quereller. C'est l'art. 525, § 2 (corrélât. 491, § 7) qui la consacre. Voici ses expressions : « Les sommes empruntées pendant

« le voyage sont préférées à celles qui auraient  
« été empruntées avant le départ du navire,  
« et s'il y a plusieurs emprunts faits pendant  
« le même voyage, le dernier emprunt sera  
« toujours préféré à celui qui l'aura précédé. »

Il est clair que voilà une préférence exclusive accordée, soit aux emprunts contractés pendant le voyage, sur ceux contractés avant, soit parmi ceux contractés pendant le voyage, aux derniers sur les premiers, et pourtant, avons-nous dit, la doctrine ne peut quereller cette préférence ; en voici le motif général : c'est que le prêteur préféré, dans l'article ci-dessus, est toujours considéré comme ayant conservé le gage de tous autres intéressés sur l'objet affecté, en sorte que cette préférence n'est pas le résultat d'une *affectation exclusive* faite par la loi en faveur du créancier préféré, en vertu de la simple convention des parties, mais la récompense du bienfait apporté par le prêt privilégié à la masse des autres « *hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam.* » (L. 6, ff., *qui potior. in pig.*). Ainsi, rien d'étonnant à ce que, si le prêt a été fait pendant le voyage pour les besoins de l'expédition, il soit préféré à tous les prêteurs antérieurs (art. 491, § 7 et 9) et ne concoure (art. 491, § 12) qu'avec ceux qui se trouvent dans une position absolument identique à la sienne ; de même si, entre les donneurs *pendant le voyage*, il y a différence de date, rien d'étonnant encore à ce que le dernier soit préféré au premier, leur position n'étant plus alors identique, puisque l'un ne peut réclamer ses droits, que parce que l'autre les lui a sauvés. Bien plus, ainsi que l'observe très-bien M. Frémery, « comme le rang de préférence, dont nous venons de parler, dérive  
« de la qualité de ces créances et non pas  
« de la convention, il n'importe que le prêt  
« soit pur et simple, ou à la grosse aventure ;  
« le prêteur à la grosse, comme le simple  
« prêteur, prime les créanciers antérieurs et  
« concourt avec celles qui proviennent de  
« prêts faits pour les mêmes besoins. » Le même motif doit entraîner la même décision,



et si nous ne pouvons pas, comme ce savant auteur, critiquer la rédaction de l'art. 325, qui, inscrit dans le titre du *contrat à la grosse*, ne pouvait, ne devait même parler que de ce genre d'emprunt, nous n'en devons pas moins reconnaître au fond l'exactitude de sa doctrine, formellement consacrée par les termes généraux de l'art. 191.

LXXVIII. *Quid juris*, si plusieurs emprunts ont été faits non-seulement pendant le voyage, mais dans la même échelle? Il nous paraît que tous ces prêts doivent venir au même rang, de même que ceux qui ont lieu avant le départ, comme nous l'avons vu plus haut, et en conformité de l'art. 191, § 12; il faut néanmoins reconnaître qu'une raison de douter pourrait se trouver dans les termes absolus et généraux de l'art. 327, quant à la priorité accordée à la date la plus récente. Mais il est sans difficulté aux yeux de la raison, que la loi n'a eu en vue que des prêts consommés en des relâches différentes.

#### CHAPITRE IV.

##### DE LA PREUVE DU CONTRAT A LA GROSSE ET DE SA NÉGOCIATION.

###### SECTION I<sup>re</sup>. — *Preuve du contrat à la grosse.*

LXXIX. Afin que tout contrat produise ses effets légaux, il faut que régulièrement formé il soit d'ailleurs prouvé contre celle des parties ou contre les tiers qui tenteraient d'en éluder la portée. « Il ne suffit pas, dit Toullier (t. 8, p. 4), d'acquérir des droits de la manière la plus légitime, il faut pouvoir, en cas qu'ils soient contestés, prouver, c'est-à-dire convaincre ou persuader les juges de la réalité et de la légitimité de ces droits. »

C'est donc le cas, après avoir examiné les règles de détail qui sont relatives à la formation du contrat à la grosse, de parler de son mode de preuve.

LXXX. Il faut encore distinguer ici le mode

de preuve entre les parties, de celui qui est requis à l'égard des tiers.

Occupons-nous d'abord du premier point sur lequel l'art. 311 fournit les règles à suivre. Il débute ainsi : « *Le contrat à la grosse est fait devant notaires ou sous signature privée.* » D'où l'on doit conclure qu'il faut régulièrement un écrit pour le constater, sans que néanmoins la validité de l'acte en soi dépende de cette formalité, puisque la loi n'exige pas l'acte écrit sous peine de nullité. La portée de cette règle est donc seulement d'excepter le contrat à la grosse, quant à sa preuve, de la règle du droit commun commercial qui admet en général la preuve testimoniale des conventions. Valin pensait que notre contrat ne devait pas faire exception à ce principe, et accueillait la preuve orale : d'autres, Pothier par exemple, la proscrivaient sans distinction. Le Code de 1807, en enlevant au prêt maritime la faveur (341, § ult., C. c.) du mode de preuve le plus facile et le plus dangereux, n'a fait que le soumettre aux règles du droit civil sur l'admissibilité des enquêtes (1341 et suiv.). Il n'est pas douteux, au surplus, que l'aveu des parties, le serment décisive, la correspondance ne puissent être employés comme de constater la convention des parties.

LXXXI. Non-seulement un acte écrit doit être dressé à cet égard, mais encore il doit contenir certaines énonciations dont l'observation n'est pourtant pas sanctionnée par la peine de nullité.

L'art. 311 dit : « Il énonce le capital prêté et la somme convenue pour le profit maritime, les objets sur lesquels le prêt est affecté, les noms du navire et du capitaine, ceux du prêteur et de l'emprunteur. Si le prêt a lieu pour un voyage (ajoutez : ou pour un temps déterminé (Vincens), pour quel voyage et pour quel temps, l'époque du remboursement. »

A ce sujet, nous remarquerons qu'en l'absence de la disposition irritante, il pourrait être assez difficile de désigner telle des énonciations précédentes comme requise à peine de

nullité du contrat. M. Loqué a bien tâché de faire à cet égard l'application de la distinction si usuelle et si utile des formalités en *substantielles* et *non substantielles*; mais, outre que même avec les seuls moyens de preuve admis par le Code de commerce en cette matière, les juges, s'ils ne trouvent pas dans l'*acte* tel qu'il leur est présenté, la preuve que le consentement des parties a porté sérieusement, ce qui suffit, sur les points que nous avons vu plus haut être de l'essence du prêt à la grosse, outre, disons-nous, que les juges ont la possibilité d'arriver à cet égard à la découverte de la vérité, il nous paraît qu'il y aurait contradiction à exiger, pour la validité du contrat, telle ou telle énonciation particulière et à déclarer cependant que l'écriture n'est pas de son essence, comme nous l'avons dit il n'y a qu'un instant. Tout nous semble, sur ce point, devoir être laissé à l'arbitrage du juge. Au surplus on peut voir dans le *Dictionnaire du Cont. comm.* (v<sup>o</sup> *Cont. à la grosse*, n<sup>o</sup> 23 et suiv.) quelles seraient dans tous les cas les énonciations substantielles, et pourquoi elles le seraient; parmi elles sont indiquées celles relatives à la somme prêtée, au profit maritime, aux noms du prêteur et de l'emprunteur. Quant aux autres énonciations requises, soit comme moyen de constater l'identité des objets affectés (leur désignation), soit comme indication des éléments de la confiance du prêteur (désignation du capitaine et du navire) et des risques qu'il a entendu courir (désignation du voyage, etc., etc.), tout le monde convient qu'elles n'ont pas un caractère d'indispensable nécessité.

LXXXII. Peut-être ne sera-t-il pas hors de propos de placer ici un modèle de contrat à la grosse conçu suivant les exigences de l'art. 577, afin de compléter ainsi la série des formules dont nous avons parlé en commençant, et dont le premier anneau est, on le sait, dans le discours de Démosthènes; nous l'empruntons au *Manuel de droit commercial* de M. Bravard-Veyrières (1).

(1) 1 vol. in-8°, 1841, édition HAUMAN et C<sup>o</sup>.

« Entre les soussignés Jean G... propriétaire demeurant à... arrondissement de... département de... d'une part; et Jacques L... armateur du navire le *Vengeur* en chargement à Bordeaux, capitaine de... demeurant à Bordeaux, d'autre part; a été convenu et arrêté ce qui suit :

« Art. 1<sup>er</sup>. Le sieur G... prête par ces présentes, à titre de *prêt à la grosse* au sieur L... acceptant, la somme de cinquante mille francs, aujourd'hui payés comptant audit sieur L... qui le reconnaît et en donne quittance;

« Art. 2. Le sieur L... promet et s'oblige de rembourser ladite somme au sieur G... le quarantième jour après le retour dudit navire au port de Bordeaux, ou dans tout autre port de France;

« Art. 5. Le sieur G... aura pour bénéfice maritime le quart en sus de la somme prêtée, quelle que soit la durée du voyage que le navire va faire à la Guadeloupe, lieu de sa destination; lequel bénéfice le sieur L... promet et s'oblige à payer au sieur G... acceptant sous les mêmes privilèges et garanties que la somme prêtée, le soixantième jour après le déchargement dudit navire, lors de son retour dudit voyage;

« Art. 4. Le prêteur ne contribuera pas aux avaries simples, et ne sera tenu des risques que dans les lieux et aux époques fixés par la loi;

« Art. 5. Le sieur G... déclare qu'il prête ladite somme de cinquante mille francs avec affectation sur le corps et quille dudit navire, ses agrès et apparaux, et sur les portions du chargement appartenant audit sieur L... tant d'aller que de retour;

« Art. 6. Le sieur L... consent à cette condition; en conséquence il déclare affecter spécialement à la sûreté tant du prêt que du bénéfice convenu, le navire entier, ses agrès et apparaux, et la portion de marchandises à lui appartenant dans le chargement d'aller et de retour;

« Art. 7. Les parties se soumettent res-

« pectivement, pour l'exécution du présent  
 « contrat à la grosse, à toutes contraintes,  
 « privilèges, et en général, à toutes les dispo-  
 « sitions des lois maritimes et du Code de  
 « commerce, en matière de contrats à la  
 « grosse ;

« Art. 8. Le présent contrat, qui sera en-  
 « registré au greffe du tribunal de commerce  
 « de Bordeaux, a été fait double et entre nous  
 » de bonne foi, avec élection de domicile, en  
 « nos demeures sus-indiquées à Bordeaux... »

(Signatures).

LXXXIII. L'observation des règles précé-  
 demment indiquées en ce qui concerne la  
 forme du contrat à la grosse, suffisante pour  
 assurer tous ses effets entre les parties, ne le  
 serait pas à l'égard des tiers contre lesquels  
 le prêteur voudrait exercer son privilège.  
 L'art. 512, § 1<sup>er</sup>, corrélatif à l'art. 192, § 7,  
 impose au prêteur à la grosse, qui contracte  
 en France, l'obligation de déposer et de faire  
 enregistrer le contrat, dans les dix jours, au  
 greffe du tribunal de commerce du lieu où il  
 a été passé, sous peine de perdre son privi-  
 lège. Cette disposition innove à l'ordonnance  
 de 1681 ; elle a eu lieu sous l'inspiration de  
 Valin, qui sur l'art. 1<sup>er</sup> de cette ordonnance,  
 au titre du *contrat à la grosse*, l'indiquait  
 comme le seul moyen de garantir la foi publi-  
 que de toute surprise. Quelques armateurs  
 prétendaient néanmoins, lors de la rédaction  
 du Code de commerce, qu'elle n'atteindrait pas  
 le but que l'on pourrait en attendre, qu'elle  
 était dès lors inutile et ne devait pas consé-  
 quemment être imposée par la loi. Il nous pa-  
 rait que leur réclamation n'était pas fondée,  
 et nous ne doutons pas que la formalité de l'en-  
 registrement ne doive, en bien des cas, mettre  
 la masse des créanciers de l'emprunteur à l'abri  
 des fraudes de leur débiteur, qui pourrait sans  
 cela, en matière de faillite surtout, créer par  
 des antedates pour certains d'entre eux, une  
 position privilégiée. Au surplus, comme l'ob-  
 serve avec raison M. Loaré (t. 5, p. 54), si  
 l'omission de l'enregistrement dans les dix  
 jours fait perdre le privilège d'une manière

si absolue que même l'enregistrement con-  
 sommé le lendemain de l'échéance de ce délai,  
 n'aurait pas la puissance de le faire renaître,  
 cela ne peut être vrai, d'après les motifs logi-  
 ques de l'article, que pour les créanciers du  
 preneur antérieurs à l'enregistrement tardif.  
 Comment, en effet, supposer que les créanciers  
 postérieurs à cet enregistrement auraient pu  
 éprouver le moindre préjudice du retard du  
 donneur ? La nullité basée sur ce motif serait  
 pour eux sans grief.

LXXXIV. Voici, du reste, comment se rem-  
 plit, dans la forme, le vœu de l'art. 512 (for-  
 mulaire de M. Bravard-Veyrières).

Le prêteur porte le contrat au greffe, le  
 greffier le transcrit sur un registre et le rend  
 ensuite au prêteur, après avoir écrit en marge.

« Le présent contrat a été enregistré au  
 greffe du tribunal de commerce de..... au désir  
 de l'art. 512 du Code de commerce ; le... »  
 (Signature.)

SECTION II. — *De la négociation ou cession du  
 contrat à la grosse.*

LXXXV. La matière de la cession des con-  
 trats est une de celles où le droit commercial  
 modifie le plus sensiblement les règles du droit  
 commun. Le Code civil établit dans les arti-  
 cles 1689 et suiv., des principes desquels il  
 résulte que le cessionnaire d'une obligation  
 ordinaire n'est saisi soit à l'égard des tiers,  
 soit à l'égard du débiteur lui-même, que par  
 la déclaration authentique qu'il accepte la ces-  
 sion ou la signification qui lui en est faite. Ce  
 mode de cession des contrats qui doit être  
 observé même en droit commercial, lorsqu'il  
 s'agit d'obligations nominatives, c'est-à-dire  
 désignant spécialement le créancier, cesse de  
 l'être lorsque la créance qu'il s'agit de transmet-  
 tre est établie à *ordre* ou au *porteur*. Dans ces  
 cas un endossement régulier ou la simple tra-  
 dition suffisent pour en transférer la propriété.

LXXXVI. Cela posé, s'il est vrai que, sui-  
 vant l'art. 511 déjà examiné, et suivant la for-  
 mule que nous avons transcrite, le nom du

prêteur doit se trouver dans le contrat à la grosse, il ne l'est pas moins que selon l'art. 313, il peut être établi à l'ordre de celui-ci ; ou suivant la doctrine généralement admise, être payable au porteur (*Dict. du cout. comm. h.*, v<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 36).

LXXXVII. De là il suit que les trois modes de transmission que nous avons dit être reconnus par le droit commercial, selon la rédaction des contrats à céder, s'appliquent au prêt à la grosse.

Ainsi, le contrat est-il nominatif, le transport s'en opérera par les formes indiquées au Code civil : le cédant ne sera responsable, sauf stipulation contraire, que de l'existence de la dette (art. 1695, C. civ.) et non de la solvabilité du débiteur (1694).

Le contrat est-il au porteur, le transport sera irrévocablement consommé par la seule tradition du titre dont la possession suffira au cessionnaire pour justifier qu'il est au droit du donneur.

Enfin, l'acte du prêt à la grosse est-il à ordre, il peut être négocié par la voie de l'endossement (art. 313, C. com.). L'acte de prêt dans ce cas, est pour les formes de l'endossement, délais, protêt, etc., etc., soumis aux règles établies en matière de lettres de change et billets à ordre. Toutefois, ainsi que l'observent tous les auteurs, celles de ces règles relatives au délai pour le protêt et le recours doivent être modifiées selon les circonstances, à cause de la nature même du contrat. « Ainsi, « comme le disent MM. Devilleneuve et Massé, « quand l'époque de remboursement est indé- « terminée, par exemple si le prêt est fait « pour une partie du voyage, jusqu'à tel port « sur la route, le porteur n'est dans les délais « utiles pour exercer ses poursuites que le « lendemain du jour où il a reçu la nouvelle « de l'arrivée heureuse du navire au lieu « indiqué. »

LXXXVIII. L'endossement du contrat à la grosse a aussi les mêmes effets et produit les mêmes actions en garantie que celui des autres effets de commerce (313, § 2), ainsi le por-

teur sera exactement à la place du premier prêteur, il courra les risques comme il aura droit au profit maritime. Ainsi l'endosseur répondra SOLIDAIEMENT *de la solvabilité du débiteur*, en quoi le Code de commerce diffère au reste du Code hollandais qui (art. 573, § 2) ne met à la charge de celui-là que la garantie de l'existence du prêt.

LXXXIX. Toutefois, si le cessionnaire a droit au capital prêté par son cédant et au profit, et si en cas d'insolvabilité du débiteur, il a recours contre lui, l'art. 314 restreint cette garantie au capital et ne l'étend au profit que s'il y a stipulation expresse à cet égard. Ainsi, le prêteur à la grosse de 50,000 fr. transmet par endossement sa créance à un tiers pour *pareille somme* que celui-ci lui compte. Il lui garantit le recouvrement unique de cette somme, mais non du profit. Pourquoi cela ? Émérigon en donne une raison qui ne nous paraît pas admissible, car elle prouverait trop : l'endossement ne serait pas, selon lui, un cautionnement du contrat. Que serait-il donc ? L'opinion qui voulait étendre la garantie au profit, le représentait comme un *simple accessoire* du capital, et l'on conçoit dès lors que la raison d'Émérigon, en la supposant fondée, ne pouvait rien contre cette manière de voir, puisque le savant provençal ne contestait pas la garantie, quant au capital lui-même. Aussi préférons-nous le motif que donnait de cette disposition M. Corvetto, l'orateur du conseil d'État au corps législatif : « Le prêteur à la grosse a endossé son billet, c'est-à-dire, il en a fait le transport pour une somme égale à celle qu'il a donnée lui-même, et qui se trouve exprimée par le texte du billet. Il est juste, il est dans l'ordre et dans la nature des choses, qu'il cautionne jusqu'à cette somme, mais pourquoi cautionnerait-il pour une somme plus forte ? Quel dédommagement recevrait-il pour cette nouvelle garantie ? Garant pour la somme qu'il reçoit, il le serait encore sans motif, de 25 ou 30 pour 100 de profit maritime qu'il ne reçoit pas, et l'équité et la justice semblent repous-

« ser cette idée : mais , tout en adoptant cette  
 « opinion , nous avons pensé qu'il était con-  
 « venable de laisser aux parties la liberté  
 « d'une convention contraire ; car il est bien  
 « à croire que l'endosseur , en courant un  
 « risque plus étendu , ne manquerait pas  
 « de stipuler en sa faveur une indemnité pro-  
 « portionnée à l'extension conventionnelle de  
 « la garantie. »

Au surplus , sur ce dernier point , nous serions porté à étendre la garantie au profit , même en l'absence de stipulation *expresse* , s'il résultait de l'endossement qu'il a eu lieu pour une somme égale au cumul de la double prestation à faire par l'emprunteur ou inférieure de peu de chose à ce total : il y aurait alors à nos yeux garantie promise ou contre un prix , son juste équivalent , ou contre une somme payée à forfait. Il est bien entendu que la stipulation extensive de la garantie , qu'elle soit explicite ou implicite , ne pourrait d'ailleurs jamais avoir aucun effet contre les endosseurs

antérieurs à celui qui l'aurait consentie.

Là se termine l'exposé des règles établies par le Code de commerce au sujet de l'un des plus intéressants contrats maritimes ; nous avons tâché d'en présenter l'enchaînement suivant un ordre méthodique et de planter ainsi quelques jalons afin d'en faciliter l'étude approfondie , sans que ce travail , tout de préparation , puisse en dispenser.

Ainsi est connu le premier terme de la comparaison que nous aurons à faire entre le *contrat à la grosse* et le *contrat d'assurance*. Elle ne pourra avoir lieu avec intelligence et profit que lorsque nous aurons traité de ce dernier contrat , qui , par son importance usuelle et par le nombre des dispositions que le Code lui a consacrées , mérite une attention toute spéciale.

GUSTAVE BRESSOLLES ,

*Docteur en droit , professeur  
 à la faculté de droit de  
 Toulouse.*

## ÉTUDES

### SUR LES ÉCONOMISTES ANCIENS ET MODERNES.

**J.-B. Say.**

Les grands événements qui ont agité la fin du dernier siècle et le commencement du nôtre , ont principalement frappé l'attention du monde sous le point de vue politique. Aussi , la plupart des esprits se sont-ils préoccupés des changements survenus dans la forme des gouvernements , plutôt que des révolutions accomplies dans la condition économique et sociale des peuples. Les rapides vicissitudes de la guerre et de la politique ont longtemps dérobé à tous

les regards le travail plus lent et plus profond de transformation qui s'est opéré dans la société européenne , sous l'influence de la révolution française ; et nous nous trouverions transportés dans un monde inconnu , si quelque main sûre et habile n'eût marqué avec soin la trace de nos pas. C'est à l'homme célèbre dont j'entreprends de raconter la vie , c'est à la science illustrée par ses travaux que nous devons les lumières qui ont éclairé l'Europe dans cette

marche mémorable, et qui la guident encore vers les destinées nouvelles où nous entrons.

Le premier qui posa les bases de l'économie politique, en expliquant les phénomènes de la richesse, c'est-à-dire de la puissance des nations, Adam Smith, venait de mourir au moment même où commençaient en France les grandes expériences sociales qui devaient bouleverser le monde. L'immortel ouvrage du philosophe écossais apparaissait tout à la fois comme l'inventaire du passé et le programme de l'avenir. L'auteur y proclamait la souveraineté du travail; il en donnait la théorie la plus ingénieuse; il en étudiait les procédés jusque dans les détails les plus minutieux. Ces magnifiques analyses produisirent l'effet d'une révélation, et quoique la constitution politique des divers peuples ne permit pas d'en espérer le salut des classes laborieuses, on vit partout se relever les autels avilis du travail, la valeur de l'homme s'accroître, en attendant que le grand mouvement de 1789 lui rendît sa dignité.

Ainsi, Adam Smith et J.-B. Say apparaissent aux confins de deux mondes qui n'auront bientôt plus rien de commun, pas une institution, pas même un souvenir! Au régime des corporations va succéder celui de la liberté, au travail des petits ateliers la puissance des moteurs mécaniques. La machine à vapeur et le machine à filer recèlent dans leurs flancs une foule de produits matériels et de questions sociales inconnues à nos pères. On ne saura pas tout de suite par combien de soucis ces formidables appareils nous feront expier leur pouvoir. A la fin du 18<sup>e</sup> siècle, il ne se consommait pas en Europe une seule pièce de coton qui ne vint de l'Inde; et, vingt-cinq ans après, l'Angleterre en envoyait au pays même d'où elle avait tiré jusque-là tous les produits semblables. Il avait suffi de deux petits cylindres tournant en sens inverse pour changer de fond en comble les rapports de l'Europe avec l'Asie. Telle était la tendance économique du monde, lorsque J.-B. Say recueillit la succession de son illustre devancier.

Notre grand économiste était né à Lyon, le

5 janvier 1767, d'une famille de réfugiés protestants. Il était l'aîné de trois garçons. Son père, négociant honorable, lui fit donner une éducation solide, et l'envoya en Angleterre pour y apprendre la langue anglaise et la connaissance des affaires commerciales. Ce fut alors qu'une circonstance, en apparence futile, produisit sur son esprit une impression profonde, et détermina peut-être son goût pour l'étude de l'économie politique. A l'époque où il était en pension, dans un village près de Londres, l'impôt des portes et fenêtres, très-sévère, comme on sait, en Angleterre, venait d'être voté. Le jeune Say occupait une petite chambre éclairée par deux fenêtres: son maître trouva tout simple d'en faire condamner une pour échapper à la taxe. « Me voilà donc privé d'une fenêtre sans que le trésor en soit plus riche, se dit tout bas le jeune économiste; à quoi servira donc cet impôt? » Et, trente ans plus tard, il publia, dans son *Cours complet d'Économie politique*, le chapitre curieux *des impôts qui ne rapportent rien au fisc*.

En revenant d'Angleterre, J.-B. Say fut placé en qualité de commis dans une maison de banque; il attribuait lui-même aux habitudes d'ordre qu'il avait contractées dans cet austère noviciat la rectitude de jugement et les tendances positives de son esprit. Il n'estimait l'aisance qu'il eut toujours et la fortune qu'il n'eut jamais qu'en raison de l'indépendance qu'elles peuvent assurer à l'esprit et quelquefois au caractère. » On voit, écrivait-il vers la fin de sa vie, beaucoup de personnes qui ont trop de respect pour l'argent, et cela dégoûte. On en voit aussi qui en ont trop peu, et elles tombent dans la misère. Que n'a-t-on pour l'argent tout le respect qu'il mérite, et rien de plus? »

J.-B. Say entra bientôt dans les bureaux d'une compagnie d'assurances dirigée par Clavière, qui fut depuis ministre des finances. Clavière lui ayant prêté un exemplaire de l'*Essai sur la richesse des nations*, le jeune commis saisi d'admiration pour le génie

d'Adam Smith, se hâta d'acheter l'ouvrage alors parvenu à la cinquième édition, et ne s'en sépara plus. Nous n'avons pas lu sans émotion cette édition couverte des notes, ou manuscrits du plus digne des commentateurs; nous espérons les livrer quelque jour à la publicité. On verra avec quelle consciencieuse exactitude J.-B. Say étudiait les graves questions de la science économique, comme il les envisageait sous toutes leurs faces, n'acceptant rien sans discussion, même de la part de ses maîtres. Il était alors âgé de vingt-quatre ans, et son premier début littéraire fut une brochure *sur la liberté de la presse*. Elle n'était pas très-bonne, et quoiqu'il eût pu s'en consoler beaucoup plus tard en lisant celles de notre temps, il ne se pardonna jamais l'enflure et le mauvais goût qui déparaient ce premier essai. Mirabeau l'employa quelques années après à la rédaction du *Courrier de Provence*, où il se lia d'amitié avec les principaux écrivains de l'époque, et lorsqu'en 1791, l'invasion de la Champagne appela la France aux combats, ils partirent presque tous, organisés en *compagnie des arts*.

A peine arrivé de l'armée, J.-B. Say épousa, le 25 mai 1795, mademoiselle Deloches, fille d'un ancien avocat aux conseils, et cette union si bien assortie, qui devait durer près de quarante ans, fixa définitivement le jeune écrivain à Paris. Les catastrophes financières de l'époque avaient détruit la fortune de son père et ne lui permettaient guère de tenter la sienne dans le commerce; M. Say se voua dès lors sans réserve au culte des sciences et des lettres, non moins profané un moment que tous les autres cultes. Il fonda avec Chamfort, Ginguené, Amaury-Duval et Andrieux de gracieuse et douce mémoire, le premier recueil littéraire sorti des orages de notre révolution, la *Décade philosophique*. Ce fut comme la résurrection du goût et des principes en littérature, en morale et en politique. J.-B. Say conserva pendant six années la rédaction en chef de ce recueil dont la collection comprend quarant-deux volumes. Il y

avait fait un excellent apprentissage des grandes questions dont la France poursuivait la solution au milieu des tempêtes, lorsqu'il fut nommé, en 1799, membre du tribunal, sous le consulat de Bonaparte.

C'était précisément à ce moment qu'allait finir le règne des tribuns. J.-B. Say, sincèrement dévoué aux intérêts de la liberté, ne tarda point à s'en apercevoir. Il s'occupait de travaux financiers et de réformes économiques sans perdre aucune occasion de protester contre les empiétements du nouveau César. Le premier consul, qui avait deviné la portée d'esprit de J.-B. Say, essaya de le séduire et ne put vaincre sa répugnance naturelle pour les impôts de consommation. Le tribun refusa les fonctions lucratives de directeur des droits réunis et fut bientôt après *éliminé* du tribunal. Il lui fallut chercher dans l'industrie l'indépendance que lui refusaient les emplois publics, et il organisa une filature de coton. On le vit dans les galeries du conservatoire des arts et métiers qu'un jour il devait illustrer par son enseignement, étudier comme un simple ouvrier les procédés de la fabrication, monter et démonter les métiers, assisté de son fils qui lui servait de *rattacheur*. La ténacité de son caractère ne fut rebutée par aucun obstacle. Il s'établit dans le département de l'Oise, et puis sur une plus vaste échelle dans celui du Pas-de-Calais, tour à tour ingénieur, architecte, mécanicien, potier de terre; et dans ce rude exercice de toutes les professions, il apprit à connaître et à analyser les procédés des arts. C'est ainsi qu'il a pu apprécier les inconvénients relatifs au choix des emplacements pour les manufactures, à l'insuffisance des débouchés, au mauvais état des routes et des canaux, et donner aux entrepreneurs d'industrie les leçons de sa propre expérience.

En l'an v, la classe des sciences morales et politiques de l'Institut de France avait mis au concours la question suivante: « Quels sont les *moyens* de fonder la morale chez un peuple! puis celle-ci: Quelles sont les *institutions* les plus favorables pour atteindre un tel but? et

comme il est arrivé quelquefois de nos jours en pareille occurrence, l'Institut avait dû garder son prix parce que la question n'était pas de celles qu'on pût résoudre dans un mémoire académique. J.-B. Say concourut sans succès en envoyant une nouvelle sentimentale, intitulée *Olbic*. *Olbic* est une succursale de Salente dont l'Idoménee est un peu pâle, quoique plein de bonnes intentions. Il propose aux Olbiens pour livre de morale un *Traité d'économie politique*, que J.-B. Say se chargera de leur fournir en 1805. C'est en effet à cette époque qu'a paru la première édition du grand ouvrage de notre célèbre économiste, et ce livre aurait produit une plus grande sensation, si la France, distraite de l'étude par la gloire, n'eût réservé alors toute son admiration pour un seul homme.

Le *Traité d'économie politique* (1), même avant les perfectionnements que ce bel ouvrage a reçus de cinq éditions successives, était déjà une œuvre immense et de la plus haute utilité pour la science. Quelque opinion qu'on eût des doctrines de l'auteur, son livre était principalement remarquable par la méthode, la clarté et l'esprit d'observation. Adam Smith avait découvert sans doute les vérités fondamentales de la science, à peine entrevues par les *physiocrates* du xviii<sup>e</sup> siècle; il les avait démontrées d'une manière admirable : mais son livre immortel avait besoin d'être mis à la portée de toutes les intelligences et au service de toutes les nations. Quelques démonstrations essentielles y manquaient; des faits très-importants n'étaient pas à leur place. J.-B. Say a remis tout en ordre, créé la nomenclature, rectifié les définitions, et donné à la science une base solide en même temps que des limites régulières. L'économie politique n'est, à ses yeux, que l'exposé des lois qui régissent la production, la distribution et la consommation des richesses. Les richesses se produisent au moyen des trois grandes branches qui résument tous les travaux matériels : l'agriculture, l'industrie et

le commerce. Les capitaux et les fonds de terre sont les principaux instruments de la production. Le travail de l'homme, combiné avec celui de la nature et des machines, donne la vie à tout cet ensemble de ressources qui composent le fond commun des sociétés.

Mais ce qui assure une renommée immortelle à J.-B. Say, ce sont les démonstrations neuves et irrésistibles dont il a appuyé sa théorie des *débouchés*. Cette théorie, fondée sur l'observation scrupuleuse des faits, a prouvé que les nations ne payaient les produits qu'avec des produits, et que toute loi qui leur défend d'acheter les empêche de vendre. Tous les peuples sont donc solidaires dans la bonne comme dans la mauvaise fortune; les guerres sont des folies qui ruinent même le vainqueur, et déjà l'on peut juger par la sollicitude des gouvernements à cet égard que les principes de J.-B. Say ont pénétré dans les conseils des rois. Il a démontré comme une vérité mathématique et pratique ce qui ne paraissait qu'une utopie philosophique; il a convié toutes les nations aux douceurs de la paix par l'attrait de leur intérêt personnel. On peut juger si cette publication dut paraître intempestive à l'époque des guerres acharnées qui désolaient toute l'Europe. J.-B. Say prêchait la liberté du commerce en présence du blocus continental, l'allégement des taxes en regard de l'exagération croissante des droits réunis, l'économie des capitaux au centre du plus effroyable gaspillage dont le monde ait été témoin. Combien tous ces événements donnaient raison à ses doctrines! Et combien il devait gémir de voir la banqueroute devenue deux fois en moins de dix ans une arme de guerre et comme un moyen de gouvernement! Pour comble d'amertume, les événements qui offensaient si profondément ses opinions économiques ne menaçaient pas moins sa position manufacturière; l'excès des droits sur les matières premières, les prohibitions, les confiscations rendaient son industrie périlleuse, et il la céda tout entière à un associé pour revenir à Paris vers la fin de 1812.

(1) 5 vol. in-8°, édition HAUMAN et C<sup>e</sup>.



Le souvenir de ces temps douloureux ne s'effaça jamais entièrement de sa mémoire, et lui dicta plus tard quelques paroles passionnées, les seules qui déparent la sévère impartialité de ses écrits. Il ne voulut jamais voir dans l'empereur qu'un grand dissipateur de capitaux, qu'un inflexible consommateur d'hommes. Vers la fin de sa vie, l'âge même n'avait pas apaisé chez J.-B. Say ce farouche ressentiment. Aussi le vit-on applaudir à la chute de l'empire, sans être attaché à la restauration, qui ne tarda point à tromper ses espérances. Il profita néanmoins des libertés de 1814 pour donner une seconde édition de son traité, très-supérieure à la première et bien mieux accueillie. La paix ouvrait alors une carrière nouvelle à l'économie politique. Les mers longtemps fermées étaient redevenues libres; l'Angleterre, écrasée sous le poids de sa dette et réduite au régime du papier-monnaie, allait bientôt reprendre les paiements en espèces; les crises manufacturières ne devaient pas tarder à éclater sous l'empire de la concurrence illimitée. On n'avait vu à l'œuvre qu'une seule partie des théories économiques d'Adam Smith et de J.-B. Say. La rareté des capitaux, détournés par la guerre, n'avait pas encore permis aux entrepreneurs des luttes semblables à celles de nos jours; la rareté des bras laissait encore aux classes ouvrières quelques chances favorables pour débattre le prix des salaires. L'Europe ne connaissait que les difficultés économiques de la guerre; il lui manquait l'expérience des embarras de la paix, plus graves peut-être et d'une solution plus compliquée.

Toutefois, ces embarras ne se manifestèrent pas dans les premières années de repos, dont J.-B. Say profita pour retourner en Angleterre avec la mission de constater la situation industrielle de ce pays. Il y fut accueilli avec beaucoup de distinction par les plus grands économistes de l'époque, Ricardo, Malthus et Jérémie Bentham. On le fit asseoir à Glasgow dans la chaire d'Adam Smith, honneur insigne

et délicat, dont il se montra profondément touché. La brochure qu'il publia à son retour sous le titre de *l'Angleterre et des Anglais* témoignait vivement de son antipathie pour les profusions des gouvernements, et contenait plusieurs avertissements d'une nature vraiment prophétique. Cet écrit fut suivi du *Catéchisme d'économie politique*, ouvrage élémentaire excellent où l'auteur a réuni dans un petit nombre de pages et sous la forme familière du dialogue, les principes fondamentaux de la science. A ce moment d'arrêt dans sa vie, J.-B. Say voulut se recueillir en lui-même et jeter un regard philosophique sur les choses de ce monde. Il fit imprimer, sous le titre de *petit volume*, un recueil de pensées écrites à la manière de Franklin et empreintes d'une finesse naïve, où domine toujours la verve caustique de son esprit. Ce petit livre le peint mieux que ses autres œuvres, tel qu'il était dans sa vie privée sceptique, railleur, ennemi de tout préjugé, sévère dans ses mœurs, indépendant, laborieux, économe. Il aimait la critique et il en profitait quand elle était fondée. Il y a un point, disait-il, sur lequel il faut se résigner quand on écrit : c'est d'être lu légèrement et d'être jugé du haut en bas.

La verve de son esprit aimait surtout à s'exercer aux dépens des hommes sans convictions, dont le nombre est toujours grand aux époques de trouble et de changements politiques. Voici comment il en parle : « Un homme sans principes se rencontre avec un homme qui a des principes. Ils causent ensemble; ils se méprisent tous les deux. Quel est celui qui a le plus de mépris pour l'autre? Vous croyez que c'est celui qui a des principes? — Vous vous trompez; c'est celui qui n'en a pas. »

Ces courtes citations du petit volume de J.-B. Say suffiront pour donner une idée de la nature originale de son esprit. On conçoit aisément combien elle eut à s'exercer durant la réaction économique qui signala les premières années de la restauration. Le gouvernement avait promis, dans un accès d'enthous-

siasme, la suppression des droits réunis, que la nécessité forçait de conserver sous le nom de contributions indirectes : on nomma à ce sujet une commission dont J.-B. Say fut membre ; mais il refusa de prendre part à des travaux désormais inutiles, et il revint de nouveau à ses études favorites. Il fit paraître presque en même temps la troisième édition de son traité et deux écrits intéressants sur la *navigaton intérieure de la France*. Le succès croissant de ses doctrines appelait chaque jour davantage l'attention du public sur sa personne. On le lisait avec ardeur, on désira l'entendre : il donna ses premières leçons à l'Athénée royal de Paris, pendant deux hivers, avec un grand succès, et presque aussitôt la quatrième édition du *Traité* déjà traduit dans plusieurs langues, et considéré dans toute l'Europe comme un livre classique. L'économie politique se popularisait tous les jours davantage sous son influence ; les princes mêmes n'en dédaignaient pas l'étude, et J.-B. Say en compta plusieurs parmi ses élèves. Cependant, à mesure qu'il s'efforçait de maintenir la science dans de justes limites par la précision rigoureuse de son langage et la justesse de ses déductions, des athlètes célèbres le forçaient de descendre dans l'arène, et engageaient avec lui une lutte énergique.

Ses trois plus dignes adversaires furent Malthus, Ricardo et M. de Sismondi. Le premier venait de publier son *Essai sur le principe de population*, et une théorie hasardée de quelques-uns des phénomènes les plus intéressants de la production. J.-B. Say lui adressa cinq lettres remarquables qui ont été imprimées dans la collection de ses œuvres posthumes, et qui méritent d'être lues avec attention, quoiqu'elles traitent de quelques *points de controverse plutôt que des vrais intérêts de la science*. C'est au terrible livre de Malthus sur la population, que J.-B. Say aurait dû s'attaquer ; mais il en adopta pleinement toutes les conclusions, si durement commentées et développées par Ricardo, dans son ouvrage sur le *Principe de l'impôt*. Nous ne

parlerons point de leurs débats dogmatiques sur la théorie du fermage, ni des protestations éloquentes de M. de Sismondi sur les abus de la concurrence et des instruments du crédit. Ces grandes luttes se sont reproduites bien plus formidables de nos jours. Au moment où elles s'engageaient d'une manière si digne et si grave entre les fondateurs de l'économie politique, nul n'aurait osé supposer qu'elles descendraient un jour sur la place publique, et que le fléau du paupérisme, signalé par Malthus, s'étendrait comme un vaste réseau sur toute l'Angleterre. Ces illustres penseurs avaient le sentiment profond du mal qui affligeait la société industrielle ; mais ils étaient loin d'en prévoir toutes les conséquences. La liberté leur semblait assez forte et assez ingénieuse pour se suffire ; ils ne lui demandaient que de la retenue et de la tempérance en toute chose. Malthus condamnait au célibat les deux tiers de l'espèce humaine ; il grondait les enfants qui s'avisait de naître sans revenus, et leur annonçait la famine d'une voix paternelle, tandis que l'éloquent M. de Sismondi demandait grâce pour eux aux machines, et pour leurs pères aux banquiers. Ricardo supputait froidement le contingent nécessaire de victimes à immoler sur les autels de la concurrence, comme un général calcule la perte d'hommes indispensable pour enlever une redoute.

Tel était le caractère des débats établis au foyer même de la science économique, lorsque J.-B. Say fut appelé à la professor au Conservatoire des arts et métiers, à la suite d'un travail remarquable présenté à M. le baron Thénard, sur l'utilité de l'enseignement industriel. Il en avait très-bien signalé l'importance au milieu du développement désordonné de toutes les industries ; aussi mit-il tous ses soins à lui donner un caractère d'application immédiate. Sa vieille expérience de manufacturier lui fut d'un grand secours dans cette tâche difficile où il aurait obtenu les plus brillants succès, si ses leçons orales avaient été improvisées. Malgré la promptitude naturelle de son esprit et la sûreté de sa mémoire, J.-B. Say

ne put jamais se décider à cette épreuve périlleuse. Il craignait les longueurs et les redites ; il aimait mieux éclairer que séduire ; il préférait la qualité des auditeurs à la quantité. Le nombre des siens avait toujours été borné : il conçut l'heureuse idée de l'agrandir en publiant ses leçons du Conservatoire sous le titre de *Cours complet d'Économie politique pratique* (1), ouvrage considérable que les industriels préféreront toujours à son *traité*, quoiqu'il n'en ait pas la belle ordonnance, la précision et la méthode. J.-B. Say a réuni dans cette vaste encyclopédie économique les faits destinés à justifier ses théories et à les éclairer. On sent qu'il éprouvait déjà le contre-coup de la réaction qui s'opérait dans le monde contre les doctrines anglaises. Il en avait lui-même attaqué quelques-unes, mais il adoptait pleinement toutes les autres. À l'heure où il vivait, et en France surtout, l'abus des travailleurs dans les manufactures n'avait pas encore légitimé le cri d'alarme poussé par M. de Sismondi, et motivé les lois que nous venons de promulguer.

Le *Cours complet* d'économie politique obtint un grand et beau succès, même après la publication de la cinquième édition du *Traité* (2), qui restera toujours, selon nous, le premier titre de J.-B. Say à l'estime de ses contemporains. On n'y trouve aucune trace des systèmes hardis qui commencèrent à se faire jour et à escalader la science, après la révolution de 1830. Ce vain bruit d'utopies expirait à sa porte. Il n'entamait de discussion qu'avec des adversaires de sa taille, et ne se laissait point étourdir par le fracas des rues. Il travaillait à l'amélioration du sort des classes pauvres, sans rechercher leur faveur, ni craindre leur disgrâce. Il disait des vérités austères aux peuples et aux rois, avec l'impartialité dédaigneuse d'un philosophe uniquement occupé des intérêts de la science et de l'humanité. Toute la presse française se pénétrait de ses doctrines,

sans en connaître l'auteur, qui vivait à l'écart, entouré de sa famille et d'un petit cercle d'amis dévoués. C'est là qu'il recevait une fois par semaine les hommes les plus distingués de son temps, et les savants étrangers dont aucun ne manquait de venir lui rendre hommage. La haute supériorité de son esprit se révélait dans ces conversations intimes qu'il savait animer par des saillies originales, et une richesse de connaissances inépuisable. Il aimait à railler les hommes du pouvoir, et il ne laissait passer aucune occasion de stigmatiser les mauvais livres et les mauvaises mesures en économie politique. Les lois de douane de la restauration, dont nous souffrons tant aujourd'hui et qui ont chargé de droits si funestes les fers, les laines, les bestiaux, n'ont pas eu d'adversaire plus prononcé. Nul n'a travaillé avec plus de persévérance à dépopulariser la guerre, les entraves, les prohibitions, à faire apprécier l'importance des travaux publics, des routes, des canaux. L'administration actuelle de la France n'est que l'application en grand des préceptes répandus dans ses ouvrages.

Jamais, d'ailleurs, à aucune autre époque de l'histoire, la science n'avait eu l'occasion de faire de plus magnifiques expériences. La splendeur des événements politiques pâlit devant la gravité des questions économiques et sociales, résolues ou posées dans les cinquante années qui viennent de s'écouler. A peine J.-B. Say avait-il annoncé la dernière heure du système colonial, que nous perdions Saint-Domingue, et les Espagnols, l'Amérique tout entière. L'Angleterre elle-même était forcée de capituler sur cette grave question en modifiant au profit de la liberté commerciale le monopole suranné de la compagnie des Indes. La faillite des banques provinciales de la Grande-Bretagne et de celles des États-Unis témoignaient de la justesse de ses vues en matière de crédit ; l'association des douanes allemandes devenait la première protestation officielle des gouvernements contre le système prohibitif. Une simple querelle de tarifs a manqué jeter la discorde au sein de l'union américaine, et toutes

(1) 4 vol. grand in-8°, édition HAUMAN.

(2) 5 vol. grand in-8°, édition HAUMAN.

les tempêtes amoncelées sur nos têtes ne commencent à se dissiper qu'en présence du souverain maître des peuples et des rois, l'intérêt général de l'humanité. Ce sera l'éternel honneur de J.-B. Say d'avoir soutenu, démontré, proclamé l'excellence de ces principes, et leur domination irrévocable sur la politique du monde; heureux s'il avait réussi à résoudre aussi complètement les problèmes redoutables du paupérisme et de la concurrence. Il a laissé cette pénible tâche à ses successeurs, mais la sienne a été assez belle et assez bien remplie pour suffire à sa gloire. Je l'ai vu détourner les yeux du triste spectacle de la misère des classes ouvrières en Angleterre; il ne la connaissait pas comme nous dans sa hideuse profondeur. Il n'avait gardé souvenir que des merveilles de l'industrie sans entendre le cri des souffrances qu'elle traîne à sa suite dans l'état présent de son organisation. Il admirait la puissance des grands capitaux sans redouter leur despotisme. Son cœur noble et généreux compatissait vivement aux maux de ses semblables; mais il lui était resté quelque chose du fatalisme de Malthus et de l'école économique anglaise. Quand il vit s'élever après le mouvement de 1850, les bannières inconnues et menaçantes des écoles nouvelles, il parut éprouver une sorte de surprise; il ne voulut jamais aller à la rencontre de cet horizon nébuleux derrière lequel on prétendait traiter les grandes questions de l'avenir. Il refusa de se commettre avec des gens qui ne parlaient plus ni la langue économique, ni la langue française. Il garda le silence le plus absolu.

Déjà même il éprouvait une sorte de lassitude causée par son application continuelle au travail. Le gouvernement de juillet venait de lui confier la chaire d'économie politique nouvellement créée au collège de France, et il s'y était dévoué tout entier avec sa fidélité habituelle au devoir, quand la mort de sa femme le frappa du coup le plus terrible. Madame Say avait répandu sur l'existence de son mari un charme inexprimable; elle réunissait au plus haut degré la dignité du caractère, l'élévation de

l'esprit, la simplicité bienveillante des manières. Quand je me rendis chez M. Say pour lui offrir l'hommage de mes regrets et de mes sympathies, il me regarda fixement en ajoutant avec l'expression du désespoir ces seules paroles: « Que Dieu vous garde ce que vous aimez! » et il me serra convulsivement la main. Je vis que ce stoïcien était frappé à mort. Dès ce moment sa santé alla toujours en déclinant. Plusieurs attaques d'apoplexie avaient cédé aux soins de notre savant confrère, M. le docteur Duméril, son médecin et son ami; une dernière plus forte que les autres mit fin à ses jours le 15 novembre 1852. J.-B. Say était âgé de soixante-six ans; il laissait quatre enfants, deux garçons et deux filles; l'une d'elles était la femme de l'honorable Ch. Comte, dont l'Académie des sciences morales et politiques devait bientôt avoir à déplorer la mort prématurée.

Les services éminents que notre grand économiste a rendus à la science sont désormais appréciés de l'Europe tout entière, malgré l'ingratitude avec laquelle certains écrivains ont essayé de les méconnaître. C'est J.-B. Say qui a constitué l'économie politique à l'état de science d'application, en assignant au travail et aux capitaux leur véritable rôle dans la production industrielle, et en déterminant de la manière la plus précise les fonctions de la monnaie et les conditions du crédit; c'est lui qui a fondé le nouveau droit des nations en frappant dans sa base le système suranné de la *balance du commerce*, source de tant de guerres funestes et d'erreurs économiques. Grâce à l'heureuse influence des écrits de J.-B. Say, les peuples les plus belliqueux ont tourné leur activité vers des travaux plus durables; la puissance a passé du côté de la richesse. C'est sur la nature à présent qu'il est beau de faire des conquêtes; c'est en abaissant les montagnes, en exploitant les mines, en ouvrant des canaux et des routes qu'un peuple prouve sa supériorité et triomphe de ses rivaux. Le Rhin, l'Escaut, le Danube, ces grands fleuves militaires sont devenus des lignes commerciales.

La seule question importante que J.-B. Say

n'ait pu résoudre, est celle de la distribution équitable des profits du travail, qui excite aujourd'hui, à si juste titre, la sollicitude des gouvernements. Aussi longtemps qu'il y aura des millions d'hommes privés des premières nécessités de la vie, au sein d'une société riche de tant de capitaux et de tant de machines, la tâche des économistes ne sera pas finie. La civilisation est appelée à couvrir d'une protection commune, comme fait le soleil, le riche et le pauvre, le fort et le faible, l'habitant des villes et celui des campagnes. Il faudra bien réfléchir longtemps encore sur un système de production qui nous force de chercher des consommateurs aux extrémités du monde, quand à nos propres portes, au sein de notre patrie, nous avons des travailleurs qui manquent de tout ! Le grand effort des économistes de l'école de J.-B. Say a été de conquérir la liberté pour le travail ; notre tâche à nous sera de l'organiser. Pour arriver à son but, il a dû plus d'une fois entrer en lutte avec les gouvernements ; pour accomplir notre mission, il devient chaque jour plus nécessaire de les aider. Mais cette différence dans les rôles ne doit pas nous rendre injustes envers la mémoire de ces illustres prédécesseurs : les aïeux ne sont pas moins dignes de respect dans la science que dans la famille. Quel écrivain fut d'ailleurs plus consciencieux et plus respectable que J.-B. Say ? Il est mort comme il avait vécu, fidèle à ses doctrines économiques, philosophiques, politiques ; quelque peu susceptible et fier, comme un homme sûr de lui-même et qui n'a jamais baissé le front devant aucun pouvoir, peuple ou rois ; mais toujours sincèrement préoccupé des intérêts de l'humanité. Ses habitudes de travail avaient quelque chose de l'austérité de son caractère ; ses livres, ses notes, ses cahiers toujours parfaitement en ordre, comme ses idées, témoignaient à toute heure du jour de son dévouement à la science. Il entretenait avec les plus grands économistes de son temps une correspondance active qui tenait de la polémique, et dans laquelle il excellait à traiter les plus

hautes questions. Il était classique en littérature, plus voltairien que protestant dans ses croyances, et de l'école de Condillac en philosophie. En toute chose, d'ailleurs, sa tolérance était à la hauteur de ses opinions. Une de ses parentes, née comme lui dans la religion réformée, mais beaucoup plus orthodoxe, lui avait envoyé une bible annotée quelques jours avant sa mort. « Je vous remercie beaucoup, lui écrivit-il, ma chère cousine, du présent que vous m'avez fait ; mais je n'ai pas d'inquiétude pour mon salut, tant est grande ma confiance en la bonté infinie du Créateur. Son existence m'est révélée par ses œuvres, et je n'ai besoin d'aucune révélation pour savoir ce que j'en dois penser. Toutefois il y a un point sur lequel mes convictions ont le bonheur de s'accorder avec les vôtres, c'est que nous devons être remplis d'indulgence les uns envers les autres, et faire du bien à notre prochain selon notre pouvoir et notre position. J'ai l'intime persuasion que cela suffit pour être sauvé, et il n'est pas possible qu'aucun de mes semblables soit plus tranquille que moi sur l'issue de cette question ; mais en même temps je sens une extrême reconnaissance pour tous ceux qui pensent, comme vous, que cela ne suffit pas. »

J.-B. Say n'appartenait en France à aucun corps savant ; mais il était membre des principales académies de l'Europe ; l'Académie des sciences de Saint-Pétersbourg, celles de Madrid, de Berlin, de Naples, le comptaient avec orgueil parmi leurs associés. Sa place était marquée au sein de l'Académie des sciences morales et politiques ; mais il y avait à peine quinze jours que cette savante compagnie venait d'être rétablie, quand la mort frappa subitement le grand économiste dont nous honorons la mémoire comme celle d'un confrère. Cette mémoire appartenait de droit à l'institut de France, par le talent de l'écrivain et la hardiesse du penseur ; elle appartient à l'humanité tout entière par les services que J.-B. Say a rendus au travail et à la paix, désormais bases immuables de la politique des grandes nations.

## L'OBLIGATION NATURELLE SELON LE DROIT ROMAIN

## Et le Code civil français (1).

Nous avons à examiner comment l'obligation naturelle a été envisagée par les juriconsultes romains et par les rédacteurs de notre Code, à déterminer quels sont les caractères auxquels on la peut reconnaître, et quels sont les effets qui lui ont été attribués dans chacune de ces législations. Nous ne pouvons nous engager dans cette recherche avant d'en avoir nettement fixé l'objet.

Le devoir est la règle à laquelle l'homme doit sans cesse vouloir conformer ses actions. S'il est vrai qu'il mérite, en s'approchant le plus possible de ce type de perfection, il n'en est ainsi qu'à raison même de la liberté qu'il avait d'agir autrement. Sans doute, les bonnes actions ne resteront pas sans récompense et les mauvaises sans châtement; la loi intérieure et souveraine qui prescrit les premières et défend les secondes, cette loi aura sa sanction; et, sous ce rapport, la loi morale fait naître des obligations aussi parfaites que celles que consacrent les lois humaines. Mais la justice sociale ne peut prétendre à sanctionner tous les devoirs que notre conscience nous révèle: l'imperfection de ses moyens assigne des limites à sa puissance.

Ainsi on comprend qu'un grand nombre de préceptes moraux sont restés et ont dû rester en dehors des sanctions de la loi positive.

On peut donc dire qu'au point de vue du droit positif, ces devoirs n'obligent pas. Le mot obligation, en effet, exclut absolument la liberté de faire ou de ne pas faire. Nul n'est obligé qui ne peut être contraint. Au reste, comme il n'est pas de puissance au monde qui puisse forcer un homme à faire ce qu'il se refuse obstinément à accomplir, il est bien entendu que les lois ne peuvent mettre au service des droits que des moyens indirects de contrainte. La force publique, venant au secours des décrets de la justice, prendra sur les biens ce qu'on se refuse à donner, protégera les faits qu'on ne veut pas souffrir, fera accomplir par d'autres et aux dépens du débiteur ceux que celui-ci refuse d'exécuter; ou plutôt la certitude de ces résultats empêchera qu'on n'ait besoin de recourir à ces extrémités. Il suffira presque toujours de l'arrêt du juge pour que le créancier reçoive satisfaction.

Le droit de saisir le juge de la prétention qu'on élève est donc le moyen qui se présente d'abord comme le plus propre à donner du nerf aux obligations; aussi, toute obligation civile engendre-t-elle une action. L'action sert à réclamer ce qu'on n'a pas et ce qu'on pense devoir obtenir; mais si la chose a été mise déjà entre les mains de la partie qui y prétend des droits et que celui qui a livré cette chose

(1) Cette dissertation a obtenu le premier prix dans le concours ouvert en 1840, à la faculté de

droit de Paris, entre les docteurs en droit et les aspirants au doctorat. (Note des éditeurs.)

la répète comme ayant été indûment payée, le prétendant droit se trouve dans une position autre que celle où nous le plaçons tout à l'heure : la preuve de son droit lui servira, non à obtenir, mais à retenir. Il se peut aussi que celui auquel on demande l'acquiescement d'une obligation, ait droit d'agir reconventionnellement contre le demandeur, pour obtenir des quantités semblables à celles dont il est lui-même débiteur. Dans cette situation, il pourra compenser jusqu'à due concurrence les quantités que lui demande son créancier, avec celles qui lui sont dues par celui-ci. D'où l'on voit que si l'action est le moyen le plus direct, le plus ordinaire d'obtenir l'exécution des obligations, elle n'est cependant pas le seul; et pour parler le langage du droit, l'obligation peut, plus d'une fois, être posée comme exception.

Toute obligation garantie par l'un et l'autre moyen, est une obligation civile; celle qui n'est assurée ni par l'un, ni par l'autre, peut être désignée sous le nom d'obligation *morale, naturelle* ou *de conscience*.

Mais, dans le langage des juristes, elle n'est point proprement une obligation tant qu'aucun fait nouveau ne vient la fortifier; elle n'est pas matière de droit. Entre ces deux termes extrêmes, l'obligation civile et le devoir de conscience, l'une munie de tous les moyens d'exécution, l'autre dépourvu de toute efficacité, y a-t-il, peut-il y avoir quelque terme moyen? La loi qui refuserait à une obligation la force de servir comme action, pourrait-elle lui donner la force de servir comme exception et réciproquement? On ne voit pas, au premier aspect du moins, quels motifs pourraient autoriser une semblable combinaison. On ne comprend point, en effet, pourquoi la loi permettrait de faire indirectement ce qu'elle interdit de faire directement, et *vice versa*. On ne voit pas comment, par exemple, elle dénierait l'action contre un mineur, afin d'éviter un débat sur l'appréciation de sa capacité réelle, et comment elle permettrait ce débat à celui qui, actionné par l'incapable,

opposerait une exception dont la force serait subordonnée à la preuve de cette capacité. Il semble que la loi ne saurait admettre cet examen en un cas, et le défendre dans l'autre, sans se donner un démenti à elle-même. Cette contradiction paraît impossible, dans une législation émanant tout entière d'une même source.

Mais, si l'on suppose une constitution politique telle, qu'à côté d'un droit antique et inflexible d'où toutes les actions doivent dériver, se trouve placé un magistrat investi du pouvoir de tempérer ce droit rigoureux par les inspirations de l'équité; qui ait, pour exercer ce pouvoir, la libre disposition des exceptions, tandis qu'il ne peut qu'en de rares circonstances introduire une action, on comprendra sans peine que, dans une semblable organisation législative, tel fait qui n'avait pu donner naissance à une action, ait la force, cependant, de produire une exception.

Telle est la condition sociale qui s'est réalisée dans Rome: elle donne l'explication de la place qu'occupe l'obligation naturelle dans la théorie du droit positif sur cette matière.

En effet, toutes les fois qu'une obligation non sanctionnée par le droit civil était reconnue et protégée par le droit prétorien, elle était alors douée d'une demi-efficacité qui la plaçait dans la position mixte dont, *à priori*, nous n'apercevions pas le fondement, mais qui s'explique à merveille par les faits historiques que nous venons d'indiquer. Cette obligation naturelle devenait ainsi très-réellement matière de droit; nous pouvons donc, dès à présent, la chercher dans les textes des jurisconsultes.

#### SECTION I<sup>re</sup>. — *De l'obligation naturelle en droit romain.*

J'aperçois quatre sources *possibles* d'obligation naturelle: 1<sup>o</sup> les manifestations de la volonté non conformes aux conditions voulues par le droit civil; 2<sup>o</sup> les contrats consentis par des personnes frappées d'une incapacité générale ou relative; 3<sup>o</sup> les obligations repoussées par

une exception perpétuelle ; 4<sup>e</sup> un devoir précis mais non obligatoire.

§ 1<sup>re</sup>. Obligations naturelles résultant d'une volonté manifestée sans les formes de droit civil.

Cette volonté peut avoir été manifestée dans des conventions ou dans des actes de disposition entre-vifs, ou à cause de mort.

Voyons d'abord le premier cas.

#### I. — Des pactes.

Dans le droit civil de Rome, la simple convention n'oblige pas ; il n'y a pas d'action fondée sur l'allégation d'un mutuel consentement. Les instituteurs de cette législation avaient pensé sans doute que toute obligation étant une chose grave, l'expression peut-être inconsidérée d'un consentement ne devait pas suffire pour lui donner une force légale ; qu'entre les hommes de bonne foi, les conventions n'avaient pas besoin d'une garantie judiciaire pour produire leur effet ; et que, vis-à-vis des autres, la prudence commandait de prendre des précautions ; qu'il fallait éviter le double danger de laisser sans garantie les promesses les plus sérieuses, et d'ouvrir la porte aux demandes déloyales qui s'autoriseraient de quelques paroles fugitives, d'une adhésion donnée sans conséquence. C'est pourquoi la loi prescrivait certaines formes auxquelles le juge devait reconnaître l'intention sérieuse de s'obliger.

Cette forme fut la stipulation. Il n'était cependant pas indispensable que toutes les conventions devinssent des stipulations pour avoir la force d'obliger. D'autres faits pouvaient leur imprimer le caractère obligatoire. Si une personne avait déjà livré sa chose à une autre, chez les Romains dont l'esprit était peu libéral, on n'était point disposé à supposer que cette livraison avait eu lieu dans une intention purement gratuite. L'allégation d'un engagement contracté en vue d'un engagement réciproque dont le fait accompli ou la chose livrée n'était que l'exécution, prenait un caractère de probabilité qui devait au moins faire accueillir la preuve de l'obligation. On dit alors que la convention a une cause (*in qua subest causa*) ;

elle naît d'un contrat, elle produit une action. De ces conventions, quelques-unes, comme étant les plus usuelles, ont reçu un nom spécial ; ce sont : le *mutuum*, ou prêt de consommation, le commodat, le dépôt, le gage, contrats qui, reposant tous quatre sur la tradition faite d'une chose à rendre, ont pris le nom de *contrats réels*. Tous les autres rentrent dans la classe illimitée des contrats innommés, qu'on a ramenés à quatre chefs, par ces indications générales, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, et dont on poursuit l'exécution par l'action *præscriptis verbis*.

Il est très-probable que dans les premières périodes du droit romain, ces conventions avaient seules la force obligatoire, qui reposait sur l'un ou l'autre de ces fondements, la cause ou la stipulation. Mais bientôt la fréquence de certains engagements, leur utilité pour le commerce, durent faire sentir le besoin de les rendre obligatoires, indépendamment de ces conditions. La vente, le louage, la société, le mandat, brisèrent les entraves dans lesquelles le droit civil emprisonnait les autres conventions. Ces contrats se passant souvent entre Romains et étrangers, il fallut les dispenser des conditions auxquelles étaient astreints les contrats du pur droit civil ; et il fut reconnu qu'ils seraient parfaits par le seul consentement.

C'était créer des pactes obligatoires. Le pas était immense, il ne fut pas sans doute franchi d'un seul coup. L'on peut raisonnablement penser que ces quatre pactes n'ont été que successivement élevés à la dignité de contrats, et que l'ordre dans lequel ils sont présentés par Gaius est l'ordre chronologique suivant lequel s'est opérée cette transformation.

Enfin la convention dont on dresse un écrit n'est plus suspecte de la légèreté qu'on suppose dans un simple pacte ; aussi voyons-nous que les dettes quelconques constatées soit dans les *nomina transcriptitia*, soit dans les *chirographa* et *syngrapha*, pouvaient être exigées par une action ; d'où naît une quatrième classe d'obligations : *que litteris contrahuntur*.



La convention qui ne rentrait dans aucune des quatre catégories que je viens d'indiquer, était dépourvue d'un moyen direct d'exécution, en d'autres termes, de l'action. Tel est le pacte. A cet état du droit civil, le préteur ne voulait, ne pouvait peut-être rien changer directement. Il ne pouvait, sans contrarier ouvertement la législation positive, dire ; « Je donnerai action pour les pactes. » L'action devait se fonder directement ou par analogie sur les obligations reconnues par le droit civil. Cependant, le préteur tendait sans cesse à faire dominer les principes de l'équité ; il avait au service de ses vues un moyen puissant de tourner les difficultés qu'il ne pouvait vaincre ; contre l'action dont il improuvait le principe, il donnait l'exception. C'est ainsi, en particulier, que les pactes acquéraient cette efficacité que l'édit leur assurait en ces termes si connus : *Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus leges... facta erunt servabo.* D'où il résultait que si, par erreur ou volontairement, celui qui s'était obligé par pacte venait à payer, les répétitions qu'il aurait voulu exercer sur le fondement qu'il ne devait pas ce que le droit civil ne le forçait pas à exécuter, ces répétitions étaient neutralisées par l'exception *dolimali* ou *pacti conventi*.

De même, si la personne obligée par un pacte devenait, par un événement quelconque, créancière de celui envers lequel elle était ainsi obligée, pour des quantités semblables à celles dont elle était tenue, et qu'elle voulût agir contre lui, celui-ci était admis à compenser sa dette avec sa créance, en opposant l'exception de pacte, et même sans le secours de cette exception, si l'action dirigée contre lui n'était pas une action de droit strict. Ces deux effets, qui, comme on voit, se ramènent logiquement à la même source, permettent de considérer les pactes comme donnant naissance à des obligations qu'on a appelées *naturelles*, et qui restent également distinctes des obligations civiles qui ont à leur service des moyens directs et indirects de contrainte, et des devoirs de conscience, auxquels le droit positif

n'attribue aucune sorte d'effet.

Si j'avais à faire l'histoire des pactes, je dirais comment la loi elle-même en saisit quelques-uns pour les faire passer dans la classe des contrats consensuels, ou, ce qui revient au même, en fit des *pactes légitimes*. Comme je n'ai à considérer cette matière que sous le rapport de l'obligation naturelle, je me contente d'indiquer qu'au temps de Justinien, on trouve dix exemples de pactes rendus obligatoires par des constitutions de divers empereurs. (V. L. 50, de *Usur. et fruct.* ; L. 7, ff de *Nautico fœnore* ; L. 12, Cod. de *Usuris* ; L. 6, C. de *Dotis promiss.* ; L. 55, de *donation.*, etc.)

De son côté, le droit prétorien s'enhardissait à donner action pour le pacte de constitut et de gage. De plus, il était admis que tous pactes ajoutés incontinent à un contrat devaient être considérés comme inhérents à ce contrat, et participer conséquemment à la force obligatoire dont il était doué. Il en était ainsi, du moins, dans les actions de bonne foi. Dans les autres, le pacte ne pouvait modifier la condamnation qu'autant qu'il diminuait l'obligation du défendeur. Je ne cite que pour mémoire les pactes qu'on a aussi appelés légitimes, et qui, au lieu de donner une action, l'éteignent *ipso jure* : *Lex commissaria, in diem addictio, pactum ne furti, ne injuriarum agatur.* En résumé, quatre contrats consensuels, six pactes légitimes donnant action, quatre pouvant éteindre certaines obligations de plein droit, puis tous les pactes ajoutés incontinent aux contrats de bonne foi, même ceux ajoutés aux contrats de droit strict, quand ils tendaient à diminuer les dettes : tel est l'ensemble assez considérable des dérogations faites au principe que les pactes n'obligent que par le secours de l'exception.

C'est quand elle ne rentrait dans aucune de ces dérogations, que la *nuda conventio* produisait une obligation naturelle, laquelle, ainsi que l'attestent Paul et Julien, se reconnaît à ces deux caractères qu'elle ne produit pas d'ac-

tion et que le paiement n'en peut être répété. (L. 10, de *Obl. et act.*, et L. 16, § 4, de *Fidej.*)

II. — De la volonté manifestée dans un testament non conforme aux prescriptions du droit civil.

Dans cette matière plus encore que dans celle des conventions, le droit civil avait entouré la manifestation de la volonté, de formes solennelles. Pour qu'un testament fût valable, il devait satisfaire aux conditions intrinsèques ou du fond, et aux conditions extrinsèques ou de la forme. Une de ces conditions non remplie, la succession était déferée aux héritiers légitimes. Pour tempérer cette rigueur, le préteur aurait pu recourir aux remèdes que nous l'avons vu employer pour les pactes; s'il eût suivi cette voie, la matière des testaments eût ouvert une source féconde d'obligations naturelles.

Mais ici, il a procédé plus directement; il a dit quelles conditions lui paraissaient nécessaires pour que la volonté des testateurs dût s'exécuter; et quand il a trouvé ces conditions remplies, il a donné, non pas une exception, mais un droit actif qu'il a appelé *possession de biens*. Il est clair, d'après cela, que les héritiers légitimes ne pouvaient jamais être tenus d'une obligation naturelle vis-à-vis des héritiers institués par testament. Car de deux choses l'une; ou le testament présentait les conditions exigées par le préteur, et alors l'exécution en était assurée aussi énergiquement que celle d'un testament en tout conforme aux prescriptions du droit civil; ou bien cet acte ne satisfaisait pas même aux conditions du droit honoraire, et alors les dispositions qu'il contenait restaient privées de toute efficacité; le préteur n'accordait aux héritiers institués ni l'action ni l'exception.

Nous ne devons pas quitter ce sujet sans parler du droit que la loi Falcidie et le S. C. pégasien donnèrent aux héritiers vis-à-vis des légataires et des fidéicommissaires; car on a agité la question de savoir si l'on pouvait considérer ces héritiers comme obligés

naturellement à exécuter dans leur intégralité, les dispositions du testateur, sans profiter de la rétention que ces lois leur accordaient. Sur ce point, les textes paraissent en opposition. Paul nous dit (*Sent. rec., lib. 4, tit. 5, § 4*): *Quum totam hereditatem restituit, cum quartam retinere et pegasiam debuisset, si non retineat, repetere eam non potest: nec enim indebitum solvisse videtur, qui plenam fidem defuncto præstare maluit*. La loi première, au Code *ad leg. Falcid.*, confirme cette opinion: *Scire debes, omissa Falcidia, quo pleniorum fidem restituendæ portionis exhiberes, non videri plus debito solutum esse*. Mais la loi 9 du même titre dit: *Error facti quartæ ex causa fideicommissi non retentæ repetitionem non impedit*. Cette dernière décision rejette le caractère distinctif des obligations naturelles, qui consiste en ce que la répétition de ce qui a été payé n'est point admise, quelle que soit l'erreur qui ait été cause de l'exécution. Ce caractère semble être reconnu par les deux textes précédents. La suite de la loi 9 concilie et explique tout: *Is autem qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet; quim etiam si jus ignoraverit, cessat repetitio*.

Ce n'est donc qu'autant que le paiement a été fait en connaissance de cause, que la répétition est refusée. Il est vrai que la décision est la même au cas où le paiement a eu lieu par erreur de droit, bien que celle-ci, il faut le reconnaître détruit le consentement autant que le détruit l'erreur de fait. Mais la différence entre les deux cas tient à un système général, d'après lequel l'erreur de droit n'est jamais une cause de restitution. La difficulté la plus souvent invincible de vérifier si l'erreur de droit existait ou si elle n'existait pas; l'espèce de faute qu'on peut imputer à celui qui est resté dans l'ignorance du droit, lorsqu'il avait les moyens d'en sortir, ont déterminé à considérer l'erreur de droit sous un autre point de vue que l'erreur de fait.

Quoi qu'il en soit, il reste évident que la faculté introduite de retenir la quarte falcidie

ou trébellianique, constitue un droit auquel l'héritier institué peut sans doute renoncer, mais dont il ne peut être dépouillé malgré lui, sauf le cas d'erreur de droit. Nous n'avons pas ici l'élément essentiel de l'obligation naturelle.

§ 2. Des conventions passées par des personnes frappées d'une incapacité absolue ou relative.

I. — Le pupille.

L'incapacité qui ne permet point au pupille de s'engager sans l'autorisation du tuteur est fondée sur une présomption qui peut n'être pas conforme à la vérité; mais il est évident que lorsque le pupille aura contracté seul, on ne saurait être admis à prouver qu'il a agi avec un parfait discernement. La présomption a justement pour objet d'éviter ces appréciations individuelles.

L'engagement contracté par le pupille ne peut donc donner d'action contre lui. Le fait d'exécution ne donne pas plus de force à ce lien sans consistance. Ceux qui aurent reçu du pupille seront passibles de la *revendication*, s'ils ont encore en leur possession les choses payées, et de la *condiction*, si ces objets ont été consommés.

C'est ce que dit très-positivement Nératius dans la loi 4, ff de *Condict. indeb. quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est*; et la raison qu'il en donne est précieuse à recueillir : *quia nec natura debet*. Ce texte est en harmonie avec la loi 59 de *Obl. et act.* Au contraire, la loi 42, ff *pr. de Jurejurando*, et la loi 21 ff *ad leg. Falc.*, considèrent le pupille comme étant tenu naturellement.

Mais il est à remarquer que nulle part, cependant, on ne trouve que le paiement d'une semblable obligation ne puisse être répété. La loi 42 ne regarde cette obligation comme naturelle que pour arriver à cette conséquence, que la caution intervenue ne pouvait pas se décharger de son obligation. Dans l'autre loi, Paul suppose que le pupille qui a emprunté dix sans l'autorisation de son tuteur, reçoit de

celui qui lui a prêté un legs, fait à condition qu'il payera les dix empruntés.

Le jurisconsulte décide que le paiement fait par le pupille remplira deux objets différents : l'acquittement d'une dette naturelle dont le montant viendra augmenter le patrimoine du défunt, et l'exécution d'une condition qui donne le droit de demander le legs. Dans la loi 44, ff de *Solut.*, Marcien s'explique dans le même sens. Au titre de la novation, L. 1, *in fine*, nous trouvons encore comme exemple d'obligation naturelle l'obligation contractée par le pupille. La même idée est exprimée par la loi 95, § 4, ff de *Solut.* Après avoir énuméré les modes d'extinction de l'obligation principale, Papinien termine par cette conséquence : que la *caution du pupille* sera *déchargée* par les mêmes causes. Le même Papinien, dans la loi 25, § 1, ff *quando dies leg. ced.*, dit que le pupille qui a emprunté ne doit rien, *nihil debet*; mais il indique ensuite qu'il est obligé naturellement.

Ces décisions sont-elles inconciliables, et faut-il reconnaître que les jurisconsultes romains étaient divisés d'opinions sur un point aussi capital? C'est ce qu'il s'agit d'examiner. J'ai déjà noté que la décision de Nératius, qui donne la répétition au pupille qui a payé une dette contractée sans autorisation, n'est nulle part contredite. D'un autre côté, aucun texte ne refuse à l'obligation du pupille la possibilité d'être cautionnée, d'être novée, d'être considérée, après paiement volontaire, comme augmentant le patrimoine du créancier.

Maintenant, la décision de Nératius s'appuie sur ce qu'il n'y a point d'obligation naturelle; celles de Paul et de Marcien se fondent sur l'existence de cette obligation. Il me semble qu'il n'y a que confusion dans les termes, confusion qui s'explique parce que la langue latine n'avait qu'un mot pour exprimer deux idées que les jurisconsultes n'ont cependant pas confondues. Entend-on par obligation naturelle celle qui, sauf l'action que le droit civil lui refuse, jouit de tous les autres effets que produit l'obligation civile, qui les produit

sans l'intervention d'un consentement nouveau? Nératius a raison, l'obligation du pupille n'appartient point à cette classe. Considère-ton, au contraire, comme obligation naturelle tout fait propre à engager la conscience d'un homme de bien? A ce point de vue, le pupille qui a agi avec discernement est naturellement obligé. Mais le mot obligation perd ici évidemment toute sa force, puisque le fait qu'il dénomme n'est appelé à produire aucune espèce de contrainte. Est-ce à dire que les décisions données sur le fondement de l'existence de cette obligation soient mauvaises? non; car s'il est vrai que personne n'est forcé d'acquiescer ces obligations, il n'est pas moins certain que chacun est libre de le faire. Si on le fait, le droit civil ne peut que sanctionner cette exécution; ce n'est qu'une renonciation à la faculté que la loi laissait de payer ou de ne pas payer; c'est cette renonciation qui oblige. Mais l'obligation, dans le sens propre du mot, n'existait pas avant elle. Cette explication ressort, du reste, assez clairement de ce que dit Papinien dans une loi déjà citée (L. 23, § 1, D. Q. d. l. cedat). Je donne, par mon testament, à Titius, ce que me doit Seius. Celui-ci est un pupille qui s'est engagé envers moi sans autorisation, et qui ne s'est point enrichi de l'emprunt qu'il m'a fait. Titius a-t-il le droit de réclamer quelque chose? non; car je lui ai légué une créance qui n'en est pas une, puisqu'il n'y a aucun moyen de contrainte contre le pupille.

Si cependant celui-ci payait..., le legs devrait alors avoir son effet, et Papinien dit : Qu'on l'interprète alors comme si le testateur avait écrit : *Titio dato quod pupillus solverit*; ce qui revient à dire que le legs est fait sous la condition : *S'il plaît à Seius de payer*. Fixée en ces termes, la position de Seius n'est certainement pas celle d'un homme obligé.

En résumé, l'engagement du pupille non autorisé ne donne pas action contre lui. Le paiement qui en serait fait par erreur serait répété, le débiteur du pupille ne pourrait lui en opposer la compensation. D'un autre côté,

cet engagement pourrait être la base d'une constitution ou d'une novation de la part du pupille devenu pubère; il pourrait être le sujet d'un gage et d'un cautionnement.

Nous avons supposé dans toute cette discussion, que le pupille ne s'était pas enrichi par suite de son emprunt. C'est qu'en effet, depuis le rescrit d'Antonin le Pieux, l'obligation du pupille, *quatenus locupletior factus est*, est devenue une véritable obligation civile, puisqu'elle a été munie de l'action. Ulpien indique de la manière la plus explicite l'introduction de ce droit nouveau V. l. 3, pr. et § 1 D. de Auct. tut.

Si nous nous reportions à une époque antérieure à cette constitution, c'est alors que nous trouverions les vrais éléments de l'obligation naturelle dans l'emprunt qui enrichit le pupille : déni de l'action d'une part, compensation et exception à la répétition de l'autre. Ce changement dans la législation romaine ne peut-il pas servir encore à expliquer le peu d'harmonie qui existe entre les jurisconsultes pour caractériser l'obligation du pupille?

## II. — De l'interdit et du fou.

Il y a moins de difficultés sur les effets de l'obligation contractée par le prodigue auquel le préteur a interdit l'administration de ses biens. Cet état le met dans une incapacité absolue de s'engager valablement; et comme cette incapacité est créée par le décret du préteur lui-même, on conçoit bien que celui-ci ne devait attribuer aucun effet à l'engagement formé au mépris de cette interdiction. Aux termes de la loi 6, ff de Verb. obl., l'obligation est tellement nulle, qu'elle n'est pas même susceptible d'être cautionnée. Ulpien l'assimile à celle du fou, dont les conventions sont considérées comme non avenues; par cette raison simple qu'elles sont dénuées de la condition essentielle de tout engagement, la volonté intelligente. *Fidejussorem accipere non potest quia... nec negotium quidem ullum gestum intelligitur* (L. 70, § 4, de Fidej.). Mais le furieux comme l'interdit et le pupille, peuvent être tenus

*non ex conventione sed ex re*, ainsi que cela est expliqué dans la loi 46, *de Oblig. et act.*, et dans ce cas, rien ne s'oppose à l'intervention de toutes les accessions qui peuvent garantir une obligation civile.

### III. — De l'esclave.

L'esclave, n'étant pas personne civile, ne peut contracter un engagement susceptible d'être reconnu par le droit civil. Quels biens offrirait-il à la poursuite des créanciers, lui qui n'a pas de patrimoine? Cependant, cet esclave pouvait arriver un jour à la liberté, et même, avant d'être affranchi, il pouvait acquérir, sinon un patrimoine, du moins un pécule. En vue de ces deux faits, le droit prétorien vint, en cette matière, modifier notablement les prohibitions absolues du droit civil. Il créa l'action *de Peculio* contre le maître, et reconnaissant une obligation naturelle dans l'engagement contracté par l'esclave, il autorise la rétention du paiement fait après l'affranchissement; la compensation peut également en être demandée, l'admission de ces effets principaux entraînant à *fortiori* l'admission des accessions dont toute obligation naturelle peut être entourée (L. 12, *ff de Cond. indeb.*).

### IV. — Engagements entre personnes *ex eadem familia*.

La constitution de la société romaine est la cause de l'incapacité de l'esclave. C'est sur la constitution de la famille qu'est fondée l'incapacité mutuelle de contracter qui existe entre l'esclave et le maître, le père de famille et les fils non émancipés, et entre deux frères soumis à la même puissance. Toutes ces personnes n'ayant aux yeux du droit civil qu'un seul et même patrimoine, ne peuvent pas plus agir les unes contre les autres, qu'on ne peut avoir d'action contre soi-même. Cependant, le lien qui existe entre ces personnes peut se rompre, et la fiction faisant place à la réalité, elles pourront désormais contracter ensemble et s'obliger civilement l'une envers l'autre.

Mais l'événement qui change les relations des personnes pour l'avenir, ne peut effacer

le caractère de leurs relations passées. La convention dont la date se rapportait à cette dernière époque ne pouvait donc valoir aux yeux du droit civil. Le droit prétorien ne montrait pas la même rigueur; il protégeait l'exécution de ces engagements comme il maintenait celle des pactes. Les lois 58 et 64 *de Cond. ind.* s'expliquent catégoriquement à cet égard, et leurs décisions sont fondées sur la mention expresse d'une obligation naturelle; et en effet nous en trouvons ici tous les caractères.

### V. — Du fils de famille qui emprunte.

C'est un principe incontestable que le fils de famille peut s'obliger par les mêmes causes qu'un père de famille, et qu'on peut agir contre lui avec la même facilité (L. 29, *ff de Obl. et act.*). Cette règle ne souffre exception que pour le cas d'emprunts faits par le fils de famille. Le sénatus-consulte macédonien refusait toute action aux créanciers, même après que le fils avait cessé d'être sous la puissance paternelle. Quand il n'apparaissait pas tout d'abord si la loi était applicable aux faits proposés, le préteur, au lieu de dénier l'action, renvoyait au juge, au moyen d'une exception, la question de savoir si l'engagement rentrait ou non sous la prohibition du sénatus-consulte. C'est à raison de cet usage également pratiqué pour le serment (*V. passim, de Jurejur.*), qu'on trouve ce bénéfice souvent désigné sous le nom d'exception du sénatus-consulte macédonien. Au reste, cette exception était établie, plus en haine de ceux qui spéculaient honteusement sur les passions de la jeunesse, que dans l'intérêt des débiteurs eux-mêmes.

Or, quand le débiteur n'est libéré, dit Pomponius, que pour punir le créancier, l'obligation naturelle reste, et, en conséquence, le paiement n'en est pas répété (L. 49, *pr. ff de Cond. indeb.*). C'est d'après la même idée que, dans la loi 9, *ff ad Senat. cons. maced.*, nous voyons que si le débiteur devenu père de famille donne un gage pour sûreté de l'emprunt fait contre la disposition du sénatus-consulte, il ne peut plus opposer l'exception jusqu'à

concurrence au moins du gage qu'il fournit. Ces décisions, confirmées par plusieurs autres textes tout aussi explicites, nous donnent tous les éléments d'une obligation naturelle proprement dite : non répétition du paiement fait par erreur, compensation, constitution, novation, cautionnement, etc., etc. Je remarque, quant au fidéjusseur, qu'il n'est tenu de payer la dette qu'autant qu'après avoir payé il ne devrait pas avoir de recours; s'il n'a pas renoncé à ce droit, il peut opposer à l'action dirigée contre lui l'exception, dont le fils de famille peut se prévaloir (L. 9., § 5, *ad Senat. cons. maced.*).

VI. — De la femme qui s'engage pour autrui.

Le sénatus-consulte velléien, en défendant aux femmes de s'engager pour autrui, prive de toute action ceux au profit desquels de semblables engagements ont été contractés, ou bien, comme on le dit encore, donne aux femmes une exception perpétuelle contre cette réclamation. Tous les jurisconsultes signalent entre cette exception et la précédente cette différence, que l'une est une sorte de peine prononcée contre le créancier, tandis que l'autre est accordée en considération du débiteur, et pour le protéger contre sa propre faiblesse; cette protection instituée dans un but d'intérêt général, rentre dans les vues d'équité du droit prétorien; aussi le préteur ne doit-il pas lui donner plus d'efficacité que ne lui en reconnaît le droit civil. C'est pourquoi la loi 40, ff *de Cond. indeb.*, fait à ce cas l'application de la règle générale, que celui qui peut opposer à l'action une exception perpétuelle, répète ce qu'il a payé par erreur.

Dans ce cas, il n'y a pas davantage lieu à compensation (L. 14, ff *de Comp.*). Julien va même jusqu'à annuler le cautionnement qui serait donné pour sûreté de cette obligation, sans distinguer entre le cas où la caution aurait et celui où elle n'aurait pas de recours contre la femme (L. 16, ff *ad Senat. cons. Vell.*). Il se fonde sur ce que le sénatus-consulte annule *totam obligationem*, c'est-à-dire l'obligation tant naturelle que civile.

D'autres pensaient au contraire que le cautionnement était valable s'il ne devait pas donner de recours contre la femme; et cette opinion me paraît préférable, parce qu'après tout, s'il y a annulation absolue de l'obligation, on ne peut nier que cette nullité ne soit établie seulement dans l'intérêt de la femme. Ce qui importe donc, c'est que celle-ci ne puisse, en aucun cas, éprouver de préjudice.

§ 5. Si les obligations repoussées par des exceptions perpétuelles peuvent étre des obligations naturelles.

La règle que nous avons rappelée sur la force des exceptions perpétuelles n'a point été créée en vue des sénatus-consultes velléien et macédonien, auxquels elle est évidemment antérieure. Elle faisait partie de l'édit du préteur, qui l'avait consacrée afin d'ôter toute force à ces obligations purement civiles, que le droit strict n'annulait pas, mais que l'équité repoussait invinciblement. Telles sont les obligations résultant des contrats passés sous le coup de la violence ou sous l'influence du dol. Dans tous les cas où cette règle s'applique, il est clair qu'il ne peut être question d'obligation naturelle. C'est à l'ombre du droit prétorien qu'elle naît; comment subsisterait-elle à l'encontre de ce même droit?

Celui que la sentence du juge a reconnu n'être pas débiteur, celui auquel le demandeur a déféré le serment et qui a juré ne rien devoir, sont également protégés par une exception perpétuelle contre toute action nouvelle résultant de la même obligation. Bien qu'absous, le défendeur peut être, dans les deux cas, réellement débiteur.

L'obligation de celui-ci subsiste sans doute dans le for intérieur; mais il est évident qu'elle n'est pas de nature à être prise en considération par le préteur plus que par le droit civil. Pour lui donner quelque effet, il faudrait remettre perpétuellement en question des contestations dont la décision ne serait pas plus inébranlable après vingt jugements qu'après le premier.

L'exception que fournit la prescription de

longtemps reposant également sur des motifs d'ordre public, nous paraît infirmer d'une manière aussi absolue l'obligation à laquelle elle peut être opposée.

Mais ce point trouvera mieux sa place quand nous viendrons au droit français. Ici il pourrait paraître un hors-d'œuvre, puisque la prescription libératoire n'existait pas dans le droit romain des jurisconsultes.

Un sénatus-consulte de Marc-Aurèle, par un motif de protection facile à comprendre, défendit aux légataires de transiger, sans l'autorisation du préteur, sur les pensions alimentaires qui leur étaient laissées par testament. Toute transaction faite au mépris de cette prohibition ne pouvait produire d'action; elle ne pouvait pas davantage être protégée par une exception. Aussi voyons-nous dans la loi 25, § 2, ff. de *Cond. ind.*, que si quelque chose a été payé en exécution de cette convention, il y a lieu de le répéter.

L'examen de ces divers cas nous amène donc à la solution négative de la question posée par notre rubrique, en observant, toutefois, qu'il en est autrement pour l'exception du sénatus-consulte macédonien dont il a été question au paragraphe précédent.

§ 4. Si l'acquiescement d'un devoir moral peut être regardé comme l'acquiescement d'une obligation naturelle.

On s'est posé la question à l'occasion des services rendus par l'affranchi à son patron, et de la constitution de dot faite par la mère.

1<sup>er</sup> cas. C'était assez l'usage que le maître, en affranchissant son esclave, stipulât de lui certains services. L'affranchi, ainsi engagé, était tenu d'une obligation civile; que s'il n'y avait point eu de conventions à cet égard, le patron ne pouvait rien réclamer. Mais il pouvait arriver que l'affranchi s'acquittât spontanément de ces services; il accomplissait alors une obligation naturelle, et si plus tard il prétendait n'avoir pris tous ces soins que parce qu'il croyait les devoir, on ne lui accordait pas de les répéter, c'est-à-dire d'en exiger

l'estimation, *natura enim*, dit Ulpien, *operas patrono libertus debet* (L. 26, § 4, ff. de *Cond. ind.*). Quant à l'autre effet de l'obligation naturelle, il ne pouvait ici en être question; car l'obligation de services est, de sa nature, incompensable. Si l'affranchi reconnaît son obligation pour la nover, la constituer, la cautionner, la garantir par un gage, il n'est pas douteux que chacun de ces contrats accessoires doive produire tous ses effets.

2<sup>e</sup> cas. De même que le patron n'a pas d'action contre son affranchi pour exiger de lui la prestation des *opera officiales*, de même, la fille n'a pas d'action contre sa mère pour se faire doter par elle. Mais la tendresse maternelle semble ici faire un devoir de ce qui n'est pas une obligation civile. Par cette raison, la femme ne peut répéter ce qu'elle a donné en dot à sa fille, bien qu'elle prétende ne l'avoir fait que parce qu'elle s'y croyait obligée. *Sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa ex qua solutum non repetitur* (Julius, L. 52, § 2, ff. de *Cond. ind.*).

Du reste, je crois qu'ici comme au cas précédent, il n'y a pas matière à compensation, car, pour compenser, il faut que les quantités dues soient déterminées; et la quotité de la dot due par la mère ne pourrait être fixée que par une appréciation par trop arbitraire. Si, au lieu de donner, la mère promettait la dot par erreur, la même raison qui l'empêcherait de répéter devrait l'empêcher d'opposer son erreur pour se soustraire à l'exécution de sa promesse. Son obligation resterait donc dans les termes d'une obligation civile.

Les principes auxquels nous avons rattaché les solutions que nous venons de présenter, nous dispensent d'examiner la question de savoir si un bienfait reçu impose, à celui qui le reçoit, une obligation naturelle.

Ce point ne me paraît point être plus douteux en droit positif qu'en droit moral. Il faut rappeler ici les paroles de Sénèque: *Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse.*

Présentons en quelques mots les conclu-

sions de ce travail. Après avoir déterminé quelle idée devait s'attacher aux mots *obligation naturelle*, nous en avons reconnu les caractères dans l'obligation résultant : 1° des pactes ; 2° avant le sénatus-consulte d'Antonin, de l'engagement contracté par le pupille et dont il s'était enrichi ; 3° des contrats passés par l'esclave qui était ensuite affranchi ; 4° des conventions formées entre personnes soumises à la même puissance ; 5° de l'emprunt fait par le fils de famille ; 6° de certaines considérations d'équité, dans des cas déterminés. Hors celles qui dérivent des deux dernières sources, cette espèce d'obligation nous a paru avoir sa raison d'être dans l'antagonisme qui existait entre les rigueurs ou les fictions du droit strict, et le droit plus équitable dont le

préteur cherchait à faire prévaloir les principes par la voie des exceptions. Aussi la possibilité d'opposer une obligation comme exception dans les actions de droit strict, ou comme défense dans les actions de bonne foi, nous a-t-elle paru être la pierre de touche de l'obligation naturelle.

Après avoir dit les sources, la raison, le caractère et les effets de cette obligation, nous n'avons, pour compléter ce sujet, qu'à ajouter qu'elle s'éteint *ipso jure*, d'abord par les modes qui éteignent l'obligation civile, et en outre par tous ceux qui n'empêchent celle-ci de produire ses effets qu'autant qu'ils sont opposés dans l'exception.

S. VIDAL,  
Docteur en droit.

(La suite à la prochaine livraison.)

## BIBLIOGRAPHIE.

DES LETTRES DE CHANGE ET DES EFFETS DE COMMERCE EN GÉNÉRAL, ouvrage contenant 1° un traité ; 2° la jurisprudence ; 3° l'opinion des auteurs ; 4° la législation ancienne ; 5° la législation actuelle de la France ; 6° la législation internationale. par LOUIS NOUGIER, avocat à la cour royale de Paris (1).

A Messieurs les Éditeurs des Archives de droit et de législation.

Messieurs, j'ai, comme on dit, l'honneur d'appartenir à l'ordre des avocats ; mais pour rendre hommage à la vérité, je m'empresse d'ajouter que j'ai le malheur d'appartenir à la catégorie nombreuse des avocats sans cause. Je ne m'endors pas pour cela dans les délices d'une honteuse oisiveté, et tandis que mon heureux confrère l'avocat plaçant transforme au Palais en mouvements d'éloquence ses études du matin et se console du chagrin que lui causent la vue et l'audition de son honorable contradicteur par l'indicible plaisir qu'il trouve à s'entendre parler et parfois, dans ses plus beaux jours, à se voir écouter par deux ou trois stagiaires de première année, moi j'attends dans mon cabinet cet être insaisissable qu'on nomme *client*, et à son défaut j'appelle à ma barre les innombrables auteurs des

traités généraux et spéciaux sur les diverses branches du droit et surtout nos législateurs, les uns français, les autres hollandais, les derniers belges, avec le cortège obligé des législateurs de tous les pays dont les lois nous sont connues ; car nous ne sommes plus au temps où l'on ne s'aventurait guère dans le champ ignoré et sans limites de la législation comparée. Cette étude, de purement accessoire qu'elle était, s'est élevée à la dignité de science principale ; et seule elle donne aujourd'hui aux œuvres de l'écrivain juriconsulte, ce cachet de travail consciencieux et approfondi qu'en général on aime si peu pour soi-même, mais que l'on sait si bien exiger d'autrui. Dans ce congrès polyglotte il règne parfois une confusion *babélique*. Mais le désordre se prolonge rarement ; illuminé du flambeau de ma raison, je distribue avec toute l'assurance d'un pouvoir sans contrôle le blâme et la louange, et si je ne suis pas toujours content des travaux

(1) Un Volume in-8° à 2 colonnes, Bruxelles, Société belge de librairie HAUMAN et C<sup>e</sup>.



divers de tous ces législateurs, du moins, grâce à ce vague heureux dont s'enveloppe la pensée, tant qu'elle ne se fixe pas sur le papier, ai-je toujours l'agrément d'être content de moi-même.

Je me propose de vous initier ultérieurement à ces mystères de mon cabinet, heureux si je puis vous dédommager ainsi de la perte qu'a faite votre revue en M. le président de S..... M. l'avocat de B.... et M. le conseiller de B..... dont l'active collaboration vous fait défaut à ce qu'il paraît ; car depuis quelques mois leurs noms ont disparu de votre couverture. Pour aujourd'hui, je prétends vous entretenir seulement du livre mentionné en tête de cette lettre, ouvrage qui doit attirer l'attention de tous ; car s'il est un ouvrage de droit, il est de ce droit usuel qu'il n'est permis à personne d'ignorer.

En, effet qui n'a jamais souscrit une lettre de change ou un effet de commerce ? Qui peut affirmer qu'il n'aura pas à en souscrire encore ? Au petit nombre des privilégiés qui par leur naissance ou leur travail, par succession légitime ou testamentaire, ou bien encore par ce qu'on est convenu d'appeler un bon mariage, se trouvent à l'abri de pareilles éventualités, je dirai : Êtes-vous assurés de n'avoir jamais à recueillir des successions composées en totalité ou en partie de valeurs en portefeuille ? Êtes-vous certains de n'avoir jamais à recouvrer que des créances liquides qui vous seront payées en beaux deniers comptant ? À défaut d'espèces ne préferrez-vous pas à la parole volante d'un débiteur sa promesse écrite et négociable ? Dans ces diverses hypothèses n'avez-vous pas besoin de connaître les caractères essentiels de la lettre de change et du billet à ordre, les droits et les devoirs des endosseurs et du porteur relativement à l'acceptation, à la provision et au paiement, relativement au tireur, au tiré et au donneur d'aval ? Dans le cas à prévoir d'un refus de paiement ne devez-vous pas avoir quelques notions sur les besoins, le retour sans frais, les protêts, le rechange, la juridiction compétente ? Si votre créancier est un étranger, ne devez-vous pas connaître les dispositions qui régissent ce cas spécial ?

Peut-être vous promettez-vous de recourir le cas échéant aux lumières d'un avocat ! Je me garderai de vous en dissuader, et si c'est moi que vous devez honorer de votre confiance, je me ferai même un devoir de vous y encourager. Mais vous ignorez combien de

conférences votre avocat trouvera nécessaires dans l'intérêt bien entendu de votre cause ; cela peut vous mener fort loin. D'ailleurs, comme les conseils du médecin n'excluent pas la sollicitude personnelle de votre santé, ainsi le zèle de votre avocat ne vous dispense pas d'un concours intelligent à la gestion de vos intérêts. La santé du portefeuille, comme la santé du corps, ne se conserve que sous la protection de certaines lois d'hygiène qu'il faut connaître et observer. Ces lois, M. Nougier vous en donne le recueil dans le traité qu'il vient de publier sur *la lettre de change*.

Direz-vous que tout cela est simple comme *bonjour* ; que la matière de la lettre de change est trop connue pour rendre nécessaires les conseils de l'avocat ou les éclaircissements du commentateur ? Prenez garde cependant, nul n'a la science infuse. Les dispositions des lois ne se devinent pas ; et les idées les plus répandues sur la législation sont souvent les plus erronées. Combien de gens acceptent sans difficulté un mandat et qui ne consentiraient pas à accepter une lettre de change, cependant c'est absolument la même chose, le nom ne fait rien à l'affaire. Ainsi, pour ne pas sortir de notre sujet, l'endossement en blanc est généralement consacré par l'usage. Eh bien, M. Nougier nous apprend que lui-même a fait condamner un individu qui avait abusé d'un endossement en blanc pour s'approprier une valeur de 4500 fr. Il résulte de là que l'endossement en blanc offre des dangers réels et trop peu connus.

Il est bon de savoir aussi que la participation à une lettre de change ou à un effet de commerce rend, même le non commerçant, justiciable des tribunaux consulaires, et peut, à défaut de paiement, dans des cas déterminés, compromettre sa liberté. Il ne faut pas perdre de vue non plus que la section des dettiers dans les maisons de détention contient moins de débiteurs récalcitrants ou de mauvaise foi que d'honnêtes gens, qui expient leur ignorance des lois et leur défaut de recours en temps utile contre le débiteur réel.

Dernièrement un *lion* parisien se trouvait absorbé par une *causerie* intime, lorsqu'un huissier mal appris, porteur de valeurs échues, se présenta à son domicile. Le *tigre* lui répondit que monsieur n'était pas visible. De là protêt, compte de retour ; jugement du tribunal de commerce de la Seine, décrétant prise

de corps ; incarcération ; appel, arrêt de la cour royale de Paris ; pourvoi en cassation et enfin arrêt de la cour de cassation de France. (Note sur le n° 258, p. 441 de l'ouvrage de M. Nougier), déclarant que « la non-visibilité d'un débiteur équivaut à son absence dans le sens de l'art. 174 du Code de commerce, et qu'ainsi l'huissier à qui un domestique déclare que le débiteur n'est pas visible est dispensé de venir de nouveau ; qu'il peut protester à l'instant, en faisant au domestique les injonctions de droit. » Voilà un arrêt qui résout une question intéressante. Eh bien, c'est toujours par l'autorité des arrêts que M. Nougier apprécie la solution des questions nombreuses que soulève la matière. Il est certain que la jurisprudence peut seule faire apprécier la véritable portée des lois ; *le traité sur la lettre de change* a le mérite de réunir tous les arrêts importants rendus sur la matière et de nous éviter ainsi la peine de les rechercher dans les volumineux recueils où ils sont disséminés.

La question de l'origine de la lettre de change qui n'a été traitée que superficiellement dans les ouvrages embrassant toute l'étendue du Code de commerce, est la première qui se présente sous la plume de M. Nougier ; questions intéressante au point de vue historique, et dont la solution ne conduit pas à une stérile érudition ; car comme le fait observer l'auteur « une chose se comprend et s'explique, autant par son principe que par sa nature, autant par son origine que par son développement. »

Jusqu'ici nous n'avons envisagé le traité de M. Nougier, que sous le point de vue de l'utilité privée et de l'intérêt historique. Mais au point de vue des intérêts généraux, cet ouvrage offre aussi une utilité réelle. L'extension de notre commerce extérieur est considérée par tous les économistes du pays, comme le remède le plus efficace au malaise dont se plaint l'industrie. De louables efforts sont faits dans ce but, tant au ministère de l'intérieur qu'à celui des affaires étrangères ; d'autre part une commission avise à conserver au pays son antique industrie linière, dont il est à la veille de se voir dépossédé par les Anglais ; et enfin, une commission d'enquête parlementaire a parcouru le pays, visité les fabriques, écouté les avis des industriels et des chambres de commerce, et d'après les renseignements contradictoires qu'elle a re-

cueillis, elle proposera les bases d'un système commercial et naval. Tout cela n'aboutira-t-il donc qu'à faire, comme d'aucuns le prétendent, *de l'eau claire ou de l'eau trouble!* Bannissons des idées aussi décourageantes. Lorsque nous voyons des hommes éclairés, dévoués aux intérêts du pays, rechercher de bonne foi et sans esprit de système, la cause réelle des maux de l'industrie et les moyens efficaces de les faire cesser, nous pouvons attendre avec confiance le résultat de leurs investigations. Nous devons espérer que notre commerce extérieur prendra bientôt une activité nouvelle. Sans doute il n'y a de commerce fructueux que dans un système d'échange ; mais les produits échangés n'étant jamais d'une valeur qui corresponde exactement, et d'ailleurs l'échange n'ayant presque jamais lieu directement, la lettre de change sera toujours l'instrument le plus précieux que puisse employer le commerce extérieur. Dans ces circonstances un traité qui nous fait connaître sur la matière la législation internationale, vient satisfaire à un véritable besoin.

Il arrive trop souvent que le public s'engage des connaissances les plus futiles et dédaigne celles qui offrent le plus d'utilité. Tel semble avoir toujours été le sort de la lettre de change. Scaccia, l'auteur du premier traité, où la matière de la lettre de change ait été examinée avec soin, rapporte que « dans une conversation, l'un de ceux qui en étaient, ayant dit qu'il devait arriver un homme qui était savant en toutes sortes de *belles-lettres* et de sciences, un autre l'interrogeant sur quelles, comme il lui répondit que c'était en morale, en théologie, en jurisprudence et autres, l'autre faisant semblant de faire peu de cas de ces sciences, et lui ayant demandé s'il n'en savait pas d'autres, celui-ci tout étonné lui dit quelles autres *belles lettres* il pouvait savoir? Il lui répondit les *lettres de change* et que si l'on ne savait pas celles-ci le meilleur manque. »

Je pense, messieurs, que vous partagerez l'opinion de Scaccia, et que vous jugerez convenable de recommander à vos lecteurs le *nouveau Traité de M. Nougier, sur les lettres de change et les effets de commerce*, en insérant la présente dans votre estimable revue.

Agréé, etc.

LAWYER.

Anvers, 1<sup>er</sup> mai 1841.

# HISTOIRE

DU

## DROIT CRIMINEL BELGE.

### De l'ivresse dans l'ancien droit pénal de la Belgique.

Notre législation pénale sur l'excuse et l'atténuation accuse la dureté du législateur. Tandis que les lois romaines et canoniques (1) comptent l'ivresse au nombre des causes du sommeil de l'intelligence, qui servent à excuser l'agent criminel, on cherche en vain à ruser avec le texte de l'article 64 de notre Code pour y trouver quelque indulgence en faveur des actes nuisibles, commis dans un moment où les facultés morales de l'homme n'agissent plus, dorment ou s'oblitérent même entièrement.

Cette sévérité de plusieurs nations modernes pour des crimes sans méchanceté, s'explique d'autant moins que l'usage des liqueurs spiritueuses se rattache à l'influence du climat. Les habitants du Midi boivent par choix, ceux du Nord par coutume, et s'il faut en croire Montesquieu, par besoin (2). Il semble donc naturel que, dans les pays froids, les lois sur les délits commis en état d'ivresse, couvrent de quelque pitié les coupables et envisagent avec douceur des méfaits qui échappent en partie à la justice.

La Belgique d'autrefois était-elle plus logi-

cienne que la Belgique d'aujourd'hui? Quelle était sur cette question la pensée des temps qui nous ont précédés, quelle était l'opinion nationale? Les édits s'armaient-ils de toutes les peines juridiques contre les délinquants, ou la bienveillance de la coutume l'emportait-elle? Pour éclaircir ce point d'histoire de notre droit criminel, il faut avoir recours à nos auteurs belges et recueillir avec soin les fragments des oracles de notre vieille jurisprudence.

Nous remontons à l'époque de Charles-Quint. L'empereur flamand voulut d'abord régler par un édit du 7 octobre 1551, les fêtes qui suivaient chaque année dans toutes les localités les solennités religieuses. Le texte de l'édit est rapporté par Anselmo (3). On y signale, d'abord, la nécessité de porter remède aux excès qu'engendrait l'ivrognerie, la compagne inséparable de ces fêtes, qui semblait avoir pris un caractère de régularité assez alarmant. Il est en effet incontestable que ces habitudes d'intempérance et de dissipation, si contraires pourtant à la vie laborieuse du pays, étaient entièrement acclimatées sur notre

(1) L. II, Dig. 48, 49. — L. 6, § 7, Dig. 49, 16. — L. 12, Dig. 48, 3. — Decret. grat. II, C. XV, q. 1, c. 7. Si qua per vinum deliquerint apud sapientes iudices venia quidem facta donantur, sed levitatis damnantur auctores.

(2) *Esprit des lois*, liv. XIV, ch. 10.

(3) *Tribonianus Belgicus*, C. 55. On le trouve aussi dans les *Placards de Flandres*, vol. I, p. 761, art. 10.

sol ; l'Italien Guicciardini, qui, après avoir longtemps parcouru nos provinces, a développé vers cette époque, dans une suite de narrations pleines d'intérêt, l'admiration que lui faisaient éprouver nos villes et nos institutions, nous a transmis des détails fort précis sur la façon de vivre des habitants :

« La plupart du peuple de ce pays bas  
« est encore souillé de cette faute, que pres-  
« que tous sont adonnés à trop boire : en quoi  
« ils prennent un singulier plaisir : ce qui est  
« cause que souvent ils boivent tant et nuit et  
« jour, qu'outre le désordre que cela engen-  
« dre, plusieurs d'entre eux en sentent de  
« grievés maladies et du corps et de l'esprit.  
« Aussi sans mentir ce drinquer leur accourcit  
« la vie...

« Et eux-mêmes cognoissent bien cecy et  
« le confessent et s'en blasment, ce nonob-  
« stant cette mauvaise coustume ayant pris  
« pied en eux, ils ne savent ou peuvent s'en  
« abstenir, ny dompter cette passion désor-  
« donnée, en quoy ils sont aucunement excu-  
« sables : car estant l'air du pays le plus du  
« temps humide, nuageux et mélancolique, à  
« peine sauraient-ils trouver un moyen et  
« instrument plus propre à haucer le temps,  
« et chasser cette fascheuse mélancolie et mal-  
« sain chagrin, que le vin, selon qu'il semble  
« que le poëte Horace le veuille monstrier,  
« quand il dict :

Avec la force du vin,  
Chasse le soing et chagrin.

« Néanmoins devoient-ils suivre l'avertis-  
« sement du proverbe Térentien qui dict :  
« *Ne quid nimis*, que rien trop ni excessif :  
« comme, à dire vray, depuis quelque temps  
« en çà presque tous les hommes de quelque  
« qualité et condition qu'ils soient, commen-  
« cent faire et s'abstenir de trop boire (1). »

On comprend pourquoi ces fêtes qui pré-  
sentaient l'occasion de désordres de toute

espèce, devinrent l'objet de la surveillance du législateur ; en abrégeant la durée de ces réjouissances dangereuses, il espérait diminuer le nombre des délits qui s'y commettaient ; il ordonna, en conséquence, sous peine d'une amende de quinze florins, qu'elles eussent lieu à jour fixe, et défendit qu'elles durassent plus d'un jour. Mais il était presque impossible d'opérer à l'aide d'une loi pénale, la réforme qu'appelaient les habitudes d'un peuple que le même Guicciardini nous présente « comme « étant adonné au plaisir, à la joie et aux « festes et passetemps, et ne se souciant pas « d'aller 30, 35 ou 40 milles loing pour se « trouver à quelque feste, ainsi qu'en avient « en esté aux plus solennelles processions qui « se font par le pays et qu'ils appellent care-  
« messes. »

Aussi, nous n'avons aucune preuve que cette pénalité ait jamais reçu son exécution. Zypæus atteste au contraire que l'édit ne fut pas suivi ; *Quod usu receptum non fuit*, dit-il, puis il ajoute ces paroles qui déposent naïvement des usages domestiques : *Mores culinae fumum retinuerunt* (2).

Kinschot nous apprend la même chose (3). Cette disposition de l'ordonnance de 1551 fut reproduite, mais toujours sans succès, dans un édit de Philippe II du 22 juin 1589 (4).

Néanmoins le législateur ne voulut pas fermer les yeux aux abus résultant de l'ivresse ; il mit impitoyablement sur la même ligne tous les délits commis pendant l'enivrement. Il importe peu que le crime soit perpétré par un misérable qui cherche dans les liqueurs enivrantes le moyen de s'enhardir au crime, ou par un homme conduit involontairement à une ivresse complète, même en se tenant en garde contre la perte de sa raison, ou enfin par un individu qui transgresse volontairement les règles de la tempérance sans avoir cependant le dessein d'exécuter une mauvaise action : toutes les distinctions que la science du droit

(1) *Description des Pays-Bas* ; qualité et façon de vie, etc.

(2) *Notitia Juris Belg.* lib. IX, cap. ad legem

Cornel. de *Sicariis*, n. 5. — (3) *De remissionib. homicid.* C. 9.

(4) Art. 9. *Placards de Flandre*, vol. II p. 175.

s'est appliquée depuis à faire ressortir, sont effacées dans les édits de nos princes. Les coupables sont d'abord punis pour l'ivresse, ensuite pour le délit; on défend au conseil privé de faire fléchir la justice et d'octroyer grâces, pardons et rémissions pour homicides commis un jour de kermesse ou dans les trois jours suivants (1); et s'il arrive que le délinquant obtienne des lettres de rémission, en omettant dans l'exposé quelques circonstances du délit, « ces recèlements font la dicte rémission « subreptice et nulle (2). »

La justice fut-elle aussi débonnaire dans l'application de ces dispositions, que lorsqu'il s'agissait de la prohibition *des festes et passe-temps*? Ici nous avons des décisions diverses entre lesquelles le lecteur choisira.

L'édit de 1541 avait posé le principe, les successeurs de Charles-Quint le maintinrent avec la même rigueur, mais la nécessité de remanier constamment la législation prouve une résistance profonde, une désobéissance formelle, confirmée d'ailleurs par la plupart de nos auteurs.

Notre ancien jurisconsulte Damhouder, dont les écrits se rattachent au réveil de la science du droit criminel, et contiennent tout ce qu'on en savait alors, mentionna le premier, je pense, l'édit de 1531. Il se pose la question d'excuse, s'empare des textes du droit romain et du droit canon, les combine et finit par conclure que l'ivresse complète n'exempte pas de toute peine, mais rend le fait excusable. *Ebrietas... (SUMMA ET ENORMIS) non excusat a toto sed a tanto* (3). Après cette décision toute romaine et canonique et sans mélange d'idées étrangères, il cite l'ordonnance de Charles-Quint, et rapporte sans réflexion ses prohibitions et sa double pénalité. L'autorité impériale était-elle à ses yeux de moindre va-

leur que celle du droit romain et du droit canon? On sait quelle était à cette époque la soumission d'esprit aux Pandectes et aux Décrétales.

Jusqu'à là tout reste dans l'indécision. Mais voici venir Anselmo, le praticien d'Anvers, qui a particulièrement élaboré notre législation d'édits et de placards, et qui, dans ses Annotations sur les décrets de 1531 et de 1545, combat et rejette toutes les distinctions entre l'ivresse complète et celle qui ne suspend pas tout à fait l'usage de la raison; affirme qu'elles n'ont jamais été admises chez nous, et rapporte comme preuve irrécusable de l'application rigoureuse des édits, deux condamnations capitales qui eurent lieu à Anvers, le 25 juin 1624 et le 6 mai 1651 (4).

Quoique basée sur des faits, il faut se hâter de dire que l'opinion d'Anselmo est entièrement isolée. H. Kinschot qui lutte d'érudition positive avec Anselmo, la détruit complètement. *Merito hoc statum imp. Caroli V non est observatum: patriisque moribus ebrii a pœna homicidii excusantur*. C'est avec raison, dit-il, que l'on n'observe pas le statut impérial: dans nos mœurs l'ivresse exempte les homicides de la peine capitale. Puis un peu plus bas s'appuyant sur la pratique de l'Espagne, il conclut d'autant plus volontiers de ce pays à la Belgique, que cette dernière s'abandonne davantage aux réjouissances de la grande chère et des banquets. *Quod si in Hispaniis, ubi ebrietas maximo vertitur vitio, admittitur, quanto magis in Belgio et hac nostra Brabantia, ubi alius convivendi ac convivandi mos semper fuit usitatus* (5). L'excuse on le voit, est toujours puisée dans l'influence des usages de la vie domestique; c'est au fond l'ébauche de l'opinion de Montesquieu.

Zypœus n'accorde pas plus d'autorité que

vol. I, p. 776. — (3) *Praxis crimin.* C. 86, n° 15—21.

(4) *Tribonianus Belgicus*, C. 53, § 5 et 6. — *Codex Belgicus*, v° *Doodt-Slagen*, n° 8, et *Delicten*.

(5) *De Remissionib. homicid.* cap. 9, n° 5 et 4.

(1) Édits du 7 oct. 1551, art. 14. — Du 30 janvier 1545, *Placards*, vol. I, art. 1, p. 765 et 785. — Du 22 juin 1589, art. 15. — Du 1<sup>er</sup> juillet 1616, art. 11, *Placards*, vol. 2, p. 175 et 185.

(2) Ordonnance touchant les impétrants de rémission du 20 octobre 1541. *Placards de Flandre*,

son devancier à ce décret; il tient le même langage : *Id usu receptum non est : sed ebrietas minuit delictum usu patriæ* (1).

D'autres témoignages assez graves viennent encore s'y joindre. Tuldenus lui refuse toute espèce de force obligatoire : *Ea constitutio in Belgio recepta non fuit* (2); et Wynants repoussant l'opinion contraire, dépose que dans l'application, on est retourné au droit romain (3). Il en est de même de Christinæus (4).

Ainsi les règles de ce droit subsistaient toujours, et il faut tenir pour constant que, si la législation considérait comme un délit l'ivresse liée au crime, et déclarait le crime imputable, l'on ne tenait en général aucun compte de ses prescriptions; dans la pratique, l'ivresse était regardée comme une circonstance atténuante, une excuse, un fait paralysant le concours de l'intelligence et de la volonté.

Les obstacles à l'introduction de l'édit de Charles-Quint résultaient non-seulement des mœurs et des usages nationaux, mais encore de l'empire du droit romain et du droit canon, qui gouvernaient la vie civile de la plupart de nos provinces avec autant de force que les coutumes. On sait quelles difficultés ont rencontrées nos législateurs, lorsqu'ils ont voulu toucher à la législation coutumière et romaine.

Cette longue persistance de nos ancêtres fut

du reste un acte de bon sens; à l'exception d'Anselmo qui justifia l'édit de 1531 par la raison banale que l'ivresse est volontaire, et que celui qui veut la cause veut aussi les effets, les autres écrivains apprécièrent avec beaucoup de raison la sagesse du droit romain. *Ebrietas dolum exhaurit*, disait énergiquement Tuldenus, l'ivresse absorbe le dol. C'est la meilleure justification d'une doctrine que professent aujourd'hui tous les criminalistes. Quelque déplorable que soit l'état de dégradation momentanée produit par l'ivresse, il est impossible de rendre l'homme responsable d'un fait auquel sa raison ne l'a pas sollicité. L'ivresse est une action moralement condamnable; quand elle devient habituelle et générale dans un pays, la loi peut s'en emparer pour la châtier comme un délit *sui generis*, mais déclarer imputable un acte commis dans l'ivresse, elle ne le peut sans nier toutes les conditions de la responsabilité morale. Il n'est peut-être pas hors de propos d'insister sur cette idée qui s'appuie si fortement sur les traditions de notre ancienne jurisprudence, à une époque où nos lois pénales ne peuvent se soustraire à une révision complète.

H. LAVALLÉE,

Avocat à la cour d'appel de Bruxelles.

(1) *Notitia Juris Belg.* lib. IX de *Abolit. et remis*, n° 31.

(2) *Ad Cod.* lib. IX, tit. XVI, n° 11.

(3) *De Publicis Judiciis*, tit. XXVII, n° 19.

(§) *Decis. Curia Belg.* vol. IV, dec. 198, n° 25.— De Ghewiet ne fait que rapporter l'opinion de ces trois premiers auteurs cités ci-dessus. *Institut. du droit Belgique*, part. IV, tit. VI, § 1, art. 9.

---

DE

## L'OBLIGATION NATURELLE SELON LE DROIT ROMAIN

**Et le Code civil français.** (*Suite et fin* (1)).

SECTION II. — *De l'obligation naturelle selon le code civil français.*

Les conclusions de nos recherches sur le droit romain, sont le point de départ le plus naturel des idées qui doivent guider nos explorations sur le Code civil. Une observation qui frappe d'abord par l'antithèse qu'elle présente avec la législation que nous venons d'analyser, c'est que notre droit est un dans sa source ; qu'aucun autre que celui qui l'édifie n'est appelé à le modifier. Nous ne connaissons pas un droit antique et pour ainsi dire inviolable, à côté duquel se trouve placé un magistrat qui s'arroge le pouvoir de l'accommoder, par toutes sortes de fictions et de subterfuges, aux principes d'une justice plus équitable, et aux besoins nouveaux qui se font jour à la faveur des développements de la civilisation. Chez nous, toutes les dispositions générales qui régissent les affaires humaines émanent du même législateur. Le magistrat n'a d'autre mission que de les appliquer. Il viole ses devoirs s'il trace ou suit une autre règle que celle que la loi a sanctionnée. Ainsi, que pour des raisons bonnes ou mauvaises le législateur n'attribue aucun effet civil à des faits qui, d'après l'équité sembleraient devoir être plus efficaces, la sanction que le législateur ne leur donne pas, ne peut, dans nos principes constitutionnels, leur venir d'un autre

que lui. Il n'est pas moins certain que si le progrès des idées l'amène à reconnaître lui-même que certaines barrières opposées à la réclamation d'un droit utile ne sont plus en harmonie avec l'état des mœurs et les besoins du temps, il décrètera ouvertement que ces barrières sont désormais abaissées.

Il ne recourra point, pour doter ces obligations de la sanction civile, à des moyens indirects tels que ceux qu'était obligé d'employer le préteur de Rome. Il n'y a point à sauver les apparences en introduisant un droit nouveau ; il doit, dès lors, lui donner tous les effets propres à en assurer l'efficacité.

Ces observations sur l'organisation de nos pouvoirs, si différente de l'organisation romaine, font concevoir des doutes très-sérieux sur le point de savoir s'il peut exister dans notre droit des obligations naturelles, telles que celles que nous avons rencontrées en droit romain, obligations boiteuses que le droit civil eût laissées échoir, que la main du préteur venait soutenir. On ne comprend pas comment le même législateur s'attacherait à relever d'une main ce qu'il aurait abattu de l'autre ; comment, s'il croit une obligation valable, il ne la protégerait pas directement, et, s'il la croit nulle, pourquoi il lui donnerait des effets indirects. Le doute que cette réflexion fait naître se corrobore singulièrement quand, remontant aux sources dont nous avons vu découler l'obligation naturelle en droit romain,

(1) *V.* Archives, t. IV, p. 510, 5<sup>e</sup> livraison.

on trouve que les principes du droit nouveau les ont toutes variées. Les pactes sont devenus des contrats, les esclaves des hommes libres ; l'obligation du pupille enrichi, une obligation civile. Nous n'avons plus une puissance paternelle telle, qu'elle empêche les enfants majeurs de contracter entre eux ou avec leur père ; les relations du patron et de l'affranchi ont disparu avec l'esclavage, le S. C. Macédonien a cessé d'être en vigueur et n'a pas d'équivalent dans notre Code. Où donc serait l'obligation naturelle ?

L'art. 1255 en prononce le nom ; il en indique un effet. Cet effet, c'est la non-répétition du paiement ; mais l'article ajoute *volontaire*, et montre bien par là qu'il ne s'agit plus, dans la pensée du législateur, de l'obligation naturelle du droit romain, de la compensation dont cette obligation pourrait être la base ; il n'en est nulle part question ; il ne devait pas en être plus question que de l'obstacle à répéter ce qui a été payé par erreur, ces deux effets étant corrélatifs. Les art. 1965 et 1967 parlent de la dette de jeu, que plusieurs ont considérée comme une dette naturelle. Ce point de vue fût-il exact, cette espèce d'obligation ne serait point davantage l'obligation naturelle du droit romain. L'action est refusée, il est vrai ; mais, pour que la répétition ne puisse avoir lieu, il faut encore que le paiement soit *volontaire*.

Si enfin, pour arriver à la démonstration la plus irrécusable de ce point capital, nous cherchons à toutes les sources possibles d'obligation naturelle, nous nous convainçons qu'aucune d'elles ne peut nous fournir cet élément essentiel : la faculté de réclamer par voie d'exception ce qui ne peut l'être par voie d'action. Ainsi on ne trouve certainement pas cet élément dans les conventions ou dispositions contenues dans les contrats ou actes nuls pour défaut des formes exigées par la loi ; car ces conditions de forme obligent le juge ; et, de quelque point de vue qu'il ait à les considérer, il ne peut sanctionner comme valables les actes que la loi déclare être nuls. Il en faut

dire autant des contrats passés par des incapables. En consentant à valider d'une manière quelconque ces engagements, le juge contrarierait directement le but que s'est proposé le législateur qui a créé le système des incapacités. En effet, l'appréciation générale sur laquelle ce système repose a eu précisément pour objet d'empêcher l'arbitraire des appréciations du juge dans chaque cas individuel.

D'autres nullités, d'autres refus d'action sont fondés sur des présomptions légales, l'autorité de la chose jugée, le serment, la prescription, l'interposition des personnes, etc. Encore et toujours ce sont des motifs d'intérêt général, de sécurité publique qui ont fait établir ces présomptions. Elles ne peuvent être jugées par les tribunaux, mais ils doivent juger d'après elles. Si l'on me demande l'acquiescement d'une dette et que je rapporte un jugement passé en force de chose jugée qui déclare que je ne suis pas débiteur, assurément le juge qui connaîtrait que ce jugement existe en effet, devrait s'abstenir de toute autre recherche ; mais le tribunal pourrait-il davantage se livrer à cette recherche étrangère, si, au lieu de me demander spontanément le paiement de cette prétendue dette, il était question de la faire entrer en compensation avec une créance dont je réclamerais moi-même l'acquiescement ? Évidemment non ; dans les deux cas le juge serait saisi d'une question qu'il ne peut pas résoudre, du moment où il est établi qu'il y a chose jugée ; de même s'il y avait eu serment prêté, prescription acquise... On arriverait avec la même évidence à la même conclusion, si, au lieu de se défendre contre une compensation, le prétendu débiteur avait à se défendre contre l'exception tirée de sa prétendue dette et opposée à la demande en répétition d'un paiement qu'il aurait fait par erreur. Nous pouvons donc considérer comme surabondamment établi que si, dans notre droit, il peut être question d'obligation naturelle, ce n'est certes point de celle dont traitaient les jurisconsultes romains. Il ne faudrait



pas croire que les rédacteurs du Code qui ont conservé le mot, aient eu la pensée de cette assimilation.

M. Bigot-Prémencu, dans son exposé de motifs, repousse expressément cette confusion. Après s'être expliqué sur ce point, il continue : « On ne regarde comme obligations purement naturelles que celles qui, par des motifs particuliers, sont considérées comme nulles par la loi civile. Telles sont les obligations dont la cause est trop déplorable pour que l'action soit admise, et les obligations qui ont été formées par des personnes auxquelles la loi ne permet pas de contracter. Telles sont même les obligations civiles, lorsque l'autorité de la chose jugée, le serment décisoire, la prescription, ou toute autre exception péremptoire rendrait sans effet l'action du créancier. Le débiteur qui a la capacité pour payer, et qui, au lieu d'opposer ce moyen, remplit son engagement, ne peut pas dire ensuite qu'il ait fait un paiement *sans cause*. Ce paiement est une *renonciation de fait* aux exceptions, sans lesquelles l'action eût été admise... renonciation qui forme un lien civil que le débiteur ne doit plus être le maître de rompre. »

Et enfin, comme pour mettre le dernier sceau à notre démonstration, l'orateur continue : « L'obligation ne devenant un lien civil que par induction tirée du paiement, elle ne peut avoir d'autre effet que d'empêcher la répétition ; mais elle ne peut faire la matière d'une compensation, ni avoir les autres effets que lui donnait la loi romaine. »

Ce point est donc définitivement acquis à notre discussion, savoir : que l'obligation naturelle dont parle le Code civil ne peut avoir d'autre effet que d'empêcher la répétition du paiement volontaire qui en a été fait. Et cet effet lui-même n'est produit que par la supposition d'une renonciation que ce paiement autorise. Mais, s'il en est ainsi, on peut se demander, avec quelque fondement sans

doute, si ce qu'on appelle une obligation naturelle peut, à vrai dire, être considéré comme une obligation.

Ici s'appliquent les notions que nous avons exposées dans le sens propre de ce terme de droit. Si l'on veut conserver les mots, toujours devrait-on reconnaître que c'est là une obligation qui n'oblige à rien et qui n'a aucune espèce d'efficacité civile avant l'intervention d'un consentement nouveau.

Il y a plus, le paiement volontaire n'est pas sujet à répétition. — Mais est-ce que ce fait est particulier au paiement fait en vertu d'une obligation naturelle? Si je paye volontairement ce que je sais ne pas devoir ni naturellement ni civilement, est-ce que je serai ensuite admis à répéter? Ne me répondrait-on pas, avec toute raison, qu'en payant ce que je savais ne pas devoir, je n'ai pu avoir d'autres intentions que de faire une libéralité? Cela n'était point douteux en droit romain et ne saurait l'être davantage chez nous. S'il en est ainsi, l'efficacité de l'obligation naturelle, déjà si amoindrie par les termes mêmes de l'art. 1255, semble devoir se réduire à rien. Cependant cette efficacité ne nous paraît point être entièrement anéantie. Celui qui a reçu ce paiement se trouvera, sous deux rapports, placé dans une situation plus favorable que s'il avait reçu un paiement qui ne lui eût été dû en aucune manière. D'abord, sous le rapport de la preuve, pour triompher dans sa prétention, le demandeur en répétition devra prouver deux choses : 1<sup>o</sup> qu'il ne devait pas ; ce qui sera suffisamment établi par l'allégation non contestée qu'il n'était tenu d'aucune obligation civile ; 2<sup>o</sup> qu'il a payé par erreur ; car l'obligation naturelle dont il était tenu étant une juste cause du paiement, on présumera contre lui qu'il a réellement voulu s'acquitter. Ce sera donc à lui d'établir que telle n'était point son intention, et de démontrer qu'une erreur a motivé cette exécution.

Je crois bien que cette différence de position signalée entre les deux défendeurs est surtout un hommage rendu aux principes, et qu'en

fait elle restera le plus souvent sans avantages pratiques ; car, pour en faire l'application, il faut supposer que l'obligation naturelle est constante. Le plus souvent elle sera alléguée, et le juge ne pourra en admettre la preuve toutes les fois que cette preuve viendrait contredire une présomption légale. Il est bon cependant de maintenir ce principe : car le demandeur pourrait avouer l'obligation naturelle ; ou bien elle pourrait être si évidente que la preuve en serait inutile, et, dans tous ces cas, la procédure que nous traçons aurait son utilité. Quand, au contraire, on répète une chose qui n'était due d'aucune façon, il suffit au demandeur de mettre son adversaire au défi de prouver qu'il y eût une dette que cette chose dût acquitter. Il dira : Ma chose est sans cause entre vos mains, et le défendeur devra prouver que le revendiquant n'a fait réellement qu'acquitter une dette, ou bien qu'il a voulu lui faire une libéralité. Ni l'une ni l'autre de ces hypothèses ne pouvant se présumer, il suit qu'à défaut par le défendeur de faire l'une ou l'autre de ces preuves, la répétition devra être admise.

L'existence *reconnue* d'une obligation morale aura encore cet effet indirect, que le paiement volontaire sera considéré comme un véritable paiement et non comme une libéralité. Dès lors on ne devra point assujettir cet acte aux formes de la donation (1) ; de plus, il pourra intervenir entre personnes respectivement incapables de donner et de recevoir ; enfin, les sommes payées en acquit de cette obligation n'entreront point en compte dans le calcul de la quotité disponible. Il semble qu'on devrait aussi conclure de ces prémisses, que les créanciers n'ont pas le droit de s'opposer à l'exécution de ces obligations, pas plus qu'ils n'ont celui d'empêcher que le débiteur ne paye ses autres dettes civiles. Cependant l'art. 2225 nous avertit que cette solution ne peut pas du moins être admise avec cette généralité, et nous conduit à rechercher quelles

sont les diverses sources de l'obligation naturelle, telle qu'il faut l'entendre en droit français, pour savoir quelles différences il en peut résulter dans leurs effets.

Sur ce point, le Code laisse tout à faire à la doctrine ; il suppose l'obligation naturelle, mais il n'en donne point d'exemples.

Est-ce que toutes les conventions et toutes les dispositions de l'homme, pour l'exécution desquelles la loi ne donne pas d'action ; est-ce que tous les contrats et tous les actes que la loi civile annule donnent naissance à une obligation naturelle ? Il faut rejeter une proposition aussi absolue et tracer ici une distinction fondamentale.

S'il est vrai que la règle générale est, chez nous, que toute convention librement consentie est productive d'obligation, ce principe ne peut néanmoins s'entendre, même dans notre droit, qu'avec de nombreuses restrictions. On conçoit, en effet, que si le législateur doit laisser une libre carrière aux conventions humaines, il ne peut pas prendre sous sa protection des conventions, quelque libres qu'elles aient été, qui porteraient atteinte à l'humanité, à l'ordre public, ou aux principes constitutifs de l'État. Ces conventions ne cessent jamais d'être défavorables ; dès lors l'exécution, la confirmation, les sûretés promises doivent être frappées d'une nullité aussi radicale que la convention qui en est le sujet. Cette observation s'applique sans difficulté aux pactes faits sur les successions futures, à une société de délits, aux conventions tendant à rétablir des services féodaux, à autoriser la contrainte par corps hors des cas déterminés par la loi, aux contrats usuraires et à tous ceux qui sont fondés sur une cause ou subordonnés à une condition illicite. Ces conventions étant prohibées comme contraires à la morale ou à l'ordre public, comment pourrait-il en résulter une obligation morale ? L'exécution dont ils ont été suivis, les garanties dont on a voulu les fortifier, ne ment auxquels la simple tradition suffit pour que la donation soit parfaite.

(1) Il faut remarquer cependant que ceci ne peut avoir d'application aux meubles corporels relative-

peuvent être que des tentatives coupables, impuissantes à consolider l'acte primitif auquel le législateur ne reconnaissait aucune force.

Il est une autre classe de conventions auxquelles la loi a refusé les effets civils par des considérations moins graves. Ainsi les incapacités générales de contracter, les solennités exigées pour la perfection de certains contrats, les présomptions contre lesquelles la loi n'admet pas de preuve contraire, ne peuvent être considérées que comme des garanties accordées à des intérêts particuliers. L'on comprend dès lors que l'inefficacité dont sont frappées les conventions à raison de ces motifs, admette des tempéraments. Celui qui est indiqué par la nature même des choses, consiste à permettre que les personnes en faveur desquelles la garantie a été introduite, puissent renoncer à s'en prévaloir. S'ils reconnaissent que la présomption en vertu de laquelle ils sont garantis contre toute action ne se vérifie point à leur égard; que, malgré leur incapacité civile, ils ont agi avec plein discernement; que la chose jugée qui a prononcé en leur faveur consacre une erreur; que leur dette subsiste malgré la prescription qui les libère; que les volontés de leur auteur, bien qu'exprimées dans un acte nul, sont cependant incontestables; dans tous les cas enfin où l'exécution de semblables obligations ne peut blesser que leurs intérêts, il est évident qu'elle doit être libre, et qu'une fois accomplie, elle doit être considérée comme irrévocable. A plus forte raison, cette obligation toute morale pourra-t-elle, par un consentement nouveau, devenir la cause d'une obligation civile. Seulement, dans l'application de ces principes, il importera, pour juger de la validité de la ratification, d'examiner si elle est faite par la personne ou par toutes les personnes en faveur desquelles la loi avait exigé les garanties qui ne se trouvent pas réalisées. Il faudra observer, en outre, que l'exécution ne peut confirmer une obligation inefficace en droit civil, qu'autant qu'elle a lieu après la cessation de la cause qui em-

pêchait l'obligation de produire des effets civils.

La distinction que nous venons de reconnaître entre les obligations auxquelles la loi n'accorde pas d'efficacité (distinction d'après laquelle nous ne considérons comme obligation naturelle aucune de celles dont la source serait une convention immorale ou contraire à l'ordre public), semble devoir nous créer des difficultés pour le classement de la dette de jeu. D'un côté, l'art. 1967 lui attribue le même effet que celui qui est attribué par l'art. 1253 à l'obligation naturelle; de l'autre, l'art. 1963 refuse l'action, et tout le monde est d'accord que ce déni est fondé sur la défaveur qui s'attache à une semblable convention. La loi confirme donc l'exécution d'une obligation immorale! Le système de la loi peut très-raisonnablement s'expliquer. D'abord, à défaut d'autre, Pothier nous fournirait une explication historique. En effet, cet auteur expose que le refus d'action à raison des dettes de jeu était un point de droit, commun aux provinces de coutumes et aux provinces de droit écrit. Quant aux sommes perdues et payées, ici on suivait le droit romain, qui permettait expressément de les répéter; là, on n'accordait pas aux perdants cette répétition, parce qu'aucune des lois, ordonnances, ou règlements faits sur la matière n'autorisait cette action. L'art. 59 de l'ordonnance de Moulins, en accordant cette répétition aux mineurs, montrait bien qu'on ne voulait pas en étendre le bénéfice aux majeurs.

Les rédacteurs du Code civil, placés entre ces deux systèmes, adoptèrent celui des pays coutumiers. J'oserais dire que c'était le parti le plus sage. En effet, quelque peu de sympathie que le législateur ait et doive avoir pour des faits qui détournent les citoyens des moyens licites d'acquisition, qui allument dans leur cœur la soif immodérée d'un gain auquel le travail n'a aucune part, toujours est-il que le jeu est dans nos mœurs, et que, dans une certaine mesure, il est protégé par l'opinion. Il est constant que chaque jour, en France, il y a une quan-

tité considérable de sommes ou valeurs qui passent de certaines mains en d'autres, par suite des pertes de jeu ou de pari. En permettant la répétition, on s'exposait à ouvrir une source féconde en procès scandaleux ; on donnait, pour ainsi dire, une prime d'encouragement aux joueurs de mauvaise foi, qui seuls auraient profité de cette ressource. On aurait fait prononcer par les tribunaux des restitutions qui n'auraient point eu l'adhésion de la conscience publique. C'est pourquoi on est entré dans les voies d'une justice éminemment politique, en déniait en même temps l'action et la répétition.

En résumé, le législateur ne donne point d'action pour les dettes de jeu, parce qu'il les a considérées comme ayant une cause immorale. La répétition n'en est cependant pas permise, parce que, dans l'état de nos mœurs, ce droit aurait favorisé plus de déloyautés qu'il n'aurait protégé d'intérêts respectables. Cette atténuation du principe avait besoin d'être écrite, et elle l'a été. Aussi ne fait-elle point obstacle à la théorie avec laquelle elle pouvait paraître en opposition, et que nous n'hésitons pas à appliquer ici, pour décider que la dette de jeu ne pourrait être le sujet d'une obligation civile.

L'intervention d'un nouveau consentement ne peut ôter à cette cause la défaveur qui s'y attache, et cette dette ne nous paraît, pas plus que toutes les obligations contraires à l'ordre public, susceptible d'être novée, cautionnée ni garantie par un nantissement ou une hypothèque.

Toute obligation naturelle, au contraire, peut être garantie par l'accession des contrats que nous venons de nommer. Mais, pour faire une juste application de ce principe, il faut en suivre les applications aux diverses sortes d'obligations naturelles qui nous restent après l'élimination que nous venons de faire. On peut signaler encore celles qui naissent des contrats ou actes nuls soit pour défaut de formes, soit pour cause d'incapacité ; et enfin celles dont l'efficacité est annulée par quelque présomption *juris et de jure*.

Je commence par les dispositions contenues dans une donation nulle pour vice de forme. Toutes les sûretés survenues pour l'appuyer sont frappées de la même inefficacité, quand même ces sûretés seraient fournies par d'autres que le débiteur. On ne devrait pas même dire que la caution serait obligée, si elle avait connu la nullité, comme étant censée dès lors avoir renoncé à son recours. En effet, cette renonciation transporterait la qualité de donateur sur la tête de la caution ; sa donation serait donc, comme celle du principal obligé, nulle pour défaut de formes.

Quand il s'agit d'un legs contenu dans un testament nul ou excédant la quotité disponible, l'héritier peut se considérer comme naturellement obligé à l'exécuter ; s'il paye en connaissance de cause, il renonce à demander la nullité ou la réduction. Il renoncerait également en novant son obligation, en la faisant cautionner, ou en donnant toute autre sorte de sûreté. Cette ratification serait inattaquable, aussi bien que celle qu'il ferait de la donation de son auteur, bien que nous ayons vu que celui-ci ne pouvait lui-même la confirmer que par un nouvel acte fait en la forme légale (1559-1540).

Une obligation non prouvée ne cesse pas d'être une obligation civile. La loi ne refuse pas l'action ; le créancier a toujours la ressource de la délation du serment. Si, indépendamment du serment, le débiteur reconnaissait sa dette d'une manière quelconque, l'obligation civile aurait toute son efficacité.

Quant aux contrats passés par des incapables, ils peuvent être ratifiés après la cessation de l'incapacité, et par conséquent les sûretés que donnerait en ce moment le débiteur, produiraient l'effet qu'elles produisent, quand elles sont attachées à une obligation civile. Mais *quid* des sûretés données dans le temps même de l'incapacité ? Il ne s'agit pas de l'hypothèque ou du gage que donnerait l'incapable lui-même, contrats évidemment tout aussi nuls que le contrat principal. La question naît seulement dans les cas où un tiers consentirait

une hypothèque, donnerait un gage, ou se porterait caution pour l'incapable. Sera-t-il tenu ? L'art 2012 décide positivement l'affirmative pour la caution des mineurs ou plutôt pour tous les cas où la nullité de l'obligation est *purement personnelle à l'obligé*. Or, aux termes de l'article 1225, la nullité des contrats faits par les incapables est justement dans ce cas. Cette disposition se justifie par cette considération, que les assureurs sont censés avoir voulu prendre sur eux les chances de la nullité ; car il est bien entendu que leur engagement ne peut nuire à l'incapable. Cette interprétation ne pouvant s'appliquer qu'autant que les tiers intervenus ont eu connaissance de la nullité, ils doivent se faire décharger de leur engagement en prouvant le contraire ; car ils seront fondés à dire qu'ils ne se sont obligés que parce qu'ils avaient compté sur un recours ; leur engagement doit donc tomber dès qu'il manque de la condition sous laquelle il avait été contracté.

Dans le cas d'un contrat nul parce que les partis sont respectivement incapables, soit de se donner, soit de se vendre, il ne peut pas intervenir de cautionnement. On ne peut pas dire qu'il y ait là pour les parties elles-mêmes les éléments d'une obligation naturelle, leur fait étant une contravention à la loi qui le prohibe dans un autre intérêt que le leur.

Nous avons dit que l'obligation pouvait subsister après le jugement qui prononce la libération, le serment décisive qui l'affirme, ou la prescription qui la consacre ; mais il est fort évident que les tiers intervenus pour la sûreté de cette obligation, ne sauraient être tenus d'aucune manière après la réalisation de ces événements. Que si, postérieurement et en connaissance de cause, le débiteur donne un gage, une hypothèque ou une caution, il est également clair que ces contrats devront avoir leur effet, puisque leur intervention prouve que le débiteur reconnaît sa dette malgré la présomption qui le libère.

Le devoir, dont on peut dire qu'un père est tenu, de doter sa fille ou de fournir des

aliments à l'enfant naturel qu'il n'a pas reconnu, n'est rien aux yeux du droit civil, si celui qu'il concerne ne contracte pas l'obligation d'y satisfaire. S'il s'y engage, il est dès ce moment tenu d'une obligation civile susceptible de tous les modes et de toutes les accessions que le droit reconnaît.

Je reprends les divers cas que je viens de parcourir pour rechercher si les dispositions des art. 1166 et 1167 y peuvent recevoir leur application. Nous avons dit que l'héritier peut se croire naturellement obligé, soit à exécuter une donation ou un testament nuls pour défaut de formes, soit à acquitter des libéralités qui dépassent la quotité disponible. Quand il est seul intéressé, on ne peut qu'applaudir à cette générosité ; mais si d'autres intérêts sont en jeu, il est nécessaire d'en tenir compte ; si cet héritier a des créanciers qu'il ne peut satisfaire, ceux-ci ne pourraient-ils pas réclamer ? Remarquons qu'il ne s'agit pas ici d'une obligation qui ait sa source dans le propre consentement du débiteur, et dont lui seul pourrait se dire appréciateur souverain. C'est la volonté de son auteur qui s'est manifestée sans se conformer aux prescriptions de la loi, ou dépassant les limites qui lui étaient assignées ; les intéressés peuvent dire, la loi à la main, qu'il n'y a rien d'obligatoire dans de semblables faits, et dès lors intenter, au nom de leur débiteur, l'action en nullité que celui-ci n'exercerait pas.

Ils le peuvent, quand même leur débiteur aurait exécuté. Seulement, comme ils agiront alors en vertu de l'art. 1167, ils devront prouver que la renonciation faite par lui l'a été en fraude de leurs droits, et, par exemple, établir non-seulement le préjudice mais encore le *consilium*. Cette observation est importante, elle protège contre l'action révocatoire les testaments sur la validité desquels il ne peut s'élever que des doutes ; car, dans ce cas, le débiteur a pu croire n'acquitter qu'une obligation civile, et par conséquent n'a renoncé à rien.

Nous ne pensons pas non plus que l'opinion

de l'incapable, qui se croit tenu de certaines obligations qu'il a contractées, empêche ses créanciers de demander la nullité de ses engagements. L'exécution donnée dans le temps d'incapacité, n'arrêterait pas non plus leur action, puisqu'elle est viciée par la même nullité; mais l'exécution ou ratification faite par ces incapables après la cessation de leur incapacité, ne pourrait aucunement être attaquée par les créanciers. Par cette ratification, les débiteurs ont montré qu'ils se considéraient comme tenus naturellement, et ils sont les seuls juges vraiment compétents de cette obligation. En acquittant ces obligations, ils font donc un véritable paiement. Comment les créanciers pourraient-ils l'attaquer, à moins qu'ils ne fussent placés dans le cas prévu par le Code de commerce? Et s'ils ne peuvent attaquer le paiement, comment pourraient-ils critiquer les autres actes confirmatifs?

La vente entre époux, la donation entre incapables, ne faisant pas naître d'obligation naturelle, pas de doute que les créanciers ne puissent en demander la nullité au nom de leurs débiteurs, ou en faire révoquer l'exécution en vertu de l'art. 1167.

Enfin, quoiqu'une dette prescrite, mais que le débiteur saurait n'avoir pas payée, puisse être considérée comme une obligation naturelle, l'art. 2225 autorise formellement les créanciers à opposer la prescription, bien que leur débiteur y renonce. La loi voit avec faveur ce moyen de libération; il n'est pas seulement une protection pour les débiteurs, il est aussi une peine contre les créanciers négligents: n'est-il pas naturel que les créanciers qui n'ont pas cette faute à se reprocher, puissent s'en prévaloir contre lui? Puisque tous luttent de *damno vitando*, il est plus juste que le dommage tombe sur celui qui, demeurant si longtemps sans manifester son droit, a montré qu'il en était peu soucieux.

Mais ces motifs ne s'appliquent pas au paiement que ferait le débiteur, sans se prévaloir d'un jugement rendu en sa faveur ou d'un serment prêté. De nouveaux titres peuvent faire découvrir le mal fondé du jugement ou la fausseté du serment. Le créancier qui obtient de la loyauté de son débiteur un paiement qu'il ne pourrait pas exiger de lui, n'a fait que recevoir l'exécution d'une obligation civile, que la chose jugée, le serment prêté n'avaient point éteinte, mais dont ils avaient seulement rendu la preuve impossible. La preuve est maintenant dans l'exécution faite par le débiteur. Les créanciers ne pourraient attaquer ce paiement ou toute autre ratification, qu'en prouvant qu'il n'y avait réellement pas de dette; et s'ils arrivaient à faire cette preuve, ils détruiraient le fondement sur lequel nous appuyons la validité du paiement.

Je termine. Les seuls effets possibles, dans notre droit, de ce que le Code appelle obligation naturelle, ne se rattachent, comme on voit, que d'une manière fort éloignée à l'idée d'obligation, puisque ces effets ne sont produits qu'à la condition que le débiteur donnera ou fera ce qu'il était absolument libre de donner ou de ne pas donner, de faire ou de ne pas faire. On voit aussi que dans notre droit il n'est d'aucun intérêt de distinguer l'obligation naturelle et l'obligation purement morale et de conscience, qui ne présentent aujourd'hui qu'une même idée sous des dénominations également inexactes. Tout ce que le législateur en peut dire, c'est qu'elle est une *juste cause d'obligation civile*. Cette formule nous semble faire entendre suffisamment la validité du paiement volontaire, car on peut dire que le paiement, étant une ratification, a nové l'obligation avant de l'éteindre.

S. VIDAL,  
Docteur en droit.

---

---

# ÉTUDES

## SUR LES JURISCONSULTES ANCIENS ET MODERNES.

MERLIN.



De tous les changements extraordinaires que nous avons vus de nos jours, le plus profond, sans contredit et le plus complet, est celui qui a renouvelé, en France, la constitution de la société civile. Cette révolution a achevé l'œuvre commencée, il y a dix-huit cents ans, par la religion, et a rendu égaux devant la loi les hommes que le christianisme avait rendus égaux devant Dieu. Effacer sur le sol toutes les traces des anciennes inégalités ; abolir dans les familles les privilèges fondés sur la priorité de la naissance et la supériorité du sexe, pour reconnaître les mêmes droits à ceux qui, nés du même sang, devaient être l'objet de la même affection ; supprimer dans l'État les différences des classes, et soumettre toute une grande nation à une règle juste et uniforme ; non-seulement proclamer cette vaste égalité, mais l'organiser, diviser la propriété, étendre le bien-être, honorer le travail, ne donner au droit de chacun d'autre limite que le droit de tous, voilà ce qu'a produit cette révolution qui a mis la société française à la tête des sociétés européennes, et l'a rendue la plus heureuse comme la plus avancée d'entre elles. C'est de l'un des auteurs de cette révolution que j'ai à vous entretenir aujourd'hui.

Philippe-Antoine Merlin naquit à Arleux,

dans l'ancienne Flandre française, le 30 octobre 1754. Son père était un cultivateur aisé qui, lui trouvant d'heureuses dispositions, voulut les faire développer par une éducation libérale. Le jeune Merlin fut élevé dans le collège d'Anchin, à Douai. Après avoir terminé ses classes à l'âge de dix-sept ans, il étudia jusqu'à vingt et un ans le droit, vers lequel l'entraînait une vocation naturelle. Il fut alors reçu avocat au parlement de Flandre.

Doué d'un esprit pénétrant et ferme, d'un talent vigoureux, d'une activité rare, appliqué, ardent, instruit, honnête, il acquit bientôt une réputation étendue et une clientèle considérable. Les quatorze années qui s'écoulèrent entre 1775 et 1789 firent l'époque où il se forma, par de fortes préparations, au rôle important qu'il joua depuis dans les assemblées publiques et dans la magistrature. C'est alors que, semblable à ces sources dont les eaux s'accroissent lentement dans les entrailles de la terre, pour ne jamais tarir lorsqu'elles en sortent, M. Merlin amassa ces profondes connaissances qu'il devait répandre si abondamment plus tard. Levé à quatre heures du matin, il ne quittait son cabinet que pour aller aux audiences du palais, et il ne terminait sa journée qu'après avoir achevé tout son travail.

Ces habitudes laborieuses, auxquelles il a été fidèle le reste de sa vie, lui permirent alors d'étudier sérieusement les diverses législations qui régissaient la vieille France. Il apprit à fond et le droit romain, qui restait encore la plus solide base de l'ordre civil dans les provinces mêmes où il n'était pas la loi du sol; et le droit canonique, qui contenait les règles de la société religieuse et fixait les rapports de l'Église et de l'État; et le droit féodal qui, dépossédé de presque toutes les positions politiques, se conservait encore dans les régions privées; et le droit coutumier qui, avec ses innombrables variétés et ses dispositions souvent bizarres, était le Code bigarré de la moitié de la France; et les ordonnances des rois, surtout celles de François I<sup>er</sup>, de Henri III, de Louis XIV et de Louis XV, qui formaient un droit nouveau ayant, en beaucoup de points, modifié tous les autres. S'appliquant à les connaître dans leur histoire, pour mieux pénétrer leur esprit, il appela de plus au secours de ses propres jugements les opinions déjà éprouvées de leurs plus doctes interprètes. De cette manière s'opéra en lui l'heureuse et solide union de la science et de la pratique, union sans laquelle la science est souvent stérile et la pratique est toujours étroite.

La renommée de M. Merlin s'étendit promptement au delà de sa province. Il fut consulté par le spirituel Beaumarchais, par le célèbre président Dupaty; et, dans un procès important qu'il parvint à gagner, il devint l'avocat du duc d'Orléans, qui le nomma, après 1789, chef de son conseil privé. Mais on ne recourut pas seulement à son habileté, on invoqua ses doctrines. Le jurisconsulte Guyot, ayant fondé son *Répertoire de Jurisprudence*, M. Merlin en fut le principal collaborateur. Il entreprit, de plus, avec Treillard, Henrion de Pansey, de Sèze, de composer un *Traité des Offices* destiné à remplacer celui de Loyseau, qui, publié depuis deux cents ans, n'était plus en rapport avec la constitution de la monarchie. Cet ouvrage nouveau, commencé en 1786, faisait connaître avec netteté et avec étendue

les divers pouvoirs de l'État, leur origine, leur organisation et leurs rapports mutuels. Quatre volumes in-4<sup>e</sup>, presque uniquement écrits par M. Merlin, avaient paru en 1788. Mais les grands événements qui approchaient interrompirent cette publication savante. Il devenait inutile d'exposer un mécanisme social que la main des révolutions allait briser.

M. Merlin fut même appelé à concourir à sa ruine. Le bailliage de Douai le députa aux états généraux de 1789. Dans cette célèbre assemblée, la réserve de son caractère et la simplicité modeste de son talent ne lui permirent pas d'abord de se mêler aux luttes éclatantes à la suite desquelles le parti populaire victorieux changea la constitution de la France, transforma les trois ordres de l'État en une seule nation, et fit, de la loi, l'unique souveraine de tout le monde. Mais son tour arriva bientôt. La révolution politique était décidée; la révolution sociale restait à faire. Ce fut l'œuvre de la nuit à jamais célèbre du 4 août. Depuis l'avènement du christianisme, qui avait annoncé aux hommes une pieuse fraternité morale, il ne s'était rien passé d'aussi admirable pour eux que ce qui s'accomplit dans cette grande nuit, où l'esprit de la charité civile pénétra toutes les âmes; où la noblesse, le clergé, les provinces, les villes, entraînés par une généreuse émulation de sacrifices, renoncèrent à tous leurs privilèges; où le régime féodal fut aboli, le rachat des dîmes décrété, l'uniformité de l'impôt admise, l'émancipation du travail reconnue, les législations particulières détruites, toutes les inégalités anéanties; et où, au milieu des plus touchantes émotions et du plus vertueux enthousiasme, fut proclamé l'évangile social du monde nouveau.

Mais ce qui avait été arrêté en principe et d'une manière générale avait besoin d'être réalisé en détail et avec précision. Le grand arbre féodal qui avait autrefois couvert la France entière, et dont, pendant sept siècles de suite, les rois avaient abattu toutes les branches, vivait encore par ses innombrables racines. Il fallait l'extirper du sol qu'il épuisait.



C'est dans ce but que fut formé un comité féodal, composé de vingt-quatre membres, représentant les diverses provinces de France. M. Merlin en fit partie avec Tronchet. Il avait soigneusement étudié les coutumes locales, et savait ce qui avait été écrit sur chacune d'elles par leurs plus éminents interprètes, en Bretagne, par d'Argentré, en Bourgogne, par le président Bouhier, à Troyes, par Legrand, en Auvergne, par Chabrol, en Normandie, par Basnage, à Orléans, par Pothier, à Paris, par Duplessis, Renusson, Lebrun et Laurière; il s'était nourri du droit des fiefs qu'avaient si savamment exposé Cujas, Dumoulin, Chanterreau Lefèvre, Brussel, Salvaing. Aussi ses profondes connaissances, sa rare sagacité et son esprit concluant le placèrent à la tête du comité dont il dirigea les délibérations et devint le rapporteur. Il posa nettement les problèmes sociaux qui lui étaient soumis, et trouva dans quelques principes féconds les raisons simples et supérieures qui devaient les faire résoudre.

Que restait-il du régime féodal? Trois choses.

1<sup>o</sup> Des justices seigneuriales, qui étaient des portions détachées de l'autorité publique et qui permettaient au possesseur d'un fief d'exiger serment de fidélité de ses vassaux, de les soumettre à ses décisions, de les obliger à garder son château, de leur infliger en certains cas, des amendes, et de lever l'impôt sur la plupart de leurs actes civils;

2<sup>o</sup> Des servitudes personnelles ou des redevances qui en représentaient l'abolition : ainsi les serfs et les mainmortables, que Louis XVI avait récemment rendus libres dans les domaines de la couronne, avec une humanité vraiment royale, par le bel édit de 1779, existaient encore sur quelques terres seigneuriales, et là où ils avaient été affranchis, contraints de travailler pour leur ancien maître, de moudre le blé à son moulin, de cuire leur pain à son four, de vendre leurs denrées à son marché, ils payaient leur émancipation de corvées onéreuses ou de devoirs assujettissants;

3<sup>o</sup> Enfin, des contrats d'inféodation en vertu desquels des terres avaient été concédées

à la condition d'acquitter un cens annuel ou en nature, ou en argent ou en travail; de laisser au maître du fief, chaque fois qu'elles changeraient de main, une partie du prix de leur vente, et de rester soumises, soit envers la terre supérieure dont elles étaient détachées, soit envers son possesseur, à des obligations convenues.

D'après les principes de l'époque, de ces trois sortes de droits féodaux, les premiers attentaient à la souveraineté de l'État, les seconds violaient la liberté des citoyens, les troisièmes, seuls, étaient conformes à l'ordre commun. Le comité décida, dès lors, que les premiers et les seconds devaient être abolis sans indemnité, parce qu'ils provenaient de l'usurpation et de la violence en faveur desquelles le temps ne saurait amener la prescription, selon la belle maxime de Sieyès : *Si le fort parvient à opprimer le faible, il produit effet sans produire obligation*; mais il admit le rachat pour les troisièmes, qui étaient de véritables propriétés, ayant pour origine des contrats respectables, malgré la forme féodale qu'ils avaient revêue.

Ce système, qui dégageait avec soin la propriété de la féodalité, fut exposé, par M. Merlin, dans un rapport admirable de raison et de brièveté. Aussi, lorsqu'il fit connaître les grands motifs qui avaient dirigé le comité, lorsque déroulant avec une forte logique les conséquences des principes votés dans la nuit du 4 août, il déclara qu'il n'y aurait plus de maîtres ni de serfs, de seigneurs recevant hommage ni de vassaux promettant fidélité, de propriétaires dominants ni de possesseurs censitaires; que tous les hommes étaient égaux sur le sol, que toutes les terres y devenaient libres et aliénables; lorsqu'il ne reconnut plus dans les contractants féodaux que des créanciers pouvant être remboursés et des débiteurs capables de se libérer; lorsqu'il lut le décret qui effaçait les dernières traces de la vieille société, sans porter aucune atteinte aux droits légitimes, il fut accueilli par les applaudissements unanimes de l'assemblée. Au moment où il des-

cendait de la tribune, Mirabeau courut à sa rencontre et lui dit en l'embrassant : « Votre travail est excellent, et la preuve, c'est que Sieyès, qui ne trouve bon que ce qu'il fait, en juge comme moi. »

Toutes les mesures particulières pour abolir entièrement ce régime dans les diverses provinces, ainsi que la législation nouvelle sur la chasse, si étroitement liée au droit de propriété et à la bonne culture de la terre, furent provoquées ou rédigées par lui. Après avoir concouru à l'établissement de l'égalité dans cette partie de l'ordre social, M. Merlin, que son activité et sa science avaient fait attacher en outre au comité de constitution, et au comité d'aliénation des biens nationaux, proposa, en leur nom, d'introduire la même égalité dans la famille. Rapporteur de la loi sur les successions *ab intestat*, il lui donna pour base l'équité naturelle et l'affection présumée. Il fit abolir le droit d'aînesse et de masculinité pour consacrer le partage égal entre les héritiers du même degré; admettre la représentation à l'infini en ligne directe et jusqu'aux neveux inclusivement dans la ligne collatérale; établir l'identité de tous les biens, meubles ou immeubles, transmis ou acquis, quant à leur distribution, supprimer la règle qui, dans plusieurs provinces prescrivait, lorsqu'il n'y avait pas d'enfants, le retour des biens paternels et des biens maternels aux diverses lignes d'où provenaient ces biens, et privait souvent d'une partie considérable de la succession l'héritier le plus proche pour la transporter, au mépris de la justice et dans l'intérêt purement abstrait des familles, sur la tête d'un héritier éloigné. Il provoqua également la destruction des privilèges, qui, dans les villes comme dans les campagnes, sous le nom de droit de *bourgeoisie* et d'*habitation*, et sous celui de *retrait lignager*, paralysaient le mouvement des propriétés en permettant au cohéritier de garder les unes, au plus proche parent de revendiquer ou de racheter les autres. Pendant que se décrétait ce régime d'égalité pour les personnes, de disponibilité pour les biens, on entendit une voix s'écrier amère-

ment : *Mais vous allez diviser la terre à l'infini* et la généreuse assemblée, loin de se troubler à une aussi heureuse menace, y répondit par ses applaudissements.

Non content de servir sa cause en législateur, M. Merlin la servit comme écrivain. Se faisant le commentateur lumineux de la révolution et l'avocat consultant du peuple, il prit à tâche, dans un recueil périodique consacré aux plus hautes matières du droit nouveau, d'en répandre la théorie, d'en expliquer les difficultés, d'en démontrer les bienfaits. Pendant cette mémorable époque, on est frappé de l'abondance et du mérite de ses travaux. M. Merlin se distingue parmi ceux qui assurèrent la révolution politique par la révolution civile. Ses rapports à l'assemblée constituante furent de véritables modèles. Il y montra un esprit positif et élevé qui, sans perdre de vue les besoins contemporains, remontait jusqu'à la raison première du droit. Son intelligence s'était agrandie au milieu du vaste horizon de cette assemblée qui, ne mettant d'autres bornes à ses pouvoirs que celle de ses idées, et portant ses idées aussi loin que s'étendaient ses sentiments de justice et ses élans d'humanité, introduisait les principes de la belle philosophie sociale dans la législation.

M. Merlin aurait voulu placer le maintien des institutions nouvelles sous la sauvegarde de ceux qui les avaient fondées. C'est dire qu'il ne partagea point l'entraînement presque universel qui porta les membres de la constituante à décider, avec une abnégation plus généreuse qu'habile, leur propre exclusion de l'assemblée suivante. Il soutint la liberté illimitée des choix, fit valoir les conseils de l'expérience et prononça ces prophétiques paroles : *Je crains qu'une nouvelle législature ne change la constitution, et que si elle ne la change pas elle la laisse périr.* Un an s'était à peine écoulé, et l'assemblée législative décrétait, au bruit du canon victorieux du 10 août, la fin de la débile monarchie que lui avait confiée la constituante.

Dans ce moment, M. Merlin, après avoir

été nommé d'abord président de l'un des douze tribunaux de Paris, exerçait, depuis bientôt une année, les fonctions de président du tribunal criminel du département du Nord. Il y avait été appelé par le choix de ses compatriotes, qui l'envoyèrent alors à la convention nationale. Pendant cette terrible époque où des périls immenses menacèrent la France révolutionnaire et exaltèrent au plus haut degré ses passions; où l'Europe s'avancait en armes contre un pays désorganisé; où le roi prisonnier était regardé comme complice de cette invasion; où les regrets et les espérances des partis vaincus passaient pour être des complots; où le parti vainqueur, conduit par quelques hommes audacieux, animés d'une énergie formidable, voulait sauver à tout prix l'indépendance du territoire et la cause de la révolution, la république ne pouvait être qu'un nom, la convention qu'une assemblée dictatoriale, les lois que des mesures de faction ou de guerre. Pour de pareils temps M. Merlin n'avait ni l'exaltation qui emporte, ni la force qui résiste. Il appartient à cette masse modérée et soumise de la convention qui céda aux circonstances. Après s'être associé à la condamnation du royal et infortuné vaincu du 10 août, il essaya de se soustraire à la violence des luttes intérieures pour aller remplir des devoirs simples et utiles en qualité de commissaire de la convention auprès de l'armée du nord et de celle de l'ouest. Il s'acquittait de cette dernière mission lorsqu'il apprit l'attentat du 31 mai. Du fond de la Bretagne il protesta contre cette violation de la représentation nationale. Mais bientôt tout fléchit devant l'audace victorieuse des hommes qui l'avaient commise. Revenu de sa mission et nommé membre du comité de législation, M. Merlin ne sut pas combattre leurs passions, braver leurs menaces. La fièvre révolutionnaire était parvenue à son plus violent accès. Elle troublait les esprits, endurcissait les âmes, faisait planer sur la convention une terreur profonde qui de la convention se répandait sur le reste de la France. Compromis par sa protestation, menacé

dans sa vie, M. Merlin eut la faiblesse de coopérer à cette loi qui, sous un prétexte de sûreté, faisait commencer les châtimens là où ne commençaient pas même encore les actes, en ordonnant la détention jusqu'à la paix de ceux dont les inexorables dominateurs du temps craignaient les opinions ou les sentiments. Il est des mesures tellement contraires à la justice qu'on doit au moins y rester étranger, et il est des principes au maintien desquels un homme public doit être prêt à faire tous les sacrifices, même celui de sa vie.

Le 9 thermidor rendit M. Merlin à ses sentimens naturels. Deux jours après la chute de Robespierre, il fut nommé président de la convention redevenue libre, et il fit bientôt partie du nouveau comité de salut public, dont il ne cessa presque plus d'être membre jusqu'à la fin de cette assemblée. Il fut un de ceux qui mirent le gouvernement dans de nouvelles voies, au dedans par la ruine du régime révolutionnaire, au dehors par le démembrement de la coalition européenne.

Avant tout il fallait briser les instruments légaux de la tyrannie renversée, de peur qu'elle ne parvint à se relever. Les trois principaux de ces instruments étaient le club des jacobins qui avait entretenu ses passions, la municipalité de Paris qui lui avait fourni ses forces, le tribunal révolutionnaire qui avait frappé ses victimes. M. Merlin fit décréter d'abord une nouvelle organisation du redoutable tribunal dont les membres devinrent temporaires, auquel on imposa une lenteur rassurante, et qui fut soumis à des formes protectrices. Il proposa ensuite la dissolution de cette puissante commune qui avait dominé les gouvernements et les assemblées, et qui fut décomposée en douze commissions séparées et indépendantes les unes des autres. Mais ce qui était plus difficile, c'était de fermer la société des jacobins dans laquelle se conservaient les maximes et les regrets du régime détruit, et dont les séances provoquaient dans Paris une guerre journalière. Les trois comités de salut public, de sûreté générale et de législa-

tion, en demandèrent la clôture à la convention qui passa à l'ordre du jour. Par une interprétation hardie, M. Merlin prétendit que c'était là un acte de gouvernement et non une mesure législative, et il persuada aux comités assemblés dans la nuit de faire fermer le club sous leur responsabilité. Il en signa le premier l'ordre qui fut exécuté une heure après, et le lendemain la convention approuva dans ses comités, l'énergie qu'elle n'avait pas osé avoir elle-même.

Ces retours à la légalité et à la modération furent suivis de réparations équitables envers les membres de la convention qui avaient été exclus de son sein. M. Merlin, organe des comités, proposa de réintégrer dans tous leurs droits, d'abord les soixante et treize députés qui avaient protesté contre l'attentat du 31 mai, et ensuite les girondins qui avaient survécu à la proscription. Il s'excusa de ce qu'on rendait si tard à ces derniers *le caractère sacré que l'injustice n'avait pu leur enlever et qui avait reçu un nouvel éclat de leurs malheurs et de leur courage; mais, dit-il, le moindre oubli des précautions aurait fourni à la tyrannie terrassée les moyens de se relever. Aujourd'hui que vous n'avez plus rien à redouter, ni des tyrans, ni des factieux; aujourd'hui que les portes des jacobins sont fermées, vous pouvez, dans toute la plénitude de votre force, combler celle de votre justice.*

Une situation plus légale exigeait des maximes plus régulières. Le malheur avait donné de l'expérience, et les excès avaient fixé les limites des droits. Aussi M. Merlin fit adopter par la convention, sous le nom de *principes essentiels de l'ordre social et de la république*, une déclaration des droits qui modifiait celle de 1789. A l'égalité devant la loi était opposée l'inégalité naturelle du talent, de la vertu, du travail, de la richesse dans la société. La liberté était ramenée dans ses bornes naturelles par la répression de ses abus. La souveraineté populaire ne pouvait s'exercer que par des assemblées autorisées, et il était défendu à tout rassemblement partiel de s'appeler le

peuple. Enfin le droit d'insurrection devait s'appuyer sur une décision de la majorité des assemblées primaires régulièrement convoquées et ayant reconnu que les lois avaient été violées par le gouvernement, sous peine d'être une rébellion punissable. L'esprit nouveau de cette déclaration, qui fut adressée à toutes les assemblées et dut être lue régulièrement dans toutes les écoles primaires, était exprimé par la phrase suivante : « Celui qui parle aux citoyens de leurs vertus sans les avertir de leurs erreurs, de leurs droits sans leur rappeler leurs devoirs, est un flatteur qui les trompe, ou un ambitieux qui cherche à les asservir. »

L'influence que M. Merlin exerça sur les affaires extérieures de la république ne fut pas moins grande. Le moment de la paix paraissait arrivé avec plusieurs des puissances coalisées qui n'étaient pas irrévocablement contraires à la révolution, par haine de son principe ou de sa grandeur. L'Europe commençait à ressentir une admiration craintive pour ces fiers et intrépides bourgeois qui avaient su lui résister et qui avaient pu la vaincre. Les soldats de la révolution avaient franchi le Rhin, envahi la Hollande, débordé au delà des Pyrénées, et ils occupaient le sommet des Alpes, prêts à fondre sur l'Italie, lorsque la Prusse, l'Espagne, les provinces unies des Pays-Bas, la Toscane, la Hesse, firent coup sur coup des ouvertures de paix, et que l'ambassadeur de Suède vint, au milieu de la convention, renouveler dans un langage magnifique, la vieille amitié de son pays avec la France. M. Merlin, sur la proposition duquel les honneurs dus à la souveraineté furent rendus à l'ambassadeur du roi de Suède qui occupa un fauteuil en face du président, et y parla assis et couvert; M. Merlin exposa les négociations entamées, avec une modération et une fierté tout à fait dignes des grandes choses qu'exécutaient les armées nationales. « Nos triomphes, dit-il à la convention, et nos principes, nous permettent à la fois de vouloir et de dire ce que nous voulons. Le peuple français saura distinguer ses ennemis et les motifs de leur agression, et, dans les

lois que ses victoires lui donneront le droit de dicter, il aura surtout égard à ceux que la crainte et la violence ont contraints de marcher à la suite des chefs d'une ligue insensée. En traçant de sa main triomphante, mais généreuse, les limites dans lesquelles il lui conviendra de se renfermer, il ne repoussera aucune des offres compatibles avec ses intérêts et sa dignité, avec son repos et sa sûreté. Telle est sa politique : elle marche à découvert comme la gloire de ses armes. Il traitera avec ses ennemis comme il les a combattus, à la face de l'univers qu'il prend pour témoin de sa justice comme il l'a eu pour témoin de ses victoires. »

Ces belles déclarations ne furent point vaines, et les traités de Bâle avec la Prusse, l'Espagne et la Hesse, de La Haye avec la Hollande, conclus dans cet esprit, avec l'autorité et la mesure que donnent la force, procurèrent l'occupation de la rive gauche du Rhin, la possession de la Flandre hollandaise, de Maëstricht et de Venloo, la disposition du port de Flessingue, la cession de la partie espagnole de Saint-Domingue à la France, qui, à ces conditions, évacua les États allemands du roi de Prusse et du landgrave de Hesse, et dont les troupes repassèrent les Pyrénées.

M. Merlin prit une part considérable à ces négociations. Après avoir annoncé à la convention plusieurs des traités conclus, il proposa et fit décréter par elle la réunion de la Belgique, du pays de Liège et de la principauté de Bouillon à la France. S'appuyant sur le vœu exprimé des Belges, il exposa de plus les grandes raisons de cette mesure : « Sous le rapport militaire, dit-il, nous nous portons au delà de la ligne des places de 1792, qui n'a pas pu nous garantir de l'invasion des ennemis. Sous le rapport politique, moins Paris sera voisin du théâtre de la guerre, plus il sera tranquille, moins les puissances étrangères seront tentées de nous attaquer, parce qu'elles n'auront pas l'espérance de pénétrer jusqu'à cette ville centrale et d'y venir renverser le gouvernement. »

C'est ainsi que ces plébéiens, parvenus à la

victoire et au gouvernement, portaient jusqu'à l'Escaut et jusqu'au Rhin la frontière de la France. Moments glorieux pour notre pays et pour ceux qui, comme M. Merlin, le ramenaient à la modération, à la justice, et le maintenaient habilement, par des traités, dans la grandeur qu'il devait à ses armes !

Mais cette marche prudente et heureuse ne convenait pas aux partis extrêmes. Le 1<sup>er</sup> prairial, le parti des anarchistes attaqua la convention parce qu'elle était trop modérée. Le 15 vendémiaire, le parti contre-révolutionnaire l'assailit à son tour, parce qu'après avoir adopté la constitution directoriale de l'an III, elle avait déclaré les deux tiers de ses membres rééligibles dans les nouveaux conseils, pour ne pas répéter la faute de 1791 et remettre le dépôt de la république à des royalistes, comme l'assemblée constituante avait confié le dépôt de la monarchie à des républicains. Toutes les sections de Paris marchèrent en armes contre le palais même de ses séances. Jamais insurrection n'avait été mieux organisée et plus formidable. Dans ce danger extrême, la convention chargea un comité de cinq membres de pourvoir à sa sûreté. M. Merlin en fit partie. C'est sur sa proposition que Barras reçut le commandement des troupes conventionnelles. Mais il désigna de plus le véritable défenseur de la convention assaillie.

Peu de temps auparavant, le général de brigade Bonaparte, que, dans le mouvement réactionnaire, le représentant Aubry avait privé de tout commandement, s'était présenté au comité de salut public pour demander des passe-ports. Il se proposait d'aller servir en Turquie dans l'armée du Grand Seigneur. Bizarerie de deux destinées à tant d'égards semblables ! De même que Cromwell, dont les opinions étaient persécutées en Angleterre avant la révolution de 1640, avait voulu se réfugier en Amérique avec Hampden, et avait été arrêté dans son dessein au moment où il était prêt à monter sur le vaisseau qui devait le porter obscurément loin des grandeurs auxquelles il était réservé, de même Bonaparte

voulut partir pour Constantinople, et ne le put pas. La Providence ne se laisse pas ainsi dérober ses instruments. M. Merlin, devinant en quelque sorte l'homme supérieur dans ce premier entretien, lui refusa des passe-ports, l'engagea à ne pas quitter son pays, et promit de lui faire rendre justice. Il se souvint alors de sa promesse, et Barras ayant demandé un commandant en second, il proposa et fit agréer le général Bonaparte. En retenant ainsi cet inquiet et aventureux jeune homme, lorsqu'il allait se jeter avec une téméraire impatience dans cet Orient qu'il devait bientôt remplir de merveilles, en le replaçant dans les voies où il devait trouver d'abord la gloire et plus tard l'empire, M. Merlin contribua à donner à la convention son sauveur, à la France son réorganisateur, et au monde l'un de ses trois plus grands hommes.

Pendant qu'il dirigeait les affaires intérieures et extérieures de l'État dans les comités où il passait souvent ses nuits, M. Merlin avait trouvé le loisir de faire tout un code. Le 22 avril 1794, la convention l'avait chargé avec Cambacérès d'un travail général sur la législation civile et criminelle de la France. Cambacérès s'occupa plus particulièrement de la première; M. Merlin de la seconde. Trois jours avant que la convention se retirât, M. Merlin lui offrit le beau résultat auquel il était parvenu. « Commencé, lui dit-il, depuis dix-huit mois en exécution du décret qui avait ordonné la refonte de toutes les lois émanées des trois assemblées représentatives, le projet que je vous soumetts a exigé beaucoup de recherches, de longues méditations et un travail pénible. »

Ce code, conçu dans un esprit très-philosophique, divisé avec une méthode rigoureuse, rappelait dans des dispositions préliminaires les beaux et immortels principes sur lesquels reposaient à la fois la protection sociale, la sécurité individuelle, et il embrassait, en deux livres, l'action de la police judiciaire chargée de poursuivre les délits, et celle de la justice appelée à en punir les auteurs. Jamais jusque-là on n'avait aussi bien pourvu à la prudence des

arrestations, à la publicité de l'instruction, à la latitude de la défense, à l'équité des jugements, à l'application proportionnée des peines.

Toutefois, dans ce système, le mécanisme des divers pouvoirs qui concouraient aux actes variés de la justice criminelle était peut-être un peu trop compliqué. Ce défaut remontait à la division des pouvoirs publics, telle que l'avait conçue l'assemblée constituante avec une trop jalouse sollicitude.

D'autres dispositions, dont le vice avait une semblable origine, péchaient par un excès de scrupule et de prévision. Ainsi il était à craindre que des questions trop nombreuses posées au jury ne l'embarassassent dans des appréciations trop subtiles; que le jugement de l'intention, séparé du jugement du fait, ne conduisit souvent à l'acquiescement des coupables; que le désir de déterminer toutes les circonstances des délits et de soumettre les délits du même ordre à des châtimens invariables, sans établir dans les peines un minimum et un maximum qui permissent au juge de mesurer l'étendue de la condamnation au degré de la perversité, n'aboutît ou à trop de rigueur ou à trop d'indulgence; enfin que l'accumulation des causes de nullité n'exposât les procédures à l'incertitude et ne frappât la justice de découragement. Ces imperfections ne sauraient être attribuées à M. Merlin. Elles provenaient des théories encore dominantes qui sacrifiaient un peu trop la société à l'individu, et elles ne disparurent que plus tard. La législation de l'empire, tout en empruntant au code de brumaire une partie considérable de sa procédure, les repoussa, mais elle repoussa également ce qu'il y avait de philosophique dans les déclarations de ce code, de libéral dans ses précautions, de modéré dans ses peines. Elle se montra plus impérieuse, plus défiante, plus sévère; elle rétablit la confiscation qui semblait étendre jusqu'aux familles des coupables la solidarité de leurs crimes, la marque qui avait été supprimée comme déshonorant à jamais le corps de l'homme, et les peines per-

pétuelles qui avaient été abolies pour ne détruire l'espérance dans aucune âme humaine, et pour faire du châtiment un moyen d'expiation publique et d'éducation morale, et non une sorte de damnation terrestre.

Le code de brumaire an IV, sauf quelques changements, s'en référait à la loi pénale du 26 septembre 1791. C'était un code d'instruction criminelle en six cent quarante-six articles; expression généreuse de la philosophie sociale la plus avancée, écrit avec une clarté élégante, chacune de ses dispositions portant pour ainsi dire sa raison en elle-même, il fut voté en deux séances par la convention, qui l'adopta de confiance. La pensée de M. Merlin resta pendant quinze ans la législation de la France.

La convention termina ses travaux en fondant l'Institut national, dont M. Merlin fut élu membre. Ses titres comme juriconsulte et comme législateur le firent attacher à la classe des sciences morales et politiques. En même temps, les suffrages de plus de quatre-vingts assemblées électorales l'appelèrent au conseil des Anciens. Mais il n'y siégea qu'un jour, le directoire lui ayant confié, par son premier arrêté, le portefeuille de la justice. Ces hautes fonctions lui convenaient d'autant mieux que les lois étaient plus confuses et que les devoirs du magistrat suprême chargé d'en assurer l'exécution étaient plus difficiles. Tous les tribunaux, tous les directeurs du jury, tous les officiers du ministère public, tous les juges de paix, recoururent à son expérience, pour qu'il en expliquât le sens ou qu'il en fixât les formes. Rien n'égalait la célérité de sa correspondance et la précision savante de ses avis. Aucune lettre ne restait plus de huit jours sans réponse. Toutes les affaires importantes étaient traitées par lui seul, et il ne donnait sa signature aux autres qu'après les avoir révisées.

Lorsqu'il eut organisé le ministère de la justice, le directoire le chargea de diriger celui de la police générale, qui venait d'être créé. M. Merlin accepta; mais, au bout de quatre mois, ses forces épuisées le contraignirent de renoncer à des obligations trop fati-

gantes. En recevant avec regret sa démission, le directoire le rappela de nouveau au ministère de la justice, dont les devoirs devinrent très-pénibles pour lui. Les partis avaient recommencé leurs entreprises; gouverner se réduisait de nouveau et presque uniquement à combattre. Défenseur de l'ordre existant, au moyen de lois politiques, souvent aussi passionnées que les partis eux-mêmes, M. Merlin se servit d'elles quelquefois avec rigueur. Il éprouvait une sorte d'animosité patriotique contre ceux qui avaient quitté la France pour combattre la révolution, et ce sentiment, qui prenait sa source dans l'amour de son pays et de sa cause, le disposait à être sévère envers les émigrés. Aussi se montrait-il à leur égard l'interprète inflexible d'une justice écrite dans la loi, mais qui n'était pas toujours avouée par l'équité.

Il ne faut pas s'étonner s'il fut en butte aux attaques acharnées de tous ceux qui souffraient de son inexorable logique, et qui étaient exposés à ses froides sévérités. La presse, alors extrêmement libre, de tous les partis, le prit pour l'objet de ses agressions. L'anarchiste Babœuf se chargea de le décrier en le louant, et lorsque M. Merlin fit saisir ses papiers, on y trouva ces mots : Il faut que je dise du bien de Merlin, afin que tout le monde lui tombe dessus. » D'un autre côté, les journaux de l'opinion opposée le poursuivirent des plus vives accusations, et l'un de leurs rédacteurs eut un jour la bonne foi de lui dire : « Quand il nous manque quelque chose pour remplir nos colonnes, vous êtes notre ressource, et nous vous attaquons. »

Bientôt la constitution nouvelle ne suffit plus pour maintenir la paix entre les pouvoirs qu'elle avait établis. Trop faible pour n'être pas condamné à devenir violent, le directoire recourut, par un instinct naturel de conservation, aux coups d'État, contre le parti qui, après avoir attaqué militairement la révolution au 15 vendémiaire, la menaçait alors légalement du sein même des conseils. Le lendemain du 18 fructidor, M. Merlin fut nommé l'un des

cinq directeurs. Il était appelé à l'exercice du suprême pouvoir dans un fâcheux moment. Le directoire, en frappant ses ennemis, s'était blessé mortellement lui-même, et la dictature qui avait facilité sa victoire devait préparer sa chute. Obligé de continuer le régime des coups d'État contre le parti démocratique, ce gouvernement, qui n'avait pour se soutenir ni l'unité, ni le génie, ni la loi, ni même la crainte, perdit de plus le prestige des succès extérieurs. Tout le monde se déchaîna contre lui. On accusa Laréveillère-Lepaux, Treilhard et Merlin, formant la majorité du directoire, d'avoir amené tout ce qu'il leur avait été impossible d'empêcher. L'Autriche avait rompu la paix de Campo-Formio, et les plénipotentiaires français avaient été lâchement assassinés à Rastadt; ils étaient complices de la rupture et du meurtre. Scherer se faisait battre en Italie; ils étaient cause de sa défaite. Bonaparte avait voulu aller en Égypte, ils l'y avaient déporté. Rendus responsables de la faiblesse du gouvernement, de l'anarchie, des volontés et des désastres publics, on les força à donner leur démission de directeurs quatre mois avant la célèbre journée où l'ambitieux soldat d'Arcole et des Pyramides renversa le directoire lui-même.

Ici se termine, pour M. Merlin, la vie agitée du législateur et de l'homme politique, et commence la vie du magistrat civil. Bien préférable à la première, conforme aux goûts de M. Merlin et à ses grandes aptitudes, ne l'appelant à remplir que des devoirs simples, n'exigeant de lui ni efforts ni sacrifices, se passant toujours dans les régions supérieures de la science et de la justice, cette vie nouvelle lui procura un bonheur tranquille et une célébrité pure.

Six mois après le 18 brumaire, M. Merlin lut à la deuxième classe de l'Institut un mémoire fort curieux sur la nécessité d'un code universel pour toute la France. On ne pouvait pas dire, comme on le faisait en 1789, qu'on changeait de lois en changeant de chevaux de poste. Mais la législation restait encore extrême-

mement confuse. Au droit romain, au droit coutumier, aux ordonnances des rois, aux arrêts généraux des parlements, dont le décret du 21 septembre 1792 avait maintenu toutes les dispositions qui n'avaient pas été abrogées, il fallait joindre et les lois étrangères qui régissaient les pays nouvellement annexés au territoire par la conquête, « et les trente ou quarante mille lois portées, dit M. Merlin, dans des assemblées où chaque membre avait le droit d'initiative, et où tel homme se serait cru déshonoré, s'il n'avait eu à la fin de la session au moins cinq ou six lois de sa façon à présenter pour certificats de ses talents ou de son influence. »

Il pressait le gouvernement consulaire d'établir l'uniformité de législation dans un pays que la révolution avait rendu complètement homogène. Le vœu de M. Merlin était d'accord avec le besoin de tout le monde. Le moment était alors venu où cette œuvre désirée pouvait être entreprise avec suite, et exécutée dans toute sa grandeur. Reconstruire une société nouvelle sur un vaste plan et sous le niveau de l'égalité civile, était réservé au pays fécond qui, après avoir produit des philosophes pour provoquer les innovations, des réformateurs pour les accomplir, des soldats pour les défendre, avait des juriconsultes pour les régulariser. La France était particulièrement propre à ce travail. Depuis trois siècles elle avait été la grande école du droit et la patrie des hommes les plus profondément versés dans la science de la justice et la connaissance philosophique des lois. En même temps qu'elle avait marché, sous la conduite de ses rois, vers l'unité politique, elle avait tendu, par ses éminents juriconsultes et ses grands magistrats, vers l'unité civile, Cujas, Dumoulin, Doneau, L'Hôpital, Pithou, Loisel, Brisson, Lamoignon, Domat, d'Aguesseau, Pothier, l'avaient successivement rapprochée de ce but important que la révolution devait seule atteindre.

Quelques-uns même d'entre eux avaient visé à une unité intellectuelle du droit. Cujas avait rétabli dans son majestueux ensemble,



la vieille législation romaine. Dumoulin, après avoir combattu la féodalité civile au nom du droit naturel, avait été conduit à l'unité du pouvoir et de la législation par l'unité de l'État, et avait réclamé la concordance des coutumes avec toute la verve de son grand sens. Domat était allé plus loin par son magnifique ouvrage *des Lois civiles dans leur ordre naturel*. Cet austère métaphysicien du droit, cet ami de Pascal et de Boileau, nourri des doctrines des pieux solitaires de Port-Royal, qu'on peut appeler les stoïciens du catholicisme, franchissant l'intervalle qui sépare Louis XIV de Napoléon, créa, en 1689, un code complet, dont les titres et les dispositions ont en partie passé dans le nôtre, et ont ainsi fait de lui le régulateur posthume de l'avenir. Enfin, un peu plus tard, le célèbre Pothier, dans ses *Pandectes rédigées selon un nouvel ordre*, et dans ses beaux ouvrages sur les *obligations, les contrats, les successions, les donations*, présenta une classification régulière et une analyse profonde de toutes les matières civiles qu'il traita en juriconsulte et en praticien consommé, puisant à la fois ses principes dans les règles de la sagesse romaine, dans les inspirations morales du christianisme et dans les indications avancées de la raison moderne.

Ce que Domat et Pothier avaient fait pour la science, les auteurs de nos codes, qui étaient leurs disciples et qui furent leurs continuateurs, le firent pour la société. S'appropriant les travaux de ces deux grands juriconsultes, et fidèles à l'esprit de la révolution, ils donnèrent à la France renouvelée la loi la plus raisonnable, la plus claire, la plus juste, qu'aucun pays eût encore possédée. Ils la donnèrent; j'emprunte ici les brillantes paroles de Portalis: « Avec cette sagesse qui préside aux établissements durables, et d'après les principes de cette équité naturelle dont les législateurs humains ne doivent être que les respectueux interprètes. » Par là ils fondèrent ce bel ordre civil vers lequel s'avancait depuis longtemps le genre humain, et que le peuple, placé à sa tête, venait enfin d'atteindre si heu-

reusement. Je dis heureusement, car je ne suis pas de ceux qui craignent qu'en se perfectionnant le monde se rapproche de sa dissolution, et que le mieux doive être le commencement du pire. Je ne crois pas que la famille souffre de l'affectueuse égalité établie entre les enfants; que la société éprouve moins de sécurité là où l'individu jouit de plus de bien-être; et que plus d'équité dans les rapports privés conduise l'État à plus de désordre. Non, la liberté acquise au travail, la protection accordée à la faiblesse, la justice assurée au bon droit, l'essence des contrats mieux connue et plus respectée, l'égalité dans les partages solidement établie, la propriété plus répandue, la richesse mieux distribuée, la famille plus unie, la nation plus homogène, doivent augmenter la force du pays et y affermir cette profonde et universelle paix civile qui est le but et le bienfait des lois. Nous serions aveugles et ingrats si l'inconstance de nos désirs et l'inquiétude de notre esprit nous faisaient posséder avec désenchantement ce que nos pères ont recherché avec enthousiasme.

Ce code fut l'œuvre des Portalis, des Tronchet, des Cambacérès, des Bigot-Préameneu, des Maleville, des Treilhard, des Siméon et de tous ces habiles juriconsultes auxquels les événements et les révolutions avaient mieux fait connaître les intérêts des hommes et les ressorts des sociétés civiles. On est surpris de ne pas trouver parmi eux M. Merlin. Frappé d'une sorte de défaveur publique et vivant à l'écart depuis sa sortie du pouvoir, il avait de plus encouru l'inimitié des frères du puissant général, sous la direction suprême duquel s'exécutait alors la réorganisation de la France. Aussi sait-on ce qui fut offert à celui dont la célébrité datait de la constituante, qui était devenu l'un des principaux chefs du gouvernement conventionnel après le 9 thermidor, qui avait négocié avec l'Europe, fait décréter la réunion de la Belgique, rédigé à lui seul tout un code, été ministre et directeur? On lui proposa d'être substitué du commissaire du gouvernement auprès de la cour de cassation;

M. Merlin, pensant sans doute qu'on peut être utile à son pays dans les positions les plus humbles, s'honora jusqu'à accepter. Mais il n'eut pas besoin de beaucoup de temps pour prendre sa véritable place. Dès 1801, il fut nommé commissaire du gouvernement, c'est-à-dire procureur général auprès de cette cour de cassation qu'il avait appelée, sous l'assemblée constituante, *la gardienne suprême des lois et le lien des tribunaux*.

Après l'établissement d'une législation régulière, il s'agissait de fonder une jurisprudence uniforme. C'était l'œuvre réservée aux cours de justice. Pour l'accomplir avec le succès nécessaire au maintien de l'unité civile, il fallait ne pas exposer la loi aux applications contraires des tribunaux qui auraient détruit son autorité en comprenant diversement ses dispositions; il fallait la rendre l'objet d'une interprétation supérieure qui, descendant toujours lumineuse des plus grandes hauteurs de la justice, fit de la cour de cassation l'organe respecté et presque infailible de ses volontés, moins encore comme le tribunal qui jugeait le dernier que comme le tribunal qui jugeait le mieux; il fallait enfin donner à la loi autant de force que si elle était ancienne, en ne remontant jamais à d'autres principes que les siens, de peur que, sous le dangereux prétexte de l'équité, elle ne fût livrée à l'arbitraire des pensées particulières et au désordre des perfectionnements journaliers.

Personne n'était plus capable que M. Merlin de donner à la législation cette utile fixité, et à la cour de cassation cette puissance régulatrice. Aux lumières du jurisconsulte, il joignait l'habileté du praticien. Intelligence parfaite des principes constitutifs du droit, de leur génération, de leur emploi; connaissance exacte des textes et de leur esprit; savoir éclairé de l'expérience qui, sans nuire à la liberté de la réflexion, fait connaître la succession des doctrines et la pratique progressive du genre humain; pénétration, discernement, sûreté d'idées, clarté de langage, talent de démonstration, voilà les qualités rares que

M. Merlin apporta dans l'exercice de ses nouvelles fonctions. Se pénétrant du rôle du magistrat, il se renferma avec déférence dans l'horizon de la loi, dont le texte fut son point de départ; l'esprit, sa philosophie; la volonté, sa justice.

Mais comme cette justice était l'œuvre de deux civilisations successives, comme elle était le savant résultat auquel avait abouti, à travers une suite immense de générations, ce beau sentiment de l'équité donné à l'homme pour mettre de plus en plus l'ordre social en rapport avec l'ordre moral, M. Merlin pouvait s'en rendre l'interprète sans l'isoler du commentaire des siècles. Aussi puise-t-il abondamment dans les doctrines du passé pour expliquer les obligations du présent, et il montre encore mieux ce qu'exige la règle, en recherchant d'où elle vient. En général, ses réquisitoires sont des chefs-d'œuvre dans leur genre. Il y pose toujours nettement le problème, le dégage de toutes les inutilités qui l'environnent et l'obscurcissent, le résout à l'aide d'une déduction irrésistible, dans le tissu serré de laquelle il introduit les textes, expose les principes, produit les exemples, classe les raisons, avec une sûreté rare, une force invincible et une intelligence si facile, qu'elle ne paraît pas profonde. C'est ainsi que, maîtrisant les convictions, il a fait sanctionner la plupart de ses avis par des arrêts, et fixé la législation au moyen des plus lumineux commentaires. Sous ce rapport, le procureur général à la cour de cassation a continué les législateurs du conseil d'État, et la jurisprudence saine et ferme, qu'il contribua tant à fonder, a été le complément nécessaire du Code civil.

Avant d'être l'interprète du droit nouveau, M. Merlin avait eu le mérite, peut-être plus difficile encore, de guider pendant trois ans la justice française, à travers les détours de la législation intermédiaire. Il l'avait fait sans jamais l'égarer, en éclairant de la plus vive lumière le chaos obscur dans lequel se confondaient les débris du vieux droit et les éléments encore informes du nouveau. Appro-

fondir la législation transitoire, tout autant que si elle devait être durable, se pénétrer de son esprit, comme s'il reposait toujours sur les principes éternels de la justice ou sur la réalité permanente des choses, tirer de ce droit momentané la règle applicable aux contestations privées, savoir trouver pour chaque cause, et d'après son origine, la disposition de loi qui devait la régir, et lui appliquer cette disposition d'une manière sûre, telle fut la tâche que M. Merlin remplit alors avec une supériorité incomparable. Il porta le même génie d'interprétation dans le droit étranger, dont il s'appropriâ les richesses, lorsque le Piémont, l'Italie, la Belgique, la Frise, la Hollande, les provinces allemandes du Bas-Rhin et de l'Ems, furent annexées à la France. Successeur des Luca, des Richeri, des Casaregis, des Bynkershœkh, des Stockmans, des Leyser, des Groeneweghen, des Voët, qui avaient rendu florissantes la science et la pratique du droit dans ces divers pays, M. Merlin aida la cour de cassation à accomplir avec dignité, savoir et justice, la magnifique mission qu'elle tenait de la grandeur des événements, et qui faisait d'elle l'arbitre judiciaire d'une partie de l'Europe.

Pendant la période de 1804 à 1814, qui fut, sans contredit, la plus importante dans l'histoire de notre jurisprudence, puisque c'est alors que toutes les grandes difficultés de la législation transitoire, soit française, soit étrangère, furent résolues, et que tous les principes fondamentaux de la législation définitive furent appliqués aux questions douteuses, ou sur les personnes, ou sur les propriétés, M. Merlin fut l'oracle de la justice. Il exerça une sorte de souveraineté juridique dont les traces se trouvent dans le célèbre *Répertoire de Jurisprudence* et dans le livre *des Questions de Droit*, qui lui est peut être encore supérieur. Ces immenses ouvrages, qui formeraient plus de cent cinquante volumes ordinaires, embrassent toutes les parties et tous les problèmes du droit.

Le droit civil, français, romain, coutumier,

étranger; la procédure civile, le droit criminel, le droit commercial, le droit maritime, le droit administratif, le droit public ancien et moderne, le droit des gens, le droit féodal, le droit canonique, sont traités dans le *Répertoire de Jurisprudence*, avec une étendue proportionnée à leur degré d'importance. M. Merlin s'y montre jurisconsulte universel. Si dans ces articles, dont plusieurs sont des ouvrages, il n'omet rien de ce qu'ont pensé les autres, s'il invoque l'expérience des temps et des hommes qui ont contribué au perfectionnement de la justice, ce n'est pas pour éviter de se prononcer lui-même. Loin de là, sa vaste instruction éclaire toujours son jugement. Aussi ses livres servirent-ils de guides aux tribunaux et de manuels aux jurisconsultes. Quant à lui, il obtint une telle autorité, que ses conclusions devinrent la raison dernière de la loi, et qu'en 1815, le conseil d'État, cour de cassation du royaume de Westphalie, se trouvant partagé d'opinion sur une question majeure de jurisprudence, le choisit unanimement pour arbitre et régla son arrêt sur son avis.

C'est pendant cette époque de sa vie que la gloire de M. Merlin resta sans mélange, que son esprit vigoureux ne subit de la part des circonstances aucune déviation, que sa logique ne servit qu'au bien. Le pouvoir et les honneurs vinrent, sans qu'il les recherchât, récompenser son mérite et s'attacher à sa renommée. Il fut fait successivement conseiller d'État à vie, comte de l'empire, grand officier de la Légion d'honneur, commandeur de l'ordre de la Réunion, membre du comité pour les affaires contentieuses de la couronne et pour celles du domaine privé de l'empereur.

Cette brillante situation dura jusqu'en 1814. Alors, avec les revers de sa cause, commencèrent pour lui les disgrâces et les malheurs. Exclu d'abord du conseil d'État, il fut ensuite destitué de ses fonctions de procureur général. Replacé auprès de la cour de cassation, et devenu ministre d'État durant les Cent Jours, tandis que le département du Nord l'envoyait à la chambre des représentants, ce retour de

prospérités trompeuses l'exposa à de plus rudes traverses. Il fut mis sur la fameuse liste des *trente-huit* bannis par l'ordonnance de juillet 1815. Il se réfugia en Belgique. Mais on ne le trouva pas assez éloigné de la France, et un ordre des puissances alliées enjoignit au roi des Pays-Bas de mettre un terme à la dangereuse hospitalité qu'il exerçait envers des vaincus et des vieillards. Ce fut un exil dans l'exil. Contraint de quitter ce pays rapproché du sien, M. Merlin espéra du moins pouvoir rester en Europe et recevoir un asile chez quelque peuple assez libre, ou assez éclairé et assez puissant pour oser être hospitalier. Il écrivit dans ce but en Angleterre; mais on lui répondit de ne pas s'y rendre, parce qu'il n'y serait pas admis. Se tournant alors vers la Prusse, il s'adressa au prince de Hardenberg, avec lequel il était entré en communication lors du traité de Bâle, et qui ne lui répondit même pas.

Il fallut renoncer à l'Europe, et il s'embarqua sur un navire qui devait le porter aux États-Unis. Son fils, qui depuis l'âge de quatorze ans servait sous le drapeau de la France, et qui était alors maréchal de camp, l'accompagnait. Mais, non loin de Flessingue, le navire qu'il montait fut jeté par les vents contraires sur un banc de sable qu'avaient signalé de nombreux naufrages. Poussé par les vagues furieuses, il y heurta avec violence, et s'entr'ouvrit. Après dix heures des plus cruelles angoisses, les passagers allaient périr, lorsque la mer s'apaisa tout à coup. Avant que le vaisseau s'engloutît, M. Merlin put regagner cette terre où les puissances de l'Europe lui défendaient de rester, et d'où les vents ne lui permettaient pas de sortir. Invoquant alors le bénéfice de la tempête, il demanda au roi des Pays-Bas de ne plus voir en lui qu'un étranger que la mer avait jeté sur ses côtes. Ce prince, qu'on avait contraint de renvoyer un banni, ne voulut plus exécuter les rigueurs européennes contre un naufragé, et, malgré des injonctions répétées, il laissa vivre M. Merlin à Harlem et Amsterdam, sous un nom supposé,

jusqu'à ce qu'il pût se livrer lui-même à sa générosité naturelle, et recueillir librement dans ses États les débris errants de la révolution.

Quand il fut permis à M. Merlin de reparaitre sous son nom et de reprendre ses travaux, il donna de savantes consultations, et refondit, en les complétant, son *Répertoire de Jurisprudence* et ses *Questions de Droit*. Quoique, en France, la proscription se fût étendue jusqu'à la science de M. Merlin, et qu'on eût interdit de citer son nom devant les tribunaux, les vingt mille exemplaires de ses deux ouvrages s'écoulèrent rapidement, et le plus célèbre professeur des écoles, le plus habile commentateur du Code civil, Toullier, décernait à l'illustre banni le titre mérité de *prince des jurisconsultes*.

Jusqu'à l'âge de soixante et douze ans, M. Merlin put se livrer avec la même suite et la même force à ses occupations. Mais à cette époque de sa vie, aux peines de l'exil vinrent se joindre des privations peut-être plus cruelles encore. Usé par les veilles et les méditations, M. Merlin éprouva, en 1826, une légère attaque de paralysie. Sa santé n'en fut pas altérée, mais les médecins l'obligèrent à restreindre ses travaux. Lorsqu'après cinquante-six ans d'une activité qui ne s'était jamais reposée ni fatiguée, M. Merlin se vit enlever, du moins en partie, ces grandes consolations de l'intelligence qui lui avaient fait jusqu'alors supporter l'exil, il en ressentit un amer chagrin. Ne plus vivre librement dans ce monde des idées où il s'était réfugié, c'était en quelque sorte pour lui perdre sa dernière patrie.

Enfin le moment arriva où cessèrent les épreuves que, dans sa sagesse profonde, la Providence réserve aux causes qui ont abusé de leur force, aux hommes qui se sont laissés entraîner aux excès de leurs victoires ou de leurs systèmes. La révolution de 1830 ramena M. Merlin dans son pays. Il y revint avec tous les partis pris de l'expérience. Les souvenirs de la première révolution, dont il avait partagé quelques-uns des entraînements, ressenti les

vicissitudes, subi la défaite, revu le triomphe. L'avaient rendu extrêmement modéré. Il ne demanda qu'à jouir en paix de cette liberté, à l'établissement de laquelle il se rendait la justice de n'avoir été étranger ni par ses travaux ni par ses malheurs. Rentré dans l'Académie des sciences morales et politiques, il assista avec une assiduité persévérante à toutes ses séances, lui apportant, à défaut d'une coopération active, le souvenir de ses ouvrages et la gloire de son nom.

Cet homme, qui avait habité le palais des rois, et qui avait un moment exercé leur autorité, cet auteur des lois importantes, ce fondateur principal de la jurisprudence française, cet habile et infatigable écrivain, devenu vieux et presque aveugle, privé du travail, qui lui manquait beaucoup plus que la puissance, passa les huit dernières années de sa vie dans la plus modeste retraite. Il y était entouré des soins affectueux et des respects de sa famille. Universellement honoré, il portait avec simplicité sa grande renommée. Il ne recherchait pas les distractions du monde, auquel il était resté presque toujours étranger. Enfermé toute sa vie dans son cabinet, il n'avait établi d'étroites relations qu'avec les célèbres jurisconsultes et les grands écrivains de tous les temps, qu'il pouvait, comme le faisait Bolingbroke, appeler ses *amis défunts*. Quoiqu'on l'eût contraint de renoncer à leur commerce assidu, il était souvent ramené vers eux par un irrésistible attrait; et lorsqu'il voulait charmer ses loisirs devenus si longs, il se faisait lire par son secrétaire quelques pages de ce vieux Digeste qui, pendant soixante ans, avait été le fidèle compagnon de toutes ses fortunes. Mais peu à peu ses forces déclinaient, et il finit par s'éteindre le 26 décembre 1838. Sa dernière et ferme volonté prescrivit de ne prononcer aucune parole sur sa tombe. Il pensait sans doute qu'il fallait mettre du temps entre les hommes des révolutions et leurs juges.

En attendant que la postérité décide souverainement sur ces hommes extraordinaires qui

ont entrepris de renouveler la face de notre pays, et qui y sont parvenus, disons que si M. Merlin fut entraîné quelquefois plus loin qu'il ne le voulait par des passions dont il ne partageait pas la violence, il était modéré de caractère, irréprochable de mœurs, honnête dans ses sentiments, bienveillant dans ses rapports. M. Merlin fut, en quelque sorte, un savant égaré dans une révolution. Timide comme homme, il était hardi comme jurisconsulte, et il montrait dans la région des idées et pour l'observation de la justice une vigueur de caractère qu'il ne trouvait pas toujours dans la conduite de la vie. Prompt dans ses avis, ferme dans ses doctrines, il n'était jamais embarrassé par l'immensité de ses connaissances, et savoir, qui est si souvent une raison de douter, était pour lui un moyen de plus de se décider. Profondément attaché à la révolution, il en servit la cause, indépendamment des formes qu'elle adopta. Il combattit et il souffrit pour elle. Après avoir contribué à l'accomplir, il concourut à la régler et à l'asseoir. Jamais le savoir, dénué d'ambition, et l'habileté pour les choses, sans l'empire sur les hommes, n'avaient donné un rôle si considérable et si varié.

Aujourd'hui, la science à laquelle M. Merlin a dû son importance et sa renommée est dans d'autres voies. Elle recherche la raison historique du droit, et s'attache plus à le comprendre qu'à s'en servir. Elle remonte avec une érudition plus sûre à ses origines lointaines; elle connaît mieux son esprit réel, et rattache avec une précision intelligente la diversité de ses formes aux situations variées des sociétés humaines, et aux besoins mobiles des temps. Mais il ne faut pas qu'elle s'enorgueillisse trop d'elle-même, et qu'ayant perdu son unité en se répandant sur les siècles, et pour ainsi dire sa foi, en renonçant à la certitude absolue de ses principes, elle considère avec moins de respect cette science plus simple, plus bornée, plus dogmatique et plus féconde, qui donnait aux hommes du dernier siècle le génie de l'organisation et une sorte de faculté législative.

C'est ce mérite immense qu'a eu M. Merlin. Il a appris pour appliquer ; il a su pour agir. Il a enrichi la pratique contemporaine à l'aide de ses recherches , et la justice a toujours été la fin de son savoir. S'il a pénétré moins avant que d'autres jurisconsultes dans les profondeurs historiques de la science ; s'il s'est élevé moins haut dans la région philosophique du

droit , il a laissé une plus forte empreinte de son esprit dans la jurisprudence positive , et il a fait du droit le plus utile usage , en l'employant à perfectionner les institutions politiques et à régler les rapports civils d'un grand peuple.

MIGNET.

## DE L'ÉTAT ACTUEL

# DE LA LÉGISLATION PÉNALE EN ALLEMAGNE.

La législation de chaque nation est composée de deux parties distinctes ; l'une *absolue* , qui repose sur les principes éternels de la raison et de la justice ; l'autre *relative* , qui doit nécessairement se conformer aux rapports particuliers de l'État , aux besoins , à la manière de voir , aux mœurs aussi bien qu'au degré de civilisation , qui caractérisent la nation à laquelle la législation est destinée. Cette distinction se révèle surtout dans la législation pénale. Aucun législateur ne pourra mettre de côté certaines exigences du droit , certaines conditions concernant la pénalité ; il ne pourra frapper ce qui se renferme dans le pur domaine de la pensée , ou bien des espérances , comme si quelqu'un disait , par exemple , qu'il désire la mort de son ennemi ; il se conformera aux conditions générales qui constituent l'imputation , et n'ira jamais jusqu'à étendre la peine ordinaire à des aliénés ou à des enfants. Si le législateur ne suit pas ces règles de la justice éternelle , il peut être assuré d'avance de

l'inefficacité de sa législation pénale ; en se heurtant contre le bon sens du peuple et contre le sentiment de justice qui anime les juges , il manque le but , car les dispositions pénales finissent à la longue par ne recevoir aucune exécution , et les habitants perdent ce respect pour les lois qui leur est si indispensable. L'essentiel c'est de ne pas perdre de vue la nature des circonstances locales. Dans la rédaction des lois pénales l'on doit prendre en considération les besoins de l'État auquel elles sont destinées , le caractère particulier des individus , dont elles doivent prévenir les crimes. Mais les besoins de l'État se modifient selon les différents rapports et les différentes époques. La position d'un peuple agriculteur est autre que celle d'un peuple commerçant. De même , lorsqu'il s'agit de définir chaque délit en particulier , le législateur doit faire la part de la différence des intérêts , et , pour choisir un exemple , se convaincre , si en donnant une trop grande extension au cercle des

injures que la loi doit punir, ou en rejetant toute preuve de la vérité des faits, l'on ne blesse pas trop les sentiments et la susceptibilité du peuple. Le législateur aura surtout toujours présentes à son esprit les différentes manières de voir du peuple, quand il voudra rencontrer la véritable mesure des peines, et de leur classification. C'est ainsi que chez un peuple dont les mœurs se distinguent en général par leur douceur, il tâchera de faire appliquer des peines plus modérées, parce qu'il s'exposerait autrement à laisser les crimes impunis; un peuple sensible sur le point d'honneur devra être contenu par des peines qui négligent l'honneur.

Différentes circonstances influent aussi sur le développement des lois pénales; l'instruction des peuples joue sous ce rapport un grand rôle; la position se modifie lorsque le droit se perfectionne par la science des juriconsultes, ou lorsque ce sont les verdicts des jurés qui font participer la nation elle-même à la distribution de la justice. L'Allemagne est le pays par excellence, pour l'influence des théories juridiques, celui où le perfectionnement du droit appartient de temps immémorial et exclusivement aux juriconsultes. Un usage introduit depuis trois siècles en Allemagne délègue aux facultés de droit faisant partie des universités allemandes, des attributions qui dans d'autres pays ne sont réservées qu'aux tribunaux ordinaires; de toutes les parties de l'Allemagne on leur envoie des causes complètement instruites pour être par elles jugées en dernier ressort; ceci démontre suffisamment la haute influence qu'exerce la théorie enseignée dans les universités sur la pratique, à tel point que les différents systèmes scientifiques des professeurs allemands durent par la suite des temps être adoptés dans les tribunaux. Ce fait a acquis une importance d'autant plus grande que l'Allemagne ne possédait aucun code pénal général. Chaque pays avait quelques lois criminelles; en fait des délits particuliers, le droit commun obligatoire dans toute l'Allemagne se fondait sur le Code rédigé par le

baron de Schwarzenberg, et publié en 1552 par l'empereur Charles V, Code connu sous le nom de *Carolina*. Ce Code n'était rien moins que complet, et ne comprenait qu'un recueil du droit coutumier d'alors, en ce qui concerne les dispositions pénales sur les délits les plus importants, il renvoyait pour les autres au droit romain. Celui-ci ne fut pas littéralement appliqué tel qu'il est contenu dans le *Corpus juris civilis*, mais suivant la manière dont il avait été interprété dans le moyen âge, et l'application en fut abandonnée à la jurisprudence des tribunaux, jurisprudence basée principalement sur les décisions des facultés de droit, et qui était ainsi toute scientifique. La jurisprudence pénale de l'Allemagne s'améliorait donc et devenait plus douce à mesure que la science du droit faisait des progrès plus considérables et devenait de plus en plus conforme aux principes de la justice.

Dans la seconde moitié du dernier siècle, la réforme de la législation pénale, produite en Italie par les efforts de Beccaria et de Filangieri, étendit aussi son influence sur l'Allemagne. La science allemande prit bientôt part à cette grande lutte intellectuelle; on attaqua la légalité de la peine de mort, on signala l'inconséquence des dispositions pénales trop rigoureuses, et on s'empessa de s'approprier, autant que pouvait l'admettre l'individualité des savants allemands, les changements importants que la législation subissait à l'étranger; le Code de Léopold, adopté en Toscane, trouva surtout des admirateurs.

La nouvelle direction philosophique donnée aux études à la fin du dernier siècle s'empara de la pensée des criminalistes. On se mit aussi à poser les principes du droit pénal; on discuta sur le but des peines, et il s'éleva bientôt de nouvelles théories, différentes selon la trempe des esprits; les uns voulant faire dominer le principe de l'intimidation, d'autres le système préventif, d'autres encore ne songeant qu'à la régénération des condamnés.

L'esprit scientifique ainsi éveillé ne manqua pas d'influer sur la jurisprudence criminelle;

on chercha à éluder et à faire tomber en désuétude l'application des peines sévères de la *Caroline*, et l'on imagina des circonstances atténuantes. De là vint nécessairement l'incertitude du droit, et la nécessité d'une législation pénale complète se fit sentir de plus en plus.

I. Le Code pénal prussien de 1793 fut le premier essai de codification tenté en Allemagne. Il renferme 1,577 articles; mais malgré cette multitude de dispositions, le législateur n'atteignit point le but qu'il s'était proposé; il crut agir logiquement, en énumérant tous les cas possibles, et en déterminant dans la loi des peines distinctes pour chacun de ces cas, qu'il s'imaginait à tort avoir tous prévus. Le résultat démontra bientôt, qu'il était plus rationnel de donner une définition exacte des crimes, d'en indiquer les principales classifications et d'y appliquer des peines bien proportionnées. Ce Code pénal ne tint aucun compte des exigences de l'humanité; on y voyait encore maintenir les peines barbares de l'écartèlement, du feu; il surabonde en peines corporelles. Les peines entraînant la privation de la liberté, y sont divisées en infamantes et non infamantes. Les dispositions pénales sont sévères, et l'on s'aperçoit aisément que le législateur était dirigé par le principe de l'intimidation. La peine de mort y est prodiguée; quiconque a participé d'une manière même éloignée, ne fût-ce que par son conseil, au crime de haute trahison, est puni de mort (§ 96); les enfants innocents d'un condamné pour crime de haute trahison, doivent être enfermés pour toute leur vie, ou subir le bannissement (§ 45); peine de mort contre tout homicide, même commis dans l'aveuglement d'une passion violente (§ 805), et contre l'infanticide (§ 887); dans la plupart des cas aussi contre le pillage et l'incendie. La peine de la prison perpétuelle y figure comme une peine ordinaire. Les préceptes de la morale et du droit y sont souvent confondus; de là aussi les peines portées contre la non-révélation et contre la négligence de ceux qui n'arrivent

pas au secours des personnes en danger de mort (§ 781). La définition des crimes est vague, et les degrés des peines sont souvent déterminés d'une manière contraire à l'équité.

II. Le Code pénal autrichien de 1803 met en lumière les progrès notables qu'a faits la législation pénale en Allemagne. Il se distingue par sa concision et une tendance remarquable à l'uniformité. Il est divisé en deux parties; la première renferme les dispositions touchant les crimes et délits proprement dits; elle contient 210 articles; la seconde traite des contraventions graves de police et compte 275 articles. Dans cette dernière catégorie étaient compris les délits que la loi considérait comme moins graves, tel que : les vols, escroqueries dont la valeur ne s'élève pas au-dessus de 5 florins (12 francs). On a lieu d'être étonné que le législateur ait rangé dans cette classe les attentats au mœurs, tels que : l'inceste, l'adultère ainsi que la simonie. Le Code pénal autrichien contient en général des dispositions empreintes de douceur; on y rencontre, il est vrai, la peine de mort contre les crimes d'État; mais en ce qui regarde les crimes contre les particuliers, les plus graves d'entre ceux-ci en sont seuls atteints; ainsi, par conséquent, la peine de mort est seulement portée contre l'assassinat, c'est-à-dire le meurtre commis avec préméditation; mais elle ne l'est point contre le simple homicide ou l'infanticide. La loi ne prononce pas cette peine contre l'incendie, à moins que ce crime n'ait eu pour résultat la mort d'un homme, laquelle aurait pu être prévue par le coupable, ou bien en cas de récidive (§ 911).

En matière de faux, quand même ce crime concerne les effets publics, la loi accorde une grande extension à l'arbitraire du juge. Elle ne contient qu'un petit nombre de dispositions générales sur les tentatives et les complices (§ 5 et 7). Les règles concernant l'imputation sont d'une douceur remarquable; elle n'a point lieu pour les enfants qui n'ont pas encore atteint l'âge de quatorze ans. Ce Code a sup-



primé toutes les définitions qui n'appartiennent qu'à la science.

III. Le Code pénal de Bavière, publié en 1813, peut à juste titre être considéré comme un progrès en fait de codification. La rédaction en est due au célèbre Feuerbach, l'un des plus grands criminalistes de l'Allemagne. Ce Code porte aussi l'empreinte de la théorie de Feuerbach, qui a posé pour principes fondamentaux : la contrainte psychologique et l'intimidation au moyen des peines graves dont le coupable serait menacé. Suivant lui, l'homme devait naturellement poursuivre ce qui lui présentait un plus grand avantage ; donc, pour prévenir le crime, le législateur est obligé de prononcer des peines assez graves, pour que le mal qui en résulte dépasse le bien qui est l'objet de la convoitise du criminel. Cette manière de voir passa entièrement dans le nouveau Code de Bavière. De là la sévérité des peines ; c'est ainsi que pour vols commis sur des objets non susceptibles d'être tenus enfermés, comme, par exemple, le bétail répandu sur le pâturage, la loi porte la peine de plusieurs années de travaux forcés. Ces dispositions rigoureuses devinrent tellement inapplicables, que déjà en 1816 le législateur se vit forcé de supprimer le chapitre entier qui traitait du vol, et d'y substituer des peines plus douces.

Par une conséquence nécessaire de sa théorie, Feuerbach voulait que les peines fussent strictement déterminées, parce qu'il croyait qu'en agissant autrement et en laissant quoi que ce soit à l'arbitraire du juge, le législateur s'exposerait à voir la trop grande mansuétude des tribunaux affaiblir le respect dû à l'autorité des lois. Ce point de vue forme aussi une des bases du Code de Bavière. De là une trop grande sévérité dans l'application des lois pénales ; car il se trouvera toujours des faits que le législateur n'aura pu prévoir, et dont la culpabilité, étant moins grande, réclamerait l'application d'une peine moins sévère que celle déterminée par la loi. Il en résulte ou que le juge cherche à éluder la loi, et ne prononce

point la peine qu'elle a portée, ou que le souverain se voit réduit à la nécessité d'y remédier par l'exercice continué du droit de grâce, ce qui nuit à l'autorité et à l'efficacité de la loi. Ceci explique à quel point l'arbitraire du juge est limité dans ce Code ; la peine de la prison perpétuelle y est souvent prononcée d'une manière absolue ; et l'intervalle entre le *minimum* et le *maximum* de la peine y est par trop restreint, par exemple, de un à trois ans, de quatre à huit ans ; de sorte que, même dans les cas les moins graves, le juge est forcé de prononcer une peine d'emprisonnement d'au moins quatre ans. Le droit du juge d'alléger la peine fut totalement supprimé ; nulle diminution de peine pour cause d'un moindre degré de culpabilité. Une tendance excessive à déterminer strictement les peines a conduit le législateur à indiquer une quantité de degrés de culpabilité qui ne se fondent guère sur la justice ; par exemple, en cas de blessures, la loi porte une peine plus ou moins forte, selon que le blessé reste plus ou moins longtemps malade ou inhabile à vaquer à sa profession ; de manière que le hasard seul décide de la gravité de la peine. Ce qui constitue encore une autre particularité du Code de Bavière, c'est son caractère systématique et scientifique, qui y fait admettre un grand nombre d'idées générales n'appartenant qu'à la science elle-même ; par exemple, une définition du dol. De là vient que Feuerbach, ayant adopté dans son Code les seuls principes de droit qu'il avait posés dans son *compendium*, et qui ne sauraient manquer d'être souvent fautifs, de semblables erreurs scientifiques pénétrèrent dans le corps de la loi et durent nécessairement tromper le juge. Cette tendance forcée à établir un système conduisit encore à un autre inconvénient : plusieurs crimes particuliers furent présentés comme dans un *compendium* sous des points de vue purement scientifiques, ce qui empêcha de prendre en considération les points de vue pratiques, et força le législateur à traiter certaines infractions d'une manière tout à fait erronée.

Au reste, le Code de Bavière mérite cet éloge, qu'il a introduit un nouvel esprit dans la législation. Il excelle par une rare clarté et un langage digne du législateur; il résout plusieurs questions de droit jusqu'alors insolubles pour la jurisprudence. Plusieurs crimes y sont définis de main de maître, par exemple, le meurtre, et pour quelques-uns les peines sont graduées d'une manière singulièrement efficace.

Quelque admiré que fût ce Code, il ne tarda pas néanmoins, à cause des peines sévères que les juges étaient forcés d'appliquer, à soulever une sorte de réprobation d'autant plus vive que le cercle des actes punissables s'élargissait outre mesure; la loi rangeait en effet dans cette classe des actes préparatoires, des tentatives éloignées, et même la simple non-révélation des crimes, ce qui donnait lieu à un trop grand nombre de poursuites. Déjà, en 1822, il fut présenté aux chambres un projet de Code pénal, lequel accordait une plus grande extension à l'arbitraire du juge, et diminuait l'échelle des peines. Ce projet fut suivi de deux autres présentés en 1827 et 1831; le dernier surtout contient de notables améliorations; mais aucun de ces projets ne passa par l'épreuve de la discussion, en sorte qu'aujourd'hui encore le Code pénal de 1815 demeure obligatoire. Mais ces projets eurent du moins l'avantage de donner une salutaire impulsion et de servir de modèles à d'autres projets utiles qui furent discutés dans les royaumes de Hanovre, de Saxe et de Wurtemberg.

IV. Le Code pénal pour le royaume de Saxe, publié en 1838, et le Code pénal pour le royaume de Wurtemberg, publié en 1839, commencent une nouvelle ère dans la législation criminelle de l'Allemagne. Ils sont les premiers qui aient été adoptés dans des États constitutionnels; ils ont dû, par conséquent être soumis à la discussion des chambres. Ce mode d'élaborer les lois rencontra de grandes difficultés. Il n'était pas aisé de faire discuter de pareils codes par des assemblées nombreuses, com-

posées en grande partie des habitants de ville et de campagne, étrangers à la connaissance des lois. Comme c'est la pluralité de voix qui prononce dans ces assemblées, il arriva souvent à une majorité de quelques voix de décider un point important de controverse, d'une manière qui ne répondait guère au système général d'un projet soigneusement élaboré; on se trouvait même être en contradiction avec une autre partie de la loi qui n'avait non plus passé qu'à une faible majorité. Le gouvernement se vit donc à plusieurs reprises forcé de refuser sa sanction. Dans les pays qui possèdent deux chambres, comme en Saxe et dans le Wurtemberg, il n'était guère possible d'éviter un dissentiment sur des points fondamentaux. La première chambre, composée principalement de nobles, croyait que la tendance de la seconde chambre était, sous plusieurs rapports, trop libérale et limitait outre mesure l'action du gouvernement. Cette divergence amena des décisions contradictoires, et il fallut que le projet passât et repassât trois ou quatre fois d'une chambre à l'autre avant qu'on en vînt à s'entendre. Il arriva fréquemment que, pour ne pas faire tomber le projet de loi, une des deux chambres se vit forcée d'adopter la décision de l'autre chambre, bien que cette décision fût contraire à ses convictions. L'unité et l'harmonie des différentes parties, si nécessaires à un corps de lois, devaient s'en ressentir. D'un autre côté, ce mode de faire rédiger les lois par les chambres procura quelques avantages au pays. Ainsi, la publicité des débats contribua à familiariser le peuple avec les nouvelles dispositions pénales, et à lui inculquer plus de respect pour les lois auxquelles avaient coopéré ses propres délégués. Quelques nouveaux aperçus, fruit de l'expérience des délégués, qui vivant au milieu du peuple étaient à même de connaître ses besoins, furent signalés et utilisés par le gouvernement. Les deux codes de Saxe et de Wurtemberg sont d'accord sur plusieurs points des plus importants; le cercle des délits y est plus restreint, par exemple: les tentatives n'y sont

punies que lorsqu'elles ont été suivies d'un commencement d'exécution (Code saxon, article 29; Code de Wurtemberg, article 65). Ils prescrivent des peines bien moins sévères que celles contenues dans le Code de Bavière. La peine de mort n'y est portée que contre le crime de haute trahison, le meurtre et les cas les plus graves d'incendie et contre le pillage. La peine de détention à vie y est rare et jamais absolue, vu qu'il est abandonné à la volonté du juge de la prononcer ou de l'échanger contre un emprisonnement à temps dans une maison de force, lequel pourtant ne pourra être au-dessous de douze ans. Le duel n'est puni dans le Code de Wurtemberg (art. 201), même dans le cas le plus grave, alors qu'on s'est battu à mort et que l'une des parties a succombé, que de la peine de forteresse de cinq à six ans; et dans le Code de Saxe (art. 206), que d'un emprisonnement de cinq à dix ans. L'infanticide, d'après le Code de Saxe (art. 126), est passible d'une peine d'emprisonnement dans une maison de force, de quatre à seize ans, et d'après le Code du Wurtemberg (article 249), de la même peine, dont la durée est fixée de dix à quinze ans. Partout on voit une échelle proportionnelle pour les peines applicables au même genre de délits ou crimes. Pour que le juge soit autorisé à diminuer les peines dans des cas extraordinaires, comme, par exemple, s'il s'agit d'un homicide commis à la demande expresse de la partie lésée, le Code du Wurtemberg abandonne à l'arbitraire du juge de prononcer selon la gravité des circonstances une peine de six mois à six ans de prison dans une maison de travail (art. 251), et le Code de Saxe, de trois mois d'emprisonnement à six ans de prison dans une maison de travail. Les deux Codes accordent surtout aux juges le droit d'abaisser l'échelle des peines, même au-dessous de leur minimum, quand il existe des circonstances atténuantes, notamment, lorsque l'imputation n'est pas annulée, mais diminuée, par exemple, quant aux imbéciles, et, à un degré inférieur, quant aux individus en état d'ivresse, etc. Ces deux

Codes se recommandent par une bien plus grande simplicité que celui de Bavière, puisqu'ils s'abstiennent de toutes définitions scientifiques et s'occupent moins de spécifier des peines pour chaque cas particulier, en se rapportant au contraire à l'appréciation du juge. Le Code de Saxe contient 516, et celui du Wurtemberg 452 articles. Ils pèchent tous les deux par le même vice; ils ont, quoique dans des cas fort graves, maintenu les peines corporelles; ils ont divisé les peines d'emprisonnement en peines infamantes subies dans une maison de force, et non infamantes subies dans une maison de travail, ou de simple emprisonnement; les premières entraînent nécessairement la perte de tout droit civil; le coupable est exclu de toutes fonctions publiques, et du droit de faire partie d'une corporation. Les différents établissements de prisons se distinguant par la durée des peines, il en résulte que des crimes qui, à cause d'une plus longue durée de la peine déterminée par la loi, sont punis de détention dans une maison de force, entraînent par là même des peines légalement infamantes, tandis que, dans l'opinion du peuple, ces crimes ne sont point déshonorants, comme, par exemple, les délits politiques. Tout au contraire, d'autres délits pour lesquels la loi statue des peines d'emprisonnement d'une plus courte durée et qui doivent par conséquent être subies dans une maison de travail, n'entraînent point des peines infamantes, et ne privent pas le condamné de ses droits, bien que dans l'opinion publique ils soient censés déshonorants. Ceci ne peut qu'avoir une influence pernicieuse sur l'esprit du peuple, et cette infamie légale est souvent un empêchement pour atteindre le but de l'amendement des condamnés. Les deux Codes renferment encore des dispositions trop sévères, surtout en matière de délits politiques, pour lesquels la peine de mort et de prison perpétuelle est trop prodiguée.

Le projet d'un Code pour le grand-duché de Bade fit encore faire de nouveaux progrès à la législation allemande. Ce projet,

élaboré en 1839, fut dans la même année soumis aux délibérations des chambres; puis discuté, en 1840, dans la seconde chambre, et adopté par elle, sans qu'il y eût été fait aucun changement notable; enfin, au moment où nous écrivons ces lignes, il est soumis à la délibération de la première chambre. Il prend pour point de départ un principe fondé sur la justice; il ne règle pas l'échelle des peines, d'après le but d'intimidation ou celui de la sûreté publique; mais il tâche de mettre les peines dans un rapport équitable avec les crimes qu'elles sont destinées à punir; d'où il résulte qu'il contient des peines moins sévères qu'elles ne sont portées dans les autres Codes. On a voulu, en même temps, mettre les juges à même de prononcer, dans chaque cas donné, une peine proportionnée au délit. Dans ce but, on n'a porté aucune peine absolue, excepté la peine de mort; et même, quant à celle-ci, le législateur a, par des gradations conformes à l'objet, empêché toute application excessive. C'est ainsi que le juge est, il est vrai, obligé de prononcer en général la peine de mort, quand elle est portée par la loi; mais il est délié de cette obligation si, dans un certain cas donné, il rencontre des circonstances spéciales, qui démontrent que le coupable n'a pas mérité d'être puni de mort: par exemple, la peine de mort doit être appliquée (art. 185) à tout meurtre commis avec préméditation; mais selon l'art. suivant (184), la peine de mort est commuée en celle de prison perpétuelle, ou même détention à temps, dont la durée ne doit pas être au-dessous de douze ans, dans une maison de force, si la préméditation ne peut être imputée au coupable, si le meurtre est arrivé à la suite d'un cas non déterminé.

Dans le but d'arriver à une proportion exacte entre les peines et les délits, le projet contient des dispositions qui laissent au juge une carrière tellement large, qu'il a souvent le choix entre les peines de prison, depuis six mois jusqu'à dix ans; seulement, pour que le juge n'en abuse pas, la loi spécifie ordinairement les circonstances aggravantes, qui doivent

motiver un plus haut degré de pénalité, et les circonstances atténuantes, qui l'autorisent à descendre au-dessous du *minimum* de la peine déterminée par la loi. Le projet du Code de Bade se propose de laisser au juge pleine liberté en ce qui regarde l'imputation; et cela par la raison qu'il est impossible de prévoir dans la loi les cas différents qui peuvent se révéler. Le juge peut donc, d'après l'art. 158 du projet, pour cause d'une imputation incomplète, faire descendre la peine au-dessous du *minimum* légal, comme le prescrit aussi le nouveau Code pénal de la Sardaigne (art. 100). C'est par cette raison que la peine de mort ne peut être prononcée contre un mineur qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans.

Le projet a eu surtout pour but de changer le système actuel des peines infamantes. On maintient, il est vrai, comme peine infamante, la détention dans une maison de force; qui peut être prononcée depuis trois ans, jusqu'à la prison perpétuelle; du reste, en règle générale, celui qui est condamné à être détenu dans une maison de force, perd, par cela même, ses droits civils; on maintient aussi la peine subie dans une maison d'emprisonnement (de six mois à six ans), comme peine non infamante; mais le législateur, reconnaissant que le crime peut être de nature à exiger l'application d'une peine de détention plus longue, que le criminel doit, par conséquent, subir dans une maison de force, et que des circonstances, toutes particulières, ne le rendent pas, cependant déshonorant, statue dans l'art. 18, que dans un cas semblable, le juge doit prononcer la peine de détention dans une maison de force, en réservant toutefois au condamné la jouissance de ses droits civils. De même, comme il existe aussi d'autres délits qui ne sont punis que d'un emprisonnement à court terme, mais dont la source est honteuse, et qui rendent le coupable indigne de conserver ses droits de citoyen, le projet accorde au juge la liberté de prononcer, dans des cas déterminés, la privation des droits civils, bien que le condamné ne soit passible que d'une peine

d'emprisonnement dans une maison de travail.

On voulut appliquer au Code pénal de Bade la *réhabilitation* prescrite par le droit français, avec cette modification que le projet accordait aux tribunaux la faculté (art. 18) de ne prononcer la privation des droits civils que pour un temps limité, pour cinq ans, après l'expiration de la peine ; si après ce temps écoulé, le condamné ne s'était pas rendu coupable d'un délit infamant, le juge serait autorisé à prononcer la restitution des droits civils.

La commission de la seconde chambre se refusait aussi à adopter le principe absolu de la détention perpétuelle, et proposait de le modifier par la disposition suivante : Si le condamné à la détention perpétuelle s'est, pendant vingt ans, recommandé par une bonne conduite, les tribunaux seront autorisés à lui faire remise du restant de la peine ; mais le gouvernement, considérant qu'une semblable proposition convertie en loi limiterait le droit de grâce, qui est un attribut incontestable de la souveraineté, se refusa à y donner son assentiment. Le projet du Code pénal de Bade prononce la peine de mort dans des cas rares et extrêmement graves, tels que : crime de haute trahison et meurtre. Le pillage et l'incendie n'y sont punis de mort que si ces crimes ont coûté la vie à quelqu'un, et si le coupable a pu prévoir ce résultat. La reclusion à vie n'est jamais portée dans le projet d'une manière absolue ; le juge a toujours le choix entre cette peine et celle des travaux forcés à temps. Les peines corporelles avaient déjà été abolies en 1831.

VI. Le Code pénal pour le duché de Brunswick, publié le 10 juillet 1840, doit être considéré comme un progrès important pour la législation allemande. Il se recommande par sa simplicité et sa brièveté, il ne contient que 266 articles. La peine de mort n'y est prononcée que contre deux crimes : le crime de haute trahison (art. 74), et le meurtre (art. 157). Le pillage et l'incendie ne sont punis de mort que lorsque un individu a péri par suite de ces crimes ; mais, même quant aux crimes de haute trahison et de meurtre, la peine de

mort n'est pas ordonnée par la loi d'une manière absolue ; tout au contraire, le juge est autorisé, s'il y a des motifs atténuants, à commuer la peine de mort en reclusion ou à vie, ou même à temps, pour dix ans au moins. La loi laisse beaucoup à l'arbitraire du juge, dont le pouvoir de mitiger la peine est beaucoup plus étendu que dans les autres Codes. L'imputation n'a jamais lieu à l'égard des enfants qui n'ont pas atteint l'âge de 14 ans (art. 15). Quant aux individus qui n'ont pas atteint l'âge de 21 ans et quant aux imbéciles et autres, pour lesquels l'imputation ne saurait être admise qu'à un degré inférieur, la loi permet aux juges de diminuer la peine qui ne peut jamais être la peine de mort (art. 55). S'il arrive un tel concours de causes atténuantes, que même la moindre peine portée par la loi semble être en disproportion avec le délit, le juge est autorisé à prononcer une peine au-dessous du minimum de celle statuée par la loi. En ce qui regarde les peines d'emprisonnement, la loi veut qu'une partie en soit subie nécessairement dans un isolement absolu.

VII. Le Code pénal le plus récent est celui du royaume de Hanovre, publié le 8 août 1840 ; on y rencontre un mélange frappant de dispositions conformes aux exigences de l'esprit du temps, avec d'autres qui semblent plutôt appartenir à une époque reculée, parce qu'elles ne font que reproduire les préjugés et surtout les théories surannées des temps passés. Le système de la division des peines ne répond guère au but qu'un législateur doit se proposer sur cet objet important. La loi maintient encore la peine de mort, avec cette aggravation que le condamné est traîné dans un tombereau jusqu'au lieu de son supplice (art. 9) ; les peines corporelles y sont aussi conservées (art. 24, 99). Les peines d'emprisonnement emportent aussi les travaux forcés, que le condamné subit avec des chaînes aux pieds (de cette manière la loi détruit tout reste de pudeur). La peine de mort y est prodiguée (elle y est statuée pour quatorze genres de crime), et avec une sévérité excessive, pour les crimes de haute trahison ;

à tel point que, sans avoir égard à aucune circonstance, sans examiner si une conspiration ayant pour but d'attenter à la vie du monarque ou de le faire prisonnier, ou de changer violemment la forme du gouvernement, a eu ou non un commencement d'exécution, le seul fait d'avoir participé à cette conspiration est puni de mort. La peine de mort est aussi portée contre celui qui, dans un duel à mort, tue son adversaire (art. 175); de même contre l'incendiaire dans les onze cas déterminés par la loi, parmi lesquels nous signalons celui-ci : lorsque le coupable avait fait la menace d'incendier, et qu'il a en effet mis le feu à l'édifice; la peine des fers à perpétuité est prononcée dans plusieurs cas d'une manière absolue (art. 211, 271, 294, 350, 352). La plus grande sévérité est déployée contre les crimes d'État. Quiconque cherche à rabaisser la personne du roi, ou à critiquer les actes du gouvernement par des écrits ou par des injures ou des calomnies, est puni (art. 159) de la peine de reclusion dans une maison de travail ou de force, peine qui peut s'élever jusqu'à huit ans de durée. Ceux qui attaquent publiquement la constitution du royaume sont punis d'emprisonnement (art. 142). La condamnation aux fers ou à la reclusion, dans une maison de force, entraîne nécessairement la perte de la noblesse, de toutes les fonctions publiques et honorifiques, et l'incapacité de gérer à l'avenir quelque fonction publique que ce soit.

Tandis que d'un autre côté ce Code renferme ainsi des dispositions trop sévères, de l'autre il se distingue souvent par une douceur remarquable; notamment la loi (art. 25) autorise le juge à substituer, selon le caractère personnel du condamné et selon le genre de crime, à la peine des fers ou de reclusion, dans une maison de force, celle d'emprisonnement dans une forteresse, et à supprimer en même temps les effets infamants de la peine. Le duel n'entraîne aucune peine infamante; mais seulement celle d'emprisonnement dans une forteresse (art. 175), excepté le cas où il a été accompagné de circonstances honteuses.

On doit aussi signaler la grande latitude que dans la plupart des cas la loi donne au juge; il a souvent le libre choix entre les peines infamantes et non infamantes (art. 159, 158, 170, 175, 185, 197, 202, 251, 255). Si la loi contient la menace d'une peine sévère, c'est avec cette clause que le juge peut la diminuer s'il reconnaît l'existence de circonstances atténuantes; c'est ainsi que la loi autorise le juge à substituer la peine des fers à celle de mort (art. 144); souvent aussi la loi porte une peine infamante de reclusion, mais le juge peut la remplacer par une peine non infamante (art. 152, 189, 202).

VIII. Le projet le plus récent, qui vient d'être soumis aux délibérations de la chambre, c'est celui pour le *grand-duché de Hesse-Darmstadt*. Il repose sur les mêmes bases que le projet de Bade, et renferme souvent des dispositions littéralement identiques; mais il est toujours empreint d'une plus grande sévérité. Quant aux genres de peine, il diffère du projet de Bade, en ce qu'il admet les peines corporelles qui peuvent être prononcées contre les mendiants et les vagabonds étrangers; la peine de reclusion, dans une maison de force, a lieu depuis trois mois jusqu'à dix-huit ans, et la peine d'emprisonnement, dans une maison de correction, depuis trois mois jusqu'à douze ans. La reclusion, dans une maison de force, constitue une peine infamante (art. 22); celle d'emprisonnement, dans une maison de correction, entraîne aussi à des effets infamants si elle est prononcée pour plus d'un an. On voit aisément qu'un semblable système ne saurait être approuvé; car, comment une seule et même peine peut-elle être déclarée, tantôt infamante, tantôt non infamante? et n'est-ce pas aller contre le but que de désigner la même prison pour les crimes les plus graves et pour des délits qui n'entraînent qu'un emprisonnement de trois mois? Le projet du grand-duché de Hesse est plus sévère que celui de Bade, en ce qui concerne les crimes d'État; par exemple d'après l'art. 120, le crime de haute trahison est déclaré exister quand même

il n'y a eu que conspiration non suivie d'effet; celle-ci doit être punie de reclusion à vie dans une maison de force; de même, les préliminaires seuls qui peuvent conduire à un crime de haute trahison, comme si le prévenu est accusé d'avoir poussé quelqu'un à un acte impliquant la haute trahison, ou d'avoir préparé des écrits prêchant la rébellion, sont déjà punis (art. 122) de la reclusion, dans une maison de correction ou de force, de deux à huit ans. Le projet de Hesse limite l'arbitraire du juge bien plus que celui de Bade. La commission nommée pour examiner ce projet a commencé ses délibérations, et son rapporteur a préparé un travail dans lequel il propose des améliorations notables. Nous nous réservons d'examiner dans un autre article les décisions définitives des chambres de Bade et de Hesse qui auront converti ces projets en lois.

La science du droit pénal ne cesse de faire des progrès simultanément avec ceux que nous venons de signaler dans la législation pénale. Nous traiterons dans un article séparé de la direction que cette science a prise en Allemagne et des ouvrages de droit les plus importants parmi ceux qui ont paru; nous tâcherons d'en apprécier le mérite. Qu'il nous soit seulement permis de relever ici les points principaux sur lesquels on est peu à peu tombé d'accord en ce qui concerne la législation pénale, et de signaler les exigences de la science vis-à-vis de la législation.

L'auteur de ce travail a pendant trente ans fait valoir ces exigences dans ses différents écrits, et il a la satisfaction de pouvoir dire qu'on en a de plus en plus reconnu l'importance, et qu'elles ont même passé dans les Codes nouveaux.

Le législateur ne doit considérer la peine que comme une mesure extraordinaire, dont il ne lui est permis de se servir que lorsqu'il lui est impossible d'atteindre le même but par d'autres mesures moins sévères, et que le fait qu'il veut punir attaque l'essence du droit lui-même ou les bases de l'ordre social. En premier lieu, là où les droits d'un individu, violés

par le fait d'un autre, peuvent être rétablis dans la voie indiquée par le droit civil, par exemple, si l'on ne paye pas sa dette ou qu'on endommage la propriété d'autrui, là aussi où des mesures de police peuvent prévenir le mal, les lois pénales sont superflues. En général, il est de l'intérêt du législateur de ne pas étendre le cercle des actions punissables; en agissant autrement il diminuerait le respect dû aux lois pénales, si l'on venait à s'apercevoir que même des actes que l'opinion publique ne frappe pas de réprobation sont punis comme des crimes. Le législateur doit surtout se garder de porter des peines pour des actes qui peuvent être commis même par les citoyens les plus probes, soit qu'ils considèrent la contravention à une disposition pénale comme ne blessant en rien leur conscience, soit qu'aucune mauvaise intention ne puisse leur être imputée. Voici pourquoi il ne doit point y avoir de peine pour la non-révélation d'un crime; de même nulle peine pour des actes dont le danger est tellement éloigné, que l'individu qui s'en rend coupable ne peut même pas avoir d'intention sérieuse et criminelle de les commettre. La poursuite de semblables contraventions amènerait souvent des recherches vexatoires et contraires au but qu'on s'est proposé. Il en serait ainsi si la loi portait des peines même contre des tentatives éloignées, et qui n'auraient encore reçu aucun commencement d'exécution, par exemple contre l'achat seul du poison.

II. Quant à l'échelle des peines, le législateur ne doit pas se laisser guider par la seule pensée d'atteindre un but extérieur, et porter des peines en proportion du mal qu'il veut prévenir; car jamais la pensée de détourner du crime ne saurait, par elle-même, justifier l'énormité de la peine. L'intimidation n'est pas l'unique but de la peine; et le législateur prononcerait en vain des châtimens sévères qui ne seraient pas basés sur la justice. Il en résulterait, ou que ces lois ne seraient pas exécutées, et donneraient seulement lieu à de fréquents recours en grâce, qu'on serait forcé de faire suivre d'effet; ces grâces, en fortifiant

l'espoir de l'impunité, deviendraient de nouvelles excitations au crime; ou bien si, au contraire, des peines énormes venaient à être appliquées, au lieu de produire une impression puissante, elles ne feraient qu'aigrir les esprits. Le principe de la stricte justice doit seul guider le législateur; et les peines qu'il veut porter dans la loi, doivent toujours être proportionnées à la gravité des délits ou crimes. Par exemple, la falsification des monnaies ne saurait, en aucun cas, justifier la peine de mort, bien qu'elle soit dangereuse à l'État; le législateur graduera les peines selon l'importance des devoirs que le coupable viole, des rapports qu'il détruit par son crime.

Comme dans chaque cas particulier le juge doit prononcer une peine qui réponde à l'infraction, et que le législateur ne peut déterminer qu'une peine applicable à tous les cas semblables, c'est au juge seul qu'il appartient de peser les circonstances particulières à chacun des faits qui, dans un cas donné, sont dévolus à sa juridiction; les lois pénales doivent donc être rédigées de manière à mettre le juge à même d'apprécier convenablement le degré de culpabilité des prévenus, afin qu'il puisse prononcer une peine proportionnée aux actes commis, à la grandeur du tort causé à la partie lésée, et à l'imputation qui peut en être faite à l'accusé; en un mot, en ayant égard à toutes les circonstances qui constituent la culpabilité de l'individu traduit en justice. Il en résulte que toutes les peines statuées d'une manière absolue ne sauraient être approuvées, car un cas particulier ne ressemble jamais complètement à un autre.

La loi, en portant une peine qui prive le coupable de sa liberté, doit déterminer un intervalle convenable entre le *maximum* et le *minimum* de la durée de l'emprisonnement. (Par exemple, de quatre à douze ans, de six mois à quatre ans.) La reclusion à vie ne doit non plus être jamais prononcée d'une manière absolue, mais seulement avec la liberté laissée au juge de convertir cette peine en reclusion à temps; car le crime qui, avec l'existence des

circonstances aggravantes, devrait emporter la peine de reclusion à vie, peut aussi intervenir avec des circonstances tellement atténuantes, qu'une peine d'emprisonnement à temps peut seule être conforme à la justice. Quant à la peine de mort, si le législateur croit que dans la situation particulière du pays cette peine est nécessaire, il ne doit pourtant l'adopter que pour les crimes les plus graves et le plus haut degré de culpabilité; et là même, afin de tranquilliser la conscience des juges, les autoriser à convertir, dans des cas où ils rencontreraient des motifs atténuants, la peine de mort en celle de reclusion à vie ou à temps.

IV. Le principe de la justice demande aussi pour le juge une grande latitude du droit de mitiger les peines; car une loi pénale ne peut se fonder que sur les suppositions et sur les indices ordinaires du crime, comme aussi sur une imputation pleine et entière de l'acte incriminé au prévenu. Voici pourquoi le *minimum* même de la peine serait encore trop sévère, s'il était appliqué dans des cas extraordinaires et imprévus; il est donc indispensable de mettre le juge à même de diminuer la peine là où l'imputation n'a lieu qu'à un degré inférieur, et il importe surtout, qu'au cas où plusieurs causes atténuantes se trouvent réunies, les tribunaux soient autorisés à abaisser la peine au-dessous du *minimum* porté par la loi.

V. Dans un bon système des peines d'emprisonnement, celles-ci doivent, il est vrai, avoir pour but de rendre le condamné meilleur; mais, en même temps, elles ne peuvent cesser d'être pour eux un mal réel. Les prisons doivent être organisées en sorte que les condamnés ne puissent communiquer entre eux d'une manière nuisible, et qu'une direction morale et religieuse contribue à leur amélioration. Il est donc indispensable que tous les établissements de ce genre soient basés sur l'isolement de nuit; mais le législateur ne doit se servir d'autres contraintes que celles imposées par le but que nous venons d'indiquer; c'est pourquoi l'isolement absolu des condamnés, de jour et de nuit, ne peut servir de



règle générale. L'échelle même des peines ne doit être réglée qu'après la solution définitive de cette question préjudicielle. Le législateur entend-il adopter, dans ses établissements pénitentiaires, l'isolement absolu de jour et de nuit, ou seulement l'isolement de nuit et le travail commun de jour, avec l'obligation imposée aux condamnés de garder un strict silence, ou sans cette obligation ? L'emprisonnement de trois mois, accompagné d'un isolement absolu, équivaut à celui de six mois, lorsque l'isolement n'est que de nuit, et celui-ci équivaut à un an d'emprisonnement, tel qu'il a été pratiqué jusqu'à présent.

VI. La division des prisons en infamantes et non infamantes doit être abandonnée ; car elle ne peut que produire des injustices ; dans la plupart des crimes, il est impossible de prévoir si le coupable s'y trouve porté par des motifs honteux, s'il doit par conséquent être regardé comme infâme. Il pourra donc arriver souvent que les tribunaux punissent d'une peine infamante un acte qui, dans l'opinion publique, ne semble point être déshonorant. Ce dissentiment de l'opinion publique avec la décision judiciaire, nuit à l'État. En outre, le système des peines infamantes est en contradiction évidente avec le but que doit se proposer le législateur, de rendre les condamnés meilleurs ; car le sceau de l'infamie, une fois imprimé à l'individu, le rabaisse à tel point, qu'il est difficile de compter sur son amélioration : celui qu'on a une fois déshonoré, rentré, après avoir subi sa peine, au sein de la société, et s'en voyant repoussé, se sent en quelque sorte excité à commettre de nouveaux crimes. Une sage législation devrait donc, ou supprimer toutes les peines infamantes, ou laisser entièrement au juge la faculté de les prononcer ou de s'en abstenir, selon que les circonstances particulières, qui accompagnent un acte criminel, lui paraîtraient réclamer ou non des condamnations aussi rigoureuses. Il peut bien

arriver qu'un délit, puni d'une peine d'emprisonnement, même à bref délai, soit déshonorant par les motifs qui l'ont fait commettre.

Le système de réhabilitation, non-seulement par voie de grâce, mais aussi par arrêt judiciaire, est indispensable.

VII. Nous ne pouvons donner notre approbation à la division des actions punissables en *crimes* et *délits* dans le sens qu'y attache le Code pénal français, en faisant appliquer aux crimes seuls les peines infamantes. Le législateur occasionne de grandes injustices, en graduant les peines d'après les signes extérieurs, comme cela a, par exemple, lieu quant aux blessures et coups portés volontairement, que le Code français range parmi les crimes, s'ils entraînent une maladie ou incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours ; il fait de cette manière dépendre la fixation de la peine de l'effet du hasard ; des circonstances accidentelles, l'inhabilité du médecin ou un caprice malicieux du blessé, peuvent prolonger l'incapacité du travail au delà du délai de vingt jours fixé par la loi. De deux individus qui ont porté des coups identiques, l'un pourra être condamné à une peine infamante, parce que le blessé aura été malade plus de vingt jours, et l'autre ne subir qu'une peine correctionnelle, par le simple effet du hasard, qui aura voulu que le blessé puisse continuer ses travaux habituels avant le vingtième jour écoulé. C'est aussi à tort que le législateur français traite en général les délits correctionnels fort à la légère, car parmi les soi-disant délits, il s'en trouve de plus dégradants que les crimes.

Ces divers points recevront un plus grand développement, et seront appuyés d'une plus ample démonstration, dans un article ultérieur par lequel nous nous proposons de compléter ce travail.

MITTERMÄIER,

Professeur à la faculté de Heidelberg,  
Conseiller intime du duché de Bade.

DES

# MARIAGES CONTRACTÉS EN PAYS ÉTRANGER.

## Législation comparée.

Les difficultés aussi nombreuses que graves soulevées chaque jour à l'occasion des unions contractées par des Français en pays étranger, ou par des étrangers sur le territoire français, nous ont démontré qu'il y aurait quelque utilité à résumer les dispositions législatives et réglementaires existant en France sur la matière. Nous diviserons cet exposé en deux chapitres, dont le premier a pour objet les mariages contractés par des Français en pays étranger, le second, les mariages contractés en France par des étrangers. Dans la rédaction du second chapitre nous avons reconnu que nos études, limitées à la législation française, ne résoudraient qu'une partie de la question, et qu'il importait, pour offrir à nos lecteurs un travail de quelque ensemble et d'une utilité pratique, de réunir, dans un examen comparatif, toutes les prescriptions en vigueur dans les principaux États de l'Europe :

1<sup>o</sup> Sur les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ;

2<sup>o</sup> Sur les formalités relatives à la célébration du mariage ;

En un mot, d'analyser toute la partie des législations étrangères correspondant aux articles 144-164, 65-76 et 165-171 du Code civil.

Cet examen comparatif se subdivisera en neuf paragraphes ; le § 1<sup>er</sup> aura pour objet l'âge requis pour contracter mariage ; — le § 2,

les dispenses d'âge ; — le § 3, le consentement des parties ; — le § 4, la prohibition de la bigamie ; — le § 5, le consentement des personnes autres que les contractants ; — le § 6, les prohibitions pour cause de parenté, alliance ou autrement ; — le § 7, les formalités qui doivent précéder et accompagner la célébration du mariage ; — le § 8, les mariages contractés par les regnicoles en pays étranger, ainsi que les mariages contractés par les étrangers sur le territoire de l'État ; — le § 9, les effets du mariage sur la religion des enfants lorsque les conjoints appartiennent à des cultes différents.

## CHAPITRE PREMIER.

### DU MARIAGE CONTRACTÉ PAR UN FRANÇAIS EN PAYS ÉTRANGER.

2. Le Code civil français contient des dispositions textuelles relatives au mariage contracté par un Français en pays étranger : ce sont les articles 170 et 171.

L'art. 170 est ainsi conçu : « Le mariage « contracté en pays étranger entre Français et « entre Français et étrangers, sera valable s'il « a été célébré dans les formes usitées dans « le pays, pourvu qu'il ait été précédé des « publications prescrites par l'article 65, au « titre des actes de l'état civil, et que le

« Français n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. »

Cet article, comme on voit, renferme trois dispositions, dont la première concerne la forme, les deux autres sont relatives au fond.

1<sup>o</sup> Le mariage est valable s'il a été célébré suivant les formes usitées dans le pays (1) : c'est une application du principe que la forme des actes se règle par la loi du lieu où ils sont passés (2).

Le mariage de deux Français peut aussi, quant à la forme, être célébré à l'étranger par les agents diplomatiques ou par les consuls français (articles 47 et 48 du Code civil) ; il en est autrement du mariage entre un Français et un étranger, parce que ces agents ou consuls sont dépourvus de toute autorité sur les étrangers (3).

2<sup>o</sup> Le mariage doit, pour sa *validité intrinsèque*, être précédé des publications prescrites par l'article 65, c'est-à-dire, de deux publications faites, en France, par l'officier de l'état civil, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune. La maison commune dont parle l'article 65 est celle du domicile que le Français, futur époux, a en France depuis au moins six mois (art. 166, 167 et 74) : dans le cas où ce Français est, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui (art. 148, 152, 155 et 158), les publications devront encore être faites devant la porte de la maison commune du domicile des personnes sous la puissance desquelles il se trouve.

(1) *V. infra*, chap. II, § 7, l'indication des formalités relatives à la célébration du mariage, prescrites dans les principaux États de l'Europe.

(2) *V. la Revue étrangère et française*, t. VII, p. 546. Arrêt de la cour de cassation (rejet), du 16 juin 1829 (Sirey, 1829, I, 261).

(3) M. Duranton, Cours de droit français, t. II, nos 254 et 255 (tome I<sup>er</sup>, nos 821 et 822 de l'édition HAUMAN et C<sup>o</sup>.) Arrêt de la cour de cassation, du 10 août 1819 (Sirey, 1819, I, 492). Jugement du tribunal de la Seine, du 50 décembre 1857 (*Gazette des tribunaux* du 51).

(4) Procès-verbaux du conseil d'État. séance du

Du reste, le Français qui a conservé un domicile en France, et qui se propose de contracter mariage à l'étranger, doit faire procéder aux publications dans ledit domicile, bien, qu'il demeure à l'étranger depuis plus de six mois; l'art. 167 du Code civil ne parle que du cas d'un changement de domicile *en France* (4).

En ce qui concerne la détermination du domicile des Français, il y a lieu de suivre les règles que nous avons exposées ailleurs (5).

3<sup>o</sup> Il faut, et ceci concerne encore la *validité intrinsèque* du mariage, que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions du chapitre I<sup>er</sup> du titre du mariage du Code civil (art. 144 à 164), c'est-à-dire qu'il ait l'âge requis de 18 ou 15 ans, qu'il ait donné son consentement, qu'il ne se trouve point dans les liens d'un mariage précédent, qu'il ait obtenu le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille, et qu'il ne se trouve point parent ou allié du futur conjoint à un degré prohibé.

Les dispositions indiquées sous les nos 2 et 3 ne sont qu'une application du dernier alinéa de l'art. 5 du Code civil, ainsi conçu : « Les lois « concernant l'état et la capacité de la per- « sonne régissent les Français, même résidant « en pays étranger (6). »

3. La question de la nullité des mariages contractés en pays étranger entre Français ou entre Français et étrangers, pour contravention à l'une ou l'autre des dispositions mentionnées aux nos 2 et 3 ci-dessus, s'est présentée plusieurs fois devant les tribunaux, et elle n'a pas été jugée d'une manière uniforme (7).

4 vendémiaire an x, (Loché, Législation civile de la France, t. IV, p. 550). Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 72, et les notes, p. 158. n<sup>o</sup> 4. Toullier, *Droit civil français*, t. I, p. 578. M. Duranton, n<sup>o</sup> 277 (tome I<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 864 de l'édition HAUMAN et C<sup>o</sup>).

(5) *V.*, la *Revue étrangère et française*, t. VII, p. 201.

(6) *Ibid.*, p. 200 et suiv.

(7) *V.* en faveur de la validité des mariages, les arrêts de la cour royale de Paris, du 8 juillet 1820 et du 16 juillet 1859; de la cour royale de Colmar, du 25 janvier 1825; de la cour royale de

On s'est fondé sur la généralité des termes de l'article 170, pour soutenir que le mariage contracté en pays étranger est nul *dans tous les cas* où il n'a pas été précédé des publications prescrites par le Code ; qu'il est nul *dans tous les cas* où il a été contrevenu à l'une ou à l'autre des dispositions du chapitre 1<sup>er</sup> du titre du mariage, sans distinguer si l'inobservation des prescriptions dont il s'agit entraîne ou non la nullité des mariages contractés en France.

Cette doctrine nous semble erronée, et nous pensons que les mariages contractés par des Français en pays étranger ne doivent être annulés que dans les cas où l'on pourrait les arguer d'une nullité prononcée par la loi, même en les supposant contractés en France.

4. Suivant nous, l'article 170 n'a eu pour but que de rappeler, à l'égard des mariages de Français contractés à l'étranger, l'application des deux principes fondamentaux que nous avons mentionnés ci-dessus : le premier, que la forme des actes est réglée par la loi du lieu où ils ont été passés ; le second, que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger.

A l'appui de ce système, nous invoquons à la fois le texte et l'esprit de l'article 170.

Le texte ne va pas au delà d'un rappel du principe général concernant la forme des actes et des autres dispositions du Code concernant le mariage. Les termes employés par le législateur, bien que très-généraux, n'indiquent point son intention de déclarer nuls les mariages contractés par des Français à l'étranger, hors les cas où il a prononcé la nullité des mariages contractés en France. En renvoyant

à l'article 65 et au chapitre 1<sup>er</sup> du titre du mariage, le législateur n'a déclaré applicables ces dispositions que telles qu'elles existent pour les mariages contractés en France : il leur a laissé la même teneur qu'elles ont à l'égard de ces derniers ; il n'a rien ajouté à leurs dispositions. D'ailleurs, le dernier paragraphe de l'article 5 du Code a repoussé à l'avance toute distinction à cet égard, en posant le principe général que, quant à son état et sa capacité, le Français résidant à l'étranger est régi par les mêmes lois auxquelles il est soumis en France : et le titre du mariage rentre incontestablement dans la classe des lois concernant l'état des personnes. Si les auteurs du Code avaient eu l'intention d'établir dans l'article 170 une exception à la règle posée en l'article 5, certes ils n'auraient pas négligé de s'expliquer à ce sujet ; mais, dans le silence du texte, il faut admettre que telle n'a pas été l'intention du législateur, et il faut s'en tenir à l'axiome que les nullités doivent être prononcées textuellement et ne peuvent pas être établies par induction.

Du reste, rien n'empêche les juges français de prononcer les nullités et amendes établies par le Code comme garantie de l'observation des règles et solennités prescrites, que le mariage ait été contracté en France ou à l'étranger. Il existe seulement cette différence que, dans ce dernier cas, il y a impossibilité d'appliquer l'amende contre l'officier de l'état civil qui n'est pas soumis à la juridiction française ; mais cette circonstance ne saurait pas entraîner de plein droit une modification de la loi, et transformer la disposition qui prononce une amende contre l'officier de l'état civil, en une disposi-

Nancy, du 50 mai 1823 ; de la cour de cassation, des 12 février 1855 et 10 mars 1841 (rejet) ; enfin, les jugements du tribunal de la Seine, du 16 déc. 1856 et du 5 avril 1840 (Sirey, 1820, II, 507 ; 1824, II, 156 ; 1826, II, 251 ; 1855, I, 195, Dalloz, 1859, II, 274. *Gazette des Tribunaux*, des 17 et 18 déc. 1856, 4 avril 1840, 12 mars et 16 avril 1841.) *Contra*, V. les arrêts suivants : cour royale de Paris, 10 déc. 1827, 50 mai et 4 juillet 1829 et 15 avril 1840 ;

cour royale d'Angers, 12 janvier 1858 ; cour royale de Montpellier, 15 janvier 1859 ; cour de cassation, 8 novembre 1824, 9 mars 1851 et 6 mars 1857 ; jugements du tribunal de la Seine, des 4 juillet 1857 et 51 janvier 1840 (Sirey, 1824, I, 428 ; 1829, II, 178 et 179 ; 1851, I, 142 ; 1857, I, 177 ; 1859, II, 246. Dalloz, 1859, II, 155 et 164. *Gazette des Tribunaux* des 10 mars et 5 juillet 1857, 1<sup>er</sup> février, 15 et 14 avril 1840.)

tion qui déclare nul le mariage entre les parties. Peut-être lors d'une révision du Code et lorsqu'il s'agira de *nova lege condenda*, le législateur trouvera convenable d'introduire cette modification; mais, en attendant, il est certain que les rédacteurs du Code n'ont pas établi la peine de nullité du mariage dans le cas où l'officier de l'état civil qui y a procédé ne réside pas en France et ne peut pas être atteint des pénalités établies aux articles 192 et 193 du Code; et par suite, les juges ne peuvent pas prononcer cette nullité. La doctrine contraire aurait pour conséquence d'établir en principe que l'auteur d'une contravention, par le fait duquel son complice échappe à la punition, pourrait, outre la peine légale comminée contre lui-même, être frappé par le juge d'une peine extraordinaire non prononcée par la loi!

Néanmoins, la doctrine que nous repoussons a été sanctionnée par l'arrêt de la cour de cassation du 6 mars 1857 et par celui de la cour royale d'Angers du 12 janvier 1858. Nous rapporterons *infra*, n° 7, en examinant les questions de détail, le texte du premier de ces arrêts, dont le second n'est que la reproduction.

5. Un second argument en faveur de la prétendue nullité des mariages contractés à l'étranger, pour inobservation d'une règle ou formalité *quelconque* établie par le Code, consiste à dire : Le texte de l'article 170 déclare *valable* le mariage contracté à l'étranger « *pourvu que* certaines publications aient eu lieu en France, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre I<sup>er</sup>. » Évidemment, les mots *pourvu que*... indiquent une condition irritante : donc, l'article 170 déclare *non valables* ou *nuls* les mariages qui seraient faits sans ces

publications et sans l'observation de toutes les dispositions contenues au chapitre I<sup>er</sup> (1).

Nous répondons avec feu Merlin (2), que les termes cités de l'article 170 sont évidemment synonymes de ceux-ci : « Il est des cas où le défaut de publications ou d'actes respectueux peut influencer sur l'annulation du mariage pour cause de clandestinité;... » ou, comme s'exprime l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 28 juillet 1828, rapporté par Merlin : Que les conditions que cet article impose au moyen des mots *pourvu que*, sont aussi relatives et s'appliquent aussi à la convention aux dispositions que renferme le chapitre I<sup>er</sup>, sous lequel se trouvent, non-seulement des dispositions dont l'inobservation entraîne la nullité absolue et irréparable du mariage, mais aussi des dispositions dont l'inobservation peut non-seulement se réparer, mais vient même à disparaître par le seul laps de temps; que, par conséquent, on ne peut induire du contenu littéral de l'article 170, que toute contravention indistinctement à l'une des dispositions du chapitre I<sup>er</sup> emporte nécessairement et *per se*, une nullité absolue... » En un mot, nous dirons que le texte de l'article 170, entendu sainement et sans préoccupation, n'indique autre chose, sinon que les dispositions du Code relatives aux mariages contractés en France sont également applicables aux mariages contractés par les Français à l'étranger (5). Nous ajouterons que l'argument *a contrario sensu* n'est qu'une source d'erreurs (4), et nous rappellerons qu'en thèse générale, les nullités ne peuvent être créées par induction.

6. Si du texte nous passons à l'esprit de la loi, nous voyons qu'il n'y avait, pour les auteurs du Code, aucun motif de s'écarter, dans l'ar-

(1) Arrêts de la cour royale de Paris, des 10 décembre 1827, 30 mai et 4 juillet 1829, déjà cités.

(2) Répert., v° Bans de mariage, n° 2. Questions de droit, v° Publication de mariage, § 2. V. aussi les observations de M. Sirey, à la suite de l'arrêt de la cour de cassation du 9 mars 1851.

(5) Toullier, t. I, n° 578.

(4) Merlin, Répert., v° Argument *a contrario sensu*. Aussi la cour de cassation, dans les arrêts rendus sur l'application de l'article 170, n'a jamais fait valoir l'argument indiqué ci-dessus.

ticle concernant les mariages contractés à l'étranger, des dispositions du même titre relatives aux mariages en général, et d'établir une distinction entre le mariage du regnicole dans le royaume et entre le mariage d'un Français en pays étranger.

Il résulte de la discussion de l'article 170 au conseil d'État (1) que cet article n'a d'autre but que d'assurer : 1<sup>o</sup> la comparution des parties devant un officier chargé de constater l'état civil dans le lieu de la résidence de l'une des parties, et, surtout, 2<sup>o</sup> l'observation des dispositions fondamentales consignées dans le chapitre I<sup>er</sup>. En particulier (et c'est une observation sur laquelle nous reviendrons ci-après), l'omission des publications en France n'a pas été regardée comme annulant le mariage; la formalité des publications a été établie uniquement pour empêcher les contraventions aux dispositions du chapitre I<sup>er</sup>.

Les législateurs de tous les pays ont admis une différence entre les conditions prescrites pour contracter mariage : les unes sont regardées comme essentielles, les autres sont seulement des précautions salutaires; l'omission des premières entraîne la nullité du mariage, celle des autres n'a pas le même effet. Le Code civil a établi un système complet à ce sujet. Y a-t-il des raisons résultant de l'esprit de la loi qui puissent autoriser le juge à s'écarter du système du Code, lorsqu'il s'agit d'un mariage contracté à l'étranger? Telle est la question à examiner.

Nous n'avons pu trouver aucune raison en faveur de l'affirmative. Aussi aucun des arrêts

qui ont prononcé la nullité des mariages contractés à l'étranger (hors le cas du défaut de publicité où nous partageons la même opinion) n'a allégué un motif déduit de l'*esprit de la loi*; tous se sont bornés à l'un ou l'autre des deux arguments que nous croyons avoir réfutés en parlant du *texte* de l'article 170. En conséquence, nous soutenons que l'esprit de la loi n'autorise point la distinction qu'on a prétendu établir : que les mariages contractés par les Français à l'étranger, suivant les formes usitées dans le pays, sont régis par les mêmes dispositions du Code civil qui régissent les mariages célébrés en France, et que ces mariages ne peuvent être déclarés nuls hors les cas où la nullité a été établie par les dispositions du Code.

7. Ainsi, le mariage contracté à l'étranger entre un beau-frère et une belle-sœur français, avant la loi qui autorise ces unions, ou sans les dispenses prescrites par cette loi, est nul et sans effet (2).

D'un autre côté, le mariage contracté par un Français en pays étranger, sans avoir été précédé, en France, des publications prescrites, n'est pas nul *dans tous les cas* (3); il peut être attaqué dans les termes de l'article 191, comme n'ayant pas été *contracté publiquement* (4); le texte de cet article, en se dispensant de prononcer expressément la nullité pour contravention aux articles 65, 166 et 167 (5), laisse au juge toute latitude d'examiner les faits et de déclarer, en conséquence, qu'il y a eu ou non publicité, et de prononcer, par suite, la validité ou la nullité du mariage (6). Nous avons

(1) Loaré, t. IV, p. 549, 550, 551 et 552.

(2) V. l'arrêt de la cour de cassation, du 8 nov. 1824, cité plus haut, et la *Gazette des Tribunaux*, des 4 et 11 août 1839.

(3) Toullier, t. I. n<sup>o</sup> 578. Merlin, Rép., v<sup>o</sup> Mariage, sect. 6. § 2, deuxième question sur l'art. 191. Arrêt de la cour de cassat. (rejet) du 10 mars 1841. *Gazette des Tribunaux*, du 16 avril 1841.

(4) Ainsi jugé également en Belgique, par arrêt de cassation du 28 juin 1850, et par arrêts de la cour d'appel de Brux., des 28 juillet 1828 et 27 juin 1851. Table générale de la jurisprudence

belge, v<sup>o</sup> Mariage, nos 8, 9 et 10.—V., dans le même sens, deux arrêts de la cour d'appel de Cologne, du 20 juin 1821 et du 5 février 1824. Archives des provinces rhénanes de la Prusse, t. III, p. 99; t. VI, p. 161.

(5) V. ci-après la disposition finale de la circulaire de M. le garde des sceaux, en date du 4 mars 1851.

(6) M. Duranton, t. II, n<sup>o</sup> 258 (t. I<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 825 de l'édit. HAUMAN et C<sup>e</sup>.) La cour de cassation s'est prononcée dans le même sens par l'arrêt déjà cité, du 9 mars 1851. L'arrêt de la cour royale de

vu, au n° 6, que, dans la discussion du Code au conseil d'État, l'omission des publications en France n'a pas été regardée comme emportant la nullité du mariage : cette formalité n'a été prescrite qu'à l'effet d'empêcher les conventions aux dispositions du chapitre I<sup>er</sup>. Lors donc que le défaut de publications ne concourt point avec une infraction aux dispositions du chapitre I<sup>er</sup>, le mariage est valable (1); et, par contre, le mariage serait nul, s'il était constaté qu'il n'a été célébré en pays étranger que pour échapper aux prohibitions établies dans le royaume (2).

De même, le mariage contracté à l'étranger par un Français mineur de vingt-cinq ans, ou par une Française mineure de vingt et un ans accomplis (art. 148, 159 et 160), sans le consentement des ascendants ou du conseil de famille, pourra être annulé aux termes de l'article 182; mais le défaut d'actes respectueux n'entraînera pas la nullité (3), pas plus qu'il ne le pourrait faire à l'égard d'un mariage contracté en France (4). Les prescriptions des articles 151, 152 et 153 ne font qu'exiger un acte de déférence capable d'amener un rapprochement entre les ascendants et l'enfant (5); le législateur n'a pas attaché la peine de nullité à l'omission de cet acte; et, comme nous l'avons déjà fait remarquer, le texte de l'article 170, sainement entendu, ne saurait, par le renvoi qu'il fait aux dispositions du chapitre I<sup>er</sup>, avoir le sens d'étendre la nullité aux cas prévus par les articles 151, 152 et 153.

Nous partageons l'opinion de Merlin (6) et de la *Gazette de Tribunaux* (7), d'après laquelle l'omission des actes respectueux peut former un adminicule ou élément de la preuve de la

clandestinité du mariage, mais nous contestons la doctrine admise par l'arrêt de la cour de cassation du 6 mars 1857, d'après laquelle, en thèse générale, le mariage d'un Français, contracté à l'étranger, serait nul à défaut de publications en France, ou pour omission des actes respectueux. Voici le texte de cet arrêt :

« Attendu que l'on ne peut pas interpréter  
 « l'article 170 du Code civil, sur les mariages  
 « contractés à l'étranger, par les dispositions  
 « du même Code relatives aux mariages  
 « célébrés en France; que, si ces derniers  
 « peuvent être déclarés valables, lorsqu'il  
 « n'y a eu ni publications, ni actes respec-  
 « tueux, c'est parce que la loi trouve sa  
 « sanction dans les peines qu'elle prononce con-  
 « tre les officiers de l'état civil qui auraient  
 « procédé à la célébration; tandis que, pour  
 « les mariages contractés à l'étranger, comme  
 « les mêmes dispositions pénales ne pourraient  
 « atteindre les officiers publics, la loi n'avait  
 « d'autre moyen de donner une sanction à ses  
 « prescriptions, qu'en frappant le mariage lui-  
 « même d'invalidité; que, s'il en était autre-  
 « ment, il suffirait à des Français de passer à  
 « l'étranger pour affranchir leur mariage de  
 « toutes les conditions imposées par les lois  
 « françaises, et pour, en s'abstenant des publi-  
 « cations et des actes respectueux exigés, se  
 « soustraire, soit aux oppositions des tiers,  
 « soit à l'autorité de la puissance paternelle. »

Les deux motifs de cet arrêt, l'impossibilité d'atteindre l'officier de l'état civil, et la possibilité d'affranchir le mariage des conditions imposées par la loi, ne nous semblent pas fondés. Nous nous sommes déjà expliqué sur le premier de ces motifs, qui pourrait venir en considéra-

Montpellier, du 15 janvier 1859, paraît avoir, en partie, adopté la même doctrine.

(1) Questions de droit, v° Publication de mariage, § 2.

(2) Arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 18 juin 1828. Table générale, v° Mariage, n° 6.

(3) Arrêt de la cour de cassation, du 12 février 1855, déjà cité. L'arrêt de la même cour, du 6 mars 1857, s'est prononcé pour la nullité.

(4) Favard, Rép., v° Actes respectueux, n° 8. M. Duranton, t. II, nos 104 et 115 (t. I<sup>er</sup>, nos 691 et 700 de l'édit. HAUMAN et C<sup>e</sup>).

(5) Bigot Prémeneu, Exposé des motifs du titre de mariage. Locré, t. IV, p. 585 et suiv.

(6) Rép., v° Bans de mariage, n° 2 (additions à la 4<sup>e</sup> édition, t. XVI, p. 110).

(7) Numéro du 16 avril 1841; exposé qui précède l'arrêt du 10 mars 1841.

tion s'il s'agissait *de lege condenda*, de modifier la rédaction de l'article 170. Le second va ouverttement trop loin, car nous ne prétendons pas qu'en contractant mariage à l'étranger, le Français puisse se soustraire arbitrairement aux oppositions des tiers, ou à l'autorité paternelle, en omettant les publications prescrites par l'article 65, ou les actes respectueux. Nous avons déjà fait mention du pouvoir appartenant aux tribunaux de prononcer la nullité du mariage pour défaut de publicité: et, quant aux actes respectueux, certes les rédacteurs du Code n'en ont pas regardé l'omission comme une atteinte à l'autorité paternelle, puisqu'ils n'y ont pas attaché la peine de nullité, laquelle a été limitée au cas où la loi requiert le *consentement* des père et mère. Du reste, en ce qui concerne les publications en France, la cour de cassation est déjà revenue sur l'arrêt de 1837, par celui du 10 mars 1841, déjà cité.

8. Du principe que les mariages contractés par des Français à l'étranger sont soumis aux dispositions du Code civil qui régissent les mariages célébrés en France, il résulte que les fins de non-recevoir établies par le Code civil contre l'action en nullité d'un mariage contracté en France, sont également applicables, lorsqu'il s'agit d'un mariage contracté par un Français en pays étranger; ainsi le défendeur à l'action en nullité peut invoquer les

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 5 novembre 1859; arrêt de la cour royale de Rennes, du 6 juillet 1840, et jugement du tribunal de la Seine, du 5 avril 1840. (Dalloz, 1859, I, 569; Sirey, 1859, I, 822; 1840, II, 597; *Gazette des Tribunaux*, des 16 novembre 1859 et 4 avril 1840). Ainsi jugé en Belgique par arrêt de cassation du 28 juin 1850, et par les arrêts de la cour d'appel de Bruxelles, du 28 juillet 1828 et du 28 juin 1850. Table générale, *v<sup>o</sup> Mariage*, nos 8 et 9.

(2) Arrêts de la cour de cassation, des 12 février 1855 et 25 février 1859; arrêts de la cour royale de Paris, des 15 juin 1856 et 16 juillet 1859; jugement du tribunal de Fontenay, du 14 juin 1854, (Sirey, 1855, I, 193; 1856, II, 297; 1859, I, 187. Dalloz, 1859, I, 114; II, 274. *Gazette des Tribunaux*, des 29 juin 1857 et 4 mars 1859.) Arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 27 juin 1851 (à

dispositions des articles 185 et 185 du Code (4), l'approbation donnée par les ascendants, la possession d'état pendant une longue suite d'années, l'existence d'un ou de plusieurs enfants (2), etc.

9. Aux termes de l'art. 171 du Code, l'acte de célébration de mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu du domicile de l'époux français, dans les trois mois après son retour dans le royaume; mais le législateur n'a pas attaché la peine de nullité à l'omission de cette formalité ou à l'inobservation du délai prescrit (5), et chacune des parties peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage avant la transcription de l'acte (4).

## CHAPITRE II.

### DES MARIAGES CONTRACTÉS EN FRANCE PAR DES ÉTRANGERS.

10. Le Code civil ni aucune autre loi ne contient des dispositions relatives aux mariages contractés, en France, entre étrangers, ou entre Français et étrangers. La question de la validité de ces mariages est abandonnée aux principes généraux du droit.

Ainsi ils dépendent, quant à la forme, des lois françaises (3).

Quant à la validité intrinsèque, et pour ce

l'endroit cité, n<sup>o</sup> 10). Arrêt de la cour d'appel de Cologne, du 20 juin 1821 (Archives, t. III, p. 99). — V. en sens contraire l'arrêt de la cour royale de Montpellier, du 15 janv. 1859 (Sirey, 1859, II, 246).

(5) Arrêt de la cour royale de Rouen, du 11 juillet 1827; arrêts de la cour de cassation, des 16 juin 1829 et 2 février 1855. (Sirey, 1828, II, 206; 1829, I, 261; 1855, I, 195).

(4) M. Troplong, des Hypothèques, t. II, n<sup>o</sup> 515. Arrêt de la cour de cassation, du 25 nov. 1840 (Sirey, 1840, I, 929. Dalloz, 1841, I, 15). Ainsi décidé en Belgique, par arrêt de cassation du 28 juin 1850, et par arrêts de la cour d'appel de Bruxelles, des 15 mai 1828 et 27 juin 1851. Table générale, *v<sup>o</sup> Mariage*, nos 7, 9 et 10. — M. Duranton, t. XX, n<sup>o</sup> 21 (t. XI, n<sup>o</sup> 21 de l'édit. HAUMAN et C<sup>e</sup>) professe l'opinion contraire.

(5) V. la *Revue étrangère*, t. VII, p. 546.



qui concerne le futur conjoint étranger, il faut appliquer les lois du pays de son domicile, en tout ce qui est relatif à l'état et à la capacité de sa personne (1).

Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, lorsque la loi de Wurtemberg (2) déclare les sujets incapables de se marier, avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, le mariage d'un Wurtembergeois contracté en France sera nul, nonobstant l'article 144 du Code civil, qui permet le mariage depuis dix-huit ou quinze ans accomplis.

De même, la loi du royaume de Bavière, en date du 12 juillet 1818, et celle du royaume de Wurtemberg du 4 septembre même année, qui défendent aux sujets, à peine de nullité, de se marier à l'étranger sans permission du gouvernement (3), entraîneront la nullité du mariage contracté en France par des Bavaois ou des Wurtembergeois qui n'auront pas obtenu, au préalable, cette permission.

11. Il résulte des différences qui existent entre les lois de la France et celles des autres pays de l'Europe, que le Français qui se marie en France avec un étranger s'expose à voir annuler ce mariage par des causes exprimées dans une loi dont il ignore les dispositions. C'est dans le but d'éviter aux regnicoles le préjudice dont ils sont ainsi menacés, que M. le garde des sceaux, ministre de la justice, a adressé, le 4 mars 1851, aux procureurs généraux près les cours royales, une circulaire ainsi conçue (4) :

« Dans plusieurs états limitrophes ou voisins de la France, la loi défend aux regnicoles de se marier en pays étranger sans l'autorisation du gouvernement, sous peine de la nullité de leur mariage. Il résulte de là que les habitants de ces pays, attirés en

« France par l'activité de l'industrie ou par la richesse du sol, y ont épousé des Françaises sans avoir obtenu cette autorisation. S'ils veulent ensuite retourner dans leur patrie, leurs femmes et leurs enfants s'en voient repoussés comme illégitimes. Un tel état de choses impose au gouvernement français le devoir de recourir à quelques précautions propres à assurer la validité de ces mariages contractés de bonne foi par des femmes qui, après l'accomplissement de toutes les formalités requises par les lois françaises ont dû compter sur la protection de ces lois. Le moyen le plus efficace me paraît être d'exiger de tout étranger, non naturalisé, qui voudra désormais se marier en France, la justification, par un certificat des autorités du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile dans sa patrie, qu'il est apte, d'après les lois qui la régissent, à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser. En cas de contestation, les tribunaux compétents seront appelés à statuer (5). »

12. Cette circulaire, on le conçoit, n'est qu'un conseil donné aux officiers de l'état civil, à l'effet de se garantir eux-mêmes, ainsi que leurs administrés français, contre toute responsabilité ou contre toute action en nullité du mariage.

L'intention qui a présidé à la rédaction de cette circulaire, ne saurait être l'objet d'une critique; mais les résultats sont loin d'avoir répondu au but que se proposait M. le garde des sceaux; et sa circulaire, en suscitant de nombreuses difficultés, a été fréquemment un obstacle à des unions qui réunissaient d'ailleurs toutes les conditions légales. Plusieurs fois les autorités étrangères ont refusé de délivrer les

(1) V. la *Revue étrangère*, t. VII, p. 204.

(2) V. *infra*, § 1, v<sup>o</sup> Wurtemberg.

(3) V. *infra*, § 8, vis Bavière et Wurtemberg.

(4) Nous expliquerons par la suite, au § 7, v<sup>o</sup> Bade, les circonstances qui ont donné occasion à cette circulaire.

(5) Cette circulaire a été imprimée dans le *Sirey*,

1856, II, 542; dans Dalloz, 1859. III, 60; dans le *Journal des notaires et des avocats*, t. XLIX, p. 46; et dans le *Mémorial du notariat et de l'enregistrement*, t. X, (1855), p. 220.—Elle a été précédée d'une ordonnance du roi de Bavière, en date du 1<sup>er</sup> novembre 1850, rendue dans le même sens. V. ci-après, § 8. v<sup>o</sup> Bavière rhénane.

certificats dont il s'agit, en alléguant que les lois de leur pays ne les y autorisaient pas ; d'ailleurs, quelle certitude peut résulter, relativement à une question de droit, du certificat d'une autorité étrangère qui exerce des fonctions analogues à celles du maire en France ? Dans quelques pays étrangers, cette circulaire a donné lieu à des représailles : l'officier de l'état civil y a exigé du Français qui voulait contracter mariage un certificat analogue à celui que requiert la circulaire ; et comme aucune autorité française ne se croit obligée ni autorisée à délivrer un semblable certificat, le futur époux français ne pouvait qu'avec les plus grands efforts convaincre les autorités étrangères qu'il possédait réellement les qualités et conditions nécessaires pour contracter mariage. Dans cet état de choses, il nous semblerait préférable de laisser tomber en désuétude la circulaire du 4 mars 1831, et d'abandonner, comme dans les autres cas où un Français se propose de contracter avec un étranger, à chacune des parties le soin de s'éclairer sur la capacité de l'autre.

L'étude des législations étrangères, par les jurisconsultes français, sera le meilleur moyen de prévenir les incertitudes et les inconvénients en cette matière ; et, si l'officier de l'état civil ne se trouve pas suffisamment éclairé par les explications du futur époux étranger, celui-ci devra faire assigner ce fonctionnaire devant le tribunal, qui statuera selon les circonstances de chaque espèce.

13. Quelques fonctionnaires français ont cru pouvoir écarter les difficultés que l'exécution de la circulaire a fait naître, en donnant à cette instruction ministérielle une interprétation que nous ne saurions approuver. Voici ce que porte une lettre de M. le procureur du roi près le tribunal de la Seine, à un maire du département, en date du 7 juillet 1833 (1) : « S'il y avait impossibilité d'obtenir le certificat d'aptitude prescrit par les instructions,

« parce que le lieu de la naissance ou du  
« dernier domicile du futur époux en pays  
« étranger refuserait de délivrer une attesta-  
« tion de cette nature, on pourrait y suppléer  
« par un acte de notoriété sous la forme indi-  
« quée dans l'article 70 du Code civil. Cet  
« acte devrait être soumis à l'homologation  
« prévue par l'article 72, s'il contenait en  
« même temps l'attestation de l'impossibilité  
« où la future se trouverait de se procurer son  
« acte de naissance. »

Évidemment, c'est appliquer à une question de droit une disposition de loi qui n'a été conçue que pour constater un fait. En effet, la question de la capacité d'un étranger de contracter mariage est une question de droit qui ne saurait se réssoudre que par la connaissance des lois du lieu de son domicile. L'acte de notoriété dont parle l'article 70 n'a pour objet que de constater le fait de la naissance du futur époux ; il n'y a donc aucune analogie entre les deux cas. Sans doute il existe un moyen facile de suppléer au certificat d'aptitude prescrit par la circulaire ministérielle du 4 mars 1831 ; c'est la production des lois du pays étranger ou une attestation de jurisconsultes versés dans la connaissance de ces lois. Mais la nature des choses s'oppose à ce que le certificat d'aptitude soit remplacé par la déclaration de sept individus pris indistinctement dans toutes les classes des citoyens et étrangers à l'étude des lois. C'est cependant par des déclarations de cette dernière catégorie que s'exécute, dans la pratique, la lettre de M. le procureur du roi. Dès lors l'étranger a la facilité de s'affranchir de toutes les prohibitions, de tous les empêchements que la loi de son pays oppose au mariage par lui projeté, pourvu qu'il trouve en France sept individus qui, dans l'ignorance des lois, ne croient pas mal agir en répétant devant un juge de paix le récit que l'étranger leur a fait de sa position ; et c'est là ce qui arrive tous les jours (2). Je

(1) V. le *Journal des notaires et des avocats*, tome XLIX, page 47; le *Mémorial du notariat*

et de *l'enregistrement*, tome X, page 222.

(2) Il est avéré qu'il s'est établi, à Paris, des

me bornerai à citer quelques-unes des espèces dont j'ai eu les pièces entre les mains. Dans un acte de notoriété, reçu le 2 mars 1841 à la justice de paix du 5<sup>e</sup> arrondissement, sept habitants de Paris, appartenant à la classe des artisans, ont déclaré que Frédéric Bauer, ouvrier tailleur, né à Neuchâtel en Suisse, et Élisabeth Frédérique Schoot, née à Usingen, duché de Nassau, sont dans l'impossibilité de représenter leurs actes de naissance, les actes de consentement des père et mère, les actes de décès des aïeuls et aïeules, enfin le certificat d'aptitude exigé par M. le garde des sceaux, « attendu que les autorités locales de leur pays refusent de délivrer aux nationaux les actes nécessaires pour contracter mariage en pays étranger, afin d'éviter l'émigration. » Par jugement du 20 mars 1841, le tribunal, 1<sup>re</sup> chambre, prononçant en chambre de conseil, a homologué ledit acte pour être exécuté suivant sa forme et teneur, et tenir lieu auxdits Jean-Frédéric Bauer et Élisabeth-Frédérique Schoot, d'actes de naissance, d'actes de consentement des père et mère, et de certificat d'aptitude, à l'effet seulement de pouvoir contracter mariage. Déjà, en 1855, Henri Geyer de Schwarzbouurg, en Saxe, avait obtenu un jugement dans le même sens; il en existe un autre de 1840, au profit d'un jeune Bavaois, et un autre, de 1841, au profit du nommé Vossler, Wurtembergeois. Nous avons déjà fait connaître, au n<sup>o</sup> 10, que les lois de ces deux royaumes défendent aux régnicoles, à peine de nullité, de contracter mariage à l'étranger sans permission du gouvernement, et il est à notre connaissance que les autorités locales refusent l'expédition des actes de naissance et la légalisation des actes de consentement des père et mère, lorsque la permission requise n'a pas été obtenue.

On le voit, l'instruction de M. le procureur du roi près le tribunal de la Seine a aggravé le mal, sans écarter aucune des véritables difficultés qui procurent aux étrangers voulant contracter mariage, des témoins à l'effet de passer les actes de notoriété dont il s'agit.

A la vérité, elle a rendu plus faciles les mariages des étrangers résidant en France; mais protège-t-elle les véritables intérêts des parties, et particulièrement des Français qui s'unissent à des étrangers? Il faut bien reconnaître que non. Les unions contractées sous la foi de semblables jugements d'homologation ne constituent qu'un simulacre de mariage, dans tous les cas où les lois de la patrie du conjoint étranger établissent des nullités inconnues dans la législation française, ou lorsque l'acte de notoriété garde le silence sur une nullité reconnue par le Code français (par exemple la parenté au degré prohibé), ou enfin lorsque l'acte de notoriété énonçant le fait de l'absence du consentement des père et mère, ainsi que cela est arrivé dans l'espèce citée ci-dessus (affaire Bauer), le jugement d'homologation prétend suppléer à l'absence de cette condition essentielle. Certes, et surtout dans les pays étrangers, les tribunaux ne regarderont pas ces nullités comme ouvertes à l'avance par les jugements d'homologation; ils maintiendront le principe que la loi personnelle suit l'individu en pays étranger.

D'ailleurs, dans la plupart des cas, les faits se sont passés en pays étranger et ne peuvent donc pas être à la connaissance des témoins ou déclarants parisiens. Cette circonstance seule, et abstraction faite de la question de droit, devrait faire refuser foi aux actes de notoriété dont il s'agit. D'après le texte de l'article 72, l'homologation ne doit pas être une simple formule: il appartient au juge d'apprécier le degré de créance que méritent les déclarations contenues aux actes de notoriété.

Il faut donc reconnaître que l'instruction de M. le procureur du roi de Paris s'écarte des principes du droit, et que, dans l'application, elle entraîne les plus graves inconvénients; dès lors il y a nécessité urgente d'abandonner cette fausse route, et d'adopter les mesures que nous avons indiquées *supra*, à la fin du n<sup>o</sup> 12.

14. Il nous reste à parler d'une autre instruction ministérielle, uniquement relative aux

mariages que les sujets du roi de Sardaigne se proposent de contracter en France.

Une lettre de M. le garde des sceaux, en date du 12 décembre 1831, à M. le procureur du roi près le tribunal civil de la Seine, reproduite dans une circulaire de ce magistrat, adressée aux maires du département (1), déclare que « le certificat exigé par la circulaire du 4 mars 1831 est sans objet à l'égard des sujets du roi de Sardaigne, suivant la législation qui les régit. » M. le garde des sceaux ajoute que « les mariages des Sardes, pour être valables, doivent être autorisés par le droit canonique, et de plus célébrés dans toutes les formalités du culte qu'ils professent; mais que, comme la loi française ne permet pas que le mariage religieux précède le mariage civil, il suffira désormais, à l'égard des sujets sardes qui désireraient se marier, de constater leur capacité légale d'après le droit canonique, et de prévenir en outre les futurs des conditions requises par la législation étrangère. » Cette lettre nous suggère deux observations : la première, c'est qu'elle renferme une contradiction en déclarant, d'une part, *inutile* le certificat exigé par la circulaire du 4 mars 1831, lorsque, d'autre part, elle prescrit cependant de constater la capacité légale d'après le droit canonique, constatation qui était l'unique but du certificat : la seconde, que la lettre de M. le garde des sceaux charge les maires français de prévenir les futurs époux des conditions requises par la législation étrangère (sarde), sans faire connaître à ces officiers publics quelles sont ces conditions (2).

15. La disposition finale de la circulaire ministérielle du 4 mars 1831, reproduit une décision du comité de législation du conseil d'État, en date du 20 décembre 1825. Cette disposition nous paraît offrir une saine interprétation de l'article 167 du Code.

« Les étrangers majeurs, dit la circulaire,

(1) *Journal des notaires et des avocats, et Mémorial du notariat et de l'enregistrement*, aux endroits cités plus haut.

« qui n'ont pas acquis de domicile en France  
 « par une résidence de plus de six mois, sont  
 « tenus de faire faire à leur dernier domicile  
 « à l'étranger, les publications préalables à la  
 « célébration de leur mariage. Ces publica-  
 « tions doivent avoir lieu suivant les formes  
 « usitées dans chaque pays, et leur accom-  
 « plement doit être constaté par un acte émané  
 « des autorités locales. »

Les dispositions exceptionnelles des articles 70 et 71 du Code civil n'autorisent point à faire la preuve d'une résidence de plus de six mois par la voie d'un acte de notoriété; cependant, dans tous les actes de notoriété que nous avons eus entre les mains, le fait d'une résidence des futurs époux en France, depuis plus de six mois, était mentionné, et les mariages ont été célébrés en suite de cette énonciation. En fait on peut donc éluder et on élude la sage disposition de la circulaire ministérielle; on connaît les facilités trop grandes qui sont offertes à la contractation des mariages de personnes étrangères, dans le ressort du tribunal de la Seine.

16. Après avoir exposé l'état de la législation française en matière de mariages, contractés à l'étranger par des Français ou par des étrangers en France, nous arrivons aux lois des États étrangers.

17. Les législations étrangères, en matière de mariage, se divisent en deux classes : celles qui ont adopté le Code civil français, soit comme texte, soit comme modèle, et celles qui ont une source entièrement différente. Dans la première classe se trouvent la Belgique, la rive gauche du Rhin, le duché de Berg, le royaume des Pays-Bas, le grand-duché de Bade, le royaume des Deux-Siciles et l'île de Haïti; la seconde classe se compose des autres pays de l'Europe.

Avant d'arriver au tableau comparatif de ces diverses législations, nous ferons plusieurs observations sur quelques-unes d'entre elles.

(2) On trouvera ces conditions dans le tableau comparatif ci-après.

18. La *Belgique* et la *rive gauche du Rhin* faisaient partie intégrante de la France au moment de la promulgation du Code civil. Plus tard, en 1810, ce Code obtint force de loi dans les pays composant aujourd'hui le royaume des *Pays-Bas* : ce même Code fut promulgué dans le duché de *Berg*. Ces divers pays conservent, jusqu'à ce jour, cette même loi, à l'exception du royaume des Pays-Bas, qui a obtenu un nouveau Code civil, exécutoire à partir du 1<sup>er</sup> octobre 1838. En ce qui concerne le mariage, ce Code diffère peu de celui de la France (1).

19. Le Code civil de la république d'*Haïti* est calqué sur celui de la France : il a été promulgué le 27 mars 1825.

20. Le Code civil français a été adopté comme loi dans le grand-duché de *Bade*, en 1809. Cependant le titre du mariage a subi plusieurs modifications, partie au moment de la promulgation du Code, partie dans les années postérieures. Un décret grand-ducal, en date du 15 juillet 1807, composé de 72 articles ou paragraphes, avait réglé d'une manière uniforme tout ce qui concerne le mariage et le divorce. Parmi les additions faites au Code lors de sa promulgation dans le grand-duché, on trouve la disposition suivante placée à la suite de l'art. 311 : « Le règlement matrimonial de 1807 est maintenu dans toutes ses dispositions qui peuvent se concilier avec celles du présent Code. Il conservera d'ailleurs sa force légale en tout ce qui concerne la police administrative. » Une ordonnance interprétative, en date du 29 octobre 1810, a déclaré que la police administrative embrasse tout ce qui regarde « la conclusion du mariage, et, par suite, les prohibitions du mariage. » De là résulte que le règlement de 1807 fait encore la loi de la matière en ce qui concerne les prohibitions du mariage et les formalités relatives à sa célébration : pour tout le reste, les disposi-

tions du Code civil sont applicables. La différence la plus importante entre le règlement de 1807 et la législation française, c'est qu'en *Bade* le ministre du culte est en même temps officier de l'état civil, et qu'il unit les époux à la fois au nom de la loi civile et par la bénédiction sacramentale.

21. Le Code des *Deux-Siciles* de 1819 est calqué sur le Code français, mais il en diffère, sous plusieurs rapports, dans la matière du mariage. Il fait marcher de front les lois civiles et les lois ecclésiastiques. D'une part (article 67), le mariage ne peut être célébré légalement qu'en face de l'Église, suivant les formes prescrites par le concile de Trente. D'autre part, le mariage doit, outre les publications faites à l'église, être précédé d'une publication affichée à la maison commune du lieu du domicile de chacun des futurs époux (art. 68); les parties présenteront au maire de la commune du domicile de la future épouse leurs actes de naissance ou les actes de notoriété dûment homologués qui les remplacent, ainsi que l'acte du consentement des ascendants ou du conseil de famille. (Art. 72-76.) Elles feront devant le maire du domicile de l'une d'elles (art. 175) et dans les formes prescrites par les art. 75 et 76 du Code français, la promesse de célébrer le mariage en face de l'Église. (Art. 77 et 79.) Sur l'exhibition de cet acte, le curé procédera à la célébration du mariage, après l'accomplissement des conditions prescrites par la loi canonique. (Art. 80 et 81.) En ce qui concerne les qualités et conditions requises pour la validité du mariage, le Code des *Deux-Siciles* (art. 152 à 174) renferme des dispositions analogues à celles des art. 144 à 164 du Code français, mais en déclarant (art. 150 et 151) que ces dispositions ne se rapportent qu'aux effets civils du mariage, et que le législateur laisse intacts les devoirs imposés par la religion, et n'entend y apporter aucun changement. D'où il suit que, dans tous les cas où la loi ecclésiastique établit des conditions plus rigoureuses que la loi civile, les parties, pour arriver à la bénédiction nup-

(1) V. la *Revue étrangère et française*, t. V, p. 639 et 905.

tiale qui, seule, constitue le mariage légal, sont tenues de remplir toutes les prescriptions de l'Église.

22. *Royaume de Sardaigne.* A la différence du Code des Deux-Siciles, le Code sarde de 1857 ne fait point, en matière de mariage, marcher de front les lois civiles et les lois ecclésiastiques. Il se borne (art. 108) à renvoyer à ces dernières, sans en reproduire les dispositions. Nous donnerons l'analyse de ces dispositions dans le tableau comparatif. Du reste, les dispositions du Code et le renvoi aux lois ecclésiastiques ne sont relatifs qu'aux sujets catholiques; les fiançailles et mariages entre personnes qui professent un des cultes chrétiens non catholiques, ou entre juifs, sont soumis à des usages et règlements spéciaux. (Art. 108 et 150.) Comme le nombre des sujets sardes non catholiques n'est pas considérable, nous nous dispenserons d'analyser ces usages et règlements.

23. *Autriche.* Le Code civil de 1811 est conçu dans un système entièrement différent de celui du Code français; le ministre du culte est en même temps officier de l'état civil. Ce Code régit toutes les provinces composant la monarchie autrichienne, à l'exception de la *Hongrie*, de la *Croatie*, de l'*Esclavonie* et de la *Transylvanie* (1). Nous indiquerons les dispositions spéciales en vigueur dans le royaume de Hongrie et qui s'écartent de celles du Code civil d'Autriche (2).

24. *Prusse.* Le Code général ne constitue qu'un droit subsidiaire applicable dans les cas où les lois, coutumes et statuts en vigueur

dans les différentes provinces, ne renferment pas de disposition explicite (3). A l'égard de certaines provinces, l'application des parties du Code général relatives au mariage (part. II, tit. I, II, III), a même été complètement suspendue. Tel est le cas pour le duché de Westphalie, la principauté de Siegen, les bailliages de Burbach et de Neuenkirchen, et les anciens comtés de Witgenstein-Witgenstein et Witgenstein-Berleburg (4). Dans ces provinces, la matière est régie par le droit commun de l'Allemagne (5). Ce dernier droit a également conservé force de loi dans les parties de territoire situées sur la rive droite du Rhin, où les autres dispositions du Code général n'ont pas été introduites, par exemple dans les localités cédées par le Nassau en 1814 et faisant anciennement partie des électors de Trèves et de Cologne.

25. *Bavière.* Les dispositions du Code civil de 1786 ont été développées et modifiées par plusieurs ordonnances postérieures, dont nous ferons mention dans le tableau comparatif. Du reste, il est nécessaire de faire remarquer que le Code bavarois ne régit pas toutes les provinces qui composent aujourd'hui ce royaume: dans plusieurs localités, le Code prussien est encore en vigueur; dans d'autres, le droit commun allemand, ou des lois ou coutumes spéciales (6).

26. *Wurtemberg.* Ce royaume ne possède pas de Code civil: il est régi, en matière de mariages, par d'anciennes coutumes et des lois spéciales dont nous donnerons l'analyse (7).

27. *Royaume de Saxe.* A défaut d'un Code

(1) Winiwarter, exposé systématique et commentaire du droit civil autrichien (*Das österreichische bürgerliche Recht, systematisch dargestellt und erläutert*), t. I, p. 51.

(2) Publication de la chancellerie de la cour du 18 août 1851. Winiwarter, Manuel des lois autrichiennes en matière judiciaire et d'administration, qui se rapportent au Code civil (*Handbuch der Justiz und politischen Gesetze... welche sich auf das... bürgerliche Gesetzbuch beziehen*), t. I, p. 122. Kœvy, *Elementa jurisprudentiæ hungaricæ*, p. 57 et suiv.

(3) V. la *Revue étrangère et française*, t. IV, p. 419.

(4) Ordonnance royale du 21 juin 1825. *Bulletin des Lois (Gesetzsammlung)*, 1825, p. 155.

(5) V. la *Revue*, t. V, p. 419 et 420.

(6) V. Statistique du royaume de Bavière, relativement à l'application des lois civiles concernant le fond du droit, et à l'exclusion de la Bavière rhénane (*Statistik des Königreichs Bayern, in Beziehung auf materielle bürgerliche Gesetze, etc.*), par M. Jaeck, 2<sup>e</sup> éd. Erlangen, 1829.

(7) Cette analyse est extraite des deux ouvrages

civil (1) qui réunisse les dispositions législatives en vigueur sur le mariage, nous les avons extraites d'un ouvrage étendu contenant l'exposition raisonnée du droit civil de ce royaume (2).

28. Dans les États allemands du second et troisième ordre, qui ne possèdent pas de législation complète en matière de mariage, cette union se forme toujours sous les auspices de l'Église, et on n'admet pas la distinction entre le mariage civil et le mariage religieux; la population catholique demeure soumise aux dispositions du droit canonique, que nous exposerons au mot « Sardaigne; » la population protestante est régie par les mêmes dispositions, sous les modifications qui y ont été apportées, soit par des lois positives spéciales, soit par les opinions des auteurs et la jurisprudence des tribunaux. Les auteurs et les tribunaux ont cru voir, dans certaines dispositions du droit canonique, des atteintes à la liberté de la conscience, ou à la liberté naturelle, ou aux droits légitimes de l'homme (3). En conséquence, il s'est formé un corps de doctrine composé des dispositions du droit canonique non modifiées et des modifications sanctionnées par les auteurs ou par une jurisprudence uniforme; c'est ce corps de doctrine

qu'on appelle le droit commun ecclésiastique protestant (4). Ce droit commun forme la règle dans tous les pays protestants, à quelques légères modifications près, introduites, dans chacun d'eux, par des dispositions législatives. Ainsi, par exemple, ce droit commun admet des dispenses de mariage dans tous les cas de parenté, hors la ligne directe et les frères et sœurs légitimes et naturels (5), et, dans les cas d'alliance, hors la ligne directe (6). L'adoption n'apporte un empêchement qu'entre l'adoptant et l'adopté, et entre celui-ci et les agnats du premier, tant que subsiste l'adoption (7); la parenté spirituelle (par le baptême et la confirmation) n'est pas reconnue (8), etc. Par contre, le droit commun ecclésiastique protestant regarde le défaut de consentement du père comme un empêchement dirimant pendant toute la durée de la puissance paternelle (9). Par rapport à d'autres points, les auteurs et la jurisprudence ne sont pas parvenus à établir des règles généralement reconnues: par exemple, sur les peines à prononcer pour inobservation de l'année de deuil (10), sur la prohibition du mariage entre le tuteur et la pupille empruntée au droit romain (11); 2<sup>o</sup> entre chrétiens et juifs (12); 3<sup>o</sup> pour cause d'adultère (13). A cet égard, dans

suivants: 1<sup>o</sup> Recueil des lois civiles des Wurtembergeois (*Die burgerlichen Gesetze der Wurtemberger*), imprimé à Hall, en 1840, part. I, §§ 9 et suiv. 2<sup>o</sup> Manuel du droit privé du Wurtemberg (*Handbuch des Wurtembergischen Privatrechts*), par M. de Weishaar, t. I, §§ 18, 115-125 et 155-156.

(1) Un projet de Code civil s'élabore en ce moment. V. la *Revue étrangère et française*, t. VII, p. 686.

(2) Manuel du droit civil en vigueur dans le royaume de Saxe (*Handbuch des im Koenigreiche Sachsen geltenden Civilrechts*), par M. Curtius.

(3) Principes du droit ecclésiastique (*Grundsätze des Kirchenrechts*), par M. Eichhorn, t. II, p. 501 et 502. Boehmer, *Jus ecclesiasticum protestantium, passim*. M. Mittermaier, Principes du droit privé allemand (*Grundsätze des deutschen Privatrechts*), § 577.

(4) M. Eichhorn; *ibid.*, p. 540. — Autrefois ce droit commun régissait aussi les autres pays allemands non catholiques, tels que la Prusse, la Saxe, le Wurtemberg, qui possèdent aujourd'hui chacun une législation spéciale sur la matière. Le droit commun y forme encore la loi subsidiaire, à laquelle on a recours en cas d'insuffisance des lois positives.

(5) M. Eichhorn, *ibid.*, p. 405 et 404.

(6) *Ibid.*, p. 415 et 417.

(7) *Ibid.*, p. 420 et 421. Boehmer, lib. IV, tit. XII, § 4.

(8) M. Eichhorn, p. 422.

(9) *Ibid.*, p. 570.

(10) *Ibid.*, p. 425. Gluck, Commentaire des Pandectes (*Pand. commentar.*, etc.); v. XXIV, p. 497.

(11) M. Eichhorn, p. 426. Puffendorff, *observationes*, t. II, obs. 94, § 15.

(12) M. Eichhorn, p. 580.

(13) *Ibid.*, p. 577.

chaque pays, on suit des règles particulières.

Le droit commun protestant régit, par exemple, le royaume de *Hanovre*, à l'exception de la Frise occidentale, des pays de Lin-gen et d'Eichsfeld, où le Code prussien a conservé force de loi, et de quelques autres localités où d'anciens règlements ont établi des prescriptions spéciales relatives aux fiancailles (1).

L'*électorat de Hesse* est également régi par le droit commun (2); plusieurs ordonnances rendues à une époque récente sont venues le compléter. Nous les citerons dans le courant de ce travail.

Il en est de même dans le *grand-duché de Hesse*.

Pour éviter de donner au tableau comparatif une étendue qui dépasse les proportions d'articles de revue, nous n'y avons pas compris nos notices concernant tous les États allemands du troisième ordre, ainsi que les cantons suisses.

29. *Espagne*. Les dispositions du droit espagnol en cette matière ont été empruntées au droit canonique : les lois civiles ont seulement ajouté quelques empêchements, ainsi que l'obligation de prendre le consentement des ascendants (3).

30. Le *Portugal* n'a pas non plus de Code civil; l'observation faite par rapport à l'Espagne est également applicable au Portugal (4).

*Angleterre*. Aujourd'hui, en matière de mariage, peu de points demeurent sous l'em-

pire du droit commun : presque tout a été réglé par des statuts (lois) qui, pour la plupart, datent d'une époque récente. La célébration du mariage est un acte religieux, sur lequel cependant l'autorité civile exerce une surveillance active (5).

32. L'*Écosse* possède des lois plus anciennes sur la matière : le mariage est regardé comme un contrat civil entre les parties, et il peut être valablement conclu sans l'intervention de l'autorité ecclésiastique (6).

33. En *Danemark*, le Code de Chrétien V (de 1683), appelé *Danske-Low*, liv. III, chap. xvi, est la loi de la matière. La loi ne reconnaît d'autre mariage que celui célébré à l'église par le ministre du culte (7).

La *Norwége* est régie par le Code de 1678, qui contient, livre III, chap. xviii, des dispositions identiques à celles du liv. III, chap. xvi, du Code danois. C'est pourquoi nous réunirons ensemble, dans le tableau comparatif, ce qui regarde ces deux royaumes, en nous bornant à citer les dispositions du Code danois.

34. Les duchés de *Schleswig* et de *Holstein* font partie, à la fois, des possessions du roi de Danemark et de la confédération germanique (8); ils ne sont pas régis par le Code danois, mais par le droit commun de l'Allemagne et par différentes ordonnances royales. Nous ferons usage d'un ouvrage qui contient l'exposition méthodique du droit civil des deux duchés (9),

35. *Suède*. Le Code de 1734, titre du part. I, du mariage; par M. Logan, page 2 et suivantes.

(6) *Ibid.*, p. 171 et suiv.

(7) D'après une loi danoise, du 29 mars 1814, § 6, les mariages des juifs sont soumis aux lois générales du royaume. V. l'ouvrage de Heine-mann, cité *infra*, v<sup>o</sup> Prusse.

(8) V. la *Revue française et étrangère*, t. III, p. 2 et suiv.

(9) Manuel du droit privé des duchés de Schleswig et de Holstein (*Lehrbuch des Privatrechts in den Herzogthümern Schleswig und Holstein*), par M. Paulsen, professeur de droit à Kiel.

(1) Schlegel, Droit ecclésiastique de l'électorat de Hanovre (*Churhannoverisches Kirchenrecht*), t. III, p. 187 et suiv.

(2) Ledderhose, Droit ecclésiastique de l'électorat de Hesse (*Kurhessisches Kirchenrecht*), publié par M. Pfeiffer; Marbourg, 1821.

(3) Exposé du droit de l'Espagne (*Illustracion del derecho de Espana*), par don Juan Sala. Paris, 1857; t. I, p. 44 et suiv.

(4) Mello-Freire. *Institutiones juris civilis lusitani*, lib. II, tit. V.

(5) Manuel des lois de l'Angleterre, de l'Écosse et de l'ancienne Rome (*Compendium of the laws of England, Scotland and ancient Rome*).



*Mariage*, chapitre 1, est la loi de la matière. Aux termes de ce Code, comme en Danemark et en Norwége, le ministre du culte exerce en même temps les fonctions d'officier de l'état civil.

56. *Russie*. Le Digeste (*Svod*) subordonne tous les effets du mariage à l'union religieuse des époux; dans trois chapitres différents il s'occupe: 1<sup>o</sup> des mariages entre personnes professant la religion gréco-russe; 2<sup>o</sup> des mariages des personnes appartenant aux autres communions chrétiennes, soit entre elles, soit avec des personnes de la religion gréco-russe; 3<sup>o</sup> des mariages des individus non chrétiens, soit entre eux, soit avec des chrétiens. Les mariages des chrétiens sont nécessairement célébrés par le ministre du culte (1).

57. Dans le cours de ce travail, nous indiquons tous les empêchements de mariage, soit dirimants, soit simplement prohibitifs, qui se trouvent établis par les diverses législations. Nous n'avons pas énoncé, à propos de chacun d'eux, s'il est dirimant ou prohibitif. C'est qu'il ne s'agit, dans cette publication, que d'exposer la marche à suivre pour arriver à un mariage régulier: l'examen des cas de nullité, soit absolue, soit relative, exigerait un travail encore plus étendu.

§ 1. Age requis pour contracter mariage.

En France dans les pays détachés de la France en 1814 et 1815, dans le duché de Berg et en Belgique (art. 144), en Haïti (art. 155) — 18 ans révolus pour l'homme, 15 ans révolus pour la femme.

*Pays-Bas*. 18 ans révolus pour l'homme, 16 ans révolus pour la femme. (Art. 86.)

(1) V. le Code civil de l'empire de Russie, traduit sur les éditions officielles par un jurisconsulte russe (M. de This); publié par M. Victor Foucher. Paris, Joubert, 1841: liv. I, tit. I, du *Mariage*.

(2) Cette fixation de l'âge constitue une prohibition, et est régie par le règlement de 1807.

(3) *Cap. 1, X. De despons. impub.* (IV, 2.)

*Bade*. 18 ans révolus pour l'homme, 14 ans révolus pour la femme. (Art 4) (2).

*Deux-Siciles*. 14 ans pour l'homme, 12 ans pour la femme. (Art. 152.)

*Sardaigne*. Le droit canonique, qui fait la loi de la matière, ne contient point de fixation positive; il parle (3) de l'âge de la puberté, et de là les auteurs (4) ont inféré qu'il a voulu s'en rapporter, en règle générale, au droit romain, qui fixe l'âge de la puberté à 14 ans pour les hommes et à 12 ans pour les femmes. Toutefois, le chapitre cité à la note admet la validité du mariage contracté à une époque antérieure, lorsqu'il a été suivi de la cohabitation (5).

*Autriche*. Voy. ci-après, § 5, ce qui sera dit du consentement des père et mère.

*Hongrie*. Entre catholiques, 14 ans révolus pour l'homme, 12 ans révolus pour la femme. A l'égard des individus professant la confession d'Augsbourg, 18 ans révolus pour l'homme, 15 ans révolus pour la femme: les préceptes de la confession helvétique exigent 18 et 14 ans accomplis (6).

*Prusse*. 18 ans révolus pour l'homme, 14 ans révolus pour la femme. (Part. II, tit. I, § 37.)

*Bavière*. 14 ans révolus pour l'homme, 12 ans révolus pour la femme. (Part. I, chap. vi, § 10.)

*Wurtemberg*. 25 ans pour l'homme. Une femme âgée de plus de 40 ans ne peut épouser un homme ayant dix ans de moins qu'elle (7).

*Saxe*. 18 ans révolus pour l'homme, 14 ans révolus pour la femme. Un mandat royal du 20 septembre 1826 interdit au clergé la bénédiction du mariage d'un homme au-dessous de

(4) M. Walter, Manuel du droit canonique (*Lehrbuch des Kirchenrechts*, etc.). 8<sup>e</sup> édit. § 291. Sauter, *Fundamenta juris ecclesiastici catholicorum*, t. II, § 725.

(5) *Ibid.*

(6) Kœvy, p. 61 et suiv. D'après l'auteur, cette disposition est conforme au droit canonique.

(7) M. Mittermaier, § 377, note 1.

21 ans, mais sans attacher la nullité du mariage à la contravention à cette prohibition.

*Hesse* (Électorat). 22 ans révolus pour l'homme, 18 ans révolus pour la femme. Des dispenses peuvent être accordées par les régences provinciales (1).

*Hesse* (grand-duché). 21 ans révolus pour les deux sexes, à moins de dispenses accordées par les autorités administratives; le mariage est nul, si l'homme a moins de 14 ans, la femme moins de 12 (2).

*Espagne*. 14 ans révolus pour l'homme, 12 ans révolus pour la femme, sauf le cas où la puissance virile se manifesterait de meilleure heure (3).

*Portugal*. La loi ne fixe point d'âge au-dessous duquel il est défendu de contracter mariage (4).

*Angleterre*. 14 ans pour l'homme, 12 ans pour la femme. La nullité du mariage contracté avant cet âge peut être demandée par chacune des parties, aussitôt qu'elle aura atteint ce même âge de 14 ou 12 ans. La cohabitation postérieure à cette dernière époque rend non recevable la demande en nullité. La nullité n'est absolue qu'autant que l'une des parties aurait moins de 7 ans (5).

*Écosse*. 14 ans révolus pour l'homme, 12 ans révolus pour la femme (6).

*Danemark*. 20 ans révolus pour l'homme, 16 ans révolus pour la femme. (Liv. III, chap. XVI, art. 5.)

*Norwège*. Même disposition. (Liv. III, chapitre XVIII.)

En *Schleswig* et *Holstein* il faut avoir obtenu, au préalable, la confirmation religieuse (7).

*Suède*. 21 ans révolus pour l'homme, 15 ans

révolus pour la femme. (Titre du *Mariage*, chap. 1, art. 6.)

*Russie* (à l'égard de tous les cultes chrétiens). 18 ans révolus pour l'homme, 16 ans révolus pour la femme. (Titre du *Mariage*, art. 2 et 50.) Nul ne peut contracter mariage s'il est âgé de 90 ans révolus. (Art. 5.)

#### § 2. Des dispenses d'âge.

Ces dispenses peuvent être accordées par le roi, en *France* (8), dans les *pays détachés* en 1814 et 1815, en *Belgique* (art. 145), dans les *Pays-Bas* (art. 86); en *Haïti*, par le président. (Art. 135.)

En *Bade*, le mariage ne peut être célébré avant l'âge de 25 ans révolus pour les hommes et avant 18 ans pour les femmes, à moins de dispenses préalables obtenues des autorités administratives; au souverain seul appartient le pouvoir d'accorder des dispenses avant l'âge de 20 ans pour les hommes et de 14 pour les femmes.

*Hongrie*. Les évêques catholiques peuvent accorder des dispenses.

*Prusse*. Le tribunal chargé de veiller aux intérêts des mineurs peut accorder des dispenses en faveur des futurs époux. Toutefois, le mariage contracté moyennant ces dispenses peut être attaqué par le mari dans les six mois à partir du jour où il aura accompli sa 18<sup>e</sup> année. (Addition au § 57.)

*Wurtemberg*. Une femme ne peut épouser sans dispense un homme qui a 12 ans de moins qu'elle.

*Hesse*. *Voy.* § 1, v<sup>o</sup> *Hesse* (Électorat) et *Hesse* (grand-duché).

*Suède*. Le roi peut accorder des dispenses

(1) Ordonnances des 6 février 1822 et 4 janvier 1852.

(2) M. Bopp. p. 225, 224 et 416. M. Rühl, des *Rapports matrimoniaux dans le grand-duché de Hesse* (*Die ehelichen Verhaeltnisse*, etc.). p. 54, 59 et 41.

(3) Sala. t. I. p. 55, n. 12.

(4) Mello-Freire, lib. II, tit. V. § 11.

(5) Logan. p. 5, 6, 7.

(6) *Ibid.*, p. 175.

(7) M. Paulsen, § 124, p. 222.

(8) Les consuls généraux résidant dans les pays situés au delà de l'océan Atlantique sont autorisés à accorder des dispenses d'âge au nom du roi. Ordonnance royale du 25 octobre 1855. article 18.

d'âge. Ces dispenses ne sont délivrées au paysan qui se propose de se marier à 18 ans, qu'autant qu'il justifie de moyens suffisants pour subvenir à l'entretien de son ménage futur. (Loi du 8 décembre 1786.)

5. Nécessité du consentement des parties.

*France, pays détachés en 1814 et 1815, Belgique* (art. 146); *Haiti* (art. 154).

*Pays-Bas.* L'art. 85 reproduit l'art. 146 du Code français.

*Bade.* L'art. 9 reproduit l'art. 146 du Code civil français; l'art. 10 établit les principes sur l'erreur, l'art. 7 prononce la nullité du mariage : 1° entre le ravisseur et la personne enlevée, à moins que le mariage n'ait été renouvelé à une époque où cette dernière a été remise en pleine liberté et du consentement de toutes les personnes sous la puissance desquelles elle se trouve placée par la loi; 2° en cas d'impuissance antérieure au mariage et ignorée par l'autre conjoint.

*Deux-Siciles.* L'art. 155 est conforme à l'art. 146. Il n'y a pas de consentement s'il y a erreur sur la personne; il en est autrement si l'erreur porte uniquement sur les qualités de la personne. (Art. 154.)

*Sardaigne.* Le droit canonique prononce la nullité du mariage pour cause de violence ou d'erreur (1).

*Autriche.* Les individus qui se trouvent dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, ne peuvent contracter mariage. (Art. 48.)

Le mariage est nul, s'il a été extorqué par la peur : tel est le cas d'une personne enlevée et non remise en liberté. (Art. 55 et 56.) Le mariage est nul en cas d'erreur sur la personne; dès lors, le mari peut demander la nullité du mariage, lorsque après la célébration il reconnaît que la femme est enceinte des œuvres

d'un autre (art. 57 et 58), excepté dans le cas où il aura épousé la femme avant l'expiration de six mois depuis la dissolution d'un premier mariage. (Art. 120 et 121.)

L'impuissance permanente de remplir le but du mariage est une cause de nullité lorsqu'elle existait avant la célébration. (Art. 60.)

L'individu condamné à la prison très-dure ou à la prison dure est incapable de contracter mariage depuis le moment où l'arrêt lui a été notifié, et jusqu'à l'expiration de sa peine. (Art. 61.)

*Prusse.* La loi exige le consentement libre des deux parties : elle prononce la nullité du mariage pour défaut de capacité de contracter, ou pour cause de violence, crainte, fraude, erreur dans la personne ou sur les qualités personnelles qu'on est dans l'usage de supposer. La nullité ne peut plus être invoquée lorsqu'il y a eu cohabitation continuée plus de six semaines après la découverte de l'erreur ou de la fraude, ou la cessation de la contrainte. (§ 58-44.)

*Bavière.* Sont empêchements dirimants : la violence, l'erreur dans la personne, l'incapacité physique de remplir le but du mariage, lorsqu'elle a existé antérieurement à la célébration; le rapt, tant que la personne enlevée n'a pas été remise en liberté. (§ 7 et suivants.)

*Wurtemberg.* Le mariage est défendu aux individus incapables de remplir le but du mariage, à ceux qui se trouvent au lit de mort, excepté lorsque la future est enceinte; aux individus atteints d'une maladie contagieuse. Les muets, aveugles et boiteux ne peuvent contracter mariage sans autorisation préalable du tribunal matrimonial (2).

*Saxe.* Le mariage est interdit aux individus qui se trouvent en état de démence ou de fureur (5).

*Espagne.* Même disposition, mais avec exception en faveur des intervalles lucides.

(1) M. Walter, § 299.

(2) Quant au rapt et à l'impuissance, V. les prohibitions, § 6.

(5) Curtius, t. , § 85. Quant au rapt, v. ci-après, § 6.

Le mariage est nul pour cause d'erreur dans la personne ou pour cause de violence (1).

*Angleterre.* Sont incapables de contracter mariage, les individus atteints d'un vice de conformation qui entraîne l'impuissance ou la stérilité; ceux qui se trouvent en état de démence ou de fureur. (Stat. 15, George II, chap. LXXX) (2).

*Écosse.* Mêmes dispositions, en ajoutant à la dernière: « même lorsqu'ils ont des intervalles lucides (3). »

*Danemark et Norwège.* Le mariage est interdit aux individus qui ne sont pas sains d'esprit. (Art. 5.)

*Russie.* Le mariage ne peut être valablement contracté que du consentement libre et mutuel des parties; en conséquence, il est défendu aux parents de contraindre leurs enfants et aux seigneurs de contraindre leurs serfs à contracter mariage. (Art. 10.) Le mariage est interdit aux individus en état de démence et d'imbécillité. (Art. 49.)

#### § 4. Prohibition de la bigamie.

Cette prohibition, portée par l'art. 147 du Code civil, se trouve également dans le Code de Haïti (art. 155), dans celui des Pays-Bas (art. 84), en Bade (art. 6), dans le Code des Deux-Siciles (art. 155), dans le droit canonique en vigueur dans le royaume de Sardaigne. (Chap. VIII, X de *Divort.* (IV. 19.) *Concilt. trid. sess. 24, can. 2, de Sacram. matr.*; dans le Code civil d'Autriche (art. 62), dans celui de la Prusse (§ 16), de Bavière (§ 7), en Hesse (4), en Portugal (5), en Angleterre (6), en Écosse (7), en Danemark et Norwège (§ 7), en Russie (art. 11 et 49). La loi russe (art. 12) ajoute même qu'on ne peut contracter un 4<sup>e</sup> mariage.

FŒLIX,

*Docteur en droit et avocat à la cour royale de Paris.*

(La suite à une prochaine livraison.)

## CHRONIQUE.

**BELGIQUE.** Les chambres, pendant la session de 1840-1841 ont adopté trois lois importantes: 1<sup>o</sup> loi du 8 janvier 1841, relative au duel (8); 2<sup>o</sup> loi du 25 mars 1841 sur la compétence en matière civile (9); 3<sup>o</sup> loi du 10 avril 1841 sur les chemins vicinaux (10).

**RUSSIE.** Par un ukase impérial, du 2 mars,

le rouble d'argent russe est introduit dans le royaume de Pologne, comme unité monétaire et de compte.

**SUÈDE.** Le 2 avril, le comité de la constitution a adopté la proposition qu'à l'avenir la représentation suédoise sera composée de deux chambres. Par rescrit royal communiqué aux états,

(1) Sala, p. 52, n<sup>o</sup> 11.

(2) Logan, p. 3 et 4.

(3) *Ibid.*, p. 175. Burton, p. 270.

(4) M. Rühl, p. 54 à 59.

(5) Mello-Freire, lib. II, tit. V, § 15.

(6) Tomlins, *Law dictionary*, v<sup>o</sup> *Bigamy*.

(7) Logan, p. 275. Burton, p. 270.

(8) Voyez ARCHIVES DE DROIT ET DE LÉGISLATION, t. IV, 4<sup>e</sup> livraison.

(9) *Ibid.*, t. V, 2<sup>e</sup> livr.— (10) *Ibid.*, t. V, 5<sup>e</sup> livr.

le 6 avril, la session a été prorogée pour un temps indéfini.

Le projet de réforme dans la représentation nationale, présenté par la commission, a été rejeté par les trois ordres du clergé, de la bourgeoisie et de la noblesse : l'ordre des paysans seul a arrêté que les débats ultérieurs auraient lieu à la session prochaine. La question ne sera donc pas examinée dans la session actuelle.

Le 10 juin, S. M. a fait connaître à la diète ses résolutions sur les projets de lois adoptés par elle ; ces projets sont au nombre de 47 ; 20 seulement ont obtenu la sanction royale. Parmi ceux dont la sanction a été refusée, se trouve celui qui, à la campagne, appelle les filles au partage égal avec les fils, la suppression des tribunaux de seconde instance, appelés *lagmansrett* et *kæmnærsrett*; celui d'une loi sur les réunions séditieuses et illicites ; enfin, l'abrogation de la loi en vigueur sur le duel. Le 11 juin, l'ordre de la noblesse et celui de la bourgeoisie ont adopté une motion tendant à supplier le roi de présenter un projet de réforme de la représentation nationale, dans le cas où celui qui a été arrêté par la diète actuelle, ne serait pas adopté par la diète prochaine.

BRÈME. Le 3 avril, l'assemblée des bourgeois a arrêté l'introduction de la prescription militaire.

DANEMARK. Les états réunis à Viborg ont présenté une supplique au roi à l'effet de faire cesser divers entraves que la législation existante a apportées à la liberté de la presse.

ALLEMAGNE (*Francfort*). La diète vient de prendre une décision sur une question qui avait été réservée dans sa résolution du 9 novembre 1841, concernant la propriété littéraire et artistique. Voici le texte de cette décision : Les gouvernements composant la confédération germanique, dans le but de protéger les compositeurs de musique et les auteurs d'ouvrages dramatiques habitant le territoire de la confédération, ont arrêté les dispositions ci-après : 1° la représentation publique d'un ouvrage dramatique, ou l'exécution

publique d'un ouvrage musical, soit en entier, soit avec des retranchements, ne pourra avoir lieu qu'avec la permission de l'auteur, de ses héritiers, ou autres ayants cause, tant que l'ouvrage n'aura pas été rendu public par la voie de l'impression. 2° Ce droit exclusif de l'auteur, de ses héritiers ou autres ayants cause, sera reconnu et protégé, dans tous les États de la confédération, pendant au moins dix ans, du jour de la première représentation autorisée par l'auteur ; si cependant l'auteur a autorisé un tiers à faire représenter son ouvrage, sans y ajouter son nom de famille ou le nom d'auteur sous lequel il est généralement connu, il ne peut exercer son droit exclusif à l'égard d'autres personnes. 3° L'auteur ou ses ayants cause ont droit d'exiger une indemnité de quinze fois le montant de la représentation publique faite par un tiers, si l'auteur ou ses ayants cause ont fait représenter publiquement un ouvrage dramatique ou musical non encore imprimé. 4° Les lois de chaque État contiendront des dispositions relatives à la quotité de l'indemnité et de l'amende qui pourrait être prononcée, ainsi qu'au moyen d'assurer le paiement de l'une et de l'autre : cependant il est établi dès à présent que toute la recette de la représentation indue sera saisie-arrêtée et affectée à l'indemnité, sans diminution des frais, que la pièce ait été représentée ou exécutée seule ou avec une autre.

SAXE (*royaume de*). D'après le recensement général auquel il a été procédé le 1<sup>er</sup> février 1841, la population du royaume est de 1,709,880 individus, dont 851,870 hommes et 878,010 femmes 285,550 unions par mariage ; 590,905 célibataires femmes, et 545,915 célibataires hommes. La population, s'accroît tous les ans, terme moyen, de 19,000 individus ou de 1  $\frac{1}{7}$  pour cent : la population de chaque lieue carrée est, terme moyen, de 6,286 individus. Les habitants des villes forment un chiffre total de 565,000 individus : ceux des 5,502 villages, 1,128,880 individus. — Une ordonnance royale du 11 mars apporte des adoucissements à la rigueur de la censure et en exempte la majeure partie des publications scientifiques.

**HESSE-HOUBOURG.** Une publication de Son Altesse Royale le landgrave, en date du 8 mai, fait connaître l'intention de ce prince de donner une constitution d'états à ses sujets.

**WURTEMBERG.** La commission de la chambre des députés, chargée de l'examen du projet de loi sur la propriété littéraire, a déposé son rapport; elle propose deux dispositions additionnelles : 1<sup>o</sup> le projet de loi limite le droit exclusif de l'auteur ou de ses héritiers à vingt ans à partir de la publication de l'ouvrage; la commission étend ce droit à toute la durée de la vie de l'auteur et à trente ans après sa mort, au profit de ses héritiers ou ayants causé; 2<sup>o</sup> lorsque la publication de l'ouvrage n'a pas lieu dans le délai annoncé par l'éditeur, ou lorsque celui-ci exige un prix dépassant celui qui a été annoncé, le souscripteur ou acheteur de l'ouvrage n'est pas tenu d'exécuter la convention, et il peut réclamer la restitution des paiements déjà faits, en échange des livraisons reçues, fussent-elles même reliées. Dans le cas où l'éditeur dépasse le prix annoncé, il est loisible au souscripteur ou acheteur de s'en tenir au contrat primitif et d'exiger le surplus des livraisons au prix primitivement annoncé, sans égard à la plus grande étendue que recevra l'ouvrage.

**PRUSSE.** Le 28 février les états de toutes provinces se sont réunis dans les chef-lieux, à l'exception de ceux de la Prusse rhénane. Les états de la province de la Poméranie ont supplié le roi de faire opérer la remise d'une partie des impôts, par la réduction de l'impôt sur le sel, la mouture et l'abatage. Les états de la Prusse proprement dite, réunis à Dantzick, viennent de supplier le roi d'autoriser l'admission du public à leurs séances.—Un ordre du cabinet, en date du 20 mars, supprime le droit exercé jusqu'ici par le ministre de la justice, de déplacer les membres de la magistrature. Déjà ces fonctionnaires ne pouvaient être destitués que par jugement; aujourd'hui ils ne peuvent aussi être changés de localité sans leur consentement. Le conseil d'État est saisi d'un projet de loi sur le duel.

— Les états de la province de Posnanie

ont rejeté le projet de loi tendant à restreindre la faculté de racheter les rentes foncières.— Les états de la province rhénane se sont réunis à Dusseldorf. Des pétitions leur ont été présentées, tendant à les engager à obtenir du roi le développement du système représentatif et la mise en liberté de l'archevêque de Cologne ou sa mise en jugement. Plusieurs députés ont proposé de réclamer la suppression des changements introduits dans la législation française qui, du reste, régit encore la Prusse rhénane par les ordres de cabinet des 6 mars et 14 octobre 1821, 5 février 1855 et 2 avril 1858, comme aussi l'établissement d'une seconde cour d'appel et la translation dans la province de la cour de cassation dont le siège est aujourd'hui à Berlin; enfin la libre élection, par les habitants, des maires et conseillers municipaux.— Les états provinciaux du Rhin ont passé à l'ordre du jour sur la pétition relative à l'archevêque de Cologne. Dans la séance des mêmes états du 16 juin, le président a donné lecture d'une pétition présentée par des habitants de Cologne, tendant à obtenir la publication des débats des états, la libre faculté de discuter dans les feuilles publiques les opinions émises à la tribune et, en général, toutes les affaires intérieures du pays; enfin une loi pénale en matière de presse qui remplacerait la législation préventive aujourd'hui en vigueur.— Une ordonnance royale du 28 décembre 1840, qui vient d'être publiée, déclare insaisissable la portion appartenant aux détenus dans le salaire dû pour leurs travaux exécutés dans la prison.— Jusqu'ici et depuis son avènement, le roi Frédéric-Guillaume IV n'avait pas sanctionné les arrêts de mort soumis à sa confirmation, et on pensait assez généralement que S. M. avait l'intention de supprimer la peine capitale; mais le roi a jugé que le temps d'une réforme de cette importance n'est pas encore venu: il vient de confirmer huit arrêts de mort rendus dans les diverses provinces.— Aux termes d'une ordonnance royale du 24 avril, qui vient d'être publiée, les exécutions capitales ordonnées

par les cours criminelles de Berlin et de Postdam n'auront plus lieu dans ces deux villes, mais dans la forteresse de Spandau. — Les ratifications du traité de commerce conclu avec la Porte et dans lequel les États composant l'union douanière se trouvent compris, ont été échangées à Constantinople, dans les derniers jours du mois de mai. Le recensement de la population du royaume, auquel il a été procédé à la fin de 1840, donne pour résultat le chiffre total de 14,907,091 individus, dont 2,591,721 pour la Prusse rhénane ; en 1837, le chiffre total s'élevait à 14,098,125, augmentation : 808,966. — Le ministre de la justice a fait élaborer et publier un projet de tarif des frais en matière civile, destiné à remplacer celui de 1815. — La commission chargée de préparer un projet de loi sur la réforme des prisons et présidée par M. le docteur Julius, a terminé ses travaux ; elle a présenté deux projets : l'un qui tend à l'adoption du système pensylvanien, l'autre offrant un système mixte ; ni l'un ni l'autre de ces deux projets n'a reçu l'approbation du gouvernement ; une nouvelle commission, dont M. Julius fait aussi partie, a reçu la mission de se rendre en Angleterre pour examiner les prisons de ce pays.

HESSE (Électorat de). La cour suprême d'appel a rejeté l'accusation portée contre le ministre de l'intérieur, pour inconstitutionnalité de l'ordonnance qui fixe les indemnités des membres des états. Les états avaient soutenu que cette fixation ne pouvait résulter que d'une loi.

HANOVRE. La deuxième chambre a adopté une adresse au roi, dans laquelle il est respectueusement exposé que l'immense majorité du pays a vu avec peine les mesures prises, depuis 1837, pour annuler la constitution de 1835. Par ordonnance du 30 juin, le roi a prononcé la dissolution de la chambre.

DUCHÉ DE NASSAU. Un édit promulgué le 11 juin, abroge la *lex Anastasiana* (L. 22 et 25. C. *mandati*), ainsi que l'ancienne loi de l'Empire qui défend, sous peine de confisca-

tion, la cession, au profit d'un chrétien, d'une créance appartenant à un juif contre un chrétien.

BAVIÈRE. Le dernier recensement, fait au mois de décembre 1840, donne pour résultat une population totale de 4,570,977 individus (en 1837, le chiffre total était de 4,515,469), formant 959,099 familles, et composée de 1,252,996 individus au-dessous de 14 ans et de 5,157,981 au-dessus de cet âge, dont 2,151,676 hommes et 2,259,501 femmes. — Une ordonnance royale, du 23 mars, interprétative de l'art. 12 du concordat conclu avec le saint-siège, le 5 juin 1817, déclare entièrement libre la correspondance du clergé et des particuliers avec la cour de Rome ; toutefois, cette ordonnance maintient la nécessité de prendre le *placet* royal avant la publication des bulles ou autres dispositions du saint-siège.

BADÉ. La session des états a été ouverte le 17 avril. Le 19 avril, le ministre de la justice a présenté à la première chambre le même projet de Code pénal qui avait été soumis en 1840 à la deuxième chambre, et dans lequel celle-ci a introduit divers amendements.

D'après le recensement du mois de novembre 1839, qui vient d'être publié dans l'almanach officiel, la population du grand-duché est de 1,277,565 habitants, dont 852,824 catholiques, 401,845 professant le culte évangélique, 1,528 mennonites et 21,568 Israélites. Depuis le recensement du mois de novembre 1836, la population s'est accrue de 35,168 âmes, dont 14,559 dans le cercle du Rhin moyen qui comprend les villes de Carlsruhe et de Bade. — De graves difficultés se sont élevées entre le gouvernement et la deuxième chambre. Deux conseillers de la cour suprême de justice ayant été élus députés, le gouvernement leur a refusé un congé pour se rendre dans le sein de la chambre, en motivant ce refus sur les besoins du service, attendu que plusieurs membres de la même cour font déjà partie de la chambre. La constitution

n'ayant pas prévu ce cas, la commission de la chambre a contesté au gouvernement la faculté de refuser les congés et la chambre a adopté les conclusions de la commission.

**AUTRICHE.** Un décret impérial du 7 janvier apporte une modification à la loi du timbre; le timbre à payer par les journaux étrangers reste fixé à 2 kreutzer par exemplaire; ce droit n'est que d'un kreutzer pour les journaux publiés dans les États de Sa Majesté.

**PAYS-BAS.** Une ordonnance royale, du 17 mars, autorise les ministres à répondre aux demandes des chambres, tendant à obtenir des renseignements sur les opérations électorales, et de recevoir les pétitions qui leur seront envoyées par les chambres. Un arrêté royal du 8 juin 1820 avait défendu aux ministres de recevoir de pareilles demandes ou pétitions.

La seconde chambre des états généraux, dans sa séance du 27 mai, a adopté le projet de loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

**SUISSE (Lucerne).** L'assemblée constituante a adopté l'ensemble du projet de constitution. Le vote du peuple a eu lieu le 4<sup>er</sup> mai. — Le projet a été adopté par 16,720 voix contre 6,292.

**SUISSE (Tessin).** Le grand conseil a donné son adhésion au traité conclu entre l'Autriche et plusieurs États italiens pour la garantie de la propriété littéraire.

**ANGLETERRE.** Dans la séance du 19 mars, la chambre des communes a adopté, en comité, le bill qui proroge à 5 ans l'application de la loi des pauvres. Le 22 mars la chambre des lords a adopté une proposition de lord Mahon, d'après laquelle les individus condamnés pour certains crimes moins graves, qui entraînaient jusqu'ici la peine de la transportation, subiront la détention sur les pontons (*hulk*). Dans la séance du 23 mars, la chambre des communes a rejeté la proposition de M. Scholefield, tendant à remplacer une partie de l'impôt d'accise et de douane par une contribution sur les propriétés. Dans la séance du 25 mars, M. Tennent a obtenu

la permission de présenter un bill sur la propriété des dessins de fabrique. Dans la séance du 31 mars, la chambre a procédé à la troisième lecture du bill de M. Divett, qui déclare les juifs capables de remplir des fonctions municipales. — Un traité de commerce et de navigation a été signé à Londres le 2 mars, entre la Grande-Bretagne, d'une part, et, d'autre part, la Prusse et les États allemands formant l'union douanière. — Dans la séance de la chambre des communes du 22 avril, M. O'Connell a obtenu la permission de présenter un bill tendant à faciliter la preuve de la corruption et des fraudes dans les élections. Dans la séance du 23 avril, la chambre a adopté en comité l'un des bills de lord John Russel, ayant pour but la réforme de l'administration de la justice (*Criminal justice bill*). — Dans la séance du 3 mai, la chambre a rejeté les clauses du bill proposé par M. Kelly, qui tendent à abolir la peine de mort pour enlèvement et pour tentative de meurtre. Par suite, M. Kelly a déclaré qu'il n'insisterait pas sur l'adoption du surplus du bill. Lord John Russel a annoncé la prochaine présentation des bills préparés par le gouvernement sur les mêmes matières. Dans la séance du 28 avril, lord John Russel a proposé en principe des droits d'entrée fixes et modérés sur le blé étranger, et dans la séance du 7 mai, il a fait connaître le montant de ces droits. Dans la même séance du 28 avril, le ministre des finances a proposé une augmentation des droits d'entrée du bois des colonies, une diminution de ceux du bois de la mer Baltique et du sucre étranger, le tout dans le but d'obtenir un accroissement des recettes. Dans la séance du 18 mai, la chambre a adopté l'amendement de lord Sandon, qui tend à rejeter le projet ministériel relatif aux droits sur le sucre. — Dans la séance de la chambre des lords du 3 mai, le lord chancelier a présenté un bill qui fait cesser le privilège de la pairie dans le cas où un pair se rendrait coupable d'un crime emportant la peine capitale (*felony*). — La chambre des communes, dans sa séance du



25 mai a autorisé M. Easthope à proposer un bill pour dispenser les *dissenters* de payer la taxe de l'Église. Dans sa séance du 7 juin, elle a entendu la seconde lecture du bill concernant les corruptions pratiquées dans les élections, et dont voici les principales dispositions : 1° toute promesse ou convention faite par un candidat, de donner de l'argent à une personne ou de lui faire avoir un l'emploi, etc., tout afin d'obtenir son vote, sera considérée comme un acte de corruption ; 2° les candidats qui, avant la publication du *writ* (ordre de convocation du collège électoral) ou pendant l'espace d'un mois après cette publication, auront, directement ou indirectement, traité (régalé) les électeurs afin de s'assurer de leurs voix, seront considérés comme coupables d'actes de corruption ; 3° les votants qui auront accepté de l'argent ou auront été régautés, soit pour voter, soit pour s'abstenir de voter, seront déclarés coupables de s'être laissé corrompre ; 4° tout candidat coupable de corruption sera puni d'une amende pour chaque acte, et déclaré incapable de siéger dans le parlement ; 5° les votants qui se seront laissé corrompre, seront condamnés à une amende et déclarés incapables de voter ; s'ils ont déjà donné leurs voix, ce vote sera nul. — Dans une réunion des aldermen de Londres, tenue au mois de mai, sir P. Laurie a fait un rapport d'où il résulterait que le système du silence introduit dans la maison pénitentiaire de Londres, exercerait un fâcheux effet sur les facultés mentales des détenus. Sur 361 individus, population moyenne de ladite maison, on a été obligé de transporter à la maison des aliénés (*Bedlam*) 4 en 1858, 3 en 1859, 5 en 1840 et 5 dans les premiers mois de 1841. Les autres prisons (*Coldbath-fields*) renferment, année commune, 1,500 à 1,500 individus non sujets au système du silence, et aucun cas de folie ne s'y est présenté. — La chambre des lords, dans la séance du 11 juin, a rejeté le bill tendant à autoriser l'élection des Israélites à des fonctions municipales ; dans la séance du 17 juin, elle a procédé à la troi-

sième lecture du bill déjà adopté par la chambre des communes, et ayant pour but la diminution des cas où la peine de mort peut être prononcée.

FRANCE. La chambre des députés a adopté les projets de loi sur la vente des marchandises neuves, et sur le recrutement de l'armée ; elle a rejeté celui concernant la propriété littéraire. La chambre des pairs a adopté le projet de loi sur la responsabilité des propriétaires de navires, ainsi que les amendements introduits, par la chambre des députés, dans le projet de loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. — Les deux chambres ont adopté le projet de loi sur les douanes. La chambre des députés a adopté le projet de loi sur les ventes judiciaires de biens immeubles, avec les modifications introduites par la chambre des pairs : elle a de même adopté le projet de loi sur la responsabilité des propriétaires de navires. La chambre des pairs discutera encore le projet de loi sur la vente des marchandises neuves et sur le recrutement de l'armée. — Le compte général de l'administration de la justice criminelle pour 1859, et le compte général de l'administration de la justice civile pour 1857, 1858 et 1859 viennent d'être présentés au roi par le garde des sceaux.

Dans sa séance publique du 15 mai, l'Académie des sciences morales et politiques n'a pas décerné le prix proposé pour le meilleur mémoire. « Sur les réformes à introduire dans le Code pénal, afin de le mettre en rapport avec le système pénitentiaire à instituer ; » seulement, à titre d'encouragement, elle a partagé la somme de 1,500 francs, destinée à former le prix, entre MM. Isidore Alauzet et Moreau-Christophe. La même Académie, section de morale, a proposé, pour l'année 1841, le prix suivant : « Rechercher par quels moyens, sans gêner la liberté de l'industrie, on pourrait donner à l'organisation du travail en commun dans les manufactures, et à la discipline intérieure de ces établissements, une influence favorable aux classes ouvrières ? » Cette question remplace celle-ci, qui est reti-

rée du concours : « Quel serait le meilleur moyen d'arriver, dans l'intérêt combiné des esclaves et des colons, à la suppression de l'esclavage dans nos colonies? » — La section de législation a proposé, pour le prix être décerné en 1845, la question suivante : « Exposer la théorie et les principes du contrat d'assurances; en faire l'histoire, et déduire de la doctrine et des faits les développements que ce contrat peut recevoir, et les diverses applications utiles qui pourraient en être faites dans l'état de progrès où se trouvent actuellement notre commerce et notre industrie. » — La section d'économie politique a rappelé qu'elle décernera en 1842 un prix sur la question suivante : « Rechercher : 1<sup>o</sup> quels sont les modes de loyer ou d'amodiation de la terre, actuellement en usage en France; 2<sup>o</sup> à quelles causes tiennent les différences qui subsistent entre ces modes de loyer et les changements qu'ils ont éprouvés; 3<sup>o</sup> quelle est l'influence de chacun de ces modes de loyer sur la prospérité agricole. » — La section d'histoire générale décernera en 1842, un prix sur la question suivante, déjà ajournée en 1840 : « Tracer l'histoire du droit de succession des femmes dans l'ordre civil et dans l'ordre politique chez les différents peuples de l'Europe, au moyen âge. » — Dans la même année, cette section décernera un prix sur la question suivante : « Retracer l'histoire des états généraux en France, depuis 1502 jusqu'en 1604 : indiquer le motif de leur convocation, la nature de leur composition, le mode de leurs délibérations, l'étendue de leur pouvoir; déterminer les différences qui ont existé à cet égard entre ces assemblées et les parlements d'Angleterre, et faire connaître les causes qui les ont empêchées de devenir, comme ces derniers, une institution régulière de l'ancienne monarchie. » — Enfin, l'Académie a proposé pour le prix quinquennal, fondé par M. le baron Félix de Bonjour, à décerner en 1845, la question suivante : « Quelles sont les applications pratiques les plus utiles que l'on pourrait faire du principe

« de l'association volontaire et privée au soulagement de la misère? » — Les mémoires doivent être écrits en français ou en latin, et adressés, francs de port, au secrétariat de l'Institut : savoir, pour le premier et le troisième prix, avant le 31 octobre 1842; pour le second, avant le 30 novembre 1842; pour le quatrième, avant le 30 septembre 1841; pour le cinquième, avant le 31 décembre 1841; enfin, pour le sixième avant le 30 décembre 1842.

La chambre des pairs a adopté le projet de loi sur la responsabilité des propriétaires de navires, avec la modification introduite par la chambre des députés dans son dernier vote (V. plus haut, p. 587) : elle a de même adopté le projet de loi sur la vente des marchandises neuves et celui relatif à l'exécution du traité de commerce conclu avec le gouvernement des Pays-Bas. La même chambre ayant, par un amendement, modifié le projet de loi du recrutement, ce projet a été retiré. La session a été close le 25 juin. — Le concours ouvert devant la Faculté de droit de Paris est terminé, le 50 juin, par les nominations aux places vacantes à Paris, Toulouse, Strasbourg, Poitiers, Dijon et Caen.

La société de patronage des jeunes libérés pour le département de la Seine, a tenu sa séance publique annuelle le 27 juin, à l'hôtel de ville. Les résultats moraux sont très-satisfaisants, et prouvent que la partie la plus importante de la réforme pénitentiaire, c'est ce patronage qui s'exerce au moment de la libération.

Un fait nouveau et important à mentionner, c'est que la nécessité d'abrégier la durée des détentions, depuis qu'on a soumis, à Paris, les jeunes détenus à l'emprisonnement individuel, vient de donner une grande et utile extension à un système de mise en *liberté provisoire*, au moyen duquel, au bout d'un an, l'enfant qui n'a pas démérité, peut être remis à la société de patronage, chargée de son placement en apprentissage. Dans le cas de mauvaise conduite, l'enfant est réintégré

à la maison des jeunes détenus. M. le ministre de l'intérieur, pour favoriser les mises en liberté provisoire, vient d'allouer à la société de patronage 60 centimes par jour, pour chaque enfant de cette catégorie. Ce système de mise en liberté provisoire, en écartant les détentions à long terme, va probablement aussi écarter en grande partie les objections des adversaires de l'emprisonnement individuel appliqué à ces jeunes détenus, puisque ces objections s'adressaient aux détentions de plus de deux ans. Mais aussi, d'un autre côté, la maison des jeunes détenus de Paris ne pourra fournir aux partisans du cellulage continu l'autorité d'un précédent. D'ailleurs, ce cellulage des enfants à la maison de Roquette est environné de circonstances atténuantes, nécessaires à l'égard d'enfants la plupart *acquittés*, et détenus seulement pour être *élevés*; et ce régime ne saurait être celui d'une maison de force et de correction : il n'y a rien à conclure de l'un à l'autre.

En dehors de Paris, tous les établissements qui s'élèvent en France pour les jeunes détenus,

sont des pénitenciers *mixtes*, c'est-à-dire, *semi-agricoles, semi-industriels* : tels sont les pénitenciers de Bordeaux et de Marseille. Le digne fondateur de ce dernier établissement, M. l'abbé Fissiaux, vient de publier une brochure où il développe les raisons qui l'ont déterminé, dit-il, à entrer dans la pensée de M. Ch. Lucas, qui est aussi la sienne, sur les avantages de mélanger les travaux agricoles et industriels, dans les établissements destinés aux jeunes détenus. La colonie de Mettray paraît aussi poursuivre le cours de ses succès.

Le ministre de l'intérieur, M. Duchâtel, vient de prendre une mesure excellente et féconde : le règlement du 22 mai 1841, concernant le service des communautés religieuses des femmes, dans nos maisons centrales affectées aux femmes condamnées; l'instruction qui le précède et l'explique, annonce que la France se prépare sans bruit à imprimer à la réforme de ses prisons un caractère moral et religieux, et à chercher dans cette voie la véritable solution pénitentiaire.

FIN DU TOME QUATRIÈME.



## TABLE DES MATIÈRES.

	Pages.		Pages.
INTRODUCTION. . . . .	1	magne, particulièrement dans le grand-	
RAPPORT fait au sénat de Belgique, dans		duché de Bade, par M. Bekk, vice-pré-	
sa séance du 12 décembre 1840, par		sident de la cour suprême de justice	
M. de Haussy, au nom de la commis-		de Bade, séant à Manheim. ( <i>Traduit</i>	
sion chargée de l'examen du projet de		<i>de l'Allemand</i> ). . . . .	48
loi sur la compétence civile. (La com-		Des progrès et de l'état actuel de la légis-	
mission était composée de MM. Th. Van		lation et de la science du droit, en	
Saceghem, comte d'Andelot, chevalier		matière de lettres de change; par <i>Mit-</i>	
Heynderycx et de Haussy, rapporteur). 4		<i>termäier</i> . . . . .	56 et 154
DISSERTATION. Quel est le véritable fonds		Du conflit des lois de différentes nations,	
de cette règle, que les privilèges sur		ou du droit international; par <i>Felix</i> . . . . .	67
les immeubles ne produisent d'effet		De la composition vicieuse des lois en Bel-	
qu'autant qu'ils sont rendus publics		gique; par <i>H. Lavallée</i> . . . . .	165
par inscription sur les registres du		De la science du droit en Allemagne, de-	
conservateur des hypothèques, et à		puis 1815; par <i>L. A. Warnkœnig</i> . . . . .	170
compter de la date de cette inscription.		Loi belge du 8 janvier 1841, relative au	
(Code civil, art. 2106); par <i>A. Va-</i>		duel, expliquée par la discussion dans	
<i>lette</i> . . . . .	49 et 57	les chambres législatives, avec la solu-	
LÉGISLATION CRIMINELLE DE LA BELGIQUE;		tion, sous chaque article, des difficul-	
par <i>J. Britz</i> . . . . .	58	tés, ainsi que des principales questions	
DE LA LÉGISLATION CIVILE ANGLAISE. ( <i>The</i>		que présente le texte. . . . .	195
<i>law Magazine</i> ). . . . .	42	DISSERTATION. Quel est le véritable sens	
droits des princes médiatisés en Alle-		de cette règle, que les privilèges sur	

	Pages.		Pages.
les immeubles ne produisent d'effet qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, et à compter de la date de cette inscription (Code civil, art. 2106)? (2 <sup>e</sup> art.) par <i>A. Valette</i> . . . . .	207	par <i>M. Duranton</i> ; nouvelle édition.	255
<b>DISSERTATION.</b> Quel est le véritable sens de la règle énoncée dans l'article 515 du Code civil, que la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée? par <i>A. Fievet</i> . . . . .	218	<b>DES FONCTIONNAIRES EN BELGIQUE.</b> Leurs droits, leurs devoirs, leurs capacités, réforme à introduire . . . . .	259
<b>DISSERTATION.</b> L'ascendant donateur peut-il, en vertu de l'art. 747 du Code civil, reprendre les choses par lui données, non-seulement dans la succession du donataire, mais encore dans celle des descendants de ce donataire décédés eux-mêmes sans postérité? par <i>Larabit</i> . . . . .	225	Essai d'une nouvelle interprétation de l'article 1867 du Code civil, par <i>Étienne</i> . . . . .	265
<b>DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE FISCALE.</b> De ses vices et de ses effets sur la perception de l'impôt. . . . .	250	Du contrat à la grosse, par <i>Bressoles</i> . . . . .	274
<b>BIBLIOGRAPHIE.</b> LE CODE CIVIL ET SES COMMENTATEURS (5 <sup>e</sup> article). Cours de droit civil suivant le Code français, etc.,		<b>ÉTUDES SUR LES ÉCONOMISTES ANCIENS ET MODERNES.</b> J.-B. Say, par <i>A. Blanqui</i> . . . . .	501
		De l'obligation naturelle selon le droit romain et le Code civil français, par <i>S. Vidal</i> . . . . .	510 et 521
		<b>BIBLIOGRAPHIE.</b> Des lettres de change et des effets de commerce en général; ouvrage de Louis Nougier, avocat à la cour royale de Paris. . . . .	520
		<b>HISTOIRE DU DROIT CRIMINEL.</b> De l'ivresse dans l'ancien droit pénal, par <i>H. Lavallée</i> . . . . .	525
		<b>ÉTUDES SUR LES JURISCONSULTES ANCIENS ET MODERNES.</b> Merlin; par <i>Mignet</i> . . . . .	555
		De l'état actuel de la législation pénale en Allemagne; par <i>Mittermaier</i> . . . . .	550
		Des mariages contractés en pays étranger, législation comparée; par <i>Felix</i> . . . . .	564
		Chronique. . . . .	582