20233

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DU PRINCIPE

DE

LA NON-RÉTROACTIVITÉ

DES LOIS

SON INFLUENCE SUR LA PRESCRIPTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

M. ALPHONSE DE LACROIX

AVOCAT

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
TOULOUSE

TOULOUSE
IMPRIMERIE DES ORPHELINS JULES PAILHÈS.
36, Rue des Filatiers, 36.

1875

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM.

DUPOUY ✲, doyen, professeur de Droit commercial.
MOLINIER ✲, professeur de Droit criminel.
BRESSOLLES ✲, professeur de Code Civil.
MASSOL ✲, professeur de Droit romain.
GINOULHIAC, professeur de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de Code Civil.
HUMBERT, professeur de Droit romain, en congé.
ROUX, professeur de Droit administratif.
POUBELLE, professeur de Code Civil.
BONNEL, agrégé, chargé du cours de Procédure civile.
ARNAULT, agrégé, chargé du cours d'Économie politique.
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.
CONSTANS, agrégé.
LAURENS, agrégé, chargé du cours de Droit romain.
PAGET, agrégé.

M. DARRENOUGUE, officier de l'Instruction publique, secrétaire agent-comptable.

Président de la Thèse : M. MOLINIER.

MM. DUPOUY.
BRESSOLLES.
BONNEL.
LAURENS.

Suffragants.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM.

DUFOUR ✲, doyen, professeur de Droit commercial.
MOLINIER ✲, professeur de Droit criminel.
BRESSOLLES ✲, professeur de Code Civil.
MASSOL ✲, professeur de Droit romain.
GINOULHIAC, professeur de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de Code Civil.
HUMBERT, professeur de Droit romain, en congé.
ROZY, professeur de Droit administratif.
POUBELLE, professeur de Code Civil.
BONFILS, agrégé, chargé du cours de Procédure civile.
ARNAULT, agrégé, chargé du cours d'Économie politique.
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.
CONSTANS, agrégé.
LAURENS, agrégé, chargé du cours de Droit romain.
PAGET, agrégé.

M. DARRENOUGUÉ, officier de l'Instruction publique, secrétaire agent-comptable.

Président de la Thèse : M. MOLINIER.

Suffragants. MM. DUFOUR.
BRESSOLLES,
BONFILS,
LAURENS.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

A TOUS CEUX QUE J'AIME

A MA SŒUR, A MON BEAU-FRÈRE

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MON PÈRE. A MA MÈRE

A MA SŒUR, A MON BEAU-FRÈRE

A TOUS CEUX QUE J'AIME.

INTRODUCTION.

POSITION DU PRINCIPE DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS.

« L'office des lois, a dit M. Portalis, est de régler l'avenir : le passé n'est plus en leur pouvoir. Partout où la rétroactivité des lois serait admise, non-seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. La loi naturelle n'est limitée ni par le temps, ni par les lieux, parce qu'elle est de tous les pays et de tous les siècles. Mais les lois politiques, qui sont l'ouvrage des hommes, n'existent pour nous que quand on les promulgue, et elles ne peuvent avoir d'effet que quand elles existent. La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne

INTRODUCTION.

POSITION DU PRINCIPE DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS.

« L'office des lois, a dit M. Portalis, est de régler l'avenir : le passé n'est plus en leur pouvoir. Partout où la rétroactivité des lois serait admise, non-seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. La loi naturelle n'est limitée ni par le temps, ni par les lieux, parce qu'elle est de tous les pays et de tous les siècles. Mais les lois politiques, qui sont l'ouvrage des hommes, n'existent pour nous que quand on les promulgue, et elles ne peuvent avoir d'effet que quand elles existent. La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne

prohibe pas : on regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu. Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions, ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure? » (1).

Tels furent les termes dont se servit M. Portalis, pour faire adopter par le Corps législatif l'art. 2 du Code Civil ainsi conçu : La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. Faisant œuvre d'interprète, nous devons donc entrer dans cette manière de voir et soutenir le principe de la non-rétroactivité des lois, en admettant la rétroactivité non pas comme règle, mais comme exception commandée expressément par la loi ou exigée par la force même des choses.

Le Droit Romain, comme nous le verrons plus tard, partait du même principe et allait même plus loin qu'on ne le fait aujourd'hui, en respectant jusqu'aux simples expectatives. De même la raison et l'indispen-

(1). Discours au corps législatif, 4 Ventôse an xi.

sable nécessité de maintenir la société sur les bases éternelles de l'ordre avaient fait admettre dans notre ancien droit la loi 7. au Code *de Legibus*. En 1789 le principe disparut pour faire place à celui de la rétroactivité des lois ; nous devons reconnaître que la Convention nationale elle-même, effrayée de ce qu'elle venait de faire, rapporta les lois rétroactives de l'an II.

La Constitution de l'an III reconnut le principe comme constitutionnel. La Constitution de l'an VIII le laisse subsister à titre de loi, comme l'ont fait les rédacteurs du projet de la commission, en tête du Code Civil.

Nous avons pris dans notre travail la non-rétroactivité comme règle, tout en montrant les nombreuses exceptions qu'elle comporte. Nous différons d'avis avec beaucoup d'auteurs qui font de notre règle l'exception. C'est ainsi que MM. Aubry et Rau, après M. Duvergier promoteur de cette doctrine soutiennent « qu'en principe, toute loi nouvelle s'applique même aux situations ou rapports juridiques établis ou formés dès avant sa promulgation. Ce principe est une

conséquence de la souveraineté de la loi et de la prédominance de l'intérêt public sur les intérêts privés. Les changements introduits par une loi nouvelle doivent, en théorie, être considérés comme des améliorations, en ce sens qu'ils sont destinés à porter remède aux imperfections de la loi ancienne. L'intérêt de la société semble donc exiger que toute loi nouvelle reçoive immédiatement une application complète. Toutefois, ajoutent ces auteurs, ce principe doit faire place à la règle contraire de la non-rétroactivité des lois, dans les cas où son application serait de nature à entraîner la lésion de droits que des particuliers auraient individuellement acquis, en ce qui concerne leur état ou leur patrimoine. C'est cette règle que les rédacteurs du Code Civil ont entendu formuler dans l'art. 2 de ce Code. » (1).

Nous ne saurions partager l'opinion de ces savants interprètes. Sans doute il est possible que législativement il vaille mieux poser en principe que les lois nouvelles rétroagissent parce qu'elles sont réputées meil-

(1) Cours de Droit Civil, pages 57 et 58. T. I.

leures, sauf à entrer ensuite dans les exceptions ; mais c'est là une question d'ordre législatif qui peut se poser au moment où il s'agit de faire la loi et non pas une question de simple interprétation ; or notre tâche est d'étudier le conflit des lois dans l'espace selon les règles du droit positif Français ; et malgré la très haute autorité de MM. Aubry et Rau, nous croyons fermement qu'ils se trompent lorsqu'ils prétendent que les rédacteurs du Code ont sous-entendu le principe de la rétroactivité pour ne formuler que la règle exceptionnelle de la non-rétroactivité.

La simple lecture elle-même proteste contre cette interprétation, car on ne peut rien trouver de plus absolu que les termes de l'art. 2 ; l'histoire de cet article ne proteste pas moins. Dans les discussions qui ont précédé l'exposé de M. Portalis ci-dessus rapporté et dont la netteté dans notre sens ne laisse rien à désirer, dans ces discussions, disons-nous, il n'avait pas été question du principe de la rétroactivité. Tout le monde était d'accord pour partir de l'idée-mère de la non-rétroactivité. Les seules objections formulées par quelques tribuns ne portaient que sur l'application de l'art. 2.

aux lois antérieures. Comme l'art. 2 parle au présent, on avait exprimé la crainte que le juge pourrait s'autoriser de cet article pour se refuser à l'exécution d'une loi nouvelle qui rétroagirait et méconnaître ainsi l'autorité législative (1).

Si nous lisons les premiers commentateurs du Code Civil nous ne verrons pas davantage d'hésitation sur le principe. Voici par exemple le précieux témoignage de Chabot de l'Allier qui avait été l'un des orateurs du tribunat pendant la confection du Code: « Sans doute la loi nouvelle ne doit pas avoir d'effet rétroactif: elle ne dispose que pour l'avenir. C'est un principe fondamental en législation civile comme en législation criminelle: on le trouve solennellement proclamé dans le second article du Code Napoléon. » (2)

M. Mailher de Chassat qui publiait en 1852 un commentaire très développé de l'art. 2 ne soupçonne pas non plus de controverse sur le principe :

(1) Locré, Lég. sl. civile, T. 1 p. 507

(2) Questions Transitoires sur le Code Napoléon, préfaces publiées en 1809.

« Un des principes des plus salutaires de l'ordre social est sans doute la non-rétroactivité des lois. On peut même dire qu'il est plutôt un principe d'ordre public que d'ordre privé ; et ailleurs la loi par essence, et comme précepte de raison dans l'ordre social, ne rétroagit pas. Les lois dites interprétatives, les lois morales ou supplétives des lois absentes, ne forment pas à proprement parler des exceptions à cette règle. » (1).

« Le passé peut laisser des regrets, a dit M. Portalis; mais il termine toutes les incertitudes. Dans l'ordre de la nature, il n'y a d'incertain que l'avenir, et encore l'incertitude est alors adoucie par l'espérance, cette compagne fidèle de notre faiblesse. Ce serait empirer la triste condition de l'humanité que de vouloir changer, par le système de la législation, le système de la nature, et de chercher pour le temps qui n'est plus, à faire revivre nos craintes, sans pouvoir nous rendre nos espérances.

« Loin de nous l'idée de ces lois à deux faces qui, ayant sans cesse un œil sur le passé et l'autre sur

(1) Commentaire approfondi du Code Civil, T. 1 p. 123 et 124

l'avenir, dessécheraient la source de la confiance, et deviendraient un principe éternel d'injustice, de bouleversement et de désordre. Pourquoi, dira-t-on, laisser impunis des abus qui existaient avant la loi que l'on promulgue pour les réprimer ? Parce qu'il ne faut pas que le remède soit pire que le mal. Toute loi naît d'un abus. Il n'y aurait donc point de loi qui ne dût être rétroactive. Il ne faut point exiger que les hommes soient avant la loi ce qu'ils ne doivent devenir que par elle. » (1).

Enfin la Jurisprudence, qui suivit le Code et qui eut à juger une foule de questions transitoires, n'a pas été moins formelle. C'est ainsi qu'on lit dans un arrêt de la Cour de Cassation à propos de l'art. 2 « Que ce

(1) Portalis, Discours au Corps législatif du 4 Ventôse an XI. Les mêmes déclarations se retrouvent avec la même énergie dans le rapport fait au tribunat par Grenier, séance du 9 Ventôse, an XI : « C'est là une règle éternelle qui, quand elle ne serait écrite dans aucune loi, serait gravée dans tous les cœurs. Pourquoi ne la placerait-on pas en tête du livre des lois, puisqu'elle a trait particulièrement à leur application. » Ecoutons enfin le tribun Fauré s'adressant au Corps législatif le 14 Ventôse an XI. : « Rien de plus sage que le principe énoncé par l'article 2.

« Cette disposition ne contient pas seulement un précepte pour le législateur ; elle contient de plus une obligation pour les juges et une garantie pour les citoyens. »

principe d'éternelle justice est absolu, et n'admet d'autre exception que celle que la loi pourrait établir. » (1)

Notre preuve est donc faite, et faite, surabondamment ; le point de départ du Code, c'est le principe de la non-rétroactivité ; tout nous l'a montré ; le texte, les discours écrits et étudiés des auteurs mêmes de ce Code, le témoignage des premiers commmentateurs, l'interprétation de la jurisprudence. Comment d'ailleurs eut-il pu en être autrement ? On était d'abord sous l'impression funeste des lois de la Révolution, et de plus sous l'empire de la tradition de tous les siècles antérieurs. Le Code, auquel on rapportait volontiers la grande œuvre que l'on commençait, était celui de Justinien, qui dès son début proclame lui aussi le principe de la non-rétroactivité des lois et l'applique, comme nous allons le voir à la suite de ce travail, avec une rigueur absolue que nous répudions aujourd'hui.

Notre ancienne jurisprudence avait proclamé elle aussi l'excellence du principe posé par Justinien, et

(1) 26 Juin 1827.

sans multiplier les témoignages de cette tradition interrompue, il nous suffira de reproduire celui du grand Domat. « Quoique, dit-il, la justice des lois arbitraires soit fondée sur l'utilité publique et sur l'équité des motifs qui y donnent lieu, comme elles n'ont leur autorité que par la puissance du législateur, qui détermine à ce qu'il ordonne, et qu'elles n'ont leur effet qu'après qu'elles ont été publiées pour être connues, elles ne réglent que l'avenir sans toucher au passé.

« Les affaires qui se trouvent pendantes et indécises, lorsqu'il survient de nouvelles lois, se jugent par les dispositions des lois précédentes ; si ce n'est que par quelques motifs particuliers, les nouvelles lois marquent expressément que leurs dispositions auront lieu même pour le passé, ou que sans cette expression, elles dussent servir de règle au passé, comme si ces lois ne faisaient que rétablir une loi ancienne, ou une règle de l'équité naturelle, dont quelque abus avait altéré l'usage, ou qu'elles réglassent des questions pour lesquelles il n'y avait aucune loi, ni aucune coutume. » (1).

(1). Domat. Lois civiles, livre prél. 1, 1, 15.

Ainsi la doctrine de la rétroactivité des lois est toute nouvelle, toute contemporaine; qu'elle puisse dans l'avenir impressionner le législateur qui se trouverait comme devant une table rase et aurait toute une législation positive à formuler, c'est possible, et il n'entre pas dans nos vues de discuter cette question qui dépasse notre modeste compétence. Nous avons voulu faire simplement œuvre d'interprète, répétons-le, et il nous suffira d'avoir démontré qu'à cet égard aucun doute n'est possible, et que le commentateur du Code Civil doit toujours dans ses explications supposer que la loi nouvelle ne rétroagit pas.

C'est là d'ailleurs tout l'intérêt pratique de la question ; car si la dissidence théorique est profonde, ce serait une erreur de croire que les résultats de l'une et l'autre opinion sont absolument différents. On est d'accord dans la plupart des cas, mais la dissidence se manifeste sur certains points douteux, et on décide pour ou contre la rétroactivité selon qu'on est parti d'un point ou d'un autre; c'est ce que nous verrons, par exemple, lorsque nous étudierons la matière de

la prescription criminelle et quelques autres points controversés.

Nous avons dû mettre cette dissertation théorique en tête de notre travail afin de déployer tout d'abord notre drapeau, et de ne laisser dans l'esprit du lecteur aucune hésitation sur la doctrine que nous adoptons. Nous pouvons maintenant entrer dans les développements relatifs au Droit Romain, et nous croyons pouvoir dire que cette étude nous a grandement fortifiés dans l'opinion que nous venons d'émettre ; car elle prouve jusqu'à l'évidence que l'idée séculaire du législateur a été de se réserver toujours le domaine de l'avenir et de respecter le passé comme ne lui appartenant plus.

DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES.

Jacques Godefroy, en tête de son célèbre commentaire sur le Code Théodosien, s'exprime ainsi sur l'effet des constitutions dans le temps, sur ce que les auteurs modernes appellent le conflit des lois dans le temps : Les constitutions tirent leur force de leur promulgation ; elles ne font pas de retour injuste sur le passé, mais elles règlent les choses futures, *non ad negotia transacta pertinent verùm*

ad post futura. Quelquefois cependant il a été décidé par les constitutions elles-mêmes qu'elles auraient force dans le passé ou qu'elles règleraient les affaires pendantes, *pendentia negotia* (1).

Ainsi le principe général du Droit Romain est celui de la non-rétroactivité. Nous le trouvons posé dans une constitution de Théodose de l'an 393 ainsi conçue : *Omnia constituta non præteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam imponunt* (2). Cette Constitution n'a pas été insérée dans le Code de Justinien, mais il y en a plusieurs autres semblables que nous trouverons, celle-ci notamment qui le rappelle en ajoutant qu'il peut souffrir des exceptions (an 440) : *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari : nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit* (3).

Bien que certains auteurs modernes aient nié dans le droit actuel et en législation le principe de la non-rétroactivité des lois, nous avons cru cependant devoir l'adopter, soit en commentant les textes du Droit Romain, soit en interprétant nos Codes. Nous avons traité cette question générale en son lieu et nous en avons dit la portée pratique. Il nous suffit maintenant d'avoir montré par les deux textes principaux de la matière que, en Droit Romain du moins, aucune controverse n'est possible, et que la non-rétroactivité y est la règle, et la rétroactivité l'exception.

(1) Paratitlon, ad tit. 1 C. Th.
(2) L. 3 C. Th. 1, 12.
(3) L. 7 C. 1, 14.

Nulle part d'ailleurs une affirmation précise sur ce point n'était plus nécessaire que dans l'Empire Romain pour rassurer les populations sur le sort de leurs actes juridiques. Souvenons-nous, en effet, que ce qui plaît au prince a force de loi, *sed et quod principi placuit legis habet vigorem* (1) que ce même prince n'est pas obligé par les lois qu'il édicte : *Licet enim*, disent les empereurs Sévère et Antonin, *legibus salutissimus, attamen legibus vivimus* (2). Dans une pareille situation, il était nécessaire que le législateur indiquât la règle qu'il se posait à lui-même et qu'il imposait aux juges. Sans doute il pouvait la violer puisqu'il était affranchi des lois, mais il résultait du moins de sa déclaration solennelle un préjugé suffisant pour calmer les appréhensions, et pour donner lieu de croire que la rétroactivité ne serait admise que dans les cas où l'équité et le bon sens le réclament.

Car, si excellent que soit le principe de la non-rétroactivité, il faut bien reconnaître qu'il y a telles hypothèses où elle ne se comprendrait pas, et où la loi nouvelle étant réputée meilleure, doit recevoir une application immédiate sans distinction entre les faits passés et les faits présents, et les faits présents et futurs, toutes les fois que ces faits peuvent être touchés par la loi nouvelle, c'est-à-dire n'ont pas produit tous leurs effets juridiques sous l'empire de la loi ancienne. C'est ainsi que nous ne comprendrions pas comment une loi abolitive de l'esclavage ou de la mort

(1). L. 1, D. 1, 4 ; Inst. l. 1, tit. 2, § 6.
(1). Inst. l. 2, tit. 17, § 8.

civile ne rétroagirait pas en s'appliquant aux esclaves ou aux morts civilement qu'elle trouverait dans cet état au moment de sa mise en vigueur.

Mais une objection se présente à l'esprit : Comment se fait-il que le principe de la non-rétroactivité des lois soit posé pour la première fois dans une Constitution impériale de la fin du quatrième siècle ? Pourquoi ne le trouvons-nous pas énoncé auparavant et formulé dogmatiquement soit dans les Constitutions, soit dans les écrits des jurisconsultes ?

La réponse est facile : Le principe a toujours existé dans le Droit Romain, et nous en trouverons bientôt des applications antérieures à Théodose. Nous allons le voir expressément énoncé dans plusieurs textes anciens et dans des lois anciennes. C'est ainsi que Cicéron, dans la deuxième action contre Verrès, lui reproche d'avoir rétroagi dans son édit, au lieu d'imiter la loi Yoconia, les lois Cornelia Testamentaria, Nummaria, *et cæteræ complures : Neque in ullâ lege*, dit-il, *pœteritum tempus reprehenditur nisi ejus rei quæ suâ sponte scelerata ac nefaria est, ut etiam si non esset lex magnopere vitanda fuerit. Atque in his rebus multa videmus ita sancta esse legibus, ut ante facta in judicium non vocentur.* . . . . . .

De jure vero civili si quis novi quid instituit, is non omnia quæ ante acta sunt rata esse patietur ? Et il ajoute : Comment vous, Préteur, dont l'édit est une loi annuelle, pourriez-vous embrasser plus de temps par votre édit que ne fait la loi : « *si finem edicto prætoris afferunt kalendæ junuarii,*

cur non initium quoque edicti nascitur a kalendis januarii ?(1)

Ce passage de Cicéron est très remarquable en deux points, sans parler de notre principe qu'il pose nettement. Il nous montre pourquoi nous n'aurons pas à nous préoccuper de la non-rétroactivité des édits du préteur : C'est que leur action commence aux kalendes de janvier, c'est-à-dire que la force de ces édits est annuelle comme la magistrature même. Donc les rapports de droit antérieurs à l'année ne doivent pas être touchés par l'édit.

De plus nous trouvons ici un exemple de nature à nous faire bien réfléchir sur les changements qui peuvent se produire dans les appréciations humaines. Cicéron n'excepte du principe de non-rétroactivité que les faits criminels et odieux que la loi nouvelle aurait ainsi le droit de punir, fussent-ils commis avant sa promulgation, parce que même sans loi on doit avoir grand soin de s'en abstenir. Or, dans nos idées modernes, il n'y a pas d'axiome plus certain en fait de non-rétroactivité que la maxime «Nulla pœna sine lege.» Il est vrai que Cicéron continue en disant que beaucoup de lois pénales avaient expressément déclaré qu'elles ne s'appliqueraient pas aux faits commis avant elles. Mais il donne ainsi à entendre que sans cette réserve elles les auraient régis.

De même, Pline le jeune, étant dans la province de Bythinie qu'il administra deux ans avec une grande sagesse en qualité de Propréteur, écrivait à l'empereur Trajan rela-

(1) Cicéron, in Verrem, act. 2, lib. 1, § 42.

tivement à une loi Pompéia sur l'admission au droit de cité par les villes de Bythinie. Cette loi était tombée en dessuétude ; Pline le jeune voulait la remettre en vigueur, et consultait Trajan en lui envoyant le texte dans sa lettre: *Necessarium existimavi consulere te, quid servandun putares. Capita legis his litteris subjeci* (1). L'empereur lui répond en le louant de son hésitation : *Merito hæsisti*, et il dit expressément : *Nam et legis auctoritas, et longa consuetudo usurpata contra legem, in diversum movere te potuit. Mihi hoc temperamentum ejus placuit, ut ex præterito nihil novaremus , sed manerent. qamvis contra legem adsciti , quarumcumque civitatium cives ; in futurum autem lex Pompeia observaretur ; cujus vim si retro quoque velimus custodire, multa necesse est perturbari* (2).

Ainsi l'Empereur ne veut pas faire rétroagir non pas seulement une loi nouvelle, mais même la remise en vigueur d'une loi tombée dans une sorte de désuétude, quoique toujours juridiquement en vigueur et pourvue de son autorité. Le problême du conflit des lois ne se posait cependant pas ici, mais il y avait des situations acquises à l'abri de cette sorte de sommeil de la loi et le législateur ne veut pas les troubler.

La raison d'où nous avons tiré le principe de la non-rétroactivité avait été ainsi posée depuis longtemps par le célèbre Marcus Porcius Cato, surnommé Caton d'Utique, du

(1). Epistolæ x. 115

(2). Epistolæ x. 116.

lieu où il mourut l'an 44 av. J.-C., pour le distinguer de son bisaïeul Caton, le Censeur, qui était mort un siècle auparavant (148 av. J.-C.) Voici la traduction latine des paroles grecques de Caton d'Utique : *Neque enim definiri facile quousque extendere se debeat in præterita inquisitio ; et si novæ statuantur ante commissorum panæ fore ut inique cum iis agatur; qui punientur ex lege quam nec violârunt nec ex parte læserunt.* Ce passage prouve que son auteur n'était pas du même avis que Cicéron, que nous voyions tout à l'heure poser au contraire en thèse la rétroactivité des lois pénales.

Mais il nous reste à expliquer pourquoi nous ne trouvons au temps classique aucun texte sur la matière. M. de Savigny se borne à dire à cet égard : « D'ailleurs, nous ne devons pas douter que cette règle n'ait été reconnue de « tout temps par les jurisconsultes romains, et si nous n'en « avons pas le témoignage plus ancien, cela tient à des « circonstances accidentelles (1). » Il nous a semblé que c'était éluder la difficulté bien plutôt que la résoudre, que de se borner à parler de circonstances accidentelles sans les désigner d'ailleurs, quand il s'agit d'un principe aussi important et d'un problème tellement pratique qu'il est bien impossible qu'il ne se soit pas posé bien des fois, puisque nous l'avons vu surgir entre Trajan et Pline même pour une loi ancienne à remettre en pleine vigueur.

Nous croyons, quant à nous, et nous nous permettons de

(1) Traité de D. R., traduction Guenoux, t. 8, p. 388.

hasarder cette opinion, que ce silence s'explique tout naturellement par la manière dont s'est formé le droit privé des Romains. Depuis les plébiscites, qui ont cessé à partir de Claude, jusqu'au Bas-Empire où l'on a procédé à coups de constitutions impériales, on peut dire que le Droit romain s'est formé sans législateur dans le sens moderne du mot, et qu'il n'y a pas eu de dispositions légales nouvelles dans la période classique du droit. Le législateur était en quelque sorte vivant et permanent dans la personne du préteur et des jurisconsultes officiels qui avaient le *jus respondendi* ; ces personnages accommodaient le droit à chaque hypothèse particulière, et l'édit prétorien n'était, comme le disait Cicéron, que fait pour les besoins de l'année de magistrature de son auteur. Ainsi le droit se formait par une sorte d'alluvion, sans changement brusque pouvant donner lieu à la question de rétroactivité.

On pourrait nous objecter, il est vrai, que cette observation perd sa portée à l'égard des sénatus-consultes et des constitutions impériales. Les sénatus-consultes relatifs au droit privé sont nombreux dans le temps classique, et cependant nous ne croyons pas que la question de rétroactivité se soit posée pour eux, parce que, pour la plupart, ils constataient et consacraient un état de choses antérieur, réclamé par la pratique et peut-être reçu par elle. Ceux-mêmes qui semblent le plus innover n'échappent pas à cette idée générale : ainsi, le sénatus-consulte Velléien reproduit, en les étendant, des édits d'Auguste et de Claude (1) ;

(1) L. 2 pr. § 1, D. 16, 1.

de même le sénatus consulte Macédonien, qui apparaît comme une prescription nouvelle et rigoureuse contre ceux qui ont prêté à des fils de famille, avait été, pense-t-on, porté une première fois sous Claude, et puis renouvelé sous Vespasien. Aussi le texte, qui nous est parvenu, semble-t-il s'appliquer au passé comme au présent : *Placere, ne cui, qui filisfamilias mutuam pecuniam dedisset..... actio petitioque daretur* (1). Ainsi, l'action est refusée dans l'avenir, non pas seulement à ceux qui prêteront désormais, mais même à ceux qui ont prêté de l'argent aux fils de famille avant le sénatus-consulte.

Mais ne pourrait-on pas s'emparer de cette explication et nous dire : les dispositions rétroagissaient justement parce qu'elles n'étaient pas nouvelles. Il faudrait savoir ce qu'on avait pensé, au temps où le premier pas avait été fait par un édit ou un sénatus-consulte, sur cette question de non-rétroactivité, et nous ne le savons pas, parce que nous n'avons que les ouvrages des jurisconsultes bien postérieurs, qui écrivaient à une époque où les questions transitoires étaient épuisées.

A cette observation très spécieuse et qui a bien son fond de vérité, nous pouvons cependant répondre en prenant justement un exemple où le commentateur est le contemporain de la nouvelle mesure et a écrit avant et après elle. Voici le jurisconsulte Ulpien qui, dans son livre 33 *ad Sabinum*, se trouve en présence d'un sénatus-con-

(1) L. 1 pr. D. 14, 6; sur la date, voyez Pothier, Pand, h. t. nº 1, note 1.

sulte sur les donations entre époux, fait par son empereur: *Cùm hic status esset douationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus, Imperator noster Antoninus Augustus, ante excessum divi Severi patris sui, oratione in senatu habita, auctor fuit senatui censendi..... ut aliquid laxaret ex juris rigore.* — Les donations, jusque-là absolument nulles entre époux, deviennent valables si le donateur est mort *durante voluntate*, de sorte que les héritiers du donateur ne pourront plus redemander les objets donnés ou se refuser à l'exécution dans cette hypothèse. Ulpien, qui commente mot à mot ce sénatus-consulte, se pose-t-il, comme nous ne manquerions pas de le faire en présence d'une loi nouvelle, la question de savoir s'il atteint les donations déjà faites par un époux vivant, surtout celles faites par un époux déjà mort? En aucune façon; il applique immédiatement le sénatus-consulte sans se préoccuper de ces hypothèses; et le sénatus-consulte lui-même parle au présent : *Fas esse eum quidem qui donavit pœnitere : hæredem vero eripere.....* (1). Tout au plus peut-on dire qu'il ne s'applique pas aux donations faites par quelqu'un qui serait déjà mort au moment du sénatus-consulte.

Ces exemples suffisent, si nous ne nous trompons, pour montrer, comme nous l'avons dit, que les questions de rétroactivité ne se posaient pas même pour les sénatus-consultes, parce qu'ils consacraient une pratique déjà reçue ou établissaient une règle réclamée par l'opinion publique et mise aussitôt en vigueur.

(1) L. 32 pr. et § 2 D. 24, 1.

Quant aux Constitutions Impériales, on sait que celles qui se rapportent au droit privé sont de trois sortes : Les Edicta, les Rescripta et les Decreta (1). Les Decreta, étant des jugements rendus par l'empereur comme juge suprême, ne sauraient nous occuper ici. Les *Rescripta* ou *Epistolæ* ou *subscriptiones* étaient des réponses adressées à un président de province, à un magistrat ou à un particulier, sur un point douteux ; à leur égard la question de rétroactivité ne se pose pas non plus justement, parce qu'ils sont plutôt des documents interprétatifs que des lois d'innovation. « Il est fort rare, dit M. Accarias, que les Rescrits créent un droit absolument nouveau ; presque toujours ils constatent une règle déjà reçue ou font prévaloir une doctrine controversée. Leur mission est de fixer la jurisprudence » (2)

Restent les Edits, qui sont bien des dispositions législatives faites *motu proprio* par l'Empereur et destinées à statuer seulement sur l'avenir. C'est à eux tout spécialement que Théodose et Valentinien font allusion lorsqu'ils disent: *Leges et Constitutiones futuris certum est dare formam negotiis*, exprimant, par ces mots *Certum est*, que leur Constitution ne fait que consacrer un état de choses antérieur, comme l'avait déjà fait cinquante ans auparavant celle de Théodose.

(1) Nous ne parlons pas à dessein des Mandata qui étaient plutôt des instructions politiques ou administratives adressées à un fonctionnaire ; Voir cependant la loi 65 D. 23, 2.

(2) Précis de D. R. T. 1, p. 33.

Nous devons donc ici nous poser cette question : Pourquoi ce principe n'a-t-il été exprimé qu'en l'an 393 ? La réponse est facile : les Constitutions Impériales, recueillies dans le code de Justinien, ne remontent pas au-delà d'Adrien, bien que les Empereurs en aient toujours rendu, puisque les Institutes nous en citent d'Auguste, de Tibère, et le Digeste même de César (1). Mais ce n'est qu'à partir d'Adrien, c'est-à dire de la deuxième moitié du second siècle, que les Constitutions Impériales ont été l'une des sources les plus abondantes du droit. Cela est devenu surtout vrai au Bas-Empire lorsqu'a disparu la race des grands jurisconsultes ; c'est alors que les édits abondent, tandis que jusqu'à ce moment la plupart des Constitutions étaient des Rescrits ; c'est alors aussi, mais seulement alors qu'il est devenu nécessaire de poser le principe de la non-rétroactivité. C'est alors aussi que Théodose le jeune conçut la la pensée de faire un recueil officiel, dans lequel il plaça toutes les Constitutions qu'il voulait conserver depuis Constantin. Auparavant, il y avait bien eu au 4me siècle les deux collections connues sous le nom de Codes Grégorien et Hermogénien, mais elles étaient sans valeur officielle et ne nous sont d'ailleurs parvenues que très mutilées.

Ainsi s'explique, par un rapide examen de la formation du Droit romain, formation tenant surtout de la coutume, ce silence des textes du temps classique sur les questions de rétroactivité. Nous le voyons cesser dès qu'au Bas-

(1) Inst. l. 2, tit. 12 et 16 ; L. pr. D. 29, 1.

Empire le droit prend une nouvelle allure et se forme par l'intervention directe et spontanée du législateur. Aussitôt il devient nécessaire de déclarer, pour la sécurité du peuple et pour tracer son devoir au juge, de proclamer que les lois n'ont pas d'effet rétroactif, et c'est ce que Théodose et Justinien s'empressent de faire en tête de leurs Codes, tout comme les rédacteurs l'ont fait en tête du Code civil.

Nous devons maintenant déterminer la partie de la règle posée par les deux constitutions, dont nous avons déjà reproduit le texte. Théodose ne s'explique pas nettement sur ce qu'il faut entendre par le présent et le passé, puisqu'il se borne à dire : *Non præteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam imponunt.* Rien ne serait plus facile que l'étude qui nous occupe, s'il suffisait de dire que la loi nouvelle ne touche pas aux faits accomplis, et qu'elle ne vise que les faits qui commenceront après elle. Mais la difficulté s'élève, et elle est très délicate relativement aux faits juridiques qui sont, qu'on nous passe l'expression, en train de se développer, lorsque survient la loi nouvelle. Ces faits ne sont terminés ni par un jugement, ni par un contrat, donc ils peuvent être touchés par la loi nouvelle ; mais, d'autre part, ils ne sont pas nés depuis la loi nouvelle, donc ils ont été touchés par la loi ancienne. C'est à leur égard que s'élèveront ces questions si controversées, lorsque le législateur ne prend pas le soin de se prononcer expressément par une disposition transitoire. C'est pour eux qu'on a pu soutenir et qu'on soutient de nos jours que les lois nouvelles rétroagissent en principe ; que, par ex-

ception seulement, elles n'atteindront pas ces ordres de faits et les laisseront sous l'empire de la loi ancienne.

Telle n'était pas, cependant, la décision des empereurs Théodose et Valentinien, en l'an 440 ; ils s'expriment bien plus nettement que leur prédécesseur. Après avoir posé la même règle, ils ajoutent : *Nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.* En formulant l'exception, ils formulent en même temps la règle, et ils nous apprennent que le principe de la non-rétroactivité signifie : 1° que les affaires terminées ne sont pas atteintes par la loi nouvelle, ce qui va de soi ; 2° que les *negotia pendentia*, ou affaires pendantes, ne sont pas non plus atteintes sauf exception. En sorte que le principe de la non-rétroactivité est absolu et que les juges ne doivent appliquer la loi nouvelle qu'aux rapports juridiques nés depuis sa promulgation, et doivent terminer les affaires pendantes selon les règles de l'ancienne loi.

Notre interprétation est conforme à celle de M. de Savigny : « Le *pendens negotium*, dit-il, est un contrat déjà fait lors de la nouvelle loi, mais qui, n'étant pas exécuté en totalité ou en partie, doit avoir ses effets dans l'avenir. » (1). Du reste, ce mot *negotium* est pris ici dans un sens général pour désigner tous les faits juridiques, comme un procès engagé, ou même l'ouverture d'une succession (2).

Ainsi, la Constitution est aussi étendue que possible et embrasse tous les faits juridiques, soit qu'ils résultent d'ac-

(1) Traité de D. R. T. 8, p. 387, traduction Guenoux, note b.
(2) L. 12. *in Fine.* C. 6, 55.

tes libres, soit qu'ils résultent d'événements accidentels.

« Mais, continue M. de Savigny, elle admet néanmoins la rétroactivité dans le cas où une loi nouvelle se l'attribuerait par exception ; d'où l'on voit qu'il s'agit ici d'une règle d'interprétation pour le juge, et non d'une règle de conduite pour le législateur, auquel on réserve expressément une entière indépendance dans chaque cas particulier. » (1).

Nous acceptons pleinement cette manière de voir, avec cette restriction toutefois que si le législateur n'est sans doute pas lié, il doit néanmoins observer la règle en principe ; car si elle est bonne pour le juge, comment ne le serait-elle pas aussi pour le législateur lui-même, qui doit n'user de son pouvoir que pour le bien commun et la sécurité des citoyens ?

Nous n'aurions pas à en dire davantage sur ce point si l'interprétation si rationnelle que nous donnons des mots *adhuc pendentia negotia* n'avait été méconnue par un jurisconsulte de la plus haute autorité, par Merlin. Rappelons d'abord que cette interprétation était sans difficulté celle des anciens commentateurs. Pour n'en citer qu'un, voici comment s'exprime Peresius dans ses célèbres *Prælectiones : Futura negotia hic accipe, non futuras lites de negotio aliquo, sed futurum negotium ex quo lis oriatur, puta contractum, testamentum, delictum, et similes causas. Tempus enim contracti negotii, non litis motæ, inspici debet ;*

(3) *Hoc Cit.*, p. 388.

nisi forte lex lata sit, quæ ad formam ordinemque judiciorum pertineat quum ea res captiosa nulli esse possit.

C'est dans le même sens que Bergmann a dit avec raison, que les lois romaines ne protégeaient pas seulement les droits acquis, mais encore ce que l'on est convenu d'appeler les simples expectatives (1).

A côté de ces explications, voyons celle de Merlin :

« Voilà, dit-il, les choses en suspens mises en opposition « avec les choses passées. On ne peut donc considérer « comme passé aux yeux de la loi que ce qui n'est plus « en suspens ; tout ce qui est en suspens se trouve donc « atteint par la loi lors même qu'elle dispose purement « et simplement ; et par là le passé est soustrait à son « empire. » (2).

Ainsi d'après M. Merlin, les conséquences futures des actes accomplis n'échappent pas à la loi nouvelle. Cette opinion peut être soutenue, et elle n'est pas autre au fond que celle selon laquelle le droit commun est la rétroactivité, quoique Merlin se soit prononcé, comme nous le verrons plus loin pour le principe contraire. Mais tel n'est certainement pas le sens de la Constitution, selon laquelle au contraire tout ce qui est pendant appartient au *præteritum tempus* et échappe à la loi nouvelle, même dans ses conséquences futures. Si Merlin a ainsi méconnu le sens si

(1). — Bergmann, étude sur l'effet rétroactif des lois, § 4, 22 et 30.

(2). — Merlin, répertoire Verbo, effet rétroactif, sect. III, § 1, N° 2.

naturel de notre texte, c'est qu'il voulait introduire une distinction reçue par les commentateurs modernes entre ce qu'on appelle les droits acquis respectés par la loi nouvelle même dans leurs conséquences futures, et les simples expectatives de droit qui ne figurent pas encore dans le patrimoine et qui subissent dès lors l'influence de la loi nouvelle. Cette distinction que nous développerons dans notre travail sur le Droit Français, et qui en sera la base fondamentale, n'existait pas dans le Droit Romain. Vouloir l'y introduire, comme le fait Merlin, en dépit des textes, c'est commettre un anachronisme et refuser à la Constitution de Théodose et de Valentinien son sens naturel. Nous ajouterons même que si le système romain était peut-être moins équitable, il était du moins beaucoup plus simple.

« Quel est, se demande Chabot de l'Allier, le point auquel doit s'arrêter l'effet de la loi nouvelle pour n'être pas rétroactive? Est-ce toujours au moment qui précède immédiatement la publication de la loi, en sorte que tous les actes, tous les droits qui sont antérieurs soient absolument hors de son empire?

« Dans ce cas il n'existerait pas réellement de questions transitoires, puisqu'il n'y aurait toujours à faire qu'une simple vérification de date.

« Mais la loi nouvelle ne peut-elle donc jamais, sans avoir un effet rétroactif, agir sur le passé, lors même qu'il n'est pas définitivement consommé?

« Mais suffit-il qu'un droit ait pris naissance avant la publication de la loi, pour qu'elle ne puisse jamais le régir, même dans ses effets postérieurs?

« De ces questions générales naissent un grand nombre d'autres questions particulières. » (1).

A ces questions nous n'hésitons pas à dire que le Droit Romain répondait négativement, et s'en tenait à ce principe simple que la loi nouvelle ne s'applique qu'aux faits juridiques nés après elle, sauf à corriger dans l'application ce que cette idée pourrait avoir de trop absolu et à prévenir ainsi les résultats que désavouerait le bon sens ou l'étiquité.

Après avoir ainsi posé le principe, nous n'en suivrons pas le développement dans toutes les matières du droit privé, car cela dépasserait de beaucoup et nos forces et les limites d'un travail comme le nôtre. Nous nous bornerons dans deux chapitres spéciaux à passer en revue, dans l'un, les divers cas dans lesquels les textes du Droit romain appliquent formellement le principe de la non rétroactivité, dans l'autre, dans quels cas au contraire il y est dérogé. Mieux que toutes les dissertations, ces exemples montreront tout à la fois la portée du principe et l'étendue des exceptions qu'il a subies dans la législation romaine.

(1). Questions transitoires, T. I, objet et plan de l'ouvrage. p. 1.

CHAPITRE II.

APPLICATIONS DU PRINCIPE DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS.

§ I.

Convenit leges futuris regulas imponere, non præteritis calumnias excitare (1), écrivait Anastase en songeant aux devoirs du législateur. La forme est à remarquer : Il est convenable. — Le législateur est souverain en ce sens qu'il n'y a point d'autorité humaine assez puissante pour l'empêcher de rétroagir quand il le veut ; mais il doit s'imposer à lui-même de ne troubler et de ne détruire aucuns droits sur la possession desquels des lois antérieures ont permis aux particuliers de compter.

Anastase a émis ce précepte dans des circonstances qui ne laissent aucun doute sur son caractère (2). Avant Zé-

(1) L. 65. C. *De Decurionibus*. 10, 31.
(2) L. 65. C. *De Decurionibus*. 10, 31.

non, l'élévation à certaines fonctions dans le gouvernement de l'Empire affranchissait des charges de la curie. Zénon n'admet plus cette faveur et décide que cette disposition sera applicable à ceux qui auraient été investis de ces fonctions depuis le commencement de son règne. Anastase, guidé par un sentiment d'équité, ordonne que tous ceux qui, avant la Constitution de Zénon, avaient été exonérés des charges municipales par leurs fonctions élevées, même depuis le commencement du règne de cet empereur, conserveront ce bénéfice. Il se contente d'enlever tout effet rétroactif à la disposition de son prédécesseur, tout en la maintenant. Cette disposition nous montre le législateur se refusant à lui-même le pouvoir de rétroagir.

Les charges de la curie étaient telles qu'on essayait de s'y soustraire de toutes les manières, et que l'oblation à la curie pouvait être le prix d'une légitimation. Aussi voyons-nous Constantin, poussé par un sentiment d'humanité et de justice, enlever à une de ses Constitutions l'effet rétroactif qui aurait été nuisible à certaines personnes. Il avait décidé que les décurions ne pourraient plus se soustraire aux charges de la curie en entrant dans le clergé. Des magistrats voulurent réintégrer dans la curie des personnes qui s'étaient agrégées comme clercs à l'Eglise avant l'édit de Constantin. Cet empereur ordonna de ne pas inquiéter ceux qui, avant sa première Constitution, avaient cherché dans l'Eglise un refuge contre les charges onéreuses de la curie (1).

(1) L. 3. C. Th. 16, 2.

§ 2

C'est à propos des testaments que nous allons pouvoir pénétrer l'esprit du Droit romain en matière de rétroactivité, en même temps que nous verrons l'application la plus ancienne et la plus persistante des idées romaines à cet égard.

Le testament est au nombre des actes juridiques, et c'est le plus important de tous, qui se décomposent en plusieurs actes successifs ; car il se fait avant la mort, il devient définitif par la mort et il s'exécute enfin à la suite de l'adition d'hérédité. Que faudra-t-il donc faire en cas de changement de législation ? Appliquera-t-on la loi en vigueur à l'époque de la confection du testament, ou celle qui est en vigueur à l'époquee de la mort?

Il est de la dernière évidence qu'un changement de législation postérieur à la mort du testateur ne doit pas avoir d'influence sur la validité du testament et de son contenu, puisque les droits qui devaient résulter de ce testament sont ouverts et acquis à leurs titulaires. Aussi avons-nous vu Cicéron faire un grief à Verrès d'avoir par un édit soumis à une disposition imitée de la loi Voconia des testaments dont les auteurs étaient déjà morts à l'époque de l'émission de cet édit (1).

Mais les romains allaient plus loin, et nous allons voir

(1) In Verrem, act. 2, lib. 1, cap. 42.

que les lois nouvelles respectaient même les testaments de personnes vivantes.

Cicéron, toujours dans le même passage contre Verrès, lui reprochant d'avoir innové contre le testament d'Annius en faveur de sa fille, lui dit : Pourquoi n'imitiez-vous pas la loi Voconia qui vous plaisait si fort : *Imitatus esses ipsum illum Q. Voconium qui lege sua hereditatem ademit nullineque virgini neque mulieri; sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret. In lege Voconia non est fecit fecerit.* La loi Voconia, portée l'an 584 de Rome, défendait de faire une femme son héritière à celui qui était inscrit sur les registres du cens. S'est-elle appliquée à tous les testaments faits au moment de sa promulgation par des personnes encore vivantes? En aucune façon ; Elle ne s'applique qu'aux testaments faits depuis elle, car elle n'enlève aucune hérédité à aucune femme, ni même aucune espérance d'hérédité. Ce qui prouve que le passage de Cicéron doit être ainsi entendu, c'est qu'il oppose la conduite de Voconius à celle de Verrès qui avait mis dans son édit : *Qui ab A. Posthumio, Q. Fulvio censoribus, postve ea fecit, fecerit,* pour appliquer la Voconia. Or, ces censeurs étaient de cinq ans antérieurs à cette loi, de sorte que l'édit de Verrès atteignait les testaments faits pendant ces cinq années ; voilà pourquoi Cicéron disait : *sanxit in posterum qui post eos censores census esset ne quis heredem virginem neve mulierem fecerit.* Cette antithèse montre bien que nous avons assigné son vrai sens à la disposition de la loi Voconia.

La loi Falcidie, portée l'an 714 de Rome va nous fournir un exemple non moins décisif. On sait que l'exécution du

testament tenait à l'adition d'hérédité, et que les héritiers surchargés de legs refusaient d'accepter parce qu'ils ne trouvaient aucun avantage. Deux lois, la loi Furia, rendue probablement en l'an de Rome 571, et la loi Voconia par une disposition autre que celle dont nous venons de parler, avaient vainement tenté de concilier les deux intérêts contradictoires du légataire et de l'institué (1). La loi Falcidie résolut le problème en permettant à l'héritier de retenir toujours le quart. Mais elle renfermait dans ses deux chapitres une disposition transitoire expresse, dont Paul nous a conservé le texte : *Qui cives romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet.... Quicumque civis romanus post hanc legem rogatam testamentum facie,* (2); elle ne s'appliquait donc pas aux testaments même des personnes vivantes s'ils avaient été faits avant sa promulgation.

M. de Savigny, ayant posé en matière de testaments le principe suivant, qu'un testament susceptible d'exécution, celui d'un défunt, est le seul dont le législateur ait à s'occuper, car ce qui est écrit dans le testament d'un individu vivant n'a pour lui aucun sens (3), M. de Savigny, disons-nous, est assez embarrassé pour expliquer cette non-rétroactivité :

« Cela constitue, dit-il, une exception à la règle ; car la loi, ayant pour objet le contenu du testament, aurait

(1). V. Gaius, II, paragraphes 224 à 227.
(2). L. I. pr. D. 35, 2.
(3). T. 8 p. 439.

du s'appliquer à tous les testaments dont les auteurs mourraient postérieurement, lors même que ces testaments eussent été déjà faits. » (1). Il approuve d'ailleurs de semblables ménagements, surtout si l'on considère qu'il s'agissait de remplacer les restrictions plus rigoureuses des deux lois antérieures par des dispositions nouvelles et mieux appropriées.

Nous ne saurions adopter cette interprétation du grand Romaniste, là où il voit une exception nous voyons au contraire une application des règles ordinaires du Droit romain, tout aussi bien dans la loi Voconia que dans la loi Falcidie. On sait en effet que le Droit romain exigeait la capacité du testateur et de l'héritier institué à l'époque de la confection du testament, *ut constiterit institutio*, pour que l'institution se tint debout (2). Ce n'était pas par application de la règle Catonienne, puisque celle-ci ne se rapporte pas aux hérédités, *Catoniana regula non pertinet ad hereditates*, dit Papinien (3). Les auteurs, qui ont blâmé cette exigence au moins en ce qui touche la capacité de l'héritier, l'ont attribuée au souvenir de l'ancien testament *per æs et libram*, dans lequel l'héritier acquerrait au moment même de la *mancipatio*, c'est-à-dire de la confection du testament. (4) ; ils y ont vu dès-lors une règle

(1). T. 8 p. 461.
(2) Inst. J. liv. 2 Tit. 19, paragraphe 4
(3) L. 3 D. 34, 7.
(4). V. Savigny T. 8 p. 449.

sans valeur : « Nous devons considérer la capacité personnelle de l'appelé comme partie intégrante du contenu du testament, et dès lors comme réglée exclusivement par la loi en vigueur à l'époque de la mort, sans égard à aucune loi, antérieure, par exemple celle qui existait à l'époque où a été fait le testament (1).

Nous admettons très volontiers que cette manière de voir peut être préférable législativement. Mais, comme interprète du Droit romain, nous pouvons dire que ce Droit respectait les espérances résultant du testament d'une personne encore vivante, et que Théodose et Valentinien ont déclaré ce principe général lorsqu'ils ont parlé des *pendentia negotia* dans leur Constitution ci-dessus reproduite. Les lois Voconia et Falcidie ne se sont occupées que des testaments futurs en vertu de cette idée. Ne peut-on pas soutenir, en effet, que ce système est préférable parce qu'il est plus simple et dans certains cas plus équitable? Il est facile de dire que les testaments saisis par la loi nouvelle pourront être refaits par leurs auteurs ; mais qu'arrivera-t-il cependant s'ils ont perdu la capacité de fait, s'ils sont devenus infirmes ou fous? Avec la théorie de M. de Savigny, leur dernière volonté sera brisée ou méconnue par application d'une loi nouvelle, alors qu'ils avaient observé toutes les prescriptions requises au moment où ils testaient. Du reste, ce qui prouve l'insuffisance et l'injustice de cette manière de voir, c'est qu'on ne peut pas l'appliquer à toute la matière ; si, par exemple, une loi nouvelle prohi-

(1) V. Savigny, T. 8, p. 456.

bait les testaments olographes, M. de Savigny reconnaît lui-même que les testaments ainsi faits demeureraient valables lors même que leurs auteurs ne seraient pas encore morts au moment de cette innovation (1). Il faut donc entrer alors dans toute une série de distinctions sur les règles de forme ou de fonds, sur la capacité du testateur et celle de l'héritier, et tantôt appliquer tout de suite la loi nouvelle aux testaments déjà faits, tantôt l'appliquer seulement aux testaments futurs.

Avec la théorie romaine telle qu'elle nous apparaît dans les textes, tout est simplifié, et on se demande, en vérité, quel dommage peut en résulter. Le législateur a pour lui l'avenir indéfini ; est-il bien important pour lui que la loi reçoive son application exclusive quelques années plus tard ou quelques années plus tôt? (2).

Quoi qu'il en soit du point de vue législatif où nous avons dû nous contenter d'exposer les deux théories, nous allons achever de prouver par des textes de Justinien lui-même que nous avons bien rendu la véritable pensée du Droit romain. Il sera difficile de dire ici qu'on est encore influencé par la vieille *mancipatio* du testament per æs et libram, car elle n'était plus qu'une légende que Justinien lui-même allait faire disparaître ; et d'ailleurs le testament impérial ou tripartite avait depuis longtemps supprimé tout vestige de *mancipatio* en cette matière.

(1) Savigny, T. 8, p. 457.

(2) Chose étrange ! c'est à M. de Savigny lui-même que nous empruntons cette réflexion. p. 461.

Justinien en 531 voulut que tout testateur, s'il a la force d'écrire, mit de sa main dans sa signature ou dans une autre partie du testament le nom des héritiers ; et s'il ne pouvait ou ne savait écrire, il devait les nommer devant les témoins. *Quæ in posterum tantummodo observari censemus : utque testamenta post hanc Novellam nostri numinis legem conficiuntur, hæc cum tali observatione procedant. Quid enim antiquitas peccavit, quæ præsentis legis inscia pristinam secuta est observationem.* (1) Il est tout naturel que cette loi ne rétroagisse pas, mais il faut remarquer qu'elle est insérée dans la seconde édition du Code de Justinien de l'an 533. L'Empereur a un tel respect du passé qu'il ne supprime pas la disposition transitoire même pour les testaments faits depuis 531 jusqu'à 533. Il ne faudrait pas dire que c'est sans y prendre garde que cette disposition a été ainsi reproduite, car Justinien lui-même a pris soin de nous faire savoir que cela était fait pour éviter des suppliques qui lui arrivent de toutes parts à propos de l'ignorance de cette loi. En conséquence il a voulu qu'elle fut valable seulement à compter du jour où a été promulgué son Code, et dans les provinces du jour où elle sera connue dans chaque métropole (2). Cette exigence fut d'ailleurs supprimée en l'an 544 par la Novelle 119 chap. 9, parce que les testateurs ne se soucient pas de faire ainsi connaître leurs volontés même à quelques personnes.

On sait que la légitime qui était du quart au temps

(1). L. 29 C. 6, 23.
(2). Nov. 66, chap. I. § 1

classique par imitation de la loi Falcidie fut élevée par Justinien en l'an 536 au tiers ou à la moitié suivant les cas (1). Par la Novelle 66 (2), de l'an 538, l'Empereur déclare que cette augmentation ne s'appliquera qu'aux testaments futurs ; voilà un exemple topique du respect de simples expectatives de droit au profit de l'héritier institué.

Des Constitutions antérieures à Justinien défendaient de donner plus du quart (3 onces) aux enfants nés *ex concubinatu* ou à leurs mères ; Justinien permet dans certains cas, c'est-à-dire en l'absence d'enfants légitimes et de leurs mères, de laisser à ces personnes la moitié ou six onces ; et il ajoute formellement : *Hæc autem in futuris tantummodo testamentis, vel ultimis voluntatibus, vel dotibus, vel donationibus locum habebunt* (3).

Nous devons ici faire la même observation que tout à l'heure, puisque cette loi respecte les testaments antérieurs faits par des personnes encore vivantes, c'est-à-dire encore de simples expectatives.

Enfin, les mêmes réflexions nous sont encore suggérées par la disposition suivante : En l'an 534, Justinien abroge les fameuses lois caducaires, les lois Julia et Papia Poppœa portées sous Auguste, matière qui, disait-il, était sortie des guerres civiles qui agitaient alors le peuple romain ; *ut quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret.*

(1). Nov. 18.
(2). Chap. 1, paragraphes 2 à 5.
(3) L. 8, C. 5, 27 (an 528).

Mais cette abrogation ne s'applique qu'aux testaments futurs, et les lois anciennes continueront à régir tous ceux qui étaient faits lors de la promulgation de la loi nouvelle, sans distinguer si leurs auteurs sont morts ou vivants (1).

Ces exemples nous paraissent démontrer jusqu'à l'évidence que nous ne nous sommes pas trompés lorsque, soit dans le premier chapitre de ce travail, soit depuis, nous avons insisté sur la partie absolue dans le Droit romain du principe de la non-rétroactivité et de l'absence de toutes les distinctions modernes à cet égard.

§ 3.

Nous allons d'ailleurs retrouver le même esprit dans la succession *ab intestat*. Par une Constitution de l'an 389, les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius voulurent que les descendants cognats, par exemple par la fille, eussent les trois quarts de la succession en ne laissant aux agnats que le quart, que la Constitution appelle *quandam Falcidiam* (2). Justinien fait allusion à cette Constitution dans ses *Institutes*, et il déclare qu'il n'a pas voulu qu'elle fût insérée dans son Code (3). En effet, augmentant encore

(1) L. un., paragraphe 15, C. 6, 51.
(2) L. 4, C. Th. 5, 1. C'est du moins la leçon que Jacques Godefroy préfère à *Quartam Falcidiam*.
(3) *Inst.*, lib. III, tit. 1, paragraphe 16.

les droits des descendants cognats, il avait décidé, en 528, que ces descendants auraient désormais toute la succession, à l'exclusion de tous agnats collatéraux, mais en ajoutant *quod tantum in futuris, non etiam præteritis negotiis servari decernimus* (1). Ce qui doit s'entendre seulement des successions non ouvertes, mais non des successions ouvertes et qui n'auraient pas encore été acquises par l'adition ; ces dernières sont donc parmi les *præterita negotia,* quoique les héritiers n'aient encore aucun droit acquis puisqu'ils n'ont pas confirmé leur vocation par l'acceptation.

§ 4.

Enfin on sait que la loi Junia Norbana avait créé une classe d'affranchis appelés Latins Juniens ; elle avait décidé que les biens de ces affranchis reviendraient à leur mort aux patrons comme si la loi n'avait pas été portée, c'est-à-dire *quasi jure quodam modo peculii ;* cet affranchi était considéré comme perdant à la fois par son dernier soupir et la vie et la liberté. (2) Justinien abolit cette *latina libertas* et fit de ces affranchis des citoyens romains. Mais leurs biens, soit qu'ils fussent déjà morts, soit qu'ils fussent vivants, resteront dans la situation réglée par le *jus*

(1) L. 12. C. 6, 55.
(2) *Gaïi Inst.*, C. 3, paragraphe 56 ; *Inst. Just.*, lib. III, tit. 7, paragraphe 4.

antiquum, et la Constitution ne s'appliquera qu'aux affranchissements postérieurs, c'est-à-dire que les esclaves affranchis qui auraient été autrefois Latins Juniens seront citoyens et resteront propriétaires des biens qu'ils acquerront sans retour à leurs patrons (1).

§ 5.

Une autre application du principe tel que le comprenait le Droit Romain se retrouve dans la grande Constitution de Justinien sur la fusion de l'action *rei uxoriæ* et de l'action *ex stipulatu* pour la restitution de la dot à la femme, Constitution qui renferme d'ailleurs d'autres dispositions, notamment celle qui généralise la loi *Julia de adulteris et de fundo dotali*, en l'appliquant aux fonds provinciaux, etc., Toutes ces innovations que nous n'avons pas d'ailleurs à examiner ne se rapportent qu'aux dots futures et laisseront la restitution des dots actuelles réglée par l'ancien droit : *Quæ omnia in his tantummodo dotibus locum habere censemus, quæ post hanc legem datæ fuerint, vel promissæ, vel etiam sine scriptis habitæ : instrumenta enim jam confecta viribus carere non patimur, sed suum expectare eventum* (2). »

Cette même constitution conférait à la femme un droit de gage tacite pour la répétition de sa dot, mais seulement

(1) L. un., paragraphe 13, C. 7, 6.
(1). L. un. paragraphe 16 C. 5, 13

pour l'avenir. Un an plus tard, en 531, il rendit cette hypothèque privilégiée, c'est-à-dire préférable même aux hypothèques antérieures au mariage ; toutefois ce ne fut encore que pour l'avenir ; *quam legem ex præsenti tempore locum habere censimus, et non retrorsum referimus* (1).

§ 6.

De même dans la Grande Novelle 22, relative au mariage, aux secondes noces, au divorce, à la dot, à la donation *propter nuptias*, etc., (an 536), Justinien commence par poser le principe, que tout ce qui va être dit ne vaudra que pour l'avenir, et que le passé ne recevra aucune nouveauté de la loi présente ; et cela sans distinguer entre les droits ouverts et les droits simplement en expectative comme des gains de survie ou des droits de succession ; c'est toujours la non-rétroactivité absolue posée dans les termes les plus expressifs et les plus larges : *Nullus culpabit quare non futurum sciverunt : et hoc quod videbatur quidem, et tractabatur omnibus mobis crediderunt : quod vero nondum factum erat, non formidaverunt* (2).

(1) L. 12, paragraphe 5 C. 8, 18. Voir les dispositions semblables dans une Constitution de l'an 528 relative aux privilèges de la Militia. L. 27 in fine C. 8, 14.

(2) Nov. 22, Cap. 1.

§ 7.

Le même principe se retrouve dans la matière des obligations. On avait coutume même lorsque la dette avait été constatée par écrit de prouver par témoins qu'elle avait été payée en tout ou en partie. Justinien, en l'an 528, pour prévenir les abus, veut désormais qu'il y ait cinq témoins irréprochables, affirmant sous la foi du serment qu'ils étaient présents lors du paiement total ou partiel ; mais cela ne s'entend bien entendu que pour le futur : *his scilicet qui jam sine scriptis debitum vel partem ejus solverint a præsenti sanctione merito excipiendis* (1).

§ 8.

Enfin, dans les lois sur la justice, nous retrouvons les mêmes idées : ainsi les causes d'appel doivent être jugées selon la loi du moment de la sentence, et non pas selon la loi postérieure promulguée entre le premier jugement et le jugement d'appel. Nous verrons que cette décision s'applique même au cas où la loi nouvelle se serait elle même déclarée rétroactive ; rien n'est d'ailleurs plus raisonnable, car le premier juge devait statuer selon la loi en vigueur au moment de la sentence et le second ne doit réformer que si le premier a mal jugé. (2).

(1). L. 18 C. 4, 20.

(2) L. 1 paragraphe 4 C. 1, 53 ; L. 22 C. 1, 2 ; Nov. 111 et 115 in fine.

CHAPITRE III.

Exceptions au principe de la non-rétroactivité.

Après avoir montré par des exemples tirés des Constitutions des empereurs le principe de non-rétroactivité considéré sous un double point de vue, c'est-à-dire comme une règle de prudence pour le législateur et comme une règle d'interprétation pour le juge, nous allons parcourir maintenant les Constitutions, qui par exception rétroagissent; elles sont nombreuses, plus nombreuses même que les précédentes, et leur justification n'est pas toujours démontrée.

§ 1

Ainsi, dans une Constitution (1), Théodose et Valentinien, en accordant à la mère privée du *jus liberorum* le droit de recueillir une portion de l'hérédité de son fils, veulent

(1). L. 7, C. Th. V, 1.

que cette disposition s'applique à des successions déjà ouvertes, mais non encore définitivement partagées.

Cette innovation est incontestablement équitable, car elle fait remise à la mère de la condition d'avoir mis au monde un certain nombre d'enfants. Mais il y a des droits acquis sur des portions indivises, et la propriété indivise n'est-elle pas aussi respectable que la propriété sortie d'indivision par le partage? La rigueur antérieure de la loi ne doit certainement pas retomber sur la tête de celui qui s'est cru et a dû se croire investi d'un droit de propriété. Les empereurs auraient dû décider, pour être plus conformes au principe et en même temps à l'équité, que leur disposition ne s'appliquerait qu'aux successions non ouvertes, pourvu que les héritiers n'aient pas fait adition et n'aient pas encore, par conséquent, de droits acquis.

§ 2

Les mêmes critiques peuvent s'adresser à une constitution de Constantin qui proscrit le pacte commissoire dans le contrat de gage ou la convention d'hypothèque. Cet empereur, irrité de l'odieux abus qui en avait été fait, ajoute : « *Si quis igitur tali contractu laborat, hâc sanctione respiret, quœcum prœteritis prœsentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditoris enim re amissâ, jubemus recuperare quod dederunt.* » (1).

(1). L. 3. C De pactis pign.

La faveur qu'inspire le débiteur obéré et misérable a souvent jeté le législateur hors des voies de la stricte justice. Tout au plus pourrait-on admettre que, dans les contrats en cours d'exécution, le créancier perdit le droit d'appropriation éventuelle qu'il avait stipulé, et dût se résigner à faire vendre le gage pour se payer sur le prix. Ce serait encore de la rétroactivité, mais une rétroactivité explicable. Mais si un créancier est devenu propriétaire de la chose engagée à l'échéance de la dette, par application d'une cause alors légitime, le dépouiller de la propriété, le réduire à poursuivre le recouvrement de sa créance sur la chose considérée comme son gage pur et simple, cela n'est rien moins qu'une énormité. Même si la loi doit s'entendre en ce sens que le débiteur pouvait, en désintéressant son créancier, récupérer la propriété de sa chose (disposition à peu près illusoire en fait pour le débiteur qui est sans doute insolvable), ce serait encore ne pas respecter suffisamment la sécurité des personnes dans les faits accomplis.

Meyer, guidé par une bonne pensée, a essayé de justifier la décision rétroactive de Constantin, en donnant à la loi de cet empereur un caractère interprétatif ou confirmatif du droit antérieur. Cet auteur s'est figuré que le droit ancien prohibait déjà la convention insérée au contrat de Pignus pour attribuer au créancier la propriété du gage, en cas de non paiement, et que la pratique aurait éludé peu à peu cette prohibition que Constantin aurait rétablie. (1).

(1) Meyer, Principes sur les Questions transitoires, p. 32.

Assurément, Meyer ne connaissait pas le paragraphe 9 des Frag. Vatic. Or, ce paragraphe nous apprend que le Droit romain, à l'époque classique, admettait entièrement la validité de la *Lex commissoria* ajoutée au contrat de Pignus. Meyer s'appuie bien sur la loi 16, paragraphe 9, Dig. XX, 1, *de Pignoribus;* mais cette loi statue sur une convention toute différente, plus douce et plus bénigne à l'égard du débiteur que la *Lex commissoria*, mais dont la validité n'excluait pas la validité de la convention plus rigoureuse d'après laquelle la propriété était acquise au créancier à l'échéance moyennant l'extinction de la dette.

Sur ce point, Constantin a donc fait une innovation pleine d'équité, mais dont on ne saurait approuver la rétroactivité.

§ 3.

Justinien, lui aussi, a donné à l'une de ses innovations une rétroactivité qui ne se justifie pas en raison (1). Il a modifié le taux maximum de l'intérêt conventionnel. Ce taux, qui en 528 était de 12 pour cent, fut réduit à 6. Une année après, cet empereur rendit une loi transitoire portant que tous les intérêts échus antérieurement seraient réglés d'après l'ancienne loi; quant à tous les autres, ils étaient abaissés à 6 pour cent, au mépris de la loi du contrat. Justinien a pu croire que cette rétroactivité répondait

(1) L. 26 et 27, C. *De Usuris*.

aux besoins et aux convenances de son époque. Mais rien n'est plus respectable que les droits acquis en vertu d'un contrat, rien n'importe plus au succès des entreprises humaines que le maintien de ces droits. Le créancier, dont on restreint les droits, n'aurait peut-être pas prêté à d'autres conditions; il a pu contracter des engagements en vue des ressources qui lui paraissent assurées. On remarque encore bien mieux l'injustice si la résolution du contrat ne peut être demandée immédiatement.

§ 4.

Il en est de même de la Constitution de Théodose II, de l'an 447, par laquelle cet empereur, envoyant à Valentinien III les édits qu'il avait promulgués en Orient, afin de les rendre publics et obligatoires en Occident, déclare que ces Novelles devront régir tous les procès pendants. D'où il résultait que, même les procès, roulant sur des faits antérieurs à la promulgation en Occident de ces édits, devaient être soumis au contenu de ces édits envoyés d'Orient (1).

§ 5.

Il nous reste encore à citer une Constitution remarqua-

(1) Nov. Théod., II, tit. II, 1.

ble de Théodose II (1), celle introductive de la prescription extinctive des actions par trente ans. Pendant longtemps la plupart des actions, et les plus importantes, n'étaient soumises à aucune prescription ; elles étaient des *perpetuæ actiones* dans le sens rigoureux du mot.

Comment le terme prescrit par la Constitution de Théodose va-t-il s'appliquer aux actions déjà nées? Elles ne peuvent point participer au droit qu'elles avaient d'après la législation antérieure de durer toujours, car alors la nouvelle loi serait complétement annihilée.

Examinons ce qui a été décidé à cet égard : La prescription trentenaire a dû être appliquée aux actions déjà existantes, et ouvertes au moment de la promulgation de la Constitution, en comptant le temps écoulé avant cette promulgation depuis l'ouverture de l'action, mais de telle sorte qu'il y eût toujours au moins dix ans à courir pour l'ayant-droit après cette promulgation.

Un romaniste bien connu, M. de Savigny, prétend qu'on s'est écarté des principes en faisant cette concession. Il admet qu'une institution nouvelle doit s'appliquer aussitôt à tous les rapports de droit en suspens, mais de la même manière que si ceux-ci avaient pris naissance à la date même de la loi, ce qui implique la supputation du délai à partir de la promulgation de cette loi. On peut ajouter que dans des cas semblables, il n'y a jamais besoin pressant de rompre avec les règles les plus normales du

(2) L. 1, paragraphe 5, C. Théod, 4, 14.

droit (1). M. de Savigny ajoute que la loi romaine ne peut être justifiée que par cette seule raison, c'est que parmi les motifs de la prescription figure la présomption de paiement, et que cette présomption existe aussi bien pour le temps antérieur pendant lequel l'action n'a pas été exercée.

§ 6.

Enfin, comme dernière Constitution entachée du vice de rétroactivité, nous citerons celle d'Arcadius et d'Honorius, qui renouvelant la prohibition du mariage entre cousins germains et entre beaux-frères et belles sœurs, prononce des peines et applique ces peines à ceux qui avant la promulgation de cette loi, se sont, ainsi que le disent les empereurs, souillés de tels incestes. Il ne suffit pas de dire que le fait était déja prohibé pour justifier l'application de peines nouvelles et plus sévères (2).

Nous pouvons dès à présent affirmer une chose, c'est que la règle de la non-rétroactivité des lois existe en droit romain et domine depuis la loi 7 avec un caractère que n'ont pas altéré les Constitutions postérieures. Le caractère réside dans le respect du passé dans toutes ses conséquences, dès

(1) Comp. notre art. 2281 C. civil, qui, dans son paragraphe 2, impose une institution semblable.

(2). L. 3. C. Théod., III. 12. V. aussi L. 1 C Th. 4, 13; L. 5 C. 22. Th. 14, 15; L. 1, C. Th. 6, 8; L. 1 C. Th. 4, 9, quam legem et de præterito custodiri oportet, dit cette loi pénale; L. 7, 17 C. Th. 16. 5; L. 4. C. Th. 10, 8; L. 1. C. Th. 3, 2.

qu'il a pour base un fait juridique. Le principe de la non-rétroactivité des lois a quelquefois été foulé aux pieds ; malgré les échecs qu'il a subis, la Constitution de Théodose II, qui l'a consacré n'a jamais été amoindrie.

Il faut bien entendu admettre les exceptions dont la loi 7 elle même fait la réserve : *Nisi nominatim et de præterito... cautum sit,* nous nous trouvons alors en présence d'une question d'ordre public et d'intérêt social. Mais en dehors de cette règle admise et prescrite par le droit romain, essayer de reconnaître à différents signes une rétroactivité cachée dans les lois nouvelles, faire intervenir des contrastes plus ou moins étrangers à la matière, c'est s'exposer à admettre des exceptions imaginaires, et à confondre sans s'en apercevoir les notions de règle et d'exception (1).

Pour les cas mêmes où la loi reçoit une extension rétroactive, le Droit Romain établit une restriction absolue et telle que la rétroactivité, quand elle est ordonnée exceptionnellement, s'arrête toujours devant les jugements et les transactions qui ont fixé tous les droits. Cette restriction s'explique d'ailleurs par son importance, et les nombreux textes de Droit Romain qui la reproduisent n'en donnent pas d'autre raison (2).

Une loi interprétative du droit antérieur rétroagit naturellement, et sans que le législateur ait besoin de le dire, à la date du texte interprété ; toutefois encore, elle ne brise

(1). Savigny, T. VIII, p. 498.
(2). Arg. Nov. 115, Cod.

ni les jugements, ni les transactions, eût elle démontré qu'ils reposaient sur une fausse interprétation.

La règle que nous venons de tracer est applicable aux travaux législatifs de codification, qui, en général, ne font que coordonner, fixer, préciser le droit antérieur, et dissiper les obscurités qui en couvraient certaines parties. Et c'est en vertu de ces idées que Justinien, publiant les *Institutes* et le *Digeste*, a pu leur donner en quelque sorte un effet rétroactif. Il ordonne en conséquence que les principes posés dans ces deux compilations : « *Secum vigorem in judiciis ostendant in omnibus causis, sive quæ postea emerserint, sive quæ in judiciis adhuc pendent..... Quæ enim jam vel judiciali sententia, finita sunt, vel amicali pacto sopita, hæc ressuscitari nullo volumus modo* (1).

De même les lois qui abolissent entièrement une institution s'appliquent en principe immédiatement, et la font disparaître brusquement sans la conserver pendant un certain temps pour régler les situations passées. C'est ce qui serait arrivé à Rome d'une loi qui aurait aboli l'esclavage ; nous ne pensons pas qu'on eût laissé dans cet état tous les esclaves vivants au moment de la loi ; seulement, il eût fallu indemniser les maîtres. Pour sortir du domaine de la conjecture, nous pouvons citer l'abolition par Justinien du *Jus Italicum*, d'après lequel certaines personnes n'avaient les choses que *in bonis*. Désormais, tout le monde fut *dominus ex jure Quiritium*, sans qu'il fut d'ailleurs be-

(1). L. 2, paragraphe 23, C. 1, 17.

soin d'indemnité, car la suppression du *nudum jus Quiritium* n'enlevait à personne aucun avantage : Tout le profit, dit Justinien, en revient aux jeunes gens qui, en commençant l'étude du Droit, étaient effrayés par ces inutiles dispositions des lois antiques (1).

En résumé, la législation romaine nous fournit les idées élémentaires d'une théorie fort simple sur la non-rétroactivité des lois :

Le législateur ne doit pas, autant que possible, donner à sa loi, un effet rétroactif ; ce qui veut dire que la loi nouvelle ne s'applique pas à toutes les opérations juridiques, même commencées avant elle et non terminées, soit qu'il y ait droit acquis, soit qu'il y ait simple expectative de droit.

Quand il a déclaré sa volonté de rétroagir, les particuliers et le juge doivent se soumettre.

Les lois interprétatives rétroagissent de plein droit à la date de la loi interprétée.

La rétroactivité ne doit jamais porter atteinte aux jugements et aux transactions qui ont réglé la situation des parties.

(1) L. un., C. 7, 26.

DROIT ANCIEN

DROIT INTERMÉDIAIRE.

Le principe que les lois ne doivent régler que l'avenir passa du Droit romain dans l'ancienne jurisprudence française sans rencontrer aucune contradiction, et, par conséquent, sans laisser de traces saillantes.

On ne trouve pas, en effet, dans l'ancien Droit français de monuments législatifs concernant notre principe. Dans les pays de droit écrit, on restait sous l'empire de la loi 7, *De Legibus*, que l'on interprétait plus ou moins bien ; dans les pays de coutumes, on suivait les mêmes règles, qui paraissaient être raisonnables. Du reste, ce n'est qu'à l'occasion des Ordonnances que la question fut agitée quelque-

fois, mais, en définitive, le principe ne reçut aucun développement.

Nous avons dit que dans l'ancienne législation le principe de la non-rétroactivité des lois était pleinement reconnu ; mais après 1789, période qui a reçu le nom de droit intermédiaire, la commotion générale donnée à la société française produisit des lois violentes où les principes du droit et la notion de la justice furent souvent méconnus.

Il faut avouer cependant que notre principe fut proclamé en matière pénale. Inscrit avec ce caractère dans les demandes des cahiers, il figure parmi les principes de 1789.

La Constitution du 3 septembre 1791, article 8 de la Déclaration des Droits de l'homme, le formule en ces termes : « La loi ne doit établir que des peines strictement « et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni « qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieure- « ment au délit et légalement appliquée. »

Et dans la Constitution du 24 juin 1793, article 14 : « Nul ne peut être jugé et puni qu'après avoir été entendu ou légalement appelé, et qu'en vertu d'une loi proclamée antérieurement au délit. La loi qui punirait les délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie ; l'effet rétroactif donné à cette loi serait un crime. »

Mais le principe en matière civile n'avait pas le même succès. Conséquence fatale de la législation révolutionnaire, qui n'avait que le désir ardent de tout niveler et de tout ramener à l'égalité, il était plus d'une fois foulé aux pieds

par le législateur, sans qu'on se trouvât dans la nécessité ni dans les conditions qui permettaient au législateur de rétroagir. Ainsi, les lois du 5 brumaire et du 17 nivôse an II firent remonter jusqu'au 14 juillet 1789 l'égalité absolue des partages entre tous les cosuccessibles. Ainsi encore la loi du 12 brumaire an II donnait aux enfants nés hors mariage les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, toujours relativement aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789. On peut citer également la loi du 25 messidor an III.

Les inconvénients de ces lois qui violaient, sans aucune raison, le principe de la non-rétroactivité furent tels que dès l'an III la Convention nationale reconnut la nécessité de les supprimer. La Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) proclama ce principe et le mit au nombre de ceux qu'elle déclarait inviolables ; l'article 14 de la Constitution est ainsi conçu :

« Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir « d'effet rétroactif. »

Ce n'est donc que dans la Constitution du 5 fructidor an III que la non-rétroactivité fut admise comme principe constitutionnel, tant en matière pénale qu'en matière civile.

Mais la reconnaissance du principe ne dura pas longtemps. Nous ne le trouvons déjà plus reproduit dans la Constitution du 22 frimaire an VIII ; depuis lors, il n'a plus été écrit dans aucune Constitution. Il a trouvé place dans le Code civil, art. 2, et dans le Code pénal, art. 4.

On serait tenté de croire que la non-rétroactivité des lois en matière civile qui avait été élevée à la hauteur d'un principe de droit Constitutionnel enchaînant le législateur, est aujourd'hui redevenue ce qu'elle était en droit romain, une simple règle d'interprétation ne liant que le juge.

Nous pensons que cela n'est pas juste ; car si, constitutionnellement, le principe a cessé d'être un obstacle à la volonté du législateur, rationnellement et de par l'équité il a toujours présidé à la confection de toutes nos lois, et l'on doit dire qu'il a été rarement méconnu. Du reste, ce qui l'empêche d'être proclamé dans nos Constitutions comme un principe absolu, ce sont les nombreuses exceptions qu'il comporte et que nous examinerons bientôt.

Aussi ne pouvons-nous être de l'avis de certains auteurs (1) qui admettent que le législateur eût toujours sans conteste, le droit de donner un effet rétroactif à ses dispositions; et en dehors des cas que nous allons parcourir, on ne peut reconnaître au législateur pas plus ce pouvoir que celui de commettre une injustice. (2) Que voudraient donc dire ces paroles de M. Portalis, si le précepte n'avait conservé aucune force vis-à-vis du législateur : « Il est des vérités utiles qu'il ne suffit pas de publier une fois mais qu'il faut publier toujours, et qui doivent sans cesse frapper l'oreille du magistrat, du législateur, parce qu'elles doivent constamment être présentes à leur esprit. »

(1) MM. Duvergier, Aubry et Rau.
(2) Merlin, effet rétroactif Vo. Sect. III.

En tout temps, dit-on, il est impossible ou du moins imprudent de lier le législateur à cet égard par un principe constitutionnel ; mais cela l'est bien plus encore à une époque où le pouvoir législatif est délégué tout entier à une représentation nationale. Le droit repose sur les convictions communes du peuple. Il ne peut être ni fixe, ni immuable, car les convictions d'un peuple se modifient et varient avec le temps, suivant un développement progressif. Permettre à quelques individus, parce qu'ils ont un droit consacré par une législation antérieure accusée aujourd'hui d'iniquité, de venir opposer au mouvement progressif des idées et du droit un obstacle supérieur et absolu, ce serait, dit M. de Savigny, reconnaître à un seul siècle le pouvoir d'imposer irrévocablement ses propres convictions à toutes les générations à venir!

Mais tous ces arguments tombent forcément si l'on démontre que le principe de la non-rétroactivité n'est rien moins qu'une entrave à la libre expansion des nouvelles institutions publiques. Or, pour prouver cela, un mot suffit : toute loi d'ordre public échappe par cela seul au principe, en vertu d'une exception implicite unanimement reconnue. Toutes les dispositions reconnues qui sont d'intérêt public reçoivent, du consentement de tous les jurisconsultes, une application immédiate. Par exemple, si l'esclavage, qui était reconnu et protégé par les législations de l'antiquité, au lieu de disparaître peu à peu de nos mœurs, grâce au christianisme et à la civilisation, eût été détruit tout-à-coup par suite d'un impulsion violente et subite com-

muniquée aux esprits, il n'aurait pas fallu respecter les droits des propriétaires qui possédaient des esclaves.

Le principe de la non-rétroactivité n'est donc pas un obstacle au progrès. Le seul danger qu'on pouvait prévoir a été évité ; M. Valette le signale de la manière suivante : « On aurait pu s'élever, dit-il, contre le législateur, et lui reprocher d'avoir violé la Constitution toutes les fois qu'il n'aurait pas assez habilement décrété quelles attentes pouvaient être détruites, quelles attentes devaient être respectées. » (1)

Les motifs qui seuls défendent au législateur de rétroagir sont une garantie assez forte pour que notre principe ne soit pas abandonné. Du reste, la règle de non-rétroactivité, bien qu'elle ne soit pas garantie par la Constitution, a été toujours respectée, et il suffit, pour s'en convaincre, de jeter un coup d'œil sur les discussions de nos chambres législatives.

Le législateur peut, dans certains cas, rétroagir ; qu'arrivera-t-il s'il abuse de son pouvoir, s'il l'exerce en dehors de la justice et de l'humanité ? Faudra-t-il appliquer la loi qui est entachée de rétroactivité ? On doit répondre sans hésitation aucune que personne n'est autorisé à violer une loi, même dans le cas présent. On pourra assurément la critiquer, mais tant qu'elle n'aura pas été abrogée, le juge et les particuliers devront accepter avec résignation l'application de la loi. Le juge est obligé de baisser la tête devant

(1) Valette sur Proudhon, T 1, p. 24.

la volonté expresse du législateur. Il ne peut pas dire « : Il » y a une loi antérieure qui défend la rétroactivité, donc je » méconnaîtrai toute loi qui sera contraire à ce premier » principe » (1).

« A-t-on jamais pu entendre, disait M. Boulay au Conseil » d'Etat, donner aux juges le droit d'examiner si la loi » qu'on leur envoie renferme ou non des dispositions ré- » troactives ? C'est là l'office du législateur » (2).

Merlin lui-même : « Si donc le législateur *se permet* de rétroagir, *il viole sans doute l'une des premières règles de l'ordre social*, mais il n'y a au-dessus de lui aucune puissance qui puisse réprimer *cette infraction*, et il faut qu'on lui obéisse jusqu'à ce que, mieux éclairé, il rentre de lui-même dans le *cercle de la justice* » (3).

Nous voyons donc que le législateur ne doit faire usage de son pouvoir de rétroagir que pour des causes majeures d'intérêt public, et avec tous les ménagements que commande l'équité. Les lois ne doivent rétroagir que rarement, et ce n'est qu'avec beaucoup de prudence et de réserve que l'on doit se permettre d'établir des règles applicables au passé.

En résumé, le principe de la non-rétroactivité des lois n'est plus écrit dans aucune constitution (4). Mais nous

(1). Discours de M. Thiessé (19 Brumaire an X).
(2). Discours du 24 Brumaire an X.
(3) Répertoire, V° Effet rétroactif, sect. 5.
(4). En 1848, un membre de l'Assemblée constituante ayant demandé qu'à l'exemple de la constitution de l'an III, la Constitution nouvelle proclamât le principe de la non-rétroactivité des lois,

pouvons dire qu'il est pour le juge une règle inébranlable d'interprétation tracée, et pour le législateur un frein moral d'une valeur immense. Ce n'est qu'avec la plus grande des réserves, et seulement dans le cas où l'utilité sociale l'exige impérieusement, que ce dernier doit se permettre de disposer pour le passé.

on répondit que, dans certains cas, la rétroactivité peut être juste, humaine et nécessaire, et qu'ainsi il serait dangereux d'enlever au législateur le droit de décréter ce que la justice et l'humanité réclament. La proposition n'eut pas de suite.

La Constitution de 1852, en reconnaissant et garantissant les principes de 1789, ne conserva que virtuellement le princioe de la non-rétroactivité, et en matière pénale seulement.

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

RAPPEL DU PRINCIPE DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ.

Nous venons de voir que le principe de la non-rétroactivité des lois n'est plus écrit dans aucune constitution, du moins en matière civile. Nous le regrettons vivement, car nous pensons que la rétroactivité serait toujours un mal et que la règle devrait être constitutionnelle.

Un seul tempérament devrait être apporté non pas à la règle, mais à son application : comme il est de principe que l'intérêt privé doit, dans les cas de nécessité absolue, céder à l'intérêt général, il pourrait être admis que la loi nouvelle aurait la faculté d'imposer aux particuliers le sacrifice de leurs droits acquis, moyennant *une juste et préalable indemnité*. On pourrait objecter que la détermination de ces

cas d'absolue nécessité ne pouvant être faite à l'avance, il n'y aurait aucune garantie dans la constitutionnalité du principe; à cela on répondra que cette solennité même de la proclamation du respect des droits acquis est déjà une garantie morale très forte contre l'abus d'autorité du législateur, et les constitutions de 1791, 1793, de l'an III, de 1814, de 1830 et de 1848 l'ont bien compris quand elles ont proclamé l'inviolabilité de la propriété, « sauf le cas de nécessité absolue, et moyennant une juste et préalable indemnité. »

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

La rétroactivité est, dans tous les cas, exceptionnelle et

doit être formellement édictée par le législateur, à moins qu'elle ne résulte manifestement des circonstances qui ont précédé ou accompagné la nouvelle disposition législative ; tel serait le cas où le but tout entier de la loi serait manqué si la rétroactivité n'était pas admise. L'exemple le plus frappant qu'offre l'histoire législative des nations modernes, et particulièrement de la France, est l'abolition de la féodalité et de ses priviléges, et celle de l'esclavage dans les colonies. Le but de la loi aurait été manqué si dans ces deux cas la rétroactivité n'avait pas eu lieu. Les propriétaires ont pu encore être indemnisés ; mais il n'en a pas été de même des seigneurs féodaux, et cela ne pouvait être pour plusieurs motifs, entr'autres parce que ce rachat eût été infiniment trop onéreux pour le trésor public d'alors. Enfin, il faut faire une part à l'idée exprimée par Domat, que les lois qui rétablissent le droit naturel doivent recevoir leur application immédiatement et par tous les moyens possibles.

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

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

naturelle dont quelque abus aurait altéré l'usage, ou qu'elles résolvent des questions pour lesquelles il n'y avait auparavant aucune loi, aucune coutume. »

Quelques auteurs pensent aussi que la loi nouvelle peut s'appliquer sans rétroagir, lorsqu'elle se rapporte à des faits antérieurs au Code civil sur lesquels il n'y a pas de loi, ou sur lesquels il y a des lois tellement obscures que chaque partie peut l'invoquer à son profit, des arrêts qui s'anéantissent les uns les autres, des auteurs qui ne sont pas d'accord. Mais si le résultat est bon, le principe est mauvais; car, quelle est la loi ancienne dont on ne pourrait pas dire, au moins pour le besoin d'une cause, qu'elle était obscure et incertaine? Par conséquent, on pourrait toujours invoquer la loi nouvelle.

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

Néanmoins, presque toutes les législations modernes ont suivi la législation française en reconnaissant le principe de la non-rétroactivité. « Les lois nouvelles, dit le paragraphe 14 de l'introduction du Code prussien, ne peuvent

(1) V. encore les arrêts suivants : Cass., 29 août 1820 ; Lyon. 5 mars 1820 ; Amiens, 10 janvier 1821.

s'appliquer aux actes ni aux faits antérieurs à leur promulgation. » Et plus loin : « Les lois pénales nouvelles, si elles sont plus douces que les anciennes, s'appliquent aussi aux délits commis avant leur promulgation. »

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

CHAPITRE II.

LOIS QUI ÉCHAPPENT AU PRINCIPE.

Après avoir posé en règle que les lois n'ont pas d'effet rétroactif et avoir montré que cette règle était généralement suivie, nous devons répéter qu'il est des cas où le législateur doit rétroagir ; aussitôt qu'il a manifesté sa volonté dans ce sens, il n'y a pas à se poser la question de non-rétroactivité ; on doit respecter ses dispositions sans aucune autre recherche.

En outre, il y a des lois qui, par leur nature même, sont rétroactives, reçoivent aussitôt après leur promulgation une application immédiate et complète, et qui, malgré le silence de leur texte, ne doivent pas être interprétées comme respectant le passé. Nous allons les parcourir en les divisant en plusieurs classes :

1° Ce sont premièrement les lois politiques proprement

dites, c'est-à-dire celles qui touchent à la Constitution de l'Etat, ou qui ont pour objet les droits, aptitudes ou immunités qui sont attachés à la qualité de citoyens. Ces lois ont, de leur nature, une rétroactivité nécessaire ; d'ailleurs, elles ne lèsent en rétroagissant aucun droit acquis, car personne n'a pu ni dû croire immuable sa condition dans l'ordre politique, condition que la loi a reconnue non en vue de son avantage personnel, mais bien pour l'intérêt social. A ce point de vue, l'on ne saurait critiquer la disposition de loi qui viendrait exiger immédiatement des conditions nouvelles d'aptitude pour les électeurs, à qui a été donné le suffrage universel. La concession qui a été faite par la loi est retirée sans injustice par elle-même.

Quant aux faits accomplis sous l'ancienne loi, ils n'éprouvent, comme nous allons le voir, aucune modification lorsque cette loi change. La capacité des personnes subit l'influence des nouvelles institutions ; mais les actes faits antérieurement en vertu de cette capacité sont à l'abri de toute atteinte. Ainsi, la loi qui refuse la qualité d'électeurs à ceux qu'une loi précédente en avait investis, n'invalidera en rien l'élection à laquelle ils auront concouru.

2° Un second ordre de lois, ayant la même énergie, comprend les lois qui intéressent les bonnes mœurs et l'ordre public ; à ces lois, l'utilité sociale exige de donner toute l'extension possible. « Il serait absurde, dit M. Duvergier (1), de maintenir ce qui trouble l'ordre public, ce

(1) Revue du Droit français et étranger, t. II, p. 6.

qui offense les bonnes mœurs; de laisser subsister le péril pour chaque citoyen, et l'anarchie dans le pays de peur de blesser le principe de la non-rétroactivité. »

On n'a jamais pensé à invoquer contre ces lois le secours de la non-rétroactivité. C'est à peine si l'on a osé élever la voix pour demander en certains cas des indemnités qui, si elles ont été accordées, l'ont été par pure bienveillance (1).

Par une même raison d'utilité générale, les lois sur les matières qui tiennent à l'ordre public, dont le but est la police générale de la société, sont assimilées aussi, quant à leur influence sur le passé, aux lois constitutionnelles et politiques dont nous avons parlé plus haut. Toutefois, il faut prendre garde d'être trop enclin à voir toutes les lois étroitement liées au gouvernement de l'Etat et à l'ordre public : ce sera là une question délicate d'appréciation.

3. — Les lois de procédure, les lois de compétence, et les lois pénales favorables ne sont pas soumises au principe de la non-rétroactivité. La réglementation des formes à suivre, des compétences à observer, a varié et varie toujours pour le plus grand bien de la justice. L'application des nouvelles règles ne peut susciter de difficultés que si déjà on a régulièrement saisi les tribunaux. Dans cette hypothèse, à moins qu'il ne s'agisse de la suppression même d'une institution judiciaire, il a été reconnu par de nombreuses dis-

(1) La France et l'Angleterre ont indemnisé, aux frais de l'État, les titulaires et les propriétaires évincés, lors de l'abolition de l'esclavage dans les colonies.

positions transitoires que les règles de compétence et de procédure civile établies par les lois anciennes continueraient à être observées, même sous l'empire des lois nouvelles, pour le jugement des procès intentés avant leur mise en activité. (1). Quant aux lois criminelles qui adoucissent la pénalité, elles doivent rétroagir, car elles sont jugées meilleures que les précédentes, et en rétroagissant elles ne blessent absolument aucun intérêt.

4° — Le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas davantage aux lois qui modifient la capacité des personnes.

Et d'abord, avant de dire le pourquoi, distinguons bien la capacité et l'état des personnes : La capacité est la faculté légale, l'aptitude reconnue par la loi pour accomplir tels ou tels actes ; l'état est l'ensemble d'attributs qui constituent la personne. Il y a question de capacité lorsque l'on veut savoir si la femme mariée peut faire tels ou tels actes ; question d'état, lorsque telle personne a vis-à-vis de telle autre personne la qualité d'époux, d'enfant légitime.

Les lois nouvelles s'appliquent immédiatement à la capacité des personnes, parce qu'elles sont intimement liées à l'ordre public ; et d'ailleurs il n'y a pas ici de droit acquis, ici nous ne devons pas considérer comme droits acquis les facultés abstraites communes à tous les citoyens, à toute une classe de citoyens.

(1) — « Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem recipere debet. » (L. 30, Dig., De jud.). — Merlin, V. Compétence, § 3. — Loi du 11 avril 1838 sur les tribunaux de première instance. — Art. 1041 du Code de Procédure Civile. — Aubry et Rau, T. 1 p. 55.

La personne qui est déclarée capable est apte à acquérir par ses propres actes des droits ; mais si elle n'en a pas encore acquis, et que la loi nouvelle la replonge dans l'incapacité, cette personne n'est privée que d'une aptitude, d'une espérance dont la réalisation était douteuse ; elle n'est privée d'aucun avantage réalisé et faisant partie de son patrimoine. D'ailleurs les lois statuant sur la capacité sont en général conçues dans une pensée de protection pour ceux même qu'elles rendent incapables. Comment une personne se plaindrait-elle d'être protégée avec plus de soin et d'efficacité qu'elle ne l'était antérieurement ? Cependant tout ce qui a été réduit en actes par celui qui avait telle ou telle faculté d'après l'ancienne loi, doit être respecté par la loi nouvelle, quoiqu'elle ne reconnaisse pas cette faculté. Une personne qui, majeure d'après l'ancienne loi, a fait légalement certains actes, redeviendra mineure si une loi nouvelle vient reculer l'époque de la majorité, de façon à la classer encore parmi les incapables ; mais les actes accomplis par elle conserveront toute leur valeur juridique et tous leurs effets légaux seront respectés ; de même pour le sexe : supposez une législation dans lesquelles les femmes peuvent contracter sans l'autorisation du mari, et qu'une loi édicte le contraire, immédiatement les effets se produiraient ; mais quant aux contrats passés sous l'ancienne loi, ils demeureraient valables.

Quant aux lois qui concernent l'état des personnes, comme l'état de Français, l'état d'époux, l'état d'enfants légitimes ou adoptifs, elles suivent une autre règle : elles ne peuvent

pas rétroagir, car l'état est comme une propriété qu'on ne peut pas détruire.

5° — Il n'est pas non plus question du principe de non-rétroactivité pour les lois qui confèrent à une certaine personne une puissance ou une autorité sur une autre personne. Ainsi, les lois relatives à la puissance paternelle, soit qu'elles la restreignent, soit qu'elles l'étendent, sont immédiatement applicables ; en effet, elles ne sont pas destructives de l'état, elles modifient seulement dans ses conséquences éloignées l'état existant.

6° — Les lois, qui statuent sur les voies d'exécution forcée relatives aux moyens de contrainte qu'un créancier peut prendre contre un débiteur récalcitrant, rétroagissent pareillement, par la raison qu'elles se lient à l'organisation de la société ; un mode d'exécution proscrit ne peut plus être employé, même pour l'accomplissement d'une obligation contractée avant la promulgation de la loi nouvelle. Telles sont les lois du 17 avril 1832, art. 12 et suivants ; la loi du 13 décembre 1848, art. 14. Cette dernière loi abroge les dispositions du Code civil, qui autorisent dans le bail rural à stipuler la contrainte par corps contre le preneur. Un bail fait avant 1848 ne produira pas cet effet (1).

Lois interprétatives. — Enfin nous ne pouvons signaler les cas où le principe de la non-rétroactivité n'a pas d'application, sans dire quelques mots sur les lois dites *inter-*

(1). Zachariæ, Aubry et Rau, t. 1, p. 57 ; Demolombe, t. 1, p. 59.

prètatives . Mais nous ne les rangeons point au nombre des lois qui rétroagissent nécessairement.

Les lois interprétatives, ayant pour objet de déterminer le sens des lois antérieures, forment corps avec ces dernières, et doivent être considérées comme ayant la même date, de telle sorte qu'en appliquant la loi interprétative, on applique en réalité la loi antérieure dans le véritable sens qu'elle avait dès le jour de sa promulgation, En saisissant les situations établies et les rapports formés avant leur promulgation, elles ne sont véritablement pas rétroactives, puisqu'elles ne font qu'aider à une loi antérieure, et qu'elles ne portent pas en réalité des dispositions nouvelles (1).

Avant d'aborder la théorie de la non-rétroactivité, nous croyons que parmi les lois règlant les matières du droit privé, il faut faire une distinction fondamentale. Cette distinction, que M. de Savigny (2) a eu du reste le mérite de découvrir, consiste à diviser les lois dont nous venons de parler en deux parts selon leur but :

Parmi les droits, les unes déterminent les droits qui peuvent exister, les lois que le législateur reconnaît et sanctionne.

(1). Les rédacteurs du Code civil avaient résolu cette question en ajoutant à l'art. 2 de ce Code ce qui suit : « Néanmoins, la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique..... » Cette addition fut retranchée à raison de la difficulté de déterminer en fait ce qu'on devrait entendre par une loi purement interprétative. Mais tout en la supprimant, le Conseil d'Etat a reconnu le principe qu'elle énonçait.

(2). M. de Savigny, traité de Droit romain. T. 8, p. 320.

Rentrent dans cette classe les lois qui fixent les modes d'existence des droits reconnus, leurs effets et leurs attributs.

La seconde classe est formée par d'autres lois qui déterminent les manières d'acquérir les droits reconnus : elles fixent à quelles conditions un particulier sera investi de ces droits ou de l'un d'eux.

Prenons à l'appui de ce que nous venons de dire des exemples. Appartiennent à la première classe : 1° les lois qui définissent la propriété et ses démembrements, qui se prononcent sur la distinction entre le domaine utile et le domaine éminent, qui admettent ou repoussent tel ou tel démembrement, comme l'emphythéose, le domaine congéable, la rente foncière (1), la servitude prédiale au profit ou à la charge de la personne, les substitutions à un degré indéfini ;

2° Les lois qui définissent les puissances qu'une personne peut exercer sur une autre personne, par exemple la loi qui limite ou circonscrit la puissance paternelle;

3° La loi qui définit le mariage, ses effets et ses causes de dissolution.

Appartiennent à la seconde classe :

1° — Les lois qui déterminent les modes, les conditions d'acquisition de la propriété et de ses démembrements, par exemple la loi qui exige ou non la tradition, la rédaction d'un écrit, la transcription ;

(1). Code civil, art. 530, 686, 896.

2° Les lois qui déterminent les formes de la célébration du mariage.

Voici maintenant l'utilité de cette distinction : Une loi, qui réprouve une institution, qui déclare ne pas reconnaître un droit, saisit immédiatement les droits de la nature de ceux qu'elle proscrit pour les éteindre.

Une loi, qui modifie les attributs d'une puissance ou les effets d'un droit, s'applique aux droits déjà constitués pour les transformer et les plier à ses dispositions.

Le motif est, que la permanence ou la perpétuité des droits déjà constitués retarderait trop longtemps, ou restreindait dans de trop étroites limites pour la société, le bienfait de la loi nouvelle. La loi de ce genre qui n'aurait d'empire que sur les droits nouvellement constitués, laisserait subsister peut-être a jamais des vestiges d'un passé condamné par le progrès des idées et des mœurs ; ce contraste entre un passé vicieux qui tarderait à s'éteindre, et un présent perfectionné par la raison qui trouverait peu de place pour se propager, serait choquant pour l'opinion publique.

Sans doute on pourrait respecter les droits actuels pendant la vie des titulaires, et appliquer la loi nouvelle aux héritiers. Ce serait un terme moyen ; ce serait encore de la rétroactivité, mais une rétroactivité adoucie. Presque toujours ce serait différer trop longtemps encore la réalisation des progrès législatifs.

« Nous donnerons une solution contraire pour les lois de notre seconde classe. Il s'agit de droits qui, après comme avant la loi nouvelle, peuvent exister, mais dont les condi-

tions d'acquisition sont changées. Dans cette hypothèse le maintien des droits antérieurement acquis n'a rien de discordant avec le système nouvellement introduit. La rétroactivité n'aurait que des inconvénients pour les particuliers et point d'avantage sérieux pour la société. La loi nouvelle régit dans l'avenir l'acquisition des droits ; elle peut aussi soumettre les titulaires déja investis de droits à l'accomplissement, dans un délai, de formalités d'une exécution facile pour tout le monde, par exemple d'un mode de publicité.

« Dans tous ces cas, c'est la volonté du législateur qu'on respecte, mais une volonté tacite qui ressort soit de la disposition, soit des circonstances qui ont précédé ou qui ont accompagné cette disposition, soit enfin de la matière même qu'elle a pour objet. » (1)

Nous venons d'examiner toutes les espèces de lois ou notre règle ne doit pas s'appliquer, et nous avons donné pour chacune d'elles les raisons spéciales pour lesquelles il en doit être ainsi. Nous allons voir maintenant quelles sont les lois auxquelles s'applique la non-rétroactivité, et en même temps entrer plus profondément dans la discussion du principe lui même.

(1) M. de Savigny, loc. cit.

CHAPITRE III

THÉORIE DE LA NON RÉTROACTIVITÉ

D'après ce qui vient d'être exposé, la non-rétroactivité des lois est un principe qui ne s'applique qu'aux lois privées réglant les conditions suivant lesquelles une personne peut acquérir un état ou un droit, et dans les cas seulement où le législateur n'a pas exprimé sa volonté de ne pas le respecter.

Voyons maintenant quel est l'effet que doit produire la loi dans le temps, c'est-à-dire à partir de quelle époque la loi nouvelle est-elle en vigueur ?

Faisons l'hypothèse suivante : Une loi ancienne réglementant un point est remplacée par une loi nouvelle ; à quels faits celle-ci sera-t-elle applicable ?

Toute loi nouvelle étant présumée meilleure que celle qui la précédait, l'intérêt social exige que la loi nouvelle soit exécutée le plus promptement possible et qu'elle s'applique à la plus grande masse de faits antérieurs. Quant aux faits postérieurs dont le commencement ne se produit qu'après la publication de cette loi, ils seront soumis a cette loi nouvelle.

Mais qu'arrivera-t-il si un fait, qui a commencé sous l'empire de la loi ancienne, se continue sous la loi nouvelle? Comment traiter ces faits quant à leurs conséquences? Ici commence la difficulté. — Si l'on décidait qu'il faudra toujours appliquer la loi ancienne, on arriverait à ce résultat, que la législation serait stationnaire ; la loi ancienne pourrait se prolonger à l'infini, il y aurait perpétuité de l'ancienne législation. Si le contraire était admis, l'on arriverait à bouleverser toutes les positions acquises, l'on créerait des perturbations économiques considérables ; les citoyens n'auraient aucune confiance dans la loi actuelle, s'ils pensaient que dans huit jours, un mois, les conditions sous lesquelles ils auraient contracté pourraient être modifiées par une loi nouvelle. On n'oserait plus contracter si un droit acquis en vertu d'un contrat pouvait être altéré par une loi nouvelle.

Quel est donc le système employé? Un texte réglemente la matière, texte très difficile malgré sa simplicité qui n'est qu'apparente : c'est l'art. 2 du Code civil : « *La loi*, dit cet article, *n'a point d'effet rétroactif.* »

Quand cette loi nouvelle aura-t-elle un effet rétroactif, ou quand ne le lui ferons-nous pas produire? Il faut distin-

guer entre les matières civiles et les matières pénales ; laissons de côté pour le moment les matières pénales, qui sont réglementées par l'art. 4 du Code pénal, et dont nous nous occuperons plus tard.

En matière civile, la non-rétroactivité des lois est dominée par deux principes, dont le second sert d'exception au premier (1) :

1° La loi nouvelle doit s'appliquer aux *rapports juridiques déjà établis avant sa promulgation*. Mais à ce principe apportons de suite l'exception suivante :

2° Cette loi nouvelle ne peut pas s'appliquer toutes les fois qu'elle lèsera les droits individuellement, actuellement acquis *par une situation juridique déjà née lors de la promulgation*.

Nous avons indiqué dans le chapitre précédent quelles sont les lois auxquelles ne s'appliquent ni le principe ni l'exception. Il nous reste à voir maintenant ce qu'on entend par droit acquis, par simple expectative.

Il est incontestable que le fait juridique qui était entièrement accompli, c'est-à-dire qui avait pris naissance et qui avait produit tous ses effets au moment de la promulgation de la loi nouvelle, est exclusivement régi par la loi sous l'empire de laquelle il s'est accompli. Il est de même certain que le fait qui n'était pas encore commencé lorsque la loi nouvelle a été promulguée, n'est régi que par cette dernière loi.

(1). M. Bonfils, à son cours.

Pour que la question qui nous occupe se pose, il faut supposer non-seulement un changement de la législation, mais encore un acte juridique ayant pris naissance sous la loi ancienne, et n'ayant pas encore produit tous ses effets, ou dont les effets produits continuent d'exister, lorsque la loi nouvelle a été promulguée. Dans ce cas, si de ce fait juridique résultent des droits acquis pour une tierce personne, c'est la loi ancienne qui les règlera; si, au contraire, il n'y a que de simples espérances, des attentes plus ou moins légères, c'est la loi nouvelle qui doit les régir.

Quand donc le droit est-il acquis, et quand donc n'existe-t-il qu'une simple expectative?

Le droit acquis est celui qui est entré dans notre patrimoine et qui ne peut pas nous être enlevé par le fait d'un tiers. *Il peut être pur et simple, ou conditionnel;* il est tel lorsque son acquisition est subordonnée à l'arrivée d'un événement futur et incertain. Dans les deux cas, le droit fait partie du patrimoine. Le droit conditionnel peut être cédé, donné en gage; il autorise les actes conservatoires. La loi nouvelle doit donc respecter ces droits acquis (1).

Tobias Jacob Reinhard, à propos de notre question, s'exprime ainsi : « *Quæcumque negotia jam ante legem novam latam quoàd essentiam suam fuerint perfecta, licet consummationem suam suosque effectus ab actu demum post legem novam futuro, eoque non extentivo, adhùc expectent,*

(1) M. Bonfils à son cours.

ea ad præterita omnino referenda sunt; adeoque ex anterioribus legibus, nequaquam vero ex novâ lege latâ dijudicanda, modo non integrum sit negotium juxta novæ legis placita emendandi et perficiendi. » (1).

Après avoir cité ce passage de Reinhard, Merlin donne la définition suivante, qui est admise par la plupart des jurisconsultes : « Les droits acquis sont ceux qui sont dans « notre domaine, qui en font partie, et que ne peut plus « nous ôter celui de qui nous les tenons. » (2).

Au contraire, on désigne sous le nom de simples expectatives ces espérances plus ou moins vagues qu'un tiers peut détruire et sur lesquelles on ne peut régulièrement pas compter.

La différence entre le droit acquis et l'expectative est donc que le premier emprunte son existence, sa validité à des faits passés et définitifs, tandis que la seconde, pour se compléter et se convertir en droit, a besoin de l'avenir.

Ainsi, à propos de la prescription, cette faculté de se libérer n'est qu'une simple expectative au profit du débiteur ; en effet, le créancier peut attaquer d'un moment à l'autre. Donc, si une loi nouvelle vient modifier la durée de la prescription, elle ne détruira qu'une espérance et non un droit acquis en admettant que la durée soit retardée.

De même le testament, aussi longtemps que vit le testa-

(1) *Selectæ observationes ad Christinœum*, t. I, obs. 49, n° 5.
(2) Merlin, v° Effet rétroactif, sect. III, parag. 1.

teur, engendre des expectatives et non des droits. Quelqu'un fait son testament et me lègue 50,000 francs ; j'ai une simple expectative, je n'ai un droit acquis qu'à la mort de cette personne. — Supposons que pendant la vie du testateur, une loi me déclare incapable de recueillir ; cette loi ne m'enlèvera qu'une simple espérance. Si, au contraire, le testateur est mort, j'ai de suite un droit acquis au legs qu'il m'a fait. — De même, l'ordre de successions actuel me fait héritier présomptif ; une loi nouvelle change l'ordre, je n'ai pas à me plaindre.

La distinction ainsi bien établie entre l'expectative et le droit acquis, il est indispensable de faire remarquer que les expectatives ne sont pas toutes régies par le même principe, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas toutes également détruites par la loi nouvelle.

Nous trouvons deux espèces d'expectatives : celles qui prennent leur source dans les dispositions seules de la loi, dans des faits, dans des actes, auxquels la personne qui se prévaut de l'expectative n'a pris aucune part : par exemple, l'espérance qui naît pour le légataire d'un testament du vivant du testateur ; l'attente d'un débiteur de voir se prescrire l'action de son créancier par l'inaction de ce dernier dans le temps fixé par la loi ; et celles qui ont été créées par le concours de la volonté de celui qui en réclame le maintien et la réalisation, et qui se lient comme accessoires à un état de choses principal sur lequel la loi nouvelle n'a pas d'empire : ainsi, des époux se sont mariés sous l'empire d'une loi qui permettait de faire ou de changer les conventions matrimoniales durant le mariage ; la

faculté pour ces époux de compléter l'union de leurs personnes par le règlement de leurs intérêts pécuniaires est au moins une expectative respectable.

La loi nouvelle exerce toute son influence sur la première espèce d'expectatives ; elle respectera au contraire toutes les expectatives de la seconde espèce qui sont assimilées avec juste raison à des droits acquis.

Nous pouvons donc nous résumer en disant : La loi nouvelle respecte les droits acquis lors de sa promulgation ; de même elle n'a pas d'empire sur les simples expectatives, qui sont nées du concours de la volonté de celui qui s'intéresse à leur réalisation, et sont comme une dépendance d'un état de choses principal que la loi nouvelle maintient ; au contraire, la loi nouvelle régit les autres expectatives, surtout celles qui ont leur source dans la loi, ou qui se sont formées sans la participation de la volonté de celui qui en profiterait.

Nous avons laissé complétement de côté la distinction faite par plusieurs auteurs (1) entre les *effets* et les *suites* des actes ou contrats accomplis et devenus efficaces sous l'empire de la loi ancienne, entre les *effets* qui seraient soustraits à l'application de la loi nouvelle et les *suites* qui tomberaient sous le coup de cette loi.

Comment, en effet, discerner les divers degrés d'affinité entre un acte et ses suites, le plus ou moins d'étroitesse du lien qui les unit ? Suffira-t-il, comme le dit M. Valette, de

(1) Merlin, Blondeau, Meyer et M. Dalloz.

mettre en parallèle les avantages et les inconvénients de l'intérêt public et de l'intérêt privé? Saura-t-on en faire la juste appréciation? N'y a-t-il d'autre ressource, comme l'enseigne M. Demolombe, que d'aller d'une branche de la législation à l'autre, et de consulter dans chaque matière spéciale les principes spéciaux? Et dans les diverses espèces, à quel point de vue donner la préférence? On reste dans des indécisions inextricables. Aussi avons-nous abandonné cette distinction sur laquelle les auteurs n'ont pas pu tomber d'accord. Nous répétons que les actes accomplis sous une loi doivent continuer à être régis par cette loi dans toutes leurs conséquences quoique la législation vienne à changer.

Voyons maintenant l'application du principe aux diverses lois qui règlent les matières privées et que nous allons successivement parcourir.

Nous avons déjà vu plus haut qu'il fallait bien distinguer l'état et la capacité des personnes qui sont régis par des principes complétement différents. Il est admis sans contestation que le législateur ne peut pas nous ravir l'ensemble des qualités constitutives de l'état de Français, par exemple d'époux, ou de père ; ce sont des droits indélébiles. Quant à la capacité attachée à chacun de ces états, elle n'est point soustraite à l'influence de la législation nouvelle. C'est qu'en retirant, je suppose, un des droits attachés à la puissance paternelle, la loi ne porte pas atteinte à la conséquence du mariage et de la paternité, conséquence qui est la qualité d'époux et de père et qui n'est rien au-delà. La manière dont sera exercée cette puissance maritale ou pa-

ternelle dépend de la loi et de la volonté du titulaire, puisque toute convention à cet égard serait frappée de nullité.

Quant aux lois sur les successions, nous devrions, pour bien faire, et si nous devions entrer dans les détails qu'elles comportent, les diviser en deux paragraphes : le premier traitant des successions *ab intestat*, et le second des successions testamentaires. Mais nous devons nous borner à poser quelques principes généraux sur cette matière. Le droit de succéder ne s'ouvre qu'au moment de la mort ; jusqu'à cette époque l'héritier du sang et le légataire institué n'ont qu'une simple expectative ; ils n'ont pas encore de droit acquis, et la loi non-seulement ne leur reconnaît pas un pareil droit, mais elle leur défend de trafiquer, de disposer de la simple expectative ou de l'espérance plus ou moins fondée que peuvent avoir l'héritier et le légataire présomptifs. Nous devons dire que cette défense est générale, et s'applique même à l'héritier réservataire. Ce premier principe posé, nous arrivons sans peine au second, d'après lequel toute espèce de succession est régie par la loi sous laquelle elle s'ouvre. La raison de cette régle ressort de ce que nous venons d'exposer : personne n'ayant ni droit acquis, ni expectative reconnue et dont le respect soit imposé par la loi, aucune plainte ne pourra s'élever, quelles que soient les dispositions de la loi nouvelle.

En matière de contrats ou causes d'obligations, le principe général est celui-ci : la loi en vigueur au moment où le contrat se forme règle toutes les conséquences de ce contrat. Comme un contrat est toujours un fait juridique (à

moins qu'il ne soit prohibé), une fois accompli, il entraîne avec lui toutes les conséquences sans exception.

On a bien essayé, comme nous l'avons dit plus haut, de distinguer entre les suites et les effets des contrats, rien n'a été moins clair que cette distinction. Elle est adoptée par d'excellents auteurs (1), qui éprouvent la plus grande peine à la formuler autrement que par des exemples. Elle manque donc d'étendue et de généralité, et elle oblige à de longues digressions sur chaque cas particulier. C'est ainsi qu'on s'expose à décider suivant les hypothèses et non d'après une règle uniforme. M. Blondeau comprend d'abord parmi les suites du contrat des conséquences véritables, telles que l'obligation de garantir, et celle de supporter la perte de la chose lorsqu'on est en demeure de la livrer ; et plus tard lorsque Merlin réfute cette opinion, lui aussi la répudie en corrigeant son travail.

Nous croyons qu'on doit se méfier d'une pareille distinction qni repose sur un sol mouvant et qui a pu, sur plusieurs questions importantes, entraîner dans l'erreur les maîtres de la science.

En conséquence nous admettons, et nous le faisons avec beaucoup d'auteurs (2), qu'il n'y a aucune distinction à faire, et que tous les effets du contrat, même les plus éloignés, seront soumis à la loi du jour où ce contrat a été fait. Les obligations qui résultent d'un contrat n'ont en effet d'autre source que la volonté expresse ou tacite des parties ;

(1). Merlin et Blondeau.
(2). MM. Savigny, Duvergier, Demolombe, Valette.

or, celles-ci n'ont pas pu avoir la volonté de se soumettre à des obligations qu'aucune loi n'attachait au contrat, lors de sa confection, qu'il leur était impossible de prévoir, et auxquelles peut-être elles n'auraient pas consenti à se soumettre, si elles les avaient prévues.

Pour terminer, nous devons exposer les règles de l'application des lois qui déterminent la forme extérieure des actes et les moyens de preuves.

La forme extérieure des actes est réglée par la loi du jour où les actes sont faits. Le principe : *Tempus regit actum* est beaucoup plus fort et plus énergique que le principe analogue : *Locus regit actum*. Le premier n'admet pas d'exception ; jamais on ne peut suivre la loi d'un autre temps pour la forme d'un acte. Les lois sur les formes sont impératives. Pour que l'acte soit valable, on est obligé de suivre les formalités que la loi en vigueur détermine. Il serait donc injuste de punir, en invalidant son acte, une personne qui s'est soumise à la loi et a fidèlement accompli tout ce que celle-ci lui ordonnait. Lui reprocher de ne pas avoir connu le changement de législation, ce serait évidemment joindre le ridicule à l'iniquité.

On peut avoir des doutes lorsque la loi nouvelle simplifie les formes d'un acte pour lequel on n'a pas observé toutes celles exigées par la loi sous l'empire de laquelle l'acte s'est passé. Dans ce cas, on pourrait vouloir, dans le but de maintenir l'acte, admettre sa validité, si, irrégulier d'après la loi de son origine, il était régulier aux yeux de la loi nouvelle qui s'est relâchée de quelques-unes des exigences de l'ancienne loi.

Même dans ce cas, notre règle est générale : la loi en vigueur doit régir la forme extérieure des actes : a-t-on satisfait à toutes ses prescriptions, l'acte est valable, même si une loi vient postérieurement exiger d'autres formalités. Au contraire, si l'on ne s'est pas conformé aux dispositions en vigueur, l'acte est nul, même dans le cas où une loi nouvelle ne les exige pas.

Un acte qui est nul grâce à son irrégularité donne le droit à la partie et à ses ayants-cause de repousser les effets de cet acte. Le législateur ne doit pas être présumé avoir voulu enlever le droit acquis à ces personnes.

Nous ne donnerions pas la même solution s'il s'agissait d'un acte qui, comme le testament, ne produit pas d'effets immédiats. La loi qui simplifie les formes s'appliquera, suivant nous, aux testaments déjà faits, dont les auteurs sont encore vivants ; car les héritiers légitimes n'ont pas encore acquis le droit de se prévaloir de la nullité.

Quant aux lois sur les preuves, une distinction doit être faite : s'agit-il d'admettre tel ou tel mode de preuve ? il faut se reporter à l'époque à laquelle ont été accomplis les faits dont on veut établir l'existence, parce que le mode de preuve se rattache essentiellement au fond, et que par conséquent c'est un droit acquis pour celui qui l'invoque. Celui qui acquiert un droit se précautionne d'une preuve. Lui refuser cette preuve qui alors était légale, ce serait lui enlever le moyen de défendre son droit en justice, ce serait lui enlever le droit lui-même. — S'agit-il de règles qui régissent la procédure de la preuve ? C'est la loi nouvelle seule qui

s'applique ; cela tient à l'ordre public, il ne peut y avoir de droits acquis.

Avant de terminer, n'oublions pas de mentionner une exception. Certaines lois, comme nous l'avons dit, à cause de leur caractère ou parce que le législateur l'a expressément ordonné, règlent le passé comme l'avenir ; ces lois, par exception, n'ont aucun effet sur les jugements et sur les transactions qui leur étaient antérieurs.

D'après certains auteurs, la raison est que le jugement comme la transaction transforme complétement le rapport du droit primitif ; c'est une cause nouvelle de droit ; la première a disparu, elle est remplacée par le jugement ou la transaction. La nature du jugement et de la transaction fait que les droits qui en découlent sont désormais inviolables ; soumis à leur loi d'origine, ils n'en connaissent jamais d'autre. Aucune rétroactivité ne pourra les atteindre. — Mais cette démonstration pourrait soulever quelques objections qui ne seraient peut-être pas sans de sérieux fondements ; nous aimons donc mieux justifier autrement l'exception que nous proposons. Les jugements et les transactions ont pour but d'apaiser toute discussion, de prévenir toute contestation, d'inspirer une grande confiance et une grande sécurité ; il faut donc, pour que ce but puisse être atteint, qu'ils soient à l'abri de toute modification ultérieure, que les décisions qu'ils renferment soient désormais inattaquables, et que les parties les considèrent comme l'unique loi qui doit à tout jamais régir les rapports dont elles se sont occupées.

L'exception dont nous parlons ne s'applique pas seule-

ment au jugement définitif, mais même au jugement soumis à l'appel, si la nouvelle loi vient à paraître dans le cours de l'instance sur l'appel.

L'appel, pourrait-on nous dire, remet de sa nature les choses dans l'état où elles étaient avant le jugement ; mais ce principe ne doit être admis qu'avec certaines restrictions : il n'a d'application que lorsque le juge infirme un jugement pour erreur de fait ou erreur de droit : or ici rien de tout cela ; car le juge de première instance ne pouvait prononcer que suivant la loi en vigueur à l'époque du jugement, et par conséquent le juge d'appel ne peut infirmer un pareil jugement. Les termes même par lesquels les Cours infirment un jugement, fournissent un appui à notre observation : « Par ces motifs, la Cour infirme et met le jugement dont est appel à néant ; émendant et faisant ce que les premiers juges auraient dû faire, ordonne.... etc. »

En effet, si la Cour infirme un jugement pour appliquer la loi nouvelle, elle ne fait pas ce que le tribunal aurait dû faire, car le tribunal ne pouvait appliquer une loi avant son existence. Nous pouvons en dire de même de ces jugements ou arrêts qui n'ont d'autre voie de réformation que le pourvoi en cassation ; c'est-à-dire que le pourvoi, fondé sur une loi postérieure au jugement ou à l'arrêt, doit être rejeté.

Les lois interprétatives, avons-nous dit dans le Chapitre précédent, ont la date de la loi ancienne et s'appliquent aux faits antérieurs sans même rétroagir. Cependant elles n'enlèvent pas leur efficacité aux transactions et aux jugements qui ont eu lieu avant leur promulgation, et qui ont

suivi une autre interprétation. Car si les parties ont admis une interprétation qui n'était pas la véritable, il y a erreur de droit de leur part, et les transactions, d'après l'art. 2052 du Code Civil, ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit. — Quant aux jugements, s'ils sont définitifs, il en est de même que pour les transactions, leur efficacité subsiste toute entière. Si, au contraire il leur reste encore une voie de réformation, on admet généralement que le juge devant lequel ce jugement est attaqué, peut en référer à la seule interprétation saine de la loi, c'est-à-dire à celle que la loi nouvelle interprétative a fait prévaloir, et infirmer ou casser la décision antérieure contraire qui lui serait déférée.

Cependant lorsque les parties expriment clairement leur intention de renoncer aux droits acquis sous la législation précédente, nul doute que la loi nouvelle ne doive s'appliquer, mais, dans cette circonstance, ce n'est pas la loi nouvelle qui rétroagit, c'est la volonté des parties qui règle les choses dont elle peut parfaitement disposer.

Jusqu'ici nous avons pris deux lois expresses qui se succèdent et se contredisent. La question de rétroactivité peut se présenter encore quand une loi nouvelle s'occupe de faits que la loi antérieure n'avait ni prévus, ni réglés. Le silence de la loi ancienne est-il une raison de donner un effet rétroactif à la loi nouvelle qui défend ou qui réglemente? Non assurément, et cette question doit être ramenée sous l'empire des principes déjà posés, par cette considération que ce que la loi ne défend pas est permis; c'est donc comme si

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

la loi ancienne avait explicitement permis ce qu'elle ne défendait pas.

Nous devons encore dire quelques mots de l'application de notre principe en matière de droits réels. On sait que leur constitution tient à l'organisation même de la société, qu'elle est d'ordre public, en sorte que personne ne peut créer un droit réel qui ne serait pas reconnu et réglé par la loi. Ainsi, il n'est pas possible de créer un usufruit à titre de servitude réelle et perpétuelle d'un fonds sur un autre, pas plus qu'un droit de chasse à titre de servitude soit personnelle, soit réelle, etc., etc.

Nous allons donc avoir à combiner ici ces deux principes : que les lois nouvelles ne rétroagissent pas, mais que les lois d'ordre public s'appliquent tout de suite, même aux faits antérieurs à leur promulgation ; il nous suffira de prendre quelques exemples.

L'article 1138, par application de l'article 711, admet le transport de la propriété des corps certains par la simple convention. Supposons qu'une loi nouvelle exige la tradition, les propriétés antérieurement acquises le seront irrévocablement et sans qu'il soit besoin d'ajouter la tradition au contrat.

En sens inverse, si la loi nouvelle se contente de la convention, les contrats antérieurs n'auront pas pu transporter la propriété sans tradition, et il faudra les renouveler ou opérer la tradition.

Ces principes ont été observés par la loi du 23 mars 1855, lorsqu'elle a exigé la transcription pour le transport de droits réels immobiliers à l'égard des tiers. L'article 11 dit formellement que les dispositions qui requièrent la

transcription ne seront pas applicables aux actes ayant acquis date certaine et aux jugements rendus avant le 1er janvier 1856. — On a même donné un délai de près d'un an comme pour laisser le temps d'étudier la loi et de se préparer à son application. Jusque-là, dit le même article, l'effet des actes ou jugement est réglé par la législation sous l'empire de laquelle ils sont intervenus.

Si une loi créait directement un nouveau droit réel, par exemple une servitude légale, il est clair que les restrictions qu'elle apporterait aux droits de propriété seraient immédiatement applicables partout où se rencontreraient les conditions voulues ; l'ordre public, nous le savons, l'exige ainsi.

La solution serait différente si la loi nouvelle permettait aux parties d'établir de nouveaux droits réels par convention. Supposons une loi qui reconnaisse dans l'avenir aux fermiers ou locataires, un droit réel résultant du bail, il est clair que l'ordre public est ici désintéressé puisqu'il s'agit de la portée des conventions privées. Ainsi les anciens baux ne créeront pas de droits réels en vertu de la loi nouvelle : il en sera autrement des nouveaux.

En sens inverse, si la loi nouvelle supprime un droit réel, doit elle rétroagir ? Nous avons vu en droit romain que Constantin avait supprimé rétroactivement la *lex commissoria* en matière de gage, et nous avons blâmé cette décision : car il ne s'agissait pas ici de l'extinction ou suppression d'un droit réel, mais d'une défense d'une convention pouvant aboutir à la translation du droit réel de propriété. Notre question n'est donc plus la même, et nous pensons que les droits réels de l'espèce de celui qui est supprimé dis-

paraîtront par l'effet de la loi nouvelle, toujours à cause de l'ordre public. Il en a été ainsi lors de l'abolition des droits féodaux ; qu'il ait été injuste de les supprimer sans indemnité, c'est ce que reconnaissent les meilleurs esprits (1); mais ils devraient immédiatement prendre fin. De même, la Cour de cassation a jugé le 17 mai 1807 que la loi du 11 brumaire an VII a aboli l'hypothèque des meubles, même dans le passé, même quant aux meubles hypothéqués au moment de la loi nouvelle.

Que dire en ce sens de la disposition de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 qui déclare le vendeur déchu de son action résolutoire, s'il a laissé perdre son privilége faute de publicité en temps utile? Il n'y avait pas ici suppression, abolition d'un droit réel : car cette loi laisse subsister en principe et le privilége et l'action en résolution. Donc ici la loi nouvelle ne devait pas s'appliquer aux vendeurs antérieurs à elle; cependant, dans l'intérêt du crédit foncier, la loi du 23 mars 1855, dans son article 11, a imposé aux vendeurs antérieurs qui auraient perdu le privilége, l'obligation, pour conserver leur action résolutoire, de prendre inscription dans les six mois de l'exécution de la dite loi du 23 mars 1855.

Il nous resterait à parler du conflit des lois en matière de prescription acquisitive ou usucapion ; mais nous renvoyons au chapitre suivant où il sera traité de la prescription en général au point de vue de la rétroactivité.

(1). MM. Aubry et Rau, T. 1, p. 79, note 67. — Quant aux lois révolutionnaires qui ont supprimé sans indemnité les rentes féodales ou mélangées de féodalité, il est difficile de les justifier au point de vue de l'équité, quand on tient compte de l'origine historique de ces droits.

CHAPITRE IV

APPLICATION DU PRINCIPE A LA PRESCRIPTION

Le principe de la non-rétroactivité des lois ne s'applique qu'avec beaucoup de difficullé à la prescription, matière très délicate et qui n'est pas à l'abri de la controverse ; car il faut savoir où finit la simple espérance ou expectative, et où commence l'attente légitime et le droit acquis. Il nous semble donc nésessaire, avant de proposer les diverses hypothèses qui peuvent se présenter en face d'une loi nouvelle, de rechercher quelle est la nature de la prescription, soit acquisitive, soit libératoire ; puis nous examinerons les cas où la loi nouvelle produit son effet sur la prescription.

§ premier.

Nature de la prescription.

Commençons par résoudre cette question : la prescription est-elle un mode direct d'acquisition ou de libération? N'est-elle au contraire qu'une présomption légale d'acquisition ou de libération, c'est-à-dire une preuve?

Les solutions devront différer nécessairement, suivant que l'on adoptera l'une ou l'autre opinion, car nous savons que les modes d'extinction des obligations ne sont pas aussi incommutables que le sont les preuves en face d'une loi nouvelle.

Trois textes du Code civil sont invoqués par les partisans de la première opinion ; ce sont les art. 712, 1234 et 2219, le premier, mettant la prescription au nombre des modes d'acquisition, le second l'énumérant parmi les modes d'extinction, le troisième lui reconnaissant les deux caractères suivant les cas.

Les partisans de la deuxième opinion s'appuient sur plusieurs textes, et, de plus, sur de puissantes considérations de raison et d'équité ; ils commencent par réfuter l'argument tiré des trois articles précités, en faisant observer que les rédacteurs du Code, préoccupés avant tout de l'intérêt pratique, ont sans doute voulu mettre en relief le résultat utile de la prescription plutôt que sa nature intime ; or, on ne peut nier que la prescription, par cela

même qu'elle serait une présomption absolue, c'est-à-dire n'admettant pas la preuve contraire, dispense aussi de toute preuve complémentaire celui qui l'invoque : il s'ensuit qu'extérieurement elle a le même effet qu'un mode d'acquérir et de se libérer.

Ils invoquent, comme texte, l'art. 1350, qui, énumérant les présomptions, y fait figurer : « les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. » Il est difficile de voir là autre chose que la prescription, et les efforts que l'on a faits pour appliquer cet article aux servitudes de mitoyenneté (art. 653-654), et à la remise de la dette (art. 1282-1283), nous paraissent bien superflus ; comment supposer, en effet, que la loi ait placé au milieu de présomptions absolues et invincibles des présomptions simples pour la plupart ?

Mais la difficulté est écartée par d'autres textes ; ils parlent de petites prescriptions, il est vrai, mais elles ne sont pas, au fond, de nature différente des grandes prescriptions; enfin, il s'agit de prescription libératoire, mais le débat portant sur les deux prescriptions à la fois, tout argument applicable à l'une s'applique à l'autre.

Nous avons deux articles pour nous si nous soutenons que la prescription d'une dette est fondée sur la probabilité d'acquittement, sur la présomption de paiement : la loi dit dans l'art. 2275 que « ceux auxquels les prescriptions de six mois, un an ou deux ans seront opposées, peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent sur le point de savoir si la chose a été réellement payée ; » l'art. 189 du Code de commerce permet également la délation du

serment sur la réalité du paiement ; l'art. 21 de l'Ordonnance du commerce de 1673 portait déjà que les lettres de change *étaient réputées acquittées* après cinq ans de l'échéance ; or, si la prescription était un mode de libération, le serment lui serait-il opposable, serait-il même concevable ? Le serment ne doit-il pas être considéré toujours comme une preuve, et ici opposée à une autre ?

Après cela, si nous examinons de près les considérations d'équité et de raison, nous pouvons affirmer sans crainte que la prescription, envisagée comme mode direct de libération ou d'acquisition, répugnera à tout honnête homme, car le temps et l'oubli d'un créancier ou d'un propriétaire ne doivent pas suffire à libérer un débiteur ou à faire acquérir à un possesseur le bien d'autrui ; au contraire, si nous supposons, ce qui est infiniment plus rationnel, qu'il y a 10, 20 ou 30 ans le créancier a reçu le montant de sa créance, ou que le propriétaire a aliéné son bien, mais que le débiteur, dans le premier cas, et l'acquéreur, dans le second, ont perdu leur titre de libération ou d'acquisition, alors la solution satisfait à la fois l'équité et la raison.

On ne peut faire à ce système qu'une seule objection, c'est que si la prescription acquisitive est une présomption d'acquisition, on ne peut comprendre comment la présomption serait plus ou moins forte, suivant que le possesseur a, ou non, un *juste titre* ; comment dire qu'on présume que le possesseur de bonne foi a acquis légitimement et perdu son titre, lorsqu'il a besoin, au contraire, d'invoquer un titre, vicieux à la vérité, mais au moins de nature à justifier son erreur et sa bonne foi ?

Nous regrettons vivement de ne pouvoir réfuter cette objection qui est des plus graves ; nous en sommes réduits à craindre que le législateur n'ait pas eu sur ce point un système bien arrêté ; il a suivi les errements de l'ancienne jurisprudence sans un examen critique : on a dit au Conseil d'Etat que « le possesseur qui a juste titre s'était livré avec confiance à tous les frais d'amélioration. » Le législateur a voulu protéger certains possesseurs, ne s'apercevant peut-être pas que son système pouvait en être altéré.

Nous n'en persistons pas moins dans le dernier système qui a pour lui les meilleurs auteurs et les travaux préparatoires eux-mêmes. M. Bigot-Préameneu disait, en effet, dans son discours au Corps Législatif : « Comment la justice pourra-t-elle lever ce doute ? Le fait de la possession n'est pas moins positif que le titre ; le titre sans la possession ne présente plus le même degré de certitude ; la possession démentie par le titre perd une partie de sa force ; ces deux genres de *preuves* rentrent dans la classe des *présomptions*. Mais la présomption qui naît du titre diminue. Cette considération fournit le seul moyen de décider que la raison et l'équité peuvent avouer : ce moyen consiste à n'admettre la *présomption* qui résulte de la possession que quand elle a reçu du temps une force suffisante pour que la présomption qui naît du titre ne puisse plus la balancer, »

Et plus loin il ajoute : « Alors, la loi elle-même peut *présumer* que celui qui a le titre a voulu le perdre, remettre ou aliéner ce qu'il a laissé prescrire. Mais ce sacrifice, exigé par le bien public, ne rend que plus coupable dans le for intérieur celui qui, ayant usurpé, ou celui qui étant certain

que son engagement n'a pas été rempli, abuse de la *présomption légale.* »

Nous trouvons, dans un autre discours prononcé par le tribun Goupil-Préfeln, dans la même Assemblée, le passage suivant : « La prescription est la conséquence de la *présomption du titre* de propriété ou de libération : elle ne peut exister sans être précédée d'une possession telle que la loi l'exige. »

Le fait de se concilier parfaitement avec les causes d'interruption et de suspension admises par la loi est encore un avantage que possède ce système ; ainsi la suspension résultant du terme cadre très bien avec l'idée de présomption ; car il n'est pas dans les habitudes d'un débiteur de payer avant le terme, ainsi encore le commandement, n'empêchant pas le temps de courir, ne devrait pas interrompre la prescription si elle était un mode de libération résultant du seul laps de temps ; au contraire, elle détruit tout à la fois la présomption de paiement comme celle de remise de dette. Mais nous ne pouvons entrer dans de plus longs développements.

Nous pouvons nous demander maintenant quel va être le caractère de la prescription au point de vue de nos questions. Quand sera-t elle un droit acquis, quand une attente légitime, et quand une simple expectative ? Il serait difficile que tout le monde ne fût pas d'accord sur ce que la prescription *acquise* (c'est-à-dire dont tout le temps est écoulé et dont toutes les conditions sont remplies) constitue un droit acquis, à l'aide de la loi nouvelle, avant même

qu'elle soit invoquée soit en justice, soit extrajudiciairement.

Réciproquement, il n'y a point de doute possible à l'application entière de la loi nouvelle quand les éléments de la prescription n'ont pas d'existence avant cette loi.

On ne peut avoir des doutes que lorsque le temps de la prescription est simplement commencé au moment de l'apparition de loi nouvelle ; c'est alors qu'on se demande si le débiteur ou le possesseur a déjà, sinon un droit acquis (ce qui serait insoutenable), au moins une attente légitime qui ne pourrait pas lui être enlevée sans injustice. Les partisants du système qui fait de la prescription un moyen d'acquisition ou de libération ne verront dans la prescription commencée qu'une simple expectative, incessamment sujette aux variations de la loi. Ceux qui adoptent le second système soutiennent qu'une preuve même encore incomplète est déjà une attente légitime, et c'est cet avis que nous allons soutenir.

Si on applique la théorie générale de la preuve à la prescription, on doit tenir compte aussi de l'intérêt du créancier ou du propriétaire contre lequel court la prescription ; il ne faudrait pas que la loi nouvelle aggravât non plus sa position en améliorant celle du prescrivant ; il ne faudrait pas que celui qui s'est vu devant lui un certain temps pour agir, fut surpris inopinément par une déchéance qu'il n'avait pu prévoir.

Ces considérations vont, ce nous semble, faciliter grandement la solution des questions annoncées. Aussi ne nous occupant plus des deux premières hypothèses qui n'ont

rien d'embarrassant, nous en examinerons deux autres, susceptibles chacune d'une portée plus ou moins étendue. Dans l'une, la loi nouvelle prolonge le délai de la prescription commencée, ou même la supprime; dans l'autre, elle établit la prescription, ou en abrége le délai.

§ 2.

Des hypothèses dans lesquelles la loi augmente le délai de la prescription ou la supprime entièrement; et de celles ou la loi diminue le délai de la prescription ou établit une prescriptibilité nouvelle.

1° *Cas où la loi augmente le délai de la prescription ou la supprime entièrement.* — Supposons d'abord une loi qui augmente le délai de la prescription, loi par conséquent défavorable au possesseur. Qu'arrivera-il ? Le plus grand nombre des auteurs est d'avis que le nouveau délai doit s'appliquer immédiatement et profiter au propriétaire ou au créancier contre lequel la prescription est commencée. D'abord ceux qui regardent la prescription comme un mode d'acquisition, ne pourraient donner une autre solution, parce que l'acquisition pour eux n'est et ne peut être un droit que par l'expiration du temps fixé. Mais, même ceux qui la considèrent comme une présomption ou une preuve, et qui donnent la même décision, y sont, sans doute, amenés par ce motif qu'une preuve, n'étant pas susceptible d'occuper un trait de temps, ne peut également constituer

un droit qu'au jour où on peut l'invoquer, et que, jusque-là, elle serait soumise à la volonté du législateur.

Nous ne pouvons admettre cette manière de voir : d'abord si la prescription est la seule preuve qui occupe un trait de temps, c'est une raison pour ne pas la soumettre absolument au droit commun des preuves. D'ailleurs, si cette preuve met un certain temps à s'accomplir, pourquoi donnerait-on moins d'importance aux premières phases de son existence qu'à la dernière ? Et s'il nous est permis de prendre une comparaison dans une matière de droit bien éloignée : l'enfant conçu n'a-t-il pas déjà des droits acquis, bien qu'éloignés de ceux de l'enfant déjà né ? Mais nous allons plus loin, et nous disons que la prescription n'est pas la seule preuve qui trouve son complément dans le temps : Ainsi, le titre recognitif ne peut remplacer le titre primordial que s'il en reproduit la teneur. Mais s'il y a plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession, dont l'une ait 30 ans de date, le titre primordial pourra n'être plus représenté (art. 1337) ; de même les copies des titres, quand elles n'ont pas été tirées du consentement des parties intéressées, ou par l'autorité du magistrat, ne remplacent pas le titre lui-même, à moins qu'elles n'aient trente ans de date ; ainsi, voilà deux autres cas dans lesquels le temps complète la force probante d'un acte, faudrait-il dire qu'en pareil cas la loi nouvelle pourrait prolonger le délai exigé par la loi, et que celui qui était sur le point d'avoir une preuve valable et parfaite de sa prétention, est exposé à la voir retardée indéfiniment ou peut être supprimée ? Une théorie pareille ne nous paraît pas admissible.

Nous devons réfuter une dernière objection : le possesseur ou le débiteur, a-t-on dit, ne pouvait avoir une attente légitime, puisqu'il était exposé à chaque instant à ce que le propriétaire ou le créancier le privât du bénéfice de la prescription par une revendication ou une action en paiement ; il n'avait qu'une fugitive espérance, une faible expectative ; donc, la loi nouvelle pourrait aussi l'atteindre à chaque instant. Nous répondons que ce n'est pas parce que le possesseur court un premier danger qu'il faut l'exposer à un second. Ainsi, soutiendra-t-on que, dans le cas d'une créance conditionnelle, la loi nouvelle pourrait, *pendente conditione*, modifier le droit du créancier, sous le prétexte que la condition pourrait faire défaut? Non évidemment : le créancier conditionnel est dans une attente légitime ; son droit est éventuel, mais sa fragilité ne peut être aggravée par la loi : il en est de même de celui qui prescrit.

On peut dès à présent indiquer la solution du Code civil : l'art 2281 est formel dans notre sens, au moins dans son premier alinéa, contenant le principe : « Les prescriptions commencées, dit-il, à l'époque de la publication du présent titre, seront réglées conformément aux lois anciennes. » Cette disposition, à laquelle les partisans de l'opinion contraire sont bien forcés de se soumettre, est regardée par eux comme contraire à la raison ; mais, pour nous, elle est la seule juste et juridique, et nous citons avec plaisir à ce sujet les paroles de M. Bigot-Préameneu, qui éloignait d'avance de la loi tout reproche de rétroactivité en ces termes : « Il est nécessaire, disait-il, de prévoir qu'au mo-

« ment où ce titre du Code aura force de loi, des prescrip-
« tions de tout genre seront commencées. C'est surtout
« en matière de propriété que l'on doit éviter tout effet
« rétroactif ; le droit éventuel résultant d'une prescription
« commencée, ne peut pas dépendre à la fois de deux
« lois, de la loi ancienne et du nouveau Code. Or, il suffit
« qu'un droit éventuel soit attaché à la prescription, pour
« que ce droit doive dépendre de l'ancienne loi et pour
« que le nouveau Code ne puisse pas régler ce qui lui est
« antérieur. »

M. Bigot-Préameneu ne devait pas néanmoins laisser insérer, dans l'art. 2281, le deuxième alinéa ainsi conçu : « Néanmoins, les prescriptions alors commencées, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les anciennes lois, plus de 30 ans à compter de la même époque, seront accomplies par ce laps de 30 ans. » C'est la seule disposition que nos adversaires trouvent conforme aux principes et à laquelle nous-mêmes reprochons le défaut contraire, en même temps que celui d'être en désaccord avec les prémisses posées. Mais nous ne regrettons pas sérieusement que le Code ait réduit à 30 ans les prescriptions plus longues, parce que véritablement ce délai suffisait au créancier ou au propriétaire même les plus négligents *ad exquirendas res suas*.

Soit maintenant une loi nouvelle qui déclare imprescriptibles certains droits ou certains biens qui jusque-là étaient soumis à la prescription : par exemple, les biens des absents ou les propres de la femme commune en biens. Le possesseur de ces biens, dont la possession aura commencé avant la loi nouvelle, sera-t-il privé de la prescription ?

Les raisons qui précèdent et le texte de l'art. 2281 nous forcent d'admettre la négative.

Celui qui possède le bien appartenant à l'absent ou à la femme, et acquis de bonne foi *a non domino*, a pu découvrir le vice de son titre dans le cours de sa possession; il avait cependant payé son prix ; il lui était difficile, peut-être impossible, de le recouvrer par voie d'action en garantie ; la loi moderne, reproduisant l'ancienne maxime Romaine : *Mala fides superveniens non impedit usucapionem*, lui conservait le bénéfice de l'usucapion par dix ou vingt ans (art. 2269). Mais, sans aller chercher dans l'avenir un exemple de prohibition d'une prescription jusque-là permise, nous n'avons qu'à prendre l'art. 691 qui prohibe la prescription des servitudes discontinues. Au moment où le Code a été rédigé, les servitudes discontinues pouvaient s'établir de deux manières : par possession immémoriale, sans titre, dans quelques coutumes, — et par la possession de 10 ou 20 ans, avec titre et bonne foi, dans le plus grand nombre. Le Code supprime ces deux prescriptions ; il déclare même spécialement que la possession immémoriale ne suffit plus pour l'avenir, mais il respecte les servitudes *déjà acquises*, par la possession ; a-t-il entendu, dans ce cas ne respecter aussi les prescriptions de 10 ou 20 ans que si elles sont *acquises*, ou bien cette rigueur ne concerne-t-elle que la possession immémoriale? C'est à ce dernier avis que nous nous rattachons. Le possesseur sans titre qui avait besoin d'une possession immémoriale, souvent plus que centenaire, ne pouvait, sous le Code, alléguer une attente légitime ; l'origine de la possession échappait le plus

souvent au témoignage de l'homme à raison même de sa durée ; une telle prescription était donc sujette à trop d'incertitude pour que le possesseur pût prétendre conserver le bénéfice de l'ancienne loi. Au contraire, le possesseur auquel il ne fallait qu'un temps assez court (10 ou 20 ans) avait cette attente légitime, il touchait au droit acquis, et une loi nouvelle, qui viendrait le dépouiller indéfiniment de la possibilité de prescrire, serait évidemment rétroactive. Cette solution extrême, qui suffirait à ruiner le système que nous combattons, constituerait d'ailleurs l'art. 691 en contradiction flagrante avec l'art. 2281.

2e *Cas où la loi diminue le délai de la prescription ou établit une prescriptibilité nouvelle.* — Supposons d'abord une loi abrégeant le délai de la prescription : la difficulté s'était déjà présentée dans l'ancienne jurisprudence, à l'occasion des deux ordonnances de 1510 et 1673 ; la première fixait à cinq années la prescription des arrérages de rentes constituées qui se prescrivaient autrefois par trente ans ; et la deuxième décidait que les lettres ou billets de change qui étaient exigibles pendant trente ans seraient réputés acquittés après cinq ans de cessation de demande et poursuite ; à cette occasion, il s'éleva de nombreuses contestations. On voulait savoir si ces Ordonnances s'appliquaient également aux arrérages échus et aux lettres de change et billets créés avant les deux Ordonnances, ou si ces derniers ne restaient pas soumis aux anciennes prescriptions. Il fut décidé que les nouvelles prescriptions recevraient à tous égards leur application, et qu'il y aurait prescription pour les arrérages précédents, si le crédi-rentier avait laissé passer cinq ans depuis la publication de l'ordonnance de 1510, sans récla-

mer les arrérages échus (1). Il fut décidé de même que les billets et lettres cesseraient d'être exigibles après cinq ans (2).

Non-seulement, l'art. 2281, mais encore l'équité s'opposent formellement à ce que nous puissions admettre la même décision sous le Code civil. Ici, en effet, c'est l'intérêt du propriétaire ou du créancier qui doit nous préoccuper. Il ne faut pas perdre de vue que si la loi abrége le délai de la prescription, elle diminue par là-même les avantages du créancier. Il est possible que le créancier, se voyant devant lui un long délai pour agir, ait remis à des temps plus opportuns l'exercice de son action ; il peut avoir voulu attendre la présence de témoins éloignés, avoir redouté de mécontenter un parent, soit du débiteur, soit de lui-même ; enfin, il peut s'être éloigné, comptant n'exercer son action qu'à son retour, et la loi nouvelle viendrait lui enlever le bénéfice du temps et frapper son droit de déchéance à son insu peut-être ! Cette solution nous semble inadmissible. M. de Savigny, qui est d'un avis contraire au nôtre sur toute la théorie que nous exposons concernant cette hypothèse, fait une distinction qui nous permettrait de nous rapprocher de son opinion, en raison et en législation, mais que l'art. 2281 ne nous semble pas permettre, comme loi positive.

M. de Savigny prétend que, quand le délai fixé par la loi nouvelle est plus long que celui qui restait à courir, c'est

(1). Théveneau, Commentaires sur les Ordonnances, Liv. 2, tit. 14.

(2). Savary, Parère, 78.

bien l'ancien délai qui sera observé, parce que le prescrivant ne peut trouver un préjudice dans une loi nouvelle établie en sa faveur ; mais quand le nouveau délai est plus court que ce qui restait de l'ancien, le prescrivant invoquera la loi nouvelle en se fondant sur cette raison qu'il ne doit pas être moins bien traité que celui qui contracterait désormais une nouvelle dette (1). Certes, cette considération vous touche ; elle a été admise par des législations étrangères (2) ; nous l'aurions même vue sans regret dans la loi française comme tempérament pratique du principe de l'art. 2281, mais seulement lorsque le temps de la nouvelle prescription, même réduite, est assez considérable pour ne pas exposer le propriétaire ou le créancier à une surprise. Au surplus, cette exception à la règle absolue du premier alinéa de l'art. 2281 existe : c'est celle portée dans le second alinéa du même article, qui ne permet pas qu'une prescription soumise à l'ancienne loi dure désormais plus de 30 ans. L'intérêt public et le peu de préjudice qu'éprouveraient le créancier et le propriétaire, qui conservent encore un si long délai pour agir, expliquent et justifient ce semblant d'inconséquence.

Ceux qui blâment et regrettent, comme contraire aux vrais principes, la disposition de l'art. 2281, premier alinéa, examinent si sa disposition s'applique aux prescriptions établies par le Code de commerce, et ils sont forcément amenés à décider qu'elle doit être limitée aux matières ré-

(1). M. de Savigny, op. cit. t. 8, p. 423.
(2). En Autriche et en Prusse.

glées par le Code civil. Pour nous, la solution est tout naturellement contraire.

Étudions maintenant le cas où une loi a établi une prescriptibilité nouvelle. — L'ancien droit n'admettait pas la prescription des servitudes continues et apparentes au profit du possesseur qui n'avait ni titre, ni bonne foi. Cette prescription, établie par l'art. 690, a dû s'appliquer au profit des possesseurs antérieurs au Code civil, par analogie des motifs que nous venons de donner pour la réduction à trente ans des anciens délais qui pouvaient être supérieurs à ce dernier. Le propriétaire ne souffrira pas plus de ce danger de prescription que si la possession avait commencé depuis le Code.

Nous examinerons avant de terminer cette difficile matière une question qui peut se présenter bientôt, si le législateur français défère aux vœux de la pratique : c'est celle relative aux titres aux porteurs qui à cause de la généralité des termes des art. 2279 et 2280, se trouvent soumis pendant trois ans à la revendication contre le possesseur de bonne foi, en cas de perte ou de vol.

Cette disposition de la loi, que la jurisprudence ne pourrait parvenir à atténuer, peut amener des désastres pour des acheteurs exempts de toute faute, même d'imprudence. Supposons qu'une loi nouvelle déclare que la revendication ne s'appliquera plus aux titres au porteur, lorsqu'ils seront dans les mains d'un possesseur de bonne foi, spécialement s'il n'existe aucune opposition entre les mains de l'Etat ou de la compagnie, suivant les cas ; nos articles continueront-ils pourtant à régir les titres perdus ou volés antérieure-

ment à la promulgation de la loi nouvelle? Une distinction nous paraît nécessaire : si le porteur de bonne foi les a acquis antérieurement à la loi nouvelle, il reste exposé à la revendication conformément à l'ancienne loi ; mais si son acquisition est postérieure, il est désormais en sécurité, car il est légalement excusable de son erreur.

Voyons, en effet, quel est le motif qui a fait admettre le principe de l'art. 2279, et l'exception qu'il reçoit au cas de vol ou de perte.

La règle : « *En fait de meubles la possession vaut titre*, » est fondée sur cette idée que celui-là est en faute qui néglige assez la possession d'un objet à lui appartenant pour laisser occasion à un autre de l'acquérir, et d'en recevoir la tradition des mains d'une personne qui généralement lui paraîtra le propriétaire. Cette présomption de faute est, au contraire, renversée quand il s'agit d'un objet perdu ou volé ; car, d'une part le propriétaire peut avoir été victime d'un événement de force majeure, et, d'autre part, l'acheteur est bien plus imprudent d'avoir traité avec l'inventeur ou le voleur, car ceux-ci devaient avoir une possession plus clandestine et ne devaient pas paraître à ses yeux de légitimes propriétaires. On comprend, du reste, combien ces présomptions sont exposées à être mal fondées, et surtout, dans le dernier cas, combien l'acheteur peut être excusable ; aussi la loi actuelle décide-t-elle déjà que, s'il a acheté d'un marchand vendant des choses pareilles ou en foire, il n'est exposé à la revendication que si le vrai propriétaire lui rembourse le prix d'acquisition. Eh bien, c'est justement là notre raison de décider en sa faveur quand il traitera

après une loi nouvelle sur des titres perdus ou volés ; d'une part, il se sera cru protégé par la loi dont il aura sans doute observé les dispositions particulières ; d'autre part, le vrai propriétaire ne peut pas alléguer qu'il ait compté revendiquer dans les trois ans, car il ne pouvait avoir qu'une faible espérance de découvrir le possesseur de ses titres, et en cela sa position diffère de celle du propriétaire d'un immeuble, ou d'un créancier exposé à la prescription, lesquels sont toujours assurés de pouvoir, dans un temps donné, actionner le possesseur ou le débiteur.

§ 3.

DES HYPOTHÈSES DANS LESQUELLES LA LOI NOUVELLE MODIFIE L'INTERRUPTION OU LA SUSPENSION.

Ce troisième paragraphe comprend des questions qui nous paraissent devoir se résoudre au moyen des principes qui précèdent ; quoi qu'il en soit, nous allons étudier l'interruption et la suspension, en les séparant l'une de l'autre.

Interruption. — L'interruption de prescription peut être modifiée de deux manières : 1° en supprimant un ancien mode d'interruption ; 2° en créant un nouveau mode.

1° Une loi nouvelle enlève l'effet interruptif à un acte judiciaire ou extrajudiciaire qui autrefois avait cet effet ; pour connaître l'étendue de son application, il ne faut pas

s'attacher à l'époque à laquelle a commencé la prescription qu'il s'agit d'interrompre, mais à l'époque à laquelle ont été faits les actes prétendus interruptifs. La loi nouvelle restera sans effet, à l'égard des actes accomplis, mais elle s'appliquera, au contraire, aux actes postérieurs. En effet, le créancier ou le propriétaire qui n'avait pas fait encore les actes dont il s'agit, pouvait prétendre se les réserver comme des droits acquis ou même comme des attentes légitimes, et les scrupules fondés sur des raisons de convenance ou d'opportunité, que nous prenions en considération dans une des questions précédentes pour expliquer l'inaction du créancier, ne seraient ici d'aucune valeur, car un simple acte conservatoire ne présentait aucune difficulté. Enfin, suivant la théorie que nous avons exposée au début et souvent appliquée, les modes d'interruption antérieurs à la loi nouvelle étaient des facultés offertes par la loi qui, n'ayant pas été exercées en temps utile, ont pu être retirées.

Il ne peut y avoir de difficulté que dans un seul cas, c'est celui où le mode d'interruption implique le trait de temps ; par exemple, la citation en conciliation qui doit être suivie dans le mois d'une demande en justice. Dans ce cas, faut-il que l'interruption soit parfaite avant la loi nouvelle, ou suffit-il qu'elle soit commencée ? Nous pensons qu'il suffit qu'elle soit commencée, parce que, en général, tout acte régulièrement commencé peut être valablement achevé ; les exemples en sont nombreux dans la loi : il nous suffit de citer l'adoption (art. 360), la séparation de

biens (art. 1444), l'exécution de jugements par défaut contre parties (art. 156 du Code de procédure).

La règle qui précède s'appliquerait encore, mais plus difficilement, à l'interruption naturelle. Aux termes de l'art. 2243, l'interruption naturelle résulte de la dépossession du possesseur pendant un an continu. Supposons que, pendant que le propriétaire a repris possession de son fonds depuis six mois, une loi nouvelle décide qu'à l'avenir l'interruption naturelle exigera deux ans continus; cette loi s'appliquerait-elle à nôtre hypothèse? Nous ne le pensons pas. Nous croyons que c'est ici le cas d'appliquer une de nos règles relatives à la prescription même. Le possesseur devait, d'après la loi ancienne, intenter dans l'année une action en réintégrande; la loi nouvelle, en reculant à deux ans l'interruption naturelle, donnerait aussi deux ans à l'action en réintégrande; or, le propriétaire et le possesseur ont pu et dû prévoir, chacun dans son intérêt, que l'action à diriger contre la possession interruptive commencée ne durerait qu'un an.

2° Prenons maintenant l'hypothèse inverse et supposons une loi créant un nouveau mode d'interruption. Ici point de difficulté, le possesseur ou le débiteur y sera exposé même pour une possession ou une dette antérieure à la loi nouvelle. Il ne peut alléguer qu'il a compté sur les limites de la loi antérieure en cette matière. Mais si la loi abrège la durée nécessaire de la possession constitutive de l'interruption naturelle, à six mois par exemple, le possesseur ayant l'action possessoire pendant un an, d'après l'ancienne

loi, la conservera pendant ce délai d'après les principes qui précèdent.

Suspension. — Ici encore nous allons étudier séparément : 1° la suppression d'une cause ancienne de suspension ; 2° l'introduction d'une nouvelle.

1° Soit une loi qui prive les mineurs émancipés du bénéfice de la suspension, ou qui en prive les époux séparés de corps et de biens, ou de biens seulement, s'appliquera-t-elle aux mineurs déjà émancipés, ou aux époux déjà séparés ? Nous croyons que la solution n'est pas la même pour ces deux personnes, car le mineur pourrait soutenir qu'il avait le droit de n'intenter son action que dans un délai déterminé que lui réservait l'ancienne loi, à savoir, le reste du temps qui manquait pour la prescription, ajouté à celui qui lui manquait pour être majeur. Ainsi, supposons qu'une créance appartenant au père du mineur fût sur le point d'être prescrite, qu'il ne fallût plus qu'un an, par exemple, au moment où elle a été transmise au mineur ; le mineur, émancipé à dix-huit ans, a pu compter qu'il lui restait encore quatre ans pour agir ; supposons qu'il se trouve engagé, comme soldat ou à un autre titre, dans une expédition quelconque, si on lui appliquait la nouvelle loi, il se trouverait à son tour dépouillé de son droit d'une manière imprévue.

Admettons maintenant que l'on déclare que la prescription courra désormais entre époux, le danger ne sera plus le même ; en effet, celui des époux que la prescription pourrait dépouiller ne serait pas admis à alléguer qu'il s'était cru un certain temps pour agir ; car le mariage pouvant

se dissoudre d'un moment à l'autre par le décès de l'un ou de l'autre, les époux pourront prescrire continuellement l'un contre l'autre.

2° Soit maintenant une loi qui établit une suspension nouvelle au profit des absents ou des aliénés ; cette loi s'appliquera-t elle aux possessions commencées antérieurement, ou aux créances déjà exigibles, c'est-à-dire en cours de prescription ? La question nous semble la même que celle relative à la prolongation par la loi du temps requis pour prescrire, et le résultat doit être le même. Le possesseur se verrait ajourné pendant un temps peut-être considérable, et son attente légitime, ses prévisions les plus fondées seraient trompées, si l'on appliquait la loi nouvelle aux possessions commencées.

CHAPITRE V.

DROIT CRIMINEL

La loi morale a ses préceptes écrits dans le cœur de tous les hommes, et un grand nombre de règles qu'elle nous impose n'ont d'autre sanction ici-bas que les reproches de la conscience et la peine du remords ; mais il en est d'autres pour lesquelles les peuples ont créé une contrainte extérieure, ou du moins établi une sanction : l'ensemble de ces moyens de contrainte adoptés par la loi et des sanctions mises par elle à l'observation de certains préceptes de la morale, voilà ce qui compose le Code pénal. Ce Code, avec les lois qui le complètent, contient donc toutes les nuances de pénalité que la société a jugé à propos de porter contre les perturbateurs de l'ordre, contre les violateurs de la loi morale. Nous n'avons pas à établir ici le droit qui appartient à la société de porter ces peines et de les appliquer

à ceux qui les encourent ; ce droit ne saurait d'ailleurs être sérieusement contesté, mais il est soumis à un certain nombre de règles qui toutes dérivent de son principe et dont nous serons amenés à citer quelques-unes dans l'examen que nous devons faire de l'influence de la promulgation d'une loi nouvelle sur les faits qui lui sont antérieurs.

Nous allons nous occuper dans un premier paragraphe de l'application de la peine, dans un deuxième de la modification de la compétence et de la procédure, et enfin dans un troisième de la prescription.

§ I.

APPLICATION DE LA PEINE

Nous allons examiner : 1° le cas d'une loi punissant un fait non encore puni par loi pénale ; 2° le cas du conflit de deux ou plusieurs lois pour le même délit ; 3° Comment on doit comparer les peines entre elles pour déterminer les plus douces.

1° *La loi punit un fait non encore puni par la loi pénale.* — Il existe un principe incontestable, proclamé dans tous les pays, qui est la garantie nécessaire de la liberté des citoyens, c'est que tout ce qui n'est pas défendu par la loi demeure permis à ses yeux, et ne saurait à tout le moins attirer à son auteur un châtiment quelconque.

Ce principe est formulé de la façon la plus expresse par l'art. 4 du Code Pénal actuel, dans les termes suivants : « Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent « être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la « loi avant qu'ils fussent commis » Ce texte avait d'ailleurs un précédent dont il n'est qu'un reflet atténué ; la Constitution du 24 juin 1793, art. 14 de la Déclaration des droits de l'homme, s'exprimait ainsi : « Nul ne peut être jugé et « puni, qu'après avoir été entendu, ou légalement appelé, « et qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au « délit. La loi, qui punirait les délits commis avant qu'elle « existât, serait une tyrannie ; l'effet rétroactif donné à la « loi serait un crime. » Le principe était donc constitutionnel ; aujourd'hui il n'a plus ce caractère ; il s'adresse au juge et dirige l'interprétation d'une loi muette. Le législateur conserve une liberté dont il n'usera d'ailleurs presque jamais. Restreint dans ces termes, le principe subsiste, il ne soulève même plus de discussion. La jurisprudence de la Cour de Cassation n'a jamais hésité dans l'interprétation qui devait lui être donnée.

2° — *Conflit de plusieurs lois pour le même délit.* — Dans le cas ou une loi nouvelle prononce une peine plus grave contre un fait déjà réprimé par la loi antérieure, mais moins sévèrement, le délit commis sous l'empire de la loi ancienne sera puni à toute époque conformément à cette loi.

Que décider si le changement a lieu en sens inverse, et si la pénalité est rendue plus douce? Si un fait était puni quand il a été accompli et que maintenant il ne le soit plus,

la loi nouvelle prouve que la société n'a plus intérêt à punir ; en conséquence, il faudra admettre que la loi nouvelle sera applicable quand elle sera plus douce. Si la loi nouvelle supprimait complétement la pénalité, l'auteur du fait autrefois condamnable n'en devrait pas moins être absous : le législateur, en effet, a reconnu que la pénalité ancienne était trop sévère ou inutile ; il l'a adoucie ou supprimée ; ce serait faire injure à sa disposition nouvelle et manquer au sentimentde l'équité et de l'humanité, que d'appliquer encore une telle peine proclamée trop sévère ou inutile. Cela est conforme au principe qui domine notre matière : la loi nouvelle réputée meilleure que l'ancienne, doit recevoir une exécution immédiate, à moins qu'elle ne rencontre un intérêt sérieux à respecter ; or ici ce n'est pas le cas. Le Code Pénal de 1791 est le premier qui ait émis cette décision ; il s'exprimait ainsi dans son article dernier : « Pour tout fait antérieur à la publication du « présent Code, si le fait est qualifié crime par les lois ac- « tuellement 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 existantes, l'ac- « cusé sera acquitté, sauf à être correctionnellement puni « s'il échoit. »

La jurisprudence depuis cette époque a toujours appliqué ce principe si équitable, (1) et le Conseil d'Etat, consulté

(1) Arrêts du 6 Nivôse an XV. Cass. ch. Crim.; du 13 janvier 1814 ; des 25 et 26 Floréal an VIII ; V. aussi la loi du 25 Frimaire an VIII art. 18 et 19 ; décret du 23 juillet 1810, art. 6; Art. 276 du Code de Justice Militaire du 4 août 1857.

sur le point de savoir si, aux faits commis sous l'empire de la loi du 29 Nivôse an VI, mais jugés depuis la promulgation du Code Pénal, on devait appliquer la pénalité de l'an VI, ou bien celle plus douce qu'a édictée le Code Pénal nouveau, a décidé le 29 prairial an VIII, que le Code Pénal était seul applicable ; et il donnait pour raison, « qu'il est de principe en matière criminelle qu'il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'innocence. »

Du reste, le décret du 23 juillet 1810, rendu lors de la publication du Code Pénal, contient dans l'article 6 cette disposition : « Si la nature de la peine prononcée par notre « nouveau Code Pénal est moins forte que celle prononcée « par le Code actuel, les Cours et tribunaux appliqueront « les peines du nouveau Code. »

Faisons remarquer que la société n'a le droit de punir que dans la limite de son intérêt; or, comme le dit très-bien M. Blondeau : (1) « Le législateur ayant jugé qu'une « peine plus faible est suffisante pour prévenir les Contra- « ventions, le surcroît de peine ordonné par l'ancienne loi « devient alors un mal qu'aucun avantage ne justifierait. »

MM. Chauveau (Adolphe) et Faustin Hélie (2) exprimant aussi la même pensée en un style pittoresque et qu'on nous saura gré de reproduire : « Lorsque le pouvoir social, disent-ils, juge que les peines dont la loi est armée sont trop sévères, lorsqu'il pense que la conservation de l'ordre social

(1). — Thémis, t. 7, p. 39.
(1). — Théorie du Code Pénal, t. 1, p. 55.

n'est pas intéressée à les maintenir, lorsqu'il désarme en un mot, il ne pourrait, sans une étrange conséquence, continuer à appliquer, même à des faits antérieurs à ces nouvelles prescriptions, mais non encore jugés, les peines qu'il proclame lui-même inutiles et trop rigoureuses. »

La jurisprudence et la doctrine ont même étendu ce principe au point de voir, dans le fait de la promulgation d'une loi qui édicte une pénalité plus douce que celle portée par les lois en vigueur au moment du crime, la source d'un droit pour le coupable à ne pas subir une pénalité plus forte, alors même que le fait qui lui serait imputé ne serait jugé que sous une loi nouvelle revenue à l'ancienne pénalité, ou à une pénalité plus rigoureuse que la pénalité intermédiaire (1). Cette situation s'est présentée lorsque la Savoie a été annexée à la France. La Cour d'assises de la Haute-Savoie, siégeant à Annecy, se vit déférer un crime de bigamie commis le 14 février 1860, époque à laquelle la loi en vigueur était le Code pénal sarde de 1839, qui punissait ce crime de la réclusion ou des travaux forcés à temps. Le 1er mai 1860, c'est-à-dire un peu plus de deux mois après le crime, le Code pénal italien de 1859, qui ne punissait plus le crime de bigamie que de la rélégation, devint exécutoire en Savoie, et la Cour d'assises, quoique siégeant après l'annexion à la France, et sous l'empire du

(1) Arrêts des 9 et 15 juillet, 3 septembre et 1er octobre 1813, Cass., ch. crim. ; — MM. Molinier, à son cours ; Ortolan, t. 1, p. 243 ; Chauveau et Hélie, t. 1, p. 37 ; Trébutien, Cours élémentaire de Droit crim., t. 1, p. 85.

Code pénal français exécutoire en Savoie depuis le 14 juin 1860, et prononçant contre le crime de bigamie la peine des travaux forcés à temps, a fort sagement décidé, par arrêt du 19 décembre 1860, que les quelques jours, pendant lesquels la peine légale de la bigamie n'avait été que la rélégation, avaient créé pour l'accusé un droit irrévocable à ne pas subir une peine plus forte (1).

3° *Comment reconnaître la peine la plus douce.* — Si les deux peines sont de même nature, la chose n'est pas difficile : ce sera la durée en général qui décidera du choix. Dans le cas contraire, il faut considérer, avant tout, la nature de la peine. C'est dans ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée. Ainsi, l'outrage fait à un fonctionnaire public, dans l'exercice de ses fonctions, était puni par le Code pénal de 1791 de la peine infamante de deux ans de détention (2) ; le Code pénal actuel ne le frappe que d'un emprisonnement de deux à cinq ans. La Cour de cassation a décidé, et avec raison selon nous, que la peine d'emprisonnement, quoique d'une durée plus longue, doit seule être appliquée (3).

Que décider s'il est intervenu un jugement ? Une loi nouvelle ne punit plus les faits ou les punit d'une peine plus douce.

Si l'affaire est jugée d'une manière définitive lorsqu'intervient la loi nouvelle, il n'y a pas conflit des lois, car cette

(1) Voir le *Droit*, journal des tribunaux, du 6 janvier 1861.
(2) Deuxième partie, t. 1, sect. IV, art. 7.
(3) Cass., 26 juillet 1811.

affaire n'est pas touchée par la loi nouvelle puisque tout était terminé. La Cour de cassation a même jugé par arrêt de 12 juin 1863 que le pourvoi en cassation du condamné ne l'autorise pas à se prévaloir de l'adoucissement de peines édictées depuis son recours. Cet arrêt me semble aller trop loin, car tout n'était pas terminé, puisque, si la Cour avait cassé pour vice de forme il fallait recommencer le procès; donc, on aurait pu faire rétroagir la loi nouvelle en considérant qu'elle pouvait toucher ce condamné.

L'art. 5 de la loi du 31 mai 1854 a reconnu implicitement la vérité de notre décision en déclarant que les effets de la mort civile cesseront pour l'avenir sauf les droits acquis aux tiers.

Cette loi a bien fait de statuer ainsi, mais si elle ne s'était pas expliquée, il eut été fort difficile d'appliquer l'abolition de la mort civile à ceux qui la subissaient lors de la promulgation de la loi nouvelle.

Tel est le droit, mais en fait nous comprenons fort bien que la loi nouvelle soit considérée comme une sorte d'amnistie ou de grâce pour les condamnés en vertu de la loi ancienne. Si le législateur ne fait pas lui-même bénéficier ces condamnés de la loi nouvelle, le pouvoir exécutif interviendra avec le droit de grâce, mais l'ancienne condamnation subsistera toujours, et par exemple elle continuerait en cas de nouvelle infraction à servir de base à la récidive.

La loi nouvelle supprime des peines complémentaires qui ont été déjà prononcées : Ainsi la loi de 1832 abolit la marque, la mutilation du poing; bien que ces peines eussent été prononcées, si elles n'étaient pas encore exécutées, il

fallait les suspendre puisqu'elles disparaissaient du Code ; de même, après la suppression de l'exposition publique en 1848.

Mais, *quid* du cas où, dans l'intervalle du crime au jugement, il a été rendu d'abord une loi moins rigoureuse pour l'accusé, puis une nouvelle loi plus rigoureuse que la loi intermédiaire, ou rétablissant l'ancienne ? Faut-il appliquer la loi intermédiaire ?

La Cour de cassation, par un arrêt du 1er octobre 1813, a décidé l'affirmative dans les circonstances suivantes : Un vol avec violence avait eu lieu sous l'empire des lois anciennes des Etats romains, qui punissaient ce crime de la peine de mort ; il fut jugé sous le Code pénal de 1810, qui punissait ce vol des travaux forcés à perpétuité seulement ; mais le Code pénal de 1791, qui avait paru dans l'intervalle du crime au jugement, ne le punissait que des fers, au maximum de vingt-quatre ans. La Cour criminelle de Rome, saisie de cette affaire, appliqua la peine que portait le Code pénal de 1810, et condamna aux travaux forcés à perpétuité ; la Cour suprême cassa (1) ; elle dit dans ses considérants que les anciennes lois du pays ont été irrévocablement anéanties par la publication du Code de 1791, qu'il y avait un droit acquis pour le coupable à être jugé sous l'empire de la peine plus douce qui avait remplacé la peine de mort de la première loi ; que, par conséquent, la cour de Rome n'avait pu remonter jusqu'aux anciennes

(1) 25 juillet 1810.

lois du pays; mais que, d'autre part, elle ne pouvait pas non plus faire l'application de la peine prononcée par le Code pénal de 1810, parce que ce serait lui imprimer un effet rétroactif.

Ces considérants et le principe qu'ils proclament ont reçu l'approbation de tous les auteurs (2).

On s'est demandé ce qu'il faut décider, si la loi nouvelle abaisse le maximum, mais élève le minimum d'une peine; dans ce cas, afin de faire sûrement profiter le coupable de la législation la plus douce, on doit, pensons-nous, considérer la peine comme ayant pour minimum celui de l'ancienne loi, et pour maximum le maximum de la loi nouvelle. Le juge appliquera, s'il s'arrête au minimum, l'ancienne loi à l'application de laquelle le prévenu avait un droit acquis dans ces limites, et la loi nouvelle, s'il porte sa condamnation au maximum. Lors de l'abrogation de l'art. 40 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 par la promulgation du Code pénal, il se trouva que le fait d'avoir usurpé sur la largeur des chemins publics, puni autrefois d'une amende de 3 à 24 livres, ne devait plus être puni que d'une amende de 11 à 15 francs. D'après nous, le juge avait, dans ces circonstances, le droit de descendre jusqu'à 3 livres d'amende, l'ancienne pénalité la plus douce des deux pour le prévenu dont la culpabilité a été atténuée par quelques circonstances particulières; et

(2) V. MM. Ortolan, Op. cit., t. 1. p. 243; Faustin Hélie, t. 1, p. 42; Boitard, p. 66; Berthauld, p. 153; Trébutien, t. 1, p. 83.

nous croyons aussi qu'il ne pouvait pas monter au-dessus de 15 francs d'amende, maximum fixé pour les plus coupables.

Nous avons déjà dit que si les peines entre lesquelles il faut choisir la plus douce ne sont pas de même nature, ce sera le caractère plus ou moins infamant que la loi y a attaché, qui devra servir de guide au juge lorsque le caractère afflictif des peines ne lui fournira pas un elément d'assez exacte appréciation. Ainsi une peine correctionnelle sera toujours considérée comme plus douce qu'une peine rangée parmi les peines afflictives ou infamantes ; la dégradation civique est plus grave que l'emprisonnement. Le juge devra tenir compte de la graduation que le législateur observe entre les peines pour régler les conséquences d'une cause générale d'aggravation ou d'atténuation.

Nous pensons que tout, ici, est l'affaire du juge, en ce sens qu'il ne convient pas de donner au coupable le choix de sa peine. Ajoutons que c'est pour le juge une question de droit et une question à résoudre d'après l'appréciation des faits ; aussi un pourvoi en cassation serait-il possible en cette matière.

Quant au mode d'exécution de la peine, comme il peut souvent être une aggravation ou une diminution de la peine elle-même, nous croyons qu'il est, comme celle-ci, soumis pour sa détermination aux règles que nous venons d'exposer : ce sera toujours la loi la plus favorable au coupable qui devra lui être appliquée. Cependant il faut reconnaître que toutes les fois que le mode d'exécution sera par son caractère indifférent à la peine elle-même, alors il deviendra

un simple détail d'organisation, comme une sorte de procédure, et sera soumis à tous les changements que le législateur pourra trouver utile d'introduire. La non-rétroactivité a été ainsi appliquée par l'art. 8 de la loi du 8 juin 1850, mais non par l'art. 15 de la loi du 30 mai 1854, qui a déclaré la transportation formellement applicable aux condamnations et aux crimes antérieurs à la loi nouvelle. Mais qui sera juge, lorsque la loi nouvelle ne se sera pas prononcée comme celles que nous venons de citer, de la question de savoir s'il s'agit d'une simple mesure d'exécution ou d'un véritable changement? Ce seront les tribunaux. (Cass. 27 juin 1845).

Après avoir posé les principes de la matière, il nous a paru intéressant de les appliquer à la loi nouvelle sur la surveillance de la haute police.

Une loi des 23-30 janvier 1874 est venue modifier certains articles du Code pénal relatifs à la surveillance de la haute police. A ce moment on était très embarrassé sur le point de savoir quel était depuis 1870 l'effet de ce renvoi. Le décret du 8 décembre 1851, qui s'était substitué au Code pénal en cette matière en l'aggravant beaucoup, avait été abrogé par un décret du gouvernement de la Défense nationale en date du 24 octobre 1870 qui avait dit dans son article 2 : « L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera ultérieurement réglé. » Les cours d'appel avaient décidé que ce décret, en attendant le règlement ultérieur, rendait momentanément force de loi aux dispositions de l'art. 44 du Code pénal. Mais certains tribunaux correctionnels avaient jugé au contraire que les paroles finales du dé-

cret de 1870 devaient s'entendre en ce sens, que désormais il n'y avait plus aucune législation applicable à l'effet de la surveillance de la haute police : cette dernière opinion paraît avoir été celle de l'Assemblée nationale, et M. Duvergier n'hésite pas à s'y rallier en ces termes :

« Or, il me semble que le décret du 24 octobre 1870 ne pouvait laisser aucun doute sur l'effet qu'il devait produire. Il est dit dans l'art. 2 : « L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera ultérieurement réglé. » N'était-ce pas déclarer que l'on entendait bien maintenir la surveillance de la haute police, mais qu'aucune des règles antérieures sur ses effets, pas plus celles du décret de 1851 que celles du Code pénal n'avaient conservé leur autorité. Il était donc nécessaire de formuler, dans une loi nouvelle, les règles relatives à la surveillance de la haute police. » (1)

Nous pensons que cette dernière opinion aurait des conséquences auxquelles leurs partisans ne voudraient pas souscrire. Comme le décret de 1870 était infiniment plus doux que celui de 1851, il devait rétroagir ; d'où ce résultat, que tous les condamnés soumis à la surveillance par des jugements antérieurs soit au 8 octobre 1870, soit même à la loi du 30 janvier 1874 plus sévère que ce décret, ne seraient plus soumis qu'à une surveillance purement nominale sans modes d'exécution et sans sanction. Ainsi ils ne

(1). Voir rapport de M. Taillefer, du 24 février 1871, J. O. du 18 avril 1871, n. 928. Duvergier, collection des Lois 1874, p. 9, note 5. —V. tribunaux correctionnels de Rouen, 30 juillet 1872, et de Bayonne, 14 décembre 1871.

pourraient plus se rendre coupables de rupture de ban. Il faut considérer, en effet, qu'il ne s'agit pas ici d'un détail insignifiant d'exécution de la peine, mais de son exécution toute entière ; or, nous savons que toute loi nouvelle qui adoucit l'exécution d'une peine antérieure doit immédiatement s'appliquer, même aux condamnés qui subissent ou ont à subir cette peine.

Nous cherchons vainement par quels moyens on pourrait éviter cette conséquence qui a été d'ailleurs formellement admise par les tribunaux correctionnels de Rouen et de Bayonne, qui ont renvoyé des fins de la poursuite des individus prévenus de rupture de ban depuis 1870. Nous aimons donc mieux penser, malgré les autorités ci-dessus citées, que les Cours d'Appel ont eu raison en ne donnant pas une aussi grande portée au décret de 1870, et en considérant sa disposition finale plutôt comme la promesse d'une loi prochaine que comme l'abrogation non-seulement du décret de 1851, mais encore du mode d'exécution prescrit par le Code Pénal. Puisqu'on n'abolissait pas cette pénalité *sui generis* qui survit à la peine proprement dite, on ne pouvait pas abolir tous les textes qui étaient relatifs à l'exécution et à la sanction de cette surveillance.

Il fallait vider cette sorte de question préjudicielle avant d'examiner la loi nouvelle au point de vue de la rétroactivité.

En ce qui touche l'exécution de la peine, la manière dont elle est subie, la loi nouvelle nous semble plus sévère que l'ancien art. 44 du Code pénal, que nous venons de considérer comme ayant été remis en vigueur par le décret

du 8 octobre 1870. En effet, tandis que le condamné pouvait changer de résidence, après avoir indiqué trois jours à l'avance au maire de la commune le lieu où il se proposait d'aller habiter, désormais il ne pourra user de cette faculté qu'après un séjour de six mois dans la résidence qu'il voudra quitter, sauf autorisation du ministre de l'intérieur et des préfets dans certains cas.

Elle est encore plus sévère en ce que le condamné devra déclarer, quinze jours avant sa mise en liberté, le lieu où il veut fixer sa résidence, tandis que, selon le Code pénal, il pouvait le déclarer le jour même de son départ.

Donc, selon les principes ci-dessus posés, la loi nouvelle ne doit pas s'appliquer aux condamnés ou même aux coupables antérieurs à sa promulgation. A plus forte raison faudrait-il décider ainsi si on adoptait l'opinion que nous avons combattue sur la portée du décret de 1870.

On pourrait nous répondre que la loi nouvelle doit rétroagir parce qu'il ne s'agit ici que de la manière dont la peine doit être subie, que d'un simple détail d'organisation, comme nous le disions plus haut. Cependant, quoique la question nous paraisse digne de controverse, nous pouvons invoquer en faveur de notre manière de voir le précédent de la loi de 1832. Elle avait réformé la peine de la surveillance telle qu'elle résultait du Code pénal de 1810, d'où était née la question de savoir s'il fallait appliquer la disposition nouvelle aux condamnés antérieurs ; il y fut répondu par des distinctions : les surveillés qui avaient fourni ou qui fournissaient un cautionnement étaient à l'abri de la loi nouvelle, plus dure à leur égard ; ceux qui

ne pouvaient ou n'avaient pu fournir un cautionnement bénéficiaient, au contraire, des adoucissements de la loi nouvelle; car, tandis que, d'après l'art. 44 de 1810, le condamné était à la disposition du gouvernement, qui pouvait lui imposer sa résidence, d'après celui de 1832, c'est le condamné lui-même qui avait le droit de la choisir sauf l'interdiction de certains lieux. (En ce sens, avis du Conseil d'Etat du 7 novembre 1832.)

On pourrait encore faire observer que la surveillance est plutôt prononcée par la loi que par le juge, et qu'en conséquence la loi nouvelle fait disparaître immédiatement la loi ancienne à cet égard. Mais nous savons que la non-rétroactivité n'est pas seulement une règle imposée au juge, mais qu'elle est encore celle que le législateur est censé avoir suivi toutes les fois qu'il ne s'en est pas expressément écarté. Nous devons donc penser qu'il en est ainsi de la loi du 23 janvier 1874, puisqu'elle ne renferme aucune disposition transitoire, et nous avons le droit de dire qu'elle a laissé les condamnés à la surveillance sous l'empire de la loi qui les avait frappés.

En ce qui touche la durée de la surveillance, d'après le nouvel article 46, elle ne peut plus excéder vingt années; d'après l'ancien article 47 C. P., elle était perpétuelle à la suite des condamnations afflictives et infamantes. Il est évident que la nouvelle disposition étant plus douce, s'appliquera à tous ceux qui n'étaient pas encore condamnés définitivement avant la loi de 1874. Mais que penser des individus soumis à la surveillance pour toute leur vie en vertu d'arrêts définitifs antérieurs? Nous croyons que la

loi nouvelle ne les touche pas, et que, légalement, ils sont toujours sous la surveillance pour toute leur vie, sauf au chef de l'Etat à exercer le droit de grâce qui lui a été manifestement reconnu par le nouvel article 48. Si une loi nouvelle déclarait que tous les crimes emportant peine des travaux forcés à perpétuité ne seront plus désormais punis que de vingt années de travaux forcés, on ne pourrait pas dire, ce nous semble, que toutes les condamnations antérieures aux travaux forcés à perpétuité sont commuées *ipso facto* en condamnations en vingt ans de travaux forcés. Nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement pour la peine accessoire de la surveillance de la haute police.

Dira-t-on encore qu'il s'agit d'une peine prononcée par la loi et non par le juge? Nous répondrions que cette peine a été définitivement appliquée par la loi ancienne, et que la loi nouvelle aurait dû en relever expressément les condamnés, comme l'a fait l'art. 5 de la loi du 31 mai 1854 à l'égard de la mort civile, qui était aussi une peine accessoire résultant directement de la loi.

Quant au droit de grâce, il est clair qu'il rétroagit, et que le chef de l'État peut en user au profit des condamnés antérieurs, même dans l'opinion de ceux qui pensaient auparavant que ce droit ne s'appliquait pas à cette peine particulière; cela a été dit formellement dans le projet du gouvernement et dans le rapport de la commission. « Nous vous proposons, dit aussi l'exposé des motifs, de lever ces entraves (au droit de grâce) et de permettre pour le passé comme pour l'avenir que les libérés qui l'auront mérité

puissent voir abrégée ou supprimée la surveillance à laquelle ils sont soumis. »

Il en est évidemment de même des autres dispositions bienveillantes de la loi sur la dispense, la réduction et sur la suspension de la surveillance par mesure administrative (art. 48 nouveau du Code pénal, et art. 2 de la loi du 23 janvier 1874).

On se demandait si, en cas de commutation de peine perpétuelle en peine temporaire par décision gracieuse, la surveillance était encourue. La controverse est tranchée par le nouvel art. 46 *in fine*, ainsi conçu : « Tout condamné à des peines perpétuelles qui obtiendra commutation ou remise de sa peine sera, s'il n'en est autrement disposé par la décision gracieuse, de plein droit sous la surveillance de la haute police pendant vingt ans. » Nous pensons que ceci ne s'applique pas aux commués antérieurs, et qu'à leur égard la question reste toujours controversée.

Nous examinerons encore d'autres questions transitoires relatives à cette loi du 23 janvier 1874, dans les deux chapitres suivants.

§ 2.

COMPÉTENCE ET PROCÉDURE

En parlant des matières civiles, nous avons posé le principe que la loi nouvelle, au sujet de la compétence, ne s'applique pas aux affaires déjà pendantes devant une juridiction,

Pour les matières criminelles, la question se présenta la première fois devant la Cour de cassation, dans l'affaire de Georges Cadoudal. La loi du 8 ventôse an XI attribuait à la Cour de justice criminelle et spéciale du département de la Seine la connaissance de tous les crimes attentatoires à la sûreté générale de l'Etat. En conséquence, Georges Cadoudal et ses complices furent envoyés devant ladite Cour comme prévenus de conspiration contre le premier consul. Déjà les accusés étaient arrêtés, lorsque le sénatus-consulte du 28 floréal an XII organisa une haute cour de justice et lui attribua les crimes de conspiration et de haute trahison.

Dés le commencement du procès, les accusés demandèrent donc leur renvoi devant la haute cour. Mais la Cour criminelle, par un arrêt du 9 prairial an XII, rejeta leur déclinatoire et ordonna qu'il serait passé outre aux débats. Sur le pourvoi contre cet arrêt, M. Merlin. comme procureur général, soutint la compétence de la Cour criminelle ordinaire, et la Cour de cassation rejeta le pourvoi, par le motif que la Cour de justice criminelle de la Seine avait été dans le principe, légalement investie de la connaissance du procès dont il s'agissait, et que l'organisation de la haute cour était d'ailleurs incomplète.

Quelques années plus tard, un autre arrêt décida la question dans un sens opposé : un délit de presse avait été commis sous la loi du 26 mai 1819 qui en attribuait la connaissance aux Cours d'assises, et il avait été poursuivi par le ministère public ; mais, pendant l'instruction, était survenue la loi du 25 mars 1822 qui attribuait aux tribunaux correctionnels la juridiction des délits de cette nature. Le pré-

venu demandait à être jugé suivant la loi en vigueur au temps du délit : la Cour de cassation rejeta le pourvoi, en se fondant sur ce que le prévenu, n'étant pas encore, au moment de la loi nouvelle, renvoyé devant la Cour d'assises par arrêt de la Chambre d'accusation, n'avait pas droit d'être jugé par cette juridiction.

C'était du reste admettre en principe que si le renvoi avait précédé, que si la Cour d'assises avait été saisie, la compétence ancienne aurait subsisté; or, nous n'avons pas à discuter ce point-là. Depuis, la jurisprudence a constamment tendu à établir le principe que les lois de compétence et de juridiction sont applicables immédiatement aux faits antérieurs à leur promulgation (1).

De plus, nous possédons plusieurs monuments législatifs qui ont statué en ce sens. Ainsi, lorsque la Constitution de 1848 organisa une haute Cour de Justice, pour juger certains crimes contre la sûreté de l'Etat, il fut demandé si cette nouvelle juridiction connaîtrait des crimes antérieurs à sa promulgation ; on songeait en cela à l'attentat du 15 mai et aux journées de juin 1848. Un amendement fut proposé dans le sens de la limitation aux faits postérieurs à la promulgation de la Constitution ; on se fonda sur le principe de la non-rétroactivité. Mais l'amendement fut combattu énergiquement par M. Dupin qui démontra que les lois de compétence et de juridiction peuvent s'appliquer immédiatement, sans violation de droits acquis, par ce que nul ne

(1) Nombreux arrêts depuis le 10 mai 1822 jusqu'au 27 janvier 1855.

peut se dire un droit acquis à être jugé en telle ou telle forme, par tel ou tel tribunal ; il donna, entre autres arguments, celui-ci : un accusé justiciable de la Cour des Pairs pouvait-il prétendre être jugé par cette cour désormais abolie ? Les anciens justiciables des Parlements avaient-ils pu prétendre être jugés par ces Corps également disparus ? Il fallait bien reconnaître qu'une juridiction abolie, en principe ne peut être conservée ou rétablie pour des cas particuliers. D'ailleurs, (et cet argument nous paraît péremptoire), les formes de procéder et la compétence ne doivent être envisagées que comme des moyens de connaître la vérité ; or, quand un changement survient en cette matière, c'est que la loi pense que la vérité sera mieux connue avec le nouveau mode adopté ; et si l'on objecte le principe souvent répété dans les Constitutions françaises que : « nul ne peut être distrait de ses juges naturels », il faut répondre que les juges naturels sont ceux établis par la loi pour tous les citoyens, et que ce qui est défendu, c'est toute dérogation particulière à la compétence générale ou de droit commun.

C'est en ce sens qu'un décret du 20 décembre 1865 supprimant un conseil de guerre, et les conseils de révision de Metz et de Toulouse, déclarait que les affaires pendantes seraient portées devant un autre conseil et devant les conseils de révision de Paris et de Lyon.

Parcourons encore quelques espèces relatives aux lois de compétence et de procédure.

La loi nouvelle déclare que telle preuve sera reçue ou non, ou change la majorité nécessaire pour la condamna-

tion ; ainsi la preuve testimoniale était possible, elle ne l'est plus ; il fallait huit jurés pour la condamnation, il n'en faut plus que sept ; on décide généralement que la loi nouvelle rétroagit, car, dit-on, elle ne blesse aucun droit acquis, et comme elle doit être réputée meilleure pour arriver à la découverte de la vérité, il faut se hâter de l'appliquer.

La loi nouvelle crée certaines voies de recours ou bien elle en supprime, elle doit s'appliquer aux faits antérieurs à sa promulgation toutes les fois que ces faits ne seront pas consommés. Mais ceci sera mieux démontré en posant quelques espèces :

1° Un prévenu est acquitté par un jugement définitif, suivant une loi nouvelle qui autorise l'appel, elle n'est pas applicable à cet accusé acquitté, car tout était consommé.

2° L'accusé était condamné par un jugement définitif, une loi nouvelle autorise l'appel, nous pensons qu'elle n'est pas non plus applicable parce qu'elle ne touche pas le condamné dont le sort était définitivement réglé. Nous reproduisons ainsi l'opinion ci-dessus émise au cas où une loi nouvelle a adouci une pénalité antérieure ; nous n'avons pas voulu appliquer cette loi nouvelle à ceux qui étaient définitivement condamnés avant elle malgré sa décision plus favorable.

3° Un prévenu était acquitté sous la loi ancienne qui autorisait le ministère public à faire appel, la loi nouvelle supprime ce droit d'appel, elle ne rétroagit pas, car le ministère public avait dès le jugement droit acquis de faire appel et son attaque avait été dirigée dans ce sens.

4° Un prévenu condamné sous l'ancienne loi avait le

droit de faire appel, la loi nouvelle supprima ce droit d'appel ; comme dans le cas précédent, nous dirons qu'il n'y a pas rétroactivité, car le prévenu avait le droit de faire appel dès le jugement. Il faut supposer qu'il l'a aussitôt intenté, d'ailleurs il avait dirigé sa défense en ce sens.

Jusqu'ici, nous avons supposé qu'il y avait déjà jugement sous l'ancienne loi ; mais que décider si la procédure n'était pas commencée, ou si, commencée, elle n'avait pas encore abouti au jugement ? Nous appliquons toujours et sans distinction la rétroactivité, parce que jamais nous ne nous trouverons ici en présence d'un droit acquis. Le pouvoir a la faculté, tant qu'il n'y a pas jugement, d'anéantir une garantie qu'il trouve surabondante, ou de créer des garanties qu'il estime nécessaires.

On a opposé, il est vrai, à cette manière de voir l'article 12 de la loi du 11 avril 1838 sur la compétence des tribunaux de première instance ; cette loi supprimait l'appel pour certaines causes, celles, par exemple, de 1,000 à 1,500 francs ; l'art. 12 déclare que les dispositions des art. 1 et 2 de la présente loi ne s'appliqueront pas aux demandes introduites antérieurement à sa promulgation. Mais le texte même de cet article prouve que, sans sa disposition, il y aurait eu rétroactivité, et c'est ce que constate la discussion de la loi ; c'est comme si on argumentait de l'art. 1041 du Code de procédure pour dire que les lois de cette espèce ne rétroagissent pas. Des raisons de convenance, le désir d'éviter des difficultés, peuvent inspirer au législateur l'idée de ne pas faire rétroagir ces lois dans tel ou tel cas particulier ; mais cela n'infirme pas d'ailleurs la

règle que nous avons posée avec l'assentiment de tous les interprètes. Il est même arrivé que le législateur a formellement déclaré que telle disposition de la loi nouvelle de procédure rétroagissait et que telle autre ne rétroagissait pas ; on peut en voir un exemple dans l'art. 4 de la loi du 21 mai 1858.

Quant à la modification de la procédure criminelle, nous n'avons qu'à dire que les règles suivies au temps du jugement devront être employées, parce que la procédure nouvelle semble plus propre à conduire à la découverte de la vérité.

C'est conformément aux principes que nous venons de poser qu'a été interprété le nouvel article 47, 2e alinéa du Code pénal modifié par la loi du 23 janvier 1874. Il dispose que tout arrêt de condamnation qui ne contiendra pas dispense ou réduction de la surveillance devra mentionner, à peine de nullité, qu'il en a été délibéré. Quatre arrêts de la Cour de cassation en date du 4 avril 1874 ont décidé que cet article devait s'appliquer d'une façon absolue et sans doute même pour des affaires dont la procédure était commencée avant le 23 janvier ; car l'un des arrêts avait été rendu par la Cour d'assises d'Alger le 28 février 1874. Il ne nous semble pas téméraire de conjecturer que le crime avait été commis avant que la loi du 23 janvier fut obligatoire en Algérie (1).

(1). V. Dalloz, 1874, p. 528.

§ 3.

PRESCRIPTION

Nous allons terminer en parlant de la prescription et de l'application que devra recevoir une loi nouvelle modificative des conditions de la prescription. Il faut tout d'abord dire quelques mots du caractère véritable et essentiel de la prescription en cette matière. Un crime a été commis ; il en résulte une alarme pour tous ceux qui en ont été les témoins ou qui en sont informés. Ce trouble des esprits appelle la protection du pouvoir social, et celui-ci, pour l'apaiser, doit procéder à la recherche du coupable et à sa mise en jugement ; les recherches s'exécutent, mais, malgré leur activité, le coupable leur échappe. Un long delai s'écoule, le crime s'oublie ; les esprits reprennent confiance, mais, sur ces entrefaites, le coupable se révèle à la justice ; faudra-t-il lui demander compte du crime qu'il a commis ? La loi ne l'a pas pensé ; ce serait réveiller un souvenir pénible, renouveler le scandale causé par le crime, et le trouble qu'il avait mis dans les esprits : elle a cru que, dans de pareilles circonstances, la société était sans intérêt à poursuivre le coupable ; aussi se croit-elle sans droit de le faire ; et, dès lors, nous pensons que de même que plus haut nous avons reconnu qu'il était de toute justice d'appliquer au coupable

la peine la plus douce, nous devons aussi faire bénéficier ici le coupable non encore condamné de la promulgation d'une loi qui viendrait restreindre le délai de la prescription, lorsqu'il se trouverait qu'entre l'époque du délit et le commencement des poursuites, il se serait écoulé le temps fixé par la nouvelle loi pour la prescription. C'est aussi l'opinion qui a prévalu lors du conflit du Code du 3 Brumaire an IV avec le Code d'instruction criminelle de 1808.

D'après les art. 9 et 10 du Code du 3 Brumaire an IV, la prescription de l'action civile pour toute infraction (ce Code employait à la place de ce mot celui de délit pris dans un sens général) résultait du délai de trois ans s'il n'y avait pas eu de poursuite, et de six ans s'il y avait eu un commencement de poursuites criminelles ou civiles; ces délais courraient du jour où l'existence de l'infraction avait été connue et légalement constatée ; au contraire, le Code d'instruction criminelle fait courir la prescription du jour où le crime a été commis, mais il fixe un nouveau délai, savoir dix ans pour les crimes et trois ans pour les délits ; à tous les délits commis sons l'empire du Code de brumaire an IV, mais poursuivis sous le Code d'instruction criminelle et plus de trois ans après leur date, on a accordé le bénéfice du nouveau Code d'instruction criminelle, et ils n'ont attiré aucune condamnation à leurs auteurs. Le législateur venait, en effet, de reconnaître qu'après trois ans écoulés sans poursuites d'un délit, la société était sans intérêt à en demander justice; comment pouvait-elle refuser de faire immédiatement l'application de cette idée de stricte justice et poursuivre, quoique sans in-

térêt, des délits commis depuis plus de trois ans? C'est toujours au fond la même question ; aussi le même principe vient-il nous fournir la même solution.

Nous croyons qu'il faut aller plus loin encore, et dire qu'il en sera de même dans les cas où les poursuites commencées avant la promulgation de la nouvelle loi, mais après le temps fixé depuis par elle pour la prescription, n'auraient pas encore amené de condamnation ; le pouvoir social doit annuler et abandonner des poursuites commencées à une époque où il vient de reconnaître qu'il était sans intérêt à les exercer. Le cas s'est présenté lors de la loi du 16 juin 1824, dont l'article 14 *in fine*, est ainsi conçu : « L'action » pour faire condamner aux amendes sera prescrite après » deux ans, à compter du jour où les condamnations auront » été commises dans les cas déterminés : 1°..... » Cette loi fixait, on le voit, à deux ans au lieu de trente ans, comme autrefois, le délai par lequel se prescriraient, à l'avenir, les amendes encourues par les notaires pour infractions à ses dispositions, comme pour contraventions aux lois sur le timbre et sur les ventes de meubles. Quelques prévenus ont alors soutenu que, bien que des poursuites aient été exercées contre eux avant la promulgation de cette loi, cependant, comme elles ne l'avaient été que plus de deux ans après le jour où la contravention avait été commise, ils devaient être renvoyés de la poursuite, par application de la loi nouvelle. Nous croyons que ce raisonnement était exact et qu'il eut triomphé, si la Cour de Cassation n'eut pas, pour y échapper, contesté à ces amendes le caractère pénal qui seul autorisait les prévenus à demander l'applica-

tion de la loi nouvelle; mais nous pensons que toutes les fois qu'une pareille objection ne pourrait pas être faite, il faudrait admettre, avec l'avis du conseil d'État du 29 prairial an VIII, l'opinion la plus favorable à l'humanité.

Que déciderions-nous dans le cas où la loi nouvelle sur la prescription des délits ou des crimes augmenterait le délai fixé par la loi ancienne ? Cette question offre plus d'une difficulté, car on ne peut, et à bon droit, soutenir que la loi qui statue sur ce grand intérêt de la prescription des délits est une loi rendue dans un intérêt général devant lequel doit s'incliner tout ce qui n'est pas un droit acquis; que le coupable au profit duquel le temps de prescription n'est pas encore accompli, n'a pas de droit acquis; que le coupable ne peut pas compter sur le silence et l'inaction du ministère public pendant le temps qui reste à courir de l'ancienne prescription; ce n'est pas là une attente respectable; que le législateur reste le maître de changer les modes d'action du ministère public pour l'application de la loi pénale; que changer la durée du temps pendant lequel le ministère public pourra agir, c'est changer non pas le fonds de la loi pénale, mais son mode d'application, et pour ainsi dire la procédure de sa mise à exécution. Mais nous répondons que si la loi qui détermine la prescription s'inspire de l'intérêt général, tel est aussi le caractère de toute loi pénale, et que, néanmoins, il a été fort sagement admis et par la doctrine et par la jurisprudence, que l'accusé pourrait toujours réclamer l'application de la loi la plus douce, nous devons appliquer ce principe jusqu'au bout, et décider que dans l'espèce que nous examinons le prévenu ou l'accusé pourra exiger que la loi ancienne lui soit appliquée.

Il y a une différence sensible entre une loi qui modifie la procédure, la manière d'exercer l'action publique, et une loi qui, au bout d'un certain temps, met obstacle à cette action. La durée possible de la poursuite criminelle a une influence marquée sur la sévérité de la loi pénale, et concourt à mesurer le degré d'intimidation qu'elle exerce sur les esprits. On accorde à l'accusé une sorte de droit acquis à invoquer le bénéfice de la loi en vigueur au moment de la perpétration du crime ; c'était la seule loi qu'il connût et dont il eût à redouter les menaces ; c'est en face de la peine qu'elle édictait qu'il s'est résolu à la commettre ; il aura toujours un droit acquis à ne pas en subir une plus considérable. C'est aussi en face des moyens que cette loi lui fournissait d'échapper à la condamnation, qu'il a résolu un crime ; il aura donc un droit acquis à jouir aussi de tous ces moyens ; c'est là une conséquence extrême de ce grand principe qui domine toute la matière, à savoir que nul ne peut être condamné à une peine qui n'était pas encore promulguée lors du fait pour lequel il est jugé.

Il en sera de même toutes les fois que, pour une raison ou pour une autre, la loi ancienne sera plus favorable à l'accusé, alors même qu'elle fixerait pour la prescription un délai plus long que celui que vient d'établir la loi nouvelle ; parce que, par exemple, elle établirait un point de départ différent, ou pour toute autre cause.

Nous en dirons autant de la prescription de la peine, et nous admettrons que le condamné acquiert au moment de la condamnation le droit de s'y soustraire par une dispo-

sition dont la durée est fixée par la loi de la condamnation, dont il pourra toujours réclamer le bénéfice, nonobstant tous les changements qui pourraient survenir dans la législation, et que cependant, si la loi nouvelle lui est favorable, édicte une abréviation de délai, ou bien fixe un point de départ nouveau dont il ait intérêt à invoquer le bénéfice, il pourra se placer sous la protection de la loi nouvelle.

Tout ici est donc favorable au prévenu comme au condamné ; on lui appliquera toujours et dans tous les cas la législation la plus douce. (1)

On voit qu'au moins en matière pénale et spécialement en ce qui touche la prescription notre travail se termine par l'exposition d'idées analogues à celles qu'enseignait le Droit romain et que nous avons essayé de dégager. De même que ce droit avait admis une non-rétroactivité absolue sans distinguer entre ce que nous avons appelé les droits acquis et les expectatives de droit, de même en nature de prescription criminelle, la majorité des auteurs dont nous avons suivi les doctrines est arrivée à décider que le coupable ou le condamné profitera toujours de la loi ancienne même pour des prescriptions inaccomplies, pour de simples expectatives, lorsque la loi nouvelle sera plus rigoureuse que l'ancienne.

Un dernier mot : avant la loi du 23 janvier 1874 sur la

(1) Faustin Hélie, Instr. crim., T. III, p. 693. — Cour de cassation, 5 sept. 1812, 22 avril et 6 mai 1813. — Rauter, n° 853. — A. Morin, rép. Effet rétroactif, 16. — Dalloz, V° prescription, 11, 4.

surveillance de la haute police, c'était une question très-controversée que celle de savoir si la prescription des peines temporaires ou perpétuelles emportait prescription de la surveillance de la haute police. Les auteurs et la jurisprudence étaient fort divisés ; ainsi, un arrêt de Paris du 29 mai 1861 s'était prononcé dans le sens de l'affirmative, tandis qu'un arrêt de Lyon du 4 juin 1866 avait jugé pour la négative. Cette dernière opinion a été sanctionnée par le législateur de 1874 dans le nouvel article 48 du Code pénal, qui dispose formellement en ces termes :

« La prescription de la peine ne relève pas le condamné de la surveillance à laquelle il est soumis.

« En cas de prescription d'une peine perpétuelle, le condamné sera de plein droit sous la surveillance de la haute police pendant vingt années.

« La surveillance ne produit son effet que du jour où la prescription est accomplie. »

Faut-il appliquer ces dispositions, soit à ceux qui avaient prescrit leur peine avant la loi nouvelle, soit à ceux qui n'avaient pas encore achevé de la prescrire? En nous référant aux explications ci-dessus nous devons nous prononcer pour la négative et décider que, quant à ces condamnés, la question reste toujours controversée. On pourrait bien objecter que la disposition de la loi nouvelle peut être considérée comme interprétative de la loi ancienne, mais, puisque le législateur n'a pas expressément parlé, et que nous sommes en présence d'une disposition rigoureuse, nous

croyons qu'il vaut mieux maintenir notre décision, surtout en ce qui concerne les condamnés qui ont prescrit. (1)

(1) Nous ajouterons, à titre de simple observation et sans y attacher grande importance, une réflexion que nous a suggéré la lecture du rapport de M. Voisin : la proposition de la loi de 1874 avait eté faite le 13 janvier 1873, et le rapport déposé le 23 juillet de la même année. Or, voulant montrer le fonctionnement de la surveillance après la prescription, le rapporteur s'exprime ainsi : « Prenons un exemple : un homme est condamné à cinq ans de détention en 1873 et s'enfuit à l'étranger : Vingt années s'écoulent, sa peine est prescrite en 1893, et la surveillance ne commencera à produire son effet qu'à cette époque. » N'est-il pas remarquable que le rapport prenne l'exemple d'une condamnation en 1873, c'est-à-dire, dans la pensée de l'auteur, à une époque postérieure à l'application de la nouvelle loi que le rapporteur pensait sans doute devoir être bientôt votée ?

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I° — Le principe fondamental du Droit Romain était que la loi ne s'applique ni aux droits acquis antérieurement à sa promulgation, ni à ce que nous appelons les expectatives de droit.

II° — C'est par la manière dont se formait le droit au temps classique que s'explique l'absence de textes relatifs à la non-rétroactivité dans les écrits des jurisconsultes.

III° — La théorie dite des *tria tempora* en matière de

testaments a survécu à l'ancienne mancipatio parce qu'elle était fondée sur la raison.

IV° — Au temps classique le possesseur de bonne foi devenait définitivement propriétaire de tous les fruits détachés du sol. Il n'avait pas à les restituer s'ils existaient encore en nature au moment de la *rei vendicatio*.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

1° — Le principe admis par les rédacteurs du Code est que les lois ne rétroagissent pas.

II° — Ce principe n'a plus la portée qu'il avait en Droit Romain : il ne s'applique qu'aux droits acquis, mais il ne respecte pas les simples expectatives de droit qui ne sont pas encore réalisées dans le patrimoine

III° — Le principe de la non-rétroactivité des lois n'est pas constitutionnel.

IV° — La prescription est plutôt une présomption d'acquisition ou de libération qu'une manière d'acquérir ou de se libérer.

V° — La loi nouvelle qui augmente le délai de la prescription ne s'applique pas aux prescriptions commencées qui seront accomplies lorsque sera accompli l'ancien délai : le premier alinéa de l'art. 2281 donne donc la solution de cette question.

VI° — La loi nouvelle qui abrège le délai de la prescription ne doit pas s'appliquer aux prescriptions commencées avant sa promulgation.

DROIT CRIMINEL

I° — La loi nouvelle quoique plus douce ne s'applique pas aux faits définitivement jugés avant sa promulgation, mais elle s'appliquerait si le condamné avait fait un pourvoi en cassation non encore jugé.

II° — La loi nouvelle qui augmenterait le délai de la prescription ne s'appliquerait pas aux prescriptions en train de s'accomplir avant sa promulgation.

III° — Si une loi nouvelle exigeait une majorité moins forte pour la condamnation, par

exemple sept jurés au lieu de huit, elle s'appliquerait même aux faits antérieurs à sa promulgation et aux accusés non encore jugés pour ces faits.

PROCÉDURE CIVILE

I° — Les lois de procédure rétroagissent.

II° — Les lois sur l'admission des preuves ne rétroagissent pas.

III° — Les lois qui suppriment une juridiction s'appliquent même aux instances pendantes devant les juridictions supprimées. Ces affaires devront être portées devant la nouvelle juridiction.

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF

I° — Les lois d'ordre public s'appliquent immédiatement et échappent au principe de la non-rétroactivité.

IIe — Il en est de même des lois politiques proprement dites.

IIIe — La loi du 22 mars 1855 ne s'applique pas à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

DROIT COMMERCIAL.

Ie — Le Droit commercial est régi quant à la matière de la rétroactivité par les mêmes principes que le Droit civil.

IIe — L'art. 448 du Code de commerce s'applique au privilége du vendeur. Mais la perte du privilége pour défaut d'inscription avant le jugement déclaratif de faillite n'entraîne pas celle de l'action en résolution.

IIIe — Les cohéritiers pourront faire inscrire leurs priviléges même après le jugement déclaratif de faillite du cohéritier débiteur si on est encore dans les 60 jours de l'acte de partage ou de licitation.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Ie — Le principe de la non-rétroactivité des lois était admis dans notre ancien Droit français.

II° - L'institution contractuelle a son origine dans les lois barbares.

III° — La communauté est d'origine germanique.

DROIT INTERNATIONAL.

I° — L'étranger qui a commis un délit en France peut être poursuivi en France même après avoir été condamné par les tribunaux de son pays.

II° — Le Droit international n'oblige pas un Etat à donner suite à la demande d'extradition qui lui est adressée par une autre puissance. On suppose, bien entendu, qu'aucun traité général d'extradition n'existe entre ces deux Etats.

Le Président de la Thèse
V. MOLINIER.

Le doyen de la Faculté
DUFOUR

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
CH. DREYSS

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Position du principe de la non-rétroactivité des Lois. 7

DROIT ROMAIN

Chapitre I. Notions générales. 19

Chapitre II. Applications du principe de la non-rétroactivité des Lois. . . . . , 37

Chapitre III. Exceptions au principe de la non-rétroactivité. 52

DROIT ANCIEN ET DROIT INTERMÉDIAIRE

Notions générales du principe. 62

DROIT FRANÇAIS

Chapitre I. Rappel du principe de la non-rétroactivité. 70

Chapitre II. Lois qui échappent au principe . . . 75
Chapitre III. Théorie de la non-rétroactivité . . . 85
Chapitre. IV. Application du principe à la prescription. . . . , ... 103
Chapitre V. Droit Criminel 125
§ 1. Application de la peine 126
§ 2. Compétence et procédure . . . 142
§ 3. Prescription 149

POSITIONS. 157

Toulouse, Imp. des Orphelins, J. PAILHÈS, rue des Filatiers, 36.