

Ch. BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS, DOYEN HONORAIRE

COURS
DE
DROIT CIVIL FRANÇAIS

Seconde édition

PUBLIÉE PAR

Robert BEUDANT

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION, CORRESPONDANT DE L'INSTITUT
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG

ET

Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE RENNES

TOME I

INTRODUCTION

ET

**EXPLICATION DU TITRE PRÉLIMINAIRE
DU CODE CIVIL**

AVEC LA COLLABORATION DE

Madame BÉQUIGNON-LAGARDE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE RENNES

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1934

Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation réservés pour tous pays.

*La première édition de cet ouvrage a été couronnée
par l'Académie des Sciences Morales et Politiques
(PRIX LE DISSEZ DE PENANRUN, 1909)*

PRÉFACE

DE LA PREMIÈRE ÉDITION

Lorsque mon père est mort le 28 juillet 1895, il venait d'achever sa vingt-septième année d'enseignement du droit civil à Paris ¹. Pendant cette longue maîtrise, l'idée de publier son cours ne le quitta jamais. Il la conçut dès les premiers mois qui suivirent sa titularisation, mais en fut aussitôt détourné par les angoisses de la guerre, puis par les travaux du Conseil général de la Seine et du Conseil municipal de Paris, dont il fut membre de 1874 à 1877. Sorti des luttes politiques, il se mit à l'œuvre et fut bientôt interrompu de nouveau. Nommé doyen de la Faculté de Paris le 20 octobre 1879, il ne put que partager son temps entre ses fonctions administratives et la préparation de ses cours, sans avoir assez de loisir pour s'occuper de la publication. Il n'avait pas pourtant abandonné son projet et entreprit de le réaliser lorsque sa santé l'eut obligé à se démettre du décanat (octobre 1887).

De tout temps, il avait ouvert son cours de première année par une série de leçons sur la philosophie du droit. C'est par là qu'il commence la rédaction de ses notes ; il les complète par de nouvelles lectures, les remanie pendant plus de trois ans et en fait *Le droit individuel et l'État* (1891). L'ouvrage, trop long et trop spécial pour être la préface d'un traité de droit civil, devient un volume distinct, avec ce sous-titre : *Introduction à l'étude du droit*.

Restait le droit civil. Pendant les quatre dernières années de sa vie, mon père continua de perfectionner ses notes en vue de les publier. Mais il était trop difficile pour lui-même. Malgré les plus vives instances, ni ses collègues, ni ses proches,

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

ni l'éditeur dévoué du *Droit individuel* ne purent obtenir qu'il commençât l'impression. « Tu feras cela, me dit-il un jour, quand je n'y serai plus. » C'est le vœu que je viens accomplir.

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

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

« Ce livre est une œuvre d'enseignement ; une place plus grande y est donnée aux idées générales et aux principes qu'aux faits et aux détails. L'art d'enseigner consiste à savoir choisir les idées nécessaires d'un sujet et à les disposer dans un ordre méthodique. Ce qu'on appelle les principes, de quelque science qu'il s'agisse, n'est autre chose que les idées nécessaires bien coordonnées ; quand on les possède, on possède la science entière : le reste est affaire de déduction et il suffit du bon sens, aidé de bonnes habitudes d'esprit.

« Dans l'étude du droit, plus que dans toute autre, il importe de dégager et d'isoler les principes, car le nombre des applications et des détails est infini ; la mémoire la plus merveilleusement douée ne saurait se flatter de les connaître tous. Les formes simples et les bienfaits de la justice patriarcale ne sont plus célébrés que dans la légende ; les sociétés de formation ancienne sont condamnées à avoir une législation savante, compliquée, chargée de textes. Est-ce un bien, est-ce un mal ? Question oiseuse ; c'est un fait. Mais un lien certain relie tous les textes ; ils visent tous un but idéal et constant ; ils

« sont les corollaires de quelques notions supérieures. Mettre
« ces notions en lumière, habituer l'esprit, par l'exemple,
« à l'emploi des procédés de déduction qui des principes
« concluent aux applications : tel doit être le but d'un livre
« élémentaire.

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

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

ROBERT BEUDANT.

Grenoble, le 10 juillet 1896.

PRÉFACE

DE LA SECONDE ÉDITION

La publication du cours de Ch. Beudant, entreprise après sa mort en 1895, n'était pas achevée quand la guerre a éclaté. Sept volumes seulement avaient vu le jour. L'Académie des sciences morales et politiques avait eu l'indulgence de ne pas attendre le terme pour récompenser mon effort en m'attribuant, dès 1909, le prix Le Dissez de Pénanrun.

Ce précieux encouragement avivait mon ardent désir d'achever ma tâche. Mais ce désir s'est trouvé paralysé par les circonstances d'après-guerre. La Faculté de droit de Strasbourg, dont j'ai eu l'honneur d'être le fondateur et le premier doyen, a absorbé ma vie, d'une manière complète, pendant dix ans.

C'est donc avec un grand retard que je viens m'acquitter d'une dette dont on a pu croire qu'elle demeurerait impayée.

Après tant d'années écoulées, il ne saurait suffire de se borner à compléter la tâche interrompue en publiant les parties du cours demeurées inédites. J'ai regardé comme nécessaire de reprendre le tout, les volumes parus et les autres, et de donner une seconde édition complète, mise à jour et fondue d'un seul jet dans un délai bref.

Pour élever pareil édifice, un seul ouvrier ne pouvait suffire. J'ai dû renoncer à la satisfaction d'accomplir moi-même la totalité de ce travail de piété filiale et distribuer les diverses parties du cours à des collaborateurs d'élite, en ne conservant que la direction d'ensemble de la publication et la coordination des efforts de tous.

Mon cher et savant ami Paul Lerebours-Pigeonnière a bien voulu accepter de m'aider dans l'accomplissement de cette tâche aussi pesante que délicate. Je le prie d'agréer l'assurance très cordiale de ma profonde gratitude pour l'assistance précieuse qu'il m'a prêtée avec tant d'affection et sans laquelle je n'hésite pas à dire qu'il m'eût été impossible de mener à bien l'entreprise.

Dans cette seconde édition comme dans la première, le but essentiel qu'on s'est proposé est de perpétuer un enseignement dont il ne m'appartient pas de caractériser, encore moins de célébrer les mérites et qui, pour être ancien, non seulement n'apparaît pas démodé, mais conserve crédit et faveur, même auprès de nos plus jeunes civilistes. On a voulu le perpétuer en le mettant au courant, sans en altérer la substance.

Pour le mettre au courant, on ne s'est pas contenté de souder à l'œuvre des appendices ou des notes concernant les lois nouvelles, les données nouvelles de la jurisprudence et les constructions nouvelles de la doctrine. On a souvent procédé par voie de refonte proprement dite et reconstruit des chapitres entiers dont la rédaction première ne semblait plus correspondre aux réalités actuelles.

Mais le souci dominant a été de ne pas altérer la substance de l'œuvre et de conserver à cette seconde édition, même dans les parties refondues, la physionomie que l'auteur lui aurait donnée, au fond et dans la forme, s'il avait tenu la plume à l'heure où nous sommes et à notre place. Les collaborateurs qui ont bien voulu me prêter leur concours ont eu l'abnégation, dont j'ai à les remercier d'une manière toute spéciale, de ne faire état d'aucune inclination personnelle, de s'effacer derrière l'œuvre et d'être uniquement les serviteurs, les interprètes d'une pensée dont ils m'aident à assurer la survivance. Nous nous sommes fait un devoir de demeurer scrupuleusement fidèles à la méthode de l'auteur : présenter de larges exposés doctrinaux, en n'évoquant le détail que pour donner la vie à l'idée et la sauver de l'abstraction. Nous avons essayé, dans la mesure de nos forces, de donner à la pensée la netteté, la précision, la sobriété qu'affectionnait le maître, au style la simplicité, la clarté qu'il recherchait avant tout.

Programme ambitieux. Si j'ai su le remplir, au moins d'une manière passable, le mérite en revient, pour la plus large part, à ceux qui m'ont assisté dans l'accomplissement de ma tâche et auxquels je veux exprimer encore ma plus vive reconnaissance.

R. BEUDANT.

Paris, le 15 avril 1934.

INTRODUCTION

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

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

Comme document historique, son autorité, après plus d'un siècle d'application, n'a pas diminué. Il a été, à son apparition, le résumé de toutes les luttes du passé ; il a marqué la fin de l'ancien régime et l'avènement du droit moderne. Aujourd'hui, il reste le dépositaire et le gardien des conquêtes de la Révolution dans l'ordre civil ; c'est le livre des droits de l'individu, des droits individuels : il consacre et sauvegarde la liberté civile. Régler les droits de chacun, fixer exactement leur étendue et leurs limites, arrêter les conditions de leur exercice, les garantir contre les prétentions

opposées, c'est assurer la sécurité de tous. Or la liberté civile n'est pas autre chose, elle consiste, d'après Montesquieu, dans la sûreté ou du moins dans l'opinion qu'on a de sa sûreté ¹.

2. Avant d'ouvrir le Code civil et d'en aborder l'étude, il convient de donner diverses indications préliminaires.

1. *Esprit des Lois*, livre XII, ch. 11.

CHAPITRE I

QUELQUES DÉFINITIONS

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

Ces définitions, d'ailleurs, vont fournir l'occasion de réunir quelques notions préliminaires que nous utiliserons plus tard, de signaler quelques divisions et classifications consacrées par l'usage, d'établir des points de repère que nous retrouverons ultérieurement.

Elles vont se référer à quatre termes usuels, souvent pris les uns pour les autres, qui correspondent cependant à des notions distinctes : les mots *loi*, *jurisprudence*, *droit*, *législation*. Non seulement ces mots, qui vont revenir à chaque instant dans la suite, ont chacun un sens propre ; mais, par suite de déviations du langage, ils peuvent être pris chacun dans plusieurs acceptions, soit qu'on les emploie seuls, soit qu'on y joigne, comme c'est l'usage, des épithètes qualificatives. En préciser les acceptions directes et les acceptions détournées n'est donc pas seulement une question de mots ; c'est le seul moyen d'isoler des notions qui sont différentes et doivent rester distinctes.

§ 1

LA LOI

4. Le mot *loi* est le plus simple des quatre mots que nous avons à définir.

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

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

1. Livre I, ch. 1.

2. *Ibid.*

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

5. Qu'on prenne le mot au sens philosophique ou au sens pratique, l'idée de loi implique celle d'une sanction qui en assure l'accomplissement.

Les lois de l'ordre physique ont pour sanction leur nécessité même, c'est-à-dire l'ordre immuable du monde : l'attraction, la pesanteur, le mouvement, la force, en un mot. Les lois de l'ordre moral et de l'ordre intellectuel, qui, à l'inverse des lois physiques, peuvent être transgressées, n'ont ni ne doivent avoir, en général, d'autre sanction que leur autorité latente et la responsabilité interne de qui y contrevient : elles imposent des devoirs qui commandent. Il est, au contraire, de l'essence des lois de l'ordre social d'avoir une sanction formelle et effective ; cette sanction consiste dans la contrainte exercée par le pouvoir politique pour plier l'homme à l'obéissance à défaut de soumission volontaire : elles n'imposent pas seulement des devoirs qui commandent, mais des obligations qui lient.

La raison, c'est que les prescriptions du droit, traduites en lois, sont considérées comme nécessaires à l'ordre social. Elles forment la discipline civilement organisée. La soumission, par suite, est socialement exigible ; là où elle n'est pas volontaire, il faut qu'elle puisse être obtenue par la contrainte.

Les autres autorités, la morale et la logique, ne demandent qu'un assentiment volontaire : elles parlent à la conscience ou à l'intelligence. L'autorité de la loi humaine va plus loin ; elle force l'obéissance et, si elle permet qu'on la discute théoriquement, elle ne souffre, en fait, ni résistance ni insoumission. C'est pour cela, a-t-on dit, que la fable figure Thémis ou la justice tenant d'une main la balance au moyen de laquelle elle pèse les actes et de l'autre l'épée avec laquelle elle défend le droit et en impose le respect. « L'épée sans la
« balance serait la force brutale ; la balance sans l'épée
« serait l'impuissance du droit ; l'une ne peut aller sans
« l'autre ; il n'y a d'ordre juridique parfait que là où l'énergie
« avec laquelle la justice porte l'épée est égale à l'habileté
« avec laquelle elle manie la balance ¹. »

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

6. Donc la contrainte est inséparable de l'idée de *loi*, au sens juridique du mot.

Le mode de contrainte varie selon les cas. Quand cela est possible, le pouvoir politique impose effectivement l'observation des prescriptions ou prohibitions légales : c'est l'exécution forcée directe. D'autres fois, il ne peut que détruire ou tenir pour non avenu ce qui aura été fait au mépris de la règle établie ou bien imposer un équivalent : c'est l'exécution forcée indirecte. Parfois, enfin, le pouvoir public avise en punissant les contrevenants : le droit pénal est la sanction suprême et nécessaire de toutes les lois.

Si le mode de contrainte varie, l'idée même de contrainte, sous une forme ou sous une autre, est inséparable de l'idée de loi. Là où la sanction fait défaut, la loi cesse d'être une véritable loi ; c'est un conseil, une invitation, un essai de persuasion, une prescription simplement comminatoire ; ce n'est plus une loi, car c'est une loi sans sanction. Il faut noter, cependant, que certaines lois demeurent dépourvues de sanction, soit par la volonté, soit par l'inadvertance ou l'oubli du législateur. On leur donne souvent le nom de lois imparfaites. Les textes concernant les obligations naturelles, l'article 171 C. civ. fournissent des exemples. Au surplus, ces lois ne sont-elles pas entièrement dépourvues de sanction, puisqu'elles commandent aux tribunaux de respecter l'exécution volontaire de l'obligation naturelle, aux officiers de l'état-civil de recevoir les actes étrangers déposés dans les conditions prévues par l'article 171.

§ 2

LA JURISPRUDENCE

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

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

juridiques ; *jurisprudencia* signifiait exactement, pour eux, la connaissance raisonnée des lois ¹.

Cette première acception du mot, quoique toujours usitée, tend à disparaître. Dans l'usage, il est plutôt employé pour exprimer les résultats de l'interprétation judiciaire, la manière dont les textes sont interprétés et appliqués par les tribunaux. Pour être plus explicite, on dit quelquefois la jurisprudence des arrêts.

Ainsi comprise et envisagée, la jurisprudence est le commentaire vivant et progressif des lois ; il n'est rien comme la précision des jugements et arrêts, précision qui tient à ce qu'ils appliquent la règle à des cas particuliers, pour corriger le vague inévitable des formules législatives. Elle en est aussi le complément nécessaire ; elle dégage incessamment les conséquences directes ou indirectes des formules en les appliquant aux incidents indéfiniment variables de la vie réelle, où tout arrive, où il faut toujours compter avec l'imprévu. Sous son influence se forme un dépôt de maximes et d'usages, se créent et se développent des systèmes qui s'identifient peu à peu avec la loi et qui acquièrent, à la longue, la même autorité qu'elle. Qui se contenterait de lire les textes, sans y joindre les applications qu'en a faites la pratique, n'aurait de la loi qu'une notion incomplète. Cela est vrai de toutes les lois et surtout du Code civil. Un siècle d'application a décuplé la portée de ce Code en faisant sortir des textes, par déduction, par analogie, par extension à des cas nouveaux, une foule de conséquences qui n'y étaient qu'en germe.

§ 3

LE DROIT

8. Des quatre termes élémentaires, le mot *droit* est le plus difficile à fixer. De tous, c'est celui qui prête le plus à l'ambiguïté et à l'équivoque. Il n'a pas moins de sept ou huit acceptions possibles ². Parmi elles, il en est trois qui sont particulièrement notables.

1. Institutes, liv. I, tit. 1, § 8.

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

9. Premier sens du mot. — En un sens, le seul dans lequel le mot exprime une notion vraiment distincte, c'est-à-dire qu'aucun autre ne rendrait, on appelle *droits* les facultés ou prérogatives d'où résulte pour l'homme le pouvoir de faire ou d'exiger quelque chose.

C'est dans cette acception que le mot est le plus habituellement employé par les textes, en particulier par le Code civil. Qu'on lise, par exemple, la rubrique du titre premier du livre I : *De la jouissance et de la privation des droits civils*. Le sens est le même dans une foule d'articles ; manifestement, le mot désigne, ici, les facultés ou prérogatives reconnues par la loi civile. Tantôt il exprime une prérogative isolée : le droit de propriété, le droit d'usufruit, le droit de créance. Tantôt un ensemble de prérogatives découlant d'une même cause : les droits de famille, c'est-à-dire dérivant des rapports de parenté ou d'alliance, les droits civils et les droits politiques. Tantôt enfin il est pris comme exprimant l'ensemble concret des facultés ou prérogatives dont la réunion constitue la personnalité, l'autonomie de la personne humaine, le droit individuel, plus simplement le droit ; on dit aujourd'hui : le droit subjectif. Quelles sont ces facultés ou prérogatives ? Ont-elles une réalité absolue et permanente, ou ne sont-elles que des intérêts relatifs et changeants ? Existente-elles par elles-mêmes ou seulement par une concession de la loi et en vertu de la sûreté juridique acquise ? Là est le problème fondamental de la philosophie du droit, celui du principe du droit ; là aussi est le problème fondamental de la science politique ; de la solution qui y est donnée dépend toute l'orientation législative.

L'antiquité n'a vu, dans le droit ainsi compris, qu'une concession de la loi, qui le dispense et, dès lors, le mesure à son gré, puisqu'il procède d'elle ; l'individu dépend de l'État. C'est la tradition absolutiste, l'idée antique du droit.

Un acte célèbre des premières années de la Révolution a consacré un point de vue tout autre : la Déclaration des droits de l'homme, votée le 2 octobre 1789 et qui prit place, plus tard, comme préambule, dans la Constitution de 1791. Le droit est une prérogative inhérente à la nature humaine ; il dérive, pour l'homme, des besoins légitimes et des aspirations de son être, de sa fin en d'autres termes ; il se confond avec

la liberté humaine, dont il n'est que le dérivé ou l'application. L'article 4 de la Déclaration porte : « La liberté consiste à « faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi l'exercice des « droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles « qui assurent aux autres membres de la société la jouissance « de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déter-
« minées que par la loi. »

Voilà les droits. L'homme en a le principe en lui-même ; il les possède par cela seul qu'il existe et comme conséquence de son existence ; il peut s'en prévaloir même si la jouissance ne lui en est pas garantie, même quand elle lui est déniée. L'Etat n'est pas le dispensateur des droits, il n'est qu'un mécanisme constitué pour les protéger. C'est l'idée moderne du droit.

Elle n'est pas neuve cependant. Lorsque Bossuet a dit qu' « il n'y a pas de droit contre le droit ¹ », il n'entendait pas autre chose que ceci : c'est que le droit humain est antérieur à la loi et, dès lors, au-dessus d'elle, c'est que la loi, qui a mission d'assurer le respect des droits, ne doit pas les méconnaître, c'est qu'il peut y avoir à un moment donné une protestation au nom du droit contre la loi. L'aphorisme est à la fois un jeu de mots et une grande pensée.

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

1. Cinquième avertissement aux Protestants, § 32.

public ; tantôt enfin les lois en général : le droit. On dit aujourd'hui volontiers : le droit objectif.

De fait, entre le droit ainsi compris, et la loi, le rapport est étroit. Les érudits ont fait observer à ce propos que, dans la plupart des langues, si ce n'est dans toutes, le mot correspondant à l'idée de justice a une origine voisine du mot qui répond à l'idée de loi, ou de ce qui fut la forme primitive de la loi, la coutume¹. Laquelle des deux idées a été le germe de l'autre ? Cela est difficile à dire. L'identité d'appellation, en tout cas, suffit à expliquer la confusion souvent faite des deux idées. Les hommes de pratique ne les séparent pas ; et c'est pourquoi ils sont enclins à considérer comme juste ce qui est conforme à la loi, à ne considérer comme tel que ce qui est conforme à la loi.

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

Le mot droit n'est plus considéré comme répondant au mot latin *jus, quod jussum est*, quoiqu'il passe pour en être la traduction directe, mais comme dérivant du verbe *dirigere*, qui est lui-même un composé de *regere* : *directum, drectum, droict, droit*. Il signifie ce qui dirige, ce qui assigne le but. Là est l'origine commune des mots qui, dans les langues néo-latines et germaniques, expriment à la fois l'idée de justice et celle de droit : *recht, right, regt, diritto, derecho*.

12. Au droit ainsi envisagé on donne des qualifications qui répondent à des préoccupations d'ordres divers. Le plus souvent, on l'appelait naguère droit naturel, c'est-à-dire qui résulte de la nature des choses, qui existe par là même en dehors et au-dessus des lois : l'idéal ; droit naturel, droit positif, c'est l'antithèse du droit et de la loi. Mais l'expression

1. Stuart-Mill, *L'Utilitarisme*, traduct. Le Moussier, p. 95.

de droit naturel apparaît, de nos jours, démodée ; on préfère droit rationnel ou encore droit objectif ; d'autres disent droit idéal ; bien que chacune de ces formes corresponde à une nuance spéciale de conception, la différence, au fond, n'est pas grande.

13. Il existe donc trois acceptions principales du mot droit. La réalité de ces trois acceptions d'un même mot s'impose comme un fait. D'ailleurs, on saisit assez aisément le rapport qui les rapproche. Il s'est produit là une évolution de langage qui révèle et affirme une idée assez importante.

Principalement, on nomme droits les facultés ou prérogatives inhérentes à la nature humaine. Dans un sens détourné, le même mot exprime les règles établies pour assurer la jouissance de ces prérogatives ou facultés : le droit positif. Dans un sens abstrait, il désigne l'idée de justice, c'est-à-dire l'harmonie des droits ou, ce qui est la même chose, des libertés. C'est toujours la notion des droits, envisagés successivement en eux-mêmes, dans les sanctions qui en garantissent la possession, dans leur accord idéal.

§ 4

LA LÉGISLATION

14. Le quatrième terme élémentaire à définir est celui de *législation*.

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

En un autre sens, que l'usage autorise, *législation* se dit non plus des lois qui existent, mais des lois à faire, non des *leges latae*, mais des *leges ferendae*. C'est l'art de faire les lois, en égard aux causes secondes qui nécessitent leur avènement, leur transformation, leur disparition ; c'est la politique

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

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

A la lumière des développements très simples qui précèdent, on voit les horizons s'ouvrir et se dessiner. Considérons le problème général du droit, en prenant le mot dans un sens large et élastique. La loi et la jurisprudence présentent la solution pratique du problème à un moment déterminé ;

1. *Vie de Solon*, § 9.

2. *Esprit des lois*, l. XIX, ch. XXI.

c'est le droit positif envisagé dans ses règles, y compris les données que fournit l'application. De ce même problème la législation présente la solution progressive et historique, dans ses transformations selon les temps et les lieux. Le droit naturel, enfin, ou droit rationnel, présente la solution philosophique et absolue du problème. Ce qui est, c'est la loi ; ce qui pourrait être, la législation l'apprend ; ce qui devrait être, le droit l'enseigne.

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

16. De la jurisprudence nous ne parlerons pas isolément. En effet, comme objet d'étude, elle se confond nécessairement avec la loi. C'est la loi appliquée, interprétée par les décisions judiciaires.

Nous ne parlerons pas non plus distinctement de la législation envisagée comme l'art de faire de bonnes lois. Il suffira de faire allusion aux préoccupations qui l'agitent à l'occasion des projets de réforme proposés. La législation est affaire d'expérience ; or l'expérience ne s'enseigne pas ; on l'acquiert, à ses dépens souvent, trop souvent par malheur aux dépens des autres.

Dès lors, les deux notions se dégagent sur lesquelles nous allons concentrer notre attention : celle du droit naturel ou rationnel et celle du droit positif.

CHAPITRE II

LE DROIT NATUREL

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

L'expression de droit naturel et l'idée de ce droit sont tombées en un grand discrédit à la fin du XIX^e siècle. La polémique raille volontiers et parfois très durement ce qu'elle appelle la chimère d'un prétendu droit naturel. Il est vrai qu'elle ne met rien à la place, d'où il résulte qu'elle aboutit au vide pur et simple.

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

Seulement, quels sont ces principes ?

Le discrédit qui s'attache au droit naturel est grand, et on passe vite pour un arriéré quand on parle aujourd'hui du droit naturel. Ce discrédit tient à plusieurs causes : à

l'incertitude, prétendue au moins, des données du droit naturel et à la difficulté de les établir, aux abus non douteux qu'on en a faits dans le passé, aux fléaux qui en ont été la suite pour l'humanité. C'est que, comme toutes les connaissances humaines, la notion du droit naturel ne s'est dégagée et précisée qu'à la longue ; elle n'a pris de signification exacte et utile qu'à la suite d'évolutions qui ne sont pas autres que les étapes mêmes de la civilisation. Il y a grande injustice à retourner contre le droit naturel les erreurs commises jadis en son nom.

18. Nous allons exposer, d'une manière sommaire, comment nous comprenons la théorie du droit individuel ¹. Nous signalerons ensuite les principales parmi les tendances différentes qui se manifestent autour de nous.

SECTION I

THÉORIE DU DROIT INDIVIDUEL

19. **Tradition absolutiste de l'antiquité.** — Dans les sociétés primitives, le droit a été confondu partout avec la religion. C'est la première forme de civilisation, le régime sacerdotal. La discipline sociale n'est autre que la discipline religieuse ; l'autorité des ministres du culte est toute puissante ; elle règle tout : les croyances, les mœurs, tous les actes de la vie. La loi apparaît comme le moyen de réaliser la destinée humaine tout entière ; elle gouverne au nom de la religion dominante ; l'homme lui appartient tout entier : il ne se conduit pas, elle le conduit. C'est le despotisme sacerdotal, conception primitive du droit, dont on retrouve aujourd'hui encore la trace chez quelques peuples.

Plus tard, quand s'affaiblit le régime sacerdotal, le droit se déplace ; il en vient à se confondre avec la philosophie générale. Celle-ci cherche le vrai, le bien et le beau, auxquels l'homme doit aspirer ; si le droit n'est que la philosophie transportée dans l'État, voilà où la loi, qui en est l'organe, doit conduire.

1. L'exposé de la théorie du droit individuel, formant la section I ci-après, est la reproduction pure et simple des développements présentés dans la 1^{re} édition du *Cours de droit civil*. — Cpr. Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'État*, Paris, Arthur Rousseau, 1891, La 2^e édition de cet ouvrage, parue en 1920, n'est qu'un second tirage de la première, sans aucune modification.

Cette conception du droit est devenue celle de toute la tradition absolutiste ; elle égare encore aujourd'hui bien des esprits. Elle a depuis longtemps ses monuments littéraires : les *Lois* et surtout la *République* de Platon. Dans les *Lois*, Platon fait encore quelques concessions à la nature humaine et à ses inclinations, car il vise à l'application : dans la *République*, œuvre purement spéculative, il n'en fait aucune. Sous prétexte de faire régner la vertu idéale, but de la philosophie, objet dès lors du droit et par suite guide des lois, il sacrifie jusqu'aux penchants les plus essentiels de la nature humaine ; au nom du devoir de l'État, qui est le pasteur des hommes, qui a charge d'âmes, qui doit faire régner l'idéal philosophique, il supprime la famille, écarte la propriété, pénètre au foyer domestique pour y régler despotiquement les détails les plus intimes de la vie.

L'objectif n'est plus le même qu'au temps du despotisme sacerdotal, mais les résultats ne sont pas sensiblement différents. La loi est toujours le moyen de réaliser la destinée humaine tout entière : elle résout tous les doutes, consacre tous les devoirs, régit tous les actes. C'est le despotisme philosophique, la seconde conception du droit. La vie privée n'est qu'une dépendance de la vie publique ; l'individu disparaît devant le citoyen, il est absorbé par l'État, il n'a de droits que ceux que l'État lui confère.

La civilisation romaine offre l'image d'une combinaison des deux idées. Ce n'est plus le régime sacerdotal, ce n'est pas non plus le régime philosophique, car, à Rome, la religion et l'État se confondent ; le droit, dit un texte, est la science des choses divines et humaines, *divinarum atque humanarum rerum notitia*¹. Au nom du droit ainsi compris, la loi, son organe, doit encore tout régler : les idées, les croyances, les actes ; l'État, qui résume la contrainte sociale, est maître de l'homme, de sa personne, de son esprit et de son âme. Toute l'organisation de la société romaine découle de là ; elle repose sur la force, elle consiste dans une hiérarchie d'autorités superposées et toutes puissantes. Le père de famille a un pouvoir illimité sur la femme et les enfants ; l'État, de qui tout découle, a une puissance illimitée sur les pères de famille ; il est, au nom du droit, d'après la formule

1. *Institutes*, liv. I, tit. 1, § 1.

reçue, le maître des choses divines et humaines. Le résultat est le même que sous le régime sacerdotal ou le régime philosophique. En fait, il faut reconnaître qu'il fut atténué par le bon sens pratique qui caractérisa à un si haut degré le génie romain.

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

20. Conception théocratique du moyen âge. — Cette tradition a-t-elle disparu avec l'antiquité ? Non. Elle est, au contraire, restée toute puissante au moyen âge. Elle s'est maintenue, quoique incessamment combattue. Aujourd'hui encore, quoique vaincue par l'avènement d'une autre conception du droit naturel, elle a des partisans.

Au moyen âge, l'homme continue à subir la contrainte que lui avait imposée l'antiquité. Il ne s'appartient pas, il appartient toujours à la force. Il n'avait eu qu'un maître à Rome : l'État ; il en a deux désormais : l'Église et l'Empire, dont l'antagonisme a été le grand débat du moyen âge. L'un et l'autre prétendent à la direction exclusive de la société et, par suite, des hommes. L'Église y prétend au nom de la théologie : c'est la théocratie, nouvelle forme du régime sacerdotal, par laquelle la loi ne doit être que la mise en œuvre de la théologie, qui forme la loi divine et naturelle. L'Empire y prétend au nom des intérêts temporels dont il a charge et de la raison d'État ; il réclame son indépendance au regard

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

de l'autorité pontificale. C'est toujours le platonisme, à cela près que, sous cette nouvelle forme, il s'inspire de l'idéal révélé et non plus d'un idéal philosophique, de la vague notion de la raison d'État. L'Église succombe finalement dans la lutte au xvi^e siècle ; mais l'État laïque, lui aussi, en sort affaibli.

21. Le droit individuel depuis la Réforme jusqu'à la Révolution. — Dans l'État affranchi de l'Église, l'individu à son tour va réclamer sa personnalité jusqu'à là méconnue ; c'est l'aurore du droit moderne.

Le réveil se fait au nom de la liberté religieuse, c'est-à-dire du droit de ne dépendre de personne dans tout ce qui se rapporte à la conscience ; c'est, au xvi^e siècle, l'enjeu des guerres de religion. Puis, car la vérité a une force d'expansion qui est irrésistible, de proche en proche l'idée s'élargit et la liberté humaine tout entière en sort. A partir du xvi^e siècle, le mouvement s'accroît et, à travers des alternatives de succès et de revers, se développe avec une inexorable logique. Le xvi^e siècle, c'est la revendication du droit des peuples contre les rois, la lutte contre l'esprit autoritaire ; le xvii^e, c'est la revendication des droits de l'individu contre l'État, l'effort à s'organiser pour vivre par lui-même ; le xviii^e enfin, c'est la reconnaissance définitive de la notion du droit individuel, autrement dit de l'idée de liberté, comme principe de la société civile et fondement du droit naturel : tel est l'objet de la Déclaration des Droits de 1789.

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

Première idée. — L'homme est une fin en soi ; dès lors, il est à lui-même la source de son droit ; c'est à lui de résoudre sous sa responsabilité, l'énigme de sa destinée. Il s'appartient ; pourquoi donc la volonté d'un autre, quel qu'il soit, se substituerait-elle à la sienne et l'emporterait-elle ? Il est doué de certaines facultés physiques, intellectuelles et morales ; les utiliser est son devoir ici-bas, les développer à son gré et sous sa responsabilité est son droit, aussi légitime que la propriété de sa personne. Elles sont des droits, considérées en elles-mêmes ; de là la faculté d'être soi pour tout ce qui concerne l'âme, l'esprit, le corps, et de tirer de soi-même

la direction de son activité. Elles sont des droits, considérées dans leur exercice, de là la faculté de faire individuellement, ou en se mettant en rapport avec ses semblables, tous les actes qu'elles comportent. Elles sont, enfin, des droits, considérées dans leur résultat ; de là la propriété et ses dérivés, qui ne sont qu'une extension de la personnalité. C'est le contrepied du platonisme sous toutes ses formes.

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

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

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

22. L'autonomie de la volonté et l'équilibre des libertés. — La lumière est faite, pleinement faite. Les idées, d'abord intuitives et confuses, se sont précisées peu à peu ; les mots

en usage pour les exprimer échappent désormais à l'équivoque.

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

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

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

23. Le droit naturel n'est qu'une direction ; rappel de la distinction du droit naturel et du droit idéal. — Voilà l'idée

1. Victor Cousin, *Du vrai, du beau et du bien*, p. 384 de la 8^e édition (1860).

2. *Supra*, n^o 9.

3. Roussel, *Encyclopédie du droit*, p. 3. Cpr. les articles 2 et 12 de la Déclaration des droits de 1789.

moderne du droit ; voilà le droit naturel : naturel parce qu'il a son principe dans l'homme lui-même, parce qu'il est conforme à la nature de l'homme envisagé comme être libre et responsable, comme fin en soi. En dépit des sentences superficielles et un peu suffisantes des critiques contemporains, on peut affirmer que l'idée de droit naturel n'est ni si obscure ni si incertaine qu'ils le prétendent, ni si vaine surtout, car c'est du droit naturel que le droit positif reçoit une direction et cette direction apparaît comme étant des plus précises.

Une direction, c'est bien là, en effet, tout ce que donne et peut donner le droit naturel, tout ce qu'on peut et doit attendre de la philosophie du droit. Autre chose sont les vérités permanentes, ou principes au vrai sens du mot, autre chose les considérations multiples, variables selon les temps, les lieux et les circonstances, considérations d'utilité, de convenance et d'à propos, dont on doit tenir compte en législation. Qui confond ces deux aspects du problème s'égarer manifestement.

Beaucoup tombent dans cette méprise et définissent le droit naturel la loi qui devrait être par opposition à celle qui est. « Le droit naturel, écrit Oudot, est la collection des « règles... qu'il est souhaitable de voir immédiatement trans-
« former en loi positive ¹. » Sans être inexacte, car toute loi a son idéal, cette formule a un défaut et présente un danger considérable. Elle a un défaut : elle donne à croire, ce qui n'est pas, que le droit naturel fournit la solution de tous les problèmes législatifs, qu'il résout toutes les questions au moyen de préceptes ayant un égal caractère de certitude. Elle présente un danger : inciter à trop attendre d'une doctrine, c'est exposer ses conséquences à paraître illusoire, c'est l'exposer elle-même à être rejetée comme vaine. Or combien y a-t-il de lois que l'on puisse raisonnablement regarder comme reproduisant une règle correspondante du droit naturel ? Il y en a infiniment peu ; il serait plus exact de dire qu'il n'y en a pas. La raison en est simple ; la loi n'énonce pas des vérités abstraites, elle prescrit les mesures propres à assurer le respect de ces vérités, mesures contingentes, dont l'efficacité et l'utilité font tout le mérite, qui

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

peuvent être d'accord avec les principes, mais ne les reproduisent pas. C'est toujours la même distinction fondamentale entre le droit et la législation.

Qu'on prenne au hasard dans le droit positif. Quelles sont donc les règles du droit naturel en matière d'organisation des pouvoirs publics, de forme du gouvernement, de régime hypothécaire, de réglementation des contrats, de procédure surtout ? Affaire de législation, tout cela. Non que le droit naturel y soit étranger ; seulement les lois, en ces matières comme en toutes autres à peu près, se rattachent au droit naturel non par un rapport d'identité et de reproduction, mais par un rapport de simple conformité. Cela tient à ce qu'il n'est pas, quoi qu'on en dise, un ensemble de règles pouvant être traduites en dispositions de loi ; il est la manifestation d'un mouvement d'idées générales, un but où le législateur doit tendre ; il est l'idée qui inspire et oriente, l'idée directrice. La loi est conforme au droit naturel, et cela suffit, quand, eu égard aux circonstances, elle contribue à établir ou à maintenir l'ordre idéal dont il est l'expression. Voilà comment, malgré la stabilité de son principe, le droit naturel peut inspirer les mesures les plus variables. Portalis a dit en termes d'une exactitude parfaite : « Le droit dirige, les lois commandent ; il sert de boussole et les lois de compas¹. » Les vérités essentielles sont simples et en petit nombre, ce sont les seules qu'il faille affirmer et défendre ; le reste est laissé à l'éternelle controverse, dépend de considérations contingentes, appartient, en d'autres termes, non à la science mais à l'art².

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

2. Comme complément des lignes qu'on vient de lire et dans lesquelles Ch. Beudant insiste sur l'idée que le droit naturel ne peut être regardé que comme une direction et non comme une panacée fournissant la solution de tous les problèmes législatifs, il sera permis de donner la preuve qu'il n'avait pas un moindre souci, tout en exaltant le droit individuel, d'en déterminer les limites par l'affirmation que les collectivités ont aussi des droits. Dans les dernières années de sa vie, préparant une nouvelle édition de son livre sur *Le droit individuel et l'Etat*, il avait décidé d'en modifier le titre pour adopter le suivant : *Le droit individuel et le droit social*. La préoccupation apparaît évidente d'affirmer la coexistence de deux droits et de faire à chacun sa part. L'édition nouvelle n'a jamais vu le jour (*supra*, n° 18, note 1). L'indication qui précède paraît intéressante non seulement en ce qui concerne le développement de la pensée de Ch. Beudant, mais en ce qui concerne l'évolution même de la doctrine individualiste pendant le dernier tiers du XIX^e siècle [R. B.]

SECTION II

INDICATION DES PRINCIPALES TENDANCES
QUI SE MANIFESTENT AUTOUR DE NOUS

24. Nous allons examiner successivement sous cette rubrique deux catégories bien distinctes de doctrines. Les unes sont des théories du droit naturel, comme la théorie du droit individuel qui vient d'être présentée, mais différentes de celle-ci. Les autres procèdent de conceptions tout à fait autres et qu'on peut appeler, d'une manière générale, matérialistes ou positivistes.

§ 1

AUTRES THÉORIES DU DROIT NATUREL

25. **Droit familial et droit social.** — Les théories récentes du droit naturel, quelle que soit la richesse de leurs développements, ne diffèrent pas profondément, quant à leur fondement et à leurs lignes essentielles, de la théorie du droit individuel, qui synthétise la pensée philosophique des juristes pendant la majeure partie du XIX^e siècle.

Toutes sont d'accord pour considérer la notion du droit naturel comme ayant un caractère transcendantal et pour en affirmer la réalité extérieure, réalité qui n'existe pas seulement dans l'idée que les hommes conçoivent ¹.

D'autre part, elles s'accordent, d'une manière générale, pour déclarer que « la philosophie traditionnelle de l'humanité « suffit amplement pour justifier l'existence, voire la nécessité du droit naturel, ... que la raison exprime la « vérité des choses, quand ses révélations coïncident chez « la généralité des êtres pensants, qu'on en peut dégager « des préceptes qui s'imposent à tous ² » et que, par suite, il est opportun de séparer le droit naturel des croyances religieuses, d'insister sur l'idée qu'il repose sur un fondement naturel et rationnel, afin d'en assurer, par là même, l'application aussi générale que possible.

1. Gény, *L'irréductible droit naturel*, 1915 ; Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 1924 ; Le Fur, *Le fondement du droit*, 1925.

2. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, IV, 1924, pp. VIII et 261.

25 bis. Ce droit naturel, convient-il de l'appeler *droit individuel, droit familial, droit social* ? C'est ici que les divergences s'accusent. N'en exagérons pas l'importance.

La théorie du droit individuel, qui, constatant l'éminente dignité de la personne humaine, subordonne le bien commun à l'équilibre des libertés, implique, pour la réalisation de cet équilibre, la considération du rôle naturel de la famille et la constante préoccupation du bien commun. Elle n'est pas fixée dans la conception révolutionnaire des droits de l'homme et se prête aux assouplissements nécessaires, puisqu'elle prend soin d'insister sur l'idée que le droit naturel ne saurait être autre chose qu'une direction ou une directive, une orientation, une tendance générale ¹.

Inversement, les auteurs qui assignent le bien commun comme premier but au droit naturel et l'appelleraient volontiers droit social pour répudier d'avance les excès de l'individualisme, ne nient pas, pour autant, la fonction essentielle de la famille et l'importance de la liberté humaine. Il faut reconnaître, toutefois, que la difficulté éprouvée par les théoriciens du droit naturel à se mettre d'accord lorsqu'il s'agit de fixer la mesure exacte de l'action sociale, de l'action familiale et de l'action individuelle, constitue la grande faiblesse de leur système. Elle peut les conduire à réduire d'une manière exagérée le droit naturel, par exemple à concéder qu'on peut laisser en dehors les notions de droit subjectif, de sujet de droit, qui paraissent cependant impliquées par l'ordre naturel des choses et par la nature même de la personne humaine ².

§ 2

MATÉRIALISME ET POSITIVISME JURIDIQUES

26. D'une manière très générale, les théories positivistes, dont la variété est grande, peuvent être ramenées à deux groupes. Les uns identifient le droit et la force, sauf à persuader aux masses et à se persuader eux-mêmes, à la

1. Voy. *supra*, n° 23, texte et note finale.

2. F. Génv, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Duguît*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil* 1922, p. 779 et *Science et technique en droit privé positif*, IV, p. 159. Rapp. Albert Tissier, *L'élaboration technique du droit privé positif*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, p. 831.

suite de Rousseau et du romantisme, qu'on peut faire le bonheur de l'humanité avec des lois. Les autres subordonnent la force du droit à des facteurs multiples, parmi lesquels les idées et les sentiments des hommes jouent un rôle essentiel.

Nous devons nous borner à quelques doctrines caractéristiques ¹.

A. — Le droit, politique de la force, réalisant le bonheur de l'humanité

27. Toute théorie du droit naturel est idéaliste par définition ; elle dégage des principes abstraits, rationnels ; elle suppose l'éminente dignité de la personne humaine, la notion métaphysique d'une certaine liberté humaine. Le XIX^e siècle a entendu la critique de la raison pure, les enseignements de l'école historique, les doctrines des déterministes et des fatalistes, celles du positivisme. Il n'est pas surprenant que la théorie du droit naturel s'y soit heurtée à d'âpres critiques.

28. Ecoles allemandes. — La science allemande, après avoir exalté l'individualisme au temps du Kantisme, n'a pas tardé à devenir agnostique, matérialiste ; elle essaye depuis longtemps d'inculquer au monde l'idée que le droit est une politique de la force. Ihering a puissamment développé cette thèse ². S'en tenant aux faits, les théoriciens allemands, d'une façon générale, considèrent le droit comme le moyen et l'organisation de la force.

Sans doute, ils excellent à tempérer la brutalité de leur thèse et ne manquent pas d'ajouter que l'État doit conquérir la force pour faire le bonheur de l'humanité. En réalité, dès que l'on confond le droit naturel avec le fatalisme historique, dès que l'on s'interdit de rechercher, pour limiter le pouvoir des gouvernements, un principe tiré d'une Justice objective extérieure au droit positif, celui-ci risque d'être un instrument de domination pour les forts, dont ils se serviront le plus souvent contre les faibles.

1. Voy. *Le droit individuel et l'Etat*, p. 150 et suiv. — Cpr. Davy, *Le droit et l'idéalisme*, 1921, — et *Eléments de sociologie*, I.

2. Voy. *L'Évolution du droit*, trad. de Meulenaere, p. 169, 173, 375. — Cpr. Hauriou, *Le droit naturel et l'Allemagne*, dans le *Correspondant*, 1918, p. 913 ; Jossierand, *La Force et le Droit*, 1917.

29. L'École du droit naturel à contenu variable. — C'est sans doute pour réagir contre cet excès qu'on s'est efforcé de concilier la notion de droit naturel avec les idées évolutionnistes de l'école historique pour aboutir à une sorte de relativisme juridique. Au droit naturel immuable et permanent certains auteurs substituent un droit naturel contingent, à contenu variable, en partant de cette constatation que l'idéal des peuples se transforme au cours de leur développement et varie d'une civilisation à l'autre. Le droit naturel traduirait alors, à un moment et pour une civilisation donnés, l'idéal, les aspirations communes, les grands courants sociaux.

Cette théorie, proposée par l'allemand Stammler, a été accueillie en France par des auteurs considérables¹. Si elle procède de l'école historique par son adhésion aux idées évolutionnistes, elle se rapproche des doctrines spiritualistes en réintégrant l'idéal dans le droit.

30. Le Marxisme. — Du matérialisme historique et du positivisme juridique des écoles allemandes il convient de rapprocher la doctrine économique et politique de Karl Marx. Par ses écrits, par l'Internationale des travailleurs qu'il contribua à fonder et dont il est inutile de résumer ici ou même seulement d'esquisser les thèses ou les buts, il a donné au matérialisme juridique une orientation nouvelle et un rayonnement universel. En France, les écoles socialistes qui sont restées fidèles à la doctrine de Marx ont exercé une très grande influence sur le mouvement politique, social, juridique du xx^e siècle. Imbus de l'idée que le droit est l'apanage des forts, la consécration du succès, les disciples de Marx ont pour programme la lutte des classes, la ruine du capital. Le marxisme transporte dans le domaine juridique et social l'esprit de conquête et de domination auquel le moyen âge assignait surtout des buts territoriaux. Pour contrebalancer l'âpreté de la lutte, pour justifier la ruine du capitalisme actuel, il fait intervenir la promesse, la foi mystique que l'humanité, réduite à la seule classe ouvrière, possédera le bonheur.

1. Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 80 ; Charmont, *La Renaissance du droit naturel* ; Josserand, *Cours de droit civil positif français*, I, nos 5 et 6.

B. — Le droit objectif de l'école solidariste

30 bis. L'école du droit objectif de Léon Duguit. — La grande majorité des juristes français contemporains a réagi contre les théories, allemandes ou collectivistes, du droit politique de la force. Les positivistes, les agnostiques eux-mêmes se refusent à confondre le droit et la force ¹. C'est ainsi qu'un juriste éminent, un positiviste que l'évolution de sa pensée rapprochait sans cesse du spiritualisme et de la morale traditionnelle, Léon Duguit, a prétendu dégager du concept de la solidarité sociale un *droit objectif* antérieur au droit positif, capable de limiter, de diriger le pouvoir des gouvernants.

Voici comment on peut résumer l'essentiel de cette doctrine. Si la force des gouvernants est un fait, le droit n'est pas la politique de la force, il en est la règle et la limite. En effet, la solidarité sociale est un fait aussi évident que la puissance des gouvernants. La vie en société est une nécessité pour l'homme ; dans la société, les besoins communs ne peuvent être satisfaits qu'au moyen d'un échange de mutuels services. Le rôle du droit est de réaliser la solidarité sociale en assurant à la fois : 1^o la socialisation de l'homme, par la reconnaissance des similitudes existant entre tous les membres de la société, — 2^o son individualisation, par la protection de la diversité des tendances.

La solidarité humaine est la règle permanente et la limite du pouvoir des gouvernants. Dans l'application, la manière de la réaliser dépendra du progrès de l'humanité, de la structure variable des sociétés. Le droit objectif de M. Duguit est un droit qui évolue.

Cette nouvelle conception, à l'encontre du marxisme, ne tend donc pas à des bouleversements, à une révolution juridique, mais à une sage progression de la socialisation du droit. Ainsi, la propriété est maintenue par la doctrine de Duguit, dans la mesure où cette institution demeure conforme à la solidarité ; elle cesse toutefois d'être un droit individuel pour devenir une fonction.

Mais n'y aura-t-il pas un conflit entre les deux tendances

1. V. par ex. Jèze et les observations critiques de Gény, *Science et technique en droit privé positif*, IV, 233.

qui sont à la base du système ? Comment concilier la socialisation et l'individualisation de l'homme dans tous les développements de son activité, sans faire appel à une notion transcendante de la justice ou de la morale ? Dans la pensée de Duguit, au niveau actuel du développement économique et social, la socialisation du droit est la fin dominante du droit objectif. Cependant, l'auteur, perfectionnant sans cesse les applications du principe dans les trois éditions successives de son *Traité de droit constitutionnel* ¹, fait de plus en plus largement appel à la conscience du groupe social et en particulier au sentiment commun de la justice.

Finalement, le droit objectif de Duguit est une règle de droit, dominant le droit positif, qui oblige les hommes à agir de telle sorte qu'ils respectent la conscience commune, c'est-à-dire les sentiments communs de solidarité et de justice, conscience et sentiments dans lesquels Duguit se refuse, d'ailleurs, à voir autre chose qu'un ensemble de faits observés ².

C. — Positivisme juridique équilibré par l'affirmation de la puissance de la règle morale

31. Positivisme juridique de M. Ripert. — Tous les négateurs du droit naturel ne sont pas des philosophes agnostiques. Le positivisme juridique ne se confond pas nécessairement avec une doctrine matérialiste ni ne relève toujours des écoles déterministes ou sociologiques. La notion de droit naturel a été prise à partie pour des raisons étrangères à toute préoccupation de philosophie générale.

L'expression, la notion de droit naturel, dit-on, renferment en elles-mêmes une contradiction. Par définition, le droit est une règle de conduite, un pouvoir de vouloir sanctionné par l'organisation sociale d'où l'on conclut qu'il ne peut pas y avoir de droit en dehors du droit positif. Le droit, sanctionné par la contrainte sociale, ne peut émaner que des gouvernants ; il se soutient par l'autorité, le pouvoir de fait des gouvernants : pouvoir législatif et pouvoir judiciaire. L'ordre

1. 3^e édition, 1928, t. I et II.

2 Voy. *L'œuvre de Léon Duguit*, dans les *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, cahier double nos 1-2, 1932.

juridique créé par le droit positif ne peut subsister sans l'obéissance des gouvernés : obéissance volontaire ou obéissance contrainte.

Mais s'il n'y a de droit que le droit positif, est-ce à dire que la science du droit puisse et doive être réduite à une technique juridique et que cette technique doive être étudiée comme un pur fait, sans égard à un but déterminé, sans souci des jugements de valeur et des facteurs moraux ? En aucune manière. M. Ripert, répudiant le droit naturel et voulant affirmer la puissance de la morale dans l'élaboration et dans l'application de la règle de droit, a consacré un livre d'une portée profonde, à *La règle morale dans les obligations civiles* ¹.

Quel intérêt y a-t-il à nier le droit naturel en affirmant la puissance de la morale sur le droit positif ? L'intérêt essentiel, mis en relief par M. Ripert, est le suivant. Le droit naturel est devenu une notion vague, que l'on s'est efforcé de réduire au minimum afin d'en justifier l'universalité ; il est, dès lors, incapable de diriger seul le droit positif et ne rend pas compte de la puissance qui appartient toujours à la morale chrétienne dans les pays de civilisation chrétienne. On défend mieux la civilisation occidentale traditionnelle en réduisant le droit à un fait, à une œuvre arbitraire des gouvernants et en établissant que le fait est déterminé par des facteurs, au nombre desquels la morale dominante est l'un des plus puissants, et que l'autorité des gouvernants, subordonnée à l'obéissance des gouvernés, ne peut se maintenir qu'en ayant égard à la morale des gouvernés.

L'observation de M. Ripert peut être retenue avec profit même par ceux qui maintiennent au droit naturel la force immanente d'une réalité transcendante et directrice.

1. 2^e édition, 1927.

CHAPITRE III

LE DROIT POSITIF

32. La définition du droit positif est connue : c'est l'ensemble et la collection des lois en vigueur. Il est dit positif en ce sens que, étant établi par la volonté de l'homme, il est, par là même, à l'abri des contestations ; il est certain, positif.

Trois questions se posent à propos de ce droit. En premier lieu, quel en est l'objet général ? En second lieu, quelles en sont les diverses parties ou branches ? Enfin quelles en sont les sources actuelles ?

Parmi les branches du droit positif figure le droit civil et le Code civil en est une des sources. Nous touchons à ce qui doit être l'objet propre de cet ouvrage ¹.

SECTION I

OBJET GÉNÉRAL DU DROIT POSITIF

33. Organisation d'une discipline sociale. — L'objet général du droit positif est suffisamment marqué par les préli-

1. Dans les explications qui vont être présentées sur le droit positif, il ne sera fait état que du droit en vigueur dans les départements qui composaient la France avant le traité de Versailles. Jusqu'à ce traité, le droit positif français était essentiellement unifié dans l'ensemble du territoire. Cette unité s'est trouvée rompue par suite de la réintégration des trois départements désannexés du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle. En effet, l'article 3 de la loi du 17 octobre 1919 est conçu dans les termes suivants : « Les territoires d'Alsace et de Lorraine « continuent, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à l'introduction des lois françaises, « à être régis par les dispositions législatives et réglementaires qui y sont actuel-
« lement en vigueur. » Or si beaucoup de lois françaises ont été successivement introduites en Alsace et en Lorraine, il s'en faut que toutes l'aient été et l'on peut citer des tranches considérables du droit allemand, tel le Code de procédure civile, qui ont été maintenues ; d'autre part, les lois françaises qui ont été introduites ne l'ont souvent été que sous réserve du maintien de certaines règles particulières du droit antérieur : tel le Code civil de 1804. Voy. la loi d'introduction du 1^{er} juin 1924. En définitive, certaines dispositions légales ou réglementaires, d'origine germanique et consacrées par le législateur français, demeurent en vigueur jusqu'à nouvel ordre dans les départements dont il s'agit. Il y a là une source très spéciale du droit français ; il importe d'en avoir signalé une fois pour toutes l'existence, en exprimant le vœu qu'elle soit asséchée dans le plus bref délai possible. Aussi bien, les modalités et réserves admises par la loi d'introduction de 1924 ne l'ont-elles été que pour dix années seulement. Cpr. *infra*, nos 61 et 127.

minaires qui précèdent. Les lois d'ordre positif, considérées dans leur ensemble, établissent et organisent la discipline jugée nécessaire pour que l'ordre règne, pour que chacun jouisse de sa part légitime d'indépendance personnelle. Là est le but historique et rationnel du droit. L'indépendance doit être restreinte dans les limites que nécessitent les exigences de la vie en commun ; le droit positif doit établir cette juste limite ; il représente, dans la mesure où il réussit à sa tâche, l'harmonie des libertés.

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

Dans la société naturelle, telle que la nature l'a faite, la justice s'exerce d'homme à homme ; elle est livrée aux inclinations individuelles ; par suite, elle risque nécessairement d'être méconnue par la force : c'est l'état d'indépendance. Dans la société civile ou organisée, la justice est confiée à une autorité impersonnelle, médiatrice ; par suite, elle est mieux garantie : c'est l'état social. La civilisation consiste, comme son nom l'indique, dans la substitution d'une société organisée ou civile à la société naturelle, dans la substitution d'une justice sociale aux luttes individuelles. De sorte que finalement le droit positif, qui est le lien des sociétés civiles, a pour objet l'organisation d'une justice impersonnelle et par là, plus impartiale. L'homme, soumis à cette organisation, perd inévitablement, il est vrai, une partie de sa liberté naturelle ; mais, comme on l'a remarqué depuis bien longtemps, il n'en abdique une partie que pour jouir paisiblement du surplus ; ce que le droit de l'individu perd en étendue, il le gagne en sécurité. Montesquieu, auquel il faut toujours revenir pour trouver les axiomes du bon sens pratique, a dit : « Il faut se « mettre dans l'esprit ce que c'est que l'indépendance et ce « que c'est que la liberté. La liberté est le droit de faire tout

« ce que les lois permettent ; et, si un citoyen pouvait faire
 « ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que
 « les autres auraient tout de même ce pouvoir ¹. » Long-
 temps avant, Cicéron avait dit : *Omnes legum servi sumus ut
 liberi esse possimus* ².

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

La question n'est pas du domaine des principes. Elle relève de la législation et, par suite, appartient à l'éternelle controverse ³. La seule donnée que la théorie fournisse à cet égard est celle-ci : dès que le droit de chacun est circonscrit par le devoir corrélatif de respecter le droit des autres, la limite est là où, en allant plus loin, la liberté de l'un usurperait sur celle des autres. On ne peut pas dire plus. La garantie contre l'abus possible est la suivante : dès que la souveraineté réside dans la nation, la limite ne peut être établie que par la loi, qui, étant l'expression de la volonté commune, est juge des sacrifices qu'exige l'intérêt commun ⁴. Là où les mœurs sont par elles-mêmes respectueuses du droit d'autrui et douces, où la justice dès lors est spontanée, la contrainte sociale peut être ramenée à son minimum et la liberté est grande. Là où règne l'esprit d'oppression et d'intolérance, où le jeu de la vie sociale ne se fait pas naturellement, la contrainte sociale doit s'exercer davantage et la liberté est moindre. C'est pourquoi la liberté est le régime des sociétés saines.

SECTION II

DIVERSES PARTIES DU DROIT POSITIF

35. Droit public et droit privé. — La loi réalise son objet, c'est-à-dire la discipline sociale et l'harmonie des libertés,

1. *Esprit des Lois*, l. XI, ch. III.

2. *Pro Cluentio*, LIII.

3. Cpr. *supra*, n° 23.

4. Voy. l'art. 6 de la Déclaration des droits de 1789.

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

Tels sont les deux procédés par l'emploi desquels la loi réalise son objet.

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

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

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

1. Institutes, liv. I, tit. I, § 4.

2. Institutes, *eod. loco*.

36. Unité de fondement du droit positif dans son ensemble.

— Droit public et droit privé, telles sont les deux grandes parties du droit positif, la division la plus générale.

L'idée sur laquelle cette division repose n'est pas absolument exacte. Au moins dans les termes traditionnels. En effet, le droit positif tout entier a pour but de garantir les droits des individus, aussi bien quand il traite de l'organisation des pouvoirs publics que quand il régleme les droits individuels. L'Etat, dont s'occupe le droit public, n'existe pas pour lui-même ; il n'est que la force sociale qui veille au droit de chacun ; il est la garantie des droits privés. Par conséquent la notion du droit individuel est le fondement du droit tout entier ; cette notion est le principe, le point de départ du droit général, aussi bien du droit public que du droit privé ; tout en vient, tout y aboutit. On l'a très bien et très exactement défini : l'ensemble des conditions sous lesquelles la liberté de chacun est compatible avec celle de tous. Dès lors, le droit tout entier existe pour l'avantage des individus : *spectat ad singulorum utilitatem*.

Toutefois, cette observation faite et quoiqu'elle soit fondée, la distinction du droit public et du droit privé répond à une analyse exacte du rôle du droit positif. Précisons-en la portée, et suivons-la dans ses subdivisions.

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

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

La deuxième branche a pour objet les rapports que l'Etat, considéré comme représentant la nation même, peut avoir avec les autres Etats envisagés de même. C'est le droit public externe, ou mieux international, ou droit des gens, *jus inter gentes*, c'est-à-dire entre les nations. Il a pour objet

les relations des Etats entre eux d'après les traités ou les usages. Il ne devrait être entre les nations que l'application des règles établies par le droit privé entre les particuliers : respect des nations et de leurs droits ; mais une différence profonde résulte du manque de sanction positive : entre les nations, il n'y a pas, comme entre les particuliers d'un Etat, un pouvoir médiateur coercitif, et alors le droit est trop souvent du côté des gros bataillons.

Tel est le véritable droit international. Cependant, on a pris l'habitude de se servir de ce mot pour désigner une partie spéciale du droit privé. Le droit international proprement dit, on l'a appelé droit international public ou externe, ou droit des gens, ayant trait aux relations des Etats entre eux ; puis on a donné le nom de droit international, mais en ajoutant privé — droit international privé — aux règles qui ont pour objet les rapports privés de personnes appartenant à des nationalités différentes et obéissant par là même à des lois différentes, d'où résulte ou peut résulter, à propos d'intérêts privés, un conflit entre les lois de différents pays.

Enfin, une troisième branche du droit public a pour objet les rapports de l'Etat, car tout le droit public s'occupe de lui, avec les particuliers, dans les cas où l'intérêt général est en conflit avec les intérêts particuliers. Cette branche comprend les lois qui fixent la hiérarchie des fonctions publiques, autres que celles formant l'Etat proprement dit et ressortissant au droit constitutionnel, qui établissent les attributions de chacune, le mode de leurs rapports avec les particuliers. C'est le droit administratif, qui se subdivise lui-même et comprend : l'administration proprement dite, la justice.

L'administration proprement dite exerce une action préventive, qui a pour but d'assurer, autant que faire se peut, l'application des lois. Elle veille à empêcher que les conflits de droits ne s'élèvent. Les règles qui se rapportent à cet objet forment le vrai droit administratif.

La justice, en d'autres termes l'administration de la justice, exerce une action répressive et réprime les attentats à la loi ; quand les conflits sont nés, elle les tranche. La justice est double, civile et pénale. Tout cela fait partie du droit public, plus spécialement de cette troisième branche du droit public qui s'appelle le droit administratif et qui concerne les rapports de l'Etat avec les particuliers.

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

38. Objet et divisions du droit privé. — Venons au droit privé, qui est la seconde branche du droit positif. On l'appelle indistinctement droit privé ou droit civil ; les deux dénominations sont passées dans l'usage comme synonymes.

Il a pour objet les personnes considérées *ut privatae*, c'est-à-dire les particuliers. Il comprend les règles qui déterminent les droits de chacun, qui fixent les conditions d'exercice des droits, qui assignent la limite où le droit de chacun doit s'arrêter pour ne pas empiéter sur le droit d'autrui ; en d'autres termes, il règle la condition des personnes et leurs rapports entre elles, soit quant à leurs droits, soit quant à leurs obligations.

Par là, il est manifestement distinct du droit public. La dénomination de droit privé se comprend aisément. Cette branche du droit s'occupe des particuliers ou personnes privées, des droits qu'elles ont, des obligations qui leur incombent, des rapports qu'elles peuvent avoir entre elles ; c'est donc le droit des particuliers, *jus inter privatos, jus privatum*, droit privé.

D'où lui vient la deuxième dénomination, celle de droit civil, prise comme synonyme de la première et qui est même plus usitée en ce sens que la première ? Il est difficile de le dire ; il n'en peut même être donnée aucune raison satisfaisante : c'est affaire d'habitude et de tradition.

Chez les Romains, l'expression *jus civile* avait un sens très précis. Elle désignait le droit national de la cité, *quod quisque populus ipse sibi jus constituit*, le droit des citoyens, celui qui leur était exclusivement applicable. On l'opposait au droit dont les étrangers pouvaient se prévaloir, au *jus gentium*, que les Institutes définissent ainsi : *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur* ¹. L'expression *jus civile*, usitée par antithèse à *jus gentium*, avait alors un sens très étroit.

De nos jours, l'expression de droit civil n'est qu'un faux-

1. Instit., liv. I, tit. 2, § 1.

fuyant ; elle n'a vraiment de sens que celui qui résulte des antithèses qu'elle peut servir à établir. Ainsi, quelquefois, droit civil se dit par opposition à droit public et signifie alors droit privé ; d'autres fois, il se dit par opposition à droit pénal ; d'autres fois, par opposition à droit naturel et il est alors synonyme de droit positif ; d'autres fois enfin, par opposition à droit commercial, c'est-à-dire à un droit qui est spécial aux commerçants. Prise isolément, l'expression droit civil est synonyme de droit privé. Cette dernière dénomination est seule exacte, car elle désigne seule une branche spéciale du droit ; cependant on use plutôt de l'expression *droit civil*. Les mots n'ont, le plus souvent, qu'une signification conventionnelle ; toutes les dénominations sont bonnes pourvu qu'on s'entende en les employant. Le droit civil ou privé, par opposition au droit public, est celui qui traite des particuliers, de leur condition, de leurs rapports entre eux, de leurs droits et de leurs obligations ; c'est le droit des particuliers.

39. On le subdivise communément en deux branches.

L'une a pour objet le droit privé général, commun, applicable à tous les particuliers ; c'est précisément l'objet du Code civil, que l'on peut définir le code du droit privé général ou commun. Il traite de la condition des personnes dans la famille et dans la cité, de leurs droits, de leurs obligations, de leurs rapports entre elles.

L'autre a pour objet le droit privé spécial, applicable non plus à tous les particuliers, mais à quelques-uns, qui ont une condition spéciale, d'où résulte la nécessité de règles également spéciales.

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

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

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

On peut mentionner enfin le droit industriel, qui soumet à des règles spéciales les rapports des employeurs et des salariés. Toutefois, il semble qu'il convienne de rattacher au droit public plutôt qu'au droit privé certaines dispositions du Code du travail, dans lesquelles domine la préoccupation d'assurer la réglementation du travail, laquelle est l'un des aspects de la structure de l'Etat.

40. Tout cela conduit finalement à caractériser et à définir le Code civil et à marquer sa place dans l'ensemble de la législation. C'est le Code du droit privé général.

SECTION III

SOURCES DU DROIT POSITIF

41. **Notion générale.** — Le mot source est consacré pour désigner, dans leur ensemble, les actes et documents qui contiennent les règles du droit positif.

Ces sources se réduisent en réalité à une seule, qui est la loi, si on prend ce mot dans son sens très général, comme exprimant la règle tracée par l'autorité compétente et à laquelle obéissance est due. Mais il importe de distinguer les diverses sortes de règles obligatoires, de dire quelle est l'autorité respective de chacune d'elles et où on les trouve.

A cet égard, les sources du droit actuel sont à envisager à deux points de vue : 1^o en elles-mêmes et dans leur caractère intrinsèque ; 2^o dans leur succession chronologique.

42. **Droit écrit et droit coutumier.** — En elles-mêmes, dans leur caractère intrinsèque, les lois sont de deux sortes. La distinction est ancienne et toujours actuelle.

Tantôt la règle apparaît comme le produit raisonné,

discuté, officiellement arrêté de la volonté qui l'édicte. C'est ce que, de tout temps, on a appelé le droit écrit, ainsi nommé parce que, le plus souvent dans l'antiquité et toujours à l'heure actuelle, il est formulé et existe dans des textes rédigés ; c'est le droit établi et convenu.

Tantôt la règle apparaît comme le produit spontané du besoin auquel elle répond. C'est la coutume, l'usage, le droit non écrit ; les Romains disaient : *diuturni mores consensu utentium comprobati*. On a très exactement défini la coutume : « le droit se satisfaisant de lui-même ».

Sous ces deux formes, droit écrit et coutumier, la loi est également obligatoire. L'origine diffère, l'autorité est la même, sauf à régler, pour l'un comme pour l'autre, à quel degré et sous quelles conditions. De nos jours, avec le système des lois codifiées qui a prévalu partout, la place de beaucoup la plus importante, comme source du droit, est acquise au droit écrit. Il a le grand avantage de la fixité, de la stabilité ; il donne, dès lors, plus de sécurité, et il répond mieux, par là même, au premier besoin des peuples libres, qui est de ne dépendre que de lois fixes, à l'abri de toute fluctuation et de tout arbitraire. Une certaine place cependant continue d'appartenir à la coutume ; nous verrons dans quelle mesure.

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

Il en est, et en plus grand nombre qu'on ne croit, qui remontent à l'époque antérieure à 1789, à l'ancien droit, comme il est d'usage de dire. Les codes, dont l'avènement au commencement du siècle ouvre l'ère du droit moderne, ne renferment pas tout le droit positif actuellement en vigueur ; un certain nombre de règles du droit ancien sont encore applicables. Pour l'interprétation du Code civil, notamment, on ne saurait s'en passer.

Nous avons cité et citerons encore la loi qui a promulgué le Code civil, celle du 30 ventôse an XII : c'est la date précise où commence ce qu'on appelle communément le droit moderne. Cette loi porte dans son article 7 : « A compter du « jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les « ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, « les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou

« particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code. » Ces lois, ce sont les trente-six titres du Code civil, votés d'abord isolément et entrés en vigueur à des dates diverses, puis réunis le 30 ventôse an XII en un seul corps de lois sous le nom de Code civil. En sorte que, pour les matières qui ne sont pas l'objet de dispositions insérées au Code civil, il faut recourir au droit antérieur, à l'ancien droit : donc une partie du droit ancien reste toujours en vigueur.

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

Donc, dans les sources du droit actuel, il y en a qui remontent au delà de 1789.

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

§ 1

LE DROIT ANCIEN

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

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

Le droit romain visé par l'article 7 de la loi de ventôse, c'est le droit des compilations de Justinien, dont l'étude fut relevée au XII^e siècle¹, quand commencèrent les luttes de la législation civile et de la royauté contre la féodalité et l'Eglise. Encore aujourd'hui, le droit romain a la valeur d'un droit supplétif en Allemagne, en Ecosse, au Canada, dans plusieurs pays dépendant de la Grande-Bretagne. C'est l'autorité qu'il avait dans l'ancien droit ; il valait, disait-on, *non ratione imperii sed rationis imperio*, comme raison écrite². A partir des XIV^e et XV^e siècles, il se mêle avec le droit canonique et avec les coutumes ; c'est de ce mélange qu'est sorti le droit moderne. En quelques points, dans les matières non traitées au Code civil, il est encore en usage.

46. Les ordonnances. — Ordonnances royaux, comme on disait. C'étaient des décisions émanant des rois pour être

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

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

exécutées dans tout le royaume, sous le nom d'ordonnances, d'édits, de déclarations et de lettres patentes.

Sous les deux premières races, le pouvoir législatif avait été exercé par le peuple lui-même dans les assemblées ; c'est de là que sortirent les capitulaires des époques mérovingienne et carolingienne ¹. Quand la monarchie se constitua sur les ruines de la féodalité, les rois se trouvèrent investis du pouvoir législatif, du droit de faire des lois sous le nom d'ordonnances ; on disait : *si veut le roi si veut la loi*.

Les ordonnances furent de véritables lois, sauf que, dans la rigueur des principes traditionnels qui formaient la constitution de l'ancienne France, elles n'étaient exécutoires qu'autant qu'elles avaient été enregistrées par les parlements. En fait, l'enregistrement finit par n'être qu'une formalité ; quand les parlements s'y refusaient, le roi les y contraignait par des lits de justice.

Ce sont les ordonnances qui devinrent, particulièrement aux xvii^e et xviii^e siècles, le grand instrument de l'unité législative. Les ordonnances de Colbert, plus tard celles de d'Aguesseau sont de véritables codes. Elles tentèrent de substituer l'unité à la diversité des coutumes nombreuses qui divisaient la France, mais ne réussirent pas complètement ; les codes modernes ont achevé le travail commencé par elles.

47. Les coutumes générales ou locales et les statuts. — On les appelait quelquefois aussi des statuts et c'est pourquoi l'article 7 rapproche les deux mots. C'étaient les usages qui s'étaient établis dans les diverses parties de la France pendant l'immobilisation féodale du x^e au xii^e siècle.

Elles étaient nées des traditions de la pratique et des précédents judiciaires. Elles étaient essentiellement territoriales, car elles étaient le produit de l'usage et l'usage est nécessairement local. Au xii^e siècle, on les trouve en vigueur. Leur domaine d'application correspond à peu près aux divisions

1. Le pouvoir législatif appartient au roi. Si, en fait, il rend souvent ses capitulaires après avoir consulté une assemblée et pris l'avis des principaux personnages du royaume, en droit, il n'est pas obligé de le faire. « Dans le cas seulement « où il s'agissait de rédiger officiellement ou de modifier la coutume nationale qui « constituait la loi personnelle aux hommes de chaque race, on admettait que la « participation de ceux-ci et même leur consentement était nécessaire (Esmein, *op. laud.*, p. 71). » Voy. aussi Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, I, p. 282. Sur la division des capitulaires d'après leur nature. Voy. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3^e éd., p. 137.

féodales. L'organisation féodale comprenait soixante-deux grands fiefs ; il y avait soixante coutumes générales et plus de trois cents coutumes locales, ce qui fera dire à Voltaire que, dans l'ancienne France, on changeait de lois toutes les fois qu'on changeait de chevaux de poste ¹.

Formées ainsi du x^e au xii^e siècles, ces coutumes se transmirent d'abord par la tradition ; en cas de doute, on les constatait au moyen d'enquêtes. Au milieu du xv^e siècle, les Etats-Généraux, réunis à Tours, émirent le vœu qu'elles fussent officiellement constatées par écrit. En exécution de ce vœu, Charles VII en prescrivit la rédaction par l'ordonnance de Montil-les-Tours du 17 avril 1453 (ancien style). Cet immense travail occupa la fin du xv^e siècle et tout le xvi^e. On a aujourd'hui la collection des coutumes rédigées.

Les coutumes de Paris et d'Orléans, notamment, ont exercé l'influence la plus directe sur le Code civil.

Les coutumes sont restées en vigueur jusqu'en 1804. Même il est certains textes du droit coutumier qui ont encore aujourd'hui force de loi, car l'article 7 de la loi de ventôse n'a abrogé les coutumes et statuts que quant aux matières faisant l'objet du nouveau Code.

48. Les règlements. — C'étaient les décisions des parlements.

Les parlements étaient avant tout des cours de justice. Mais ils avaient des attributions diverses, même politiques. Il existait, en 1789, treize parlements et quatre conseils souverains, qui avaient des attributions identiques, en tout dix-sept circonscriptions judiciaires. Or chaque parlement ou conseil se regardait comme souverain pour l'administration de la justice. Les légistes, qui n'y avaient été admis au début qu'avec un rang secondaire, y obtinrent plus tard une influence prépondérante ; la jurisprudence des parlements contribua, dans une large mesure, à fixer les points douteux du droit, à harmoniser les coutumes, à créer en un mot l'unité législative dans chaque ressort.

Les parlements obtinrent surtout ce résultat par des arrêts d'une sorte particulière, appelés arrêts de règlement. Voici en quoi ils consistaient. De tout temps, les parlements avaient partagé avec les Rois le droit de faire des règlements pour la

1. *Dictionnaire philosophique*. v^o *Coutumes*.

police générale du royaume. Ils obtinrent, en outre, sans qu'il soit facile de dire si cette attribution leur fut accordée ou s'ils se l'arrogèrent eux-mêmes, le droit de faire des règlements sur les matières législatives et de droit général ; ce furent les arrêts de règlement, qui eurent une assez grande influence sur la formation du droit français et dont il faut connaître le caractère.

Les arrêts ordinaires intervenaient sur des procès intentés entre parties adverses ; or c'est un vieil adage que les arrêts sont bons pour ceux qui les obtiennent ; en d'autres termes, leur autorité est relative : elle n'existe qu'eu égard aux parties en cause et à l'espèce dans laquelle ils sont rendus. Autre fut la nature des arrêts de règlement. Rendus avec des solennités spéciales, toutes chambres réunies, portant non sur des points particuliers mais sur des questions de droit général, ils avaient, en quelque sorte, l'autorité des ordonnances ; c'étaient des lois provisoires sur des points non encore prévus ou mal réglés ; ils étaient envoyés aux tribunaux du ressort pour être obéis comme lois. Il y avait toutefois, entre les arrêts de règlement et les ordonnances, une différence importante : l'ordonnance, émanant du roi, avait autorité dans tout le royaume, l'arrêt de règlement n'avait autorité que dans le ressort du parlement qui l'avait rendu. De fait, il était admis que les arrêts de règlement étaient obligatoires pour les juridictions inférieures tant que le roi n'en avait pas ordonné autrement.

C'était là, de la part des parlements, une véritable participation au pouvoir législatif ; il y avait confusion entre le pouvoir qui fait la loi (pouvoir législatif) et le pouvoir qui l'applique (pouvoir judiciaire)¹. De nos jours, où la séparation des pouvoirs est un principe fondamental du droit public, il n'y a rien d'analogue aux anciens arrêts de règlement interdits par l'article 5 C. civ. Les décisions judiciaires n'ont d'autorité que dans les espèces à propos desquelles elles sont rendues, eu égard aux personnes qui ont été parties ou représentées au procès. Elles peuvent, à la longue, créer une jurisprudence ayant une autorité de fait ; jamais elles ne

1. On éludait la difficulté en disant qu'ils n'étaient faits « que provisoirement » et sous le bon plaisir du roi, auquel seul appartient de faire lois absolues et « immuables ». De la Roche Flavin, *Treize livres des parlements de France*, liv. XIII, ch. xxvii ; de Fresquet, *Précis d'histoire des Sources du droit français*, p. 173.

s'imposent au juge comme obligatoires : la loi seule le lie.

Les arrêts de règlement eurent dans l'ancienne France un caractère très spécial. Par eux, les parlements réglaient, chacun pour son ressort, les points douteux du droit ; ils comblaient les lacunes du droit écrit et des coutumes ; ils créaient l'unité dans le ressort ; ils étaient à la fois des jugements et des lois : des jugements pour la cause sur laquelle ils statuaient, des lois pour les cas analogues dans l'avenir. Sous ce deuxième rapport, ils étaient exécutés comme lois tant qu'ils n'avaient été ni cassés par le conseil du roi ni rétractés par les cours qui les avaient rendus. Les arrêts de règlement devinrent ainsi une source importante du droit ancien¹. Aussi l'article 7 de la loi de ventôse les abroge pour le passé, pendant que l'article 5 du Code civil les interdit pour l'avenir.

49. Les arrêtés du Conseil du roi doivent être rapprochés des arrêts de règlement. C'étaient des règlements faits par le Conseil du roi ; ils avaient l'autorité des ordonnances, qui, elles, émanaient de l'initiative royale. Ils n'eurent guère d'importance qu'en matière administrative ; on s'y réfère souvent encore. C'est ainsi, par exemple, que la police des mœurs à Paris est réglée par un arrêté du Conseil du 6 novembre 1778. La Cour de cassation, par arrêt du 11 juillet 1884, a décidé que cet arrêté est toujours en vigueur².

50. Telles sont les sources du droit ancien. C'est à tous ces actes que s'applique l'article 7 de la loi de ventôse ; il abolit les dispositions concernant les matières qui sont l'objet du Code civil et réserve par conséquent les autres³.

§ 2

LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET LE DROIT MODERNE

51. On peut les réunir, car les données sont communes.

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

2. D. P. 1885. I. 233, Sir. 1885. I. 192. Voy. les conclusions de M. le procureur général Barbier.

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

En dehors des vestiges du droit ancien, qui n'ont plus qu'une importance secondaire, le droit, aux époques intermédiaire et moderne, découle des sources suivantes.

Les sources du droit écrit sont : 1^o les lois proprement dites, — 2^o les ordonnances et décrets, — 3^o quelques sénatus-consultes, — 4^o des avis du Conseil d'Etat, — 5^o certains arrêtés et règlements émanant de l'autorité administrative.

De ces cinq sources, il n'en est plus que trois qui produisent encore : la loi proprement dite, le décret, les arrêtés et règlements. Les autres se réfèrent à des époques closes et sont taries : les ordonnances, qui n'ont existé que de 1814 à 1848, — les sénatus-consultes, qui n'ont existé que sous les deux empires, — les avis du Conseil d'Etat, qui n'ont existé que de l'an VIII à 1814.

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

A. — Sources du droit écrit

a) LA LOI PROPREMENT DITE

52. Notion générale de la loi. — On nomme lois les décisions émanant du pouvoir législatif (*qui leges fert*). C'est là le caractère essentiel.

53. On ajoute quelquefois, mais à tort, comme second caractère, qu'il est de la nature de la loi de porter sur un objet d'intérêt général. La tradition est en ce sens : *Lex est commune praeceptum*¹, disait déjà Papinien ; depuis, l'idée a été toujours reproduite. Mais si les lois ont habituellement ce caractère, elles ne l'ont pas toujours ; il n'est donc pas essentiel.

Certaines lois n'ont qu'un intérêt local, comme celles qui autorisent une commune à faire un emprunt. Quelques-unes n'ont qu'un intérêt simplement individuel et n'en sont pas moins de véritables lois. En voici deux exemples.

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

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

« L'étranger naturalisé, dit l'article 1 de la loi du 11 décembre 1849, ne jouira du droit d'éligibilité à l'assemblée nationale qu'en vertu d'une loi. » Supprimée en 1867, la distinction entre la naturalisation simple et la grande naturalisation fut rétablie en 1889 : « L'étranger naturalisé, dit l'article 3 de la loi du 26 juin 1889, n'est éligible aux assemblées législatives que dix ans après le décret de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai. Le délai pourra être réduit à une année. » Ajoutons que, depuis la loi du 10 août 1927, un décret suffit pour concéder aux naturalisés l'éligibilité immédiate aux fonctions électives (article 11).

2° La loi du 12 mai 1835 (article 1) interdit à l'avenir toute institution de majorats par décret, ce qui n'interdit pas les créations de majorats par voie législative. C'est ainsi qu'une loi des 18-21 mars 1857 a institué un majorat en faveur du maréchal Pélissier, duc de Malakoff. Dans le même ordre d'idées, plusieurs lois sont intervenues pour autoriser des titulaires de majorats à aliéner certains biens compris dans leur majorat ¹. Toutes ces lois ont un caractère individuel.

54. Dès lors, le seul caractère essentiel de la loi, au sens technique du mot, est d'être une décision émanant du pouvoir le plus élevé de l'Etat, le pouvoir législatif. Les constitutions et chartes qui se sont succédé en France depuis 1789 ont diversement organisé l'exercice de l'autorité législative. Ici, elle a été exercée par une chambre unique ; là, comme de nos jours, par deux Chambres : le Sénat et la Chambre des députés. Ici, le Gouvernement a participé à l'exercice de l'autorité législative ; là, il y est resté étranger, comme il l'est aujourd'hui, sauf qu'il a le droit d'initiative concurremment avec les membres du Parlement. Un point reste toujours acquis, c'est que la loi est la règle tracée par le pouvoir législatif.

Dans l'état actuel de nos institutions, on peut la définir ainsi : une disposition qui, après avoir été proposée par le Président de la République ou par un membre du Parlement, a été votée par la Chambre et par le Sénat. Possèdent ce caractère : les lois d'ordre général, directement préparées,

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

discutées et votées par les Chambres, — certains traités internationaux et certains règlements approuvés par une loi, comme les traités de paix et les tarifs de chemins de fer. Dans tous ces cas, il y a loi, car il y a une décision qui émane du pouvoir le plus élevé de l'Etat, le pouvoir législatif.

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

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

Officiellement, le nom de Code n'a été donné qu'aux lois suivantes :

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

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

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

4° Les deux Codes militaires : le Code de justice mili-

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

taire pour l'armée de terre (9 mars 1928) et le Code de justice militaire pour l'armée de mer (4 juin 1858).

5° Le Code du travail et de la prévoyance sociale (loi du 28 décembre 1910 et lois suivantes), qui n'est point achevé.

6° Le Code rural, qui n'est pas davantage achevé.

7° Le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande (17 décembre 1926).

56. Tels sont les seuls Codes reconnus officiellement comme tels. On commet une inexactitude, même une usurpation, quand on donne ce nom à d'autres lois ; usurpation sans gravité d'ailleurs et que l'on peut commettre sans courir aucun risque.

Ajoutons deux observations.

1° Il existe des compilations où le nom de Code est donné à la réunion de lois se rapportant à un même sujet. C'est ainsi qu'une vieille compilation était intitulée : *Les Codes usuels et spéciaux de la législation française* ; l'auteur¹ avait réuni sous ce titre 28 compilations, qu'il appelait des codes : Code de la chasse, Code des contributions, Code des officiers ministériels, etc. Plus près de nous, la librairie Dalloz a publié un recueil de textes administratifs sous le titre *Code administratif*.

2° Au cours des quinze dernières années, il a été fait des codifications officielles, qui ont été promulguées les unes sous la forme d'une loi, les autres sous la forme d'un décret. Citons, à titre d'exemple, la loi du 5 décembre 1922, portant codification des lois sur les habitations à bon marché, — et les six décrets en date du 28 décembre 1926, portant respectivement codification des textes relatifs aux matières suivantes : douanes, contributions indirectes, timbre, enregistrement, valeurs mobilières, impôts sur le chiffre d'affaires. Il est à noter, d'ailleurs, que la rubrique de ces lois et décrets, si elle énonce qu'ils portent codification, ne leur donne pas le nom de Codes. Il en faut dire autant du décret du 27 mai 1921, *concernant la réglementation et l'usage des voies ouvertes à la circulation publique*, auquel on donne couramment et inexactement le nom de *Code de la route* ; mais il convient d'ajouter que le décret du 31 décembre 1922, abrogeant celui de 1921, lui donne ce nom ; la rubrique est, en effet la

1. Bacqua de Labarthe.

suivante : décret du 31 décembre 1933, *abrogeant le décret du 21 mai 1922 (Code de la route) et portant règlement général sur la police de la circulation et du roulage*. En résumé, ces diverses compilations ne portent ni surtout ne méritent le nom de codes ; un auteur récent leur a fait encore trop d'honneur en les appelant les Codes mineurs ¹.

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

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

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

Les décrets-lois se réfèrent à diverses époques.

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

Les Etats généraux s'étant constitués en Assemblée na-

1. Jossierand, *Cours de droit civil*, I, n° 34 bis.

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

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

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

Dans l'acte constitutionnel du 24 juin 1793, qui ne fut jamais appliqué, on retrouve le nom de *loi* en opposition avec celui de *décret*. L'article 53 porte : « Le Corps législatif pro-

1. Titre III, chap. III, sect. 3, art. 6.

2. *Eod. loco*, art. 7 et 8.

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

« pose des lois et rend des décrets. » Les lois proposées par le Corps législatif doivent être soumises à l'acceptation du peuple ; les décrets valent par eux-mêmes. Les articles 54 et 55 déterminent le domaine de la loi et celui du décret : d'une manière très générale, la loi comprend toutes les décisions générales touchant à l'ordre civil et criminel, tandis que les décrets sont relatifs aux actes d'administration. Ce sont des décrets-lois, en ce sens qu'ils auraient pu abroger des lois antérieures.

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

La démarcation entre le pouvoir législatif, qui peut faire des lois, et le pouvoir exécutif, qui ne peut faire que des décrets relatifs à l'exécution des lois, n'apparaît nette et désormais respectée qu'avec la Constitution directoriale du 5 fructidor an III. L'autorité législative est confiée à deux Conseils, celui des Anciens et celui des Cinq-Cents. L'autorité exécutive est déléguée à un Directoire de cinq membres, nommé par les Conseils ; il fait des arrêtés réglementaires, c'est-à-dire ce que nous nommons aujourd'hui des décrets ; il ne peut les faire que d'après les lois et pour en assurer l'exécution (article 144). Voilà le domaine du décret.

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

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

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

60. Décrets-lois postérieurs à l'époque révolutionnaire. —

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

En 1848 d'abord : du 24 février au 4 mai, date de la réunion de l'Assemblée nationale constituante.

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

La situation a duré jusqu'au 4 mai ; elle s'est même prolongée après cette date, jusqu'à la mise en vigueur de la Constitution du 4 novembre 1848. Les décisions de l'Assemblée nationale constituante continuèrent à s'appeler des décrets et c'est seulement après la réunion de l'Assemblée législative (28 mai 1849) que les lois proprement dites repaurent.

En 1851-52 : du 2 décembre 1851 jusqu'à la mise à exécution de la Constitution du 14 janvier 1852, c'est-à-dire jusqu'au 29 mars 1852.

Les décrets rendus dans cette période émanent d'une dictature et non d'un pouvoir régulier ; mais les pouvoirs réguliers avaient disparu : le prince-président possédait, en fait, la plénitude des attributions souveraines et put faire par des décrets ce qu'en temps normal la loi seule eût pu faire. Ce sont encore des décrets-lois.

D'ailleurs la situation fut régularisée dans la suite. La Constitution du 14 janvier 1852 porte dans son article 58 : « Les décrets rendus par le Président de la République à partir du 2 décembre jusqu'à cette époque auront force de loi. »

En 1870-71 : du 4 septembre 1870, date de la chute du second Empire, au 12 février 1871, date de la réunion de l'Assemblée nationale.

Le Gouvernement de la Défense nationale et la Délégation de Tours se trouvaient investis à la fois des deux autorités législative et exécutive. Leurs décisions sont des décrets-lois. Il s'est cependant présenté une difficulté après le rétablissement des pouvoirs réguliers. Le nom que s'était donné le Gouvernement de la Défense nationale lui conférait une mission spéciale. Tous les décrets se rattachant directement ou indirectement à la défense nationale ont été admis sans conteste comme décrets-lois ; mais devait-il en être de même des décrets rendus sur les matières législatives ordinaires ? Il en est et qui sont des plus graves. Certains ont modifié des dispositions du Code civil, notamment l'article 1^{er} en matière de promulgation des lois ; d'autres ont modifié des dispositions du Code pénal ¹. Ces décrets ont-ils force de loi ? La question fut soulevée à l'Assemblée nationale ; un rapport fut fait, déposé le 24 février 1872, et aucune résolution précise n'intervint. On décida qu'un départ serait ultérieurement établi entre les décrets maintenus et les décrets écartés ; mais il ne l'a pas été : malgré les indécisions de la première heure ², tous les décrets ont été considérés, en fait, comme ayant force de loi.

61. Les époques qui viennent d'être indiquées sont les seules où il ait été rendu de véritables décrets-lois, c'est-à-dire des actes du chef de l'Etat ayant par eux-mêmes l'autorité d'une loi. Tout autre est le caractère de décrets, auxquels on donne parfois et inexactement le nom de décrets-lois, et qui ont été rendus soit pendant la guerre de 1914-1918, soit en exécution de la loi du 3 août 1926.

Dès le début de la guerre et à diverses reprises au cours des hostilités, le législateur a autorisé le gouvernement à prendre, par décrets rendus en Conseil des ministres, diverses mesures rendues nécessaires par les circonstances et cela soit en modifiant la législation en vigueur, soit en édictant des règles sur des matières normalement réservées à la compétence du législateur. Les décrets rendus en vertu de cette autorisation ont l'autorité d'une loi ; mais ils n'ont pas cette autorité par eux-mêmes ; en réalité, l'autorité dont ils sont

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

2. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v^o *Lois*, n^o 14.

pourvus leur est, en quelque sorte, communiquée par la loi sous le couvert de laquelle ils sont intervenus ¹.

Il en est de même pour les décrets rendus en exécution de la loi du 3 août 1926. L'article 1 de cette loi autorise le gouvernement à procéder par décret, jusqu'au 31 décembre 1926, à la réalisation d'économies dans les services administratifs. C'est en vertu de cette autorisation qu'ont été pris un certain nombre de décrets, notamment ceux du 6 septembre et du 5 novembre 1926 sur l'organisation judiciaire et, d'autre part, les décrets de codification dont il a été parlé précédemment ² : tous décrets ayant l'autorité de lois. Mais l'autorité qui leur appartient a sa source dans la loi même de 1926, à laquelle ils se rattachent ³. Au surplus, l'article 1^{er} de la loi s'exprime-t-il ainsi : « Lorsque ces mesures nécessiteront soit des modifications à des organisations, formalités ou procédures fixées par la loi, soit des annulations ou transports de crédits, elles devront être soumises à la ratification des Chambres dans un délai de trois mois » ; d'où il suit que l'autorité communiquée à ces décrets par la loi de 1926 n'a qu'un caractère provisoire ⁴.

En résumé, les seuls décrets-lois méritant cette qualification sont ceux qui ont été rendus aux diverses époques que nous avons indiquées.

62. Difficulté relative à l'interprétation et à la modification des décrets-lois. — A propos de ces décrets-lois, pro-

1. Voy. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édition, IV, p. 768 et suiv.

2. *Supra*, n° 56.

3. Cpr. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e édition, publiée par Georges Ripert, t. I, 1932, p. 75.

4. Ce qui vient d'être dit des décrets rendus en exécution de la loi du 3 août 1926 doit être répété en ce qui concerne les décrets rendus pour l'introduction en Alsace et Lorraine de certaines lois françaises. Cpr. *supra*, n° 32, et *infra*, n° 127

L'article 3 de la loi du 17 octobre 1919 est ainsi conçu : « les territoires d'Alsace et de Lorraine continuent, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à l'introduction des lois françaises, à être régis par les dispositions législatives et réglementaires qui y sont actuellement en vigueur. »

L'article 4 alinéa 1 pose en principe que « la législation française sera introduite dans lesdits territoires par des lois spéciales qui fixeront les modalités et délais de son application ».

L'alinéa 2 continue : « Toutefois, les dispositions de la législation française dont l'introduction présenterait un caractère d'urgence pourront être déclarées applicables par décret rendu sur la proposition du président du Conseil et après rapport du commissaire général de la République. »

Et l'alinéa 3 ajoute : « Ces décrets seront soumis à la ratification des Chambres dans le délai d'un mois. »

prement dits, une difficulté s'est élevée dans la pratique. Elle ne concerne pas les décrets rendus de 1789 à l'an III ; ceux-là sont bien des lois, au sens précis du mot ; si on leur donne le nom de décrets, cela tient aux habitudes de langage signalées plus haut. La difficulté ne concerne que les décrets rendus en 1848, en 1851-52 et en 1870-71.

Voici en quoi elle consiste. Il est certain que ces décrets ont pu modifier ou abroger des lois antérieures ; les autorités dont ils émanent se trouvaient investies de la plénitude des attributions souveraines, notamment du pouvoir législatif. Mais tous les décrets rendus pendant les périodes signalées sont-ils des décrets-lois, en ce sens qu'ils ne puissent être eux-mêmes modifiés que par des lois ? Aucun doute n'existe pour ceux d'entre eux qui ont statué sur des matières législatives, c'est-à-dire sur des matières qui, sans les circonstances, n'auraient pu être réglées que par une loi ; mais en est-il de même pour ceux qui ont statué sur des matières réglementaires, c'est-à-dire sur des matières qui auraient pu faire l'objet de décrets, si les circonstances avaient été régulières ? En d'autres termes, de ce que les autorités exécutives ont pu, aux époques indiquées, statuer en matière législative, faut-il conclure que toutes les décisions prises par ces autorités se sont trouvées avoir le caractère de lois, même celles qui rentraient dans l'ordre exécutif ?

La question est délicate. En effet, si la distinction entre les matières législatives et réglementaires, entre les domaines de la loi et du décret, est formelle en doctrine, elle l'est moins en fait.

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

dictatoriale ; d'où cette conséquence que le décret du 6 décembre 1851 est un décret-loi, ne pouvant être modifié que par une loi.

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

La solution qui a prévalu devant les Chambres paraît légitime. En effet, si le Gouvernement, aux époques indiquées, s'est trouvé investi de l'autorité législative, il n'en avait pas moins l'autorité exécutive ; dès lors, il y aurait excès à regarder comme des décrets législatifs ceux de ses actes qui sont intervenus en matière réglementaire. Sans doute il a été rendu des décrets législatifs en 1848, en 1851-52, en 1870-71 ; mais tous les décrets rendus à ces trois époques n'ont pas ce caractère. Il n'appartient qu'à ceux qui ont statué sur des matières qu'une loi seule aurait pu régler si l'on avait été dans d'autres circonstances, qui ont statué en matière législative et non en matière simplement administrative. On ne peut vraiment pas soutenir que les matières administratives sont devenues législatives en 1848, en 1851-52, en 1870-71, et qu'il faut désormais soumettre aux Chambres toutes les questions sur lesquelles, à ces trois époques, il est intervenu des décrets.

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

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

63. Lois ordinaires, organiques et constitutionnelles. —

Pour en finir avec la loi, envisagée comme source du droit écrit actuel, il convient d'ajouter une dernière remarque : c'est qu'il existe, au moins dans la pratique française, plusieurs sortes de lois. Toute loi est obligatoire par là même qu'elle émane de l'autorité législative, la plus haute qui soit : obligatoire pour le Gouvernement, chargé de pourvoir à l'exécution des lois, — pour les juges, qui appliquent les lois en cas de contestation, — pour les particuliers, qui doivent obéissance aux lois. Toutes les lois ont cette autorité ; mais il en est, au moins en France, qui ont une autorité particulière et plus grande : les lois constitutionnelles, qui doivent être distinguées des lois organiques et des lois ordinaires ou simples ¹.

Les lois constitutionnelles sont celles qui règlent le régime politique de l'Etat, la forme du gouvernement, les attributions des dépositaires du pouvoir, en un mot la constitution de l'Etat. Le mot Constitution exprime à la fois la forme de l'Etat et l'acte qui la fixe. Cet acte, c'est la Constitution ; on l'a appelé quelquefois la Charte ; à l'heure actuelle, ce sont les lois constitutionnelles de 1875, de 1879, de 1884 et de 1926. Les lois organiques sont encore des lois d'ordre politique ; elles ont pour objet de régler le mode d'action de l'Etat, dont la forme est établie par les lois constitutionnelles ; elles ne fondent pas l'Etat, elles l'organisent. Enfin, les lois ordinaires ou simples sont celles qui règlent tous les autres points rentrant dans le domaine législatif.

Il y a des pays voisins du nôtre qui ne font pas cette distinction. Les lois constitutionnelles, organiques et simples y sont différentes par leur objet, mais elles émanent également du pouvoir législatif, qui les élabore, les modifie ou les abroge de la même manière. Ainsi pour l'Angleterre. Dans les pays démocratiques, où les entraînements sont plus à craindre, on a généralement senti la nécessité de donner aux

1. Si les lois constitutionnelles ont une autorité plus grande que les lois organiques ou ordinaires, les lois organiques ont la même autorité que les lois ordinaires. Elles ne s'en distinguent que par leur objet, qui avoisine celui de la constitution.

Aussi bien, la notion même des lois organiques est-elle assez vague et flottante ; cette qualification a été donnée, en 1875, aux lois du 2 août et du 30 novembre, concernant l'élection des sénateurs et des députés. En réalité, les lois dites organiques ne sont pas autre chose que des lois ordinaires, que l'on nomme organiques pour marquer, en quelque sorte, l'éminence de leur objet.

lois constitutionnelles, qui sont fondamentales, une autorité supérieure, de leur assurer une stabilité plus grande. Il n'est bon ni pour l'individu ni pour l'Etat de trop tourmenter sa constitution ; on ne fonde pas tous les jours ; il faut donner un temps au développement et à la vie. Or on peut arriver à donner à certaines lois une stabilité plus grande de deux manières, et les deux procédés ont été successivement employés en France.

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

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

1. Sur la question de savoir si l'Assemblée nationale de 1871 avait le pouvoir constituant, voy. Lefebvre, *Les origines et l'esprit de la Constitution de 1875*, p. 2. — Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 8^e éd., II, p. 4.

2. Une règle de droit peut être déconstitutionnalisée par décision expresse de l'autorité compétente. C'est ce qui s'est produit, en 1884, pour certaines règles relatives à l'élection des sénateurs. D'autre part, il est admis que certaines règles inscrites dans une constitution peuvent survivre à cette constitution en gardant le caractère de règles législatives ordinaires. Les dispositions insérées dans une constitution lui survivent lorsqu'elles sont constitutionnelles seulement par la forme et ne le sont pas naturellement par leur objet ; redevenues simples lois, elles peuvent être modifiées par le législateur ordinaire. C'est la doctrine admise en ce qui concerne : 1^o l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, relatif à la responsabilité des fonctionnaires publics. — 2^o les articles 2 à 5 de la même Constitution, relatifs à l'acquisition et à la perte de la qualité de citoyen. — 3^o l'article 5 de la Constitution de 1848, portant que la peine de mort est abolie en matière politique. Voy. Esmein, 8^e éd., I, p. 620 et 621.

Inversement, une règle de droit peut être constitutionnalisée par décision expresse de l'autorité compétente. C'est ainsi que la loi constitutionnelle du 10 août 1926 a attribué le caractère constitutionnel à diverses règles concernant l'autonomie de la caisse de gestion des bons de la défense nationale et d'amortissement de la dette publique.

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

En premier lieu, il convient de restreindre dans les limites les plus étroites le domaine des lois constitutionnelles. Doivent seules être considérées comme ayant ce caractère celles qui ont trait au régime politique proprement dit, à la forme et aux attributions du gouvernement ; tout le reste appartient à la loi, organique ou simple. C'est ainsi que la loi de revision de 1884 a détaché de la Constitution et fait rentrer dans la loi simple tout ce qui a trait à l'élection des sénateurs ; elle a, en d'autres termes, déconstitutionnalisé la loi électorale du Sénat.

En second lieu, si on distingue toujours les lois constitutionnelles des lois ordinaires, on ne distingue plus le pouvoir constituant du pouvoir simplement législatif. C'est le pouvoir législatif ordinaire qui est compétent pour reviser le pacte fondamental, comme pour modifier les lois ordinaires. Seulement le mode de procéder n'est pas le même dans les deux cas ; une procédure spéciale est tracée pour la revision de la Constitution, et c'est la nécessité d'y recourir qui donne à la loi constitutionnelle une autorité plus grande, une stabilité mieux assurée. La distinction est maintenue ; elle ne se produit pas sous la même forme que précédemment. La loi constitutionnelle du 25 février 1875, dans son article 8, règle comment les Chambres, sans qu'il soit besoin de recourir à une assemblée constituante, peuvent reviser la Constitution. Il faut un vote préalable et séparé des deux Chambres, déclarant qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles ;

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

64. Lois inconstitutionnelles. — Une question souvent agitée est celle de savoir ce qu'il adviendrait d'une loi qui serait entachée d'inconstitutionnalité. Quelle est l'autorité compétente pour déclarer l'inconstitutionnalité ?

Le pouvoir judiciaire n'a pas qualité pour juger la loi elle-même, car elle émane d'un pouvoir dont l'autorité est supérieure à celle des tribunaux. Mais ceux-ci n'ont-ils pas au moins le droit d'examiner si l'acte qu'on leur demande d'appliquer est bien une loi, ce qui suppose qu'il émane d'un pouvoir compétent, agissant dans la limite de ses attributions ?

Théoriquement, la loi inconstitutionnelle est nulle. Cependant l'opinion commune est qu'une loi, dès qu'elle a été portée dans les formes constitutionnelles, est obligatoire pour le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire et les particuliers. Aucune disposition, en effet, n'autorise le juge à ne pas l'appliquer. Dans notre organisation politique, le pouvoir législatif est indépendant du pouvoir judiciaire ; par cela seul que la Constitution n'accorde pas aux tribunaux le droit de statuer sur la constitutionnalité des lois, elle le leur refuse¹.

Il en est autrement dans quelques pays. Aux Etats-Unis, la Constitution donne à la haute cour fédérale le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois². Peut-être y a-t-il là une précieuse garantie de liberté civile, qui n'existe pas chez nous ; mais la Constitution américaine confère au pouvoir judiciaire une attribution qui ne cadre pas avec l'organisation et la mission générale qu'a ce pouvoir chez nous³.

1. Laurent, *Principes de droit civil*, I, p. 67 ; Dalloz, *Répertoire*, v° *Lois*, nos 475 et 527 ; Duez, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, dans les *Mélanges Hauriou*, 1929.

2. Constitution du 27 septembre 1787, article III, section 2.

3. En France, sous le régime de la Constitution de l'an VIII, le Sénat conservateur avait un certain pouvoir de prononcer l'inconstitutionnalité des lois : les projets votés par le corps législatif n'étaient promulgués qu'après un délai de dix jours, pendant lequel ils pouvaient être déférés au Sénat par le Tribunat et par le Gouvernement et annulés par le Sénat comme inconstitutionnels (art. 21 et 37). Le sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18 mai 1804) donna même au Sénat le droit de prononcer d'office l'annulation pour cette cause

b) LES ORDONNANCES ET DÉCRETS

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

Lois et décrets n'ont donc pas la même origine.

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

66. Domaines de la loi et du décret. — La différence est donc grande entre les lois et les décrets. La question se pose de savoir ce qui peut être réglé par un décret, ce qui doit l'être par une loi, quelles matières sont du domaine de la loi ou du décret.

Déjà rencontrée à propos des lois, la question trouve ici sa place naturelle.

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

(art. 70). Quoi qu'il en soit, le droit du Sénat ne concernait pas les lois mais les projets votés et non encore promulgués : « Le recours n'a pas lieu contre les lois promulguées », dit l'article 37 de la Constitution. L'analogie est donc lointaine entre le système de l'an VIII et celui des Américains. Le système de l'an VIII a été reproduit, dans ses traits essentiels, par la Constitution du 14 janvier 1852 (art. 26).

stabilité, de permanence ; l'application peut être variable selon les temps ou les lieux : on peut se contenter de formes moins solennelles, plus rapides, et l'intervention du seul pouvoir exécutif suffit.

Mais ce n'est là qu'une idée générale, qui ne suffit pas à résoudre la question avec la précision nécessaire au point de vue pratique. En fait, la démarcation ne peut être tracée d'une manière rigoureuse. Voici quelles sont à cet égard les idées reçues.

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

Les lois constitutionnelles ont à plusieurs reprises consacré formellement ces idées.

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

« ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans
« pouvoir jamais suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser
« de leur exécution. »

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

68. Décrets entachés d'illégalité. — Cette démarcation est regardée comme essentielle à la liberté politique ; c'est elle qui, en réalité, sépare les gouvernements libres des despotiques. Là où le pouvoir exécutif peut légiférer sous forme de décret, en dehors des représentants du pays, le pays n'est plus maître de lui-même.

En fait, il est nécessaire d'ajouter que la démarcation n'a pas toujours été respectée. Outre qu'il peut y avoir des cas où la question de limite est discutable, il y a eu des cas d'abus certains, dans lesquels des ordonnances ou décrets ont empiété sur le domaine de la loi. Il en a été ainsi notamment sous le premier Empire. Certains décrets de cette époque seront cités plus loin, qui ont statué, sans conteste possible, sur des matières législatives, traitées dans les premiers articles du Code civil. Aussi des doutes se sont élevés à plusieurs reprises, dans la pratique, sur la constitutionnalité de ces décrets, sur la question de savoir si un décret est obligatoire quand il a été rendu en dehors de la limite constitutionnelle du pouvoir réglementaire.

Voici quelles sont à cet égard les solutions admises.

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

dit la jurisprudence, puisqu'ils n'ont pas été annulés par l'autorité compétente ¹.

Sous l'empire des Chartes de 1814 et de 1830, aucune autorité n'était chargée de statuer sur le sort des ordonnances susceptibles d'être attaquées comme inconstitutionnelles. D'où l'on conclut que le pouvoir d'en apprécier la constitutionnalité et la force obligatoire est abandonné aux tribunaux. A plusieurs reprises, les tribunaux, plus indépendants que le Sénat de l'Empire, ont fait usage de ce pouvoir ².

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

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

c) QUELQUES SÉNATUS-CONSULTES

69. Les sénatus-consultes. — C'est une source tarie, qui se réfère à des époques closes. Comme leur nom l'indique, les sénatus-consultes sont des actes émanés du Sénat seul, c'est-à-dire d'un corps qui ne possède pas l'autorité législa-

1. Voy. les décisions citées dans Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e édition, I, p. 12, § 5, notes 5 et 6.

2. Voy. les décisions citées dans Aubry et Rau, 5^e éd., I, § 5, p. 13, note 8.

tive, mais concourt seulement à l'exercice de cette autorité. Par suite, ils n'ont compétence ni quant aux matières législatives, qui sont du domaine de la loi, ni quant aux matières réglementaires, ni, à plus forte raison, quant aux matières constitutionnelles. Leur domaine est tout spécial.

On les rencontre dans le droit moderne sous les deux Empires.

Les constitutions de ces deux régimes ont établi comme rouage du pouvoir législatif un Sénat ayant certaines attributions propres et pouvant voter seul des résolutions obligatoires. Il y a bien un Sénat aujourd'hui, mais il n'a pas de pouvoir propre ; il est un des organes du pouvoir législatif ; seul, il ne peut voter aucune disposition obligatoire : il ne peut donc émettre de sénatus-consultes.

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

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

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

d) AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT

70. Avis d'interprétation législative et d'interprétation judiciaire. — Ces avis ont une importance très supérieure à celle des sénatus-consultes.

Les attributions du Conseil d'État ont subi bien des variations. Nous n'avons à parler ici que d'une de ces attributions, qu'il a eue pendant un temps limité et qu'il n'a plus aujourd'hui : celle d'émettre des avis obligatoires.

71. Le Conseil d'État a eu, sous le Consulat, sous le premier Empire et pendant une partie de la Restauration, le pouvoir d'interpréter les lois, de fixer le sens des textes en cas de doute. Il le faisait précisément au moyen d'avis. Il y a deux sortes d'avis, qui n'ont pas la même autorité : les avis sur renvoi administratif et les avis sur référé judiciaire.

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

Premier document. — C'est le règlement ou décret du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1800) sur l'organisation du Conseil d'État : « Le Conseil d'État, dit l'article 11, développe « le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les Consuls « des questions qui leur ont été présentées. » Ce texte confère au Conseil le droit d'interprétation par voie d'autorité législative. En présence d'une loi obscure, le Conseil d'État, sur la demande des Consuls, en fixe le sens et détermine comment elle devra désormais être appliquée. Les avis qui interviennent de la sorte sont les *avis sur renvoi des Consuls* ; ils doivent être soumis à l'approbation du premier Consul et, à la suite de cette approbation, sont censés faire partie des lois.

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

Le pouvoir pour le Conseil d'État de rendre ces avis tenait à l'organisation politique de l'Empire. Aussi fut-il contesté sous la Restauration. Dès le début de ce régime, on soutint avec apparence de raison que la Charte de 1814 avait virtuellement enlevé au Conseil d'État les attributions résultant pour lui de l'organisation d'un régime disparu. La question resta d'abord indécise, puis le Conseil d'État lui-même reconnut, par un avis du 17 décembre 1823 ³, qu'il n'avait plus le droit d'interprétation législative, mais seulement le droit d'interprétation judiciaire, à lui conféré par la loi du 16 septembre 1807, dont il sera parlé plus loin.

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

Second document. — C'est la loi du 16 septembre 1807, dont l'article 2 confère au Conseil d'État la mission d'interpréter les lois incidemment à une instance judiciaire, en cas de conflit entre la Cour de cassation et les autres tribunaux. Voici quelle est l'hypothèse dans laquelle s'exerce ce droit dit d'interprétation judiciaire. Le Conseil d'État intervient quand, dans la même affaire, la Cour de cassation annule deux arrêts ou jugements rendus en dernier ressort. Le référé

1. Cass., 19 octobre 1808, Sir. 1809, p. 46.

2. Aubry et Rau, 5^e édit., I, p. 15, notes 14 et 15 ; I, p. 10.

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

au Conseil est obligatoire. Dans ce cas encore, le Conseil d'État rend des avis obligatoires ; mais, à l'inverse des avis valant loi, ils ne sont obligatoires que dans l'affaire à propos de laquelle ils ont été donnés.

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

Le droit de donner des avis sur référé obligatoire, en vertu de la loi du 16 septembre 1807, survécut au droit d'avis accordé au Conseil d'État par le décret du 5 nivôse an VIII. En 1823, par l'avis déjà cité du 17 décembre, le Conseil d'État reconnut qu'il avait encore le droit d'avis conféré en 1807, mais qu'il n'avait que celui-là. Il le conserva jusqu'à la loi du 30 juillet 1828, qui le lui retira pour le transférer au pouvoir législatif. Le transfert était rationnel, car c'est à celui qui fait la loi qu'il appartient d'en fixer le sens, en cas de doute, d'une manière obligatoire pour le juge, et cela non seulement d'une façon générale, mais même en vue d'un procès spécial. Les romains exprimaient déjà cette idée dans l'adage *Ejus est interpretari legem cujus est condere*¹.

72. En résumé, il existe deux sortes d'avis du Conseil d'État :

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

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

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

D'où nous concluons qu'il n'est pas intervenu d'avis valant interprétation législative depuis 1814 et qu'il n'est pas intervenu d'avis valant interprétation judiciaire depuis 1828.

73. Simples avis ou consultations. — Cependant, depuis les dates qui viennent d'être indiquées, le Conseil d'État a donné des avis et il en donne encore. La loi organique actuelle du Conseil d'État porte que le Conseil donne son avis sur un certain nombre d'affaires énumérées au texte et généralement sur toutes les questions qui lui sont soumises par le Président de la République ou par les ministres¹. Seulement il faut bien remarquer que ces avis ne peuvent plus, à aucun titre, compter parmi les sources du droit. Ce ne sont plus que des consultations données aux ministres qui les demandent.

e) CERTAINS RÈGLEMENTS

FAITS PAR L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE

74. Pouvoir réglementaire. — Les règlements dont il s'agit sont les actes émanés de ce qu'on appelle, en droit constitutionnel, le pouvoir réglementaire, ou pouvoir de faire des règlements obligatoires ayant force législative.

Ce pouvoir réglementaire, l'autorité exécutive, d'une façon générale, le possède par la nature même et le caractère de

1. Loi du 24 mai 1872, portant réorganisation du Conseil d'État. « Le Conseil d'État donne son avis : 1° sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée nationale juge à propos de lui renvoyer ; 2° sur les projets de loi préparés par le gouvernement et qu'un décret spécial ordonne de soumettre au Conseil d'État ; 3° sur les projets de décret, et, en général, sur toutes les questions qui lui sont soumises par le président de la République ou par les ministres. Il est appelé nécessairement à donner son avis sur les règlements d'administration publique et sur les décrets en forme de règlements d'administration publique... (art. 8). »

son rôle dans l'organisation de l'État. De là les décrets, qu'on a appelés jadis ordonnances, et qui arrêtent, nous l'avons vu, tout ce qui est nécessaire à l'exécution des lois.

Outre l'autorité exécutive proprement dite, quelques autorités administratives ont le pouvoir réglementaire par suite d'une délégation formelle de la loi. Tantôt c'est une délégation accidentelle, écrite dans une loi spéciale et relative à l'objet de cette loi ; tantôt c'est une délégation permanente, écrite dans une loi générale et relative à des matières désignées. Dans les deux cas, la délégation vaut pouvoir de prendre des décisions d'ordre législatif.

Les dispositions ainsi introduites sont le complément prévu et voulu de la loi elle-même ; elles se confondent avec elle et possèdent la même autorité. De toutes les sources du droit écrit autres que la loi, c'est celle qui se rapproche le plus de la loi elle-même.

75. Les règlements administratifs sont de plusieurs sortes :

1^o Les règlements d'administration publique, faits par le Chef de l'État en exécution d'une délégation formelle écrite dans la loi. Souvent la loi décide qu'un décret sera fait en Conseil d'État pour édicter certaines dispositions complémentaires ; ce sont les règlements d'administration publique. Les idées les plus générales figurent seules dans la loi ; les détails techniques sont renvoyés au pouvoir réglementaire.

2^o Les règlements du chef de l'État faits par décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique et les décrets simples.

3^o Les règlements de police départementale et municipale, rendus par les préfets et par les maires. Ce n'est pas le moment d'établir l'étendue et la limite du pouvoir réglementaire des préfets et des maires ; il suffit de constater que ce pouvoir existe et de noter le caractère obligatoire des arrêtés pris en conséquence. C'est au juge auquel on demande l'application de ces actes d'apprécier leur caractère obligatoire, c'est-à-dire d'apprécier s'ils ont été rendus par un pouvoir compétent, dans la limite de ses attributions. Il n'est pas rare, à propos des arrêtés de police municipale, que la Cour de cassation en refuse l'application parce qu'ils ont été rendus en dehors du pouvoir des maires. Ces arrêtés peuvent intervenir dans un grand nombre de cas ; ils ont si bien force

de loi que leur exécution est assurée par une sanction pénale, inscrite dans l'article 471-15° du Code pénal.

4° Ce que la loi peut faire, un décret peut le faire aussi. Dans un décret, le chef de l'État peut déléguer à un ministre le droit de régler par un arrêté tel ou tel détail relatif à une disposition prise par le décret. Le règlement fait en exécution de la mission reçue a la même autorité que le décret.

f) LE BULLETIN DES LOIS ET LE JOURNAL OFFICIEL

76. Le Bulletin des lois. — Les actes qui forment, dans leur ensemble, le droit écrit de l'époque actuelle, qui en sont les sources, qui en contiennent les règles, ont été longtemps centralisés dans un recueil officiel unique, le *Bulletin des Lois*. Un tel recueil ne pouvait exister dans l'ancienne France, alors que chaque contrée avait sa coutume, chaque parlement sa pratique ; les sources devaient rester différenciées et locales. Dès que le droit devint un pour toute la France, un recueil unique et officiel devint possible ; ce fut le *Bulletin des Lois*, qui est l'expression de l'unité législative.

Il a été créé par un décret de la Convention du 14 frimaire an II (4 décembre 1793) et contient les lois à partir du 22 prairial an II (10 juin 1794). Les lois et décrets, depuis 1789 jusqu'à l'apparition du *Bulletin des Lois*, ont été recueillis dans deux collections officielles : la collection dite du Louvre et la collection dite de l'Imprimerie nationale. Elles furent un essai, qui aboutit à la création du *Bulletin des Lois*¹.

A partir de 1793, le *Bulletin des Lois* a été tenu sans interruption jusqu'en 1930, sous la direction du Ministère de la justice. Il comprend plus de trois cents volumes. Aussi n'est-ce pas chose facile de le consulter et il est nécessaire de présenter à cet égard quelques indications.

77. Le Bulletin est divisé en séries, dont chacune embrasse le temps d'un règne ou d'une forme de gouvernement. La dernière série est la douzième, qui s'est ouverte le 4 septembre 1870. La première série contient les actes de la Convention : il y en a 1.233 ; la seconde ceux du Direc-

1. Aubry et Rau, 5^e éd., I, § 26, p. 85 à 88.

toire : il y en a 3.535 ; la troisième ceux du Consulat : il y en a 3.846 et, parmi eux, le Code civil ; la quatrième ceux du premier Empire : il y en a 10.254 ; la cinquième ceux de la première Restauration, soit 841 : la sixième ceux des Cent Jours, soit 318 ; la septième ceux de la fin du règne de Louis XVIII, soit 17.812 ; la huitième ceux du règne de Charles X, soit 15.810 ; la neuvième ceux de la Monarchie de Juillet, au nombre de 99.000 ; la dixième ceux de la seconde République, au nombre de 4.606 ; la onzième ceux du second Empire : il y en a 45.594 ; la douzième contient plus de 80.000 actes.

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

78. Ce mode de classement et de désignation, fort simple en soi, n'empêche pas le Bulletin d'être d'un usage extrêmement difficile. D'abord, les lois, ordonnances, décrets, avis, etc., sont insérés pêle-mêle, sans classement méthodique. De plus, l'ordre d'insertion n'est pas conforme à l'ordre de confection des lois, décrets, etc. Ces actes sont exécutoires par l'insertion ; or il y en a qui sont pressés, d'autres qui le sont moins et dont on retarde l'insertion¹, de sorte que le classement n'est pas chronologique. Si l'on joint à cela que le Bulletin renferme une foule d'actes peu importants, notamment des décrets ayant un simple caractère individuel ou local, on comprend combien les recherches sont difficiles.

Aussi a-t-on, à plusieurs reprises, essayé d'y introduire quelque ordre et quelque méthode. A partir de la neuvième série, c'est-à-dire à partir de 1830, chaque série est divisée en deux parties, l'une appelée principale, l'autre supplémentaire. Le mode de citation se complique, dès lors, puisqu'il

1. Certains actes n'ont été insérés au *Bulletin* que plusieurs années après leur apparition. Un décret du 4 décembre 1810 a été inséré le 27 novembre 1847 un décret du 4 juillet 1885 l'a été en 1893.

devient nécessaire de dire à quelle partie le renvoi se réfère. Si c'est à la partie principale, l'usage est de ne rien ajouter. Par exemple, la citation Bul. XII, n° 1 signifie : douzième série, partie principale, premier acte. Si c'est à la partie supplémentaire, on l'indique par abréviation : Bul., XII, P. S., n° 1.

Quels documents sont insérés dans la partie principale, quels dans la partie supplémentaire ? Cela a été diversement réglé par les lois du 31 décembre 1831 et du 31 décembre 1835.

De 1831 à 1835, les lois seules figuraient dans la partie principale ; les ordonnances étaient réservées pour la partie supplémentaire. C'était un classement défectueux, établi par suite d'une idée très répandue, savoir que les lois statuent sur des objets d'intérêt général, tandis que les décrets et ordonnances statuent sur des objets d'intérêt individuel ou local. Or c'est une idée fautive ; la loi ne statue pas toujours sur des objets d'intérêt général¹ et, s'il y a des décrets qui n'ont qu'un intérêt individuel ou local, il en est, notamment ceux pris en vertu du pouvoir réglementaire, qui présentent un intérêt général, de même que la loi dont ils contiennent les détails d'exécution. Le classement était donc défectueux ; ce n'est pas la nature extérieure de l'acte qui doit décider du classement, mais le caractère interne et l'objet de cet acte.

L'expérience l'a révélé. Aussi, depuis 1835, on a mis dans la partie principale les lois et autres actes qui présentent un intérêt général, dans la partie supplémentaire les lois et autres actes qui ne présentent qu'un caractère individuel ou local.

79. Malgré ces réformes, le Bulletin est resté ce qu'il était au début : un chaos. Aussi l'habitude s'est-elle introduite d'y recourir le moins possible. Finalement, il a été supprimé par la loi du 19 avril 1930.

80. Le Journal officiel. — Nous verrons un peu plus loin² que le décret du 5 novembre 1870 a prescrit l'insertion des lois et décrets au *Journal officiel* et que cette insertion est la base de tout le système concernant la publication de ces lois et décrets. L'insertion au *Bulletin des lois* n'en a pas moins été maintenue jusqu'en 1930.

1. Voy. *suprà*, n° 53.

2. Voy. *infra*, dans notre *Explication au titre préliminaire du Code civil*, le commentaire de l'article 1.

81. Collections dues à l'initiative privée. — Dans la pratique journalière, le *Bulletin des lois* et le *Journal officiel* sont avantageusement remplacés par des collections dues à l'initiative privée, dans lesquelles on a réuni, d'une façon plus ou moins large, les textes législatifs les plus importants. Les unes sont fort peu étendues et ne contiennent que les lois d'une application journalière ; tels sont, par exemple, les Codes Tripiier ou Rivière. Les autres, plus considérables, reproduisent toute la partie principale du *Bulletin des lois* et prennent la forme d'une publication périodique ; il en existe un assez grand nombre, parmi lesquels on peut citer les recueils de jurisprudence de Dalloz et de Sirey, qui contiennent des textes législatifs dans leur dernière partie ¹.

B. — Le droit non écrit

a) COUTUMES ET USAGES

82. La coutume. — On a dit d'elle qu'elle est « le droit se satisfaisant lui-même par une sorte d'instinct supérieur. » C'est cette partie du droit qui se forme peu à peu par la pratique, par l'assentiment tacite, sans l'intervention des pouvoirs publics, qui s'implante et s'impose par la tradition. La coutume introduit des règles qui finissent par n'être pas moins obligatoires que la loi proprement dite.

Si on laisse les apparences pour regarder le fond des choses, la différence apparaît peu sensible entre le droit écrit et le droit coutumier. Les pouvoirs publics, en effet, ont toujours été considérés comme les délégués du peuple ; directement ou indirectement, c'est donc toujours l'assentiment populaire qui introduit les règles obligatoires ; il les consacre directement dans la coutume, indirectement dans la loi ; sous les deux formes, on trouve toujours des arrangements convenus et consentis. L'observation a été faite depuis longtemps par les jurisconsultes romains : « *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum, nam quum ipsae leges nulla alia*

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

« *ex causa nos teneant quam quod iudicio populi receptae sunt,*
 « *merito et ea quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt*
 « *omnes ; nam quid interest suffragio populus voluntatem*
 « *suam declaret, an rebus ipsis et factis*¹ ? » La loi et la coutume sont donc même chose sous des apparences différentes, et il est tout naturel que la coutume, quand elle est bien implantée et générale, soit obligatoire comme la loi.

83. Il y a eu et il y a encore des sociétés n'ayant que des coutumes et pas de lois. L'ancienne France a été dans ce cas pendant plusieurs siècles.

Dans les temps modernes, avec l'habitude déjà ancienne des lois codifiées, arrêtées de manière à assurer aux intérêts une stabilité et une sécurité complètes, l'existence de coutumes à côté de la loi écrite surprend davantage. Toutefois, si le droit écrit a ordinairement la part la plus considérable, si l'importance pratique de la coutume a diminué, le droit non écrit n'a pas disparu. Même, c'est à l'étendue de l'autorité reconnue au droit coutumier que l'on peut mesurer le degré d'influence et la force qu'a l'opinion publique dans un pays à une époque déterminée. L'Angleterre, où l'opinion publique est si prépondérante et si forte, n'avait guère, au XIX^e siècle, qu'un droit coutumier : la *common law* ; aujourd'hui encore, malgré le développement considérable du droit écrit ou *statute law*, le droit coutumier y tient encore une place très large.

84. La force de la coutume a cependant été contestée. On a soutenu que la volonté populaire, pour être obligatoire en France, doit avoir été exprimée par les organes désignés à cette fin par les lois constitutionnelles, votée et promulguée dans les formes constitutionnelles².

Mais il y a là une confusion. La loi proprement dite est un moyen perfectionné de production du droit ; aussi les dispositions de la loi jouissent-elles d'une autorité plus stable. Cela n'empêche pas une production naturelle du droit par la vie elle-même. Les formes constitutionnelles concernent la loi proprement dite et non cette formation spontanée du droit que l'observation des faits ne peut pas ne pas constater.

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

2. Esmein, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 583.

85. Il faut distinguer la coutume proprement dite des pratiques ou usages conventionnels.

86. **Coutume proprement dite.** — Deux caractères la distinguent. En premier lieu, c'est une règle depuis longtemps et constamment observée dans l'usage. En second lieu, c'est une règle tenue pour obligatoire dans l'opinion de ceux qui l'observent. Cette *opinio necessitatis*, cette croyance générale à l'existence obligatoire de la règle est une condition essentielle de son autorité. La force de la coutume est la suite, la consécration de son pouvoir de fait. Il y aurait plus d'inconvénients que d'avantages à méconnaître la croyance générale. Le législateur a, d'ailleurs, un bon moyen de mettre fin à une coutume qui contredirait ses vues ; c'est de voter une loi qui remplace cette coutume.

Si l'on veut un exemple d'une coutume proprement dite, le suivant est bien caractéristique. La femme, quand elle se marie, prend le nom de son mari. Voilà, certes, une pratique certaine, générale, ancienne et invétérée. En résulte-t-il un droit pour la femme ? Sans aucun doute. Où est-ce écrit ? Nulle part ; c'est du droit coutumier. Lorsqu'on a rétabli le divorce en 1884, ce fut une question de savoir si la femme divorcée continuerait de porter le nom de son mari ou reprendrait son nom de famille. La question ne fut pas résolue d'abord ; pour l'é luder, on remarqua qu'aucun texte ne dit que la femme mariée prend le nom de son mari. Pourquoi alors, fut-il dit, se préoccuper d'un état de choses qui n'est pas légal ? Pourquoi songer à spécifier que ce droit est perdu pour la femme divorcée, puisqu'aucune loi ne le donne à la femme mariée ? Faux-fuyant d'un législateur embarrassé ! C'était oublier qu'à côté du droit écrit il y a le droit non écrit, tout aussi obligatoire que le premier ; et si jamais règle coutumière fut certaine, c'est celle-là. Aussi fallut-il se reprendre. La question a été résolue formellement par la loi du 6 février 1893.

Cet exemple donne une idée de la place que la coutume occupe dans le droit.

C'est précisément pour cela que les législations mortes sont si difficiles à étudier. Elles n'offrent qu'une partie de ce qui les formait : le droit écrit. Elles laissent dans l'ombre une foule de détails complémentaires réglés par le seul usage, détails souvent essentiels et sans lesquels la vie sociale d'une

époque ne peut être comprise. Que de points controversés dans le droit romain, qui très probablement ne l'étaient pas à Rome, étant réglés par la pratique, et que les textes, qui seuls survivent, ne font pas connaître.

L'importance de la coutume est moindre à l'heure actuelle, où l'habitude a prévalu des lois codifiées. Cependant une large place est et doit être laissée au droit non écrit.

87. Les pratiques ou usages conventionnels. — De la coutume proprement dite on doit distinguer : 1° les pratiques généralement prévues dans les affaires, mais n'ayant rien d'obligatoire ; 2° les clauses que l'on sous-entend dans les relations conventionnelles lorsque les intéressés ne s'expliquent point à leur sujet, mais que les parties, en s'expliquant, pourraient écarter. Ces pratiques et usages conventionnels ont autorité dans l'interprétation des rapports de voisinage et autres, des responsabilités, des contrats, lorsque les intéressés ne se mettent pas d'accord pour les écarter. S'ils ne sont pas obligatoires pour les intéressés dans tous les cas, ils constituent des éléments d'interprétation que les tribunaux ne peuvent négliger en cas de procès.

Il y a une foule de points qui ont été volontairement et formellement abandonnés par le législateur à l'usage local ; aux règlements particuliers. On rencontre dans les lois spéciales maints articles laissant ainsi le champ libre à la coutume.

Trois lois importantes peuvent être citées à titre d'exemple. Les deux premières sont celles des 28 septembre-6 octobre 1791, sur la propriété rurale, — et du 14 floréal an XI (4 mai 1803), sur le régime des petits cours d'eau ; elles renvoient formellement, pour tout ce qui n'est pas réglé par elles, à l'usage et aux règlements locaux. La troisième, plus récente et d'application journalière à cet égard, est la loi du 19 juillet 1928, modifiant l'article 23 du livre I du Code du travail ; les deux premiers alinéas du nouvel article 23 sont ainsi conçus : « Le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. — L'existence et la durée du délai congé sont fixés en conformité des usages pratiqués dans la localité et la profession ou, à défaut de ces usages, par des conventions collectives. Il peut être dérogé par des conventions collectives aux délais fixés par les usages. »

Sans parler même des lois spéciales, le Code civil procède aussi de cette manière et renvoie expressément à l'usage dans une foule d'articles : articles 590, 645, 663, 671, 674, 1135, 1648, 1736, 1738, 1753, 1754, 1758, 1759, etc. Dans ces différents cas, l'usage a la même autorité que la loi, puisque la loi s'y réfère. Il est obligatoire et les tribunaux l'appliquent. La violation de l'usage équivaldrait à la violation de la loi et donnerait ouverture à cassation ¹.

88. Même lorsque les pratiques et usages conventionnels sont visés par la loi, il y a encore intérêt à les distinguer de la coutume proprement dite. Nous avons constaté que celle-ci, tirant sa force de la croyance générale à sa nécessité, n'est formée qu'à la suite d'une pratique répétée, générale, constante. La durée et la généralité sont aussi les conditions de la valeur d'une pratique, d'un usage auxquels la loi se réfère, mais à un degré moindre.

Dès lors qu'il ne s'agit plus d'une règle rigoureusement obligatoire dans la croyance générale, mais de simples pratiques, de simples usages, on doit prévoir des variations plus fréquentes, une évolution rapide. Il appartient aux tribunaux de saisir, d'apprécier la réalité d'une évolution, de dégager des variantes la pratique la plus générale et aussi celle qui correspond le mieux à l'esprit de la loi.

89. **Coutume contraire à la loi.** — La coutume peut n'être pas conforme à la loi.

Tout au moins, la question de l'abrogation de la loi par la coutume reste ouverte. Nous la trancherons, le moment venu, en ce sens que la désuétude abroge les lois.

La simple pratique, le simple usage auxquels se réfère soit la loi, soit un tribunal statuant sur un litige ne peuvent, tant qu'ils demeurent des pratiques ou des clauses dont les intéressés se prévalent dans le cadre de la loi, prévaloir sur le texte de la loi ni à l'encontre de l'esprit des dispositions impératives de la loi. Par conséquent, lorsqu'il y a doute au sujet de leur contenu, de leur généralité, les tribunaux donnent la préférence aux modalités conformes à l'esprit de la loi ².

90. Voici un exemple. L'article 664 C. civ., en l'absence

1. Aubry et Rau, 5^e édition, I, § 23, p. 75, note 5.

2. L'usage ne peut prévaloir contre une convention claire et précise, Civ. 4 novembre 1918, D. P. 1923, I, 102.

d'un règlement de propriété, répartit la charge des réparations et reconstructions, pour les maisons dont les différents étages appartiennent à divers propriétaires, au prorata de la valeur des divers étages. Comment déterminer la valeur respective des étages ? Des usages locaux sont intervenus, qui résolvent la difficulté au moyen d'un indice, en évitant les lenteurs et les frais d'une expertise, les discussions au sujet de la valeur à considérer : valeur locative, valeur vénale ou valeur intrinsèque. A Rennes, la base prise pour la répartition des réparations est l'évaluation du revenu cadastral, c'est-à-dire du revenu qui sert de base à l'établissement de l'impôt foncier.

Or, en 1925, est intervenue une revision de ce revenu. Cette revision, opérée en vue d'un but fiscal, a dû ménager les propriétaires que l'existence d'un bail antérieur à la dévalorisation du franc et aussi les lois relatives à la prorogation des loyers empêchaient de tirer de leur étage un revenu en rapport avec la nouvelle valeur de la monnaie et les nouvelles conditions économiques. La refonte de 1925 a donc pu attribuer un revenu cadastral différent à deux étages ayant même valeur locative au point de vue d'une location actuelle, même valeur intrinsèque, en considération d'une différence momentanée dans les loyers effectivement en cours en 1925.

Cette évaluation nouvelle du revenu cadastral pouvait-elle servir de base à la répartition du montant des réparations entre les divers propriétaires des étages d'une maison ? Malgré un certain flottement, une pratique s'est établie, qui prend pour base l'évaluation de l'ancien cadastre, antérieur à 1925. Il y a eu des résistances. La Cour de Rennes, par deux arrêts des 7 mars et 18 avril 1932, a décidé en faveur de l'ancien cadastre. Cette solution est conforme à l'esprit de l'article 664 C. civ. ; prendre comme base les évaluations du cadastre actuel aurait été en contradiction avec l'article 664, puisqu'elles s'écartent de la valeur locative actuelle, pour des raisons de bienveillance opportune au profit de certains propriétaires d'appartement victimes de la dévalorisation de la monnaie ¹.

91. Preuve de la coutume et des pratiques ou usages. — Quand une pratique est-elle suffisamment invétérée et

1. *Voy. Recueil des arrêts de la cour de Rennes, 1932, p. 381.*

générale pour s'imposer comme coutume et valoir comme loi ? Quand l'usage conventionnel et la pratique atteignent-ils une fréquence suffisante pour qu'il soit permis de les sous-entendre ou de s'y référer dans l'interprétation des contrats ou dans l'application des lois ?

C'est une question de fait ; il appartient au juge de le constater. Dans l'ancienne France, avant la rédaction des coutumes, on recourait, pour constater la coutume, à ce qu'on appelait les enquêtes par turbe ¹. De nos jours, une habitude analogue s'est conservée en matière commerciale, où l'usage joue un rôle plus considérable qu'en aucune autre. Les négociants certifient l'existence de tel ou tel usage dans des consultations qu'on nomme des avis, plus souvent des « parères », du latin *parere*, qui signifie apparaître, être constant ; ils certifient la constance de tel usage ². Mais les enquêtes, avis et parères ne lient pas le magistrat ; ce sont de simples attestations ou documents. C'est au juge d'examiner et de vérifier si l'usage invoqué est réel, assez ancien, assez général, assez constant, assez uniforme pour être admis comme coutume. Toutes questions de fait que le juge apprécie souverainement.

92. Afin d'éviter, autant que possible, les incertitudes concernant l'existence des coutumes et aussi afin de donner aux coutumes la fixité, la stabilité qu'elles sont exposées à perdre, on a essayé de relever, de constater par écrit les règles fournies par la coutume sur une foule de points.

C'est à cette pensée qu'il faut rattacher en grande partie l'élaboration du Code rural, lequel ne fait, dans la plupart de ses dispositions, que régulariser les usages suivis et menacés de s'altérer.

A la même pensée se rattache la loi du 13 juin 1866, concernant les usages commerciaux. Malgré son titre général, elle ne traite que des usages en matière de vente commerciale. Loi singulière. Elle ne règle, ne prescrit ni ne défend rien ; elle relate seulement divers usages, en ajoutant que les parti-

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

2. Sur les parères, voy. Dalloz, *Répertoire*, v^o *Lois*, n^o 118.

culiers seront réputés s'y être référés toutes les fois qu'ils n'y auront pas dérogé par les conventions intervenues.

Vingt et quelques années auparavant, de 1840 à 1844, plusieurs conseils généraux avaient émis le vœu qu'on s'occupât de recueillir et de constater, dans l'intérêt de l'administration et des tribunaux, les usages locaux auxquels se réfèrent diverses dispositions législatives comme les articles du Code civil cités plus haut. Le 26 juillet 1844, le ministre de l'intérieur invita les préfets à rechercher quelle serait la marche à suivre pour assurer la bonne exécution de ce travail. La circulaire qui leur fut adressée ¹ devint le point de départ d'une assez vaste enquête, qui fut abandonnée plus tard, puis reprise et se poursuit encore. De nombreux volumes ont déjà été publiés, les uns par les soins de sociétés savantes locales, les autres par de zélés magistrats, spécialement par les juges de paix, qui sont mieux placés que tous autres pour de telles recherches. On peut prévoir qu'on possédera tôt ou tard dans leur ensemble ces usages locaux et règlements particuliers.

Signalons enfin que la loi du 3 janvier 1924, qui a créé les Chambres d'agriculture, leur donne, dans son article 24, la mission de « grouper, coordonner, codifier les coutumes et « usages locaux à caractère agricole qui servent ordinairement de base aux décisions judiciaires ». Le texte ajoute que les usages codifiés seront soumis à l'approbation du Conseil général et qu'un exemplaire en sera déposé et conservé au secrétariat des mairies, pour être donné en communication à ceux qui le requerront. Ce travail de codification a été mené à bien dans diverses régions.

b) JURISPRUDENCE

93. On désigne sous ce nom l'ensemble des règles de droit dégagées par les arrêts. La jurisprudence est une variété de la coutume. En tout cas, elle est une source du droit de même ordre.

Certains auteurs se refusent même à distinguer la jurisprudence de la coutume, sous prétexte que la formation d'une règle coutumière résulte le plus souvent du fait qu'elle est

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

consacrée par des arrêts. Cependant, on peut concevoir une coutume antérieure à toute décision judiciaire la consacrant ; par exemple, la pratique extra-judiciaire a devancé la loi et la jurisprudence en constituant et en faisant fonctionner le droit au nom. Inversement, la jurisprudence est amenée, par la nécessité de répondre aux conclusions des parties, à prendre des initiatives, soit en suppléant aux lacunes de la loi, soit en énonçant des règles complémentaires de la loi, soit en élaborant des notions juridiques nouvelles.

94. La jurisprudence ne se confond pas avec les décisions judiciaires. Elle en est seulement la résultante et s'en distingue à deux points de vue.

Voici le premier. La décision d'un tribunal n'a, par elle-même, d'autorité qu'en ce qui concerne l'espèce dans laquelle elle intervient. Nous verrons que l'article 5 C. civ., consacrant à cet égard le principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire, interdit aux tribunaux de rendre ce qu'on appelait, au temps des Parlements, des arrêts de règlement, fixant pour l'avenir des points de droit ¹.

Mais, de ce que les juges ne sont pas liés par leurs décisions antérieures, il ne résulte pas que celles-ci soient indifférentes pour l'avenir. En fait, il y a beaucoup de chances pour qu'un tribunal, ayant statué sur une contestation, statue de la même manière quand il se trouvera en présence d'une contestation identique ou semblable. La continuité de vues des magistrats n'est pas seulement un phénomène naturel ; elle est une condition d'ordre et de sécurité. D'ailleurs, la Cour de cassation impose sa manière de voir aux cours et tribunaux en ce qui concerne l'interprétation des lois, de sorte qu'elle exerce un magistère de fait comparable à celui d'une coutume spontanément formée.

A un second point de vue, la jurisprudence se distingue des décisions judiciaires en ce qu'elle n'est pas l'œuvre exclusive des juges. Les collaborateurs de la justice, les commentateurs d'arrêts, les auteurs participent à sa formation, en précisant, élargissant ou limitant les conséquences qui peuvent ou doivent être déduites des sentences.

Toutefois, c'est bien des arrêts que la jurisprudence tire avant tout sa force. D'où il suit non seulement qu'elle n'a

1. Voy. *supra*, n° 48, — *infra*, n° 183.

pas la fixité de la loi, mais qu'elle a moins de stabilité qu'une simple coutume. Un revirement est toujours possible, même de la part de la Cour de cassation. En fait, les revirements sont rares ; ils ne se produisent que quand l'utilité pratique, après expérience, en a démontré la nécessité et sont alors déterminés par une sorte de poussée d'opinion.

c) AUTRES FACTEURS DU DROIT NON ÉCRIT
OU SOURCES NON FORMELLES

95. Lorsqu'un tribunal, saisi d'une contestation, ne découvre, pour la trancher, aucune règle de droit ayant pris forme dans la loi, la coutume ou la jurisprudence, les juges ne sont ni dispensés de statuer ni autorisés à le faire d'une manière purement arbitraire. Tenus de rendre une sentence, ils doivent, pour ce faire, se conformer à certains principes supérieurs et généraux que nous définirons plus loin en présentant le commentaire de l'article 4 C. civ. ¹.

1. Voy. *infra*, n° 188.

CHAPITRE IV

LE CODE CIVIL

96. L'objet du Code civil et sa place dans le droit général sont déjà connus. Il a trait au droit civil ou droit privé général, c'est-à-dire qu'il est applicable à tout le monde, sous la réserve des modifications ou compléments qu'y apportent les lois formant un droit privé spécial, le Code de commerce par exemple. Il règle la condition des personnes, leurs droits, leurs obligations, leurs rapports entre elles. C'est le droit des particuliers considérés comme tels.

D'où vient ce Code ? Comment a-t-il été rédigé ? Quelles modifications d'ensemble a-t-il subies depuis son apparition ? Quelle en est la méthode générale ? Comment a-t-il été et doit-il être interprété ?

SECTION I

RÉDACTION DU CODE CIVIL

97. Régime de diversité de l'ancien droit. — L'apparition du Code civil est une date capitale dans l'histoire de France : c'est celle de la consécration définitive de l'unité nationale.

L'ancien régime fut et resta jusqu'au bout un régime de diversité, l'unité n'existant ni dans le territoire ni dans la condition des personnes ni dans celle des terres. Elle n'existait pas dans le territoire, car les provinces avaient été d'abord des Etats presque indépendants, ayant leurs institutions, leurs coutumes, leurs lois ; même quand la monarchie eut brisé la féodalité au point de vue politique, les démarcations subsistèrent au point de vue du droit : le midi, pays de droit écrit, continua de suivre le droit romain, pendant que le nord, pays de coutumes, obéissait au droit coutumier. L'unité n'existait pas non plus dans la condition des personnes, car la nation était divisée en ordres et chaque

ordre formait comme un peuple à part ayant son droit distinct. Enfin, elle n'existait pas dans la condition des terres; la distinction des fiefs et censives et des alleux, des biens nobles et des biens roturiers était encore vivante en 1789.

Là où il y a des états séparés, des classes diverses de personnes et de biens, le droit ne saurait être un. L'unité ne pouvait régner dans la législation qu'après avoir été faite préalablement au point de vue politique. Les rois la préparèrent, mais il ne leur était pas réservé de la réaliser; il fallut pour cela le grand souffle de la Constituante. Elle supprima les anciennes provinces, abolit les ordres, proclama la liberté des personnes et des terres, l'égalité civile, et fonda de la sorte l'unité nationale. L'unité nationale rendait possible et appelait naturellement l'unité de législation. Après la Constituante, il ne manquait plus, pour que le progrès s'accomplît, que des circonstances favorables et une volonté énergique.

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

L'Assemblée législative, tout entière aux ardeurs qui allaient bientôt compromettre l'œuvre de 1789, s'abstint aussi.

La Convention, pour activer le zèle, décréta de nouveau qu'il serait fait un code de lois civiles uniformes pour toute la République ³. Faisant un pas de plus, elle chargea son comité de législation de présenter un projet. Ce comité était composé de Guadet, Couthon, Vergniaud, Robespierre, Barère et Cambacérès. Il rédigea un projet, qui fut présenté

1. Décret du 5 juillet 1790. Voy. *Le Code civil*, dans le *Livre du Centenaire* publié par la *Société d'études législatives*, I, Introduction.

2. Titre I, *in fine*.

3. Acte constitutionnel du 24 juin 1793, art. 85.

à la Convention le 9 août 1793, et c'est celui qu'on nomme, dans la série des travaux préparatoires du Code civil, le projet de Cambacérès. Il fut repoussé, comme trop compliqué; pas assez pratique, mal en rapport avec les idées du temps.

Remanié plus tard par Cambacérès lui-même et présenté de nouveau le 23 fructidor an II (9 septembre 1794), il fut définitivement écarté. Il n'était qu'une ébauche, remarquable cependant à certains égards par la logique de la déduction. La Convention, mécontente de ses jurisconsultes, résolut de confier la rédaction du Code civil à des philosophes; puis les événements se précipitèrent et le projet fut ajourné.

Quand la tourmente fut apaisée, le Directoire reprit les promesses déjà faites en 1790, 1791 et 1793. Le 24 prairial an VI (12 juin 1796), un troisième projet fut présenté au Conseil des Cinq-Cents et le fut encore par Cambacérès. C'est le troisième projet émanant de lui. L'année suivante, Cambacérès quittait l'Assemblée et l'entreprise restait encore en suspens.

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

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

100. La commission de quatre membres. — D'après la Constitution de l'an VIII, l'initiative des lois n'appartenait qu'au Gouvernement, c'est-à-dire aux Consuls (article 44).

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

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

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

101. Examen du Conseil d'Etat. — Le projet primitif n'avait aucun caractère officiel ; c'était l'œuvre, comme on dirait aujourd'hui, d'une commission extraparlamentaire. Il dut être envoyé au Conseil d'Etat, à qui seul appartenait de préparer les projets de loi.

En présence des quatre membres de la commission de

rédaaction, la section de législation du Conseil d'Etat examina, amenda au besoin chaque titre du projet, puis la discussion sur le projet ainsi rectifié fut ouverte dans l'assemblée générale du Conseil d'Etat. De ce travail sortit un projet officiel, qu'on appelle le projet définitif. Il fut soumis au pouvoir législatif.

102. Intervention du Tribunal et du Corps législatif.

Retrait du projet. — Le pouvoir législatif était organisé d'une façon compliquée par la Constitution de l'an VIII. Les rédacteurs de cette Constitution avaient cru bon d'isoler deux choses qui se tiennent cependant de près et qui sont confondues dans nos usages actuels : la discussion et le vote. Voici dans quel intention. Si c'est le même pouvoir qui discute et qui vote, tel, qui aura pris parti dans la discussion, peut être conduit, par entêtement ou fausse honte, à persister dans son opinion lors du vote, même en présence d'objections décisives. Si ce sont deux pouvoirs distincts qui interviennent l'un pour discuter, l'autre pour voter, le vote est plus libre, plus impartial, tout en étant aussi éclairé. Partant de cette idée, les constituants de l'an VIII ont voulu que les projets de loi émanés du Gouvernement fussent présentés au Corps législatif, puis communiqués au Tribunal et discutés par lui, enfin votés par le Corps législatif (article 25). La présentation au Corps législatif n'a pour but que de constater l'introduction du projet par le Gouvernement ; le Corps législatif donne acte de la présentation et communique le projet au Tribunal. Là, la discussion s'engage sur le rapport présenté par un des membres du Tribunal. Après discussion, le Tribunal émet un vœu ; il propose l'adoption ou le rejet du projet, sans avoir le droit d'y introduire aucun amendement, puis il désigne quelques-uns de ses membres pour aller soutenir son vœu devant le Corps législatif (article 28).

Le projet revient donc au Corps législatif. Les orateurs du Tribunal exposent et motivent le vœu émis par le Tribunal ; la discussion s'engage au besoin entre eux et les commissaires du Gouvernement ; puis le Corps législatif, constitué en jury qui écoute et juge librement sans prendre part lui-même à la discussion (on l'appelait le corps des muets), vote sur l'adoption ou le rejet. En cas d'adoption, la loi est dite décrétée par le Corps législatif. Il ne lui manque plus que d'être promulguée par le Gouvernement.

Tel était le mécanisme législatif d'après la Constitution de l'an VIII et c'est ainsi que s'engagea la discussion sur le projet du Code.

Le succès fut d'abord douteux.

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

Le second titre allait avoir le même sort. C'est celui qui forme aujourd'hui le premier titre du livre I. On y trouve surtout deux dispositions qui furent vivement attaquées : l'une rétablissait le droit d'aubaine, l'autre était relative à la mort civile. Ces deux dispositions furent accueillies par de violentes critiques et non pas sans raison, puisque des lois ultérieures devaient venir modifier le Code sur les deux points signalés, donnant ainsi raison aux opposants de 1801. Le Gouvernement s'inquiéta, craignit pour l'entreprise. Un arrêté du 13 nivôse an X (3 janvier 1802) retira les projets présentés¹ ; on lisait dans le message adressé à ce propos au Corps législatif : « Le temps n'est pas encore venu où l'on « portera dans ces grandes discussions le calme et l'unité « d'intention qu'elles demandent. »

103. Élimination de l'an X et introduction de la communication officieuse au Tribunat. — Ce n'était toutefois qu'un sursis, ménagé afin d'avoir le temps d'aviser. Pour vaincre les résistances qui s'annonçaient, le Gouvernement prit deux mesures : l'une brutale et peu louable, l'autre sage.

La mesure brutale fut prise par le sénatus-consulte du 28 nivôse an X (18 janvier 1802), qui élimina vingt membres du Tribunat et soixante du Corps législatif ; parmi eux figuraient les plus notables opposants. Voici comment ce sénatus-consulte put être rendu avec quelque apparence de

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

constitutionnalité. Le Tribunal comprenait cent membres, le Corps législatif trois cents. La Constitution de l'an VIII voulait que le Tribunal et le Corps législatif fussent renouvelés par cinquième tous les ans (articles 27 et 31) ; l'article 58 portait que le premier renouvellement aurait lieu dans le courant de l'an X. Le sénatus-consulte régla le mode de ce renouvellement de manière à faire sortir ceux dont la présence gênait. C'est ce que les historiens ont nommé l'élimination de l'an X ¹.

La mesure sage consista dans l'introduction d'un nouveau rapport entre le Conseil d'Etat et le Tribunal, afin de tourner l'article de la Constitution qui refusait au Tribunal le droit d'amendement. C'est une idée peu réfléchie que de refuser à un corps délibérant le droit de proposer des modifications aux projets qui lui sont soumis. En effet, tel qui adopterait moyennant quelques changements rejette s'il ne peut qu'admettre ou repousser le tout. Ainsi avaient été amenés le rejet du premier titre et le danger couru par le second. Pour obvier à cet inconvénient, un arrêté du 18 germinal an X (8 avril 1802) décida que chaque titre du projet, avant d'être présenté *officiellement* au Corps législatif, serait *officieusement* communiqué au Tribunal, du moins à la section de législation du Tribunal. De la sorte, le Conseil d'Etat et le Tribunal pouvaient s'entendre à l'avance sur la rédaction ; le projet n'était présenté au Corps législatif, chargé de le communiquer officiellement au Tribunal, qu'après une entente qui en favorisait l'adoption et la rendait probable.

104. Reprise et vote du Projet. Loi du 30 ventôse an XII. —

Ces précautions prises, on se remit à l'œuvre avant la fin de l'an X. En moins de deux ans, le Tribunal adopta, le Corps législatif décréta et le Gouvernement promulgua les titres qui composent aujourd'hui le Code civil.

Les trente-six titres ont été votés séparément, comme autant de lois distinctes, et entrèrent, par conséquent, en

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

vigueur à des dates différentes. En tête de chaque titre sont indiquées deux dates : d'abord celle où le titre a été décrété, c'est-à-dire adopté par le Corps législatif, ensuite celle où le titre a été promulgué, c'est-à-dire où est intervenu l'ordre d'exécution émanant du Gouvernement. Il faut remarquer qu'il y a toujours entre les deux dates un délai constant et uniforme de dix jours. C'est qu'en effet la loi, pendant dix jours après l'adoption par le Corps législatif, pouvait être déferée au Sénat comme inconstitutionnelle par le Tribunal ou par le Gouvernement¹. La promulgation était faite le dixième jour et elle n'intervenait que si aucun recours au Sénat n'avait eu lieu pour cause d'inconstitutionnalité².

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

105. Documents qui forment les travaux préparatoires. —

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

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

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

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

1. Voy. *suprà*, n^o 64, note 3. Le droit pour le Sénat de prononcer *d'office* l'annulation pour cause d'inconstitutionnalité n'existait pas encore au moment du vote du Code civil ; en effet, ce droit résulte du sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804), lequel est postérieur à la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804).

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

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

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

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

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

Les travaux préparatoires ont été le premier élément de l'interprétation du Code civil. Aujourd'hui, ils sont un peu moins employés, car la plupart des résultats possibles en ont été tirés déjà.

SECTION II

MODIFICATIONS D'ENSEMBLE SUBIES PAR LE CODE CIVIL DEPUIS SON APPARITION

106. Éditions successives du Code civil. — Après avoir conduit le Code civil jusqu'à sa promulgation définitive par la loi du 30 ventôse an XII, il faut en compléter l'histoire en ajoutant quelques indications sur sa destinée ultérieure.

Il importe, en effet, de remarquer que le Code aujourd'hui

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

en vigueur n'est plus précisément celui de 1804. D'une part, deux éditions officielles en ont été données depuis 1804, ce qui, avec l'édition primitive, porte à trois le nombre des éditions ; d'autre part, le Code civil a changé quatre fois de nom.

107. Au début, en 1804, le Code s'appela *Code civil des Français*. C'est le nom que lui donna la loi du 30 ventôse an XII (article 1). C'est la première édition du Code, l'édition du Consulat.

Deux mois plus tard, l'Empire remplaça le Consulat et ne tarda pas à vouloir mettre le Code en harmonie avec le nouvel ordre de choses. Le 24 août 1807, le Gouvernement proposa au Corps législatif une nouvelle édition, qui fut achevée le 3 septembre 1807. C'est la deuxième édition, celle de l'Empire, qui contient trois innovations.

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

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

Enfin et surtout, les rédacteurs modifièrent les formules et expressions correspondant au régime républicain, pour les remplacer par celles correspondant au régime impérial. Quelquefois, la substitution fut faite avec peu de discernement, de sorte que le sens de quelques articles se trouva altéré ; c'est en remontant à l'édition primitive qu'on peut le restituer¹.

108. Avec la Restauration, un nouveau changement se produisit en sens inverse. La Charte de 1814 proclame le

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

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

Cette troisième édition a été maintenue par la Charte de 1830 (article 59), par la Constitution de 1848 (article 112), par la Constitution de 1852 (article 56). Les lois constitutionnelles de 1875 sont muettes sur le Code civil. En d'autres termes, il n'a pas été fait de nouvelle édition officielle depuis 1816, de sorte qu'aujourd'hui c'est encore le texte de la Restauration qui est le texte officiel.

Au lecteur d'en modifier, quand il le faut, la rédaction par une transposition mentale, pour mettre les termes en harmonie avec les institutions et éviter les anachronismes de langage. Ainsi l'article 1 dit : « Les lois sont exécutoires dans « tout le territoire français en vertu de la promulgation « qui en est faite par le Roi... » C'est toujours le texte officiel, dont la rédaction a concordé avec les faits de 1816 à 1848 et n'a pas été modifiée. Il aurait fallu dire après 1848 : par le Président de la République ; après 1852 : par l'Empereur ; enfin et successivement, depuis le 4 septembre 1870 : par le Gouvernement de la défense nationale, par le Chef du pouvoir exécutif, par le Président de la République. C'est chose facile de corriger les textes en les lisant, mais la nécessité éventuelle de tous ces changements eût été évitée si on avait écrit dès le début : par le chef de l'Etat.

109. Modifications matérielles et changements de nom depuis la dernière édition officielle. — L'édition en vigueur est donc toujours celle de 1816. Depuis cette date, les seules modifications matérielles qu'ait subies le Code civil sont les suivantes.

D'abord, plusieurs sont résultées des changements apportés par les lois qui sont venues modifier le contenu du Code. Elles se sont multipliées à mesure qu'on s'éloignait davantage de 1804. Mais cela touche au fond du droit, non à la forme du Code.

D'autre part, le Code a subi deux fois un changement de nom.

Le décret-loi du 27 mars 1852 a rétabli le titre de *Code Napoléon*, sans publier d'ailleurs une édition nouvelle, sans apporter au texte aucune modification. C'est le nom que le Code a porté jusqu'en 1870.

Au 4 septembre, on lui a restitué la dénomination primitive de Code civil. Toutefois, le décret du 27 mars 1852 n'a pas été expressément abrogé ; les lois constitutionnelles de 1875, à l'inverse des chartes et constitutions antérieures, sont muettes et la substitution de noms ne s'est faite que par l'usage ; le décret de 1852 a été considéré comme abrogé par le seul fait de la chute du régime impérial. Les Chambres dans les textes votés, le Gouvernement dans les projets de loi et les décrets, les tribunaux dans les jugements et arrêts se sont spontanément accordés à ne l'appeler depuis que *Code civil*. En 1872, une proposition fut soumise à l'Assemblée nationale pour régulariser cette situation ¹. Elle ne fut pas prise en considération, comme étant inutile, puisqu'il y avait, fut-il dit, fait accompli.

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

SECTION III

MÉTHODE ET PLAN GÉNÉRAL DU CODE CIVIL

110. Description d'ensemble. — Quand on ouvre le Code civil, on y trouve d'abord un groupe de six articles, formant un titre préliminaire qui n'a pas de rapport direct avec le droit privé général. C'est un fragment du droit public, presque du droit constitutionnel, mis en tête du Code civil par suite de circonstances qui seront indiquées plus loin.

Le Code civil proprement dit ne commence qu'à l'article 7.

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

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

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

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

1^o A qui les droits appartiennent-ils. En d'autres termes quels sont les sujets des droits ?

2^o Quels sont les droits et quels en sont les objets ?

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

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

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

113. Le livre II (articles 516 à 711) répond à la seconde

des questions que soulève le droit privé ; il règle les droits que les personnes peuvent avoir et quels en sont les objets. Il est intitulé : *Des biens* ; on entend par là, au sens juridique du mot, les droits et aussi les objets des droits. La formule, toutefois, en tant qu'elle est prise pour marquer l'objet du livre II, est trop large. Les droits, en effet, sont de deux sortes.

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

Les autres consistent dans des rapports établis sur les choses du monde extérieur, dans l'appropriation plus ou moins complète des choses afin de réaliser l'utilité qu'elles comportent ; ils constituent des valeurs, des éléments de richesse, qui peuvent être échangés. On les appelle dans la langue du droit : des biens. Par leur réunion, ils forment le patrimoine ; on nomme ainsi l'ensemble des droits ou biens des personnes, au moins de ceux parmi ces droits qui constituent des valeurs, soit au point de vue de l'usage, soit au point de vue de l'échange. Ce sont les droits de patrimoine, les seuls que réglemente le livre II.

Il traite, en effet, des biens. C'est son intitulé. Le mot désigne ici les éléments de richesse, de valeurs, en d'autres termes les droits de patrimoine. Les divers droits de ce genre que l'homme peut avoir seront énumérés ailleurs ; ils ne sont que les diverses combinaisons d'appropriation directe ou indirecte, destinées à réaliser l'utilité des choses. L'énumération des droits, si on les comprend ainsi, est donnée approximativement par l'article 543 ; les titres qui suivent réglementent en détail les plus importants d'entre eux : la propriété, qui est le plus étendu et dont les autres ne sont que les dérivés, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes, tous droits qui sont des droits de patrimoine ou *des biens*.

C'est ainsi que le second livre est intitulé ; il eût mieux valu dire : *des droits ou du patrimoine*.

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

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

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

Cette classification n'est pas parfaite et a soulevé des critiques. On lui a reproché — et le reproche est en grande partie fondé — de manquer de précision, de rendre nécessaires pour le commentateur et surtout pour le professeur des transpositions très fréquentes. En effet, aucun des trois objets ne peut être traité isolément sans empiètement sur les autres. À propos des personnes et de leurs différents états, il est impossible de ne pas parler des droits, car les différents états ne peuvent être envisagés qu'au point de vue de leur influence possible sur les droits. À propos des biens, il est impossible de ne pas parler des personnes à qui ils peuvent appartenir. Enfin, à propos des moyens d'acquisition et de transmission, il est impossible de ne pas parler des sujets et des objets. De sorte que la division en trois livres n'a rien de rigoureux ni d'exclusif ; les trois parties du Code se pénètrent perpétuellement. Cette classification a du moins le mérite d'être simple et de bien distinguer les sujets des droits, les droits eux-mêmes, les modes d'acquisition et de transmission. Elle a, en outre, le mérite d'être ancienne ; c'est à peu de chose près l'ordre des Institutes.

SECTION IV

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU CODE CIVIL

116. Quatre traits caractéristiques. — Il ne saurait être question de présenter ici un exposé systématique et critique des caractères généraux du Code de 1804. Un pareil exposé, avec quelque soin et quelque minutie qu'il soit présenté, demeurerait artificiel à bien des égards. L'étude patiente des textes est plus éloquente et plus pertinente que tous les discours.

Encore moins s'agit-il d'établir un parallèle entre notre Code et les codifications plus récentes de droit privé, telles que le Code civil allemand et le Code suisse ¹. Le présent cours est uniquement consacré au droit civil français et laisse systématiquement de côté l'étude des législations étrangères. Aussi bien, une comparaison portant sur des ensembles aussi vastes et si complexes serait-elle inévitablement condamnée à être si générale qu'elle demeurerait superficielle et vague.

Laisant de côté toute entreprise ambitieuse, nous nous contenterons d'appeler très simplement l'attention sur quatre traits caractéristiques du Code de 1804.

117. Le premier concerne la langue du Code civil. — C'est la langue classique française, simple, claire, concise, aussi peu technique que possible, susceptible d'être comprise par tout le monde et constituant un admirable instrument de vulgarisation. A cet égard, notre Code se distingue profondément du Code allemand.

118. Le Code de 1804 est aussi éloigné que possible de tout esprit de système. — Sans doute, les rédacteurs du Code n'ont pas échappé à l'influence des idées ayant cours autour d'eux, de la doctrine traditionnelle, des aspirations légitimes de la Révolution. Mais ils n'ont pas cherché à systématiser le droit qu'ils avaient mission d'unifier et de mettre à jour ; ils se sont uniquement préoccupés de retenir ou d'élaborer les règles nécessaires pour régir la vie pratique.

1. Le Code civil allemand a été promulgué le 18 août 1896 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Le Code civil suisse du 10 décembre 1907 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912.

L'une de ces préoccupations essentielles a été de faire un choix entre les législations diverses et disparates qui avaient cours avant la Révolution et de réaliser l'unité législative non pas par l'application de principes abstraits, mais par la coordination des règles anciennes dont l'expérience avait consacré la valeur. Ils ont voulu faire œuvre non pas dogmatique, mais pratique, en utilisant au mieux les matériaux que leur fournissait l'ancien droit.

119. Le Code de 1804 pose des principes généraux et ne se pique pas de prévoir tous les détails. — Portalis, dans le *Discours préliminaire* qu'il rédigea pour défendre son Projet définitif ¹ insiste longuement sur cette tendance délibérée, voulue, qui allait à l'encontre d'une prétention révolutionnaire empruntée à Montesquieu : la prétention que, dans une République, toutes les difficultés ont leur solution dans la lettre de la loi et qu'il n'y a place pour aucune opinion particulière du juge ². « Le rôle du législateur, disait Portalis, est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est le rôle du magistrat de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée. »

Le Code civil, ne cherchant pas à tout régler lui-même, fait appel à la collaboration nécessaire de la jurisprudence. Portalis allait jusqu'à dire : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les Codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas. » Cette conception inspire l'article 4, que nous allons bientôt rencontrer.

120. Le Code civil ne formule pas de règles abstraites. — Les rédacteurs du Code, étrangers à tout esprit de système, dégagent les principes généraux des réalités pratiques qui sont leur unique souci ; ils ne les formulent pas d'une manière abstraite, mais se bornent à établir les règles permettant de résoudre les difficultés que fait naître la vie de chaque jour et dont l'existence leur est révélée par l'observation des faits. De même qu'ils n'ont pas cherché à réaliser une répartition nouvelle et plus ou moins savante des matières du droit

1. Voy. *Supra* n° 100.

2. *Esprit des lois*, chap. III du Livre VI : « Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. »

civil dans le Code, de même ils ont situé les règles par eux posées dans le cadre de la vie courante, sans se soucier d'en dégager la portée rationnelle et abstraite.

Par exemple, le Code n'envisage nulle part la notion de l'acte juridique et n'y fait même aucune allusion ; à l'occasion des contrats, il pose certains principes généraux que les interprètes étendront, s'il y a lieu, aux actes juridiques en général. De même, à l'occasion des contrats, il détermine les effets de l'obligation en posant des règles qui, sauf exception, conviennent aux obligations nées d'un quasi-contrat ou d'un délit aussi bien qu'aux obligations conventionnelles. De même encore, c'est à propos des obligations et du paiement qu'il pose les règles sur la preuve qui serviront de point de départ à la réglementation de la matière dans tous les autres domaines.

Citons un dernier exemple. Le Code civil admet que l'impossibilité absolue d'exécuter une obligation éteint l'obligation d'exécuter en nature, car nul ne peut être tenu à l'impossible, sous la réserve éventuelle d'une exécution par équivalent. Or sous quelle forme le Code énonce-t-il cette règle ? Pas sous une forme abstraite. En fait, l'impossibilité d'exécution se présente le plus souvent dans l'hypothèse d'une obligation de livrer un corps certain et déterminé, les corps certains étant particulièrement exposés à des risques de perte. C'est sous l'angle de cette hypothèse pratique que les rédacteurs du Code ont aperçu la difficulté à résoudre et ils ont posé la règle concrète de l'article 1302 : « Lorsque le corps certain et déterminé qui « était l'objet de l'obligation vient à périr, ... l'obligation est « éteinte... » Et c'est de cette règle concrète que les interprètes du Code devront dégager le principe d'après lequel l'impossibilité d'exécution emporte extinction de la dette dans tous les cas.

Cette technique du Code civil présente des avantages et des inconvénients, ainsi que nous le verrons apparaître en retraçant l'histoire de l'interprétation du Code de 1804. Disons tout de suite que les avantages l'emportent sur les inconvénients.

SECTION V

HISTOIRE DE L'INTERPRÉTATION DU CODE CIVIL

121. Nous ne pouvons, bien entendu, fournir au début de ce cours que des indications sommaires à cet égard. La connaissance de l'ensemble du droit civil et des commentaires de ce Code qui ont été publiés depuis 1804 est indispensable pour discerner, d'une manière précise, le caractère des diverses œuvres et les périodes qui se sont succédées dans l'histoire de l'interprétation du Code.

La nécessité s'impose de nous borner à donner un aperçu d'ensemble, qui demeurera trop général pour que la classification présentée n'ait pas quelque chose d'un peu arbitraire. Il semble, néanmoins, qu'elle puisse fournir un cadre utile à des connaissances qui seront acquises plus tard ¹.

122. **L'école de l'exégèse.** — Au lendemain de la mise en vigueur du Code civil, il était inévitable que l'attention des juristes fût d'abord absorbée par l'étude minutieuse du texte de la nouvelle codification et par la recherche du sens exact des divers articles, de l'interprétation qu'il convenait de leur attribuer. L'importance pratique du nouveau texte et la curiosité qu'il suscitait ne pouvaient manquer d'inciter les commentateurs à se pencher sur la lettre du Code.

Ils y furent, d'ailleurs, à peu près contraints par le caractère même et par la technique du nouveau Code. Nous avons déjà signalé que la langue du Code civil est aussi peu technique que possible. Certaines expressions, employées dans différents textes, n'ont pas le même sens dans tous. Ainsi, le mot tiers ne comprend pas les créanciers chirographaires dans l'article 1165, alors que ceux-ci sont au premier rang des tiers visés par l'article 1328. De même, la notion d'acte d'administration, qui est opposée par de nombreux textes à celle d'acte de disposition, n'a pas une portée rigoureusement définie ; tantôt elle englobe et tantôt elle exclut l'aliénation du mobi-

1. Voy. pour plus de détails le *Livre du centenaire du Code civil*, tome I ; Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2^e édition, 1924 et *La pensée juridique française de 1804 à nos jours*, tome I ; Eugène Gaudemet, *Aubry et Rau*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1923, p. 65 à 100.

lier. De même encore, le mot dot est employé par certains textes pour désigner tout bien appartenant à l'un des époux au moment du mariage, tandis que d'autres l'emploient pour désigner exclusivement les biens de la femme apportés au mari et placés sous le régime dotal.

D'autre part, le Code civil, œuvre de praticiens, résout les difficultés principales, immédiates et n'a pas la prétention d'enserrer la réalité dans tous ses détails. Les règles générales elles-mêmes sont le plus souvent posées d'une manière indirecte, à l'occasion de l'intérêt pratique le plus usuel.

En conséquence, un demi-siècle a été nécessaire à la jurisprudence et à la doctrine pour achever, en quelque sorte, la création du droit civil. Le Code n'était qu'un point de départ et ne pouvait se suffire à lui-même. La doctrine et la jurisprudence ont dû s'attacher, pendant de longues années, à fixer le sens juridique de chacun des termes des divers articles du Code.

Ce fut l'œuvre initiale, œuvre d'exégèse très minutieuse. La période pendant laquelle elle a été accomplie est souvent appelée période exégétique. Les interprètes qui l'ont accomplie forment ce qu'on appelle souvent l'école de l'exégèse¹.

122. Ecole dogmatique. — Avant même que l'œuvre de l'exégèse ne fût achevée d'une manière complète, une nouvelle tâche s'est imposée aux interprètes du Code. Elle a consisté à développer les règles du Code et à les compléter. Tantôt le Code de 1804 établit une règle générale, tantôt il tranche une difficulté pratique concernant une hypothèse concrète usuelle. L'interprète a la double tâche : 1^o de déterminer le sens et la portée des règles générales, 2^o de déduire des règles générales les solutions particulières convenant à des hypothèses non prévues par les textes.

Pour procéder à ces déterminations et déductions au mieux des exigences que la vie faisait apparaître, les commentateurs ont largement utilisé les deux arguments classiques : argument d'analogie et argument *a contrario*.

1. Les principaux représentants de l'école de l'exégèse sont : Delvincourl, *Institutes de droit civil français*, 1808, transformées en 1813 en *Cours de Code civil* ; Merlin, *Questions de droit* ; Proudhon, *Cours de droit français*, 1809 ; Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du code*, 1811 ; Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 22 vol. (publication commencée en 1825) ; Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, 1833.

L'accomplissement de ce travail a d'autant mieux fait apparaître les nombreuses lacunes de la loi que les conditions sociales et les circonstances économiques n'ont pas manqué de se transformer d'une manière profonde pendant que le travail s'accomplissait.

123. L'école qui accomplit cette œuvre considérable est désignée sur le nom d'école dogmatique ; on l'appelle aussi l'école systématique ou rationnelle. Son action marque un moment capital de l'histoire de l'interprétation du Code civil. C'est à l'époque de cette école dogmatique et par l'effet même des principes purement rationnels dont elle s'inspirait que s'est produite sur bien des points une véritable scission entre la doctrine et la jurisprudence.

L'école dogmatique n'a pas, d'ailleurs, borné son activité à cette tâche, par laquelle elle se rattache à l'école de l'exégèse et qui consistait à systématiser les règles énoncés par le Code. Visant plus loin, elle a eu la prétention de procéder, plus haut que le Code de 1804, à une systématisation rationnelle du droit civil dans son ensemble.

Parmi les docteurs de l'école, les uns, imbus de philosophie rationaliste, étaient convaincus que la raison peut concevoir un corps complet de droit fondé sur la nature humaine et que le Code civil est la base d'un tel corps ou système¹ ; les autres demeureraient fidèles au préjugé révolutionnaire d'après lequel la loi est devenue la seule source du droit positif, de telle sorte qu'ils ne voyaient pas d'autre remède aux insuffisances du droit positif que la systématisation même de ce droit². Les uns et les autres abusaient du raisonnement logique³.

124. Cette école a rendu des services signalés en perfectionnant les définitions et les classifications, en édifiant de multiples constructions juridiques.

1. Le point de départ de cette conception rationaliste se trouve dans Zachariae, *Cours de droit civil français*, Heidelberg, 1808. Elle a été portée à sa perfection par Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* : 1^{re} éd. 1838-1844, 4^e éd. en 8 vol. 1869-1878, 5^e éd. en 12 vol., 1897-1922, revue et mise au courant de la jurisprudence par G. Rau et Falcimaigne, et, à partir du tome VI, par M. Bartin.

2. Voy. surtout Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., 1845-1876, continué par Guillouard ; Laurent, *Principes de droit civil*, 33 vol., 1869-1887 ; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 9 vol., 1^{re} éd., 1849-1880.

3. L'école dogmatique, étant une école de transition, est incorporée par Bonnecase, *loc. cit.*, à l'école de l'exégèse, dont elle achève l'œuvre sans en abdiquer l'esprit.

Mais elle a commis l'erreur d'attribuer à ces constructions une autorité excessive et s'est trouvée de la sorte conduite à une impasse.

D'une part, la systématisation des règles légales, si elle peut guider l'interprète, ne doit pas être confondue avec la loi. Cette vérité générale prend une force particulière quand il s'agit du Code de 1804. Il est loin de correspondre dans toutes ses parties à un système rationnel ; en effet, pour unifier le droit de la France, les rédacteurs du Code ont dû souvent combiner des règles coutumières et des règles de droit écrit et faire œuvre de transaction.

D'autre part, il était inévitable que les généralisations des maîtres de l'école doctrinaire fussent sur bien des points divergentes. Vainement chacun d'eux s'efforçait-il de confondre ses propres théories avec le droit positif, sous prétexte de raisonnement logique, oubliant ainsi que le raisonnement travaille sur des données — textes, tradition, besoins pratiques — qui peuvent donner lieu à des appréciations diverses. Ce désaccord des auteurs rendait évidente l'impossibilité de confondre leurs théories avec la loi et incitait la jurisprudence à suivre une autre orientation, sous l'influence des exigences de la vie, auxquelles les généralisations doctrinales ne donnaient pas toujours satisfaction.

125. L'interprétation du Code civil à partir du milieu du XIX^e siècle. — C'est une troisième phase qui s'ouvre dans l'histoire de l'interprétation. Progressivement, la doctrine se rapproche de la jurisprudence ; se détournant des travaux préparatoires, qui remontent loin dans le passé, de la logique pure, dont l'expérience a révélé les dangers et prenant surtout en considération les transformations économiques et sociales, elle donne une place de plus en plus large, dans son interprétation de la loi, au droit coutumier issu des arrêts. Tous les auteurs¹ sont aujourd'hui ralliés au mouvement doc-

1. Voy. en particulier Bufnoir, *Propriété et contrat*, — Raymond Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand*, — *Ecole historique et droit naturel*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902 ; Marcel Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, — François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 2^e éd., 1919, — *Science et technique en droit privé positif*, 1924.

Il faut rapprocher le mouvement analogue qui s'est produit en ce qui concerne le droit commercial et dont les initiateurs, après les inoubliables leçons orales de Rataud, ont été MM. Lyon-Caen et Renault, ensuite Thaller.

trinal qui substitue à de vaines querelles sur des difficultés définitivement résolues en pratique la mise en œuvre de la jurisprudence concurremment avec celle des autres sources du droit ¹.

126. La collaboration de la doctrine et de la jurisprudence, qui est devenue pour tout le monde le principe même de l'interprétation du Code de 1804, a fait apparaître d'une manière de plus en plus évidente l'immense avantage que présente la technique de notre Code ². Nous avons indiqué les caractères généraux qui la distinguent : absence de tout esprit de système, énoncé de règles générales sans aucun souci de prévoir tous les détails, position de principes concrets sans aucun appareil abstrait. Il n'est pas contestable que ces caractères présentent certains inconvénients, mais ils offrent cet avantage capital que le Code civil a pu, grâce à ces caractères, se prêter, avec une plasticité merveilleuse, au travail combiné de la doctrine et de la jurisprudence, comme aussi aux modifications successivement réalisées par le législateur. Avec la matière première fournie par le Code de 1804, la doctrine, la jurisprudence et la législation, en collaboration étroite et continue, ont pu assurer le développement de notre droit civil dans des conditions particulièrement favorables. Grâce à cette lente élaboration, notre droit a pu évoluer d'une manière progressive au milieu des transformations économiques et sociales et se rapprocher, autant que possible, des besoins de la vie, des exigences de l'heure et répondre aux aspirations qui se sont manifestées dans la conscience nationale.

En faisant cette constatation, nous n'entendons faire le procès ni des lois écrites ni de la codification. En dépit des critiques de l'école historique, l'opinion française demeure à bon droit convaincue de la supériorité du droit écrit sur le

1. On lit, dans l'étude consacré aux *Interprètes du Code civil*, par Charmont et Chaussé, dans le *Livre du centenaire du Code civil* (I, p. 167-170) les lignes suivantes : « On peut approximativement considérer comme achevée l'œuvre de l'École dogmatique avant les vingt dernières années du XIX^e siècle. Dès lors commence une autre période, qui dure encore... Sans être, à proprement parler les initiateurs de ces [des nouvelles] méthodes, deux civilistes ont eu par leur enseignement... une très grande et durable influence... Beudant et Bufnoir... Beudant s'est constamment intéressé aux besoins, aux exigences de la pratique, il a eu, presque seul des juristes de son époque, tendance à considérer la coutume comme une des vraies sources du droit... »

2. *Supra*, nos 116 et suiv.

droit coutumier ; la vie juridique a besoin d'une stabilité, d'une certitude que la loi écrite seule peut lui procurer. Toutefois, il est bon que la forme de la loi écrite, du Code, soit telle que les divers facteurs du droit puissent en modifier le contenu suivant les indications qui résultent de l'évolution des faits et des idées.

Le Code civil allemand, avec sa précision technique et sa rigueur, avec la prétention qu'ont eue les rédacteurs de n'omettre aucun détail, laisse à l'interprète un rôle plus restreint. Les innovations rendues nécessaires par les exigences de la vie auront beaucoup plus de peine à pénétrer dans un Code aussi complet ; les qualités mêmes de la technique seront un obstacle.

SECTION VI

INTRODUCTION DU CODE CIVIL EN ALSACE ET LORRAINE

127. Le problème législatif. — Le retour à la France des trois départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle a soulevé un problème législatif extrêmement délicat.

Il pouvait paraître séduisant à certains égards d'étendre immédiatement l'empire du droit français aux trois départements recouvrés. Cette mesure radicale, en consommant d'emblée et d'une manière éclatante la désannexion des territoires ravis à la France en 1871, aurait eu l'avantage de sauvegarder l'unité législative de la France, qui est à la fois la marque et un facteur important de l'unité nationale.

Mais des objections graves ont été regardées comme mettant obstacle à cette politique.

Les populations redevenant françaises par l'effet du traité de Versailles avaient vécu, durant les longues années d'annexion, sous l'empire du droit allemand. Il est vrai que, grâce à la forme fédérative de l'Empire, diverses lois françaises avaient pu demeurer plus ou moins longtemps en vigueur dans le Reichsland ; mais la marée montante du droit allemand avait fini par tout submerger et c'est ainsi, notamment, que le Code civil de 1804, conservé pendant trente ans, avait

cédé la place au Code civil allemand le 1^{er} janvier 1900. Or on sait que le droit allemand — le droit civil en particulier — est séparé du nôtre non seulement par d'importantes différences de fond, mais par une opposition fondamentale concernant la technique. Une longue pratique de ce droit allemand avait inévitablement créé une accoutumance et même fait naître la croyance, généralement répandue dans l'ensemble de la population et profondément enracinée dans l'esprit des juristes, à une éminente supériorité du droit allemand sur le droit français. N'eut-il pas été dangereux, dans ces conditions, d'opérer brusquement une révolution législative complète ?

A cette considération d'ordre général sont venues s'ajouter les deux raisons suivantes.

D'une part, tous les esprits réfléchis sont tombés d'accord qu'il aurait été inopportun d'imposer à l'Alsace et à la Lorraine redevenant françaises certaines parties de notre législation qui ne correspondaient pas aux traditions et aux mœurs du pays, telles, par exemple, que la législation des cultes et de l'enseignement primaire. Cela seul suffisait pour imposer, dès l'abord, l'idée d'une discrimination à faire et d'un examen minutieux des lois françaises à l'égard de leur introduction dans les départements recouvrés.

D'autre part, beaucoup de bons esprits étaient d'avis que certaines parties de la législation en vigueur dans les provinces désannexées étaient préférables aux parties correspondantes de la législation française. A supposer même que cette manière de voir ne fût pas faite d'un engouement un peu irréfléchi, au moins pour une part, on ne pouvait contester qu'elle eût un fondement solide à certains égards, par exemple en ce qui concerne les livres fonciers ; en tout cas, c'était une opinion communément répandue et non pas seulement parmi les juristes ou hommes politiques appartenant aux départements recouvrés. Cette opinion conduisait, elle aussi, à la conclusion qu'il ne pouvait être question d'une introduction immédiate et massive de la législation française.

128. La solution. — Elle a été consacrée par la loi du 17 octobre 1919, relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine ¹, dont il suffit de reproduire ici deux dispositions.

1. D. P., 1919, IV, 270. — Cpr. *supra*, nos 32 et 61.

L'article 3 alinéa 1 est ainsi conçu : « Les territoires « d'Alsace et de Lorraine continuent, jusqu'à ce qu'il ait été « procédé à l'introduction des lois françaises, à être régis par « les dispositions législatives et réglementaires qui y sont « actuellement en vigueur. »

L'article 4 ajoute : « La législation française sera intro- « duite dans lesdits territoires par des lois spéciales qui « fixeront les modalités et délais de son application. — Tou- « tefois, les dispositions de ladite législation française dont « l'introduction présenterait un caractère d'urgence pour- « ront être déclarées applicables par décret rendu sur la « proposition du président du conseil et après rapport du « commissaire général de la République. — Ces décrets se- « ront soumis à la ratification des chambres dans le délai « d'un mois. »

129. La politique de l'introduction en ce qui concerne le droit privé. — Sans nous attarder à retracer dans son ensemble l'histoire de l'introduction du droit français en Alsace et Lorraine de 1919 à nos jours, nous nous contenterons de relever, d'une manière sommaire, ce qui concerne le droit privé, spécialement le droit civil.

Dans cet ordre d'idées limité, deux lois sont à considérer : deux lois distinctes, portant l'une et l'autre la date du 1^{er} juin 1924.

La première est intitulée : *loi mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle* ¹.

La seconde est la loi *portant introduction des lois commerciales françaises dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle* ².

N'ayant pas à nous occuper ici des lois commerciales ³, nous nous bornerons à donner un aperçu sommaire de la loi concernant la législation civile ⁴.

1. D. P. 1924, IV, 285.

2. D. P., 1924, IV, 321.

3. L'économie générale de la loi du 1^{er} juin 1924 sur l'introduction des lois commerciales est analogue à celle de la loi sur l'introduction des lois civiles. Il y a symétrie entre les deux régimes. Voy. cependant ce qui sera dit *infra*, n° 133.

4. Voy. *L'introduction du droit civil français en Alsace et en Lorraine*, 1 vol. publié par la Faculté de Droit de Strasbourg, Paris, 1925. — Cpr. le *Répertoire juridique d'Alsace et Lorraine* publié par M. Niboyet, Paris, Sirey.

130. Lois françaises introduites et lois allemandes abrogées. — L'article 1 de la loi déclare mettre en vigueur « l'ensemble de la législation civile française », notamment un certain nombre de textes, tant généraux que spéciaux, dont il donne l'énumération. L'article 6 déclare, en sens inverse, que « l'ensemble de la législation civile locale » est abrogé, notamment le Code civil local, la loi d'introduction et la loi d'exécution en Alsace et Lorraine. Enfin l'article 7 spécifie qu'un certain nombre de lois civiles locales restent en vigueur.

Mais il faut ajouter que les lois françaises introduites par la loi ne le sont pas toutes d'une manière pure et simple. Pour un certain nombre d'entre elles, la loi de 1924 stipule qu'elles ne sont applicables qu'avec certaines modalités ou réserves, dont l'indication minutieuse fait l'objet des articles 15 et suivants de la loi. Parmi les particularités consacrées par la loi, les plus intéressantes concernent la tutelle, le registre matrimonial et surtout le livre foncier.

131. Le droit local. — En définitive, la loi de 1924 relative à la législation civile est loin d'avoir assimilé les trois départements recouverts au reste de la France en ce qui concerne cette législation. D'une part, un certain nombre de lois allemandes sont maintenues en vigueur et d'autres sont d'importance, tel par exemple le Code local de procédure civile presque en entier (article 2-6^o de la loi) ; l'article 12 prend même soin de prescrire qu'elles seront « publiées en français « à titre documentaire ». D'autre part, si de larges branches de la législation française sont introduites, les modalités et réserves sont extrêmement nombreuses et importantes. Le droit des départements désannexés est, pour une large part, un droit local. Nous venons de le constater en matière civile ; il en est de même dans les autres branches du droit.

Observons, d'ailleurs, avec soin, que ce droit local, bien qu'en provenance du droit allemand, est un droit français au même titre que le Code civil. Cela est d'évidence pour les règles particulières maintenues ou posées par la loi de 1924. Cela n'est pas moins vrai pour les lois allemandes demeurées intégralement en vigueur. C'est, en effet, par la vertu de dispositions législatives françaises que ces lois allemandes sont demeurées en vigueur ; elles sont devenues, à cet égard, de véritables lois françaises.

Il suit de là que l'interprétation du droit local, même en ce

qui concerne les lois allemandes maintenues, est soumise au contrôle de la Cour de cassation. L'exercice de ce contrôle est inévitablement malaisé ; en effet, les lois dont il s'agit, pour francisées qu'elles soient, n'en sont pas moins des rameaux détachés d'une législation étrangère, difficiles à transplanter dans le terrain de notre droit national.

132. Conflits. — L'existence d'une législation française propre aux départements recouverts et différente de la législation française proprement dite donne inévitablement naissance à des conflits de lois analogues à ceux qui se produisent entre législations étrangères et dont l'étude constitue une branche spéciale de la science juridique : le droit international privé.

Le 24 juillet 1921 a été promulguée une loi *prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine en matière de droit privé*¹.

Nous aurons l'occasion de revenir sur cette loi quand nous présenterons, dans l'*Explication du titre préliminaire du Code civil*, le commentaire de l'article 3².

133. Caractère temporaire du droit local. — Les rédacteurs de la loi de 1921 sur l'introduction de la législation civile n'ont pas envisagé le régime spécial par eux établi en Alsace et Lorraine comme devant durer toujours.

S'ils ont établi ce régime, c'est avec une double intention. D'une part, ils ont voulu ménager une période de transition, afin de rendre plus facile ce qu'on pourrait appeler l'acclimatation de l'Alsace et de la Lorraine dans la législation française. D'autre part, ils ont considéré que certaines parties de la législation locale, loin de devoir être remplacées par le droit français, ont une valeur propre qui conseille de les introduire dans le droit commun français ; et ils ont voulu ménager un délai permettant de réaliser l'unité de législation non pas en introduisant le droit français en Alsace, mais en réformant le droit français par l'incorporation à ce droit de certaines parties du droit d'Alsace.

Partant de ces idées, ils ont limité à dix ans la période de transition. L'article 14 est ainsi conçu : « Pendant un délai de « dix ans à partir de la mise en vigueur des lois civiles fran-

1. D. P. 1923, IV, 104.

2. *Infra*, n° 257.

« çaises, sont provisoirement applicables les règles qui font
« l'objet du présent titre. A l'expiration de ce délai, une loi
« déterminera les modalités d'application des dispositions
« correspondantes du droit français. »

Si ce texte met bien en lumière l'intention du législateur de ne pas maintenir à perpétuité une législation civile spéciale en Alsace et en Lorraine, il ne paraît pas présenter toute la clarté désirable.

D'une part, l'article 14 est placé en tête du titre II de la loi, portant la rubrique *Dispositions spéciales* et il ne limite à dix années que l'effet des règles faisant l'objet du titre II : articles 15 à 77. De sorte que la question demeure douteuse de savoir si l'on doit considérer comme limité à la durée de dix années l'effet des dispositions contenues dans les articles qui précèdent l'article 14 ou suivent l'article 77.

D'autre part et en ce qui concerne les modalités ou réserves énoncées par les articles 15 à 77, on n'aperçoit pas exactement ce qu'il adviendrait si le délai de dix ans venait à expiration sans avoir été prorogé et sans qu'une loi nouvelle soit intervenue. Faudrait-il considérer que, les réserves et modalités devenant caduques, la législation française devient applicable d'une manière pure et simple ? Ou bien que toute application doit cesser jusqu'à ce que la loi nouvelle intervienne ?

Notons enfin que la disposition de l'article 14 est spéciale à la matière visée par la loi dont cet article fait partie, l'introduction de la législation civile, et qu'aucune disposition du même genre ne figure dans la loi sur l'introduction de la législation commerciale.

Quoi qu'il en soit, la loi du 1^{er} juin 1924 sur la législation civile est entrée en vigueur, par application de l'article 1 de cette loi, le 1^{er} janvier 1925. Le délai de dix ans viendra donc à expiration le 1^{er} janvier 1935. C'est avant cette date que le législateur devra statuer à nouveau sur la matière.

SECTION VII

PLAN GÉNÉRAL ET MÉTHODE DU PRÉSENT COURS

134. Méthode analytique. — Les indications sommaires que nous avons présentées sur l'histoire de l'interprétation du Code civil font apercevoir que deux méthodes sont possibles pour l'enseignement du droit civil.

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

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

Sans doute, il faut bien arriver tôt ou tard aux idées générales, à la synthèse. C'est un impérieux besoin de l'esprit de se rendre compte des choses, de mettre de l'ordre et de l'enchaînement dans ses connaissances. Mais on ne peut tout voir d'un premier coup d'œil. Si on se place au point de vue des exigences d'une initiation bien conduite, ce n'est pas par

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

les idées générales qu'il faut commencer ; la synthèse est le couronnement et non le début d'une étude. Il y a présomption à vouloir atteindre d'emblée les sommets ; il faut analyser avant de généraliser.

D'autre part, la méthode analytique, qui va du fait à l'idée, tout empirique qu'elle paraisse, est seule rationnelle pour l'étude du droit, parce que seule elle concorde avec la manière dont s'est accompli et dont se poursuit le développement historique du droit. La loi, en effet, a été partout une nécessité pratique avant de devenir un objet d'étude ; elle s'est produite partout et toujours comme un fait spontané et nécessaire avant que la réflexion ait dégagé la théorie, c'est-à-dire la genèse des systèmes qui ont constitué à la longue la science du droit. C'est donc comme un fait qu'il convient de l'observer d'abord, parce que c'est ainsi qu'elle se produit.

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

135. En demeurant fidèles à cette méthode, nous allons à l'encontre de tendances assez générales, qui se sont dès longtemps manifestées.

A peine la période purement exégétique de l'interprétation du Code avait-elle pris fin que les maîtres de l'école dogmatique, cessant de s'absorber dans la contemplation des articles du Code civil, ont rêvé de construire un système de droit civil dont le Code de 1804, tout en demeurant la clef de voûte, n'aurait pas été l'unique charpente. Aubry et Rau ont été les grands initiateurs de ce mouvement, dont l'idée, au surplus, leur était venue d'outre-Rhin et du cours de droit civil français de Zachariae, professeur à l'Université de Heidelberg ; chacun sait que la traduction française de l'ouvrage de Zachariae, donnée par Aubry et Rau en 1838, a été la première forme, la matière première de l'œuvre originale qui devait immortaliser les deux juristes de Strasbourg ¹.

Jamais l'idée n'a été abandonnée depuis lors et il était naturel que la tendance consistant à rompre l'ordre du Code devint de plus en plus forte à mesure que l'histoire de

1. Voy. à cet égard la notice d'Eugène Gaudemet, *supra*, n° 121.

l'interprétation du Code se développait dans le sens qui a été précédemment indiqué¹. Plus les interprètes tendaient à s'élever au-dessus du Code civil pour envisager le droit civil, plus ils devaient tendre à s'évader du cadre fourni par ce Code.

La plupart des auteurs qui ont écrit sur le droit civil ont été séduits par l'idée nouvelle. Les professeurs chargés d'enseigner cette branche du droit l'ont été davantage encore. C'est surtout dans la chaire, pour mieux éclairer la route aux yeux des étudiants et faciliter leur initiation, que la tentation devait naître de reléguer au second plan le Code civil et ses divisions pour enseigner le droit civil dans un ordre nouveau, en prenant pour base les idées directrices dégagées par la doctrine et la jurisprudence.

Ce mouvement d'idées a eu pour résultat l'arrêté ministériel du 24 juillet 1895, qui a eu pour objet de répartir les matières du droit civil entre les trois années d'études de licence d'une manière nouvelle et sans souci de l'ordre suivi par le Code civil. La réforme, accueillie par beaucoup avec enthousiasme et âprement critiquée par d'autres, a été réformée à son tour, moins de dix ans plus tard, par l'arrêté du 20 juillet 1904.

Nous avons dit² les raisons pour lesquelles nos préférences vont à l'ancienne méthode. Peut-être, au surplus, cette question de l'ordre à suivre n'a-t-elle pas toute l'importance que l'on a pu croire. Suivre l'ordre tracé par le Code civil et greffer sur l'étude du Code et des textes complémentaires les notions générales qui les dominent et en découlent, ou bien s'affranchir des textes, prendre pour base les principes abstraits et la technique générale en y subordonnant les textes, ces deux méthodes sont-elles si différentes qu'on se plait à le croire ? C'est affaire de nuances, de tour de main, affaire d'art, peut-on dire. Le but importe seul et sur le but tout le monde est d'accord : c'est qu'il faut s'élever aussi haut que possible au-dessus des textes, mais sans perdre pied, si l'on peut dire, en se privant du point d'appui solide des textes qui demeurent la base essentielle.

Pour s'en tenir au point de vue pédagogique, l'expérience faite des nouvelles méthodes paraît avoir prouvé trois choses.

1. Voy. *supra*, n° 121 et suiv.

2. *Supra*, n° 134.

D'abord, l'habitude de ne pas suivre de près l'ordre même du Code peut offrir le danger de priver l'étudiant d'une connaissance minutieuse des articles du Code, qui sont et restent, quoi qu'on fasse ou qu'on dise, l'aliment essentiel. Il faut apprendre à vivre dans la familiarité du texte et ne pas prendre l'habitude de le considérer comme l'accessoire d'un exposé doctrinal, ainsi que les textes des Institutes et du Digeste sont l'accessoire d'un cours de droit romain.

La seconde leçon de l'expérience est que, si l'ordre suivi par le Code civil est loin d'être parfait, dicté qu'il est par des raisons pratiques plutôt que par des considérations scientifiques¹, l'adoption d'un ordre nouveau, d'une méthode moins imparfaite ou seulement plus ambitieuse n'a pas fait évanouir toutes les difficultés concernant l'ordonnance des matières. Quelque plan qu'on adopte et sur quelque méthode que l'on s'appuie, l'impossibilité se révèle d'articuler d'une manière pleinement harmonieuse et satisfaisante un ensemble aussi vaste et complexe que le droit civil français. Quoi qu'on fasse, il est des matières qui sont à cheval sur deux ou plusieurs ordres d'idées et sur lesquelles il est inévitable de revenir à plusieurs reprises : ici pour les indiquer seulement, là pour les traiter au principal, ailleurs pour y revenir et les compléter par rapprochement avec d'autres.

Et la troisième leçon de l'expérience découle de la précédente. S'il n'y a pas, s'il ne peut pas y avoir d'ordre parfait, de méthode échappant à toute critique, la moins mauvaise n'est-elle pas celle qui divise le moins les esprits en les cantonnant sur un terrain neutre : celui du Code et des textes complémentaires, fondement de tout l'édifice du droit civil ?

136. Telles sont les raisons pour lesquelles nous n'avons pas cru devoir nous départir du plan général suivi par les rédacteurs du Code.

Chacun des traités composant le présent *Cours* correspond à une partie distincte du Code. Mais les synthèses nécessaires seront faites chemin faisant. Les rapprochements à faire, les correspondances à établir seront indiqués avec insistance ; les idées générales ayant leur répercussion sur plusieurs traités seront soulignées. Rien ne sera négligé pour donner à l'ensemble du *Cours*, qui restera proche du Code civil, le caractère et l'ampleur d'une construction doctrinale.

1. *Supra*, n° 111 et suiv.

EXPLICATION DU TITRE PRÉLIMINAIRE DU CODE CIVIL

137. Contenu du titre préliminaire. — Il renferme six articles, groupés sous la rubrique suivante : *De la publication, des effets et de l'application des lois en général.*

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

Ces six articles sont un reste du livre préliminaire ² qui figurait dans le projet primitif et dans le projet définitif ³ et qui fut plus tard retranché. Des articles dont ce livre se composait, le plus grand nombre, soit une quarantaine, ont été

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

2. *Supra*, n° 100.

3. *Ibid.*, n° 101.

purement et simplement supprimés ; ils contenaient des définitions, des aphorismes législatifs, des maximes de droit naturel, qui furent regardés comme n'étant pas du domaine de la loi, mais du ressort de la doctrine. Quelques autres ont été reportés ailleurs. Il en resta six, qui ne suffisaient pas à former un livre et dont on fit un titre préliminaire.

Même réduit à ces proportions, le titre préliminaire est étranger à l'ordre d'idées du Code civil, car il ne contient pas des règles de droit privé. Le Code civil proprement dit, c'est-à-dire le Code du droit privé, ne commence qu'à l'article 7. Le titre préliminaire est dans le Code civil, mais il n'en fait pas partie. Les circonstances historiques expliquent cette anomalie.

138. Il ne mérite pas moins qu'on s'y arrête. Les règles qu'on y trouve sont une annexe des notions déjà réunies sur les sources du droit positif.

Ces règles se réfèrent aux trois objets suivants : 1^o la promulgation des lois. — 2^o leur publication, — 3^o leur autorité et leur application.

Il est bon de les compléter par quelques indications relatives à la date et à l'abrogation des lois.

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

Toutefois, l'observation qui précède ne doit être entendue que dans les termes où elle vient d'être formulée. Nous avons dit dans presque tous les textes du titre préliminaire et non pas dans tous ni davantage dans tous les développements que nous allons présenter au cours de cette *Explication* du titre préliminaire. Nous prendrons soin de relever, dans toute la mesure nécessaire, les particularités qui concernent les décrets, par opposition aux lois.

CHAPITRE PREMIER

LA PROMULGATION DES LOIS

SECTION I

PROMULGATION DES LOIS PROPREMENT DITES

139. — Promulgation et publication. — La promulgation fait l'objet du premier alinéa de l'article 1¹, auquel il faut joindre l'ordonnance du 27 novembre 1816 et le décret du 5 novembre 1870.

Le premier alinéa de l'article 1 marque quel est l'effet de la promulgation : « Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par le Roi » Le dernier mot appartient au style de l'édition de 1816 ; il faut lire : par le chef du pouvoir exécutif, par le Président de la République.

La promulgation rend les lois exécutoires, c'est-à-dire susceptibles d'être exécutées. Jusque-là, quoique régulièrement élaborées, quoique votées par les Chambres, ce ne sont pas des lois proprement dites ; elles n'ont qu'une existence virtuelle.

Le second alinéa ajoute : « Elles seront exécutées dans chaque partie du royaume du moment où la promulgation en pourra être connue », c'est-à-dire après la publication. Elles deviennent alors obligatoires.

En d'autres termes, la loi ne devient obligatoire que quand elle a passé par trois phases. Il faut, d'abord, qu'elle ait été régulièrement élaborée, c'est-à-dire faite par le pouvoir compétent ; le Code civil ne s'occupe pas de la confection des lois, qui est réglementée par le droit constitutionnel, aujourd'hui

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

par les lois constitutionnelles de 1875. Il faut, en second lieu, qu'elle ait été promulguée, enfin qu'elle ait été publiée. Régulièrement élaborée et votée, la loi existe ; promulguée, elle devient exécutoire, susceptible d'être exécutée ; publiée, elle devient obligatoire, c'est-à-dire qu'elle doit être exécutée, appliquée ¹.

La date d'entrée en vigueur d'une loi, ce n'est pas la date de son adoption par les Chambres ni, s'il s'agit d'un décret ou d'un arrêté, la date de sa signature. Ce n'est pas davantage celle de la promulgation qui la rend exécutoire. C'est celle de la publication qui la rend obligatoire. Ainsi l'article 2 porte : « La loi ne dispose que pour l'avenir » ; l'avenir, c'est le temps postérieur à la date de la publication.

Laissant de côté la publication, dont nous nous occuperons plus loin, ne parlons d'abord que de la promulgation ².

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

140. Caractère essentiel de la promulgation. — Pendant longtemps, la promulgation n'a pas été distinguée de la publication. *Promulgare* signifie publier, proclamer, rendre

1. Sur les modifications qu'il conviendrait d'apporter au régime légal actuellement en vigueur au sujet de la promulgation des lois, ainsi que de la publication des lois et décrets, voy. le rapport et le projet de loi présentés par M. Henri Auberl à la *Société d'études législatives* en 1933 et la discussion sur les conclusions de ce rapport. La société a également discuté : 1° un rapport et un projet de loi établis par M. le doyen Duez, sur la publication des actes administratifs autres que les décrets, — 2° un rapport et un projet de loi établis par M^{lle} Basdevant, sur la publication des traités et accords internationaux. Voy. *Bulletin de la société d'études législatives*, 1933.

2. La distinction entre la promulgation et la publication, pour fondamentale et élémentaire qu'elle soit, n'est pas toujours respectée dans les mots dont les lois se servent. Voy. à cet égard la note de R. Beudant, au D. P. 1929. II. 5, spécialement p. 6, col. 1. — Cpr. *infra*, n° 145. Le Code civil lui-même n'a pas, à cet égard, une terminologie défiant toute critique. En effet, si la distinction dont il s'agit résulte nettement de l'article 1, cet article, qui emploie le mot *promulgation* dans l'alinéa 1, vise la *publication* dans l'alinéa 2, mais sans employer le mot ; d'autre part, le mot *publication*, qui figure dans la rubrique du titre préliminaire, y est employé ou bien comme synonyme de promulgation, ou bien et plutôt comme désignant à la fois promulgation et publication. — Voy. au surplus ce qui sera dit plus loin au sujet des rapports existant entre les deux notions de promulgation et de publication : *infra*, nos 144 et 145.

public. C'est un vieil axiome que *lex non obligat nisi rite promulgata*.

La distinction entre la promulgation et la publication n'a été faite qu'à partir de 1789, quand fut organisé le régime constitutionnel. La nécessité de la promulgation pour rendre la loi exécutoire apparut alors comme une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs législatif et exécutif. C'est le pouvoir exécutif qui fait exécuter la loi ; c'est lui, dès lors, qui doit donner l'ordre d'exécuter, lequel est le premier acte d'exécution. La promulgation ne fut pas autre chose. Elle était un ordre d'exécution adressé aux agents du pouvoir exécutif et aux particuliers eux-mêmes et elle consistait dans l'apposition de la formule exécutoire sur les lois votées par les représentants de la nation ; la loi était rendue exécutoire, comme le sont les jugements, par l'apposition de la formule exécutoire. L'article 3 du décret du 9 novembre 1789 arrête ainsi les termes de la formule exécutoire : « *Mandons et ordonnons à tous les tribunaux, corps administratifs et municipalités que les présentes ils fassent transcrire sur leurs registres, lire, publier, et afficher dans leurs ressorts et départements respectifs, et exécuter comme loi du royaume. En foi de quoi nous avons signé et fait contre-signer les présentes, auxquelles nous avons fait apposer le sceau de l'Etat.* »

On pourrait donc définir ainsi la promulgation : un acte solennel, par lequel le Roi attestait l'existence de la loi, ordonnait aux tribunaux et aux corps administratifs de la publier et de l'exécuter. Le Roi signait la loi, un ministre la contresignait et le sceau de l'Etat y était apposé.

Dans la suite, les termes de la formule exécutoire ont varié¹, mais l'idée est restée pendant longtemps la même. La promulgation est l'ordre d'exécution donné par le pouvoir exécutif.

141. Depuis 1870, la promulgation a complètement changé de caractère. A quoi bon, en effet, cet ordre d'exécution de la loi votée ? N'est-il pas superflu ? Ne va-t-il pas de soi qu'une loi doit être exécutée quand elle est votée ?

On comprenait cet ordre d'exécution sous la Constitution

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

de 1791, sous les Chartes de 1814 et de 1830, sous la Constitution de 1852, puisque la promulgation se rattachait à la sanction. Le chef de l'Etat participait à l'exercice de l'autorité législative par la sanction, c'est-à-dire par l'approbation qu'il était appelé à donner aux projets adoptés par les représentants du peuple ; sans la sanction, la loi votée n'existait pas encore et le souverain pouvait, en ne l'approuvant pas, la laisser inachevée. Le chef de l'Etat sanctionnait et promulguait à la fois ; les deux choses allaient ensemble et ne faisaient qu'un.

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

142. Formes de la promulgation. — Sachant en quoi elle consiste, il faut indiquer comment il y est procédé en la forme.

Le Code civil est muet à cet égard. Les règles à suivre sont posées par des textes postérieurs et nous allons voir que certains d'entre eux ont peut-être obscurci, au moins en apparence, la distinction fondamentale entre la promulgation et la publication.

143. Signalons d'abord trois textes très simples, qui ne soulèvent aucune difficulté, soit au point de vue des principes, soit au point de vue de l'application pratique.

1^o Aux termes de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, reproduisant à cet égard la disposition de l'article 1 alinéa 1 du Code civil, c'est le chef du Gouvernement qui promulgue les lois : « Le Président de la République... « promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux « Chambres... » Il le fait par un décret, le décret de promulgation. Tout le monde n'a pas le temps de se tenir au courant de ce qui se passe dans les chambres ; tout le monde cependant est tenu d'obéir à la loi ; donc il faut quand une loi a été

votée, que son existence soit officiellement annoncée. C'est le but de la promulgation.

2^o Aux termes de l'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, le Chef de l'Etat, chargé de promulguer les lois, est obligé de les promulguer et de le faire dans un certain délai. Cela est bien conforme au caractère actuel de la promulgation, qui n'est plus une sanction ni même un ordre d'exécution, mais une simple annonce de l'existence de la loi ; il ne dépend pas du Président de la République de la retarder, à plus forte raison de n'y pas procéder ; sans cela, l'ancien droit de sanction revivrait. Le délai habituel est d'un mois : « Le Président de la République promulgue les lois « dans le mois qui suit la transmission au Gouvernement de « la loi définitivement adoptée. » Les Chambres peuvent réduire ce délai à trois jours : « Il doit promulguer dans « les trois jours, ajoute l'article 7, les lois dont la promul- « gation par un vote exprès de l'une et de l'autre Chambre, « aura été déclarée urgente ¹. »

3^o Le décret du 6 avril 1876 arrête la formule de promulgation, laquelle répond au caractère actuel de la promulgation :

« Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté.

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

(Suit le texte de la loi.)

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

« Fait à le..... »

(Signature.)

Il n'est plus question de la formule exécutoire, contenant l'ordre donné par le pouvoir exécutif ; elle est jugée superflue. La promulgation est simplement l'annonce officiellement faite que la loi existe et qu'elle va être exécutée ².

1. Sous la Constitution de 1848 (art. 41 et 42) et sous celle de l'an III (art. 77, 81, 89 131), il n'y avait qu'une seule déclaration d'urgence, dispensant les projets de loi des trois délibérations et abrégeant les délais de promulgation. Dans la procédure parlementaire actuelle, on distingue deux sortes de déclarations d'urgence. L'une n'est prévue que par les règlements des Chambres et a pour but de réduire à une seule les deux délibérations successives prescrites par ces règlements. L'autre déclaration d'urgence, celle de l'article 6 de la loi du 16 juillet 1875, a pour unique objet de rendre plus courts les délais de promulgation. Voy. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 8^e édit., II, p. 443, 501 et 505.

2. On peut observer que la formule prescrite par le décret de 1876 ne s'impose pas

144. Ces règles sont simples. Mais voici venir la difficulté.

Supposons que le chef de l'Etat ait signé le décret de promulgation en employant la formule indiquée par le décret de 1876. La promulgation est-elle réalisée ?

A s'en tenir aux prescriptions du Code de 1804, et des trois lois qui viennent d'être signalées, il faudrait répondre par l'affirmative. Mais des textes ultérieurs sont venus compléter à cet égard le Code civil et prescrire certaines formalités complémentaires pour la promulgation.

Ces textes sont au nombre de trois : l'ordonnance du 27 novembre 1816, le décret du gouvernement de la défense nationale du 5 novembre 1870 et la loi du 19 avril 1930.

La préoccupation à laquelle ils répondent est d'ordre pratique et très facile à comprendre. Nous allons voir comment ces textes ont rapproché, en quelque sorte, la promulgation de la publication et estompé, si l'on peut dire, la différence qui les sépare.

145. Prenons l'ordonnance de 1816. L'article 1 est ainsi conçu : « A l'avenir, la promulgation des lois et de nos ordonnances résultera de leur insertion au *Bulletin officiel*. »

Est-ce à dire que la règle posée par l'article 1 C. civ. soit écartée et que la promulgation cesse de devoir être faite par le Chef de l'Etat ? En aucune manière. Un article du Code civil ne peut pas être abrogé par une ordonnance. Au surplus, la règle du Code avait été confirmée par la Charte de 1815, qui même lui avait conféré le caractère constitutionnel : « Le roi seul sanctionne et promulgue les lois », dit l'article 22 de la Charte. L'auteur de l'ordonnance n'a point entendu toucher à cette règle, mais seulement en assurer la mise en œuvre dans des conditions satisfaisantes au point de vue pratique. La préoccupation est très apparente et tout à fait raisonnable.

En 1816, la promulgation était un ordre d'exécution ; elle est devenue de nos jours une simple annonce officielle de l'existence de la loi¹ ; et la différence est sans importance au point de vue qui nous occupe. Ordre d'exécution ou annonce officielle de l'existence d'une loi, la promulgation ne saurait

d'une manière impérative au chef de l'État ; n'ayant été prescrite que par un décret, le chef de l'État pourrait la remplacer par toute autre analogue à son choix. En fait, elle a toujours été employée, en variation.

1. Voy. *supra*, n° 143.

être efficace si la signature d'un acte de promulgation demeurerait occulte. D'autre part, aux termes de l'article 1 alinéa 3 C. civ., la promulgation est le point d'appui du mécanisme de la publication, le point de départ de délais après l'expiration desquels la loi, rendue exécutoire par la promulgation, deviendra obligatoire ; et l'on ne voit pas comment la promulgation pourrait remplir cet office si elle ne faisait pas l'objet d'une manifestation extérieure. De là, la prescription de l'article 1 de l'ordonnance de 1816. Sans méconnaître le principe d'après lequel la promulgation est l'œuvre du Chef de l'Etat et consiste dans la signature qu'il appose au bas de l'acte portant promulgation, les rédacteurs de l'ordonnance ont regardé comme utile de conférer à cet acte une réalité extérieure au moyen d'une insertion dans un recueil officiel. Même, faisant un pas de plus, ils sont venus à considérer et à dire que la promulgation consiste dans l'insertion de l'acte au recueil officiel. Cette dernière idée n'est pas exacte au point de vue théorique ; mais l'ensemble des préoccupations dont est sortie l'ordonnance de 1816 est parfaitement justifié au point de vue pratique ¹.

Ces considérations diverses font nettement apparaître la relation étroite qui existe entre la promulgation et la publication. Les deux notions sont tellement voisines qu'à la rigueur on peut dire qu'elle se confondent. Très exactement, si la promulgation était vraiment une opération^{*} distincte quand elle était accouplée à la sanction, elle apparaît, depuis qu'elle n'est plus que l'annonce officielle de l'existence d'une loi, comme ne faisant qu'un avec la publication, dont elle n'est plus que l'acte initial.

Dès 1816 et bien que la promulgation se confondit alors avec la sanction royale, les rédacteurs de l'ordonnance ont, dans une large mesure, comblé le fossé qui sépare la promulgation de la publication. La terminologie même de l'ordonnance est significative à cet égard ; elle trahit que les rédacteurs de l'ordonnance n'ont pas seulement rapproché les deux idées l'une de l'autre, mais les ont peut-être confondues l'une avec l'autre.

Après que l'article 1, dont le texte a été cité, a dit que la

1. Voy. sur tous ces points la note précitée de R. Beudant, D. P. 1929, I. 5, spécialement p. 6 col. 2.

promulgation résulte de l'insertion au *Bulletin des lois*, l'article 2 ajoute que la promulgation sera réputée connue dans le département de la Seine, autrement dit que la publication sera réalisée, dans un certain délai après la réception du *Bulletin* au Ministère de la Justice. L'article 2 n'emploie pas le mot publication, mais l'idée est nette : promulgation réputée connue et publication, c'est tout un.

Puis l'article 3, voulant indiquer dans quelles conditions la publication a lieu pour les départements autres 5 que celui de la Seine, s'exprime ainsi : « Les lois et ordonnances sont exécutoires, dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai augmenté... etc. » *Exécutoires* est pris ici pour *obligatoires* ; la promulgation rend la loi exécutoire, la publication la rend obligatoire.

Enfin l'article 4 : « Dans les cas et les lieux où nous jugeons convenable de hâter l'exécution... les lois... seront censées publiées et seront exécutoires du jour... » L'incorrection des termes est ici plus grande, puisque le texte dit expressément que la loi est rendue exécutoire par la publication.

146. Quoi qu'il en soit, le dispositif de l'ordonnance est simple et net. La promulgation faite par le chef de l'Etat n'est parfaite que par l'insertion du décret de promulgation au *Bulletin des lois*.

147. Cet état de choses a duré jusqu'en 1870. Il a été modifié par le décret du Gouvernement de la défense nationale en date du 5 novembre 1870¹. C'est un décret-loi, l'un de ceux à propos desquels s'est posée, en 1872, la question de savoir s'ils ont vraiment force de loi ; l'affirmative a prévalu². « Dorénavant, dit l'article 1, la promulgation des lois et décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel de la République française*, lequel à cet égard remplacera le *Bulletin des lois*. » La promulgation se fait donc désormais par l'insertion au *Journal officiel* de la loi revêtue de la formule exécutoire, telle que l'a fixée le décret du 6 avril 1876. Seulement l'article 1 continue dans un second alinéa : « Le *Bulletin des lois* continuera à être publié, et l'insertion qui y

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

2. Voy. *supra*, n° 60.

« sera faite des actes non insérés au *Journal officiel* en opérera « promulgation. »

Il résulte de là que deux instruments de promulgation ont coexisté depuis le décret de 1870 : promulgation au moyen de l'*Officiel*, conformément au décret de 1870, — promulgation subsidiaire au moyen du *Bulletin*, conformément à l'ordonnance de 1816. L'idée des rédacteurs du décret de 1870 paraît avoir été la suivante. On ne peut pas insérer tous les actes au *Journal officiel*, qui est un journal quotidien ; cela excéderait les dimensions possibles. Les actes qui ont un intérêt général y seront naturellement insérés et seront promulgués par là même ; quant aux autres, ils iront s'annoncer au *Bulletin des lois* et leur promulgation résultera, suivant le régime ancien, de leur insertion au *Bulletin*.

Pour faciliter l'exécution combinée de l'ordonnance et du décret, le *Bulletin des lois* mentionne, sous chaque document, la date de son insertion à l'*Officiel* si elle a eu lieu. Si la date n'est pas indiquée, c'est que le document n'a pas été inséré à l'*Officiel* et l'insertion au *Bulletin* vaut alors promulgation, conformément à l'ordonnance de 1816¹.

148. Système évidemment peu satisfaisant et qui a été une cause de complication, sinon d'erreur.

Il a fait naître, en particulier, la difficulté suivante. Etant donné qu'il y a deux modes de promulgation, l'un principal par le *Journal officiel*, l'autre subsidiaire par le *Bulletin des lois*, quels actes doivent être promulgués par l'emploi de l'un, quels par l'emploi de l'autre ? Ou bien faut-il dire que les deux modes de promulgation peuvent être employés indistinctement quel que soit le caractère de l'acte dont il s'agit ?

Le décret du 5 novembre 1870 ne distingue pas. Le premier alinéa de l'article 1 substitue le *Journal officiel* au *Bulletin des lois* comme instrument de promulgation des lois et décrets ; puis le second alinéa s'exprime ainsi : « Le *Bulletin* « des lois continuera à être publié et l'insertion qui y sera faite « des actes non insérés au *Journal officiel* en opérera pro- « mulgation. » Le mot *acte*, employé dans le second alinéa, com-

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

prend évidemment les mots *lois et décrets*, employés dans le premier ; donc l'emploi des deux modes de promulgation est possible, quel que soit l'acte dont il s'agit.

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

149. Quoi qu'il en soit, le système malencontreusement établi par le décret-loi de 1870 a été supprimé par la loi du 19 avril 1930, dont l'article 1 est ainsi conçu : « L'insertion « au *Bulletin des lois* qui est prévue par des textes législatifs ou « réglementaires est remplacée par l'insertion au *Journal-officiel de la République française*. » Par application de l'article 2, le décret du 31 mars 1931 a décidé que le *Bulletin* cesserait de paraître le 13 avril 1931. Désormais, le *Journal Officiel* est le seul instrument de promulgation des lois ³.

1. D. P. 1872. I. 8.

2. Voy. *supra*, n° 53 et suiv.

3. Sur la question de savoir dans quelle mesure un texte de loi promulgué d'une manière erronée peut-être ensuite rectifié par voie de simple *erratum* inséré au *Journal officiel*, voy. Crim. 30 décembre 1922 (Bulletin criminel, n° 441, p. 735) ; Crim. 8 mars 1930, D. P. 1930. I. 101 et la note de M. Voirin ; Civ. 15 mai 1933, *Gazette du Palais*, 1933. II. 328 ; civ. 18 décembre 1933, D. H. 1934, p. 65 — Cpr. Trasbot, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1926.

SECTION II

PROMULGATION DES DÉCRETS ET RÈGLEMENTS

150. Peut-il être parlé d'une promulgation en ce qui concerne les décrets. — Il est permis d'en douter. En effet, quand il s'agit d'un décret, la promulgation se confond avec la confection même de l'acte ; le chef de l'Etat, qui émet le décret en y apposant sa signature, réalise en même temps la promulgation.

Toutefois, il faut observer qu'il y a, dans tout décret, deux séries nettement distinctes d'articles. La première contient tous les articles, sauf le dernier : tous ceux qui renferment les dispositions pour l'émission desquelles le décret a été fait. Le dernier article est ainsi conçu : « Le ministre de... est chargé de l'exécution du présent décret. » C'est de cette clause que résulte la promulgation du décret. La signature de l'ensemble par le chef de l'Etat a un double effet. En ce qui concerne la première série d'articles, elle les consacre ; en ce qui concerne l'article final, elle opère promulgation du décret ¹.

Au surplus, l'ordonnance de 1816 vise-t-elle expressément la promulgation « des lois et de nos ordonnances. » Le décret-loi de 1870 parle de la promulgation « des lois et « décrets » et la loi de 1930 « des textes législatifs ou réglementaires ». Il semble y avoir intérêt à ne pas répudier cette terminologie traditionnelle et d'autant plus que l'idée d'une promulgation des décrets se justifie par la raison que nous avons indiquée.

151. Forme de cette promulgation. — Le système admis pour la promulgation des lois est applicable aux décrets. Ils ne deviennent exécutoires que par la promulgation et sont, nous l'avons dit, visés formellement aussi bien par l'ordonnance de 1816 que par le décret de 1870.

Quant à la promulgation, il n'y a qu'une seule différence entre les décrets et les lois, c'est que la formule de promulgation n'est pas la même dans les deux cas. La formule introduite par le décret du 6 avril 1876 n'est relative qu'à la promulgation des lois ; elle ne saurait être appliquée aux

1. Voy. la note déjà citée de R. Beudant, p. 6, col. 2.

décrets, qui ne sont pas délibérés par les Chambres. Ils émanent du Président de la République ; ils sont rendus au rapport d'un ministre qui les contresigne et sont terminés par ces mots : « Le ministre de... est chargé de l'exécution du « présent décret. » Portant cet article final, le décret est inséré au recueil officiel : *Bulletin des lois* ou *Journal officiel* suivant les époques et uniquement *Journal officiel* depuis la disparition du *Bulletin* en 1931 ; l'insertion en opère promulgation ¹.

Aucune distinction n'est à faire, à cet égard, entre les décrets simples, les décrets réglementaires et les décrets portant règlement d'administration publique.

151 bis. Règlements administratifs autres que les décrets. — Nous voulons parler, en particulier, des règlements émanant des maires et, dans certains cas, des ministres et des préfets.

Il n'y a pas pour eux de promulgation. Ils sont exécutoires dès et par cela seul qu'ils sont pris et portés en fait à la connaissance des administrés ; la promulgation, pour eux, se confond avec la publication.

1. Cass. 5 novembre 1885, S. 1887. I. 233.

CHAPITRE II

DE LA PUBLICATION DES LOIS

SECTION I

PUBLICATION DES LOIS PROPREMENT DITES

152. Caractère et rôle de la publication. — Publication et promulgation sont choses distinctes. Nous l'avons répété à satiété. La publication fait l'objet des alinéas 2 et 3 de l'article 1. Il faut y joindre l'ordonnance du 27 novembre 1816, le décret du 5 novembre 1870 et la loi du 19 avril 1930.

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

Le mot *publication* se trouve dans la rubrique du titre préliminaire¹. Il ne se retrouve pas dans l'article 1 ; mais la chose s'y retrouve : « Elles seront exécutées dans chaque partie du royaume, dit l'alinéa 2, du moment où la promulgation en pourra être connue. » Dire qu'elles seront exécutées, c'est dire qu'elles ne seront plus seulement exécutoires, mais obligatoires. Elles le deviennent par la publication.

1. Voy. *supra*, n° 139, en note.

153. Comment s'opère la publication. — Les procédés ont varié à l'infini ¹. On n'a pas encore imaginé un procédé vraiment satisfaisant.

La vérité serait de ne regarder la loi comme obligatoire qu'autant qu'elle serait réellement connue ; alors il faudrait une publication réelle et effective. Ce mode de publication a été employé à certaines époques : c'est la publication par affiches ou par lecture publique ². Elle n'est d'ailleurs effective qu'en apparence. Si, en effet, on lit les lois dans les carrefours, qui les écouteront et, parmi ceux qui écouteront, qui les comprendra ? Un autre inconvénient résulte de ce système. La loi ne devenant obligatoire qu'après avoir été lue aux citoyens et affichée sous leurs yeux, les administrateurs, chargés de procéder à la lecture et à l'affichage, pourront hâter ou retarder l'exécution de la loi en accomplissant vite ou lentement les formalités dont le soin leur incombe ; or il est choquant et dangereux que la mise en vigueur d'une loi dépende du bon vouloir d'un administrateur.

Pour toutes ces raisons, on a remplacé la publicité de fait par la présomption de publicité. On a abandonné le système de la publication réelle pour venir à celui de la publication fictive. D'après l'article 1 alinéas 2 et 3 du Code, cette publication fictive consiste dans la seule expiration d'un délai à partir de la promulgation. Pendant ce délai, la loi est censée se propager et arriver à la connaissance des intéressés par les conversations, par les journaux. L'expiration d'un délai fait l'office d'une publication réelle ; on se contente, par conséquent, d'une présomption de publication. Il faut s'y résoudre : la publication a moins pour objet de faire connaître la loi que de fixer une époque où elle sera censée connue.

154. Les règles relatives à ce délai et à la manière de le calculer ont varié, d'ailleurs, aux diverses époques depuis 1804 jusqu'à nos jours.

Les modifications successivement introduites en ce qui concerne la promulgation des lois ont eu pour conséquence des modifications corrélatives en ce qui concerne la publication. Conséquence naturelle, même inévitable. D'une part, la pro-

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

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

mulgation, nous l'avons vu, n'est, en définitive, que l'acte initial de la publication ; d'autre part, les formalités prescrites pour la promulgation sont la base sur laquelle repose le mécanisme de la publication ¹.

155. Système du Code de 1804 et de l'ordonnance du 27 novembre 1816. — Le Code de 1804, de même qu'il s'est borné à dire que la promulgation est faite par le chef de l'Etat, s'est contenté, en ce qui concerne la publication, de poser un principe.

L'alinéa 2 de l'article 1 est ainsi conçu : les lois « seront « exécutées dans chaque partie du royaume du moment où la « promulgation en pourra être connue ». Formule un peu ambiguë, qui pourrait s'entendre d'une publication réelle.

L'alinéa 3 spécifie qu'il s'agit d'une publication fictive : « La promulgation faite par le roi sera réputée connue dans « le département de la résidence royale un jour après celui de « la promulgation, et, dans chacun des autres départements, « après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de « jours qu'il y aura de fois dix myriamètres entre la ville où « la promulgation en aura été faite et le chef-lieu de chaque « département ². »

Le vice du système est que la promulgation, consistant exclusivement dans la signature du chef de l'Etat, est un fait occulte, dont ni le lieu ni la date ne sont suffisamment apparents pour servir utilement de point de départ à un délai ³.

156. C'est ce que les rédacteurs de l'ordonnance du 27 novembre 1816 ont aperçu. Pour donner une base solide au mécanisme de la publication, ils ont introduit l'idée — un peu étrange en apparence, mais tout à fait raisonnable au point de vue pratique — d'après laquelle la promulgation consiste dans l'insertion de la loi au *Bulletin des Lois*. Le *processus* de la publication devient ainsi très simple et extrêmement net.

La promulgation des lois, dit l'article 2 de l'ordonnance, sera réputée connue dans le département de la Seine, « conformément à l'article 1 du Code civil, un jour après « que le *Bulletin des Lois* aura été reçu de l'Imprimerie

1. Voy. *supra*, n° 145.

2. Les jours dont il s'agit sont des jours francs : avis du conseil d'État du 24 février 1817.

3 et 4. *Supra*, n° 145.

« royale par notre chancelier ministre de la justice, lequel
« constatera sur son registre l'époque de la réception » ¹.

Et l'article 3 : « Les lois et ordonnances seront exécutoires
« (ce qui signifie obligatoires ²), dans chacun des autres départe-
« tements du royaume, après l'expiration du même délai aug-
« menté d'autant de jours qu'il y aura de fois 10 myriamètres
« entre la ville où la promulgation en aura été faite et le chef-
« lieu de chaque département, suivant le tableau annexé à
« l'arrêté du 15 thermidor an XI ou 13 août 1803. »

157. C'est la mise au point du système de publication de 1804.

Nous allons compléter l'exposé de ce système en appelant l'attention sur deux points : le mode de computation des délais, — l'abrégement et l'allongement des délais dans certains cas exceptionnels.

158. Computation des délais. — La loi entre en vigueur à des dates variables dans les divers départements. Pour chacun des départements autres que celui de la Seine, il y a un calcul spécial à faire, facilité d'ailleurs par l'arrêté du 25 thermidor an XI (13 août 1803), qui donne les distances de Paris aux chefs-lieux des divers départements ³. Promulguée le 1^{er} décembre, quand la loi est-elle obligatoire dans le Morbihan ? La distance de Paris à Vannes étant de cinquante myriamètres, la loi sera obligatoire dans le Morbihan après l'expiration d'un délai de six jours, c'est-à-dire le 7 décembre à minuit.

Rien n'est plus simple quand on prend comme exemple un département dont le chef-lieu est à une distance de Paris se chiffrant en un nombre exact de myriamètres, sans fraction ; mais l'hypothèse inverse est beaucoup plus fréquente et les difficultés apparaissent. Entre Paris et Nîmes, par exemple, la distance est de 70 myriamètres 2 kilomètres. Si la distance était exactement de 70 myriamètres, les lois seraient obligatoires dans le département du Gard sept jours plus

1. L'article 1 alinéa 3 du Code civil avait dit : « Dans le département de la résidence royale ». Dans l'ordonnance de 1816, c'est toujours le département de la Seine, puisque le délai commence à courir du jour de la réception du *Bulletin* au Ministère de la Justice. C'est donc par erreur que l'article 3 de l'ordonnance parle encore de « la ville où la promulgation aura été faite ».

2. *Supra*, n° 145.

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

tard que dans celui de la Seine ; faudra-t-il ajouter un jour à raison des 2 kilomètres supplémentaires ? Prenons un autre exemple. La distance entre Paris et Autun est de 39 myriamètres 9 kilomètres. Les lois seront-elles obligatoires dans le département de Saône-et-Loire trois jours plus tard que dans celui de la Seine, comme si la distance entre Paris et Autun était exactement de 30 myriamètres, ou bien ne faut-il pas ajouter un jour à raison des 9 myriamètres 9 kilomètres, qui équivalent presque à 10 myriamètres ? En d'autres termes, les fractions de 10 myriamètres entrent-elles en ligne de compte pour le calcul du délai de publication ? Il peut être important et très grave en pratique de déterminer à un jour près la date d'entrée en vigueur d'une loi.

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

La solution n'est pas douteuse. Elle est adoptée par tous les auteurs et a été consacrée par plusieurs actes législatifs ¹.

En dépit de ces actes, la Cour de cassation a jugé d'abord que les fractions de dix myriamètres doivent entrer en ligne de compte pour le calcul du délai de publication et voici le raisonnement sur lequel s'appuyait cette jurisprudence. Il y a quatre départements dont les chefs-lieux sont à une distance de Paris inférieure à dix myriamètres ; si l'on ne tient pas compte des fractions de dix myriamètres pour le calcul du délai de publication, les lois seront regardées comme obligatoires dans ces quatre départements le même jour que dans

1. Sénatus-consulte du 15 brumaire an XIII (6 novembre 1805) et ordonnance du 7 juillet 1824.

celui de la Seine. Or le texte répugne à cette solution ; il ne considère la loi comme pouvant entrer en vigueur un jour après celui de la promulgation que dans le département de la Seine, le délai devant être augmenté pour chacun des autres. Tels sont les motifs des deux arrêts de rejet rendus par la chambre criminelle le 16 avril 1831 ¹.

Depuis, la jurisprudence a changé. La Cour de cassation admet que le délai doit être augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres complets, sans tenir compte des fractions de dix myriamètres ².

159. Abréviation et allongement des délais. — Les délais établis par l'article 1 du Code et par les articles 2 et 3 de l'ordonnance de 1816 peuvent être abrégés ou allongés dans certaines hypothèses.

a) Ils peuvent être abrégés dans l'hypothèse prévue par l'article 4 de l'ordonnance du 27 novembre 1816, que nous avons déjà signalé pour en souligner la terminologie vicieuse ³. L'article est ainsi conçu : « Dans les cas et les lieux où nous
« jugerons convenable de hâter l'exécution, les lois et ordon-
« nances seront censées publiées et seront exécutoires (il
« aurait fallu écrire *obligatoires*) du jour qu'elles seront par-
« venues au préfet, qui en constatera la réception sur un re-
« gistre. » C'était dire qu'en cas d'urgence la publication réelle remplacerait la présomption de publication résultant de l'écoulement d'un délai. Seulement il était au moins douteux que la réception à la préfecture fût un avertissement suffisant pour les particuliers ; aussi l'ordonnance du 18 janvier 1817 a-t-elle modifié les règles posées en 1816 : « Dans les
« cas prévus par l'article 4 de notre ordonnance du 27 no-
« vembre 1816, où nous jugerons convenable de hâter l'exé-
« cution des lois et de nos ordonnances en les faisant parve-
« nir extraordinairement sur les lieux, les préfets prendront
« incontinent un arrêté par lequel ils ordonneront que les-
« dites lois et ordonnances seront imprimées et affichées
« partout où besoin sera. Lesdites lois et ordonnances seront
« exécutées à compter du jour de la publication faite dans
« la forme prescrite par l'article ci-dessus. »

1. Dalloz, *Répertoire*, v° *Lois*, n° 161.

2. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Lois*, n° 86. — Metz 13 février 1856 D. P. 1855. II. 287 ; Cass. 27 juin 1855, D. P. 1855 I. 261 ; Cass. 9 avril 1856, D. P. 1856. I. 187.

3. *Supra*, n° 145.

Ces ordonnances étaient-elles constitutionnelles ? Le doute est possible, car une ordonnance ne peut déroger à la loi. Toutefois, les deux ordonnances de 1816 et 1817 ont toujours été appliquées ; on les a regardées comme n'ayant fait que déterminer d'une manière plus précise ce qui avait lieu auparavant ¹.

b) Les délais peuvent être augmentés lorsqu'il y a eu, en fait, une interruption de communications entre Paris, où se fait la promulgation, et le département où il s'agit d'appliquer la loi. L'interruption aura mis obstacle à la propagation présumée de la loi. Il faut une cause générale et publique d'empêchement : inondation, amoncellement de neiges, invasion, établissement d'un cordon sanitaire. Dans ces cas, le délai est prolongé ; il y a interruption du délai jusqu'au rétablissement des communications. C'est raisonnable et on n'a jamais douté que ce fût légal. Il y avait un article en ce sens dans le projet primitif ; il fut supprimé dans le projet définitif comme inutile et consacrant ce qui allait de soi ².

160. Système du décret loi du 5 novembre 1870. — On sait que ce décret a modifié le système de la promulgation ³. Par voie de conséquence, il a modifié celui de la publication. Par suite, de même qu'il a existé, depuis ce décret, deux modes de promulgation (par insertion au *Bulletin des Lois* et par insertion au *Journal officiel*), de même il a existé deux modes de publication s'adaptant aux deux modes de promulgation.

L'article 2 du décret s'exprime ainsi : « Les lois seront obligatoires, à Paris un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. » Désormais la publication, qui consiste toujours, pour Paris, dans l'expiration d'un délai fixe d'un jour franc à dater de la promulgation, consiste, pour chaque arrondissement extérieur à Paris, dans l'expiration du même délai à dater de la réception de l'*Officiel* au chef-lieu de l'arrondissement. Si on analyse ces règles et si on les rapproche du Code civil, il apparaît que le décret de 1870 a introduit deux innovations.

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

2. Loqué, *op. laud.*, I, p. 414 et 416. Application de cette règle a été faite en particulier, pendant la guerre de 1870, par les décrets du 15 septembre et des 11-29 novembre 1870.

3. *Supra*, n° 147.

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

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

Il en est ainsi quand la promulgation a été faite par insertion au *Journal officiel*. Le décret de 1870 est muet sur l'hypothèse où la promulgation aurait eu lieu par insertion au *Bulletin des lois*. Dans le silence du décret, la publication continue alors à se faire conformément à l'article 1 du Code civil et à l'ordonnance de 1816 ; en d'autres termes, les lois et décrets insérés à l'*Officiel* sont publiés conformément à l'article 2 du décret de 1870, tandis que les actes insérés au *Bulletin des lois* continuent d'être publiés conformément à l'article 1 du Code civil.

Cette coexistence de deux régimes distincts engendre des complications dont l'inconvénient saute aux yeux. La loi du 19 avril 1930 y a coupé court ¹.

161. Système de la loi du 19 avril 1930. — Rétablissant l'unité quant au mode de promulgation, elle a fait de même en ce qui concerne le mode de publication. Depuis que le *Bulletin des lois* a cessé de paraître, le régime établi par le décret de 1870 subsiste seul.

Pour achever de caractériser ce régime, nous allons présenter, en ce qui le concerne trois observations.

162. Vice fondamental du système. — Nous avons vu ² qu'aux termes du décret de 1870 la loi devient obligatoire, dans chaque arrondissement extérieur à Paris, un jour franc après que le *Journal officiel* contenant le texte de la loi est parvenu au chef-lieu de l'arrondissement. La date de réception du *Bulletin* est donc la base du système et il serait indispensable que des prescriptions minutieuses fussent édictées concernant la fixation de cette date. Or aucune prévi-

1. Voy. *supra*, n° 149.

2. *Supra*, n° 160.

sion n'a été faite à cet égard, aucune règle posée. De sorte que l'incertitude est complète sur la date dont il s'agit ; aucun contrôle n'est possible et le danger résultant d'une pareille lacune de la loi est considérable.

Il existe, paraît-il, un registre spécial pour cet objet dans les sous-préfectures. Cela tempère l'incertitude, mais sans la supprimer. En cas de contestation, il appartient aux tribunaux de vérifier, en fait et dans la mesure du possible, la date à laquelle l'*Officiel* est parvenu au chef-lieu. Recherche malaisée. Il est profondément dangereux que la question de savoir quand une loi est devenue obligatoire dans un arrondissement, question qui peut être d'une importance primordiale, dépende d'une vérification aussi incertaine ¹.

L'excuse, s'il en est une, des rédacteurs du décret, c'est qu'ils ont reproduit ce que l'ordonnance de 1816 avait admis pour les actes promulgués par insertion au *Bulletin des lois* : la publication s'en opère par l'écoulement d'un délai dont le point de départ est la réception du *Bulletin* au ministère de la Justice. Mais le système avait été trouvé mauvais et il est singulier que le Gouvernement l'ait maintenu en 1870. Cela est d'autant plus singulier que la disposition actuelle est beaucoup plus dangereuse que n'était celle de l'ordonnance de 1816. En effet, la réception du *Bulletin* au ministère de la Justice, qui vaut promulgation, est un fait unique pour la France entière, un fait qui s'accomplit au ministère de la Justice et dont l'accomplissement peut, dès lors, être surveillé ; puis la réception est constatée officiellement par la date inscrite au bas de chaque cahier du *Bulletin*. Il est beaucoup plus malaisé de constater la réception de l'*Officiel* dans les divers arrondissements.

163. Le décret de 1870 n'a pas abrogé les dispositions des ordonnances de 1816 et 1817 concernant la publication accélérée des lois. — Nous avons déjà relevé ces dispositions ², dont il est inutile de reproduire à nouveau le texte. Le décret de 1870 contient, de son côté, un article 2, dont l'alinéa 2 est

1. Cette lacune de notre législation a attiré d'une manière spéciale l'attention de la *Société d'Etudes législatives*. Voy, *supra*, n° 139 en note. Cpr. le rapport présenté par M. Aubert dans le *Bulletin* de la société, 1931, p. 375 et suiv.

2. *Supra*, n° 159. — Plus haut (n° 145) nous avons souligné que la terminologie de l'article 4 de l'ordonnance de 1816 est vicieuse, en ce que cet article emploie le mot *exécutoire* au lieu du mot *obligatoire*.

ainsi conçu : « Le gouvernement, par une disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret. »

La question s'est posée de savoir si les rédacteurs du décret de 1870, par cela même qu'ils reconnaissent au gouvernement le droit d'ordonner une exécution immédiate en ce qui concerne les décrets seulement, n'ont pas entendu abroger implicitement les dispositions des ordonnances de 1816 et 1817 concernant l'exécution accélérée des lois.

La Cour de Dijon s'est prononcée en ce sens le 16 janvier 1918 ¹. Mais l'arrêt a été cassé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 8 novembre 1918 ², pour le motif que si l'article 2 alinéa 2 du décret de 1870 consacre le droit du gouvernement en ce qui concerne les décrets, cette disposition n'est pas en contradiction avec les dispositions des ordonnances de 1816 et 1817 concernant la publication accélérée des lois. La Chambre civile s'est prononcée dans le même sens par un arrêt du 4 mars 1931 ; la Chambre civile spécifie qu'en aucun cas la loi ne peut recevoir exécution pour le temps ayant précédé l'affichage par le Préfet ³.

La solution ne fait plus doute en pratique ⁴. C'est dans cette hypothèse qu'apparaît d'une manière particulièrement saisissante l'insuffisance des précautions prises par le décret de 1870 à l'effet de déterminer le point de départ en ce qui concerne l'entrée en vigueur des lois ⁵.

164. Lois dont l'entrée en vigueur est ajournée. — S'il est de principe que toute loi publiée devient obligatoire par là-même, il n'est pas sans exemple que l'entrée en vigueur d'une loi soit reporté à une date ultérieure par une disposition spéciale de cette loi.

L'exemple classique est celui de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, dont l'article 10 reporte l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1856 ; l'article 10 dit, d'ailleurs, que la loi sera

1. Dans le même sens : Aubry et Rau, 5^e édit., I, § 26, note 14 ter, p. 89 ; — Colin et Capitant, 7^e édit., I, n^o 35.

2. D. P. 1924, I, 89.

3. Voy. sur tous ces points le rapport déjà cité de M. Aubert dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1931, p. 378 et 379.

4. Civ. 4 mars 1931, D. H. 1931, 201 ; — Req. 6 juillet 1931, D. P. 1931. I.161 et la note de M. Pilon.

5. Voy. *supra*, n^o 162. — Cpr. la note déjà citée de R. Beudant, D. P. 1929 I. 5. — L'attention de la commission de la *Société d'études législatives* s'est portée tout spécialement sur ce point.

exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1856, alors qu'il aurait fallu dire *obligatoire*. De même, la loi du 5 avril 1928, sur les assurances sociales, contient un article 84 § 1, où on lit que la loi entrera en vigueur le 1^{er} juillet 1930.

D'autres fois, le législateur décide d'ajourner l'entrée en vigueur de la loi jusqu'à l'intervention d'un règlement d'administration publique destiné à en compléter les dispositions. Ainsi fait la loi du 27 mars 1885, sur les récidivistes : « La présente loi, dit l'article 21, sera exécutoire à partir « de la promulgation du règlement d'administration pu- « blique mentionné au dernier paragraphe de l'article 18. » De même, la loi déjà citée du 5 avril 1928, sur les assurances sociales, dont l'article 84 § 2 est ainsi conçu : « La présente « loi ne sera applicable à l'Algérie et aux Colonies que « lorsque seront intervenus les règlements d'administration « publique déterminant les conditions dans lesquelles son « application pourra avoir lieu. »

Dans ces hypothèses et autres semblables, on dit quelquefois que le système ordinaire de publication se trouve écarté et que les lois dont il s'agit entrent en vigueur dans toute la France à la même date. Cette manière de s'exprimer n'est pas entièrement exacte.

Dans l'hypothèse d'une loi dont l'entrée en vigueur est ajournée à une date déterminée, sans doute la loi entre en vigueur à cette date dans toute la France uniformément. Mais la publication de la loi n'en a pas moins lieu dans les conditions ordinaires. L'entrée en vigueur de la loi se trouve ajournée, non par l'effet d'un mode spécial de publication, mais par application d'une disposition spéciale de la loi.

Il en est de même dans l'hypothèse d'une loi dont l'entrée en vigueur est ajournée jusqu'à l'apparition d'un règlement d'administration publique. Il faut ajouter que, dans cette dernière hypothèse, l'entrée en vigueur n'aura lieu, dans chacun des arrondissements, qu'à la date où le règlement d'administration publique y sera publié et sera devenu obligatoire.

SECTION II

PUBLICATION DES DÉCRETS ET RÈGLEMENTS

165. Publication des décrets. — La question de savoir comment ils sont publiés ne prête à aucun doute depuis l'ordonnance du 27 novembre 1816.

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

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

Nous avons déjà signalé que le second alinéa de l'article 2 réserve formellement au Gouvernement le droit d'abrégier le délai pour les décrets. « Le Gouvernement, par une disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate « d'un décret. » Ce n'est que la répétition de ce que l'article 4 de l'ordonnance de 1816 décidait déjà.

Cependant les deux dispositions diffèrent en un point.

L'ordonnance de 1816 porte dans son article 4 : « Dans les « cas et les lieux où nous jugerons convenable de hâter l'exé-
« cution, les lois et ordonnances seront censées publiées...

1. Avis du Conseil d'État du 25 prairial an XIII (14 juin 1805).

« du jour où elles seront parvenues au préfet, qui en constatera la réception sur un registre. » L'ordonnance du 18 janvier 1817 a complété ce texte en prescrivant au préfet, sitôt qu'il a reçu l'acte, de prendre un arrêté pour ordonner que l'acte soit imprimé et affiché partout où besoin sera (article 1) ; l'article 2 poursuit en disant : « Lesdites lois et ordonnances seront exécutées à compter du jour de la publication faite dans la forme prescrite par l'article ci-dessus. »

Or le décret de 1870, dans son article 2 alinéa 2, permet au Gouvernement d'ordonner l'exécution immédiate des décrets. C'est une question de savoir si le décret de 1870 a abrogé l'ordonnance de 1817 en ce qui concerne les décrets, de telle sorte que ceux-ci pourraient, en cas d'urgence, être obligatoires immédiatement, dès la réception du texte par le préfet, au lieu que les lois pourraient l'être seulement à compter du jour de la publication faite dans la forme prescrite par l'article 2 de l'ordonnance de 1817 ¹.

Ce serait une différence importante entre les lois et les décrets au point de vue de la publication. Mais il est peu probable que cette différence existe. Sans doute on peut admettre à la rigueur que le mot « immédiate » veut dire : dès la réception de l'acte par le préfet et sans aucun délai de publication ; les auteurs du décret de 1870 auraient alors permis non plus de hâter, mais de supprimer la publication. Ce serait une disposition très grave et peu raisonnable, car un décret pourrait alors être obligatoire dès la réception du texte par le préfet, c'est-à-dire à un moment où le préfet seul, dans le département, en connaît la teneur. Peut-on supposer que les auteurs du décret de 1870 aient voulu décider ainsi ? Le seul emploi des mots « exécution immédiate » n'est pas une raison suffisante. En l'absence d'un texte formel, il est toujours préférable de se tourner du côté du bon sens, lequel conduit à dire que le décret de 1870 n'a pas abrogé l'ordonnance de 1817 ; l'exécution immédiate est celle qui s'impose dès que la publication a été faite par affiches.

166. Publication des règlements administratifs autres que les décrets. — Il s'agit surtout des règlements municipaux, aussi de ceux que peuvent faire, dans certains cas,

1. Rappelons que la question a été discutée, d'autre part, de savoir si le décret de 1870 n'a pas abrogé la disposition de l'article 4 de l'ordonnance de 1816 en ce qui concerne les lois : *supra*, n° 163.

les ministres et les préfets. Nous avons dit déjà ¹ qu'il n'y a pas pour eux de promulgation ou, du moins, que la promulgation se confond avec la publication ; la publication a pour effet de les rendre non seulement obligatoires, mais exécutoires.

Comment se fait-elle ?

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

Pour les arrêtés des maires, il y a des règles spéciales depuis la loi municipale du 5 avril 1884 (articles 95 et 96). Les arrêtés individuels sont obligatoires dès qu'ils ont été notifiés. Les arrêtés temporaires sont obligatoires le lendemain de l'affichage, les arrêtés permanents un mois après la remise de l'ampliation constatée par les registres du sous-préfet ou du préfet, sauf en cas d'urgence : le préfet peut alors ordonner l'exécution immédiate. Il y a là tout un ensemble de garanties pour les particuliers ².

1. *Supra*, n° 151.

2. Voy. sur tous ces points, qui sont du domaine du droit administratif, Dalloz, *Répertoire pratique*, v° *Règlement administratif*, n° 9. Cpr. Moreau, *Le règlement administratif*, 1902. — La *Société d'études législatives*, dans l'étude d'ensemble qu'elle a entreprise des problèmes concernant la promulgation et la publication (voy. *supra*, nos 139 et 162) a prêté une attention particulière à la publication des actes administratifs autres que les décrets. Voy. le rapport présenté spécialement sur ce point par M. Duez et le projet de loi qui en est la suite dans le *Bulletin* de 1931, p. 382 et suiv.

SECTION III

**OBSERVATIONS COMMUNES AUX LOIS, DÉCRETS
ET RÈGLEMENTS AUTRES QUE LES DÉCRETS**

167. Les lois et les décrets nouveaux ne deviennent pas obligatoires le même jour dans toutes les parties de la France. — C'est la conséquence inévitable des règles reçues en ce qui concerne la publication des lois et des décrets. La conséquence qui se produisait sous l'empire des ordonnances de 1816 et 1817 se produit aussi par application du décret de 1870, seul applicable désormais depuis 1931.

Il suit de là qu'une loi nouvelle peut être en vigueur dans une localité alors qu'elle ne l'est pas encore dans la localité voisine. C'est la source de difficultés pratiques qui surgissent inévitablement lors de toute modification apportée aux lois existantes.

a) Une personne domiciliée à Marseille est de passage à Paris, ou réciproquement. La loi est obligatoire à Paris plusieurs jours avant de le devenir à Marseille. Quelle est la condition du marseillais résidant à Paris, ou du parisien résidant à Marseille ?

La loi nouvelle devenant obligatoire à Paris s'applique-t-elle au marseillais qui s'y trouve ou bien celui-ci n'est-il saisi par elle que le jour où elle devient obligatoire à Marseille ? Des distinctions ne doivent-elles pas être faites à cet égard entre les diverses catégories de lois, suivant leur objet ?

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

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

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

1. Voy. *infra*, n° 257.

les lois françaises à raison de ce que les diverses parties du pays peuvent se trouver régies par des lois différentes, se produisent aussi entre la loi française et les lois étrangères, à raison de ce que les divers pays sont régis par des lois différentes ¹. Or ces derniers conflits, qui font l'objet du droit international privé, sont réglés par l'article 3. Ce texte fournit quelques données qui peuvent être étendues aux conflits amenés par les règles relatives à la publication. C'est par analogie qu'ils doivent être résolus ².

168. Caractère défectueux du système de publication des lois et décrets. — La loi de 1930, en supprimant le dualisme des régimes établis par l'ordonnance de 1816 et le décret de 1870, a réalisé un progrès sensible. Mais le système, bien que simplifié, n'en demeure pas moins défectueux.

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

Telle est la règle suivie dans quelques pays, par exemple en Belgique. Les lois et actes similaires deviennent obliga-

1. Rappelons (cpr. *supra*, n° 132), que l'existence en Alsace et Lorraine d'une législation différente de celle qui régit le reste de la France donne naissance à des conflits analogues à ceux qui résultent des diversités législatives engendrées par les règles de la publication des lois et décrets. Dans un cas comme dans l'autre, le conflit qui peut s'élever met aux prises deux législations françaises et c'est en quoi ces conflits se distinguent essentiellement de ceux dont s'occupe le droit international privé. voy. *infra*, n° 257 et suiv.

2. La *Société d'études législatives* a porté spécialement son attention sur les questions concernant les conflits dont il vient d'être parlé. Voy. le rapport supplémentaire présenté à cet égard par M. Aubert et le projet de loi qui en est la suite, dans le *Bulletin* de 1933, p. 62 et suiv.

toires le dixième jour après la promulgation : la date d'entrée en vigueur est la même pour tout le pays.

C'est même tarder bien longtemps que d'attendre le dixième jour et on pourrait se contenter d'un jour ou deux. En tout cas, le système français est à reviser.

169. Publication administrative. — La publication prévue et réglementée par l'article 1 du Code, les ordonnances de la Restauration, le décret de 1870 et la loi de 1930 n'est pas la seule dont les lois et décrets soient l'objet. Il en est une autre, qu'on appelle quelquefois la publication administrative et dont il importe de dire un mot.

L'article 3 du décret du 5 novembre 1870 porte : « Les « préfets et sous-préfets prendront les mesures nécessaires « pour que les actes législatifs soient imprimés et affichés « partout où besoin sera. »

La loi sur l'organisation municipale du 5 avril 1884 est plus explicite encore : « Le maire, dit l'article 92, est chargé, « sous l'autorité de l'administration supérieure, de la publi- « cation des lois et règlements. »

Evidemment la publication que le maire est chargé de faire n'est pas la publication légale ; celle-ci s'effectue d'elle-même, puisqu'elle consiste dans l'expiration d'un délai à compter soit de la promulgation, soit de la réception de l'*Officiel* à la sous-préfecture. La loi de 1884 fait allusion à la publication administrative, qui complète utilement la publication légale. Celle-ci est une pure fiction ; elle aboutit non à une connaissance réelle de la loi, mais à une connaissance présumée. Il est bon qu'elle soit complétée par une publicité de fait.

C'est pour obtenir cette publicité de fait qu'on a créé une édition spéciale du *Journal officiel*, dite *édition des communes*. Elle consiste en un placard destiné à l'affichage et l'abonnement à cette édition est obligatoire pour les communes. Longtemps hebdomadaire, l'édition des communes est devenue récemment mensuelle.

Mesure utile. Elle a pour effet de compléter la publication légale, qui est fictive, par une publicité réelle, qui met le plus humble citoyen à même de lire sur les murs de son village les actes législatifs auxquels il est tenu de se conformer.

Mais il faut remarquer que l'insuffisance ou même l'omission de cette publication administrative n'aurait pas pour

effet d'empêcher la loi d'être obligatoire. Ce qui rend la loi obligatoire, c'est la publication légale, celle qui consiste dans l'expiration d'un délai ; l'autre publication peut être fort utile, mais elle n'est prescrite qu'administrativement et son omission ne compromet en rien l'effet obligatoire des lois ¹.

1. Une particularité doit être relevée à cet égard. Elle concerne la loi des 3-9 mars 1822, relative à la police sanitaire. « Le roi, dit l'article 1, détermine par des ordonnances : 1° les pays dont les provenances doivent être habituellement

« ou temporairement soumises au régime sanitaire, — 2° les mesures à observer sur les côtes, dans les ports et rades, dans les lazarets et autres lieux réservés, —

« 3° les mesures extraordinaires que l'invasion ou la crainte d'une maladie pestilentielle rendrait nécessaires sur les frontières de terre ou dans l'intérieur.

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

CHAPITRE III

LA DATE DES LOIS

170. On désigne les lois par leur date. — L'usage est depuis longtemps reçu en France de désigner les lois et ordonnances ou décrets non par leur objet, mais par une date qui leur sert en quelque sorte de nom.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Les Romains donnaient aux lois le nom des magistrats qui les avaient rendues. Dans l'ancienne France, les ordonnances portaient le nom du lieu où elles avaient été rendues : telle l'ordonnance de Montil-les-Tours, prescrivant la rédaction des coutumes.

Toutes ces pratiques sont abandonnées. On cite les lois par leur date. Prenons comme exemple celle qui a rétabli le divorce ; on l'appelle la loi sur le divorce, mais plutôt la loi du 27 juillet 1884. On cite de même la loi sur la nationalité du 10 août 1927.

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

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

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

Voici les conséquences de cette manière de voir.

Sous la Constitution de l'an VIII, avant l'Empire, la loi devenait parfaite quand le Corps législatif l'avait décrétée. Aussi l'avis précité porte-t-il que la véritable date de la loi est celle de son émission par le Corps législatif : « L'acte « du Corps législatif est loi du moment de son émission ; la « promulgation est nécessaire sans doute, mais seulement « pour faire connaître la loi, pour la faire exécuter ; c'est « la première condition, le premier moyen de son exécution. » A d'autres époques, sous la Constitution de 1791, sous les Chartes de 1814 et de 1830, ainsi que sous la Constitution de 1852, où la loi n'existait, en sus du vote par les assemblées, qu'en vertu de la sanction qui lui était donnée par le chef de l'Etat, la date de la loi a été celle de cette sanction, dernière formalité de l'élaboration. Lorsque, comme aujourd'hui, le chef du pouvoir exécutif n'a plus le droit de sanction, la loi est parfaite quand elle a été votée par les deux Chambres ; la date de la loi doit être celle du vote de la Chambre qui est saisie la dernière, vote en vertu duquel la loi existe.

Tout cela découle de l'avis précité du Conseil d'Etat, avis absolument rationnel et juridique.

Si on n'admet pas ce système pour la détermination de la date des lois, il y en a un autre possible : c'est de donner à la loi la date de la promulgation, la date du jour où elle devient exécutoire. Elle le devient, en effet, pour toute la France au même moment, moment important, puisqu'il sert de point de départ au délai de publication. On ne voit guère rationnellement que ces deux manières de procéder : dater les lois du jour de leur émission, ou bien du jour de leur promulgation.

172. Pratiques suivies en fait. — En fait, les procédés suivis ont varié à l'infini. Dans le passé, les modes de citation les plus divers ont été employés. A l'heure présente, il y a désaccord sur ce qu'il convient de faire. La Chancellerie, c'est-à

dire le Ministère de la justice, a fait prévaloir, depuis la mise en vigueur des lois constitutionnelles de 1875, un usage dont la régularité et le mérite sont contestables.

Comme nous aurons à utiliser des lois de différentes époques, précisons les procédés qui ont été successivement suivis.

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

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

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

Sous la Constitution de 1848, un usage vicieux s'est établi. Il n'y avait alors qu'une Chambre, mais chaque projet de loi passait par trois lectures. On prit l'habitude de rappeler les dates des trois votes, en ajoutant celle de la promulgation. Par exemple, la loi sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France est la loi des 13-21 novembre, 3-14 décembre 1849. Comment se reconnaître au milieu de ces chiffres ? La véritable date de la loi est celle du 3 décembre, jour de l'adoption par l'Assemblée en troisième lecture ; la promulgation est moins un acte de confection que le premier acte d'exécution de la loi.

1. Cet usage n'a pas été suivi seulement sous l'empire de la Constitution de 1791, mais aussi pendant la période qui s'est écoulée depuis la transformation des États généraux en Assemblée nationale (17 juin 1789) jusqu'à la mise en vigueur de la Constitution de 1791. Pendant cette période, les décrets votés par l'Assemblée ne devenaient des lois qu'après avoir été sanctionnés par le Roi (Voy. *supra*, n° 141) ; d'où l'usage de donner deux dates aux lois : celles du vote et de la sanction.

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

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

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

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

Prenons comme exemple la loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli le divorce. Qu'est cette date ? La loi a été définitivement votée le 19 juillet 1884 ; elle a été insérée à l'*Officiel* et, par conséquent, promulguée le 29 juillet. Cependant on ne l'appelle ni la loi du 19 juillet, ce qui serait la désignation rationnelle, ni la loi du 29 juillet, ce qui serait à la rigueur admissible ; on l'appelle la loi du 27 juillet. Cette date n'est ni celle du vote définitif ni celle de la promulgation ; c'est celle de la signature du décret de promulgation. En effet, la loi, votée le 19, a été présentée à la signature du chef de l'Etat le 27, puis insérée au *Journal officiel* le 29. On prend la date intermédiaire. Pratique étrange, car la date de la signa-

ture du décret est celle des trois qui a le moins d'importance ; on peut même dire qu'elle n'en a aucune.

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

Telles sont les considérations que la Chancellerie fait valoir. C'est un point de droit constitutionnel que nous n'avons pas à discuter ici : le droit de provoquer une seconde délibération constitue-t-il une participation au pouvoir législatif, ou n'est-il qu'une prérogative du pouvoir exécutif¹ ? Quoi qu'il en soit, il importait de relever ce point, pour bien préciser comment on détermine la date des lois dans la pratique actuelle. On ne la détermine pas par la date du vote ; on ne la détermine pas non plus par la date de la promulgation, à plus forte raison par celle de la publication, mais par la date de la signature du décret de promulgation.

Il y a du reste des résistances. Cela explique comment, en fait, la même loi est désignée par des dates différentes. Il en est ainsi pour la loi du divorce. Les uns l'appellent la loi du 19 juillet 1884 : c'est la date du vote ; les autres l'appellent la loi du 29 juillet 1884 : c'est la date de la promulgation par insertion au *Journal officiel* ; ceux qui se soumettent à l'usage de la Chancellerie l'appellent la loi du 27 juillet 1884. Quelquefois, on met deux dates, dont la première est celle de la signature du décret de promulgation,

1. Sur la prérogative qui appartient au Président de la République de demander aux Chambres une nouvelle délibération, voy. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 8^e éd., II, p. 163.

la seconde celle de la promulgation : loi des 27-29 juillet 1884¹. Dans une matière aussi pratique, il est vraiment déplorable qu'il existe de telles incertitudes et de telles équivoques.

1. En général, le décret de promulgation est signé le lendemain du vote ; l'usage habituel, mais qui est loin d'être constant, est d'insérer la loi à l'*Officiel* le lendemain de la signature du décret de promulgation.

CHAPITRE IV

L'ABROGATION DES LOIS

175. Notions générales. — Le droit positif n'est qu'un essai graduel de réalisation des règles du droit idéal. Les lois, par suite, sont l'œuvre d'un jour, l'expression de nécessités qui passent ; elles disparaissent tôt ou tard pour être remplacées par d'autres. Rien de plus naturel et de plus nécessaire. De là l'abrogation ou retrait des lois ¹.

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

176. Abrogation expresse ou tacite. — L'abrogation peut être expresse ou tacite. Elle est expresse quand une disposition formelle de la loi abroge la loi antérieure : tel est le cas de la loi du 30 ventôse an XII (article 7), qui abroge en bloc l'ancien droit pour faire place au droit moderne dans les matières traitées au Code ². Elle est tacite quand, à défaut d'une clause formelle d'abrogation, la loi nouvelle contient

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

2. L'abrogation expresse d'une loi est quelquefois prononcée par un article même de cette loi. On peut citer comme exemple la loi du 29 nivôse an VI (18 janvier 1798), contenant des dispositions pénales pour la répression des vols et des attentats sur les grandes routes et le rétablissement de la sûreté publique. La présente loi, dit l'article 22, « ne sera exécutée que pendant une année à dater de la promulgation par l'insertion au *Bulletin des lois* ; après ce temps, elle sera abrogée de droit, si elle n'est renouvelée par le Corps législatif ». Il en va de même des lois temporaires, telle la loi du 23 octobre 1919, réprimant la spéculation illicite sur les loyers et portée pour trois années, — ou encore la loi du 5 août 1914, interdisant certaines publications par la presse pendant la guerre.

une disposition contraire à la loi ancienne ; la loi nouvelle, incompatible avec le maintien de la loi précédente, implique, par là même, abrogation de celle-ci.

On trouve assez généralement, à la fin d'une loi nouvelle ou à la fin d'un décret, un article qui prononce l'abrogation des dispositions anciennes « en ce qu'elles ont de contraire » à la présente loi ou au présent décret. C'est un usage fâcheux. En effet, cette manière de procéder maintient des lois ou des décrets en vigueur, alors que plusieurs de leurs dispositions, la plupart quelquefois, sont abrogées ; à la longue on ne s'y reconnaît plus. Il vaut mieux viser formellement les textes abrogés et réintroduire dans la loi nouvelle ceux qu'on veut conserver ¹.

L'étendue des effets de l'abrogation expresse dépend naturellement des termes dans lesquels elle est formulée. Celle des effets de l'abrogation tacite est moins facile à établir.

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

Comme l'abrogation tacite suppose une incompatibilité formelle, elle ne saurait, quant aux lois qui règlent des matières spéciales, découler d'une loi générale postérieure ; réciproquement, elle ne saurait, quant aux lois générales, découler d'une loi spéciale postérieure. En effet, l'introduction d'une exception n'est pas incompatible avec le maintien de la règle et on dit même qu'elle la confirme ; réciproquement, l'introduction d'une règle générale n'est pas incom-

1. La précaution est surtout nécessaire dans l'hypothèse d'abrogation d'une loi portant elle-même abrogation, car les complications ont alors une gravité plus grande. Voy. Dalloz. *Répertoire*, v^o *Lois*, n^o 561. Par exemple, la loi du 27 juillet 1884, abrogeant la loi du 8 mai 1816 qui abolissait le divorce, commence ainsi : « La loi du 8 mai 1815 est abrogée. Les dispositions du Code civil abrogées par cette loi sont rétablies, à l'exception de celles qui sont relatives au divorce par consentement mutuel, et avec les modifications suivantes apportées aux articles 230, 232, etc. »

patible avec le maintien d'une exception établie. C'est ce qu'exprime la règle *legi speciali per generalem non derogatur nec generali per specialem*. Ce sont là des constatations de bon sens.

177. Abrogation par désuétude. — C'est une question de savoir si une loi, plus généralement si un acte du droit écrit peut être abrogé par la coutume. La coutume alors prend plus spécialement, le nom de désuétude. La question est celle-ci : la désuétude peut-elle abroger une loi ?

Qu'une coutume puisse disparaître devant une coutume contraire, ce n'est pas contesté, de même qu'une loi peut disparaître devant une loi contraire ou un décret devant un décret contraire. On admet également que les règlements de police peuvent être abrogés par désuétude ; de nombreux exemples en pourraient être cités ¹. Mais on pense, en général, que les lois et décrets ne peuvent être abrogés par désuétude, que l'inobservation, quelque longue qu'elle ait été, ne peut pas prévaloir contre un acte émané de l'autorité constituée. C'est une idée très répandue, qu'on trouve exprimée dans nombre de décisions judiciaires ². Dès qu'il y a des pouvoirs constitués, dit-on, ils peuvent seuls défaire ce qu'ils ont fait.

Aubry et Rau s'expriment ainsi : « On admettait autrefois « que la loi pouvait être abrogée par un usage contraire, et « que, d'autre part, elle pouvait tomber en désuétude par « le non-usage. Cette théorie, qui se comprend sous une « monarchie absolue où la loi n'est que l'expression de la « volonté du chef de l'Etat, ainsi que dans un gouvernement « démocratique où elle est votée par la généralité des citoyens, « est incompatible avec des constitutions qui établissent la « division des pouvoirs et qui, répartissant entre diverses « branches l'exercice de la puissance législative, soumettent « à des conditions et à des formes spéciales la proposition « et le vote de la loi ³. »

Par application de cette manière de voir, on a fait revivre, après un long oubli, de très vieilles lois, quelquefois même

1. Voir Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Lois*, n° 455.

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

3. Aubry et Rau, 5^e éd., I, § 29, p. 96 et s.

des lois de circonstances, dues à des influences accidentelles et transitoires.

Par exemple, une loi du 29 nivôse an XIII (19 janvier 1805) avait décidé, pour honorer la paternité, que, dans chaque famille ayant sept enfants vivants, l'un des enfants serait élevé aux frais de l'Etat. Il y avait bien longtemps que cette loi sommeillait ; à vrai dire, elle n'avait jamais été appliquée, quand elle fut relevée en 1885 à la Chambre des députés ¹. Le ministre de l'instruction publique, auquel on reprochait de ne pas l'avoir appliquée et qui n'avait pas de crédits pour le faire, ne manqua pas de soutenir qu'elle avait été abrogée par désuétude ². Un vote eut lieu ; l'opinion que la loi avait été abrogée par désuétude fut traitée d'hérésie et il fallut inscrire au budget un assez fort crédit pour en assurer l'application. D'ailleurs, les choses en sont restées là et la loi n'a pas été davantage appliquée.

Autre exemple. La Cour de Paris et la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, sans prendre parti directement sur l'effet de la désuétude, ont appliqué à un délit commis en 1896 le décret du 2 mars 1848 et l'arrêté du 21 mars 1848 réprimant le *marchandage*, lesquels n'avaient encore reçu aucune application, de sorte qu'un député venait de proposer à la Chambre de les remettre en vigueur ³.

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

1. Séance du 30 juin 1885, *Journal officiel* du 1^{er} juillet 1885.

2. Il alléguait subsidiairement qu'elle avait été abrogée par des lois postérieures inconciliables avec elle (loi du 27 novembre 1848, décret du 19 janvier 1881).

3. Paris 9 juillet 1897, D. P., 1898.II.401 ; Cass. crim. 4 février 1898, D. P. 1898.I.369.

on peut soutenir théoriquement l'aptitude de la coutume à abroger les lois ¹.

En fait, il faut ajouter que la thèse contraire est insoutenable. Il y a une foule de lois qui n'ont jamais été abrogées d'une façon formelle et dont certainement on réclamerait en vain l'application. Il y a aussi une foule d'usages non contestés, qui se sont formés en dehors de la loi, malgré la loi, et auxquels souscrivent ceux-là même qui, en théorie, se refusent à admettre l'abrogation de la loi écrite par la désuétude. Au moins faudrait-il faire exception pour les lois de circonstances. Mais alors où serait la limite ?

Les exemples abondent.

Une ordonnance de 1634 interdit, sous sanction pénale, de fumer ². Bien qu'elle n'ait jamais été abrogée, qui oserait en réclamer sérieusement l'application ?

Autre exemple. On connaît l'incident qui s'est produit à l'Assemblée nationale, en 1872, sur le point de savoir si le Code civil devait être appelé de ce nom ou continuer d'être appelé Code Napoléon, par application du décret de 1852 qui n'a jamais été abrogé ³. La proposition présentée pour changer le nom du Code a été repoussée comme inutile, à raison de ce que l'usage contraire s'était établi. Donc l'usage a été regardé comme suffisant, dans ces circonstances, pour abroger la loi. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans les autres ?

En résumé, c'est un peu pour l'honneur des principes qu'on soutient l'impuissance de la désuétude à abroger la loi écrite. La force des choses prévaut contre cette idée, et la désuétude emporte les lois, au moins les lois de circonstances ⁴.

1. Voy. les autorités citées par Aubry et Rau, 5^e éd., I, § 29, p. 97 note 2.

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

3. Voy. *supra*, n^o 109.

4. Sur l'abrogation des lois commerciales par désuétude, voy. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 13^e édition, p. 16, note 1. — cpr. Escarra, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, dans les *Annales de droit commercial*, 1910, p. 97, — et Valéry, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, p. 418.

CHAPITRE V

DE L'AUTORITÉ ET DE L'APPLICATION DES LOIS

178. Plan d'ensemble. — C'est ce que la rubrique du titre préliminaire appelle *les effets et l'application des lois en général*. Les textes qui s'y réfèrent sont les articles 2 à 6, qui terminent le titre préliminaire.

On y trouve des règles relatives : 1° à l'autorité en général des lois, — 2° à l'étendue de cette autorité quant au temps que les lois régissent, — 3° à l'étendue de cette autorité quant aux personnes et quant aux choses auxquelles les lois s'appliquent.

SECTION I

DE L'AUTORITÉ EN GÉNÉRAL DES LOIS

179. La publication a rendu la loi obligatoire. La loi publiée devient obligatoire pour le pouvoir exécutif, pour le pouvoir judiciaire et pour les particuliers.

En quel sens ? Dans quelle mesure ?

§ 1

LA LOI EST OBLIGATOIRE POUR LE POUVOIR EXÉCUTIF

180. Le pouvoir exécutif et la loi proprement dite. — Par pouvoir exécutif il faut entendre ici le chef de l'Etat, le Président de la République, et, sous son autorité, ce qu'on appelle l'administration. Les attributions du Président de la République sont définies par l'article 3 de la loi du 25 février 1875 : «... Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les Chambres, il en surveille et en assure l'exécution... »

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

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

A cela se borne, quant aux lois, l'action essentielle du pouvoir exécutif. Cependant il possède, en outre, dans un assez grand nombre de cas ¹, la faculté de soustraire les particuliers à l'application de la loi en donnant des dispenses. La loi cesse alors d'être obligatoire pour ceux qui en ont été relevés.

C'est une prérogative dont la légitimité est contestable, une tradition de l'ancien régime qui se comprend mal à notre époque, où l'on a admis que nul pouvoir ne doit être au-dessus de la loi. De deux choses l'une : ou la règle est nécessaire et il faut l'appliquer à tout le monde, ou elle ne l'est pas et alors il n'y a pas de raison pour l'imposer à personne. L'arbitraire est le pire des maux dans la société. Aussi cette faculté n'appartient-elle au chef de l'Etat ou aux agents qui dépendent de lui, relativement aux lois proprement dites, que dans les cas où la loi la leur réserve expressément. Il faut que la loi leur confère expressément le pouvoir de donner des dispenses, comme elle le fait, par exemple, dans les articles 145, 164 et 169. Hors de là, le chef de l'Etat n'a le pouvoir de soustraire personne à la loi.

181. Le pouvoir exécutif et les décrets. — Les décrets ne lient pas le pouvoir exécutif, en ce sens qu'il peut les modifier ou les abroger, puisqu'ils émanent de lui. Toutefois, on peut soutenir qu'ils sont obligatoires pour lui tant qu'ils n'ont pas été rapportés ; ils lient le chef de l'Etat et, à plus forte raison, l'administration, au même titre que les lois.

1. Aubry et Rau, 5^e éd. I, § 36, p. 177 et suiv.

§ 2

LA LOI EST OBLIGATOIRE
POUR LE POUVOIR JUDICIAIRE

182. Le pouvoir judiciaire est chargé d'appliquer la loi en cas de contestation et de violation. C'est l'affaire des juridictions, soit civiles, soit pénales.

Dans l'exercice de leur charge, les unes et les autres, depuis la Cour de cassation jusqu'aux juridictions les plus infimes, sont soumises à deux règles, qui sont posées par les articles 4 et 5.

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

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

C'est une des applications du principe de la séparation des autorités législative et judiciaire. Le principe a été proclamé par l'Assemblée constituante, dans le décret des 16-24 août 1790 (titre II, article 12). Là où le même pouvoir ferait la loi et l'appliquerait, il serait omnipotent : ce serait l'absolutisme. En reproduisant la règle, l'article 5 a voulu écarter jusqu'à l'idée des anciens *arrêts de règlement*, par lesquels les Parlements rendaient des décisions obligatoires pour

1. Cass. 7 juillet 1852, D. P. 1852, I. 204, Sir. 1852.I.713 ; Cass. 1^{er} février 1882, D. P. 1882.I.113, Sir. 1883, I. 201 ; Cass. 1^{er} mai 1883, D. P. 1883.I.441, Sir. 1883, I. 265.

eux-mêmes et pour les tribunaux du ressort, ce qui était une véritable participation de leur part à l'exercice de l'autorité législative ¹.

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

Donc le juge doit statuer toutes les fois qu'il en est requis ². Dans l'accomplissement de la mission ainsi tracée, trois cas peuvent se présenter. Nous allons rechercher en quoi consiste la mission du juge dans chacun d'eux ; après quoi, nous ferons connaître, d'une manière sommaire, en quoi consiste exactement, à divers points de vue, l'office propre de la Cour de cassation.

A. — Il existe un texte clair et précis

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

1. Voy. *supra*, nos 48 et 94.

2. Cass. 28 février 1883, D. P. 1883.I.209, Sir. 1883.I.471.

La Chambre civile de la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 22 novembre 1932, qu'aucun argument tiré des travaux préparatoires ne peut prévaloir contre les termes clairs et précis d'un texte de loi ¹. Lorsque l'obscurité ou l'ambiguïté d'un texte rend nécessaire une interprétation, il est légitime de prendre en considération, pour dégager le sens de la loi, les intentions ou prévisions du législateur, telles qu'elles se sont révélées au cours de la discussion du texte. Mais, quand un texte de loi est clair et précis, les tribunaux ne peuvent pas en dénaturer le sens, sous prétexte d'intentions ou prévisions contraires du législateur, lorsque ces intentions ou prévisions ne sont pas exprimées dans le texte tel qu'il est rédigé. Ils ne peuvent pas plus dénaturer un texte clair et précis qu'ils ne peuvent dénaturer une convention claire et précise.

La raison est simple. Les travaux préparatoires font connaître les opinions ou intentions de telles ou telles personnes, favorables ou hostiles au projet de la loi ; mais le texte seul finalement demeure et il est possible que la majorité qui a fait prévaloir ce texte ait été déterminée par des considérations toutes différentes de celles qui ont été développées.

B. — Le texte est obscur ou ambigu

186. Mission du juge dans ce cas. — Si la loi est obscure, soit en elle-même, c'est-à-dire dans le sens qu'elle a, soit dans son application au cas spécial dont il s'agit, le juge l'applique d'après l'interprétation qu'il croit la plus plausible et la meilleure.

C'est le cas habituel en justice. On ne plaide pas contre un texte clair et précis ; il n'y a de litige qu'autant qu'il y a doute possible, ou au moins apparent, soit sur le sens et la portée du texte, soit sur la façon dont on prétend l'appliquer à un fait déterminé. Le juge, alors, procède à l'interprétation, c'est-à-dire qu'il cherche le sens le plus vraisemblable à donner au texte. Il y arrive en analysant avec précision le sens des termes, en dégageant la pensée du législateur à l'aide des travaux préparatoires et en interrogeant les pré-

1. D. H. 1933, p. 2.

cédents. C'est la mission du juge d'interpréter la loi en cas de doute et de l'appliquer aux faits de la cause. A chaque cas nouveau, il retrouve la plénitude de son appréciation (article 5) ¹.

187. Difficulté spéciale. — Lorsque l'obscurité ou l'ambiguïté d'un texte rend nécessaire une interprétation, à quel moment faut-il se placer pour déterminer le sens à donner au texte ? Est-ce à l'époque du vote de la disposition obscure ? Est-ce au temps même où se présente la difficulté qu'il s'agit de résoudre au moyen du texte ?

L'arrêt de 1932, faisant prévaloir le texte clair sur les travaux préparatoires ², nous paraît fournir un point d'appui à l'opinion qui prend en considération, dans tous les cas, les circonstances contemporaines du procès.

L'interprétation d'un texte incertain ne consiste pas dans une pure recherche de l'intention du législateur ; on doit présumer chez le législateur des ambitions qui dépassent ses prévisions directes et donner au texte toute la portée dont il est susceptible en soi. Il faut, chaque jour, déterminer le sens du texte par rapport aux conditions ambiantes actuelles ; si le texte, tel qu'il est, convient à des conditions nouvelles et s'y applique directement, ce ne sera pas l'étendre par analogie ni, à proprement parler, l'interpréter que de le faire intervenir. La portée du texte n'est donc pas invariablement fixée par les travaux préparatoires, par les besoins qui l'ont provoqué ; elle est susceptible d'évoluer en même temps que le milieu social. La considération des exigences de la vie peut être plus décisive que les déclarations particulières faites dans les travaux préparatoires. C'est ainsi que le Premier Président Ballot Beupré, lors de la célébration du centenaire du Code civil en 1904, a hautement affirmé le droit pour les tribunaux contemporains d'interpréter le Code civil à la lumière des idées contemporaines ³.

Toutefois, il convient de ne pas exagérer cette manière de voir et ces tendances. La vie a besoin de stabilité autant que de progrès et l'on sait que les revirements sont rares en jurisprudence ; une interprétation judiciaire est un fait acquis.

1. *Supra.* n° 183.

2. *Voy. supra,* n° 185.

3. *Le centenaire du Code civil, 1804-1904*, Paris, 1904, p. 27.

Les tribunaux se contentent le plus souvent, à l'occasion de difficultés nouvelles, de tenir compte des circonstances nouvelles pour tirer d'un texte de nouvelles applications, sans porter atteinte, par ailleurs, aux applications antérieures ; on peut citer, à titre d'exemple : l'extension aux titres au porteur de plusieurs dispositions du Code civil qui n'avaient pas prévu cette sorte de meubles, — l'extension de l'article 525, concernant les meubles attachés à perpétuelle demeure, à de nouveaux procédés d'attache, — enfin l'extension de l'inaliénabilité à la dot mobilière. Parfois et plus rarement, les mouvements de la vie amènent la jurisprudence à renouveler dans son ensemble l'interprétation première d'un texte ; il existe de cela deux exemples typiques : le renouvellement de l'interprétation de l'article 1121, à la suite du développement des polices d'assurance sur la vie au profit d'un tiers, — celui de l'article 1384, à la suite du développement du machinisme.

C. — La loi est muette

188. Mission du juge dans ce cas. — L'article 4 prévoit le cas : le juge ne peut refuser de statuer pour le motif pris du silence de la loi.

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

189. Est-il possible de préciser davantage et de formuler, comme complément de l'article 4, des règles précises concernant l'interprétation judiciaire ?

Les méthodes, les règles d'interprétation ont fait, depuis

quarante ans, l'objet d'études nombreuses, très nouvelles, au sujet desquelles la doctrine contemporaine s'est passionnée et demeure divisée. Il serait hors de propos d'entrer ici dans le détail de ces controverses. Nous nous bornerons à fournir quelques indications très sommaires sur la manière dont sont comprises en France l'équité naturelle, la raison du juge et sur le rôle que joue, dans le silence de la loi écrite, la « technique juridique française ».

Le droit de l'Angleterre et celui des Etats-Unis sont souvent opposés au nôtre ; ils ne sont pas codifiés ni ne s'appuient sur une codification et cette particularité de forme suffit à les constituer en groupe distinct ¹. Historiquement, la jurisprudence, développant peu à peu le droit coutumier anglais et américain, la *common law*, en a comblé directement les lacunes dans les diverses hypothèses que la pratique faisait naître, en induisant dans chaque cas une règle propre des données fournies par la nature des choses, l'expérience, la raison, la conscience, le droit naturel, le droit idéal. La doctrine, dans ces pays, a joué un rôle effacé et a très peu collaboré aux progrès du droit. Comment aurait-elle pu devancer la formation du droit coutumier et prévoir la décision à intervenir dans chaque cas, puisqu'il n'y avait pas de cadres contenant les éléments propres à diriger le travail des juges, leurs raisonnements, les mouvements de leur conscience ?

Ce qui caractérise, au contraire, la formation du droit positif français, depuis le Code civil, c'est qu'elle a été réalisée dans les cadres du Code civil et des lois écrites. On désigne volontiers, aujourd'hui, sous l'appellation de « technique juridique française », un ensemble de définitions, de classifications, de synthèses dégagées par la doctrine et la jurisprudence du droit positif et de toutes les données susceptibles de le compléter, mais particulièrement du Code de 1804. Cette technique possède une autorité analogue à celle de la Jurisprudence, à raison de l'appui qu'elle trouve dans le Code civil et du fait qu'elle est acceptée par l'opinion publique. Elle est, le plus souvent, capable de fournir aux tribunaux des matériaux pour combler les lacunes de la loi ou, tout au moins, d'orienter leurs recherches.

1. Lévy-Ullmann. *Rapport au Cinquantenaire de la Société de législation comparée.*

Il est important de constater que les auteurs français, quelles que soient les nuances de leur pensée, reconnaissent que l'élaboration des règles complémentaires du Code civil passe par le Code civil et, du moins en ce sens, se relie au Code civil ¹.

Cette observation va nous permettre de mieux comprendre le rôle de la Cour de cassation dans l'interprétation judiciaire.

D. — Office propre de la Cour de cassation

190. Rôles respectifs des juges du fond et de la Cour de cassation. Conflits d'interprétation. Systèmes imaginés pour y mettre fin. — La disposition de l'article 4, aux termes de laquelle le juge doit statuer sur les demandes portées devant lui sans pouvoir exciper du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, serait d'application simple s'il n'existait qu'un seul degré de juridiction ; le juge saisi de l'affaire statuerait de son mieux, sa décision serait souveraine et tout serait fini. Mais l'expérience a fait admettre comme nécessaire la superposition de deux degrés de juridictions.

D'autre part, au-dessus des deux degrés de juridictions est la Cour de cassation. Elle n'est pas un degré de juridiction, car elle ne s'occupe pas des faits de la cause, qui sont définitivement jugés par la juridiction qui a statué en dernier ressort ; elle s'occupe de la loi et de son application ². Si la loi, à son avis, a été bien appliquée, elle rejette le pourvoi formé contre la décision intervenue et rend un arrêt de rejet ; si la loi, à son avis, a été mal appliquée, elle casse la décision intervenue et rend un arrêt de cassation ; puis, comme elle n'est juge que du point de droit, elle renvoie les parties devant une juridiction de même ordre et de même degré que celle dont la sentence a été cassée et cette juridiction statue à nouveau. De sorte qu'il existe deux degrés de juridictions et, au-dessus, la Cour suprême, qui maintient l'unité d'application des lois.

1. Voy. la Préface de Saleilles au livre de Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899.

2. Sur la distinction du fait et du droit en ce qui concerne le pouvoir de contrôle appartenant à la Cour de cassation, voy. Marty, *La distinction du fait et du droit*, 1 vol., Sirey, 1929.

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

Une sentence a été rendue en dernier ressort ; c'est, par exemple, un arrêt de Cour d'appel. Si la partie qui échoue accepte la décision, tout est dit. Si elle résiste, elle peut se pourvoir en cassation, non pas en alléguant qu'il a été mal jugé en fait, mais que la loi a été mal appliquée. De deux choses l'une. Si la Cour de cassation estime que la loi a été bien interprétée et bien appliquée, elle rejette le pourvoi et tout est dit ; si elle estime que la loi a été mal interprétée ou mal appliquée, elle casse l'arrêt et, comme elle n'est juge que du droit, elle renvoie l'affaire devant une autre Cour d'appel.

L'affaire recommence alors. Si la Cour de renvoi, c'est-à-dire la Cour saisie après cassation, se range à l'avis de la Cour de cassation et que les parties acceptent la décision, tout est dit. Mais on peut supposer que la Cour de renvoi opine, sur le point de droit, non comme la Cour de cassation, mais comme la première Cour d'appel. Si un nouveau pourvoi est formé, la Cour de cassation, saisie à nouveau, cassera probablement le nouvel arrêt comme le précédent, à moins qu'elle n'ait changé d'avis, ce qui est tout à fait exceptionnel ; puis, toujours parce qu'elle ne statue pas sur le fait, elle renverra l'affaire devant une autre juridiction et la série recommencera.

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

191. La difficulté est grande. On n'est arrivé aux règles actuellement applicables qu'après des tâtonnements, dont il est nécessaire de connaître la suite pour comprendre l'état actuel du droit.

Trois systèmes ont été successivement essayés : le système du référé obligatoire et suspensif, celui du référé obligatoire et non suspensif, enfin celui qui est présentement en vigueur et supprime tout référé.

192. Systèmes imaginés dans le passé. — Le premier système, dans l'ordre des temps, est celui du référé obligatoire et suspensif. Il a été introduit par la loi des 27 novembre-

1^{er} décembre 1790, « portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions ». L'article 21 s'exprime ainsi : « Lorsqu'un jugement aura été cassé deux fois et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de cassation qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi, et lorsque ce décret aura été sanctionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement. » En d'autres termes, quand le conflit est nettement établi et flagrant, le pouvoir judiciaire s'arrête et en réfère au pouvoir législatif, qui fixe le droit à appliquer. C'est le référé obligatoire et suspensif.

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

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

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

Vient enfin la loi des 30 juillet-1^{er} août 1828, qui supprime l'usage des référés obligatoires et suspensifs et leur substitue le suivant. Après deux cassations dans la même affaire sur un même point de droit, la troisième Cour d'appel à laquelle

l'affaire a été renvoyée statue toutes chambres réunies et l'arrêt rendu par les chambres réunies ne peut plus être attaqué sur le même point et par les mêmes moyens. « Toutefois, « dit l'article 2, il en est référé au Roi, pour être ultérieurement procédé par ses ordres à l'interprétation de la loi. » L'article 3 ajoute : « Dans la session législative qui suit le « référé, une loi interprétative est proposée aux Chambres. » Dès lors, il n'y a plus de référé au cours d'un procès ; l'affaire est jugée et prend fin ; le référé a lieu seulement après la sentence rendue, qui est définitive.

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

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

D'abord, il n'est plus question de référé obligatoire, soit en cours de procès, comme sous l'empire de la loi de 1790, soit après, comme sous l'empire de la loi de 1828 ; le recours au pouvoir législatif devient facultatif. De fait, il y a eu bien peu de recours semblables depuis 1837 et on s'est de plus en plus abstenu de provoquer des lois interprétatives, parce qu'on a reconnu qu'elles ont un danger. Le législateur n'a pas l'abnégation, la patience, la modestie nécessaires à celui qui doit non pas faire, mais interpréter la loi. Le juge sait se plier à ces nécessités ; quant à celui qui fait la loi, il n'admet pas qu'on lui lie ainsi les mains. L'expérience l'a démontré, et alors on s'est abstenu d'en référer au législateur. La faculté de le faire subsiste cependant ; mais elle n'appartient plus au juge ; la loi interprétative ne peut être provoquée que par ceux qui ont l'initiative des lois.

Par une seconde innovation, la loi de 1837 rend à la Cour de cassation le dernier mot sur les questions de droit engagées dans les conflits soulevés. L'article 1^{er} s'exprime ainsi :

« Lorsque, après la cassation du premier arrêt ou jugement
 « en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu
 « dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant
 « en la même qualité, sera attaqué par les mêmes moyens
 « que le premier, la Cour de cassation prononcera toutes
 « les chambres réunies. » L'article 2 ajoute : « Si le deuxième
 « arrêt ou jugement est cassé pour le même motif que le
 « premier, la cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est
 « renvoyée se conformera à la décision de la Cour de cassation
 « sur le point de droit jugé par cette Cour. »

De la sorte, le conflit est tranché dans l'espèce. Mais la question reste entière pour l'avenir ; les arrêts n'influent sur les décisions à venir que par l'autorité doctrinale de leurs considérants. Les deux articles 4 et 5 reçoivent ainsi une complète application : le juge saisi est obligé de statuer, mais il ne peut le faire par voie de disposition générale et réglementaire.

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

194. Conclusion : importance du rôle de la Cour de cassation. — Tel étant le rôle du pouvoir judiciaire dans l'application des lois, on pressent quelle est l'importance de la jurisprudence en général et des décisions de la Cour de cassation en particulier, surtout depuis qu'il n'y a plus de référés obligatoires, depuis 1837. C'est par la jurisprudence que les controverses juridiques sont résolues, que l'accord se fait peu à peu et que les lacunes de la législation sont comblées. On est amené à discuter les précédents de la pratique judiciaire comme on discute les textes ; il n'y a pas de discussion juridique sans examen des arrêts intervenus sur la question. Les arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation ne sont pas des lois ; mais ils ont une autorité doctrinale considérable ; ils fixent la jurisprudence et équivalent presque à des lois.

195. Observation complémentaire : le contrôle de la Cour

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

de cassation s'étend à toutes les questions de droit. — La Cour de cassation a été instituée pour contrôler l'application de la loi écrite et en assurer l'unité d'interprétation. Son statut organique, le décret des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, lui enjoint de citer le texte violé. Lorsque les tribunaux, dans le silence de la loi écrite, cherchent au delà, dans les données du cas, une règle nouvelle, leur décision n'est-elle pas prise en dehors de la loi écrite et ne doit-elle pas, dès lors, être regardée comme échappant au contrôle de la Cour de cassation ?

Non. La Cour contrôle toute règle de droit positif énoncée par un tribunal. Elle assimile à la violation d'une loi celle de tous les principes, de toutes les règles juridiques.

Au premier abord, il peut paraître paradoxal de soutenir qu'il y a violation d'une loi quand il y a violation d'une règle qui a été posée pour combler une lacune de cette loi, au moins quand il s'agit d'une règle n'ayant pas été déduite d'un texte de loi au moyen d'un raisonnement par analogie ou *a contrario*, d'une règle induite directement des exigences de l'utilité ou de l'équité. Mais cette objection n'a jamais arrêté la jurisprudence.

Citons un exemple. Le Code civil n'a pas réglementé d'une manière générale cette source d'obligation que nous appelons l'enrichissement injuste ou sans cause. La jurisprudence a commencé par donner satisfaction aux réclamations de la pratique en étendant par analogie le quasi-contrat de gestion d'affaires. Depuis 1892, elle admet l'existence d'un quasi-contrat indépendant et fonde l'obligation sur l'équité. A cet égard et bien qu'il ne s'agisse d'aucun principe consacré par un texte, la Cour de cassation a exercé le rôle décisif. Elle décide que le Code consacre virtuellement le principe que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui ¹, ou bien que l'obligation prend sa source dans l'équité naturelle, mais est circonscrite par les textes du Code qu'elle ne doit pas heurter ².

Généralisant, nous pouvons dire que la Cour de cassation greffe sur le Code toutes les règles de droit positif. D'une part, c'est dans l'article 4 du Code civil que les tribunaux puisent

1. Req. 15 juin 1892, D. P. 1892.I.596.

2. Cass. civ., 12 mai 1914, S. 1918.I.41.

le droit d'élaborer des règles juridiques au delà de la loi écrite ; d'autre part, entre le Code et tout principe nouveau il y a forcément des réactions réciproques.

Cette tradition est très importante. La jurisprudence française est par là même forcée de faire une œuvre cohérente, d'évoluer dans les cadres de la loi écrite suivant des directions générales ¹.

§ 3

LA LOI EST OBLIGATOIRE POUR LES PARTICULIERS QUI LUI DOIVENT OBÉISSANCE

196. Double portée de ce principe. — Que la loi, dès qu'elle est publiée, oblige les particuliers, rien de plus naturel. C'est en définitive pour cela qu'elle est faite.

Elle est obligatoire pour eux en deux sens. D'abord, nul n'est admis à se prévaloir de ce qu'il n'aurait pas connue. Ensuite, nul ne peut en écarter l'application par une manifestation de sa volonté, au moins en principe.

La première de ces règles comporte deux exceptions. La seconde ne s'applique que sous quelques distinctions.

A. — Nul n'est censé ignorer la loi

197. Justification et portée de la règle. — La loi est obligatoire pour les particuliers en ce sens que nul n'est admis à se prévaloir de ce qu'il n'aurait pas connu la loi. C'est un adage courant que nul n'est censé ignorer la loi : *nemo jus ignorare censetur*. Nul n'est admis à invoquer son ignorance de la loi, soit pour s'excuser de ne l'avoir pas observée, soit pour se faire relever des suites de l'inobservation. En d'autres termes, l'erreur de droit, celle qui résulte de l'ignorance de la loi, ne saurait être ni une excuse ni un titre.

1. Nous n'avons pas à rechercher ici si la progression de notre droit est par là effectivement retardée. Voy. G. Morin, *La révolte des faits contre le droit*.

Admettre l'exception d'ignorance individuelle, ce serait manifestement énerver l'autorité des lois. Dès que la loi est publiée, elle est réputée connue ; tant pis pour ceux qui ne sont pas curieux. La loi oblige même ceux qui, de fait, en ignoreraient l'existence : *Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*¹. L'ordre social ne peut être obtenu qu'à ce prix.

Cependant, si nécessaire qu'elle soit, la règle n'est pas absolue. Elle reçoit deux exceptions : l'une formelle, l'autre admise comme résultat d'inductions plausibles. Dans un cas, l'ignorance de la loi est une excuse ; dans l'autre, elle est un titre.

198. Première exception : l'ignorance de la loi est une excuse en matière pénale. — Cette exception a été introduite par le décret-loi du 5 novembre 1870, le même qui a si fort compliqué les règles de la promulgation et de la publication des lois. L'article 4 porte : « Les tribunaux et autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation. »

Il résulte du texte que cette disposition n'est applicable que dans le cas où la publication s'accomplit par un délai inférieur à trois jours. Il en résulte encore qu'elle n'est relative qu'aux lois pénales, car le texte n'admet à l'invoquer que les « contrevenants ».

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

199. Seconde exception : l'erreur de droit peut justifier la bonne foi. — Cette seconde exception est plus générale et plus importante que la première. Elle résulte d'une distinction à faire entre le droit commun et le domaine d'application d'une classe particulière de lois. Il est, en effet, une classe de lois dont le but est de protéger la bonne foi, de venir au secours de personnes qui sont victimes d'une

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

erreur. La règle que nul n'est censé ignorer la loi ne forme pas obstacle à l'admission de la preuve de l'erreur de droit quand il s'agit de l'application de ces lois. Le motif est simple : les lois dont il s'agit n'atteindraient qu'imparfaitement leur but si elles distinguaient entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, qui l'une et l'autre sont dignes d'une égale protection. Seulement la preuve de l'erreur de droit doit être clairement établie.

Un exemple significatif est fourni par l'article 201. De droit commun, le mariage déclaré nul est effacé rétroactivement, de sorte que les prétendus époux se trouvent, la nullité de leur union étant prononcée, avoir vécu en concubinage ; les enfants, s'il en est, sont nés hors mariage et illégitimes. Au contraire, si les époux ou l'un d'eux ont été de bonne foi, « le mariage produit néanmoins les effets civils, « tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants ». Le texte parle de *bonne foi* en général, sans distinguer suivant que la bonne foi résulte d'une erreur de fait ou de droit. La preuve de l'erreur de droit peut être admise quand il s'agit d'obtenir l'application de l'article 201.

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

1^o L'article 162, avant d'être modifié par la loi du 1^{er} juillet 1914, prohibait dans tous les cas le mariage entre beau-frère et belle-sœur ; dans sa forme actuelle et depuis la loi de 1914, il prohibe le mariage entre beau-frère et belle-sœur lorsque le mariage ayant produit l'alliance a été dissous par le divorce. Si un beau-frère et une belle-sœur se sont mariés sous l'empire d'une erreur de fait, sans connaître l'alliance existant entre eux, le mariage, quoique déclaré nul, produira néanmoins les effets civils à raison de la bonne foi qui résulte de l'erreur de fait où sont tombés les époux. Il faut aller plus loin et admettre la même solution dans l'hypothèse où un beau-frère et une belle-sœur se sont mariés sous l'empire d'une erreur de droit, c'est-à-dire sans connaître la prohibition de l'article 162 ; ils pourront exciper de leur bonne foi, résultant de l'erreur de droit où ils sont tombés, pour obtenir l'application de l'article 201 ¹.

2^o Deux époux divorcent et la femme se remarie, ignorant

1. Paris 9 février 1860, D. P. 1860, II, 73.

que le divorce a été prononcé irrégulièrement et qu'il est nul. Le nouveau mariage contracté par la femme est entaché de bigamie et peut être annulé. Si la nullité est prononcée, ce mariage produira néanmoins les effets civils à raison de la bonne foi de la femme, bonne foi qui résulte de l'erreur de droit où elle est tombée sur la validité de son divorce¹.

La portée de l'exception est apparente dans ces deux cas. La preuve de l'erreur de droit doit être admise de la même manière toutes les fois qu'il s'agit d'une disposition ayant le même caractère que l'article 201, c'est-à-dire ayant pour but de venir en aide à ceux qui sont victimes d'une erreur. On peut citer comme exemple les articles 549² et 1377³. Dans ces cas et autres semblables, l'ignorance de la loi est admissible ; en d'autres termes, l'erreur de droit peut être invoquée au même titre et avec la même efficacité que l'erreur de fait. Cela est conforme à la tradition et c'est rationnel. On peut ajouter que cela est légal, quoique ce ne soit écrit nulle part ; deux articles du Code civil le supposent, en excluant l'application de l'idée dans deux cas spéciaux, prévus par les articles 1356 *in fine* et 2052. Ces deux articles, pour des raisons spéciales, ici à l'aveu, là à la transaction, n'admettent pas, quoiqu'il s'agisse de venir au secours de la bonne foi, que l'erreur de droit soit invoquée. Ce sont deux exceptions qui confirment la règle, car les dispositions de ces articles eussent été évidemment inutiles si le législateur n'était parti de l'idée que l'erreur de droit produit, en général, quant aux actes juridiques qui en ont été le résultat, les mêmes effets que l'erreur de fait⁴.

B. — Les particuliers ne peuvent écarter l'application de la loi par une manifestation de leur volonté

200. La règle et les exceptions. — La loi est obligatoire pour les particuliers en ce sens que nul ne peut, par sa vo-

1. Chambéry 15 juin 1869, D. P. 1869.II.188, S. 1870.II.214.

2. Civ. 22 octobre 1894, D. P. 1896.I.585, note de Loynes.

3. Dalloz, *Répertoire pratique*, v^o *Quasi-Contrats*, n^o 84.

4. L'exception s'imposait en matière d'aveu ; elle est difficile à justifier en matière de transaction. Voy. Planiol, Ripert, Esmein et Savatier, *Obligations*, II, n^o 1567, — *Contrats civils*, II, n^o 1600.

lonté même formelle, écarter l'application des lois. Sans comporter précisément d'exception, comme la règle précédente, cette règle suppose quelques distinctions. En effet, il y a certaines lois auxquelles il peut être dérogé par la volonté des particuliers. L'article 6 dit : « On ne peut déroger « par des conventions particulières aux lois qui intéressent « l'ordre public et les bonnes mœurs », ce qui implique qu'on peut, au contraire, déroger aux lois n'ayant pas ce caractère.

Par conséquent, à ce point de vue, les lois sont de deux sortes. Les unes s'imposent aux particuliers d'une façon impérative et stricte, de sorte qu'ils sont liés par elles sans pouvoir s'y soustraire : ce sont celles que l'article 6 désigne en disant qu'elles intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Les autres ne sont, en quelque sorte, qu'offertes aux particuliers, qui y sont soumis de droit commun, mais qui peuvent y déroger par leur volonté, pourvu qu'ils s'en expliquent : ce sont celles qui n'ont pas le caractère relevé par l'article 6.

A quoi reconnaître les unes et les autres ? Quelle est la limite exacte qui les sépare ? Cela revient à savoir ce qu'est l'ordre public, ce que sont les bonnes mœurs. Or rien ne résiste davantage à une définition précise. On ne saurait entrer ici dans le détail des applications, qui apparaîtront peu à peu ; c'est l'inconvénient de ces règles, qui ne sont que des formules et ne peuvent être envisagées pour le moment que dans leur sens général ¹.

a) LOIS QUI INTÉRESSENT L'ORDRE PUBLIC

201. Notion générale. — Le texte dit qu'on ne peut pas déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public. Par lois d'ordre public, on entend celles qui intéressent la société collectivement plutôt que les citoyens pris individuellement, celles qui s'inspirent de l'intérêt général plutôt que de l'intérêt des individus. Si on

1. Il convient de rapprocher l'article 6 de l'article 1133, concernant la cause des obligations, qui parle de la cause « contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public », et aussi de l'article 900, qui, s'occupant de dispositions à titre gratuit conditionnelles, parle des conditions « contraires aux lois ou aux mœurs ».

prend les mots en ce sens, l'article 6 signifie que les particuliers peuvent déroger, par leur volonté, aux lois qui ne touchent qu'à l'intérêt privé ou individuel, mais non aux lois qui sont d'intérêt général ou public. Le projet primitif portait : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent le public » ; la rédaction nouvelle fut substituée à la première sans discussion, sans qu'il apparaisse qu'on y ait attaché d'importance ¹.

Lois d'ordre public. La formule est trop générale pour évoquer une idée précise. Dans cette formule, ce n'est pas à l'épithète *public* qu'il faut s'attacher, mais au substantif : l'ordre. La notion d'ordre a contribué à orienter la doctrine et la jurisprudence pour l'application de l'article 6. Dans l'intérêt général, l'Etat doit organiser un ordre : ordre dans la constitution politique, dans l'administration, dans les services publics, dans la famille, dans la vie économique : il doit prohiber, réprimer tout fait, tout acte qui tendraient directement à bouleverser cet ordre, ou indirectement à le compromettre. L'intérêt général et l'intérêt individuel ne sont pas des intérêts antagonistes, de sorte qu'il est souvent difficile de les distinguer ; la notion d'ordre vient au secours de l'interprète. Qu'une institution favorise un service public ou protège l'individu, elle est d'ordre public par cela seul qu'elle est destinée à créer un ordre général dont le but ne peut être atteint si tous n'y sont pas soumis, si l'ordre général ne l'emporte pas sur les cas et les intérêts particuliers.

202. Principales lois d'ordre public. — En voici l'énumération sommaire ².

1^o Toutes celles qui appartiennent à cette branche du droit qu'on nomme le droit public ; c'est celui qui règle les attributions des agents de l'autorité, les devoirs des particuliers envers l'Etat, l'organisation et l'ordre des juridictions. Ces lois sont constitutives de l'état politique du pays ; elles sont donc d'intérêt général. En y dérogeant, les particuliers

1. Loqué, I, p. 407.

2. Cpr. Planiol, Ripert et Esmein, *Obligations* I, nos 235 à 248. — Nous ne visons ici que les lois ayant le caractère d'ordre public dans les relations internes. Il y a lieu de distinguer entre ces lois et celles qui ont le caractère de lois d'ordre public dans les relations régies par le droit international privé. Voy. sur cette distinction Pillet, *Principes de droit international privé*, p. 367.

mettraient leurs convenances personnelles au-dessus de ce qui est regardé comme de nécessité commune ¹.

L'application pratique la plus apparente est relative à la clause compromissoire dans les conventions. Deux personnes, en contractant, conviennent que si des différends s'élèvent entre elles, ils seront portés non devant les tribunaux établis, mais devant un arbitre particulier désigné dès à présent. Pareille clause est nulle par application de l'article 6. En effet, pour compromettre valablement, pour constituer valablement un arbitre, il faut se conformer à l'article 1006 du Code de procédure civile, lequel exige, à peine de nullité, que le compromis désigne les objets en litige avec le nom des arbitres.

D'une façon plus générale, il faut déclarer nulle, par application de l'article 6, toute clause dérogeant aux lois sur la compétence et l'ordre des juridictions. Ainsi, deux plaideurs ne pourraient convenir que leur différend sera porté directement devant la cour d'appel et dispensé, par suite, du premier degré de juridiction ².

2^o Les lois pénales, qui font, d'ailleurs, partie du droit public : lois pénales proprement dites et lois de procédure pénale.

3^o Dans le droit privé, le caractère de loi d'ordre public appartient aux lois dans lesquelles prédomine visiblement la préoccupation de l'intérêt général et d'un ordre nécessaire. Voici des exemples.

a) Les lois qui règlent l'état des personnes, les droits et les devoirs qui en résultent, la capacité ou l'incapacité. Ces lois sont en dehors des conventions ; elles sont constitutives de l'état social et sont, dès lors, d'intérêt général. C'est ainsi, par exemple, qu'une convention ne peut porter atteinte au droit qu'a toute personne parvenue à un certain âge de se marier ou de ne pas se marier. C'est ainsi que l'article 1780 interdit à toute personne d'engager ses services autrement qu'à temps et pour une entreprise déterminée. C'est ainsi, enfin, que l'article 1388 interdit aux conjoints de déroger, par contrat de mariage, aux droits résultant de la puissance maritale ou de l'autorité paternelle ; la femme ne

1. *Privatorum conventio*, disaient déjà les Romains, *juri publico non derogat* (fragm. 45, Dig., *De diversis regulis juris antiqui*, L. 17).

2. Glasson et Tissier, *Procédure civile*, 3^e édit., I, n^o 295.

peut être relevée ni de son incapacité légale (article 217) ni de l'obligation de fidélité (article 212), ni de celle d'habiter avec son mari (article 214) ; les enfants à maître du mariage ne peuvent pas être soustraits au droit de correction (article 374 et suiv.) ; l'âge de la majorité (articles 388 et 488) ne peut être ni avancé ni reculé pour eux. L'article 1388 ne fait qu'appliquer au contrat de mariage un principe plus général qui régit toutes les conventions : nul ne peut se soustraire par convention à une incapacité légale ni se soumettre à une incapacité non légale.

b) Certaines lois relatives à l'organisation de la propriété. Comme la réglementation de l'état des personnes, l'organisation de la propriété constitue l'une des bases de l'état social du pays. Les lois qui y sont relatives sont d'intérêt général ; elles rentrent dans les lois d'ordre public, auxquelles il ne peut être dérogé par conventions particulières. Tels sont par exemple les articles 686, 791, 815, 896, 943, 1130 et 2220 ; tel est l'article 543, où se trouve la liste limitative des droits réels.

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

203. Lois d'intérêt privé. — Il faut considérer comme telles et comme rentrant, dès lors, dans la classe des lois auxquelles la convention peut déroger, les lois relatives aux contrats. Le principe de la liberté des conventions est posé dans l'article 1134 et reçoit une application notable dans l'article 1386, relatif à la liberté des conventions matrimoniales. La loi, ici, n'entend rien imposer ; elle se borne à constater les règles générales, à propos de dispositions dont l'unique but est l'utilité des parties ; elle prévoit, elle présume au besoin ce que les parties veulent vraisemblablement. Si les parties veulent ce que la loi a présumé qu'elles veulent, elles n'ont qu'à se référer à ses dispositions ; sinon, elles peuvent y déroger. Il ne s'agit là que d'un intérêt privé ; la loi n'impose pas, elle propose et les parties peuvent déroger à ses prévisions.

204. La distinction des lois d'ordre public et d'intérêt privé n'a rien d'absolu. — Théoriquement, la distinction est très apparente. Mais la classification des lois, ainsi faite au point de vue de l'article 6, n'a rien d'absolu et d'exclusif.

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

A l'inverse, dans les lois relatives aux contrats, il en est auxquelles, par suite de textes formels, les parties ne peuvent déroger. L'article 1453 déclare nulle toute convention par laquelle une femme commune en biens abdiquerait la faculté de renoncer à la communauté. L'article 1674 refuse tout effet à la convention par laquelle un vendeur d'immeubles renoncerait au droit d'invoquer la lésion de plus des sept douzièmes. En ce qui concerne les contrats, il faut ajouter que la tendance du législateur moderne est de s'immiscer dans les contrats pour protéger le contractant présumé le plus faible et, comme tel, hors d'état de défendre ses intérêts. Les lois de protection s'imposent à la volonté des parties. Citons, en particulier, la plupart des lois relatives au contrat de travail, protectrices des employés et ouvriers contre le patron, — les lois relatives aux sociétés, protectrices des actionnaires et du public contre les administrateurs ou la majorité oppressive, — la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance, protectrice des assurés contre l'omnipotence des compagnies, — les lois sur la propriété commerciale, protectrices des locataires contre les propriétaires d'immeubles, etc.

Dans tous ces cas, l'intérêt en jeu n'est pas privé, individuel. Aussi la volonté des particuliers ne peut rien contre les prescriptions légales.

205. La nullité des conventions contraires ne fait pas de doute en ce qui concerne les lois dont le texte est formel à cet égard, Mais il est de jurisprudence que la nullité peut être

prononcée en vertu de la volonté tacite du législateur, ce qui remet tout en question et laisse subsister une grande incertitude.

Aussi a-t-on essayé de donner une définition des lois d'ordre public, de déterminer un *criterium* permettant de les distinguer des lois d'intérêt privé.

On en a proposé plusieurs, dont aucun n'est pleinement satisfaisant ¹.

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

Proposée par Merlin ², la doctrine qui précède est depuis longtemps abandonnée ³. Plusieurs textes la contredisent d'une façon formelle. Ces textes prouvent que les rédacteurs du Code n'ont pas eu, sur ce point, une doctrine établie, se prêtant à une classification aussi méthodique et rigoureuse. Il ne faut pas prêter une si grande importance à la forme dont le législateur a revêtu sa pensée ; il faut s'attacher à la pensée plutôt qu'à l'expression.

Merlin lui-même en fournit la preuve, puisqu'il se voit obligé de distinguer, parmi les lois impératives, celles qui possèdent et celles qui n'ont pas le caractère de lois d'ordre public. Toutes les lois impératives ont la forme d'un commandement, mais la forme ne suffit pas pour en faire des lois d'ordre public ; c'est Merlin qui l'observe ; elles ne prennent ce caractère que si les textes contiennent, au fond, une véritable prohibition. Les prescriptions de l'article 1001,

1. Voy. Marmion. *Etude sur les lois d'ordre public*, thèse Paris, 1924.

2. Merlin. *Répertoire*, v^o *Nullité*, t. XI, p. 643 et suiv.

3. Laurent, *Principes*, I, p. 92 et suiv. ; Aubry et Rau, 5^e édit., I, § 36, p. 178.

par exemple, sont édictées à peine de nullité, au lieu qu'il faut distinguer, parmi les prescriptions relatives à la rédaction des actes de l'état civil, celles qui concernent des formalités essentielles et celles qui n'ont trait qu'à des formalités accidentelles. C'est donc le fond des choses qu'il faut voir et pas seulement la forme extérieure de la disposition.

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

207. La classification de Merlin étant écartée, l'on ne saurait s'attacher davantage à l'idée de réserver la qualification de lois d'ordre public aux lois qui concernent le maintien de la paix publique et les rapports juridiques qui lient l'Etat ou une collectivité publique à l'exclusion de toutes autres. La formule, prise à la lettre, conduirait à exclure toutes les lois assurant la protection des incapables ; entendue largement, elle engloberait toute la législation, puisque toute loi contribue dans une certaine mesure à assurer l'ordre social en faisant régner la justice ¹.

1. Voy. Marmion, op. laud. — cpr. *Planiol, Ripert et Esmein, Obligations*, n° 226.

On ne peut pas non plus s'attacher à une distinction entre les lois concernant les intérêts patrimoniaux et les lois concernant les intérêts non patrimoniaux, ces dernières ayant seule la qualité de lois d'ordre public. Ce serait méconnaître que beaucoup de lois ayant assurément le caractère de lois d'ordre public ont pour objet la protection d'intérêts pécuniaires ; il suffit de rappeler celles qui ont trait à l'organisation de la propriété, au contrat d'assurance, à la propriété commerciale, etc.

208. En résumé, si la classification de Merlin manque de rigueur, les autres ne valent pas mieux. Il faut se contenter des directives précédemment indiquées : sont d'ordre public les lois où domine la préoccupation d'un intérêt général, d'un ordre qui ne peut régner qu'à la condition d'être commun à tous, — sont d'ordre privé les lois qui ne s'inspirent que d'un intérêt individuel. Aux premières, la volonté des particuliers ne peut pas déroger ; elle peut, au contraire, déroger aux secondes. En cela, comme toujours quand il s'agit de questions de limites, il y a un point où le doute devient possible et où il y a lieu à appréciation ; l'intérêt général et l'intérêt individuel se lient tellement qu'une démarcation légale entre eux ne peut pas être établie : c'est affaire de jurisprudence ¹.

b) LOIS QUI INTÉRESSENT LES BONNES MŒURS

209. Incertitude sur ce qu'il faut entendre exactement par là. — Aux termes de l'article 6, on ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent les bonnes mœurs. Mais quelle est la portée précise des mots « les bonnes mœurs » ?

Pas plus qu'en ce qui concerne les lois d'ordre public il n'apparaît possible d'arriver ici à une définition rigoureuse ².

La loi s'occupe des mœurs pour réprimer les actions qui troublent l'ordre. Ces actions, elle les appelle des infractions :

1. La Cour de cassation possède, à cet égard, un pouvoir de contrôle : Civ. cass. 18 novembre 1913, D. P. 1917.I.161, S. 1914.L.253.

2. Il faut consulter à cet égard l'important ouvrage de M. Georges Ripert. *La règle morale dans les obligations civiles*, *passim*, spécialement p. 44 et suiv.

les crimes, les délits, les contraventions. Le droit pénal dans son ensemble est d'ordre public ; toute convention contraire aux dispositions du droit pénal est nulle. Par exemple, il est défendu de tuer ; celui qui tue une personne à la demande de celle-ci n'en est pas moins coupable ; la convention est nulle.

Aucun doute n'existe à cet égard. Mais il est évident qu'il ne faut pas limiter à cela la portée de l'article 6 et que les rédacteurs de cet article ont entendu viser, plus loin que les lois pénales, l'ensemble des lois qui intéressent la morale. Et la difficulté se dresse de savoir ce qu'il faut entendre par ce mot ?

210. La difficulté est double.

D'abord, de quelle morale s'agit-il ? Voici une loi à laquelle des particuliers prétendent déroger par une convention. Pour décider si cette loi intéresse la morale, le juge va-t-il se référer à ses convictions personnelles, à sa conscience individuelle, à la morale telle qu'il la conçoit ? On sent, d'instinct, qu'il est impossible de s'en remettre ainsi au point de vue individuel d'un juge et que l'obligation s'impose à celui-ci de prendre pour mesure une conception morale objective, sans avoir égard à ses préférences personnelles. Mais si l'on admet que les préférences personnelles du juge doivent s'effacer devant une conception objective s'imposant à lui, quelle va être cette conception ? En d'autres termes, quelle est la morale dont l'article 6 place les prescriptions au-dessus des atteintes des conventions privées ?

Cette première difficulté résolue, une autre se présente et qui n'est pas moins troublante. La morale comprend toute une longue série de préceptes dont l'importance est variable. Va-t-on placer sous le couvert de l'article 6 tous les préceptes de la morale sans aucune exception ? Mais c'est alors la liberté humaine tout entière qui va disparaître. Et s'il faut distinguer entre les préceptes, quel va être le critérium de la distinction ? Où faudra-t-il tracer la limite ?

Difficultés redoutables, qui se ramènent au problème de la distinction entre la morale et le droit, à la question jamais résolue de savoir quelle est la limite du droit individuel en face du droit social.

211. Hâtons-nous d'ajouter que les difficultés envisagées apparaissent plus redoutables au point de vue théo-

rique qu'en ce qui concerne l'application pratique de l'article 6. Pratiquement, il faut considérer comme contraire aux bonnes mœurs tout ce que l'opinion dominante considère comme tel à un moment donné. Assurément, une large place est laissée à l'appréciation dans l'application d'une telle formule. Combien de variations ne vont-elles pas se produire suivant les temps et les lieux ? Peut-être cependant la formule est-elle plus précise qu'on n'est tenté de le croire.

On exagère, en effet, quand on allègue les incertitudes de la morale. Laurent a très bien dit : « En dehors des théories « et des formules d'école, il y a, à chaque époque de la vie de « l'humanité, une doctrine sur la morale que la conscience « générale accepte, sauf des dissidences individuelles qui ne « comptent pas. » Ce fond commun moral est ce que Stuart Mill appelle d'une bonne dénomination la « morale coutumière ». Elle forme la morale du pays ¹ ; c'est d'elle que l'article 6 veut assurer le respect.

Ces idées générales paraissent suffisantes pour permettre de discerner, en pratique, quelles sont les lois qui intéressent les bonnes mœurs. Mais nous n'essaierons pas d'en dresser une liste, même à titre simplement indicatif ² et nous bornerons à avoir posé quelques principes. Les applications que ces principes comportent sont éparses dans diverses parties du droit civil et seront étudiées plus opportunément chacune à sa place ³. Ce qui précède est suffisant pour faire apparaître combien le juge a besoin, pour appliquer l'article 6, d'une impartialité exceptionnelle. La morale légale n'est pas sa

1. M. Ripert, dans son beau livre déjà cité sur *La règle morale dans les obligations civiles*, a mis dans un puissant relief la notion d'une règle morale servant de base à notre civilisation : règle qui a été introduite il y a vingt siècles par le christianisme et qui demeure l'élément fondamental de la civilisation occidentale. Voy. notamment, p. 29 et 30.

2. Voy. l'énumération présentée par Ripert, *op. laud.*, p. 44 et suiv.

3. La question de savoir si une loi déterminée intéresse les bonnes mœurs peut se poser sous deux formes distinctes : tantôt à propos d'un texte de loi énonçant une prescription ou une défense, tantôt à propos d'un simple précepte moral qu'aucun texte ne formule. L'énumération présentée par M. Ripert fournit des exemples des deux hypothèses. La Cour de cassation possède un pouvoir de contrôle sur le point de savoir si une loi déterminée intéresse les bonnes mœurs. Il est à noter que les arrêts ont une tendance à confondre la loi intéressant l'ordre public avec la loi intéressant les bonnes mœurs. La confusion paraît excusable, car les lois intéressant les bonnes mœurs ne sont qu'une variété des lois intéressant l'ordre public ; mais la réciproque n'est pas vraie.

morale à lui ; c'est quelquefois moins, quelquefois plus, c'est celle que la conscience générale accepte, la morale coutumière. Aussi ne peuvent être de bons juges ces hommes ardents qui regardent leur tempérament comme devant faire partie des institutions de leur pays.

SECTION II

DE L'AUTORITÉ DES LOIS QUANT AU TEMPS QU'ELLES RÉGISSENT

212. La non-rétroactivité des lois. Justification du principe. — L'article 2 contient à cet égard une règle fort simple en apparence : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle « n'a point d'effet rétroactif. »

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

Ainsi comprise, la règle de l'article 2 se justifie aisément. Elle consacre un des fondements nécessaires de la liberté civile. Si la loi qui vient pouvait atteindre rétroactivement ce qui a été fait sur la foi de celle qui l'a précédée, rien ne serait stable et ne pourrait être regardé comme acquis ; il n'y aurait aucune sécurité, par conséquent aucune liberté civile.

Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que les lois humaines, quelque illusion que se fasse parfois le législateur, sont toujours plus ou moins conventionnelles. Les lois morales, expression de vérités absolues, ont une autorité également absolue : elles sont obligatoires partout et toujours ; les lois humaines, que dominent mille influences de temps et de lieu, ne peuvent obliger que le pays et l'époque pour lesquels elles ont été faites. C'est pour cela qu'elles ne sont obliga-

toires qu'après avoir été portées à la connaissance des intéressés, après avoir été publiées. La limitation de leur autorité aux faits à venir découle naturellement de la même idée ; l'article 2 n'est que le corollaire de l'article 1. En résumé, la nature bien comprise des lois humaines impose cette règle ; la justice la conseille ; l'intérêt de tous exige qu'elle soit rigoureusement observée. Elle est indispensable à la sécurité des intérêts individuels.

213. Difficultés soulevées par l'article 2. Principe fondamental. — La portée générale et les motifs de l'article 2 sont donc simples. C'est cependant un des textes du Code dont l'application soulève le plus de questions délicates.

La difficulté est grande de faire un exposé systématique de ces questions. La raison en est double. D'une part, elles se réfèrent aux parties les plus diverses du droit, de sorte que les développements à présenter risquent de s'égarer dans des directions divergentes. D'autre part, elles se posent, pour la plupart, à propos de détails, dont l'étude, inévitablement minutieuse, risque de brouiller l'exposé d'ensemble des idées générales ¹.

L'idée fondamentale qui domine toute la matière est que la règle inscrite dans l'article 2 n'est pas autre chose qu'un précepte adressé par le législateur de 1804 aux juges chargés d'interpréter les lois et auquel ils doivent se conformer pour en déterminer l'autorité quant au temps qu'elles régissent. Bien que cette idée n'ait pas été dégagée dès l'abord avec une entière netteté par les auteurs et par les arrêts, c'est elle qui a inspiré d'une manière décisive doctrine et jurisprudence et c'est à elle qu'il faut s'attacher comme à un fil conducteur pour découvrir la solution des difficultés dont la matière est hérissée.

Commençant par mettre en relief cette idée essentielle, nous serons conduits par elle à mettre de côté, comme n'ayant rien à voir avec la règle posée par l'article 2 : d'une part, les lois déclarées rétroactives par le législateur lui-même, — d'autre part, les lois dites interprétatives.

Nous aurons ensuite à montrer que le principe de la non-rétroactivité des lois n'a pas le caractère absolu que paraît lui attribuer l'article 2 et qu'il advient parfois qu'une loi

1. Cpr. *infra*, n° 234.

nouvelle, si elle ne statue que pour l'avenir, produise néanmoins certains effets quant au passé.

§ 1

LE PRINCIPE DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS EST UNE RÈGLE D'INTERPRÉTATION

214. Position du principe. — On pourrait concevoir que le principe de la non-rétroactivité des lois fût un principe constitutionnel s'imposant au législateur ordinaire, auquel, par suite, interdiction serait faite de conférer à aucune loi un effet rétroactif. S'il en était ainsi, toute loi à laquelle un effet rétroactif aurait été attribué par le législateur serait, de ce chef, entachée d'inconstitutionnalité.

Mais l'article 2 n'a pas le caractère constitutionnel. Par suite, le législateur conserve tout pouvoir de conférer à une loi qu'il édicte un effet rétroactif. La loi produit effet rétroactif dans toute la mesure indiquée par le législateur et s'il advient qu'une contestation s'élève sur la question de savoir quelle est cette mesure, cette contestation est à trancher comme toutes celles qui se présentent à propos de l'interprétation d'un texte : par l'étude minutieuse de ce texte et des travaux préparatoires, étude permettant de discerner l'intention du législateur.

L'hypothèse des lois déclarées rétroactives par le législateur étant ainsi mise à part, il apparaît nettement que la règle de l'article 2 vise exclusivement les autres lois : celles qui ne contiennent aucune indication sur les effets qu'il convient de leur attribuer en ce qui concerne le passé. C'est en vue de ces lois-là et d'elles seules que la règle a été édictée et elle a été édictée non pas à l'adresse du législateur, mais du juge. L'article 2 prescrit au juge, quand il est appelé à statuer sur l'application d'une loi nouvelle, de la considérer comme n'ayant statué que pour l'avenir et comme n'ayant pas d'effet rétroactif. Le juge violerait l'article 2 en attribuant un effet rétroactif à la loi qu'il applique.

Tel est le principe essentiel : la règle de l'article 2 est une règle d'interprétation des lois.

Pour dégager la portée du principe, nous allons revenir sur l'idée qu'il est inapplicable aux lois déclarées rétroac-

tives par le législateur. Nous indiquerons ensuite que le principe est pareillement inapplicable aux lois qu'on appelle interprétatives.

A. — Lois déclarées rétroactives par le législateur

215. La règle de non-rétroactivité n'est pas un principe constitutionnel. — Par suite, cette règle n'oblige pas le législateur, qui, s'il le croit utile, peut attacher un effet rétroactif aux lois qu'il édicte.

Il n'en a pas toujours été ainsi. A une certaine époque, en France, le principe de non-rétroactivité était inscrit dans la constitution. La prohibition de faire rétroagir les lois ne s'adressait pas seulement aux juges qui les appliquent, mais au législateur qui les fait ; il eût fait œuvre inconstitutionnelle en dérogeant au principe. La Constitution des 3-14 septembre 1791 (Déclaration des droits, article 8) établissait le principe de non-rétroactivité pour les lois pénales ; l'Acte constitutionnel du 24 juin 1793 statuait de même dans l'article 14 de la Déclaration des droits ; enfin la Constitution du 5 fructidor an III s'exprimait en termes beaucoup plus généraux dans l'article 14 de la Déclaration des droits : « Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet « rétroactif ».

Depuis l'an III, le principe de non-rétroactivité a cessé d'être inscrit dans les constitutions ; il a été déconstitutionnalisé. La Constitution du 22 frimaire an VIII l'a laissé à l'écart et il n'est plus inscrit que dans le Code civil. Par conséquent, il ne lie pas le législateur, qui peut y déroger comme à toute autre disposition non garantie par la constitution. Cela est rationnel. En effet, le principe de non rétroactivité est une garantie donnée aux intérêts privés ; sa raison d'être est d'assurer que les droits ne seront pas bouleversés par des lois survenant après qu'ils ont été acquis. Or il peut se faire qu'il soit avantageux pour tout le monde, sans que cela nuise à personne, de donner à une loi nouvelle toute l'étendue possible d'application, de lui soumettre non seulement les situations devant se former postérieurement, mais aussi celles qui se sont formées auparavant. Pourquoi le législateur maintiendrait-il alors un principe qui perd sa raison d'être ? Il peut se faire aussi, pour des considérations

d'ordre supérieur et général ou jugées telles, que l'intérêt public majeur conseille de donner effet rétroactif à une loi, au risque de blesser quelques intérêts individuels ; certaines améliorations législatives resteraient sans cela indéfiniment inefficaces. C'est une question d'opportunité ; le législateur doit incontestablement apporter ici la plus grande circonspection. Toujours est-il que l'on comprend qu'il eroie pouvoir et devoir donner effet rétroactif à une loi.

216. Exemples de lois déclarées rétroactives par le législateur. — On pourrait en citer un grand nombre. Il y a beaucoup de lois auxquelles un article spécial donne effet rétroactif. Voici les exemples les plus notables.

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

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

Deuxième exemple. — La loi du 8 mai 1816 abolit le divorce. Respectant le principe posé par l'article 2, cette loi ne touche pas aux divorces antérieurement admis par justice et prononcés par l'officier de l'état civil. Elle enlève la faculté de divorcer aux personnes qui, s'étant mariées sous le régime antérieur, avaient pu compter sur cette faculté ; le législateur estime avec raison qu'il n'y a pas droit acquis, pour ces personnes, mais simple expectative. Même décision, bien que le doute alors pût se comprendre davantage, pour les personnes qui avaient introduit, avant la mise

en vigueur de la loi nouvelle, une demande en divorce non encore accueillie par justice. Rien jusque-là qui soit en opposition avec la règle de non-rétroactivité. Mais le législateur va plus loin ; méconnaissant un véritable droit acquis il déclare considérer comme non avenus les jugements et arrêts qui ont admis le divorce avant la mise en vigueur de la loi nouvelle et sont restés sans exécution faute de prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. Sur ce point, le législateur de 1816 fait produire à la loi un véritable effet rétroactif. Il regarde le divorce comme une institution blâmable et immorale et tient pour indispensable de faire cesser immédiatement tous les effets de la loi antérieure qui admettait le divorce ; il ne recule que devant l'idée de considérer comme remariés ceux dont le divorce était consommé. Si la loi ne l'avait pas dit, le juge n'aurait pas pu y suppléer ; l'article 2 y aurait mis obstacle.

Troisième exemple. — La guerre de 1914-1918 a provoqué le législateur à attribuer le caractère rétroactif à un certain nombre de lois. Citons entre autres : la loi du 1^{er} juillet 1918, qui valide les actes de décès dressés aux armées sur le témoignage de mineurs, — celle du 3 mai 1921, sur la réparation des dommages occasionnés aux tiers par les accidents survenus dans les établissements de l'État ou dans les établissements industriels privés travaillant pour la défense nationale. On pourrait y joindre plusieurs des nombreuses lois édictées en matière de loyers, par exemple celle du 9 mars 1918.

Derniers exemples. — La loi du 1^{er} mai 1930, modifiant l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, déjà modifié par la loi du 22 novembre 1913 et relative aux assemblées extraordinaires dans les sociétés par actions, est déclarée applicable aux sociétés par actions constituées sous l'empire de la loi de 1867 (article 4).

La loi du 13 novembre 1933, réglémentant le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires, est applicable aux sociétés constituées avant sa promulgation (article 8 alinéa 2).

217. Dispositions transitoires. — Il arrive souvent que le législateur, sans aller jusqu'à donner un effet rétroactif aux dispositions qu'il édicte, insère dans les lois, sous le nom de disposition transitoire, des prescriptions relatives aux difficultés que la loi nouvelle pourrait faire naître au point de vue de l'article 2. Ces prescriptions règlent dans quelle

mesure la loi nouvelle saisit les faits antérieurs ou les conséquences plus ou moins lointaines des faits antérieurs.

Elles n'ont rien d'inconstitutionnel, puisque le principe de non-rétroactivité n'est pas garanti par la Constitution. Elles peuvent être rationnelles et équitables, car il est possible qu'on hâte ainsi l'application de la loi sans léser sérieusement aucun intérêt privé appréciable.

Citons, à titre d'exemples, les dispositions transitoires édictées par l'article 691 Code civil, — par l'article 11 de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, — par l'article 4 de la loi du 27 juillet 1884, sur le divorce, et par l'article 5 de la loi du 6 février 1893, portant modification au régime de la séparation de corps ¹, — par l'article 3 de la loi du 8 avril 1898, sur le régime des eaux, — par l'article 2 *in fine* de la loi du 17 juin 1919, complétant le § 4 de l'article 2101 Code civil.

Dans toute la mesure où de pareilles dispositions sont insérées dans la loi nouvelle, le juge doit en assurer l'application, sans aucun égard à l'article 2, lequel ne fait — répétons-le une fois de plus — qu'imposer au juge une règle d'interprétation des lois, dans l'hypothèse où elles ne contiennent aucune prescription spéciale à cet égard.

B. — Lois interprétatives

218. Ce qu'il faut entendre par là. — On désigne sous ce nom les lois qui ont pour objet non pas d'introduire des dispositions nouvelles, mais de déterminer, en cas de doute, le sens des lois existantes.

C'est ainsi que le Conseil d'État a rendu, depuis l'an VIII jusqu'en 1814, des Avis pour l'interprétation des articles du Code civil ². Avant l'an VIII et depuis 1814, les lois interprétatives ont été votées dans la forme ordinaire des lois, c'est-à-dire par le pouvoir législatif ; ce sont les lois interprétatives proprement dites.

218 bis. Mais une loi n'a pas nécessairement le caractère de loi interprétative parce qu'elle intervient à propos et

1. Cpr. *infra*, n° 237.

2. Voy. *supra*, n° 70.

par suite d'une divergence d'interprétation. Il se peut que la loi nouvelle, sans se prononcer sur la controverse que soulève la loi ancienne, règle à nouveau la situation ; c'est alors une loi vraiment nouvelle, qui n'a pas le caractère de loi interprétative.

La question de savoir si une loi nouvelle est vraiment nouvelle ou seulement interprétative d'une loi ancienne est une question souvent délicate.

Aucune difficulté ne s'élève lorsque la loi nouvelle contient une disposition conférant à cette loi le caractère interprétatif. Citons comme exemples : 1^o l'article 4 de la loi du 30 avril 1926, qui déclare remplacer l'article 16 de la loi du 15 décembre 1922 « par la disposition interprétative ci-après » ; — 2^o la loi du 31 janvier 1928, « tendant à inter-
« prêter la disposition transitoire (article 6, alinéa 2) de la loi du 30 décembre 1925 », relative à la légitimation des enfants adultérins.

Mais il est rare que le législateur exprime son intention avec une pareille netteté. Le plus souvent, c'est d'une manière implicite qu'il la manifeste et il devient inévitablement difficile de discerner avec certitude quelle est cette intention. Les circonstances dans lesquelles la loi a été votée, les travaux préparatoires, certaines dispositions de la loi fournissent ou peuvent fournir des indices permettant de résoudre la question.

La décision sera, le plus souvent, difficile. Ce sont questions d'espèces, sur lesquelles nous ne pouvons nous étendre ici. Bornons-nous à dire, d'une manière très générale, que le caractère interprétatif d'une loi se reconnaît aux deux traits suivants : d'une part, la loi intervient sur un point à propos duquel il y avait incertitude ou controverse, — d'autre part, elle consacre une solution que la jurisprudence aurait eu le pouvoir de consacrer et pour laquelle l'intervention du législateur n'était pas indispensable ¹.

Voici, à titre d'exemples, deux lois auxquelles le caractère interprétatif a été reconnu en l'absence de toute disposition expresse y contenue : 1^o la loi du 7 novembre 1922,

1. Voy. à cet égard Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, I, p. 483 et suiv. — Cet important ouvrage est à consulter pour tout ce qui concerne l'application de l'article 2 C. civ.

complétant l'article 1384 Code civil¹, — 2° la loi du 30 juillet 1930, modifiant les dispositions de l'article 1589 C. civ. en ce qui concerne les promesses de vente sur des terrains compris dans un lotissement².

219. Le principe de non-rétroactivité est inapplicable aux lois interprétatives. — Aucun texte ne dit que l'article 2 soit inapplicable aux lois interprétatives. Néanmoins, tout le monde l'admet, pour deux raisons.

D'une part, cela résulte de la nature même des choses. La loi interprétative n'est pas, à vrai dire, une loi nouvelle; elle ne fait qu'une avec la loi interprétée. Dès lors, quand on applique la loi interprétative, ce n'est pas, en réalité, cette loi qu'on applique, mais la loi interprétée, telle qu'elle a été officiellement interprétée. La conséquence est que la loi interprétative s'applique aux faits qui lui sont antérieurs, pourvu qu'ils soient postérieurs à la loi interprétée. C'est ainsi que les avis du Conseil d'État, rendus depuis l'an VIII jusqu'en 1814 pour l'interprétation des articles du Code civil, ont toujours été regardés, quelle que fût leur date, comme obligatoires à partir de l'entrée en vigueur de celui des titres du Code où figure l'article interprété. La loi interprétative est rétroactive, peut-on dire, comme le serait un changement de jurisprudence³.

D'autre part, dans le projet primitif, l'article 2 contenait deux alinéas, le premier rédigé comme l'article actuel, le second rédigé de la façon suivante : « Néanmoins la loi « interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour « de la loi qu'elle explique. » Le second alinéa fut retranché comme proclamant une vérité trop évidente, comme occupant, dès lors, inutilement une place dans le Code; l'idée ne s'en impose que davantage.

220. Donc le principe est incontestable et d'ailleurs incontesté. Mais il n'est pas sans danger pour les intérêts engagés dans une controverse juridique.

Tant que le doute subsiste sur le sens et la portée de la loi, on se conduit d'après l'interprétation que l'on juge la plus plausible ou d'après celle qui prévaut en jurisprudence;

1. Req. 13 janvier 1926, S. 1926.I.87; Civ. 23 mars 1926, D. P. 1926.I.129, note de M. Josserand.

2. Civ. 19 juillet 1933, D. H. 1933, p. 521.

3. Roubier, *loc. cit.*, n° 58, p. 468 et suiv.

en cas de contestation, on peut au moins faire valoir ses raisons. Quand la loi interprétative survient, on se trouve rétroactivement lié par une disposition désormais précise et que l'on était au moins autorisé à ne pas croire telle, puisqu'il y avait doute.

Aussi, en pareil cas, les lois interprétatives ont-elles généralement soin, ce qui est d'une équitable prévoyance, en même temps qu'elles indiquent quel sens a la loi, de statuer sur le sort des actes faits alors que la loi était mal fixée, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur de la loi jusqu'à l'interprétation. C'est le moyen de diminuer les inconvénients inévitables des lois qui laissent place au doute.

Voici deux hypothèses dans lesquelles pareille précaution a été prise.

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

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

221. La loi interprétative lie donc le juge dans les applications qu'il aura désormais à faire de la loi interprétée, fût-ce à des faits antérieurs. Mais elle n'autorise pas à revenir sur les décisions judiciaires antérieurement rendues dans le sens opposé à celui qui prévaut en définitive. Intervenant pendant une instance engagée, tant que la décision n'est pas définitive, la loi interprétative est obligatoire ; quant aux décisions antérieures qui ont acquis force de chose jugée, elles restent acquises, telles qu'elles ont été rendues. Ce sont comme les escarmouches qui précèdent la bataille après laquelle le traité est conclu : à quelque parti que la

victoire reste, les incidents de la lutte gardent leur caractère propre et sont acquis. Le projet primitif était formel en ce sens et s'exprimait ainsi : « Sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales ou autres, passées, en force de chose jugée. »

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

Signalons, toutefois, que des lois récentes rendues en matière de loyers sont allées jusqu'à revenir sur des décisions passées en force de chose jugée, respectant seulement celles qui avaient reçu exécution. Tel est le cas de la loi du 31 mars 1932, article 2.

§ 2

ÉTENDUE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE LA NON RÉTROACTIVITÉ DES LOIS

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

Mais il en est d'autres qui ne sont pas immédiatement suivis de la réalisation des effets qu'ils contiennent en germe, dont les conséquences peuvent ne se développer qu'à la longue ; ils sont, en quelque sorte, successifs. Ils peuvent alors se produire sous l'empire d'une loi et leurs effets ne se réaliser que sous l'empire d'une autre, s'il y a eu change-

ment dans l'intervalle. Quelle loi régit ces conséquences, quant à leur caractère et à leur portée ? Est-ce celle sous l'empire de laquelle s'est produit le fait d'où elles découlent ? Est-ce celle sous l'empire de laquelle les conséquences se développent et se réalisent ?

Voici deux exemples.

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

2^o Deux personnes rédigent leur contrat de mariage. Quelle est l'influence d'une loi nouvelle sur un contrat qui a été fait sous l'empire d'une loi précédente ? En ce qui concerne l'application des clauses du contrat, dans quelle mesure faudra-t-il se reporter à l'ancienne loi, sous laquelle le contrat a été fait, dans quelle mesure à la nouvelle, sous laquelle les suites se réalisent ?

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

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

Mais il est une troisième hypothèse, celle où la loi survient entre un fait et le développement des conséquences de ce fait, alors que ces conséquences sont en cours d'accomplissement. Une lutte s'établit alors, à propos d'un même fait, entre les deux lois : celle en vigueur lorsque le fait initial s'est produit, celle en vigueur quand les suites se réalisent. Il y a conflit, question transitoire. C'est alors que l'appli-

cation de l'article 2 soulève des difficultés sérieuses. Faut-il, pour régler les conséquences d'un fait ou d'un acte, appliquer la loi qui est en vigueur au jour où ces conséquences se produisent, ou bien la loi sous l'empire de laquelle s'est produit le fait auquel ces conséquences se rattachent ?

224. Le nombre considérable des lois nouvelles qui ont vu le jour depuis une trentaine d'années a appelé l'attention sur cette question. Elle a suscité une grande quantité de décisions judiciaires et un mouvement important d'idées doctrinales.

Il paraît logique d'envisager, d'abord, les conceptions doctrinales qui se sont fait jour. Après quoi, nous passerons en revue les principales applications qui ont été faites du principe, tant en matière de droit privé qu'en d'autres matières.

A. — Les conceptions doctrinales

a) LA DISTINCTION CLASSIQUE DES DROITS ACQUIS ET DES SIMPLES EXPECTATIVES

225. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle et plus récemment encore, la doctrine se ralliait, presque unanimement, à cette distinction.

Une loi nouvelle ne préjudicie pas aux droits acquis en vertu de l'ancienne. Par suite, les conséquences juridiques d'un fait intervenu sous une loi restent soumises à cette loi, quoiqu'elles ne se réalisent que sous la loi nouvelle, quand elles se rattachent à leur cause comme une suite nécessaire et directe, car elles constituent un *droit acquis* dès l'apparition de la cause à laquelle elles se rattachent.

Il est non moins certain que la loi nouvelle peut modifier et même détruire les *simples expectatives*. Dès lors, les conséquences d'un fait intervenu sous une loi tombent sous l'empire de la loi nouvelle, quoiqu'elles se rattachent à un fait antérieur, quand elles n'apparaissent que comme une suite possible et indirecte, comme ne constituant, dès lors, qu'une expectative et non un droit acquis.

Il faut donc distinguer les droits acquis des simples expectatives ; de cette distinction découle la solution de toutes

les difficultés. Dire que la loi n'a pas d'effet rétroactif, cela signifie qu'une loi nouvelle ne peut porter atteinte aux droits déjà acquis quand elle entre en vigueur ; à tous autres égards, elle est seule applicable désormais.

226. La formule est incontestable dans son énoncé général. Mais il y manque un complément.

Quand les conséquences d'un fait ou d'un acte doivent-elles être considérées comme en étant la suite nécessaire et directe, comme constituant des droits acquis ? Quand doivent-elles être considérées comme n'en étant que la suite possible et indirecte, comme ne constituant que de simples expectatives ?

C'est ici qu'apparaît la faiblesse de la théorie des droits acquis et des simples expectatives. Malgré les efforts, on ne parvient pas à donner des uns et des autres une définition satisfaisante pouvant servir de guide au juge dans les hypothèses concrètes. En fait, on dit qu'il y a droit acquis quand la loi nouvelle est écartée, simple expectative quand elle reçoit application. En faisant la distinction, on constate un résultat, mais sans rien expliquer.

Cette impuissance de la théorie traditionnelle à fournir un critérium précis a conduit un grand nombre d'auteurs contemporains à répudier la distinction des droits acquis et des simples expectatives et à chercher une autre base pour servir de support aux distinctions que nécessite l'application de l'article 2.

b) NOUVEAUX SYSTÈMES PROPOSÉS

227. Notre dessein n'est pas de les étudier en détail, mais seulement d'en dresser l'inventaire, nous proposant uniquement de donner un aperçu sommaire du mouvement actuel des idées doctrinales sur la matière.

Par avance et pour éclairer, en quelque sorte, la route, il n'est pas inutile de présenter deux observations.

a) Si l'on met à part le système de la rétroactivité des lois, dont nous parlerons en premier lieu, les autres se rapprochent par le trait suivant. Sans qu'ils dérivent, à proprement parler, les uns des autres, il semble bien qu'ils aient été engendrés les uns par les autres ; les insuffisances de l'un ont, par réaction, fait surgir l'autre. Il importera

donc de dégager avec soin les idées qui leur sont communes, en même temps que nous indiquerons les nuances par lesquelles ils diffèrent.

b) L'exposé des divers systèmes fera, semble-t-il, nettement apercevoir qu'aucun d'eux n'échappe à la critique que nous avons formulée plus haut ¹ contre le système reposant sur la distinction classique des droits acquis et des simples expectatives. On met en avant quelques idées nouvelles, on propose une terminologie nouvelle ; on ne fournit, en définitive, aucun critérium précis à l'aide duquel il soit possible de distinguer nettement les unes des autres : d'une part, les situations juridiques insusceptibles d'être ébranlées ou modifiées par une loi nouvelle n'ayant pas reçu du législateur un caractère rétroactif, — d'autre part, les situations juridiques sur lesquelles la loi nouvelle a prise et qu'elle altère. Cela ne veut pas dire, au surplus, que les tentatives faites avec tant de vigueur par la doctrine soient demeurées vaines et bien loin de là ; elles ont eu au moins pour effet de préciser les données du problème, de dégager les idées générales du sujet et de fournir des éléments de solution sur les questions indéfiniment variées qui se posent, en ce qui concerne l'application de l'article 2, toutes les fois qu'une loi nouvelle entre en vigueur.

228. Système de la non-rétroactivité des lois. — Il a été proposé par le Procureur général Beaudouin, dans des conclusions fameuses par lui données à la Cour de cassation à propos de la liquidation des biens des congrégations ².

L'idée maîtresse est qu'en principe toute loi est rétroactive. La loi, dit M. Beaudouin, est souveraine et son application ne comporte aucune restriction. La règle de la non-rétroactivité de la loi serait donc une exception à ce principe général et l'article 2, qui semble poser un principe, formulerait, au contraire, une exception pour le cas où il existe des droits acquis.

Cette thèse, manifestement contraire à l'article 2, n'a pas été adoptée par la Cour de cassation et est restée isolée en doctrine. Il suffit de l'avoir indiquée en passant et pour mémoire.

228. Distinction entre l'effet rétroactif et l'effet immédiat produits par la loi nouvelle. — Le point de départ commun

1. *Supra*, n° 226.

2. Voy. les conclusions dont il s'agit dans D.P. 1904. I. 117, sous Civ. 8 février 1904.

aux divers systèmes que nous allons exposer consiste dans la distinction qu'ils établissent entre ce qu'ils appellent l'*effet rétroactif* et l'*effet immédiat* de la loi nouvelle. On pose une double règle. La loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif ; elle ne peut revenir sur le passé. Elle a un effet immédiat ; elle régit l'avenir dès sa mise en vigueur.

Cette distinction, admise aujourd'hui par tous, est généralement présentée comme éclairant la distinction à établir entre le domaine de la loi nouvelle et celui de la loi ancienne. Mais il est permis de se demander si toute obscurité disparaît. Etablir cette distinction, n'est-ce pas plutôt poser la question que la résoudre ? Sans doute la loi nouvelle a le double effet qu'on signale. Mais la difficulté est de déterminer la nature ou, si l'on aime mieux, l'étendue de chacun des effets produits. Or les auteurs ne s'accordent ni sur la justification à donner des deux règles posées plus haut ni sur la définition de l'effet immédiat opposé à l'effet rétroactif.

C'est ce qui va nettement apparaître.

229. Fondement de l'effet immédiat produit par la loi nouvelle. — Tout le monde est d'accord que le principe de la non-rétroactivité des lois se justifie par des raisons de sécurité juridique ¹. Mais les divergences se manifestent dès qu'il s'agit d'indiquer le fondement de l'effet immédiat.

On le justifie tantôt en faisant valoir que la loi nouvelle doit être nécessairement réputée meilleure que l'ancienne et doit, par conséquent, s'appliquer immédiatement ², — tantôt par interprétation de la volonté du législateur ³, — tantôt par la considération des difficultés pratiques auxquelles conduirait la survie illimitée de la loi ancienne ⁴. M. Roubier propose une autre explication, qui peut-être correspond mieux aux solutions admises par la jurisprudence ⁵. Nous vivons sous le régime de l'unité de législation et il ne faut pas que des lois différentes puissent régir simultanément des situations juridiques de même nature. Ce serait un piège pour le commerce juridique. L'effet immédiat se justifie donc, lui aussi, par un besoin de sécurité juridique.

1. Cpr. *supra*, n° 212.

2. Colin et Capitant, *Droit civil*, 7^e éd., t. I, n° 45.

3. Planiol, *Traité élémentaire*, 12^e éd., I, n° 256.

4. Demogue, note au S.1910.II.25.

5. Voy. l'ouvrage déjà cité, I, p. 558 et s.

230. Jusqu'où s'étend la portée de l'effet immédiat produit par la loi nouvelle. Diverses théories proposées. — Quel que soit le principe sur lequel repose l'effet immédiat, l'essentiel, puisque tout le monde admet que la loi nouvelle produit immédiatement certains effets, est de déterminer quelle en est l'étendue. Sur ce point encore des idées divergentes se sont fait jour.

231. On a cherché d'abord la solution dans un critérium à la fois simple et brutal : celui des faits. Voici comment on raisonne ¹.

Une loi produit un effet rétroactif lorsqu'elle supprime ou modifie pour l'avenir un droit à raison d'un fait passé.

En l'absence d'une disposition expresse de la loi nouvelle lui faisant produire un pareil effet — disposition qui serait assurément valable, comme nous l'avons dit ² — le juge ne saurait lui attribuer cet effet de violer l'article 2. Par exemple, une loi nouvelle sanctionnant par une déchéance l'accomplissement d'un fait ne peut être considérée comme entraînant cette déchéance au détriment d'une personne ayant accompli le fait dont s'agit antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

Soit, au contraire, une loi nouvelle qui supprime ou modifie pour l'avenir un de nos droits, quel qu'il soit, non pas à raison d'un fait passé, mis en considération de ce droit pris en lui-même, des inconvénients que le législateur estime qu'il offrirait dorénavant. Une pareille loi vise non pas le passé, mais l'avenir. Elle doit être regardée comme s'appliquant au droit dont il s'agit dès que la loi nouvelle entre en vigueur et cela même en l'absence de toute disposition expresse de cette loi ; le juge, en lui attribuant un pareil effet, ne viole pas l'article 2.

Ce critérium est rigide pour s'accorder avec les décisions de la jurisprudence et ne peut pas être retenu.

232. On s'est efforcé de lui substituer des conceptions plus nuancées et l'on a cherché à fonder la distinction entre l'effet rétroactif et l'effet immédiat sur la considération des situations juridiques atteintes par la loi nouvelle.

1. Voy. de Vareilles-Sommières, *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois, critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives*, dans la *Revue critique de législation*, 1893, p. 444 à 468, 492 à 519.

2. *Supra*, n° 215.

On part de cette observation que les lois ont pour objet de déterminer un certain nombre de situations juridiques. Ces situations, on s'efforce de les classer, à l'effet de déterminer celles qui restent soumises à la loi ancienne et celles qui vont être régies par la loi nouvelle.

Et, une fois de plus, des divergences d'idées se font jour.

a) D'après certains publicistes¹, il faut distinguer entre les situations juridiques « légales ou objectives » et les situations juridiques « individuelles ou subjectives ». Les premières, telles la situation d'époux ou de propriétaire, se reconnaissent à ce qu'elles sont générales, permanentes, modifiables par la loi, insusceptibles de renonciation. Les secondes, résultant d'une manifestation de volonté, tel le droit de créance dérivant d'un contrat, sont particulières et temporaires ; elles ne peuvent être modifiées par la loi, mais les particuliers peuvent y renoncer. Les situations juridiques objectives, découlant directement de la loi, peuvent à tout moment être modifiées par elle ; les situations juridiques subjectives restent à l'abri des lois nouvelles.

L'objection est que cette distinction conduit à traiter différemment des situations très voisines comme les créances quasi délictuelles et les créances contractuelles.

b) Un auteur propose de substituer à la précédente la distinction entre les situations juridiques abstraites et les situations juridiques concrètes². « La notion de situation juridique correspond à la manière d'être de chacun vis-à-vis d'une règle de droit ou d'une institution juridique déterminée. Seulement, tandis que par la notion de situation juridique abstraite on vise la manière d'être éventuelle ou théorique de chacun au regard d'une loi déterminée, il en est tout autrement avec la situation juridique concrète. Celle-ci est, par opposition à la situation juridique abstraite, une manière d'être dérivée pour une personne déterminée d'un acte juridique ou d'un fait juridique qui a fait jouer à son profit ou à son encontre les règles d'une institution juridique et lui a du coup conféré effectivement les avantages ou les obligations inhérents au fonctionne-

1. Duguît, *Traité de Droit constitutionnel*, 2^e ed., II, § 21. V, §§ 16 et 26 ; — Jèze, *Cours de Droit public*, 1921, p. 111 et s.

2. Bonnacase, *Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie*, t. II, nos 215 et s., p. 244 et s.

« ment de cette institution ². » Ainsi, l'ouverture de la succession transforme en situation concrète la situation abstraite de l'héritier qui n'avait qu'une vocation éventuelle. Cela étant, alors que la loi nouvelle peut être considérée comme modifiant les situations juridiques abstraites, elle ne saurait être regardée comme modifiant une situation juridique concrète ; ce serait revenir sur le passé juridique. Pareille conception tend à proroger indéfiniment l'empire de la loi ancienne ; l'auteur est conduit à soutenir qu'une loi rétablissant le divorce ne s'applique pas, sauf disposition expresse, aux mariages antérieurement conclus.

233. Ces distinctions concernant les situations juridiques ne paraissent pas conduire à des conclusions vraiment nettes, M. Roubier les écarte et propose une règle commune à toutes. Il part de cette observation que toute situation juridique peut être surprise par la loi nouvelle soit au moment où elle se constitue ou s'éteint, soit au moment où elle produit ses effets.

La loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif, en ce sens qu'elle ne porte atteinte ni aux situations juridiques déjà constituées ou éteintes ni aux éléments déjà existants qui font partie de la constitution ou de l'extinction d'une situation juridique en cours de constitution ou d'extinction.

Au contraire, la loi nouvelle produit effet immédiat en ce sens qu'elle régit, dès son entrée en vigueur, les effets des situations juridiques antérieurement établies, ainsi que leur extinction et la constitution des situations juridiques nouvelles.

Toutefois, si l'effet immédiat est la règle, celle-ci comporte une exception traditionnelle et fort importante, que M. Roubier justifie par le fondement même de la règle. L'effet immédiat de la loi, tendant à assurer l'unité de législation, ne concerne pas les contrats, lesquels sont essentiellement des instruments de diversité juridique. Les lois nouvelles restent sans effet sur les contrats en cours. Aussi l'exception ne joue-t-elle que dans la mesure où les contrats sont des instruments de différenciation, autrement dit dans la mesure où leur contenu est abandonné à la volonté créatrice des individus. Ceux qui n'ont d'autre effet que de déclencher

1. *Loc. cit.*, n° 220, p. 247.

l'application d'un statut légalement établi sont soumis à la loi nouvelle dès son entrée en vigueur. Ainsi en est-il des contrats relatifs au droit de la famille : mariage, adoption, etc. ; la loi nouvelle qui modifie les effets ou les modes de dissolution du mariage s'applique immédiatement aux mariages antérieurement conclus. De même les contrats portant sur des droits réels ; une loi modifiant le régime de la propriété s'applique immédiatement aux droits de propriété antérieurement acquis.

Ainsi se trouve justifiée une solution communément admise et que l'on expliquait tant bien que mal en partant de l'idée que les contrats ont force de loi, mais que les lois d'ordre public doivent s'appliquer immédiatement¹.

234. Influence pratique de ces diverses théories. — Les efforts des auteurs qui se sont attachés à résoudre le difficile problème de la non rétroactivité des lois ont assurément contribué à dégager bon nombre de notions importantes. Toutefois, en dépit des résultats obtenus et de l'ardeur apportée par certains auteurs à la défense de leurs idées, ce mouvement doctrinal ne paraît pas avoir exercé d'influence sensible sur la pratique.

Comment se fait-il que les efforts de la doctrine n'aient pas porté plus de fruits ?

Ainsi que nous l'avons indiqué par avance², ces systèmes divers, en dépit des différences qui les séparent, ne sont pas, au fond, très différents les uns des autres et conduisent à des résultats sensiblement analogues.

D'autre part et bien que le but des auteurs ait été de dégager un principe permettant de distinguer ce que la conception traditionnelle appelle les droits acquis et les simples expectatives, il ne semble pas qu'aucun critérium ait été nettement dégagé. Les auteurs, condamnés à raisonner sur les situations de fait au sujet desquelles la jurisprudence avait eu à se prononcer, ont été entraînés à dégager les idées théoriques servant d'armature aux solutions déjà consacrées par les arrêts plutôt qu'à dégager des idées directrices pouvant servir de guide pour de nouvelles applications à faire du principe de non-rétroactivité. Du moins les idées proposées

1. Voy. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4^e édition, nos 47 et 48,

2. *Supra*, n° 227.

ne semblent-elles pas s'être révélées efficaces en présence des hypothèses nouvelles que la pratique a vu naître.

Au surplus, peut-être était-il inévitable que les conceptions doctrinales, si ingénieuses ou profondes qu'elles soient, demeurent au second plan pour la solution des difficultés que fait naître l'application de l'article 2. Il y a de cela deux raisons.

D'une part, nous avons insisté¹ sur l'idée que le principe de la non-rétroactivité des lois est une règle d'interprétation, devant guider le juge pour la solution des questions transitoires qui ne sont pas tranchées par la loi nouvelle. Il suit de là que la volonté du législateur, dans la mesure où elle peut être discernée, demeure toujours, pour la pratique, un élément de décision ayant plus de poids que les conceptions doctrinales, lesquelles se trouvent reléguées à l'arrière-plan².

D'autre part, les questions transitoires se posent naturellement au lendemain de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle et disparaissent plus ou moins vite. La jurisprudence résout chacune d'elles en fonction de la loi qui l'a fait naître et en tenant surtout compte, comme nous venons de le dire, des intentions présumées du législateur et en se préoccupant moins de consacrer une doctrine sur l'application de l'article 2 que d'assurer une application exacte et raisonnable de la loi nouvelle dont il s'agit³. La théorie doctrinale de la non-rétroactivité des lois s'efface devant le souci de trancher les questions transitoires soulevées par l'application d'une loi déterminée. La considération de questions transitoires successives et diverses prend le pas sur la préoccupation des conceptions d'ensemble se rattachant au principe posé par l'article 2.

B. Application de la règle en matière de droit privé

235. Notion générale. — La jurisprudence s'en est toujours tenue, au moins dans les termes, à la distinction traditionnelle des droits acquis et des simples expectatives. Voici quelle est la formule invariable des arrêts de la Cour

1. *Supra*, n° 214.

2. Voy. un exemple caractéristique dans le rapport de M. Pilon aux Chambres réunies de la Cour de cassation : D. P. 1932.I.118.

3. Cpr. *supra*, n° 213.

de cassation : « Toute loi nouvelle régit, en principe, les « situations établies et les rapports juridiques formés dès « avant sa promulgation, à moins que l'application de la « loi nouvelle ne porte atteinte à des droits acquis sous la « législation antérieure ¹. »

Sous le couvert d'une distinction générale aussi souple, disons même aussi vague, la jurisprudence a eu toute facilité pour rendre, dans chaque espèce, les décisions qui lui étaient inspirées par l'instinct juridique ou, si l'on aime mieux, par l'esprit de finesse. Nous avons déjà constaté, d'ailleurs, que les solutions admises ont été, dans leur ensemble, approuvées par les auteurs et forment le fondement même des systèmes par eux élaborés.

Aussi paraît-il indispensable de relever les principales de ces décisions ².

a) LOIS RELATIVES A LA CONDITION DES PERSONNES

236. Orientation de la jurisprudence. — La loi nouvelle reçoit toujours application immédiate, soit qu'on estime qu'il n'y a pas de droits acquis, soit que l'on juge qu'il s'agit avant tout de situations légales susceptibles d'être modifiées à tout instant.

Nous donnerons seulement trois exemples ³, se rapportant à diverses lois votées depuis trente ans.

237. Loi du 6 juin 1908, concernant la conversion de la séparation de corps en divorce. — Lorsque la loi du 27 juillet 1884 a rétabli le divorce, l'article 4 de la loi a décidé, d'une manière expresse, que la nouvelle législation serait applicable aux époux mariés à l'époque où le mariage était indissoluble. De même, lorsque la loi du 6 février 1893 a accordé à la femme séparée de corps la pleine capacité civile, l'ar-

1. Voy. Ch. réunies, 13 janvier 1932, précité.

2. Les décisions qui vont être relevées se réfèrent toutes à des hypothèses dans lesquelles la question de l'application de la loi nouvelle *au passé* n'a pas reçu sa solution de la loi même dont il s'agit. Dans toute la mesure où une loi nouvelle détermine, au moyen de dispositions transitoires (voy. *supra*, n° 217) la mesure dans laquelle elle devra être appliquée *au passé*, aucune difficulté ne s'élève concernant l'effet rétroactif de la loi.

3. Voy. pour plus de détails Dalloz, *Répertoire pratique*, v° *Lois et décrets*, nos 280 à 307.

ticle 5 de la loi a déclaré, d'une manière expresse, que la nouvelle législation serait applicable aux femmes dont la séparation de corps avait été antérieurement prononcée.

La loi du 6 juin 1908, qui oblige le juge à prononcer la conversion de la séparation de corps en divorce lorsque cette conversion est demandée par l'un des époux, ne contient aucune disposition expresse relative à l'application de la loi aux époux dont la séparation de corps avait été antérieurement prononcée. Mais la jurisprudence n'a pas hésité à les déclarer soumis à l'emprise de la loi nouvelle ¹.

238. Loi du 16 novembre 1912, concernant la recherche de la paternité naturelle. — On sait que l'article 340 du Code de 1804 interdisait cette recherche, sauf dans une hypothèse exceptionnelle et que la loi de 1912 est venue l'autoriser dans un certain nombre d'autres cas sous certaines conditions. Les enfants naturels nés avant l'entrée en vigueur de la loi de 1912 vont-ils pouvoir se prévaloir de cette loi à l'effet d'obtenir judiciairement l'établissement de leur filiation paternelle ? On a essayé de soutenir que la condition de ces enfants a été fixée d'une manière définitive au jour de la naissance et que, par suite, ils ne peuvent invoquer les dispositions de la loi de 1912. Mais cette manière de voir n'a pas prévalu. Le législateur de 1912 s'est proposé de modifier la situation des enfants naturels, au point de vue dont il s'agit, parce qu'il la trouvait inique ; dès lors, il est d'évidence que son intention a été d'ouvrir aux enfants naturels déjà nés le bénéfice de la législation nouvelle. Le père naturel ne peut être regardé comme ayant un droit acquis à se soustraire aux devoirs qui pèsent sur lui ².

239. Loi du 20 mars 1917, concernant la tutelle. — Aux termes de cette loi, l'ascendante la plus proche du mineur est, de droit, sa tutrice lorsqu'un autre tuteur n'a pas été choisi par le dernier mourant des père et mère (article 402 nouveau C. civ.). La Chambre civile a déduit de là ³ qu'un tuteur datif nommé avant l'entrée en vigueur de la loi de 1917 peut être évincé au profit de la grand'mère

1. Cass. 17 janvier 1911, D.P.1911.I.428, S.1911.I.160.

2. Cass. 20 février 1917, D.P.1917.I.81 (note de M. Capitant), S.1917.I.73 (note de M. Lyon-Caen).

3. Civ. 16 mai 1923, D.P.1926.I.29, S.1923.I.337 (note de M. Huguency). — Cpr. Toulouse, 3 décembre 1917, D.P.1921.II.33 (note de M. Rouast), S.1920.II.3.

du mineur et ne saurait exciper d'un droit acquis à conserver ses fonctions ; l'arrêt s'exprime ainsi : « Les lois qui accordent, enlèvent ou modifient les pouvoirs de tutelle s'appliquent, dès leur promulgation, même aux personnes dont les rapports se trouvaient différemment réglés par la loi antérieure, sous la réserve de la validité des actes accomplis sous l'empire de la législation précédente. »

La solution a pu paraître contestable pour deux motifs ¹. D'une part, il eût été préférable, dans l'intérêt du pupille, de maintenir l'unité de gestion d'un seul et même tuteur et peut-être n'est-il pas impossible de soutenir que le pupille, ayant reçu un tuteur, avait un droit acquis à le conserver. D'autre part, la situation juridique du tuteur lui-même constituait peut-être un droit acquis pour lui.

b) LOIS RELATIVES A LA CONDITION DES BIENS

240. Les décisions de jurisprudence sont ici moins nombreuses qu'en ce qui concerne la condition des personnes et cela tient, sans doute, à ce que les lois nouvelles, relatives à la condition des biens édictent, pour la plupart, des dispositions transitoires qui coupent court aux contestations ². Nous nous bornerons à signaler deux arrêts intervenus en matière de servitudes, puis à présenter une observation complémentaire et à appeler l'attention sur les particularités que présente l'application de l'article 2 aux règlements administratifs rendus en exécution de l'article 544 C. civ. au sujet de l'usage du droit de propriété ³.

241. Servitudes. — Un arrêt de la Chambre des requêtes du 18 février 1884 et un arrêt de la Chambre civile du 29 juillet 1889 se rapportent à la question de savoir dans quelle mesure les principes nouveaux introduits par le Code de 1804 sont à considérer comme ayant effet en ce qui concerne les droits réels antérieurement constitués ⁴.

242. L'arrêt de 1884 a tranché une contestation soulevée

1. Voy. Roubier, *op. laud.*, II, n° 106, p. 311 et suiv.

2. Voy. des exemples, *supra*, n° 217.

3. Voy. pour plus de détails Dalloz, *Répertoire pratique*, v° *Lois et décrets*, nos 308 à 330.

4. P. 1884.I.187, 1890.I.109.

au sujet d'étangs de la Bresse et du Doubs. L'arrêt constate qu'antérieurement au Code civil et en vertu d'usages dont l'existence est incontestée, la création d'un étang dans ces provinces donnait droit aux eaux de toute nature qui découlaient sur eux par suite de la configuration des lieux et cela sans qu'il fût nécessaire que ce droit fût fondé en titre ; par suite, les propriétaires voisins ne pouvaient exécuter, même sur leur propre terrain, aucun travail de nature à détourner les eaux de la pente naturelle ou même artificielle les conduisant à l'étang.

Survient le Code civil. Par application de l'article 2, le droit spécial dont nous venons de parler doit être considéré comme subsistant, à moins que les propriétés voisines n'aient prescrit à son encontre. Il subsiste, malgré la disparition de l'usage sur lequel il était fondé et bien qu'il ne soit pas consacré par la loi nouvelle.

243. L'arrêt de 1889 tranche une contestation tout à fait analogue, relative au droit dit « de tour d'échelle ». Ce droit, consacré antérieurement à 1884, par la législation des pays de droit écrit ¹, n'a pas été maintenu par le Code de 1804. L'arrêt s'exprime ainsi : « Le Code civil, qui consacre, dans « son article 2, le principe de la non-rétroactivité des lois « n'a pas porté atteinte aux droits acquis antérieurement « à sa promulgation ; il est donc nécessaire, pour constater « leur existence et déterminer leur étendue, de se reporter à « la législation du temps et du lieu où le fait qui leur sert « de base s'est accompli. »

244. Observation complémentaire. — La question de savoir dans quelle mesure une loi nouvelle modifiant le régime des droits réels produit effet en ce qui concerne les droits antérieurement établis se présente sous une forme spéciale et particulièrement délicate lorsqu'il s'agit de droits réels acquis par voie contractuelle. Par exemple, il s'agit d'une servitude conventionnelle ou d'une hypothèque de même origine. Le juge a devant lui deux choses : le droit réel dont le régime a été modifié par la loi nouvelle, la convention par laquelle ce droit a été engendré. Il est évident que la convention génératrice du droit fait loi et ne saurait être infirmée par une loi nouvelle modifiant la législation en

1. Voy. pour plus de détails la note dans D. P. 1890.I.109 et les conclusions de M. l'avocat général Peliton.

vigueur au moment où la convention est intervenue ¹. Mais l'innovation de la loi nouvelle a pu être inspirée par des considérations d'ordre public. Inévitablement, l'application à faire de l'article 2 concernant une loi nouvelle relative à la condition des biens est ici conditionnée par l'application qui doit être faite du même article concernant une loi nouvelle relative aux contrats ².

Nous nous contentons d'avoir indiqué la difficulté et fait apparaître qu'elle est ardue.

245. Particularité concernant les règlements prévus par l'article 544 C. civ. — Relevons-en les termes : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. » Et rappelons, d'autre part, le principe consacré par l'article 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. »

On a déduit de ces deux articles que l'usage de la propriété peut seul être modifié par un règlement administratif et qu'un règlement nouveau tendant à supprimer la propriété elle-même est sans effet en ce qui concerne les droits de propriété déjà existants.

En conséquence, la Cour de cassation a depuis longtemps et maintes fois affirmé qu'un arrêté pris par un maire, en vertu du pouvoir général qui lui appartient d'assurer la sécurité contre l'incendie, peut interdire, pour l'avenir, certains modes de construction considérés comme dangereux à cet égard, tels que couvertures de chaume ou constructions en bois, mais qu'un pareil arrêté n'a pas pour effet d'autoriser le maire à poursuivre la démolition d'une construction antérieurement existante et non conforme aux prescriptions nouvelles de l'arrêté, et cela pour le motif que le maire n'a pas le droit de conférer un effet rétroactif à ses arrêtés ³. Cependant, des arrêts de la Chambre criminelle, qui ne sont ni moins anciens ni moins répétés, admettent la légalité de règlements ordonnant un aménagement nouveau et immédiat des propriétés, pour prévenir les maladies épidémiques :

1. Dalloz, *Répertoire pratique*, v^o *Lois et décrets*, n^o 317.

2. Voy. *infra*, n^o 247.

3. Crim. 1^{er} juillet 1897, S. 1898.I.158.

« Attendu qu'aucun propriétaire ne saurait se prétendre en droit de conserver un état de choses compromettant pour la santé publique. » ¹ La doctrine, pour concilier ces décisions, observe généralement que c'est la propriété elle-même qui se trouve en question dans le premier cas et seulement l'usage de la propriété dans le second.

246. Les articles 544 et 545 n'ont pas seulement influencé l'application du principe de la non-rétroactivité des lois en ce qui concerne les règlements administratifs pris par des maires en vertu des pouvoirs qu'ils tiennent de la loi municipale du 5 avril 1884, mais aussi en ce qui concerne les règlements pris en vertu des lois d'hygiène et de salubrité publique investissant les maires du pouvoir de prescrire des installations nouvelles dans l'intérêt de la santé publique, celle notamment de la loi du 15 février 1902. Le Conseil d'État, prenant en considération « le respect dû aux droits de la propriété », a décidé que de nouveaux modèles d'installations sanitaires prescrits en conformité de la loi de 1902 ne peuvent être imposées qu'aux immeubles à construire, en reconstruction, en cours de grosses réparations ou non pourvus déjà d'aménagements sanitaires ².

c) LOIS RELATIVES AUX CONTRATS

247. Le principe fondamental posé par l'article 1134 et d'après lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » a pour conséquence qu'une loi nouvelle est sans application à une convention antérieurement conclue. En ce qui concerne soit les effets, soit les causes de dissolution, un contrat demeure soumis à la loi sous l'empire de laquelle il a été conclu. Mais cela n'est complètement exact que pour les conventions relatives à des intérêts d'ordre pécuniaire. Les effets des contrats qui engendrent des rapports de famille, tels que le mariage et l'adoption, sont régis en principe par la loi nouvelle. D'autre part, certaines lois, considérées comme d'ordre public, peuvent avoir pour effet immédiat

1. Crim. 29 juillet 1898, S.1900.I.157.

2. Cons. d'État, 11 juillet 1913 et 13 mars 1914, S.1917.III.17, avec la note de Maurice Hauriou.

de rendre caduques certaines clauses de contrats antérieurement conclus.

Nous allons éclairer ces formules abstraites par quelques exemples empruntés à la jurisprudence ¹.

1^o La loi du 5 janvier 1883, modifiant l'article 1734 C. civ., a substitué une responsabilité conjointe à la responsabilité solidaire des locataires en cas d'incendie de l'immeuble loué. Il a été jugé que cette loi ne s'applique pas aux baux en cours ².

2^o L'article 576 du Code de commerce, tel que l'interprétait la jurisprudence, refusait au vendeur de marchandises tout droit à des dommages-intérêts dans la faillite ou la liquidation judiciaire de son acheteur pour résolution du contrat. La loi du 20 mars 1928 lui accorde ce droit à indemnité. La loi nouvelle est déclarée inapplicable aux faillites et liquidations judiciaires antérieurement ouvertes ; l'acheteur et la masse des créanciers ont un droit acquis à se prévaloir de l'article 576 ³. Vainement a-t-on essayé de soutenir que la loi nouvelle avait un caractère interprétatif. D'une part, elle allait à l'encontre d'une jurisprudence fermement établie. D'autre part, le législateur entendait bien établir une règle nouvelle ; il voulait réprimer un abus qui s'était récemment manifesté : le chantage par menace de dépôt de bilan, exercé sur le vendeur à terme par l'acheteur malhonnête en cas de baisse des cours.

3^o La loi du 19 juillet 1928 déclare nulle toute clause d'un contrat de travail fixant un délai-congé inférieur à celui qui est établi par les usages (article 23 alinéa 3 du livre I du Code du travail). La loi nouvelle ne s'applique pas aux contrats définitivement rompus au jour de son entrée en vigueur ; décider le contraire serait lui attribuer un effet rétroactif. Mais les clauses des contrats en cours se trouvent atteintes par le nouveau texte ⁴.

4^o Les Chambres réunies de la Cour de cassation ont

1. Les exemples pourraient être multipliés, notamment en ce qui concerne la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme : Labbé, note dans *Sir.*1885.II.1 et *Cass.* 18 avril 1887, *D.P.*1887.I.153, *S.*1887.I.157. — Cpr., en ce qui concerne la loi du 12 janvier 1886, relative au taux de l'intérêt de l'argent : Orléans 12 juin 1886 et Besançon 21 avril 1886, *S.*1887.II.201 et 202.

2. *Cass.* 26 avril 1892, *D.P.*1892.1.548, *S.*1892.1.304.

3. *Civ.* 21 janvier 1931, *D. H.* 1931.129.

4. *Cass.* 17 juillet 1930, *D. H.* 1930.457 *S.* 1930.I.335.

décidé que la loi du 29 juin 1929, qui a modifié la loi du 1^{er} avril 1926 sur les baux à loyer, n'a pas porté atteinte aux droits que le propriétaire s'était acquis par un congé-préavis délivré antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi ¹.

5^o Rappelons enfin que l'article 3 de la loi du 5 août 1914, qui a établi le cours forcé des billets de la Banque de France, a été considéré comme rendant caduques toutes les conventions privées portant que le débiteur devrait s'acquitter en monnaie d'or, réserve faite pour les contrats ayant un caractère international ².

d) LOIS RELATIVES AUX PREUVES

248. On admet généralement qu'il n'y a pas de droits acquis en matière de preuves et que, par suite, une loi nouvelle intervenant à cet égard est applicable aux droits nés antérieurement à son entrée en vigueur. Ainsi, la loi du 29 avril 1924, qui facilite la preuve des reprises de la femme mariée, s'applique non seulement à la liquidation des communautés existant lors de l'entrée en vigueur de la loi, mais même aux liquidations ouvertes et non encore terminées ³.

Toutefois, une loi nouvelle établissant une présomption ne doit pas être regardée comme s'appliquant aux situations de droit antérieurement établies, à moins, bien entendu, que la solution contraire ne résulte de la volonté exprimée ou tacite du législateur. En effet, l'établissement d'une présomption a pour effet d'accorder à une partie le bénéfice d'une dispense de preuve et, par suite, de modifier la situation juridique de l'autre partie. Aussi la Cour de cassation, pour donner un effet rétroactif à l'article 17 de la loi du 1^{er} juillet 1901, sur le contrat d'association, qui établit des présomptions d'interposition de personne, a-t-elle regardé comme nécessaire de déclarer que la volonté du législateur sur ce point doit être considérée comme certaine ⁴.

1. Ch. réunies 13 janvier 1932, D. P. 1932.I.18 et le rapport de M. le conseiller Pilon.

2. Civ. 17 mai 1927, D. P. 1928.I.25 et la note de M. Capitant ; Civ. 21 décembre 1932, D. H. 1933.33. — Cpr. les conclusions de M. le Procureur général Matter et la note de M. Savatier dans D. P. 1931.I.5.

3. Dijon 4 juillet 1933, *Gazette du Palais* du 8 novembre.

4. Cass. 8 février 1904, D. P. 1904.I.117, S. 1905.I.17.

C. — Application de la règle en matière de droit public

249. Le principe posé par l'article 2 et, de même, les conceptions doctrinales relatives à ce principe, concernent l'application des lois en général, quel que soit leur objet. Toutefois, il existe, entre le droit privé et les autres branches du droit, des différences, qui rendent nécessaire ou au moins utile de consacrer une division spéciale aux applications de la règle ne concernant pas le droit privé.

Nous allons envisager, sous cette rubrique, l'application du principe de non-rétroactivité aux lois pénales, aux lois qui concernent l'organisation des pouvoirs publics, enfin aux lois de procédure et d'exécution.

250. Lois pénales. — Le principe de non-rétroactivité est peut-être plus manifestement juste en matière pénale qu'en toute autre ; c'est ici qu'il trouve sa justification élémentaire : *moneat lex priusquam feriat*.

Aussi, les Constitutions de 1791 et de 1793 n'ont-elles songé qu'aux lois pénales en posant le principe de non-rétroactivité. Le législateur de 1808 a proclamé de nouveau le principe dans les articles 299 et 364 du Code d'instruction criminelle. Le législateur de 1810 a fait de même dans l'article 4 du Code pénal, bien que la proclamation du principe eût été déjà faite d'une manière générale par l'article 2 du Code civil.

251. Néanmoins, la règle de non-rétroactivité n'est applicable en matière pénale que sous une restriction, dont la légitimité va ressortir de la comparaison des trois hypothèses suivantes ¹.

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

b) Un fait est commis, que la loi actuellement en vigueur frappe d'une peine. S'il est jugé sous l'empire de la loi qui était en vigueur quand il a été commis, il est clair qu'elle

1. Voy. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 4, nos 30 et suiv., p. 32.

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

c) Un fait a été commis que la loi en vigueur frappe d'une peine. Entre l'accomplissement du fait et le jugement, une loi nouvelle survient qui lève la pénalité ou qui, sans la lever, la diminue, c'est-à-dire prononce une peine moins forte.

L'hypothèse s'est présentée fréquemment depuis le Code pénal de 1810, car les peines ont toujours été depuis lors en s'atténuant. Les exemples sont nombreux. On peut citer la loi du 28 avril 1832, abolissant la peine de mort dans certains cas, — la loi du 31 mai 1854, abolissant la mort civile, — la loi du 13 mai 1863, qui modifie cinquante articles du Code pénal en diminuant les peines, — celle du 18 mars 1885, qui a reconnu et validé les marchés à terme même sur les fonds publics et abrogé les articles du Code pénal qui les punissaient, — enfin celle du 12 juin 1886, qui a proclamé la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale et supprimé en cette matière le délit d'usure.

Les poursuites sont-elles restées possibles, depuis ces lois pour les faits antérieurs ? Evidemment non. Si l'on s'en tenait à l'article 2, on appliquerait la loi sous l'empire de laquelle le fait a été commis, à quelque époque que l'affaire soit jugée ; appliquer la nouvelle loi serait lui donner un effet rétroactif. Cependant, la solution inverse est unanimement admise. La loi nouvelle, par cela seul qu'elle est plus douce, est applicable à tous les faits qui seront déferés à la justice, même s'ils ont été commis avant qu'elle fût en vigueur. Une loi plus sévère qui survient ne saisit que les faits commis postérieurement à sa publication ; une loi plus douce qui survient saisit tous les faits non encore jugés, même ceux qui auraient été commis avant sa publication ; si une loi atténuée à certains égards et aggrave à d'autres égards, elle est applicable sous le premier rapport, non applicable sous le second.

252. Voilà une exception notable à l'article 2. Aucun texte formel ne l'établit, mais elle se justifie par les deux considérations suivantes.

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

b) Quand une peine est reconnue inutile ou excessive, de telle sorte qu'une loi l'efface ou l'atténue, il convient d'en écarter tout de suite l'application. La prononcer encore, alors qu'elle est condamnée, fût-ce pour des faits antérieurs, serait une rigueur inutile. Non seulement on ne l'appliquera plus aux faits antérieurs non jugés ; mais, quant aux faits jugés sous l'empire de la loi antérieure, il ne sera que juste d'intervenir pour atténuer la condamnation au moyen de la grâce.

253. L'exception est donc complètement justifiée. Aussi, quoique aucun texte formel ne la consacre, le législateur y a-t-il adhéré à plusieurs reprises.

Voici, par exemple, comment s'exprime le Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791 (2^e partie, titre III, article 4) :
« ... Pour tout fait antérieur à la publication du présent
« Code, si le fait est qualifié crime par les lois actuellement
« existantes, et qu'il ne le soit pas par le présent décret,
« ou si le fait est qualifié crime par le présent Code et qu'il
« ne le soit pas par les lois anciennes, l'accusé sera acquitté,
« sauf à être correctionnellement puni s'il y échet. Si le fait
« est qualifié crime par les lois anciennes et par le présent
« décret, l'accusé qui aura été déclaré coupable sera con-
« damné aux peines portées par le présent Code. »

Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795) est muet. Mais il fut remédié à ce silence par un avis du Conseil d'État du 29 prairial an VIII (18 juin

1800) : « Il est de principe, en matière criminelle, qu'il faut « toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité « comme à l'innocence. »

Le Code pénal de 1810 est muet à son tour et, depuis 1810, aucun document analogue à l'avis du 29 prairial an VIII n'est intervenu. Il y a bien un décret du 23 juillet 1810, décret de mise à exécution du Code pénal, dont l'article 6 est ainsi conçu : « Les cours et tribunaux appliqueront aux « crimes et délits les peines prononcées par les lois pénales « existant au moment où ils ont été commis. Néanmoins, « si la nature de la peine prononcée par le nouveau Code « pénal était moins forte que celle prononcée par le Code « ancien, les cours et tribunaux appliqueront les peines du « nouveau Code. » Ce serait décisif, n'était le principe constitutionnel qui s'oppose à ce qu'un décret puisse prévaloir contre une loi, contre le texte formel des articles 2 du Code civil et 4 du Code pénal.

Quoi qu'il en soit, ces divers documents prouvent que l'on a toujours été le sentiment du législateur et ils autorisent à ne pas tenir compte du silence du Code de 1810. Alors revient la considération indiquée .

254. Lois concernant l'organisation des pouvoirs publics.

— Ces lois échappent à l'application de la règle de non-rétroactivité, sans qu'il y ait à distinguer entre les lois constitutionnelles et simplement organiques. Nul, en effet, n'a un droit acquis à ce que les pouvoirs publics soient constitués et organisés d'une manière ou d'une autre. Alors une loi qui survient écarte absolument les lois précédentes ; une nouvelle Constitution étant intervenue, nul ne peut se prévaloir de l'ancienne.

Il a surtout été fait application de cette idée en matière d'organisation judiciaire et de compétence.

Voici l'hypothèse. Un fait se produit, qui, d'après la loi actuellement en vigueur, est de la compétence d'une juridiction. Entre l'accomplissement du fait et l'instance à laquelle ce fait peut donner lieu, survient une loi qui en attribue la connaissance à une autre juridiction. La compétence relative au fait prévu doit-elle être réglée par la loi en vigueur lors de l'accomplissement du fait ou par celle qui est en vigueur lors des poursuites ? En d'autres termes, les lois de compétence sont-elles soumises à l'article 2 ?

Cette question a été souvent débattue, et non parfois sans vivacité, parce que les modifications dans la compétence ont souvent correspondu à des mouvements politiques, comme on va le voir par un exemple.

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

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

Mais que décider quand la loi nouvelle n'a pas eu la précaution de résoudre la difficulté ? Il en est ainsi pour les lois des 2-5 mai 1855, modifiant la compétence des juges de paix et du 28 juillet 1894, ayant pour objet de réprimer les menées anarchistes.

D'un côté, il est certain que les justiciables peuvent avoir un intérêt appréciable à être jugés par telle juridiction plutôt que par telle autre. L'intérêt n'est pas grand quand il s'agit de matières civiles, car les préoccupations étrangères à la justice ne pénètrent guère dans l'enceinte des tribunaux civils ; mais l'intérêt n'est pas contestable quand il s'agit de matières pénales : il n'est pas indifférent d'être

jugé par la cour d'assises ou par le conseil de guerre, par la cour d'assises ou par les tribunaux correctionnels.

D'autre part, il faut observer que l'organisation des pouvoirs publics, des juridictions, est un mode d'exercice de la puissance publique, que nul n'a un droit acquis à ce que la puissance publique soit exercée d'une manière ou de l'autre.

De part et d'autre, les considérations ont leur valeur. Toutefois, la jurisprudence est depuis longtemps fixée¹ : les lois d'organisation et de compétence sont, dès qu'elles paraissent, applicables à tous les procès civils et criminels qui surgissent, fût-ce à l'occasion de faits remontant à une date antérieure à celle où la loi est devenue obligatoire. La raison est celle indiquée plus haut. L'organisation des pouvoirs publics reste constamment à la discrétion du législateur ; nul ne saurait exciper d'un droit acquis à ce que les pouvoirs publics soient constitués et organisés d'une manière ou d'une autre ; donc la loi qui survient saisit toutes les instances ultérieures, sans qu'il y ait à rechercher quand les faits se sont produits².

Maints arrêts ont statué en ce sens. Citons l'un des derniers. Il concerne les dispositions de la loi du 2 juillet 1931, relatives à l'exercice, devant les tribunaux correctionnels et suivant la procédure que cette loi institue, de l'action en réparation du dommage éprouvé par les victimes de plaintes portées témérement et de mauvaise foi. C'est une loi de compétence. La Chambre criminelle a décidé³ qu'elle est applicable aux demandes en dommages-intérêts concernant des plaintes avec constitution de partie civile antérieures à l'entrée en vigueur de la loi.

La solution est acquise en jurisprudence. Notons toutefois qu'une réserve s'impose. Dans l'hypothèse où un jugement même non définitif est intervenu sur le fond, la juridiction saisie demeure compétente en dépit de la loi nouvelle⁴.

1. Un incident parlementaire survenu en 1849 est venu confirmer cette jurisprudence et la rendre inattaquable. Voy. le discours de Ledru-Rollin, reproduit dans D. P. 1849.IV.40.

2. Il y a, d'ailleurs, un cas où la solution s'impose comme inévitable : celui où la loi nouvelle supprime une juridiction. Il est clair que celle-ci disparaît absolument.

3. Crim. 23 février 1933, D. P. 1933.I.97 et la note de M. Fréjaville.

4. Crim. 18 février 1882, S. 82.I.185.

255. Lois de procédure et d'exécution. — Ces lois ne sont guère qu'une variété des précédentes. Si l'on ne peut avoir droit acquis à être jugé par telle juridiction plutôt que par telle autre, à plus forte raison ne peut-on avoir droit acquis à être jugé dans telle forme plutôt que dans telle autre, à la suite d'une procédure dirigée d'une manière plutôt que d'une autre.

De là deux conséquences.

Première conséquence. — Les lois qui règlent la procédure et l'instruction des affaires civiles et criminelles sont applicables, dès qu'elles sont publiées, à toutes les instances qui s'ouvrent ou se poursuivent, fussent-elles relatives à des faits qui se sont produits avant la loi nouvelle. Aucun texte ne consacre cette règle d'une façon formelle, mais il existe des antécédents assez nombreux qui la confirment ¹.

En vertu de cette règle, la loi du 12 janvier 1933, d'après laquelle les nullités d'actes de procédure ne sont prononcées que quand l'omission d'une mention porte atteinte aux droits de la défense, a été déclarée applicable aux exploits antérieurement signifiés dans une instance en cours ².

De même, la loi du 3 décembre 1930, relative aux polices d'assurance sur la vie, aux bons de capitalisation et d'épargne égarés, détruits ou volés, a été considérée comme une loi de procédure ayant, comme telle, un effet rétroactif. Par suite, un duplicatum d'une police perdue doit être délivré à l'assuré bien que la condition du contrat se soit réalisée et que l'opposition ait été faite avant l'entrée en vigueur de la loi ³.

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

Une application de cette règle est fournie, en matière civile, par la loi du 22 juillet 1867, qui abolit la contrainte par corps : « Les dispositions présentes, dit l'article 19, sont

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

2. Crim. 1^{er} mars 1933 D. P. 1933.1.72.

3. Trib. de la Seine 30 janvier 1932, D. P. 1933.II.15.

« applicables à tous jugements et cas de contrainte par corps
« antérieurs à la loi. » La loi a fait ouvrir les portes des
prisons à tous ceux qui s'y trouvaient contraints par corps.

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

Une autre application est fournie par la loi des 5-22 avril,
8-16 juin 1850, sur la déportation ; elle organise le mode
d'exécution de cette peine et l'article 8 est ainsi conçu :
« La présente loi n'est applicable qu'aux crimes commis
« postérieurement à sa promulgation ». Dictée par des motifs
particuliers ¹, cette règle avait besoin d'être énoncée for-
mellement ; les principes généraux auraient conduit les tri-
bunaux à décider le contraire.

256. Observons, d'ailleurs, que l'application de la règle
en vertu de laquelle les lois de procédure ont un effet rétro-
actif se heurte, dans bien des cas, à une difficulté préalable :
celle de savoir si telle loi dont il s'agit rentre dans la caté-
gorie des lois de procédure. Soit, par exemple, la loi du
31 décembre 1925, qui reconnaît, dans certaines conditions,
la validité de la clause compromissoire insérée dans les
contrats commerciaux. Cette loi a-t-elle pour effet de valider
les clauses ayant été insérées dans un contrat antérieurement
à son entrée en vigueur, à une époque où ces clauses étaient
dépourvues de toute valeur juridique ? Oui, si on regarde
la loi de 1925 comme une loi de procédure ² ; non, si on la
regarde comme touchant au fond du droit et à la validité
des contrats ³.

1. Voy. D. P. 1850.IV.133.

2. Paris 26 juin 1933, D. H. 1933, 467. — Cpr. la note de M. Chéron au D. P.,
1929.II.126.

3. Morel, *Revue critique*, 1926, p. 539.

SECTION III

**DE L'AUTORITE DES LOIS
QUANT AUX PERSONNES ET QUANT AUX CHOSSES
AUXQUELLES ELLES S'APPLIQUENT**

257. L'article 3 du Code. — C'est ici le dernier aspect sous lequel le Code civil envisage l'étendue d'autorité des lois. L'article 3 est le siège de la matière : « Les lois de police
« et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. —
« Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers,
« sont régis par la loi française. — Les lois concernant
« l'état et la capacité de personnes régissent les Français,
« même résidant en pays étranger. »

Le texte ainsi conçu a pour objet unique de déterminer l'autorité respective de la loi française et des lois étrangères lorsqu'elles se trouvent en conflit.

Mais des conflits analogues peuvent s'élever entre lois françaises dans deux hypothèses particulières. La première est celle des conflits possibles entre la *loi française générale* et le *droit local* en vigueur dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin, et de la Moselle ¹. La seconde se présente comme une conséquence du régime établi par l'article 1 C. civ. en ce qui concerne la publication des lois ² ; l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle ne se produisant pas à la même date dans toutes les parties du territoire, la question peut se poser de savoir si la loi nouvelle ou l'ancienne doit être appliquée pour résoudre une contestation portée devant un tribunal.

Ce sont deux aspects du même sujet : l'autorité des lois quant aux personnes et quant aux choses auxquelles elles s'appliquent. Mais les deux aspects sont distincts et doivent être envisagés séparément ³.

1. Voy. *supra*, nos 32, 61, 127 et suiv., notamment 132.

2. Voy. *supra*, n° 167.

3. Bornant notre étude aux conflits de lois dont il vient d'être parlé au texte, nous ne nous occuperons pas de conflits plus ou moins analogues qui peuvent s'élever dans les colonies françaises et dans les pays placés sous le protectorat ou le mandat de la France. Dans les colonies, la coexistence des lois françaises proprement dites

§ 1

LES CONFLITS ENTRE LA LOI FRANÇAISE
ET LES LOIS ÉTRANGÈRES

258. Observation préliminaire. — Nous avons dit que l'article 3 est le siège de la matière. De même que l'article 2, l'article 3 est un texte fondamental, contenant en germe la solution d'un nombre indéfini de questions particulières. Comme nous l'avons fait pour l'article 2, nous nous contenterons quant à présent des notions générales ; pour en suivre l'application détaillée, il faudrait faire des incursions dans les diverses théories du droit, c'est-à-dire anticiper sur l'avenir ¹.

259. Comment se posent les conflits entre la loi française et les lois étrangères. — S'il n'y avait en France, sur le sol français, que des Français, si tous les Français y étaient, et n'avaient de commerce juridique qu'entre eux, l'étendue d'application de la loi française ne présenterait pas de difficulté ; la loi française régirait indistinctement tous ceux qui habitent le territoire et elle ne régirait que ceux-là. Mais cet isolement n'est qu'une hypothèse. Les communications de pays à pays mettent aujourd'hui en relations journalières les habitants des cinq parties du monde. Comment régler les rapports de chacun, d'une part avec les lois du pays dont il est originaire, d'autre part avec les lois du pays où il se trouve ? Pour la loi française spécialement, trois questions se posent.

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

et des lois indigènes donne naissance à des conflits qui sont des conflits entre lois françaises, mais qui se présentent sous une forme très spéciale et auxquels l'article 3 C. civ. est complètement inapplicable. Dans les pays placés sous le protectorat ou sous le mandat de la France, les conflits entre la législation française proprement dite et celle de l'Etat protégé ou placé sous mandat sont de véritables conflits entre la loi française et une loi étrangère ; mais la situation est rendue spéciale du fait que la législation étrangère dont il s'agit est celle d'un Etat dont la souveraineté est atténuée par l'effet du protectorat ou du mandat.

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

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

c) Des rapports de famille ou des relations d'ordre patrimonial s'établissent soit entre Français, soit entre étrangers, soit entre Français et étrangers hors de leurs pays respectifs ou qui doivent produire leurs effets au dehors. Quelle loi régit ces rapports en France ?

Les trois questions sont connexes.

L'article 3 les résout ou, du moins, sert à les résoudre.

Les règles qu'il édicte ou qui découlent de lui sont celles de la loi française et ne règlent, bien entendu, que la pratique française. En effet, il résulte de l'indépendance des nations que la loi française ne peut rien imposer à un tribunal étranger, de même que la loi étrangère ne peut rien imposer à nos tribunaux.

Il peut donc advenir que les lois étrangères résolvent nos trois questions d'une manière différente.

Logiquement, le développement des communications, et des échanges entre les peuples doit les conduire à tolérer de la part des autres ce qu'ils veulent obtenir chez eux, de sorte que la réciprocité aurait dû devenir la base des rapports internationaux. Mais il est loin d'en être toujours ainsi ; le particularisme national prévaut dans un certain nombre de textes, tels que les articles 14 et 15 C. civ. et 2 de la loi du 14 juillet 1819, ainsi que dans des décisions judiciaires notables, notamment en ce qui concerne la capacité civile des étrangers ou la fraude à la loi.

Quoi qu'il en soit c'est dans l'article 3 qu'il faut chercher la réponse aux trois questions posées, en prenant soin d'y joindre quelques articles épars aux quatre coins du Code et dont voici le relevé : articles 47 et 48, 170 et 171, 999 et 1.000, 2.123, 2.128.

Mais les règles posées par ces textes ou en dérivant sont la résultante d'une tradition ancienne qu'il faut connaître pour comprendre l'état actuel du droit.

260. Les antécédents historiques de l'article 3. — C'est à l'époque des coutumes que les principes de notre matière ont été posés. Les jurisconsultes d'alors ne se préoccupaient guère des conflits entre la loi française et les lois étrangères ;

mais les nécessités les plus impérieuses de la pratique leur imposaient de s'occuper des conflits qui s'élevaient sans cesse entre les diverses coutumes.

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

Cet état d'isolement absolu et rigoureux disparut graduellement à partir du XII^e siècle ; alors se posa la question de savoir jusqu'à quel point chaque coutume était maîtresse en son enclave et n'avait autorité qu'en son enclave. On commença par agir sous la pression de la nécessité ; à la longue, des distinctions doctrinales furent proposées sous l'inspiration de théories enseignées dans les universités italiennes¹ ; on distingua les dispositions de la coutume ou statut local en deux catégories, et, comme coutume et statut étaient synonymes, alors passa dans l'usage la distinction du statut réel et du statut personnel. Sont de statut réel les dispositions concernant les immeubles, les biens, et dont l'application doit être territoriale ; pour elles, on maintient que la coutume est souveraine en son enclave et sans force au dehors. Sont de statut personnel les dispositions concernant les personnes et dont l'application doit être personnelle, comme tenant à l'origine des justiciables ; pour elles, on abandonne l'ancienne idée de souveraineté locale de la coutume et les règles du statut personnel suivent l'habitant de la circonscription coutumière partout où il va.

Mais on se demandait quel signe permet de reconnaître ce qui est de statut réel et de statut personnel. La question donna lieu à d'interminables et célèbres débats. Quand il y avait en France trois cents législations se côtoyant, ces questions de conflits surgissaient chaque jour ; on les appelait les grandes questions du Palais. Elles furent agitées surtout par Dumoulin et d'Argentré au XVI^e siècle, puis au

1. Voy. l'ouvrage classique de Lainé, *Introduction au droit international privé*.

xviii^e, par d'Aguesseau, et surtout par Boullenois, Froland et Bouhier. A la fin de l'ancien régime, on était parvenu, sous l'impulsion de ces trois derniers auteurs, à dégager pour chaque hypothèse de conflit des solutions empiriques qui sont encore aujourd'hui partiellement suivies par la jurisprudence.

Mais, si la pratique était à peu près fixée, la doctrine française des statuts, qui restait, en la forme, la vieille doctrine de d'Argentré, datant du xvi^e siècle et n'ayant pas été rajeunie par les idées nouvelles écloses en Hollande à partir du xvii^e siècle, s'avérait difficilement utilisable et notamment pour la raison suivante. La vieille doctrine reposait essentiellement sur la distinction des statuts réels et personnels ; or nombre de statuts n'ont pour objet direct ni la personne ni les biens et concernent à la fois la personne et les biens ; de sorte que les dénominations de statut réel et de statut personnel ne convenaient qu'à un nombre restreint de statuts. D'Argentré qualifia de statuts mixtes ceux dont le caractère de personnalité ou de réalité apparaît douteux et sa tendance fut de déclarer territoriaux les statuts mixtes.

Au surplus, la terminologie même de la matière s'est-elle troublée au xviii^e siècle. On continue à parler de statuts réels et de statuts personnels ; mais pour déclarer un statut réel ou personnel, on se soucie moins de son objet que de l'effet territorial ou extraterritorial à lui attribuer. La dénaturation des mots entraîne un certain flottement des idées.

261. Le système de l'article 3. — Les rédacteurs du Code se sont bornés à consacrer dans l'article 3 certains résultats acquis de l'ancienne jurisprudence. Ils ont, sur les questions par eux envisagées, fait application aux conflits entre la loi française et les lois étrangères des règles appliquées jadis aux conflits entre coutumes, c'est-à-dire qu'ils ont distingué les lois en lois d'application territoriale et d'application personnelle, en lois de statut réel et de statut personnel. Mais les travaux préparatoires font foi qu'ils n'ont aucunement eu l'intention de donner une consécration légale à la théorie des statuts. Sur cette matière comme en toutes autres, ils ont posé des règles concrètes en vue de questions particulières, en se tenant près des faits et loin des abstractions ¹.

1. Cpr. *supra*, n^o 120.

Voici quelle est l'idée générale sur laquelle repose la distinction, consacrée par l'article 3, des lois territoriales et personnelles.

Il y a des lois qui sont constitutives de l'état social du pays, qui lui donnent sa physionomie propre et son caractère, qui sont essentielles à son existence, telle que la lui ont faite ses traditions et telle qu'il entend la garder. Il est légitime que chaque pays, sur les points que ces lois règlent, récuse l'ingérence étrangère, reste exclusivement maître chez lui. Dès lors, ces lois sont territoriales, exclusivement souveraines sur le territoire. Elles sont applicables en France à tous ceux qui sont sur le sol français, sans distinction de nationalité ; elles s'appliquent aux étrangers qui sont sur le sol français quelle que soit la longueur ou la brièveté de leur séjour, qu'ils résident en France d'une manière permanente ou ne fassent qu'y passer. Exclusivement souveraines dans l'étendue du territoire, elles régissent le sol français et indirectement tous ceux qui s'y trouvent, Français ou étrangers ; c'est affaire de souveraineté territoriale. Pour les lois de cette sorte, la France entend garder sa souveraineté exclusive et complète. Par voie de conséquence, on doit reconnaître aux autres nations ce que la France réclame pour elle-même, et admettre qu'à l'étranger les lois étrangères de même nature gardent aussi souveraineté exclusive et complète, non seulement à l'égard des nationaux du pays, mais à l'égard des Français qui s'y trouvent.

Il est, au contraire, des lois qui sont le reflet des influences de race, qui tiennent au caractère particulier d'un peuple, à ses mœurs, à son tempérament. Sur les points que ces lois règlent dans un pays, les nationaux de ce pays ne peuvent être raisonnablement régis, où qu'ils soient, que par la loi d'origine, par la loi nationale, qui réclame pleine autorité ; ce n'est plus affaire de souveraineté territoriale, mais d'autorité sur les personnes. La loi française entend, pour celles de ses dispositions qui ont ce caractère personnel, régir les Français même à l'étranger. Reconnaissant aux autres nations ce que la loi française réclame pour elle-même, la jurisprudence admet que certaines lois étrangères continuent de régir les étrangers sur le sol français.

Le principe de cette classification est simple. Ce qui l'est moins, c'est le caractère distinctif des lois territoriales et

personnelles, le signe auquel on reconnaît celles qui rentrent dans l'une ou l'autre catégorie.

Le laconisme du Code civil laissait planer sur ce point les incertitudes les plus fâcheuses. La doctrine et la jurisprudence ont dû s'ingénier à les faire disparaître en comblant les lacunes de la loi.

262. Aperçu sommaire du mouvement des idées doctrinales depuis 1804. — Pendant la plus grande partie du XIX^e siècle, la doctrine française est demeurée fidèle à la terminologie courante qui lui avait été transmise par les jurisconsultes statutaires du XVIII^e siècle; elle s'est efforcée de ramener toutes les lois à la classification des lois territoriales et extraterritoriales. Ces expressions n'ont d'ailleurs pas cessé d'être usitées par la jurisprudence.

Vers la fin du XIX^e siècle, les jurisconsultes français voués à l'étude du droit international privé entraînant à leur suite presque toute la doctrine française, se sont efforcés de donner un cadre nouveau au droit positif français. Les uns, s'inspirant des idées du grand jurisconsulte allemand Savigny, s'attachent au système de la division et de la subdivision des matières juridiques, afin de réserver à chacune d'elles, dans le conflit des lois, la portée d'application convenant à sa nature. Les autres, s'inspirant des idées du jurisconsulte et homme d'Etat italien Mancini, s'attachent au système de la personnalité des lois ou de la prépondérance de la loi nationale de l'individu, tempéré par trois exceptions concernant la forme des actes, la substance des contrats et obligations, les matières d'ordre public.

Dans le même temps, la doctrine française soulignait le caractère national de la réglementation des conflits; elle insistait sur le caractère essentiellement national des sources. Avec les disciples de Savigny et de Mancini, Pillet, dont la pensée s'apparente à la leur, s'efforce de concilier ce caractère national des règles sur les conflits de lois avec une conception universelle du droit international privé et avec une méthode universelle d'application du droit positif lui-même ¹.

Mais des doctrines nouvelles, dont l'influence n'a cessé de croître depuis le début du XX^e siècle, ont répudié cette concep-

1. Voy. l'ouvrage capital et classique de Pillet, *Principes de droit international privé*, 1909. — Cpr. son *Traité pratique*, tome I, (1923) et tome II (1924).

tion universelle de la réglementation des conflits. Prenant pour base le caractère national des sources du droit international privé — réserve faite, bien entendu, du droit conventionnel résultant des traités — on s'est efforcé de renouveler les conceptions dérivées de la théorie des statuts¹. Les uns s'attachent à établir une classification nouvelle qui procède de l'esprit des institutions du droit privé français². D'autres tentent de concilier cette considération de l'esprit des institutions du droit privé français avec la double préoccupation des intérêts du commerce international et des intérêts politiques de la France, lesquels varient notamment avec l'importance relative de l'émigration française et de l'immigration étrangère³.

263. Ce serait sortir du cadre d'un cours de droit civil et empiéter sur le droit international privé que d'entreprendre une étude critique de ces conceptions diverses. Nous nous proposons seulement de compléter l'explication sommaire que nous avons entreprise de l'article 3 en indiquant les applications les plus notables qui ont été faites par la jurisprudence des principes consacrés par cet article.

Nous commencerons par relever les applications faites dans les diverses matières du droit, groupées par catégories. Nous signalerons ensuite — mais en quelques mots seulement et presque par voie de simple allusion — l'influence exercée par la notion d'ordre public sur l'application des principes posés par l'article 3.

A. — Principales applications des principes consacrés par l'article 3

1. LOIS DE POLICE ET DE SURETÉ

264. Ce sont les termes dont se sert l'article 3 alinéa 1 : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui ha-

1. De Vareilles-Sommières, *Synthèse du droit international privé*, 2 vol, 1897.

2. Bartin, *Études de droit international privé*, 1899 ; *Études sur les effets internationaux des jugements*, t. I, 1907.

3. Cassin, *Une nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois* ; Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*.

« bitent le territoire. » Par lois de police et de sûreté il faut entendre toutes les lois qui ont pour but le bon ordre, la salubrité publique, la sécurité des personnes, la sûreté des propriétés. Elles régissent tous ceux qui habitent le territoire, parce que le but qu'elles visent est indépendant de toute considération de personnes et ne peut être atteint que si elles sont obéies de tous. L'ordre est affaire locale, affaire de souveraineté ; par conséquent, la loi française, à cet égard, dénie toute ingérence aux lois étrangères et s'applique aux étrangers.

Rentrent dans cette catégorie, directement ou par extension.

1^o Les lois, décrets ou ordonnances relatifs à la police proprement dite, à la police préventive : police générale de l'Etat, police municipale, police des marchés ; il faut y joindre les lois nombreuses qui règlent les conditions d'exercice des professions au point de vue des garanties exigées des médecins, pharmaciens, etc. Les lois de police ne sont pas seulement celles qui sont sanctionnées par voie de répression pénale.

2^o Le droit pénal tout entier, c'est-à-dire les dispositions qui prononcent des peines contre les crimes, délits et contraventions, les lois qui décident *quid liceat quid non*, en d'autres termes les lois de police répressive. Il existe même une particularité en ce qui concerne les lois pénales : si elles obligent les étrangers résidant en France, elles sont aussi, dans une certaine mesure, applicables aux Français à l'étranger, en ce sens que les Français peuvent être poursuivis et punis en France pour des infractions commises à l'étranger (articles 5, 6 et 7 C. d'Inst. crim.)

3^o Même dans le droit privé, les dispositions constitutives de l'ordre social ou économique tel que chaque pays l'entend, tel notamment que nous l'entendons en France. Il en est ainsi pour les lois prohibitives de l'esclavage. C'est une règle admise que tous les esclaves qui touchent la terre française sont libres ; la règle est applicable aux étrangers comme aux Français. Il en est de même pour les lois qui imposent à certaines personnes de donner des aliments à d'autres, pour les lois sur le travail des enfants dans les manufactures, sur la protection des nourrissons, sur le taux de l'intérêt de l'argent, sur la liberté du travail, de même pour certaines lois qui con-

cernent les actes de l'état civil, le régime des aliénés, pour celles qui répriment l'abus de certains pouvoirs de famille ¹.

Toutes ces lois, au point de vue de l'application de l'article 3, sont comprises sous la dénomination générique de *lois de police et de sûreté*. Quant à elles, aucune différence entre les français et les étrangers ; les lois françaises sont obligatoires pour tous, au nom du bon ordre et de la souveraineté nationale.

2. LOIS DE COMPÉTENCE, DE PROCÉDURE, D'EXÉCUTION

265. Des lois de police et de sûreté il y a lieu de rapprocher les lois de droit public, notamment toutes celles qui organisent les tribunaux, déterminent leur compétence, la procédure, les saisies. Les tribunaux, qui rendent la justice au nom de la République Française, ne peuvent être institués que par la loi française ; leur compétence, leur procédure ne relèvent que des lois organiques françaises. De même, la souveraineté et l'indépendance des Etats limitent à leur territoire leur pouvoir d'exécution forcée ; la loi française peut seule présider en France aux saisies.

266. Ajoutons une observation qui concerne à la fois : 1^o les lois de police et de sûreté, 2^o les lois de compétence.

Bien que ces lois soient, en principe, applicables en France à toutes personnes, une exception est faite au profit de certaines personnes qui jouissent de ce qu'on appelle le bénéfice d'extraterritorialité. Ce bénéfice a pour effet de soustraire les personnes auxquelles il appartient à la compétence des tribunaux français et, d'une manière plus générale, à l'action de l'autorité judiciaire française, ainsi qu'à l'application des lois de police et de sûreté, au moins dans une certaine mesure.

Le bénéfice d'extraterritorialité appartient d'abord aux souverains étrangers, ensuite aux ambassadeurs et à leur suite. Il constitue un hommage à l'indépendance des nations en la personne de leurs représentants et soulève maintes questions délicates, qui se rattachent à l'étude du droit pénal international. Une indication générale est ici suffisante ².

1. Voy. pour plus de détails Dalloz, *Répertoire pratique*, v^o *Lois et décrets*, n^o 499.

2. Voy. Dalloz. *Répertoire pratique*, v^o *Agents diplomatiques*, n^{os} 95 et suiv.

3. LOIS RELATIVES AU RÉGIME DES BIENS ET AUX SUCCESSIONS.

267. Les immeubles. — L'article 3 alinéa 2 s'exprime ainsi : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». D'une part et d'une manière générale, le sol forme, en quelque sorte, la base matérielle de l'Etat ; l'organisation de la propriété quant aux immeubles influe profondément sur l'état social et politique d'un peuple. Elle est, dès lors, affaire de souveraineté et les lois qui y sont relatives sont exclusivement souveraines en France. Par voie de conséquence, les lois françaises ne s'appliquent qu'aux immeubles situés en France et non aux immeubles situés à l'étranger.

D'autre part, la nécessité d'assurer la sécurité des transactions est dominante en ce qui concerne le régime des biens, particulièrement des immeubles ; un bon régime de propriété foncière exige un système de publicité des acquisitions. Le législateur français a pris, dans cet ordre d'idées, une série de mesures jugées par lui nécessaires. Il est indispensable que les immeubles situés en France y demeurent soumis ¹.

Les lois relatives au régime de la propriété foncière sont les lois de statut réel par excellence ; ce sont celles dont on peut dire que *disponunt de rebus*, car les immeubles sont les *res* par excellence.

Voici quelles sont ces lois.

a) Les lois qui établissent la distinction des biens en meubles et immeubles (article 517).

b) Les lois qui énoncent et règlent les différents droits dont les biens immobiliers peuvent être l'objet (article 543).

c) Les lois qui organisent les modes d'acquisition et de transmission des droits réels immobiliers : dévolution des successions, liberté testamentaire, prescription, etc. Il est manifeste que la façon dont sont réglées les successions immobilières forme un élément de l'état social du pays ; donc, pour tous les immeubles situés en France, qu'ils appartiennent à des étrangers ou à des Français, la dévolution se fait conformément aux lois françaises (article 896).

1. Bartin. *Etudes de droit international privé*, p. 31.

d) Les lois qui concernent les voies d'exécution sur les biens immobiliers, la saisie immobilière. Ce sont déjà des lois territoriales comme étant des lois de sûreté ; elles le sont en outre comme étant relatives au régime de la propriété foncière.

Telles sont les lois diverses dont l'ensemble forme le régime de la propriété foncière. En telle matière, chaque pays entend être maître chez soi. Il y a encore des pays qui excluent les étrangers de la propriété foncière. La loi française les y admet, mais elle entend régir seule la condition des immeubles possédés par eux.

268. Les meubles considérés individuellement. — L'article 3 alinéa 2 vise uniquement les immeubles. Faut-il le considérer comme étant aussi applicable aux meubles et traduire, dans cet article, le mot *immeubles* par le mot *biens* ?

La question présente un grand intérêt. Nous allons l'examiner en commençant par nous occuper, d'une manière exclusive, des meubles considérés individuellement. Nous l'étudierons, ensuite, au regard des universalités mobilières, des successions mobilières.

Cette question a été passée sous silence par le Code de 1804. Cela est d'autant plus surprenant qu'elle avait été discutée dans l'ancien droit ; cela est d'autant plus regrettable que la fortune mobilière a aujourd'hui une importance considérable, au moins égale sinon supérieure à celle de la fortune immobilière.

Si l'article 3 ne résout pas la question, il semble qu'il en implique la solution. En effet, par cela seul qu'il ne soumet aux lois françaises que les immeubles appartenant à des étrangers, il donne à conclure qu'il entend ne pas y soumettre les meubles ; si la règle était la même pour les deux sortes de biens, l'article ne parlerait pas seulement des immeubles. On aperçoit aisément, d'ailleurs, une raison de cette différence. Les meubles n'ont pas, comme les immeubles, de situation fixe et stable qui les soumette territorialement à une loi déterminée ; ils ne sont pas d'un pays plus que d'un autre. Il y a longtemps qu'on a dit : *mobilia personam sequuntur, ambulans cum persona*. Ils sont les accessoires de la personne à laquelle ils appartiennent ; dès lors, il paraît naturel qu'ils soient soumis aux mêmes lois que cette personne, que les lois concernant le régime de la propriété mobilière soient personnelles.

Cette manière de voir n'a pas prévalu. Il a été observé que le projet de Code civil contenait une disposition soumettant les meubles à la loi nationale de leur propriétaire et que cette disposition a disparu ; d'où les interprètes de l'article 3 ont conclu que les meubles sont soumis, comme les immeubles, à la loi de leur situation. La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens ¹.

Deux considérations ont paru décisives à cet égard.

En premier lieu, c'est un droit incontestable pour une nation de ne pas admettre chez elle l'application des lois étrangères. Ce droit est une conséquence directe de la souveraineté. Or la souveraineté nationale, s'étendant sur le territoire, s'étend, par suite, sur tout ce qui s'y trouve. Vainement objecte-t-on que les meubles n'ont pas, vu leur nature même, de situation fixe et stable, que ce sont des choses mobiles, susceptibles de changer de place et que l'article 528 les définit précisément ainsi ; cela ne les empêche pas d'avoir, à chaque moment, une situation ; lorsqu'ils se trouvent en France, rien ne s'oppose à ce qu'ils soient, de même que les immeubles, régis par la loi française.

En second lieu, s'il est vrai que, dans l'ancien droit, d'Argentré n'a pas réclamé pour la loi territoriale autorité sur les meubles, ce fut à raison de leur médiocre importance ; au surplus, bon nombre d'auteurs s'étaient séparés de d'Argentré sur ce point, sauf en ce qui concerne la matière des successions mobilières. Or, de nos jours, la fortune mobilière a pris un accroissement inattendu et est au moins égale à la fortune immobilière, par suite du développement des valeurs mobilières, des titres de rentes, obligations et actions ; une tendance toute naturelle doit conduire à soumettre aux lois françaises les meubles situés en France, au nom de la souveraineté nationale grandement intéressée. Et cela d'autant plus que l'intérêt de la sécurité des transactions exige que le régime de la propriété mobilière soit soumis à la loi de la situation des meubles.

En résumé, l'article 3 alinéa 2 est applicable non seulement aux immeubles, mais aux meubles envisagés individuellement. Même appartenant à des étrangers, dès qu'ils sont en France, ils sont régis par la loi française lorsqu'ils sont envi-

1. Voy. Dalloz. *Répertoire pratique*, v^o *Biens*, n^o 235 et suiv. Cpr. la note de M. Nast dans D. P., 1910, 11, 65.

sagés en tant qu'objets particuliers. La raison est simple. Dès qu'on considère un meuble comme un corps, comme une individualité, il a une situation de fait ; il est, quoique meuble, situé en France. Ainsi, dans quelles conditions un meuble peut-il être revendiqué par son propriétaire, saisi par les créanciers de celui-ci, mis en gage, affecté par privilège à certains créanciers ? C'est d'après la loi française que ces questions sont résolues. Il en résulte, par exemple, que l'article 2279 est applicable aux meubles appartenant à des étrangers ; les questions de revendication, de possession, de saisie, de privilèges, doivent, même relativement aux étrangers, être résolues par application de la loi française. Envisagés individuellement, les meubles ont une situation et sont soumis à la loi du lieu où ils se trouvent.

269. Les successions mobilières. — La question change d'aspect quand on envisage non plus un meuble individuellement, mais une universalité de meubles, quand on considère des meubles en tant qu'ils forment une universalité, quand on s'occupe de savoir quelle est la loi qui régit les transmissions de meubles par voie de succession *ab intestat* ou de legs soit universel, soit à titre universel.

Lorsqu'un étranger laisse une succession mobilière en France, cette succession est-elle dévolue et liquidée comme la succession immobilière, d'après la loi française ou d'après une autre loi ?

La jurisprudence paraît faire une distinction suivant que l'étranger dont il s'agit est ou n'est pas domicilié de droit en France ; dans le premier cas, sa succession est dévolue d'après sa loi nationale, — dans le second elle est dévolue d'après la loi de son domicile, autrement dit, d'après la loi française ¹. Complétons tout de suite cette indication en rappelant que la jurisprudence française s'est jusqu'ici refusée à admettre que les étrangers puissent avoir en France un domicile de droit, sauf dans l'hypothèse particulière de l'admission à domicile (article 13 C. civ) ², et l'on sait que l'admission à domicile a été supprimée par la loi du 10 août 1927, sur la nationalité.

1. Voy. Dalloz. *Répertoire pratique*, v^o *Successions*, n^{os} 1612 et 1613, Cpr. notamment Civ. 8 mars 1909, D. P. 1909, I, 305, S. 1909, I, 65 ; Req. 27 mai 1924, *Clunet* 1925, 126 ; Paris 22 mars 1924, *Clunet*, 1925, 116.

2. Voy. la note de Labbé dans S. 1882, I 393, sous Cass. 22 février 1882.

Comment s'explique cette jurisprudence ? A quels principes se rattache-t-elle ? Sur quelles considérations repose-t-elle ?

269 bis. Commençons par présenter deux remarques. En premier lieu, autant la jurisprudence avait été à l'aise pour assimiler aux immeubles les meubles envisagés individuellement et pour soumettre ceux-ci à la loi française lorsqu'il sont situés en France, autant il lui a paru difficile de décider de même pour les successions mobilières. En effet, si un meuble considéré individuellement peut, au moins dans une certaine mesure, être regardé comme situé en France, une universalité, chose abstraite, n'a pas de situation. Aussi bien, que vient faire ici la notion d'universalité ? Elle n'intervient pas en ce qui concerne les successions immobilières, qui sont régies par la loi de la situation de chaque immeuble. Pourquoi la faire intervenir en ce qui concerne les successions mobilière, au lieu de décider que les successions mobilières sont régies par la loi de la situation de chaque meuble ? L'antinomie entre les deux conceptions s'explique par le fait qu'on a voulu éviter de compromettre outre mesure l'unité de succession ; on a sacrifié l'unité en matière immobilière parce que, s'agissant du territoire, il a paru indispensable de conserver l'empire à la loi de la situation ; mais on a voulu sauver l'unité en matière mobilière et c'est à cette fin qu'on a fait intervenir l'idée d'universalité.

En second lieu, il est d'évidence que la jurisprudence, en statuant comme elle a fait, a cherché le moyen de diminuer l'application en France des lois étrangères et d'élargir l'autorité de la loi française. La preuve en est que les arrêts, en même temps qu'ils décident que la succession mobilière d'un étranger domicilié en France est régie par la loi française, répugnent à admettre qu'un Français puisse être considéré, au moins à ce point de vue, comme ayant son domicile de droit à l'étranger¹, ce qui aurait pour conséquence que la succession mobilière de ce Français serait régie par la loi étrangère de son domicile.

269 ter. Ces deux remarques une fois faites, sur quoi repose la solution admise par la jurisprudence ? En l'état des principes posés par l'article 3, la seule justification pouvant être considérée comme pertinente est la suivante.

1. Voir Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 2^e éd. n°361.

L'article 3 alinéa 2 est considéré comme applicable non seulement aux immeubles, mais aux meubles envisagés individuellement, lesquels, ayant une situation, peuvent être soumis, comme les immeubles, à la loi de leur situation. Si l'on hésite à traiter de la même manière les universalités mobilières, les successions mobilières, c'est que, constituant de pures entités juridiques, elles ne peuvent pas être regardées comme ayant une situation. Mais est-il vraiment exact qu'elles n'en aient pas une ? Elles ne peuvent pas en avoir une au sens matériel du mot. En revanche, on peut considérer qu'elles ont une situation fictive au domicile du défunt ; la succession mobilière est censée groupée au domicile du défunt, pour la commodité de la liquidation. Dès lors, le domicile du défunt devient la situation de la succession ; de même que les immeubles individuellement considérés sont régis par la loi française quand ils sont situés en France, de même les successions immobilières sont régies par la loi française quand le *de cuius* avait son domicile en France. La solution de la jurisprudence cadre avec le principe de l'article 3 alinéa 2.

La plupart des arrêts paraissent se rattacher à l'idée qui vient d'être indiquée, savoir que la loi du domicile du *de cuius* régit la succession mobilière parce qu'elle est la loi de la situation fictive de la succession. Mais, quand on entre dans le détail des solutions admises par la jurisprudence en la matière, on découvre sans peine, dans les motifs de certains arrêts, la trace d'une autre conception ¹.

Voici quelle elle est. A la différence d'un meuble considéré individuellement, une succession mobilière n'a pas de situation dans l'espace ; par suite, il ne peut être question d'appliquer l'article 3 alinéa 2. La succession mobilière se confond avec la personne du *de cuius*, elle suit la personne, *ambulat cum persona* ; dès lors, la succession mobilière, à la différence de la succession immobilière, est dévolue et liquidée d'après le statut personnel du défunt, autrement dit d'après la loi de son domicile.

Qu'une pareille conception soit difficilement conciliable avec l'article 3, la chose est évidente, puisqu'il résulte de l'article 3 que la loi personnelle est la loi nationale et non

1. Voy. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, IV, n° 12, p. 18 et 19. — Cpr. Lerebours Figeonnière, *Précis de droit international privé*, 2° éd., n° 361.

celle du domicile. Ce qui explique que certains arrêts aient pu être influencés par cette conception, c'est que les auteurs et la jurisprudence, dans toute la matière qui nous occupe, se sont souvent inspirés d'idées soutenues naguère par les vieux auteurs qui ont écrit sur les statuts et qu'on nomme parfois les statutaires ; or ces auteurs, qui étaient unanimes à enseigner que les successions mobilières sont régies par la loi du domicile du *de cuius*, n'étaient pas d'accord sur les raisons de décider ainsi : les uns regardaient la loi du domicile comme celle de la situation fictive de la succession mobilière, les autres comme le statut personnel du *de cuius*, et le statut personnel se confondait pour eux avec la loi du domicile. D'où il suit que les interprètes de l'article 3, fermes sur la règle à appliquer aux successions mobilières, ont parfois hésité sur le fondement de la règle.

Répetons-le : la conception consistant à regarder la loi du domicile comme celle de la situation fictive de la succession mobilière est seule compatible avec l'article 3 ; si l'on voulait appliquer le statut personnel du *de cuius*, l'article 3 alinéa 3 imposerait de donner la maîtrise à la loi nationale du *de cuius*. Mais le fait que certains arrêts paraissent considérer la loi du domicile comme le statut personnel du *de cuius* n'est-il pas l'indice que l'idée soit en marche d'après laquelle les successions mobilières devraient être régies par le statut personnel, ce qui pourrait conduire, par voie de conséquence et par application de l'article 3 alinéa 3, à les placer sous l'empire de la loi nationale du *de cuius* ¹ ?

Il serait aisé de rappeler les arguments de nos anciens auteurs en ce sens. Non seulement la succession mobilière, à la différence de la succession immobilière qui tient au sol, se confond avec la personne du *de cuius* et la suit, ce qui incite à décider qu'elle ressortit au statut personnel du défunt, mais on peut dire que le droit des successions — abstraction faite des successions immobilières, qui, à raison de leur objet, intéressent l'ordre public en France et sont rivées pour ce motif au statut réel — est comme une branche du droit de la famille, en liaison étroite avec les lois concernant l'état et la capacité des personnes, lois qui forment le domaine propre du statut personnel.

1. Voy. Planiol et Ripert, *loc. cit.* p. 19, — Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.*, n^o 361.

Ces idées diverses — qui se rattachent aux controverses les plus actuelles et les plus aiguës des théoriciens du droit international privé sur la place devant être faite à la loi du domicile de préférence à la loi nationale — ne sauraient être examinées ici en détail. Nous nous bornerons à dire qu'elles se sont fait jour surtout dans les hypothèses où la question a pu être agitée de savoir si la loi du domicile de fait ne doit pas être admise au même titre que la loi du domicile de droit ¹.

Ajoutons que la loi du 10 août 1927, sur la nationalité, en supprimant l'admission à domicile de l'article 13 du Code de 1804, aura probablement pour conséquence d'amener la jurisprudence à admettre que les étrangers peuvent avoir un domicile de droit en France ; elle augmentera, par là même, le nombre des successions mobilières devant être régies par la loi du domicile du *de cuius*. L'attention se trouvant plus souvent appelée sur ces successions, la jurisprudence sera peut-être amenée à choisir nettement l'une des deux conceptions entre lesquelles elle a pu parfois hésiter : celles de la loi du domicile intervenant ou comme statut réel de la succession mobilière ou comme statut personnel du *de cuius*.

270. Une constatation importante au point de vue pratique achèvera l'exposé sommaire que nous venons de présenter sur l'application de l'article 3 aux successions mobilières.

Nous avons montré que la succession aux immeubles situés en France est dévolue et liquidée conformément à la loi française, tandis que la succession mobilière est régie par la loi du domicile de droit du *de cuius* que certains arrêts confondent avec la loi nationale. Il résulte de là que quand la succession comprend à la fois des meubles, des immeubles situés en France et des immeubles situés à l'étranger, chacune des masses donne lieu à une dévolution et à une liquidation distinctes suivant des lois différentes.

Il est superflu d'insister sur les inconvénients que présente une pareille rupture de l'unité du patrimoine héréditaire.

1. Voy. Planiol et Ripert, *loc. cit.*, p. 19 et 20 ; Lerebours-Pigeonnière, *op. laud.*, n^{os} 362, 2^e éd.

4. LOIS RELATIVES A LA FORME DES ACTES

271. La règle *locus regit actum*. — L'article 3, qui est formel en ce qui concerne l'autorité des lois de police et de sûreté, ainsi que les lois concernant les immeubles, ne mentionne pas celles-ci.

Le projet primitif contenait une disposition explicite ainsi conçue : « La forme des actes est réglée par la loi du pays « dans lesquels ils sont faits ou passés. » Cette disposition a été retranchée comme prêtant à l'équivoque. En effet, sous cette forme d'axiome, le texte semblait prétendre à une portée dépassant le domaine de la loi française ; il n'appartient pas au législateur français d'affirmer ainsi une proposition générale s'imposant partout, mais seulement de régler, quant à la pratique française, le sort des actes faits par les Français en pays étranger dans la forme de ce pays. Mal énoncée, trop générale, la disposition fut écartée.

On n'a pas contesté cependant que l'idée qu'elle exprimait ne dût être conservée. Cette idée était dès longtemps consacrée par l'adage *locus regit actum*, lequel veut dire ceci : un acte fait suivant les formes usitées dans le pays où il est passé, conformément à la *lex loci*, doit être regardé comme valable en tous autres pays. Il le faut bien, sans quoi il serait impossible aux hommes d'accomplir les actes de la vie civile quand ils sont en dehors de leur patrie. Comment exiger d'eux qu'ils remplissent des formes autres que celles usitées là où ils sont et auxquelles seules ils peuvent recourir ?

Aussi la règle *locus regit actum* est-elle admise sans conteste. Les actes faits par des Français à l'étranger, dans les formes du pays, sont reconnus en France comme valables, même si la loi française les soumet à des formes différentes.

Inversement, les étrangers peuvent se servir, pour la rédaction des actes les concernant, des formes organisées par la loi française ; étant bien entendu qu'il appartient aux lois étrangères seules de décider si elles reconnaissent comme valables chez elles des actes ainsi faits par leurs nationaux en France.

272. Double portée de la règle. — Dans l'adage *locus regit actum*, le mot *acte* désigne deux choses bien différentes.

En premier lieu, la règle *locus regit actum* s'applique aux

actes ou faits juridiques. Un acte, en ce sens, c'est *id quod actum est*, c'est-à-dire toute opération juridique, tout acte de la vie civile : convention, négociation, disposition, déclaration, etc. Les actes de la vie civile, quelle que puisse être la forme à laquelle les assujettit la loi du pays auquel leur auteur appartient, peuvent être accomplis dans la forme usitée dans le pays où cet auteur se trouve.

Ainsi le mariage est un acte de la vie civile, un acte juridique et la loi française prescrit certaines règles quant à la façon de le contracter. Un Français qui est à l'étranger se marie valablement, aux yeux de la loi française, dans la forme usitée là où il est, sans aucune forme même et par le seul consentement des deux époux si c'est la loi du pays où il se trouve. C'est la conséquence de la règle *locus regit actum*, qui est confirmée dans cette application par l'article 170. Ainsi encore, d'après la loi française, la donation, le contrat de mariage doivent être passés devant notaire (articles 931 et 1394) ; mais ils peuvent l'être à l'étranger par acte sous seing privé si c'est la loi du pays. La loi française est formelle pour le testament (article 999). Il en est de même pour tous les autres actes ou faits juridiques.

En second lieu, la règle s'applique — c'est le second sens du mot *acte* — aux actes instrumentaires. Un acte, dans ce second sens, est l'écrit dressé pour constater un fait juridique et lui servir de preuve ; ce n'est plus *id quod actum est*, c'est l'*instrumentum*. Le simple bon sens veut qu'un écrit soit tenu pour valable quand il a été rédigé comme il peut l'être là où il est passé. La loi française consacre plusieurs applications de cette règle.

Elle s'applique évidemment aux actes pour lesquels on doit, en France, recourir à des officiers publics, par exemple aux actes de l'état civil. L'article 47 le dit formellement en ce qui concerne les actes de l'état civil et il faut appliquer par analogie la même règle dans tous les autres cas semblables : actes de reconnaissance d'enfant naturel, de donation entre vifs, contrat de mariage (articles 334, 931, 1394). Si le Code civil n'a pas énoncé la règle même, il l'a consacrée par l'application qu'il en fait dans l'article 47, ce qui commande d'en étendre l'application à tous les cas semblables.

La règle s'applique, en outre, aux actes sous seing privé, c'est-à-dire qui valent sans l'intervention d'un officier public,

par la seule signature des parties. La loi française les soumet à quelques formalités (articles 1322 et suiv.), au moins dans certains cas ; mais ces formalités ne sont pas exigées quand l'acte est fait à l'étranger. Cependant, il n'y a plus ici accord unanime. Tout le monde admet l'application de la règle aux actes qui supposent l'intervention d'un officier public ; on ne peut s'adresser aux officiers publics français que si on est en France ; il n'y a pas de consuls français pouvant remplir les fonctions d'officier public dans tous les pays et, dans les pays où il y en a, ces consuls ne sont pas partout à proximité. Pour les actes sous seing privé, c'est-à-dire qu'on rédige soi-même, plusieurs soutiennent que rien ne s'oppose à ce que le Français résidant en pays étranger se soumette aux règles françaises. Cette interprétation est très contestable et n'a pas prévalu. La règle *locus regit actum* est générale. Sans doute le Français à l'étranger pourrait, à la rigueur, remplir les formalités exigées par la loi française ; encore faut-il qu'il les connaisse. En France, il peut se renseigner ; à l'étranger, il ne le peut pas, au moins le plus souvent. Comment exiger de lui plus que la situation ne comporte ?

La règle est donc générale. Elle s'applique aux actes juridiques, et en outre aux actes instrumentaires. Si elle n'est énoncée nulle part en termes explicites, elle est consacrée d'une part par la tradition, d'autre part par les nombreuses applications qu'en fait la loi française.

5. LOIS CONCERNANT L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ DES PERSONNES

273. Elles sont de statut personnel — Ces lois forment le statut personnel par excellence, d'après la formule traditionnelle et consacrée : *statuta quæ disponunt de personis*. Elles règlent les éléments de la condition des personnes, laquelle est individuelle, étrangère à la souveraineté territoriale ; les Français, au point de vue de leur état et de leur capacité, sont partout régis par leur loi personnelle, à l'étranger comme en France.

On peut ajouter que les lois d'état et de capacité sont souvent des lois de protection, qui manqueraient complè-

tement leur but si elles ne suivaient pas partout l'individu, si leur application n'était pas permanente pour chacun.

274. L'article 3 alinéa 3 décide que les Français résidant à l'étranger sont soumis à la loi française en ce qui concerne leur état et leur capacité. La tradition était autre ; l'ancien droit soumettait l'état et la capacité à la loi du domicile. La substitution de la loi nationale à la loi du domicile a répondu aux aspirations du sentiment national dans la France une et indivisible. Le mouvement d'idées favorable au principe des nationalités, qui s'est développé en Europe pendant la seconde moitié du xix^e siècle, a encore renforcé la prépondérance de la loi nationale en matière d'état et de capacité des personnes. Sous l'influence de ce courant d'opinion, la jurisprudence a donné une large extension à la notion des lois d'état et de capacité.

Certains États étrangers sont cependant demeurés attachés à la loi du domicile. D'autre part, un certain nombre d'auteurs contemporains, considérant l'accroissement de l'immigration étrangère en France et pénétrés de la nécessité d'assimiler les étrangers établis chez nous à demeure en les faisant pénétrer dans nos mœurs et nos institutions, désireux aussi de rendre plus facile le séjour à l'étranger de Français émigrés, se demandent, non sans inquiétude, si l'innovation réalisée par le législateur de 1804 n'a pas été finalement nuisible aux intérêts de la France ¹.

Quoi qu'il faille penser de ce problème législatif, efforçons-nous de préciser ce qu'il faut entendre exactement par cette expression de l'article 3 : lois concernant l'état et la capacité des personnes.

275. Définition des mots : état et capacité des personnes. — Ils ne sont pas seulement employés par l'article 3, mais dans une foule de cas et il importe d'en déterminer le sens une fois pour toutes.

L'état d'une personne, d'une manière générale, c'est l'ensemble des qualifications juridiques que cette personne porte : ou plutôt, ce sont les conditions que marquent ces diverses qualifications. C'est, en outre, chacune de ces qualifications prise isolément ou plutôt la situation qui y correspond. Le mot *état* sert à désigner les situations diverses dans les-

1. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1928, p. 319, — 1930 p. 76 ; Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 2^e édit., n° 237.

quelles un individu peut se trouver au point de vue du droit. L'état d'un individu (*status personæ*), c'est sa position, son rôle comme membre de la cité ou de la famille auxquelles il appartient. L'état ainsi compris se détermine pour chacun par la naissance ; il est irrévocablement fixé par la mort ; dans l'intervalle, il est susceptible d'être modifié par différentes causes. Il se résume dans les qualités de Français ou d'étranger, d'époux, de père et de mère, d'enfant légitime, naturel ou adoptif. Chacune de ces qualités constitue un état particulier, d'où découlent des droits et des devoirs. Les actes qui constatent ces qualités sont appelés actes de l'état civil ; les contestations auxquelles elles peuvent donner lieu sont appelées questions d'état, c'est-à-dire relatives à l'état des personnes.

La capacité est autre chose que l'état. On entend par là l'aptitude à se prévaloir des droits qui résultent de l'état, l'aptitude à exercer les droits, à faire les actes par lesquels on les met en œuvre. Par exemple, l'article 8 s'exprime ainsi : « Tout Français jouira des droits civils. » Dans ce texte, la qualité de Français, c'est l'état de Français ; les droits civils découlent de cet état. Est-ce dire que tout Français puisse mettre ces droits en œuvre, les exercer pleinement ? Non. Pour les exercer, il faut de plus que le Français soit capable, c'est-à-dire qu'il réunisse les conditions légales d'aptitude à s'en prévaloir. Or la capacité est susceptible de diverses modifications, de différentes restrictions. Les unes tiennent à l'âge : le mineur n'exerce pas ses droits, il est incapable ; la question de savoir si on est majeur ou mineur n'est pas une question d'état, mais de capacité. Les autres tiennent aux rapports d'autorité et de dépendance existant entre certaines personnes : la femme mariée est incapable. D'autres, enfin, tiennent à certaines infirmités : telles sont les incapacités résultant de l'interdiction, de la nomination d'un conseil judiciaire, du placement dans un asile d'aliénés. Dans tous ces cas, on entend toujours par capacité l'aptitude légale, par incapacité l'inaptitude à mettre en œuvre un droit, à l'exercer.

276. Etendue d'application de l'article 3 alinéa 3. — Les lois concernant la capacité, comme celles concernant l'état, sont de statut personnel. Mais comment faut-il entendre exactement ce principe ?

Dans l'ancien droit, d'Argentré limitait strictement le statut personnel à la détermination de l'état et de la capacité ; il tendait à soustraire à la loi du domicile les rapports de famille qui sont la conséquence de l'état et de la capacité, notamment l'organisation de la tutelle. Au contraire, les interprètes de l'article 3 alinéa 3, sous l'influence du courant d'opinion qui s'est développé au XIX^e siècle en faveur de la prépondérance de la loi nationale, décident que toutes les institutions juridiques ayant pour objet la protection de l'état et de la capacité des personnes doivent être régies par la loi nationale.

Dès lors, les lois relatives à la nationalité, au mariage, à la filiation, à l'adoption, sont applicables aux Français en France et leur restent applicables à l'étranger. Le Français à l'étranger a l'état que lui donne la loi française. De même les lois françaises relatives à la fixation de la minorité et de la majorité, à la constitution et au fonctionnement de la tutelle et à l'émancipation, à la puissance paternelle ou maritale, à l'interdiction, à l'incapacité de la femme mariée, régissent les Français non seulement en France, mais à l'étranger. Cela résulte de l'article 3, confirmé à cet égard par divers textes qui font application de l'idée ; tel l'article 170 : il décide que le Français, pour contracter un mariage valable à l'étranger, doit satisfaire aux règles du Code civil relativement aux qualités et conditions requises quant au mariage (articles 144 à 164).

Réciproquement, l'étranger en France est régi, quant à sa capacité, par sa loi nationale ; la France reçoit les étrangers avec la capacité que leur reconnaît leur loi nationale. L'article 3, il est vrai, ne le dit pas. Mais deux motifs permettent de l'affirmer. D'abord, la personnalité des lois concernant l'état et la capacité est le droit commun de l'Europe ; d'autre part, l'historique de la rédaction du Code civil prouve qu'on a entendu maintenir chez nous la tradition. La pratique est fixée en ce sens et n'est pas contredite par l'article 3¹.

Donc, pour savoir si un étranger est mineur ou majeur, enfant légitime ou naturel, marié, célibataire ou divorcé,

1. Nous supposons que la loi étrangère posant les règles relatives aux conflits de lois soumet les questions d'état et de capacité à la loi nationale et nous ne prétendons pas trancher ici la question épineuse du renvoi. Voy. à cet égard Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 2^e édit. nos 255 et suiv.

s'il a capacité pour exercer tel droit, pour passer tel acte, il faut se référer aux lois étrangères. L'étranger est pour nous, au point de vue de son état et de sa capacité, ce que le fait sa loi nationale, et nous devons, en principe, traiter ses actes conformément aux prescriptions de cette loi.

Si le principe est simple et extrêmement net, les conséquences soulèvent des difficultés redoutables. Il appartient au droit international privé de les résoudre. Aussi, sans insister davantage, nous bornerons-nous à signaler que le domaine d'application de la loi nationale, relativement à l'état et à la capacité des personnes, comporte une limitation aussi importante au point de vue théorique qu'au point de vue pratique.

277. Réserve concernant l'intérêt des tiers. — On s'est demandé si un étranger en France peut se prévaloir des incapacités résultant de sa loi nationale pour faire tomber un acte au détriment d'un Français. L'hypothèse est simple. La majorité est fixée en France à vingt et un ans (art. 488), tandis qu'elle est fixée à vingt-trois ans en Hollande et en Espagne. Cela étant, un étranger qui a vingt-deux ans contracte en France avec un Français, sans se munir des autorisations qui sont nécessaires au mineur d'après la loi du pays de cet étranger ; puis, quand il s'agit d'exécuter, il invoque sa loi nationale, aux termes de laquelle il est mineur, et demande la nullité de l'acte par lui passé (article 1125). Peut-il agir ainsi ?

L'affirmative est évidente, en vertu du principe que les lois relatives à l'état et à la capacité sont de statut personnel. C'est le cas de répéter avec Cicéron : *Mihi placere non solet consequentia reprehendere quum prima concesseris*¹. Sans doute l'application de la loi étrangère va ainsi nuire au Français ; mais, indépendamment des considérations qui justifiaient l'autorité des lois nationales, l'intérêt français sagement entendu l'exige. Si, en effet, nous n'acceptons pas chez nous l'application stricte aux étrangers de leur statut personnel, les autres nations ne toléreront pas chez elles l'application à nos nationaux de leur propre statut personnel. Ce n'est pas eu égard à un cas particulier qu'il faut envisager cette question, c'est en général. Peut-être des circonstances particulières montreront-elles que le Français a été trompé, victime de manœuvres frauduleuses, auquel cas l'étranger ne

1. *Tusculanes*, V, 9, 24.

serait pas admis à se prévaloir de son dol ; en dehors de ce cas, l'étranger pourra lui opposer son incapacité, absolument comme le pourrait un autre Français ¹.

Cependant, la jurisprudence offre sur ce point des décisions contraires, ou du moins qui ont admis certains tempéraments. Notamment, il a été jugé qu'un étranger en France ne peut exciper de l'incapacité résultant de sa loi nationale pour se soustraire au paiement des acquisitions faites en vue de ses besoins usuels (tailleur, etc.) ². Le droit absolu conduirait, de ce chef, à des injustices. De même, la femme mariée étrangère est capable dans les limites du mandat domestique présumé par les mœurs françaises. D'une façon générale, les tiers ayant contracté de bonne foi sont protégés contre la nullité invoquée par l'incapable étranger, lorsqu'on ne peut leur reprocher raisonnablement leur imprévoyance.

6. LOIS RELATIVES AUX CONVENTIONS

278. La maxime *locus regit actum* soumet les conventions, au point de vue des formalités extérieures, à la loi du pays où elles sont passées. L'article 3 alinéa 3 les soumet à la loi nationale des parties en ce qui concerne la capacité des parties. Reste à déterminer quelle est la loi applicable pour tout ce qui concerne la substance des conventions et leurs effets. Le choix est abandonné à la volonté des parties, par application de ce que les théoriciens du droit international privé appellent le principe de l'autonomie de la volonté. En d'autres termes, les contractants choisissent librement la loi sous l'empire de laquelle ils entendent placer leur contrat. La jurisprudence française leur permet de soumettre l'ensemble de leurs accords à une loi étrangère et, par là, d'écarter les règles de la loi française : non seulement les règles dites interprétatives ou supplétives, mais même les règles impératives. Cette liberté reconnue aux contractants, même à l'égard des lois impératives, donne lieu à des controverses doctrinales extrêmement vives, dans l'examen desquelles ce n'est point ici le lieu d'entrer. Observons seulement que les lois monétaires qui ont

1. Cass. 16 janvier 1861, D. P. 1861 I. 193, — Trib. de la Seine, 19 janvier 1889, Journal *Le Droit*, du 3 février 1889 — Paris 8 février 1883, D. P. 1884, II. 24.

2. Trib. de la Seine, 1^{er} juillet 1886, Journal *Le Droit* du 7 juillet 1886.

été une conséquence de la guerre ont confirmé, dans une certaine mesure, la jurisprudence en décidant que les dispositions d'ordre public par elles édictées cessent de s'imposer quand il s'agit de contrats internationaux ¹.

B. — Influence exercée par la notion d'ordre public en ce qui concerne l'application des principes posés par l'article 3.

279. La notion d'ordre public quant à l'application de l'article 3. — Il résulte des développements qui ont été présentés sur l'article 3 que certaines lois étrangères, considérées comme étant de statut personnel, sont appelées à recevoir application en France. Mais il convient d'ajouter un correctif. On admet sans conteste et d'une manière générale que la nécessité s'impose, en toutes matières, d'appliquer la loi française à l'exclusion des lois étrangères lorsque l'application de celles-ci serait de nature à troubler l'ordre public en France.

La notion d'ordre public apparaît ainsi comme dominant l'application de l'article 3. Un étranger ne peut pas se prévaloir en France des lois de son pays quand celles-ci sont contraires à un principe que la loi française regarde comme étant d'ordre public. Les dispositions des lois étrangères invoquées chez nous comme rentrant dans le statut personnel se heurtent alors à la territorialité des lois de police et de sûreté, si on prend les mots *latissimo sensu*.

Il est, dès lors, d'un intérêt primordial de définir l'ordre public et de déterminer, par là, la limite au delà de laquelle la loi étrangère cesse de s'appliquer.

Une première idée doit être soulignée à cet égard. Quand nous avons précédemment étudié le principe d'après lequel la loi est obligatoire pour les particuliers, qui lui doivent obéissance ², nous avons signalé la règle posée par l'article 6, aux termes duquel « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public » et nous avons essayé de déterminer quelles lois sont à considérer comme étant d'ordre public pour l'application de l'article 6. Voici que, de nouveau, nous rencontrons la notion d'ordre pu-

1. Voy. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 2^e éd. n° 359.

2. *Supra*, n°s 200 et suiv.

blic et, cette fois, pour l'application de l'article 3. Il importe d'observer que le contenu de la notion, si l'on peut dire, n'est pas le même dans les deux cas. En d'autres termes, la liste des lois devant être considérées comme d'ordre public pour l'application de l'article 3 n'est pas la même que celle des lois devant être considérées comme d'ordre public pour l'application de l'article 6. Et c'est pour marquer, pour rendre sensible cette distinction que l'usage a été introduit d'employer des expressions différentes pour désigner les deux notions distinctes de l'ordre public. S'agit-il de l'ordre public visé par l'article 6, on dit : *l'ordre public interne* ; s'agit-il de l'ordre public envisagé quant à l'application de l'article 3, on dit : *l'ordre public international* ¹.

Cette observation faite, la question se pose de savoir quelles sont les prescriptions de la loi française devant être considérées comme d'ordre public *international* et en quoi la liste de ces prescriptions diffère de celle des prescriptions devant être considérées comme d'ordre public *interne*. Insister sur ce point serait empiéter sur le domaine du droit international privé. Nous nous contenterons, laissant de côté l'ordre public interne, de donner quelques indications sur le point de savoir quelles sont les prescriptions législatives françaises devant être considérées comme d'ordre public au point de vue de l'application de l'article 3.

280. Quelques exemples. — On pourrait en citer un grand nombre. Il suffira de relever les plus caractéristiques.

281. Le premier se rapporte à la matière du divorce. Depuis la loi du 8 mai 1816 jusqu'à celle du 27 juillet 1884, le divorce n'était pas admis en France et l'était, au contraire, dans la plupart des pays d'Europe. Un étranger, marié puis divorcé d'après la loi de son pays, devait-il être admis à contracter mariage en France ?

On en a douté assez longtemps et des arrêts ont décidé que non, mais l'opinion contraire a prévalu pour les raisons suivantes. Supposons l'étranger interdit par un jugement rendu dans son pays ; on le traitera comme tel en France. Supposons-le marié ; on le traitera comme tel. Or la loi étrangère a rompu son mariage ; pourquoi alors le tenir encore comme marié ? Le tiendra-t-on comme tel d'après la loi française ?

1. Voy. la critique de cette terminologie et de cette façon de raisonner dans Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 2^e éd. n^{os} 264 et suiv.

Elle ne lui est pas applicable. D'après sa loi nationale ? Elle dit qu'il n'est pas marié. Force est bien de le considérer comme libre de se marier.

On opposait à cela que la loi française répugnait au divorce. Mais cela n'était vrai que pour les Français, pour eux seulement. En tout cas, l'objection n'aurait eu de valeur qu'en tant qu'il se serait agi pour l'étranger divorcé d'épouser un Français.

Telle était, avant 1884, la jurisprudence constante de la Cour de cassation ¹.

282. La question précédente ne peut plus se présenter dans les mêmes termes depuis le rétablissement du divorce en 1884, mais elle conserve toute son actualité, même depuis 1884, quant au divorce par consentement mutuel. La loi française ne l'admet pas ; certaines lois étrangères l'admettent. De là les difficultés.

Supposons que deux époux étrangers, ressortissant à un pays dont les lois admettent le divorce par consentement mutuel, introduisent devant les tribunaux français une demande de divorce par consentement mutuel. Il semble bien que nos tribunaux ne sauraient accueillir pareille demande sans heurter l'ordre public.

Mais supposons un étranger ayant obtenu dans son pays le divorce par consentement mutuel. Peut-il contracter un nouveau mariage en France ? Il n'en faut pas douter. Aux yeux de la loi française, l'étranger est, quant à son état et à sa capacité, ce que le fait la loi de son pays. Cette loi, nous n'avons aucune compétence pour la discuter et nous ne sommes pas intéressés à la contester.

283. En matière de mariage, c'est à la loi nationale des futurs époux qu'il faut se référer pour tout ce qui concerne les conditions de fond du mariage, notamment pour ce qui concerne l'aptitude juridique des futurs époux. Mais supposons que la loi nationale d'un futur époux interdise son mariage avec une personne appartenant à une religion différente de la sienne. Une telle exigence confessionnelle est regardée par notre jurisprudence comme contraire à l'ordre public français ; la loi étrangère qui la consacre ne saurait prévaloir, à cet égard, contre la loi française ¹.

1. Voy. Dalloz, *Code civil annoté*, art. 3, nos 104 et 105.

2. Paris 17 novembre 1922, *Journal de droit international*, 1923, 85.

284. Il est de principe que la loi nationale d'un enfant naturel étranger est applicable pour tout ce qui concerne les conditions dans lesquelles il peut être reconnu ou légitimé, mais la jurisprudence refuse d'appliquer la loi étrangère lorsque celle-ci ouvre à l'enfant naturel des droits contraires à l'ordre public français. Par exemple, l'article 335 interdit la légitimation de l'enfant adultérin quant au père lorsqu'il existe un enfant légitime issu du mariage au cours duquel cet enfant adultérin a été conçu ; cette règle est d'ordre public et ne saurait être mise en échec par l'application d'une loi étrangère ¹.

285. Signalons enfin, à titre de curiosité, la question suivante. Elle a été soulevée à propos d'une institution qui est bien loin de nos mœurs, la polygamie. Supposons un mahométan en France et déjà marié. Peut-il être admis à contracter en France un autre mariage ? Question délicate et qui n'est pas de nature à se présenter souvent, mais qui a sa valeur comme exemple.

En général, on répond par la négative et on dit : la monogamie est chez nous d'ordre public et, dès lors, le statut personnel de l'étranger se heurte à la territorialité des lois d'ordre public. La solution est très contestable, car elle est contraire au principe de l'article 3, d'après lequel les lois relatives à la capacité sont de statut personnel. Sans doute la loi française répugne à la polygamie, mais seulement pour les Français, qui sont ses justiciables ; quant aux étrangers, la loi française leur reconnaît l'état et la capacité qui leur sont conférés par leurs lois nationales ; or la loi nationale du mahométan lui permet de contracter mariage malgré l'existence d'un précédent mariage non dissous et cette faculté suit en France le mahométan. La preuve, c'est qu'on n'aurait jamais l'idée de poursuivre un mahométan pour bigamie, car sa loi nationale lui permet d'avoir plusieurs épouses légitimes. Si on tolère ainsi qu'il ait plusieurs épouses légitimes, pourquoi ne pas tolérer qu'il en prenne une de plus alors qu'il en a déjà d'autres ?

286. Notion des droits acquis à l'étranger. — Ajoutons tout de suite que la question de savoir si l'application en France d'une loi étrangère de statut personnel doit être

1. Civ. rej. 31 mars 1930, D. P. 1930 (note de M. Savatier), S. 1931 I. 9.

écartée par le motif que cette application porterait atteinte à une prescription d'ordre public du droit français se présente sous une forme particulièrement délicate quand il s'agit d'écarter l'application de la loi étrangère en ce qui concerne non pas l'acquisition d'un droit conformément à cette loi, mais la reconnaissance, l'effet d'un droit acquis conformément à cette loi.

Eclairons l'idée en nous référant aux exemples qui viennent d'être cités.

S'agissant du divorce par consentement mutuel, il semble aller de soi, nous l'avons dit ¹, que les tribunaux français ne sauraient accueillir une demande de divorce par consentement mutuel entre deux époux étrangers, encore que leur loi nationale admette le consentement mutuel comme donnant ouverture au divorce. Mais si le divorce a été prononcé entre eux par consentement mutuel dans leur pays, il ne fait pas difficulté qu'aucune considération tirée de l'ordre public ne s'oppose à ce que le lien conjugal ayant existé entre eux soit considéré par les tribunaux français comme rompu, d'où résultera pour chacun des deux étrangers la faculté de contracter un nouveau mariage.

De même en ce qui concerne la filiation adultérine. Dans l'hypothèse que nous avons envisagée plus haut, l'article 335 a été considéré comme posant une règle d'ordre public, laquelle s'oppose à ce que la légitimation intervienne ; mais l'enfant adultérin légitimé a un droit acquis à l'état résultant de la légitimation et peut exciper en France, par application de l'article 3, de tous les effets qui sont une conséquence de cet état d'après sa loi nationale.

L'énoncé de ce principe du respect international des droits acquis apparaît simple quand on ramène le principe à ces éléments essentiels. L'application est infiniment délicate. Il nous paraît suffisant, renvoyant pour le surplus aux ouvrages de droit international privé ², d'avoir dégagé ces deux idées fondamentales : 1^o l'acquisition d'un droit à l'étranger n'affecte pas l'ordre public en France ³, — 2^o l'ordre public

1. *Supra*, n^o 282.

2. Voy. notamment Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 2^e édit., n^os 272 et suiv.

3. *Ibid*, n^o 277 *ter*.

peut empêcher l'exercice en France d'une situation régulièrement acquise à l'étranger ¹.

287. Notion de fraude à la loi. — Une dernière observation doit être présentée en ce qui concerne l'application des principes posés par l'article 3 ou dérivés de cet article ².

288. Prenons un exemple. Un Français marié se fait naturaliser à l'étranger ; il est désormais soumis au statut personnel de son pays d'adoption. Il divorce par consentement mutuel. Son mariage est-il légalement dissous ?

C'est une question importante. Elle a reçu de la jurisprudence des solutions diverses ³. Elle n'est pas susceptible d'une solution absolue et tout dépend des circonstances.

La loi est faite pour qu'on en use, non pour qu'on en abuse ; l'article 3 ne peut être invoqué comme un moyen d'é luder les dispositions de la loi française. C'est à la lumière de cette idée qu'il faut étudier la question. Il faut examiner si la naturalisation du Français à l'étranger a été amenée par les circonstances, ou si elle a été sollicitée comme un moyen d'arriver au divorce. L'hypothèse n'est pas chimérique. En Suisse, par exemple, la naturalisation est très facile à obtenir ; c'est une affaire de quelques jours. On a vu des Français et surtout des Italiens qui se faisaient naturaliser en Suisse, divorçaient et revenaient dans leur pays avec l'idée très fautive qu'ils étaient libres et pouvaient y contracter une nouvelle union.

289. Voici un autre exemple. Il se rapporte à la règle *locus regit actum* ⁴. Si générale que soit cette règle, elle reçoit cependant une restriction. Bien comprise, la règle *locus regit actum* est une facilité nécessaire, reconnue au profit de ceux qui sont loin de leur pays ; ce serait la fausser que de laisser y recourir comme à un moyen d'é luder la loi française, de sorte qu'elle cesse d'être applicable quand on ne l'invoque que pour faire échec à la loi française. Répétons-le : les lois sont faites pour qu'on en use, non pour qu'on en abuse.

C'est ce qui a été maintes fois jugé, spécialement en ma-

1. *Ibid*, n° 279.

2. Lerebours-Pigeonnière, *Précis...*, n° 262 et suiv.

3. Cass. 18 mars 1878, S. 1878, I, 193 (aff. de *Beaufremont*) ; Cass. 15 juin 1887, D. P. 188. I. 412 ; Cass. 5 juillet 1905, D P. 1905. I., 571,

4. *Supra*, n° 271 et suiv.

tière de mariage. Deux personnes ont des raisons pour dissimuler leur mariage. Sachant qu'il sera connu si elles le contractent en France, elles passent la frontière, se marient à l'étranger et reviennent chez elles quelques mois ou quelques jours après. Le mariage est-il valable ? Incontestablement non. Bien entendu, il ne le serait pas s'il y manquait quelque'une des conditions exigées quant à l'état ou à la capacité, car état et capacité sont régis par la loi française (article 3 alinéa 3). Mais supposons toutes les conditions de capacité réunies ; un seul vice est allégué : le mariage a été célébré dans la forme du pays et non dans la forme française. La validité du mariage dépend de la question de savoir si le Français a ainsi contracté mariage par suite de circonstances non préméditées. La règle *locus regit actum* n'est pas admise comme moyen de tourner la loi, mais comme moyen de parer aux exigences de situations anormales. La longueur ou la brièveté du séjour à l'étranger n'y font rien. C'est ailleurs qu'il faut chercher l'élément de solution ; il faut examiner si ce sont les circonstances qui ont amené le Français à passer l'acte à l'étranger, ou s'il n'a eu recours à cette combinaison que pour éluder la loi française.

290. Ce ne sont là que des exemples. L'idée générale est que la fraude à la loi française a pour conséquence de rendre inopposables aux intéressés soit le moyen employé avec une intention frauduleuse, soit les conséquences réalisées¹.

§ 2

LES CONFLITS INTERNES ENTRE LOIS FRANÇAISES

A. — Conflits entre la loi française générale et le droit local d'Alsace et Lorraine.

291. Position du problème. — Nous avons déjà indiqué dans quelles circonstances il s'est posé². Au lendemain de la réintégration de l'Alsace et de la Lorraine dans l'unité française et dès avant toute mesure ayant pour objet l'introduction de la législation française dans les départements recouverts,

1. Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.*, n° 263, *in fine*.

2. Cpr. *Supra*, nos 127 et suiv.

le droit allemand demeurant en vigueur dans ces départements, il y a eu matière à conflits et la question s'est posée de savoir comment les résoudre.

L'idée de recourir aux principes posés par l'article 3 ou dérivant de cet article ne pouvait manquer de venir d'abord à l'esprit. D'une part, ces principes viennent de l'ancien droit ; or celui-ci ne faisait pas de différence entre les conflits internationaux et les conflits entre coutumes françaises : il étendait par analogie aux premiers les règles élaborées en vue des seconds. D'autre part et au fond, l'analogie entre les deux espèces de conflits est incontestable ; la méthode consistant à établir une division des matières juridiques en deux classes et à appliquer tantôt la loi personnelle, tantôt la loi de la situation d'un bien ou de l'accomplissement d'un acte et de la rédaction d'un écrit s'impose pour la solution des conflits interprovinciaux avec la même nécessité que pour le règlement des conflits internationaux.

292. Loi du 24 juillet 1921. — Toutefois et quelle que fût la ressemblance des deux situations, les prescriptions de l'article 3, visant expressément les conflits entre la loi française et les lois étrangères, n'étaient pas susceptibles d'application directe aux conflits entre la loi française et la loi locale et ne pouvaient être invoquées que par analogie ; d'autre part, l'expérience a vite démontré que la situation en Alsace et en Lorraine offrait des particularités rendant nécessaire une réglementation particulière. Elle a été édictée par la loi du 24 juillet 1921, *prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale* d'Alsace et de Lorraine en matière de droit privé ¹. On aurait scrupule à ne pas présenter l'analyse de cette loi avec un certain soin, car la construction est rigoureuse et fortement charpentée au point de vue de la technique juridique.

293. Le titre I (articles 1 à 9) est intitulé : *Règles de solution des conflits*.

Les articles 1 et 3 décident qu'en ce qui concerne l'état, la capacité et la tutelle, seuls les Alsaciens-Lorrains et leurs enfants légitimes ou naturels, même nés déjà le 11 novembre 1918, ainsi que les enfants nés de parents inconnus dans les territoires désannexés sont régis par la loi locale y demeu-

1. D. P. 1923, IV, 104, cpr. *supra*, n° 132. — Voy. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine*, 1922.

rant provisoirement en vigueur. L'état et la capacité de toute autre personne de nationalité française, même domiciliée dans un des trois départements recouvrés, demeurent régis par la loi française.

Aux termes de l'article 2, la femme mariée à un Français ou à un Alsacien-Lorrain est soumise, quant à son état et à sa capacité, à la loi qui régit l'état et la capacité de son mari.

L'article 4 est ainsi conçu : « Le régime de la propriété
« et des droits réels, en matière mobilière ou immobilière,
« est déterminé par la loi du lieu de la situation des biens.
« — En matière mobilière, la situation qui détermine la loi
« applicable est celle que le meuble occupe au début de
« l'instance en justice. — Toutefois, le déplacement d'un
« meuble ne peut porter atteinte à des droits antérieurement
« acquis. »

L'article 5 décide que les successions « sont régies, sans
« distinction entre la masse mobilière et la masse immo-
« bilière, par la loi qui détermine l'état et la capacité du
« *de cujus* au moment du décès ». Toutefois, l'article ajoute
que « la procédure de la liquidation et du partage et toutes
« les autres procédures, ainsi que les mesures de publicité,
« sont déterminées par la loi du lieu de la situation des
« biens ».

L'article 6 est relatif à la forme des actes. Il décide que les formes de tous les actes juridiques volontaires et notamment des contrats sont déterminées par la loi du lieu de la passation de l'acte. Il ajoute que les règles de la procédure sont déterminées par la loi de la juridiction saisie.

L'article 7 décide que les effets de tous les actes juridiques volontaires et notamment des contrats sont déterminés par la loi à laquelle les parties se sont référées et, à défaut de référence expresse ou tacite, par la loi du lieu de l'exécution.

L'article 8 s'occupe des modes de preuve autorisés pour établir l'existence d'un acte juridique et spécifie qu'ils sont déterminés par la loi du lieu de la passation de l'acte. Il ajoute que les modes de preuve de la filiation sont déterminés par la loi qui régit l'état de l'enfant et que les règles de procédure pour l'administration de la preuve sont établies par la loi du tribunal saisi.

Enfin l'article 9 décide que les règles de la faillite sont déterminées par le lieu du domicile du débiteur.

294. Le titre II de la loi (articles 10 à 13), sous la rubrique *Faculté d'option pour la loi française*, contient les dispositions suivantes.

L'article 10 pose le principe : « Tous les actes juridiques
« volontaires et notamment les contrats, qui sont régis par
« la loi locale, pourront être soustraits pour leur forme et
« leurs effets à l'application de cette loi et soumis à la loi
« française par une simple déclaration de volonté des parties.
« — Cette disposition s'appliquera à tous actes passés dans
« ces trois départements ou en tout autre lieu du territoire
« français. — Lorsque la déclaration concernera la forme
« d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé, elle
« devra être insérée dans l'acte lui-même. Ladite déclara-
« tion entraînera l'option quant aux effets de l'acte, sauf
« preuve contraire. »

Cette faculté d'option est limitée par l'article 11, qui l'exclut « pour tous les actes juridiques volontaires et notam-
« ment les contrats concernant l'état et la capacité des
« personnes, la création, le transfert, la modification ou
« l'extinction des droits réels immobiliers, les mesures de pu-
« blicité prescrites dans l'intérêt des tiers, l'acceptation ou
« la répudiation des successions », toutes matières qui demeurent exclusivement régies « par la législation applicable aux
« termes de la présente loi ».

L'article 13 étend la faculté d'option aux actes de société même conclus antérieurement à la loi.

Enfin l'article 12 pose les règles suivantes relativement aux contrats de mariage. D'une part, les Alsaciens-Lorrains pourront, par une simple déclaration insérée à leur contrat de mariage, adopter un régime matrimonial organisé par le Code civil français. D'autre part, les époux alsaciens-lorrains dont les conventions matrimoniales étaient régies par la loi locale « pourront adopter le même régime, en se soumettant
« aux conditions de forme et de publicité établies par la
« loi locale pour les conventions matrimoniales ». Enfin, le régime matrimonial de toute autre personne de nationalité française, même domiciliée dans un des trois départements désannexés, restera soumis aux règles du code civil français.

295. Dans le titre III (articles 14 à 16) et sous la rubrique *Dispositions générales*, la loi rappelle ce qu'il faut entendre

par la « qualité d'Alsacien-Lorrain », laquelle est définie par le traité de Versailles et par la loi locale (article 14).

Puis l'article 15 s'exprime ainsi : « Les règles de conflits « établies par la présente loi s'appliqueront exclusivement « aux conflits qui s'élèvent entre la loi française et la loi « locale. Elles seront, au besoin, complétées par les règles du « droit international privé admises en France. — Les con- « flits entre ces lois et les lois étrangères sont régis par « l'article 3 C. civ. et par le système général du droit interna- « tional privé admis en France. — ... La loi allemande, en « tant qu'elle reste en vigueur dans les trois départements, « est considérée comme loi étrangère, au sens du présent « article, lorsqu'elle s'applique à des sujets allemands. »

296. Les deux lois du 1^{er} juin 1924. — L'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1921 spécifiait édicter les règles applicables « jusqu'à l'introduction des lois civiles françaises » dans les départements recouvrés. On peut donc avoir la tentation de penser que l'introduction des lois civiles et commerciales françaises par les deux lois en date du 1^{er} juin 1924 ¹ a fait disparaître le régime des conflits établi par la loi de 1921.

Mais il n'en est rien.

En effet, les deux lois de 1924 sont loin d'avoir réalisé l'introduction complète des deux législations dans les départements désannexés ; nombreuses sont, nous l'avons dit ailleurs ², les modalités et réserves dont l'introduction a été assortie, si bien qu'il subsiste, même depuis l'entrée en vigueur des lois de 1924, un droit local d'Alsace et Lorraine. Dans toute la mesure où ce droit subsiste et tant que la dernière trace n'en aura pas disparu, il est et demeurera possible de voir s'élever des conflits et nécessaire d'avoir une réglementation permettant de les trancher.

Cette réglementation, c'est celle de la loi de 1921. L'article 1^{er} de cette loi la déclare applicable jusqu'à l'introduction des lois civiles françaises ; l'introduction n'ayant été réalisée qu'en partie, la loi reste en vigueur.

Aussi bien, l'article 13 alinéa 1 de la loi de 1924, portant introduction de la législation civile, est-il ainsi conçu : « Les « conflits entre la législation civile française et la législation

1. D. P. 1924, IV, 285 et 321.

2. Voy. *supra*, n° 130 et suiv.

« civile locale maintenue en vigueur par la présente loi continuent à être réglés par la loi du 14 juillet 1921. »

Il est vrai que l'article 1 de la loi de 1921, comme l'article 13 de la loi de 1924, paraissent se référer uniquement au droit *civil* local. Mais il est hors de doute que l'article 13 a eu pour objet et a pour effet de maintenir en vigueur la loi de 1921 dans son ensemble et telle qu'elle est caractérisée par sa rubrique : loi prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine en matière de *droit privé* ¹.

B. — Conflits résultant de ce que les lois nouvelles n'entrent pas en vigueur à la même date dans toutes les parties du territoire.

297. Position du problème. — Quand nous avons étudié le mécanisme de la publication des lois, nous avons constaté qu'il en résulte qu'une loi nouvelle n'entre pas en vigueur à la même date dans toutes les parties du territoire ² et nous avons indiqué que de là découlent des difficultés ³. Les conflits qui peuvent s'élever entre la loi française et les lois étrangères et qui font l'objet de l'article 3 peuvent aussi se produire entre deux lois françaises dont l'une modifie l'autre, puisque, par l'effet du mécanisme de la publication, les diverses parties de la France sont soumises à deux lois différentes, l'une ancienne et l'autre nouvelle.

Le nombre de ces conflits entre lois françaises — conflits internes, comme on dit parfois — ne paraît pas être considérable. Il n'a pu qu'être réduit par le décret du 5 novembre 1870 ⁴ et par l'accélération des communications postales, puisque la période pendant laquelle une loi nouvelle est déjà obligatoire dans certaines parties de la France sans l'être encore dans toutes se trouve raccourcie. La jurisprudence n'offre, semble-t-il, que très peu d'exemples ⁵. Mais il pour-

1. Sur la matière des conflits concernant le droit local d'Alsace et Lorraine, voy. Niboyet, *Le conflit de lois françaises et des lois locales d'Alsace et Lorraine*, dans le volume sur *l'Introduction du droit civil français en Alsace et Lorraine* publié par la Faculté de droit de Strasbourg en 1925.

2. *Supra*, n^{os} 167.

3. *Supra*, n^o 168.

4. *Supra*, n^o 160.

5. *Infra*, n^o 299.

rait en surgir d'autres et la question présente, en tout cas, un intérêt indéniable au point de vue théorique ¹.

Elle revient à savoir si ces conflits doivent ou peuvent être résolus par application des règles posées par l'article 3 ou dérivant de cet article.

298. Eléments de solution. — L'article 3 n'est pas directement applicable aux conflits internes qui nous occupent ; il ne vise que les conflits entre la loi française et les lois étrangères ². La loi du 24 juillet 1921 n'est pas davantage applicable ; non seulement elle vise une hypothèse toute différente, mais elle a été faite en vue d'une situation toute particulière et correspond à des besoins spéciaux. Aussi bien l'article 15 alinéa 1 de la loi, déjà cité plus haut ³, est-il ainsi conçu : « Les règles de conflit établies par la présente loi « s'appliqueront exclusivement aux conflits qui s'élèvent « entre la loi française et la loi locale. »

A défaut d'application proprement dite des textes dont il vient d'être parlé, est-il possible de les utiliser, par voie d'extension ou au moins d'analogie, pour résoudre les conflits internes qui nous occupent présentement ? C'est bien ici l'exemple le plus typique qu'on puisse donner d'une hypothèse dans laquelle le juge, saisi d'une constatation et obligé, par suite, de statuer, se trouve en présence d'une loi complètement muette ⁴. Pourquoi lui refuser de s'inspirer des directives générales résultant soit de l'article 3, soit de la loi de 1921 ? Il en ferait état non pas comme de prescriptions législatives, mais comme de données doctrinales s'incorporant au droit positif au même titre et de la même manière que des données jurisprudentielles ou des principes dégagés par l'opinion commune des auteurs ⁵.

L'article 15 de la loi de 1921 fournit à cet égard une indication intéressante. L'alinéa 1, qui vient d'être cité ⁶, décide que les règles de conflits établies par la loi de 1921 s'appliquent

1. Là *Société d'études législatives*, dans l'examen d'ensemble auquel elle a procédé des problèmes se rapportant à la promulgation et à la publication des lois, s'est spécialement attachée à la question des conflits pouvant résulter du mécanisme de la publication. Voy. le rapport de M. Aubert et le projet de loi dont ce rapport est l'exposé des motifs dans le *Bulletin* de la Société, 1933, p. 62 et suiv.

2. Cpr. *supra*, n° 261.

3. *Supra*, n° 295.

4. *Supra*, n° 188.

5. Cpr. *supra*, nos 95 et 189.

6. *Supra*, n° 295.

exclusivement aux conflits entre la loi française et la loi locale. L'alinéa 2 continue : « Elles seront, au besoin, complétées « par les règles du droit international privé suivies en France ». En s'exprimant ainsi, l'article 15 ne donne-t-il pas une sorte de consécration législative à l'ensemble des principes français consacrés par la doctrine, la jurisprudence et la coutume sur la base de l'article 3 ? Sans doute, cette consécration n'est expressément donnée par l'article 15 qu'en ce qui concerne les conflits entre la loi française et la loi locale ; mais si notre article en constate et en consacre ainsi l'existence, les juges se trouvent, par là-même, habilités, semble-t-il, à en faire état comme faisant partie intégrante du droit positif. La formule employée par l'article 15 n'apparaît pas seulement importante au point de vue spécial qui nous occupe, mais pleine de substance en ce qui concerne la question générale de savoir où sont les limites du droit positif et quelle est l'autorité qui s'attache tant à la jurisprudence qu'à la coutume et aux usages ¹.

Si l'on considérait ainsi la loi de 1921 comme pouvant orienter les tribunaux pour la solution des conflits résultant du mécanisme de la publication, on y trouverait cette directive importante qu'il convient de ne pas exagérer l'analogie des conflits internes et des conflits internationaux, pour cette raison essentielle qu'aucune question de souveraineté n'est en jeu dans les conflits internes, d'où résulte, en particulier, qu'aucune considération concernant l'ordre public n'entre en ligne de compte. La loi de 1921 s'écarte aussi, en un point important, des errements du droit international en décidant, dans l'article 5 déjà cité ², que les successions sont régies par la loi qui détermine l'état et la capacité du *de cuius* au moment du décès, sans distinction entre la masse mobilière et la masse immobilière.

299. Difficultés à résoudre. — Voici quelles sont les principales difficultés pouvant être prévues. Nous les avons signalées par avance ³. Reprenons les pour indiquer comment il semble qu'il faille les résoudre.

1^{ère} difficulté. — Une personne a son domicile à Marseille et réside momentanément à Paris ou réciproquement. D'après

1. Cpr. *supra*, n° 82 et .

2. *Supra*, n° 293.

3. *Supra*, n° 167.

le système admis pour la publication des lois, la loi est obligatoire à Paris avant de l'être à Marseille. Cela étant, le Marseillais résidant à Paris est-il soumis à la loi nouvelle à la date où celle-ci est obligatoire à Paris, lieu de sa résidence, ou bien n'y est-il soumis qu'à la date où la loi est obligatoire à Marseille, lieu de son domicile ? Réciproquement, le Parisien qui réside à Marseille est-il soumis à la loi nouvelle dès qu'elle est obligatoire à Paris, lieu de son domicile, ou bien seulement quand elle est obligatoire à Marseille, lieu de sa résidence ? En un mot, quand on cherche à partir de quel moment la loi est obligatoire pour une personne, faut-il s'attacher au domicile de cette personne ou à sa résidence de fait ?

Le doute est possible, car le texte de l'article 1 C. civ. ne fournit aucun élément de solution, pas plus que le décret du 5 novembre 1870.

On peut soutenir qu'il ne faut tenir compte que du domicile et raisonner de la façon suivante. En organisant la publication, le Code et plus tard le décret de 1870 ont entendu établir une règle fixe, indépendante des circonstances individuelles. C'est pour cela qu'ils ont déterminé l'entrée en vigueur des lois par rapport aux circonscriptions territoriales, non par rapport aux personnes. Donc la loi n'est obligatoire quant aux personnes qu'autant qu'elle l'est quant à l'endroit où ces personnes sont domiciliées.

On peut soutenir, au contraire, qu'il ne faut tenir compte que de la résidence et raisonner comme suit. La loi devient obligatoire non pas quand elle est effectivement connue, mais quand elle est présumée connue ; or la loi est réputée connue par les intéressés lorsque la connaissance de la loi est censée être arrivée à ces intéressés, eu égard au lieu où ils se trouvent ; donc il faut tenir compte de la résidence de la personne, sans que le domicile ait aucune importance.

La jurisprudence et des auteurs considérables ont écarté depuis longtemps l'une et l'autre solution. Ils résolvent la difficulté en s'inspirant de l'article 3, d'après lequel les lois sont territoriales ou personnelles. De cette distinction découlent, quant à la question posée, les règles suivantes.

S'agit-il d'une loi d'application territoriale, comme celle qui concerne la condition d'un immeuble, le Marseillais y est soumis à Paris dès que la loi est obligatoire à Paris, quoiqu'elle ne le soit pas encore à Marseille. S'agit-il d'une loi

d'application personnelle, comme celle qui concerne l'état et la capacité, le Marseillais n'y est soumis à Paris que quand, la loi est obligatoire à son domicile, c'est-à-dire à Marseille. Les lois entrent en vigueur par suite de la résidence s'il s'agit de lois territoriales, par suite du domicile s'il s'agit de lois personnelles ; en d'autres termes, on résout le conflit entre les lois françaises qui ne sont pas applicables dans toute la France comme on résout le conflit entre la loi française et les lois étrangères ¹.

La solution semble raisonnable et satisfaisante au point de vue pratique. Elle séduit par le fait qu'elle est en harmonie avec l'article 3.

Toutefois, une observation s'impose. Si l'article 3 fournit une base solide à la première des deux règles posées, celle d'après laquelle une loi d'application territoriale oblige le Marseillais à Paris dès qu'elle est obligatoire à Paris et avant qu'elle soit obligatoire à Marseille, — la seconde règle, celle d'après laquelle une loi d'application personnelle n'oblige le Marseillais à Paris que quand elle est obligatoire à Marseille, ne trouve aucun appui dans l'article 3. Cet article, envisageant un conflit entre la loi française et une loi étrangère, donne prééminence à la loi nationale pour tout ce qui concerne les lois d'application personnelle ; s'agissant d'un conflit interne, il fournit la notion d'après laquelle certaines lois ne sont pas d'application territoriale, sans donner aucune directive quant à la question de savoir si la loi d'application personnelle est celle du domicile ou de la résidence.

2^e difficulté. — Supposons un rapport de droit entre deux personnes domiciliées en des lieux qui sont soumis à des lois différentes, entre un Parisien et un Marseillais. Le fait d'où naît le rapport de droit s'est réalisé alors que la loi nouvelle était obligatoire à Paris et ne l'était pas encore à Marseille. Quelle loi sera appliquée ?

La difficulté est identique à celle qui se présente quand il s'agit d'un rapport entre un Français et un étranger. Chacun d'eux obéissant aux lois de son pays, l'article 3 dit comment on sort d'embarras.

Par analogie, il faut suivre la même règle pour l'application de la loi française au cas qui nous occupe.

1. Cass. 20 février 1845, D. P. 1845, I. 107. Cpr. Demolombe, *De la publication, des effets et de l'application des lois*, n^o 31 ; Aubry et Rau, 4^e édit., I, § 26, p. 52.

3^e *difficulté*. — Il y a des lois françaises qui suivent les Français à l'étranger (article 3 alinéa 3). La question se pose de savoir comment la loi promulguée devient obligatoire à l'égard des Français résidant à l'étranger.

Pour ne pas raisonner dans le vague, prenons un exemple, emprunté à la matière du divorce. La loi du 8 mai 1816, abolissant le divorce, a été obligatoire à Paris le 19 mai au matin. Un Français divorce le 20 en Amérique ; il revient en France quelque temps après, croyant avoir valablement divorcé, s'étant peut-être remarié, et il se trouve que la faculté de divorcer avait été retirée la veille du jour où il avait divorcé. Lui appliquera-t-on la loi nouvelle ?

D'une part, l'article 1 C. civ. et le décret de 1870 ne déterminent les conditions de la publication qu'eu égard au territoire français¹. Le système de la publication fictive résultant de l'expiration de certains délais n'est donc applicable que dans les limites du territoire français.

D'autre part, on ne saurait admettre que la loi nouvelle devienne obligatoire pour les Français résidant à l'étranger dès et par cela seul qu'elle a été promulguée. La loi serait alors obligatoire pour les Français qui habitent New-York avant de l'être pour celui qui habite Paris, car la loi n'est obligatoire à Paris qu'un jour après celui de la promulgation.

La vérité consiste à ne retenir de l'article 1 que l'idée générale, d'après laquelle les lois sont obligatoires du moment où la promulgation peut en être connue. S'agit-il du territoire français, ce moment est déterminé par l'effet de présomptions légales. S'agit-il des pays étrangers, les présomptions sont inapplicables ; dans le silence de la loi, il appartient aux tribunaux de faire cette détermination d'après les circonstances de la cause. C'est une question de fait et de bonne foi ; pour la trancher, il faudra tenir compte de la rapidité des communications postales, de l'instruction du Français résidant à l'étranger, des moyens d'information, etc. La situation du *Cow-boy* habitant le *Far West* n'est évidemment pas la même à ce point de vue que celle du Français résidant à quelques kilomètres au delà de la frontière².

1. Voy. *supra*, n^{os} 152 et suiv.

2. Demolombe, *op. laud.*, n^o 29. — Cass. 22 juin 1891, D. P. 1891, I, 353, Sir. 1891, I, 289. Voy. dans Dalloz la note et les conclusions de M. l'avocat général Desjardins.

TABLE ANALYTIQUE

INTRODUCTION

Le Code civil (nos 1-2).

| | |
|--|----|
| CHAPITRE I. — QUELQUES DÉFINITIONS. | 13 |
| Nécessité de ces définitions (n° 3). | |
| § 1. — <i>La loi</i> (n° 4 à 6) | 14 |
| § 2. — <i>La jurisprudence</i> (n° 7) | 16 |
| § 3. — <i>Le droit</i> (n° 8) | 17 |
| Premier sens du mot (n° 9). — Deuxième sens du mot (n° 10). — Troisième sens du mot (n° 11). | |
| § 4. — <i>La législation</i> | 21 |
| Regard d'ensemble (n° 15). | |
| CHAPITRE II. — LE DROIT NATUREL | 24 |
| La notion de droit naturel s'impose comme inéluctable (n° 17). | |
| SECTION I. — Théorie du droit individuel | 25 |
| Tradition absolutiste de l'antiquité (n° 19). — Conception théocratique du moyen âge (n° 20). — Le droit individuel depuis la Réforme jusqu'à la Révolution (n° 21). — L'autonomie de la volonté et l'équilibre des libertés (n° 22). — Le droit naturel n'est qu'une direction ; rappel de la distinction du droit naturel et du droit idéal (n° 23). | |
| SECTION II. — Indication des principales parmi les tendances différentes qui se manifestent autour de nous | 33 |
| § 1. — <i>Autres théories du droit naturel</i> | 33 |
| Droit familial et droit social (n° 25). | |

| | |
|--|----|
| § 2. — <i>Matérialisme et positivisme juridiques</i> (n° 26)..... | 34 |
| A. — <i>Le droit politique de la force réalisant le bonheur de l'humanité</i> (n° 27).... | 35 |
| Écoles allemandes (n° 28). — L'École du droit naturel à contenu variable (n° 29). — Le Marxisme n° 30). | |
| B. — <i>Le droit objectif de l'école solidariste..</i> | 37 |
| L'École du droit objectif de Léon Du- guit (n° 30 bis). | |
| C. — <i>Positivisme juridique équilibré par l'affirmation de la puissance de la règle morale</i> (n° 31)..... | 38 |
| CHAPITRE III. — LE DROIT POSITIF..... | 40 |
| SECTION I. — Objet général du droit positif | 40 |
| Organisation d'une discipline sociale (n° 33). — Étendue variable de la discipline sociale (n° 34). | |
| SECTION II. — Diverses parties du droit positif | 42 |
| Droit public et droit privé (n° 35). — Unité de fondement du droit positif dans son ensemble (n° 36). — Objet et divisions du droit public (n° 37). — Objet et divisions du droit privé (n°s 38-40). | |
| SECTION III. — Sources du droit positif | 48 |
| Notions générales (n° 41). — Droit écrit et droit coutumier (n° 42). — Succession chronologique des sources (n° 43). | |
| § 1. — <i>Le droit ancien</i> | 51 |
| Énumération des sources du droit ancien (n° 44). — Le droit romain (n° 45). — Les ordonnances (n° 46). — Les coutumes générales ou locales et les statuts (n° 47). — Les règlements (n°s 48-50). | |
| § 2. — <i>Le droit intermédiaire et le droit moderne</i> | 55 |
| A. — <i>Sources du droit civil</i> | 56 |
| a) <i>La loi proprement dite</i> | 56 |
| Notion générale de la loi (n°s 52 à 54). — Les codes (n°s 55-56). — Les lois et les décrets-lois (n°s 57- 58). — Décrets-lois de l'époque | |

| | | |
|------|---|----|
| | révolutionnaire (n° 59). — Décrets-lois postérieurs à l'époque révolutionnaire (n°s 60-61). — Difficultés relatives à l'interprétation et à la modification des décrets-lois (n° 62). — Lois ordinaires, organiques et constitutionnelles (n° 63). — Lois inconstitutionnelles (n° 64). | |
| b) | <i>Les ordonnances et les décrets</i> | 72 |
| | Distinction de la loi et du décret (n° 65). — Domaines de la loi et du décret (n°s 66-67). — Décrets entachés d'illégalité (n° 68). | |
| c) | <i>Quelques senatus-consultes</i> | 75 |
| | Les senatus-consultes (n° 69). | |
| d) | <i>Avis du Conseil d'Etat</i> | 77 |
| | Avis d'interprétation législative et d'interprétation judiciaire (n°s 70-72). — Simples avis ou consultations (n° 73). | |
| e) | <i>Certains règlements faits par l'autorité administrative</i> | 80 |
| | Pouvoir réglementaire (n° 74). — Les règlements administratifs sont de plusieurs sortes (n° 75). | |
| f) | <i>Le Bulletin des lois et le Journal officiel</i> | 82 |
| | Le Bulletin des lois (n°s 76 à 79). — Le Journal officiel (n° 80). — Collections dues à l'initiative privée (n° 81). | |
| B. — | <i>Le droit non écrit</i> | 85 |
| a) | <i>Coutumes et usages</i> | 85 |
| | La coutume (n°s 82-85). — Coutumes proprement dites (n° 86). — Les pratiques ou usages conventionnels (n°s 87-88). — Coutumes contraires à la loi (n°s 89-90). — Preuve de la coutume et des pratiques ou usages (n°s 91-92). | |
| b) | <i>La jurisprudence</i> (n°s 93-94) | 92 |
| c) | <i>Autres facteurs du droit non écrit ou sources non formelles</i> (n° 95) | 94 |

| | |
|---|-----|
| CHAPITRE IV. — LE CODE CIVIL..... | 95 |
| SECTION I. — Rédaction du Code civil | 95 |
| Régime de diversité de l'ancien droit (n° 97). — Projets tendant à la rédaction du Code civil (n° 98). — Elaboration du Code civil (n° 99). — La commission de quatre membres (n° 100). — Examen du Conseil d'État (n° 101). — Intervention du Tribunal et du Corps législatif. Retrait de projet (n° 102).. — Elimination de l'an X et introduction de la communication officieuse au Tribunat (n° 103). — Reprise et vote du Projet. Loi du 30 ventose an XII (n° 104). — Documents qui forment les travaux préparatoires (n° 105). | |
| SECTION II. — Modifications d'ensemble subies par le Code Civil depuis son apparition | 103 |
| Editions successives du Code civil (n° 106 à 108). — Modifications matérielles et changements de nom depuis la dernière édition officielle (n° 109). | |
| SECTION III. — Méthode et plan général du Code Civil .. | 106 |
| Description d'ensemble (n° 110). — Enchaînement des diverses parties du Code (n° 111-114). — Mérites et défauts de cette classification (n° 115). | |
| SECTION IV. — Caractères généraux du Code Civil | 110 |
| Quatre traits caractéristiques (n° 116). — Le premier concerne la langue du Code civil (n° 117). — Le Code de 1804 est aussi éloigné que possible de tout esprit de système (n° 118). — Le Code de 1804 pose des principes généraux et ne se pique pas de prévoir tous les détails (n° 119). — Le Code civil ne formule pas de règles abstraites (n° 120). | |
| SECTION V. — Histoire de l'interprétation du Code civil .. | 113 |
| L'École de l'exégèse (n° 122). — L'École dogmatique (nos 123 à 125). — L'interprétation du Code civil à partir du milieu du XIX ^e siècle (nos 125-126). | |
| SECTION VI. — Introduction du Code civil en Alsace et Lorraine | 118 |
| Le problème législatif (n° 127). — La solution | |

(n° 128). — La politique de l'introduction en ce qui concerne le droit privé (n° 129). — Lois françaises introduites et lois allemandes abrogées (n° 130). — Le droit local (n° 131). — Conflits (n° 132). — Caractère temporaire du droit local (n° 133).

| | |
|--|-----|
| SECTION VII. — Plan général et méthode du présent cours | 124 |
| Méthode analytique (n° 134-136). | |

EXPLICATION DU TITRE PRÉLIMINAIRE DU CODE CIVIL

Contenu du titre préliminaire (nos 137-138 *bis*).

| | |
|--|-----|
| CHAPITRE I. -- LA PROMULGATION DES LOIS..... | 129 |
| SECTION I. — Promulgation des lois proprement dites .. | 129 |
| Promulgation et publication (n° 139). — Caractère essentiel de la promulgation (nos 140-141). — Formes de la promulgation (nos 142-149). | |
| SECTION II. -- Promulgation des décrets et règlements .. | 141 |
| Peut-il être parlé d'une promulgation en ce qui concerne les décrets (n° 150) ? — Formes de cette promulgation (n° 151). — Règlements administratifs autres que les décrets (n° 151 <i>bis</i>). | |
| CHAPITRE II. — DE LA PUBLICATION DES LOIS | 143 |
| SECTION I. — Publication des lois proprement dites | 143 |
| Caractère et rôles de la publication (n° 151). — Commentaires sur la publication (nos 153-154). — Système du Code de 1804 et de l'ordonnance du 27 novembre 1816 (nos 155-157). — Compensation des délais (n° 158). — Abréviation et allongement des délais (n° 159). — Système du décret-loi du 5 novembre 1870 (n° 160). — Système de la loi du 19 avril 1930 (n° 161). — Vice fondamental du système (n° 162). — Le décret de 1870 n'a pas abrogé les dispositions des ordonnances de 1816 et 1817 concernant la publication accélérée des lois (n° 163). — | |

| | | |
|-----------------|---|-----|
| | Lois dont l'entrée en vigueur est ajournée (n° 164). | |
| SECTION II. — | Publication des décrets et règlements | 154 |
| | Publication des décrets (n° 165). — Publication des règlements administratifs autres que les décrets (n° 166). — | |
| SECTION III. — | Observations communes aux lois, décrets et règlements autres que les décrets . . | 157 |
| | Les lois et les décrets nouveaux ne deviennent pas obligatoires le même jour dans toutes les parties de la France (n° 167). — Caractère défectueux du système de publication des lois et décrets (n° 168). — Publication administrative (n° 169). | |
| CHAPITRE III. — | LA DATE DES LOIS | 161 |
| | On désigne les lois par leur date (n° 170). — Ce qu'est la date d'une loi (n° 171). — Pratiques suivies en fait (n° 172). — Pratiques suivies dans le passé (n° 173). — Pratique actuelle (n° 174). | |
| CHAPITRE IV. — | L'ABROGATION DES LOIS | 167 |
| | Notions générales (n° 175). — Abrogation expresse ou tacite (n° 176). — Abrogation par désuétude (n° 177). | |
| CHAPITRE V. — | DE L'AUTORITÉ ET DE L'APPLICATION DES LOIS (n° 178) | 172 |
| SECTION I. — | De l'autorité en général des lois | 172 |
| § 1. — | <i>La loi est obligatoire pour le pouvoir exécutif.</i> | 172 |
| | Le pouvoir exécutif et la loi proprement dite (n° 180). — Le pouvoir exécutif et les décrets (n° 181). | |
| § 2. — | <i>La loi est obligatoire pour le pouvoir judiciaire</i> | 174 |
| | Interdiction pour le juge de statuer par voie de disposition générale et réglementaire (n° 183). — Obligation pour le juge de statuer toutes les fois qu'il en est requis (n° 184). | |
| A. — | <i>Il existe un texte clair et précis</i> | 175 |
| | Mission de juge dans ce cas (n° 185). | |
| B. — | <i>Le texte est obscur ou ambigu</i> | 176 |
| | Mission du juge dans ce cas (n° 186). — Difficulté spéciale (n° 187). | |

| | |
|--|-----|
| C. — <i>La loi est muette</i> | 178 |
| Mission du juge dans ce cas (nos 188-189). | |
| D. — <i>Office propre de la Cour de Cassation</i> | 180 |
| Rôles respectifs des juges du fond et de la Cour de cassation. Conflits d'interprétation. Systèmes imaginés pour y mettre fin (nos 190-191). — Systèmes imaginés dans le passé (n° 192). — Système actuel (n° 193). — Conclusion : importance du rôle de la Cour de cassation (n° 194). — Observation complémentaire : le contrôle de la Cour de cassation s'étend à toutes les questions de droit (n° 195). | |
| § 2 — <i>La loi est obligatoire pour les particuliers qui lui doivent obéissance</i> | 186 |
| Double portée de ce principe (n° 196). | |
| A. — <i>Nul n'est censé ignorer la loi</i> | 186 |
| Justification et portée de la règle (n° 197). — Première exception : l'ignorance de la loi est une excuse en matière pénale (n° 198). — Seconde exception : l'erreur de droit peut justifier la bonne foi (n° 199). | |
| B. — <i>Les particuliers ne peuvent écarter l'application de la loi par une manifestation de leur volonté</i> | 189 |
| La règle et les exceptions (n° 200). | |
| a) <i>Lois qui intéressent l'ordre public</i> | 190 |
| Notions générales (n° 201). — Principales lois d'ordre public (n° 202) — Lois d'intérêt privé (n° 203). — La distinction des lois d'ordre public et d'intérêt privé n'a rien d'absolu (nos 204-208). | |
| b) <i>Lois qui intéressent les bonnes mœurs</i> | 197 |
| Incertitude sur ce qu'il faut entendre exactement par là (nos 209 à 211). | |
| SECTION II. — De l'autorité des lois quant au temps qu'elles régissent | 200 |
| La non-rétroactivité des lois. Justification du principe (nos 212-213). | |
| § 1. — <i>Le principe de la non-rétroactivité des lois est une règle d'interprétation</i> | 202 |
| Position du principe (n° 214). | |

| | |
|---|-----|
| A. — <i>Lois déclarées rétroactives par le législateur</i> | 204 |
| La règle de non-rétroactivité n'est pas un principe constitutionnel (n° 215). — Exemples de lois déclarées rétroactives par le législateur (n° 216). Dispositions transitoires (n° 217). | |
| B. — <i>Lois interprétatives</i> | 206 |
| Ce qu'il faut entendre par là (nos 218-218 bis). — Le principe de non-rétroactivité est inapplicable aux lois interprétatives (nos 219-221). | |
| § 2. — <i>Etendue d'application du principe de la non-rétroactivité des lois</i> | 210 |
| Position du problème ; domaines respectifs de la loi ancienne et de la loi nouvelle (nos 222 à 224). | |
| A. — <i>Les conceptions doctrinales</i> | 212 |
| a) <i>La distinction classique des droits acquis et des simples expectatives</i> (nos 225-226). | |
| | 212 |
| b) <i>Nouveaux systèmes proposés</i> (n° 227). | |
| | 213 |
| Système de la rétroactivité des lois (n° 228). — Distinction entre l'effet rétroactif et l'effet immédiat produit par la loi nouvelle (n° 228 bis). — Fondement de l'effet immédiat produit par la loi nouvelle (n° 229). — Jusqu'où s'étend la portée de l'effet immédiat produit par la loi nouvelle ; diverses théories proposées (nos 230-233). — Influence pratique de ces diverses théories (n° 234). | |
| B. — <i>Application de la règle en matière de droit privé</i> | 220 |
| Notion générale (n° 235). | |
| a) <i>Lois relatives à la condition des personnes</i> | |
| | 221 |
| Orientation de la jurisprudence (n° 236). — Loi du 6 juin 1908, concernant la conversion de la séparation de corps en divorce (n° 237). — Loi du 16 novembre 1912, concernant la recherche de la paternité naturelle (n° 238). — Loi du 20 mars 1917, concernant la tutelle (n° 239). | |

| | |
|--|-----|
| b) <i>Lois relatives à la condition des biens.</i> | 223 |
| <i>Servitudes (nos 241-243). — Observation complémentaire (n° 244).</i> | |
| <i>— Particularité concernant les règlements prévus par l'article 544 C. civ. (nos 245-246).</i> | |
| c) <i>Lois relatives aux contrats (n° 247) ..</i> | 226 |
| d) <i>Lois relatives aux preuves (n° 248) ..</i> | 228 |
| C. — <i>Application de la règle en matière de droit public.</i> | 229 |
| <i>Lois pénales (nos 250-253). — Lois concernant l'organisation des pouvoirs publics (n° 254). — Lois de procédure et d'exécution (nos 255-256).</i> | |

SECTION III. — **De l'autorité des lois quant aux personnes et quant aux choses auxquelles elles s'appliquent**..... 237

L'article 3 du Code (n° 257).

§ 1. — *Les conflits entre la loi française et les lois étrangères.* 238

Observation préliminaire (n° 258). — Comment se posent les conflits entre la loi française et les lois étrangères (n° 260). — Le système de l'article 3 (n° 261). — Aperçu sommaire du mouvement des idées doctrinales depuis 1804 (nos 262-263).

A. — *Principales applications du principe consacré par l'article 3* 244

1. *Lois de police et de sureté (n° 264).*

2. *Lois de compétence, de procédure, d'exécution (nos 265-266).*

3. *Lois relatives aux biens.*

Les immeubles (n° 267). — Les meubles considérés individuellement (n° 268). — Les successions mobilières (nos 269-270).

4. *Lois relatives à la forme des actes.*

La règle *locus regit actum* (n° 271). — Double portée de la règle (n° 272).

5. *Lois concernant l'état et la capacité des personnes.*

Elles sont régies par la loi nationale (nos 273-274). — Définition des mots : l'état et la capacité des personnes (n° 275). — Etendue d'application de l'article 3 alinéa 3 (n° 276). — Réserve concernant l'intérêt des tiers (n° 277).

6. *Lois relatives aux conventions (n° 278).*

| | |
|--|-----|
| B. — <i>Influence exercée par la notion d'ordre public en ce qui concerne l'application des principes posés par l'article 3</i> | 263 |
| La notion d'ordre public quant à l'application de l'article 3 (n° 279). — Quelques exemples (nos 280-285). — Notion des droits acquis à l'étranger (n° 286). — Notion de la fraude à la loi (nos 278-290). | |
| § 2. — <i>Les conflits internes entre lois françaises . .</i> | 269 |
| A. — <i>Conflits entre la loi française générale et le droit local d'Alsace et Lorraine.</i> | 269 |
| Position du problème (n° 291). — Loi du 24 juillet 1921 (nos 292-295). — Lois du 1 ^{er} juin 1924 (n° 296). | |
| B. — <i>Conflits résultant de ce que les lois nouvelles n'entrent pas en vigueur à la même date dans toutes les parties du territoire</i> | 274 |
| Position du problème (n° 297). — Eléments de solution (n° 298). — Difficultés à résoudre (n° 299). | |

TABLE ALPHABÉTIQUE

Sauf indication contraire, les chiffres renvoient aux numéros

ABROGATION.

- des lois et décrets, 175 et suiv.
- expresse ou tacite, 176.
- par désuétude, 177.

ALSACE ET LORRAINE.

- conflits entre la loi française et le droit local d'Alsace et Lorraine, p. 158, note 1 ; 291 et suiv.
- introduction du Code civil, 127 et suiv.
- législation spéciale, p. 40, note 1 ; p. 158, note 1.

AUBRY ET RAU, p. 115, note 1.

ARRÊT DE RÈGLEMENT, 48, 183.

ARRÊTÉ DU CONSEIL DU ROI, 49.

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT, 70 et suiv.

BARTIN, 262.

BEAUDOIN, 228.

BONNE FOI, 199 et suiv.

BONNES MŒURS.

- lois relatives aux, 209 et suiv.

BONNECASE, 232 et suiv.

BULLETIN DES LOIS, 76, 145 et suiv. ; 156.

CODE, 55.

CODE CIVIL, 1, 40, 96 et suiv.

- caractères, 116 et suiv.
- éditions, 106.
- interprétation, 121.
- méthode et plan, 110 et suiv.
- rédaction, 97 et suiv.
- travaux préparatoires, 105.

CODE CIVIL ALLEMAND, 128.

COMMON LAW, 83, 188.

CONFLITS DE LOIS.

- entre la loi française et les lois étrangères, 258 et suiv.
- lois de police et de sûreté, 264.
- lois de compétence, de procédure et d'exécution, 265.
- lois relatives aux biens, 267 et suiv.
- lois relatives à la forme des actes, 271 et suiv.
- lois relatives à l'état et la capacité des personnes, 273.
- lois relatives aux conventions, 278.
- ordre public et, 279.
- entre la loi française et les lois coloniales, p. 257, note 3.
- entre lois françaises. Voy. Alsace et Lorraine.
- résultant de ce que les lois nouvelles n'entrent pas en vigueur à la même date dans toutes les parties de la France, 297 et suiv.

- CONSEIL D'ÉTAT,
— Voy. **Avis du Conseil d'Etat**.
- COUR DE CASSATION.
— rôle, 190 et suiv.
- COUTUME.
— ancien droit, 47.
— caractères, 86.
— contraire à la loi, 89.
— définition, 82.
— peut-elle abroger la loi ? 177.
— preuve, 91.
— usages, 87.
- DATE.
— des lois, 170 et suiv.
- DÉCLARATION DES DROITS,
DE L'HOMME, 9, 21, 22
p. 42, note 4.
- DÉCRET.
— distinction de la loi et du décret, 65.
— domaine, 66.
— décret entaché d'illégalité, 68.
— promulgation et publication, 150 et suiv., 165 et suiv. ;
- DÉCRETS-LOIS.
— définition, 58.
— de l'époque révolutionnaire, 59.
— postérieurs à la Révolution, 60.
— interprétation et modification, 62.
- DÉNI DE JUSTICE, 184.
- DÉSUËTUDE, 177.
— Voy. **Lois**.
- DISPOSITIONS TRANSITOIRES, 217.
- DROIT.
— divers sens du mot, 8 et suiv.
- administratif, 37.
— ancien, 44 et suiv.
— civil, 38.
— commercial, 39.
— constitutionnel, 37.
— coutumier, 42.
— écrit, 42.
— familial et droit social, 25.
— forestier, 39.
— idéal, 12.
— individuel, 19.
— industriel, 39.
— intermédiaire, 51 et suiv.
— international, 37.
— local. Voy. **Alsace et Lorraine**,
— moderne, 43, 51 et suiv.
— naturel, 12, 17 et suiv.
— naturel à contenu variable, 29.
— objectif, 12, 30 bis.
— positif, 32.
— privé, 35 et suiv.
— public, 35, 37.
— rationnel, 17.
— romain, 45.
- DROITS ACQUIS.
— à l'étranger, 286.
— et simples expectatives, 225 et suiv.
- DUGUIT, 30 bis, 61, note 1 ; 232.
- ECOLE DE L'EXÉGÈSE, 122.
- ECOLE DOGMATIQUE, 122.
- ERREUR DE DROIT, 197 et suiv.
- FENET, 105.
- FRAUDE A LA LOI, 287 et suiv.
- GÉNY, 25 ; p. 116, note 1.
- IHERING, 5, 28.
- JÈZE, 232.
- JOURNAL OFFICIEL, 80, 147

- et suiv. ; 160 et suiv. ; 174 et suiv.
- Jurisprudence, 7.
- divers sens du mot, 7.
 - caractères, 93 et suiv.
- LAURENT, p. 115, note 1.
- LÉGISLATION, 14 et suiv.
- LOCRÉ, 105.
- Locus regit actum*, 271.
- LOI.
- abrogation, 175 et suiv.
 - autorité, 178 et suiv.
 - caractère, 52 et suiv.
 - date, 170 et suiv.
 - divers sens du mot, 4 et suiv.
 - interprétation, 186 et suiv.
 - loi et décret, 65 et suiv.
 - loi et décret-loi, 57 et suiv.
 - loi imparfaite, 6.
 - loi inconstitutionnelle, 64.
 - loi interprétative, 218 et suiv.
 - loi ordinaire, organique, constitutionnelle, 63, 28 et suiv.
 - loi impérative, prohibitive, permissive, 206 et suiv.
 - lois qui intéressent les bonnes mœurs, 209 et suiv.
 - lois d'ordre public et d'intérêt privé, 201 et suiv.
 - loi rétroactive, 215 et suiv.
 - nul n'est censé ignorer la loi, 197 et suiv.
 - non-rétroactivité, 212 et suiv.
 - promulgation, 139 et suiv.
 - publication, 139, 152 et suiv.
 - travaux préparatoires, 185, 187.
 - Voy. **conflits**.
- MALLEVILLE, 105.
- MANCINI, 262.
- MATÉRIALISME JURIDIQUE, 26 et suiv.
- MARXISME, 30.
- MERLIN, 121, note 1 ; 206 et suiv.
- NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS, 212 et suiv.
- applications en matière de droit privé, 235 et suiv.
 - applications en matière de droit public, 249.
 - conceptions doctrinales.
 - effet immédiat et effet rétroactif, 228 et suiv.
 - étendue d'application, 222 et suiv.
 - exceptions, 215 et suiv.
 - lois relatives à la condition des personnes, 236.
 - lois relatives à la condition des biens, 240.
 - lois relatives aux contrats, 247.
 - lois relatives aux preuves, 248.
 - lois pénales, 250.
 - lois de procédure et d'exécution, 254.
 - lois relatives à l'organisation des pouvoirs publics, 254.
 - principe, 212 et suiv.
- NUL N'EST CENSÉ IGNORER LA LOI, 197 et suiv.
- ORDONNANCE, 46.
- ORDRE PUBLIC.
- interne, 201 et suiv.
 - international, 278 et suiv.
- PARÈRE, 91.
- PILLET, 262, note 1.
- PORTALIS, 100.
- POSITIVISME JURIDIQUE, 31.
- PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT, 95.

| | |
|--|-------------------------------|
| RÉGLEMENT. | — Voy. Coutumes . |
| — arrêt de règlement , Voy. ce mot. | STATUTE LAW, 83. |
| — pouvoir réglementaire , 74 et suiv. | TECHNIQUE JURIDIQUE, 188. |
| RIPERT, 31, 210 et suiv. | TRAITÉS, 54. |
| ROUBIER, 218 et suiv. | TRAVAUX PRÉPARATOIRES. |
| SAEILLES, p. 36, note 1. | — Voy. Loi . |
| SAVIGNY, 262. | TROPLONG, 121, note 1. |
| SÉNATUS-CONSULTES, 69 et suiv. | USAGES. |
| STAMMLER, 29. | — conventionnels , 87. |
| STATUTS. | — preuve , 91. |
| | VAREILLES-SOMMIÈRES, 231. |
| | ZACHARIAE, 123, note 1 ; 135. |

ERRATUM

P. 214, n° 228, *lire* : Système de la rétroactivité des lois.

Saint-Amand (Cher). — Imprimerie R. Bussière. — 25-5-1934
