

52

DROIT ROMAIN.



DE

L'ACTION HYPOTHÉCAIRE

PAR

ARMAND LABROQUÈRE

AVOCAT.



TOULOUSE

IMPRIMERIE DE BONNAL ET GIBRAC

RUE SAINT-ROME, 46.

1855.



Meis et Amicis.

Quelle a été l'origine de l'action hypothécaire? — Quel était son caractère? — Qui pouvait l'intenter? — Contre qui était-elle donnée? — Quelles étaient les conditions de son exercice? — Quel était son but? — Quelles exceptions pouvait-on lui opposer?

Telles sont les questions que nous devons successivement nous poser et résoudre. Notre but n'est pas de présenter l'ensemble des règles relatives au *droit d'hypothèque* à Rome; le champ à parcourir serait trop vaste. Nous voulons seulement nous occuper de la *mise en exercice* de ce droit, et surtout ne mettre en relief que les principes fondamentaux, soit dans le droit des Pandectes ou droit classique, soit dans le droit du Code ou droit de Justinien. Nous devons encore ajouter qu'il ne sera question que de l'*action hypothécaire*, résultant du *pactum hypothecæ*; c'est dire que nous négligerons l'étude de l'action qui était donnée pour le gage légal, tel que celui des pupilles et des mineurs sur les biens de leurs tuteurs et curateurs (1), pour le

(1) L. 20, C. de adm. tut. (5, 37).

gage du fisc sur les biens de ses débiteurs (1), de la femme sur les biens de son mari pour sûreté de sa dot (2), du légataire sur les choses héréditaires (3), pour le gage prétorien (4) et judiciaire, pour le gage tacite (5), et enfin, pour celui qui avait été constitué par testament (6).

I. — QUELLE A ÉTÉ L'ORIGINE DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE.

A). — Dans les premiers temps de Rome, alors que la législation était encore empreinte des formes les plus dures et les plus grossières, le créancier n'avait pas en principe une *action sur les biens* de son débiteur. Ce n'est que par exception que la loi et la coutume lui ouvraient une voie d'exécution réelle, *per pignoris capionem de quibusdam rebus moribus lege*, pour les créances relatives au service militaire, aux sacrifices ou à la levée de certains impôts (7). Le vieux droit quiritaire lui donnait *action sur la personne* même de son débiteur, *per manus injectionem*.

Celui-ci, après un délai de trente jours qui lui était accordé pour se libérer (8), perdait la liberté s'il était

(1) L. 1 et 2, Cod. *in quib. caus. pign.* (8, 15).

(2) L. *un.*, § 1. Cod. *de rei ux. act.* (5, 13)

(3) L. 1, Cod. *commun. de leg.* (6, 43).

(4) L. 12, ff. *pro empt.* (41, 4); — L. 2, C. *de pign. et hyp.* (8, 22).

(5) L. 4, ff. *de pactis* (2, 14).

(6) L. 26, ff. *de pign. act.*, (13, 7).

(7) GAIUS, IV, 26 et suiv.

(8) Ces trente jours sont appelés *justi*, parce qu'ils constituent un armistice légal, *justitium* (FESTUS, v° *Justi*; MACROBE, *Satyr.* 1, 16).

hors d'état de satisfaire à ses engagements, ou s'il ne pouvait trouver un *vindex*. Il était attribué, *addictus* (1) à son créancier, qui avait le droit de l'emmener dans sa maison et de le charger de fers. TITE-LIVE (2) nous apprend que, dans les temps de famine et de misère, les maisons des patriciens étaient transformées en prisons où gémissaient une foule de débiteurs insolubles : *Gregatim quotidie de foro addictos duci et repleti vincitis nobiles domos; et ubicumque patricius habitat, ibi carcerem privatum esse.*

Après l'*addictio* commençait un nouveau délai de 60 jours, pendant lequel les parents et amis du débiteur pouvaient payer pour lui et briser ses chaînes. Enfin, si ce délai s'écoulait sans qu'aucune voie de salut ne se fût ouverte, arrivait le dénouement bien digne de ce drame épouvantable : le débiteur ne comptait plus au rang des citoyens, il n'était plus qu'une *res*; il subissait la *maxima capitis deminutio* (3); son créancier pouvait le vendre à l'étranger, au-delà du Tibre, s'il n'aimait mieux, usant de la cruelle faculté dont la loi armait son bras, satisfaire sa vengeance dans le sang de son débiteur. S'il y avait plusieurs créanciers, la conclusion était toute simple : *in partes secanto.*

Telle était cette effroyable tragédie de la main mise

(1) *Vid.* sur l'*addictio*, la savante dissertation de M. TROPLONG, dans la préface du commentaire de la *Contrainte par corps*.

(2) TITE-LIVE, VI, 36.

(3) Ce qui prouve de la façon la moins douteuse que le créancier n'avait d'abord aucune *action directe sur les biens* de son débiteur, c'est qu'on lit dans les *Nuits attiques* d'AULU-GELLE, XX, 1, que le débiteur jouissait, au milieu des fers, du droit de se procurer, à ses frais, une meilleure nourriture que celle que lui donnait un créancier impitoyable : *si volet suo vivito.*

du créancier sur la personne de son débiteur. Le texte de la loi des Douze-Tables a paru si atrocement barbare, que certains esprits se sont refusés à l'interpréter littéralement, et, révoltés de sa cruauté, n'ont voulu y voir qu'une sanglante métaphore. HEINECCIUS, et de nos jours, M. BERRYAT SAINT-PRIX (1) ont prétendu qu'il s'agissait simplement d'une division des biens du débiteur entre les créanciers. Les mots si précis *pænas de capite sumito* n'embarrassent pas davantage leur ingénieuse traduction; ils signifieront tout simplement que le créancier aura droit aux intérêts moratoires de son capital : et là-dessus, on voit accourir quelques citations de PAUL, où *pænæ* est employé pour *usurae*. Mais sans parler de tout ce que présente de forcé, de torturé, une pareille interprétation, comment admettre que ces rigueurs épouvantables, ces souffrances corporelles, cette dure captivité, accumulées sur la tête du débiteur, eussent pour conclusion, quoi?... Le partage de ses biens? Il suffit d'énoncer une pareille proposition pour la rendre inadmissible. Et puis, comment expliquer la suite de la loi des Douze-Tables, *si plus minusve secuerint se fraude esto*? Comment! les créanciers se distribuèrent les biens de leur débiteur, et la loi, si le partage était inégal, n'y voyait aucun inconvénient, aucune fraude? C'est prêter au texte par trop de naïveté, après l'avoir fait si ingénieux. Enfin, si des raisons si puissantes ne suffisaient pas encore à l'explication d'un texte déjà trop clair, l'accord unanime d'AULU-GELLE (2), de QUINTILIEN (3),

(1) *Vide Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques*, 2^e série, t. 5.

(2) AULU-GELLE, *noct. att.*, XX, 1.

(3) QUINTILIEN, *Instit. orat.*, III, 6.

de TERTULLIEN (1), les paroles si précises de DION CASSIUS (καὶ τοῦτο μὲν εἰ καὶ τὰ μάλιστα ἐνενόμιστο ἀλλ' οὔτι γε καὶ ἔργῳ ποτέ ἐγεγόν εἰ) ne peuvent laisser aucun doute sur le texte barbare (*lex horrendi carminis*), mais évident de la loi décemvirale (2). Aussi l'opinion contraire est-elle généralement abandonnée aujourd'hui; et, d'abord séduit par son apparente vraisemblance, M. GIRAUD lui a retiré récemment l'appui de son autorité (3), dans son mémoire sur *la condition des débiteurs à Rome*. Laissons donc au Droit romain primitif son vrai caractère, son effrayante énergie : à nous, chrétiens épurés, éclairés par les notions sublimes d'humanité qu'une divine révélation a versées sur le monde moderne, de pareilles atrocités ne paraissent qu'une fable au premier abord ; mais à Rome, à Rome païenne, exclusive, remplie d'esclaves, l'homme était compté pour rien, en tant qu'individu, lorsqu'il ne s'agissait pas de ses droits de citoyen ; et c'est même ce mépris de l'individu, à côté de cette exaltation du citoyen, qui formait le fond du caractère romain, et qui fut la source de la grandeur et de la ruine de Rome.

B). — Cependant, avec le progrès des mœurs, les formes rigoureuses du vieux Droit quiritaire s'adoucirent, la personne des débiteurs fut respectée, leurs biens seuls répondirent de leurs obligations. Nous entrons maintenant dans la véritable phase du Droit romain, où l'on peut étudier les évolutions juridiques qui précédèrent la naissance de l'*action hypothécaire*.

a). — Dans le principe, le créancier, qui voulait se

(1) TERTULLIEN, *Apolog.* c. 4.

(2) Sic NIEBUHR, II, 311.

(3) *Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques*, 2^e série, t. 5.

procurer des garanties matérielles, avait recours à la FIDUCIE. Qu'était-ce que la fiducie? Elle n'était rien autre chose qu'une vente à réméré. Par la *mancipatio* (1) ou la *cessio in jure* (2), le débiteur transférait au créancier le *dominium* de la chose qui devait servir de sûreté à la créance, et à cette vente dont la somme prêtée était, en quelque sorte, le prix (3), se joignait la clause que le créancier, devenu propriétaire, remanciperait la chose au débiteur, après avoir reçu le paiement (4). C'est cette clause de remancipation, usitée d'ailleurs dans d'autres applications (5), qui s'appelait proprement FIDUCIA : de là le nom de fiducie, donné non seulement à ce mode de constitution de gage, mais encore à la chose elle-même (6).

La littérature latine offre beaucoup de témoignages qui montrent la fiducie comme un mode très-fréquent de donner un gage au créancier, et atteste qu'elle avait même laissé des traces profondes dans la langue vulgaire. « FIDUCIAM vero accipit, dit BOETHIUS (7), *cuiuscumque res aliqua mancipatur ut eam mancipanti remancipet.... Hæc mancipatio FIDUCIARIA nominatur idcirco, quod RESTITUENDI FIDES interponitur.* » On la trouve mentionnée dans QUINTE-

(1) GAIUS, I, 119.

(2) GAIUS, II, 24.

(3) *Fragm. Vaticana*, § 9

(4) HEINECCIUS, *Antiq. rom.*, p. 558. — NOODT, *observ. c.* 7, p. 272, liv. 2.

(5) C'est ainsi que, pour dissoudre sa puissance, le père de famille mancipait ses enfants *contracta fiducia*.

(6) PAUL, *Sentences*, II, 13, §§ 2 et 7 *de lege commissoria*.

(7) BOETHIUS, *ad Ciceronis Topica*, IV; — Vide LOYSEAU, *Offices*, II, 3, 31.

CURCE (1): *Compositis rebus justo regi* FIDUCIARIUM RESTITUET IMPERIUM; dans VARRON (2), dans CICÉRON (3) et dans ISIDORUS (4). SAUMAISE (5) a recueilli ces témoignages avec diligence, et il nous a donné, en même temps, une ample dissertation philologico-juridique sur le *pignus*, sur l'*hypotheca* et sur la *fiducia*. La fiducia existait encore à l'époque des jurisconsultes classiques, de Gaius et de Paul (6). Une loi d'Honorius (395) en fait mention (7); un passage de SAINT-AMBROISE (8), et un autre de SIDOINE APOLLINAIRE (9) accusent son existence au quatrième et même au cinquième siècle, et sa dernière trace se perd vers l'époque de Justinien.

Quel était le droit qui en résultait pour le créancier, et quelle était la mise en exercice de ce droit? Le créancier avait un droit absolu (10), exclusif (11) sur la chose; il était propriétaire (12), *rei moderator atque*

(1) QUINTE-CURCE, *Vita Alexandri*, I, IX.

(2) VARRON, *de lingua latina*, VII, 105.

(3) CICÉRON, *de officiis*, III, 17.

(4) ISIDORUS, *origines*, liv. V, c. 25, p. 932.

(5) SAUMAISE, *de modo usurarum*, c. 14, p. 590 et suiv.

(6) Vide GAIUS, II, 59 et 60; — PAUL, *Sentences*, liv. II, tit. XIII, §§ 1 et suiv. *de lege commissoria*; — L. 9, § 2, ff. *de suppellectile legata* (33, 10)

(7) Cod. Théod. XV, 14, liv. 9.

(8) SAINT AMBROISE, *in lib. de Tobia*, c. 12.

(9) SIDOINE APOLLINAIRE, *Epistol.* IV, 24: « PECUNIAM MUTUAM POSTULAVIT, IMPETRAVITQUE, NIHIL QUIDEM LOCO FIDUCIÆ PIGNORIS-que, vel argenti sequestrans, vel obligans prædiorum. »

(10) *Plenam..... in re potestatem* (INST. JUST., lib. II, tit. IV, § 4, *de usufr.*)

(11) *Duorum in solidum dominium esse non potest* [L. 5, § 15, ff. *cor.m.* (13, 6.) — Cf. L. 19, § 3, ff. (49, 17.)]

(12) *Fiduciæ dominium mutat*, dit CUJAS (*opere post. t. 4, pars*

ter (1). Mais ce qu'il y avait de particulier ici, c'est que ce droit du créancier propriétaire pouvait être rendu inefficace par l'acte du débiteur, au moyen du rachat de la chose, autrement dit du paiement de la créance. Et c'est pour cela que le nom même de l'institution fut tiré non pas du pouvoir attribué au créancier, mais, au contraire, de la faculté réservée au débiteur, ou mieux de la clause même qui faisait cette réserve. Ainsi la fiducie donnait au créancier une garantie d'une énergie singulière. Quand la créance demeurait en souffrance, il se rejetait immédiatement sur la chose, et trouvait en elle un dédommagement direct et certain. S'il en perdait la possession, il pouvait exercer la *rei vindicatio*, et il revendiquait non pas un *jus in re aliena*, mais un *dominium in re propria*; il pouvait dire: *ait hanc rem esse meam ex jure Quiritium*.

Quid juris lorsque la dette n'était pas payée à l'échéance? Le créancier avait le droit de procéder à la vente de l'objet qui lui avait été mancipé, et de se payer sur le prix. La faculté de vendre était tellement inhérente à la nature même de la fiducie, que non seulement elle n'avait pas besoin d'être stipulée, mais que la stipulation contraire était nulle; *non enim*, dit le jurisconsulte PAUL, *ex tali conventione fiducie actio nasci potest*. — Pouvait-il garder la chose définitivement? Pas de difficulté, s'il y avait une stipulation expresse à cet

prior, p. 660). Aussi le jurisconsulte Paul nous dit dans ses *Sentences*, liv. II, tit. 13, § 3 : *debitor creditori fiduciam vendere non potest*, parce que, comme dit la loi 16, ff. *de contrah. empt.* (18, 1.) *sue rei emptio non valet*. — C'est pourquoi encore GAIUS (II, 64) ne mentionne pas le créancier fiduciaire à côté du créancier gagiste, parmi les personnes qui peuvent aliéner *sans qu'elles soient propriétaires*.

(1) L. 21, Cod. *Mand. vel contrà* (4, 35).

égard. Mais en l'absence même de toute clause, l'affirmative nous paraît certaine (1). Le créancier avait le *dominium*, et rien, dans les sources, n'indique que ce *dominium* fût soumis à une autre limitation que le droit du débiteur d'exercer le rachat par le paiement de la dette. La condition de la remancipation étant défaillie, c'est-à-dire la dette n'étant pas payée à l'échéance, le créancier gardait la chose, parce que le *dominium* reposait sur sa tête d'une façon incommutable. Le jurisconsulte GAIUS l'indique virtuellement lorsqu'il parle de la fiducie, à l'occasion des modes d'acquérir le *dominium*. Après avoir parlé de l'usucapion ordinaire, il examine les cas dans lesquels, sous l'empire de l'ancien Droit, encore en vigueur de son temps, on pouvait usucaper, même sans bonne foi : *accidit ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat* (2). Ces cas étaient l'*usucapio pro hærede* et l'*usureceptio* de la chose donnée en fiducie.

Dans ces cas, nous dit le jurisconsulte (3), l'usucapion prenait le nom de *lucrativa*, *quia sciens quisque rem alienam lucrifacit*. Or cette *usureceptio* pouvait se présenter dans deux hypothèses distinctes : la première, lorsque le créancier n'avait pas été payé, et alors c'était un des cas d'usucapion sans bonne foi, *lucrativa*; la seconde, lorsque le créancier avait été payé, et alors ce n'était pas une usucapion *lucrativa*; le débiteur était nécessairement de bonne foi, et trouvait dans le paie-

(1) PUCHTA, I. II, § 247 et suiv. (2^e édit.), enseigne que dès le principe le créancier ne pouvait conserver la chose qu'en vertu d'une clause expresse, qui s'appelait *lex commissoria*.

(2) GAIUS, II, 52.

(3) GAIUS, II, 56.

ment même son titre (1). Ainsi, même après le paiement effectué, le débiteur auquel la chose n'aurait pas été remancipée, soit que le créancier lui en eût fait seulement la tradition, soit que le débiteur en eût acquis la possession autrement, *exempli gratia*, s'il la détenait à titre de location ou de précaire, ne pouvait en recouvrer le *dominium* que par une sorte de prescription : n'est-ce pas dire clairement que le créancier était réellement propriétaire ? Notre opinion est partagée par M. BACHOFEN (2). « En un point, dit le savant germaniste, la fiducie mérite le reproche d'une grande dureté : l'échéance arrivée, le débiteur qui n'avait point payé perdait toute espèce de droits, quelle que fût la disproportion entre le montant de la créance et la valeur de la chose : jamais il n'est question de la restitution de l'excédant, et le rachat de la chose est désormais impossible. Ce n'est que plus tard que ces principes se modifièrent... »

Mais si cette combinaison résultant de la fiducie donnait au créancier toutes les sûretés désirables, puisqu'il était *dominus rei*, et qu'à ce titre il pouvait exercer l'*action réelle en revendication*, envers et contre tous, elle portait atteinte aux intérêts si légitimes du débiteur ; puisque d'un côté, comme nous venons de le soutenir, il était dépouillé du *dominium* de la chose, et d'une façon irrévocable en cas de non paiement ; que d'un autre côté, lors même qu'il était en mesure de s'acquitter à l'échéance, il n'était pas sûr de recouvrer sa chose. Le créancier s'engageait, il est vrai, à ne pas tromper la foi du débiteur et à ne pas dis-

(1) GAIUS, II, 59 et 60.

(2) BACHOFEN, *Droit de gage chez les Romains*, t. 1, Bâle, 1847.

poser de la chose, jusqu'à l'échéance, mais les aliénations qu'il consentait étaient maintenues. Celui-ci n'avait, pour se faire indemniser, qu'une simple action personnelle, l'*actio fiduciae directa*, ressource bien illusoire lorsque le créancier se trouvait insolvable (1).

b). — Une autre combinaison vint se placer à côté de la *mancipatio fiduciaria*, et permit d'éviter de si graves inconvénients; c'était le *PIGNUS*, qui se contractait sans formalités solennelles, et s'opérait par la simple remise de la chose dans les mains du créancier. Le *pignus* ne transférait pas le *dominium*; le créancier n'avait qu'une *possessio* qui cessait par le paiement. C'est de cette appréhension manuelle de la chose engagée que les jurisconsultes romains déduisaient l'étymologie du nom. « *Pignus appellatur*, dit GAIUS, *a pugno*,

(1) Cependant les intérêts du débiteur n'étaient pas sacrifiés d'une façon complète. La chose donnée en fiducie était pour le débiteur chose d'autrui : mais en Droit romain (qui ne le sait ?) la vente de la chose d'autrui n'était pas nulle; ULPYEN dit, en effet, dans la loi 28, ff. *de contrah. empt.* (18, 1) : *Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est*. Il suffisait même, pour la rendre inattaquable dans toute hypothèse, que la chose fût livrée à l'acheteur, et qu'avant l'action en éviction, le vendeur fût devenu propriétaire. Or, le débiteur pouvait toujours, après avoir vendu la chose à un tiers, opérer cette tradition valablement, en payant le créancier avec le prix de vente. Le jurisconsulte PAUL relève expressément ce point, dans ses *Sentences*, liv. II, tit. 13, § 3. — De plus le débiteur jouissait d'une usucapion *sui generis*. Par une possession d'un an il pouvait recouvrer le *dominium* de la chose (*usureceptio*), même quand il s'agissait d'un immeuble, même lorsqu'il n'avait pas désintéressé le créancier. Cette *usureceptio* ne rencontrait d'obstacle que dans la nature de la possession du débiteur; elle ne pouvait s'opérer lorsqu'il détenait la chose à titre de précaire ou de location; mais hors de là, la mauvaise foi ni l'absence de titre n'empêchaient pas l'usucapion (G II, 59 et 60).

quia res quæ pignori dantur manu traduntur (1). » Mais elle a été critiquée avec raison par SAUMAISE (2) : « *Absurdum*, dit-il, *pignus a pugno deducere, cum pignus clausam manum significet. Unde et pignus pro ictu, qui clausa manu incutitur; indè et pugiles appellati.* »

A quelle époque s'est-elle produite ? Sur ce point les esprits sont divisés ; quelques docteurs estiment que le *pignus* et la *fiducia* ont coexisté dès les temps primitifs de l'Etat romain, en se fondant surtout sur l'antiquité bien reconnu de la *pignoris capio*. Nous ne pouvons nous rallier à leur opinion, et nous sommes disposé à croire qu'entre la *fiducia* et le *pignus*, entre l'engagement du *dominium* et celui de la *possessio*, il existe un ordre de succession logique qui permet de conclure à un ordre de succession chronologique. La constitution en gage du *dominium* a dû se pratiquer en premier lieu, parce qu'elle est la forme la moins compliquée, et en même temps la plus onéreuse pour le débiteur. Cette induction est confirmée par une autre considération tirée de la nature même des actes constitutifs de la *fiducia* et du *pignus* : pour la *fiducia*, ce sont les actes solennels du droit quiritaire, la *mancipatio*, la *cessio in jure*; pour le *pignus*, c'est une forme du droit des gens, la remise de la chose, la *traditio*. Or, tous les commentateurs admettent que les formes du droit des gens ne furent pas reconnues tout d'abord comme suffisantes pour créer un *vinculum civile*, et qu'à une époque plus ou moins reculée, les formes quiritaires seules purent produire cet effet. La première trace du *pignus* se rencontre dans le traité d'alliance qui, en l'année 261, établit l'isopolitie

(1) L. 238, ff. *de verbor. signif.* (50, 16).

(2) SAUMAISE, *de modo usurarum*, p. 538.

entre Rome et le Latium (1). Du moment que les Romains reconnurent à des étrangers des droits dans la cité, il fallut imaginer des formes moins exclusives que celles du droit quiritaire; car l'orgueil jaloux des législations antiques ne pouvait concevoir l'admission des étrangers à la participation des formes civiles. N'invoquez pas l'antiquité de la *pignoris capio*, qui n'était qu'un moyen d'exécution accordé dans certains cas d'une importance particulière au point de vue de l'intérêt public, comme nous l'avons vu p. 4, avec les §§ 26 et suiv. du commentaire IV des Institutes de GAÏUS. Elle ne ressemble pas plus au *pignus* proprement dit, que la saisie-revendication, dans nos lois modernes, ne se confond avec le nantissement. Ces deux institutions se meuvent sur des terrains tout différents, et il est impossible de conclure de l'existence de l'une à celle de l'autre.

Dans l'origine, le *pignus* ne conférait qu'un simple droit de rétention, et le créancier ne pouvait vendre la chose mise en gage que lorsque le débiteur lui en avait conféré le droit par contrat (2). Par la suite, il passa en jurisprudence que le créancier non payé à l'échéance pourrait, après avoir mis le débiteur en demeure par trois sommations, passer outre à la vente du gage, sans avoir besoin de convention spéciale (3). — Mais le *pignus* n'était lui-même

(1) FESTUS, v^o *nancitor*. — *Item in fœdere latino : pecuniam quis nancitor habeto, et si quid pignoris, habeto.*

(2) GAÏUS, II, 64; — INST. JUST. lib. II, t. 8, § 1, *quib. alien. licet.*

(3) L. 6, § 8, ff. *comm. divid.* (10, 3); — L. 4, ff. *de pignor. act.* 13, 7; — L. 12, § 10, ff. *qui potior* (20, 4); — L. 14, § 5, ff. *de diversis tempor. præscript.* (44, 3).

qu'une institution fort imparfaite (1). D'une part, la sécurité du créancier dépendait de la possession du gage, et cette possession, qu'il est toujours si facile de perdre, n'était protégée par aucune *action réelle* (2). D'autre part, il avait pour la propriété foncière des inconvénients de plus d'un genre, car il privait le débiteur de la possession d'objets qui pouvaient souvent lui être très-nécessaires; tels seraient, par exemple, les outils d'un artisan.

c). — La clause de fiducie, qui laissait quelquefois la possession et l'usage de la chose au débiteur à titre de louage ou de précaire, parut si raisonnable et si utile qu'on eut l'idée de l'adapter au *pignus* proprement dit; et on ne tarda pas à imaginer le *pignus* fondé sur une simple convention, sans remise de la chose. Cette combinaison nouvelle ne privait le débiteur ni du *dominium*, ni de la *possessio*; elle s'appela *hypotheca*: grave et profonde altération des vieilles doctrines sur la propriété romaine et sur la possession, puisqu'elle conférait un *droit réel* sur la chose d'autrui, en vertu d'un simple pacte, sans les formalités de la *mancipatio* et sans la *traditio*.

Ce fut un établissement que le droit honoraire ou prétorien, si fécond en équitables innovations, emprunta à la civilisation grecque, comme le justifie CHARLES LOYSEAU (3). CICÉRON en fait mention dans une

(1) BONJEAN, § 285, p. 172.

(2) NOODT, sur le tit. *de pign. et hyp.* — Arg. de la loi 17, § 2, ff. *de pactis* (2, 14). — Le créancier gagiste avait-il les interdits possessoires pour se faire maintenir ou réintégrer en possession? Cela n'est pas douteux; voy. SAVIGNY, § 24.

(3) Ch. LOYSEAU, *deguerp.* liv. 3, ch. 1, n^{os} 4 et 21. — *adde* NIEBUHR, t. II, p. 385, note 506.

de ses épîtres familières (1) adressée de la Cilicie, à Thermus, propréteur. « *Præterea, dit-il, Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluvio dedit. Hæ commissæ sunt; velim cures, ut aut de hypothecis decedat, easque procuratoribus Cluvi tradat, aut pecuniam solvat.* »

Le premier qui entra dans la voie de cette innovation fut le préteur SERVIVS, que l'on croit antérieur à CICÉRON. Lorsque le fermier d'un *prædium rusticum* introduisait dans la ferme des ustensiles aratoires, on stipulait quelquefois qu'ils serviraient de nantissement au propriétaire. Cet usage était ancien, et le vieux CATON en fait la condition d'une récolte d'olive : « *dominium solutum erit, aut ita satisdatum erit, quæ in fundo illata erunt, pignori sunt* (2). »

Il y avait une autre coutume plus générale et plus fréquente; c'était de stipuler que les fruits de la ferme recueillis par le colon seraient le gage du propriétaire pour le paiement de ses fermages (3). Mais si ces ustensiles et ces fruits étaient déplacés, le propriétaire était sans action pour les remettre sous sa main; car le droit quiritaire, étranger à la constitution du *pignus*, le laissait sans défense contre le cas de dépossession. Le préteur SERVIVS imagina donc de donner au propriétaire une action prétorienne contre les tiers détenteurs de ces meubles ainsi détournés ou déplacés, et cette action prit le nom d'*action servienne* (4).

(1) CICÉRON, *ad famil.* liv. 13, épître 56.

(2) CATON, *de re rustica*, 146.

(3) CUIJAS, sur la loi 4, ff. *de pactis* (2, 14)

(4) On rencontre une singulière étymologie du mot *Servienne* dans le *Tractatus de pignor. et hypoth. ex diversis doctoribus*, p. 176, n° 8, Lugdani. M.D.L.XXXV. *actiones SERVIANA vel QUASI dicuntur*

Cette innovation introduite d'abord pour un cas tout spécial, fut ensuite *généralisée*, et il fut admis que tout créancier pourrait, par un simple pacte, et sans qu'il fût besoin d'aucune tradition, obtenir sur les biens de son débiteur un droit de suite et de préférence. Cette action généralisée s'appela *quasi-servienne*; et comme le prêteur avait adopté l'hypothèque grecque, la conséquence naturelle fut que l'action *quasi-servienne* vint servir de sanction à ce droit d'hypothèque. Elle prit donc le nom d'*action hypothécaire* (1).

On a beaucoup vanté l'invention du prêteur **SERVIVS** et l'extension qu'elle reçut (2). Dans notre sentiment, qui est celui de **M. BONJEAN** (3), on fonda ainsi le plus détestable système hypothécaire qui se puisse imaginer. Toutes les hypothèques étant occultes, l'action *quasi-servienne* fut un mal, car elle pouvait être dirigée contre des tiers acquéreurs de bonne foi. Mieux valait encore le *pignus* : si le débiteur ne retirait pas de sa propriété

*a SERVANDO, forte hoc modo dictæ, quia omne jus aut in acqui-
rendo, aut in servando, aut in amittendo consistit (L. 41, ff.
de legibus (1, 4). »*

(1) **THÉOPHILE**, sur les *instit.* traduction de **M. Frégier**, p. 547, nos 7 et 8; — *vid.* L. 3, § 3, ff. *ad exhib.* (40, 4); — L. 7, § 12, ff. *comm. divid.* (10, 3); — **HEINECCIUS**, t. v. 4^e partie, § 12. — On trouve des textes où elle prend le nom d'*actio pignoratitia* (L. 4, ff. *de pign. act.* (13, 7); — L. 22, ff. *de pign. et hyp.* (20, 1); — Toutefois cette dénomination est ordinairement réservée à l'action personnelle qui découle du contrat de gage. — On l'appelle encore *vindicatio pignoris* (L. 10, C. *de pign. act.* (4, 24), *utilis petitio* (L. 16, ff. *de servitut.* (8, 1), *persecutio hypothecaria* (L. 44, § 5, ff. *de usurp.* (41, 1); — L. 1, C. *si antiq. cred.* (8, 20).

(2) **ORTOLAN**, *expl. hist.* p. 118; « Elle fournit un moyen bien commode de crédit.... »

(3) **BONJEAN**, t. II, n^o 285, p. 174.

tout le crédit possible, au moins ne pouvait-il tromper personne. — Au reste le gage (*avec possession*) et l'hypothèque (*par simple convention*) ne différaient que par le nom et par la manière dont ils se constituaient; mais leurs effets étaient presque en tout les mêmes, *quantum ad actionem attinet*. MARCIANUS (1) a pu dire : *inter pignus et hypothecam sonus tantum nominis differt* (2).

II. — QUEL ÉTAIT LE CARACTÈRE DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE ?

A). — Le droit du créancier était un *droit réel*, qui résidait dans la chose, *ejusque ossibus adherebat ut lepra cuti* (3). Il s'énonçait *quasi rei subjectio*, c'est-à-dire, *in rem*, *generaliter*, *adversus omnes*, *ne alius impediatur quominus commodum quoddam ex re capiam*, et non pas seulement *quasi officium personæ*, c'est-à-dire *adversus certam personam ut aliquid præstetur* (4).

(1) L. 5, § 1, ff. *quid. mod. pign. solv.* (20, 6).

(2) C'est ainsi que SAINT-AUGUSTIN a dit (lib. *de magistro*, c. 6): « *quid nomen et ὄνομα distare inter se aliquid putas præter sonum, quæ etiam linguæ discernuntur latina et græca.* » Il a dit encore (*in serm. in natali S. Joann. Bapt.*): *Inter deum et θεὸν distat sonus.*

(3) « *Est jus formatum in re hypotheca* » DUMOULIN, titre des *Fiefs*, p. 120; *vide* NEGUZANTIUS, dans son traité de *Pignor et hypoth.*, premier sommaire de la première partie.

(4) Nous signalerons un intérêt à distinguer l'*actio in rem* de l'*actio in personam*, quant à la procédure: dans l'*actio in rem*, le défendeur devait toujours donner caution (*satisfactio*) de payer la condamnation à la *litis aestimatio* (G. IV, 89). C'était la caution *judicatum solvi*. — Dans l'*actio in personam*, le défendeur n'était pas tenu de fournir

L'action hypothécaire était donc une action *in rem*. Ulpien s'exprime, en effet, ainsi dans la loi 17, ff. de *pign. et hyp.* (20. 1) : *pignoris persecutio in rem parit actionem creditori* (1). Elle suit la chose en quelques mains qu'elle passe, *rem sequitur*, comme dit CHARLES LOYSEAU (2), et comme l'indique la loi 2 au Code *si unus ex plur. her.* (8. 52.)

B). — L'*actio in rem hypothecaria* était *comparata ex jurisdictione prætoris*. « *Item serviana, et quasi-serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.* (3) » Car elle fut introduite, *utilitate suadente*, par le préteur (4). Elle était donc *annale*, et périmait, si on ne l'introduisait pas dans l'année de l'*imperium* du préteur (5). Nous verrons plus tard les changements qui furent apportés par la loi

caution (G. IV, 100), à moins qu'il ne fût représenté par un *cognitor* ou un *procurator*, *quia nemo alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur* (G. IV, 101).

(1) Adde L. 18, Cod. de *pign. et hypoth.* (8, 14); — L. ult C. de *oblig. et act.* (4, 10); — L. 10, in fine, C. de *pignor. act.* (4, 24); — Inst. Just. liv. IV, tit VI, § 7, de *act.*; — Vide CUJAS, in lib XX *Quæst. Papin.* — PÉREZIUS. *ad Codicem*, de *pign. et hyp.* p. 517.

(2) CHARLES LOYSEAU, *Déguerpissement*, ch. 1, liv. 2, nos 3 et 5.

(3) Instit. Just. liv. IV, tit. VI, § 7 de *act.*

(4) *Supplendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam* (l. 7, § 1, ff. de *justit. et jure* (1-1).)

(5) Les rois et plus tard les consuls eurent le *merum imperium*, qui était l'objet d'une délégation spéciale par le peuple, lorsqu'en l'année 387 de la fondation de Rome, la préture fut démembrée du consulat, et investie du *mixtum imperium*. (Vid. L. 3, ff. de *jurisdict.*) (2-1). Cet *imperium* durait seulement un an : on avait voulu autant que possible renfermer dans des limites étroites cette faculté exorbitante de faire des édits.

cum notissimi, au Code, de *præscr. trig. vel quadr. annor.* (7. 39). — On oppose, en effet, l'action *accommodata ex legitimis et civilibus causis*, et l'action *quæ ex jurisdictione prætoris pendet* (1). Lorsque le préteur appliquait purement et simplement le droit civil dans les actions nées *ex legitimis et civilibus causis*, qu'il se bornait à donner l'action, ce n'était là qu'un fait d'exécution, la reconnaissance d'un droit préexistant. Mais quand il créait lui-même l'action (2), en vertu de son pouvoir législatif, et qu'il l'accordait après la *vocatio in jus*, l'*editio* et la *postulatio actionis*, alors il agissait *ex sua jurisdictione*. Le mot *jurisdictio* n'emportait pas, en effet, comme sous l'empire de notre droit actuel, l'idée exclusive de compétence; la *jurisdictio* embrassait également le *jus edicendi* (3), c'est-à-dire le droit de rendre des édits faisant partie de l'*album*, lequel était protégé par une action pénale (4).

C). — L'action hypothécaire était une action *concepta in factum*. Sa formule ne nous a pas été conservée, mais

(1) *Instit. Just.* L. IV, tit. VI, § 3, de *actione*.

(2) Pour exprimer cette création, les textes emploient les termes *accommodare, introducere, comparare*.

(3) *Jurisdictio* comprend les trois mots *dare, dicere, addicere*. — *DARE*, c'est donner un *judex*, une *formula* (liv. 3, ff. de *jurisd.* (2-1); *ordinare judicium*. (CICÉRON, *pro Flacco*, 35; *in Verr.* II, 2-12); — *DICERE*, c'est régler les rapports sociaux des citoyens, soit en créant la règle, soit en appliquant à ces rapports une règle préexistante; — *ADDICERE*, c'est déclarer quelqu'un propriétaire d'une chose. *ULPIEN*, *Reg. lib.* XIX, 9 et 10; — *G.* I, 134, II, 24; III, 79, 180; — *L.* 7, § 6, ff. *pro emptore* (41-4); — *L.* 15, § 6, ff. *de re judic.* (42-1).

(4) *Comb. Gaius* 1, 2 et 6; — *Inst. Just.* L. I, tit. 2, §§ 3 et 7 de *jure naturali*, et L. IV, tit. 6, § 12 de *actione*. — *Vide BONJEAN, Traité des actions*, t. I, p. 52 et suiv.

il est aisé de conjecturer qu'elle devait être conçue ainsi : *Judex esto. Si paret fundum Capenatem fuisse A. Agerii, quum L. Titio pignoris hypothecave nomine obligaretur; nisi fundus arbitrio tuo restituatur, quanti ea res erit, N. Negidium L. Titio condemna: si non paret absolve.* — Elle avait donc pour *intentio* non pas l'allégation d'un rapport de droit fondé sur le droit civil, mais une simple affirmation de faits qui dès-lors était présentée sous la forme d'une *demonstratio*.

Pourquoi l'action hypothécaire était-elle une *formula in factum concepta*? Parce qu'elle était l'œuvre du prêteur, et parce que, en la créant, le prêteur n'avait pas emprunté au droit civil la forme de son édit (*imitatur jus legitimum* (1)), qu'il n'avait pas eu recours à des fictions (2). *v. g.* en supposant qu'un fait non existant existait ou qu'un fait existant n'existait pas,

(1) GAIUS, IV, 3.

(2) On a voulu cependant appeler l'action hypothécaire *actio fictitia*; on raisonne ainsi: le demandeur ne poursuivait ni le *dominium*, comme dans le *rei vindicatio*, ni un démembrement ou une émanation du *dominium*, comme dans l'*actio confessoria*; l'action tendait à la seule possession, et cependant elle était *in rem: hæc enim*, dit Papinien (L. 66, pr. ff. *de evict.* 21. 2), *etsi in rem actio est nudam tamen possessionem avocat.* Ce n'était donc qu'une revendication *dérivée*, ou, si l'on aime mieux, la revendication s'appliquait ici à un cas pour lequel elle n'était pas faite, qui lui était étranger par sa nature. On dut procéder par le moyen d'une fiction; c'est pour cela sans doute que, dans les *Institutes*, l'action hypothécaire se place à la suite de la Publicienne et des actions rescisoires, et que, dans plusieurs textes, elle porte le nom d'*utilis petitio*. Cette fiction était empruntée à la fiducia; le créancier était autorisé à poursuivre contre les tiers la possession de la chose, tout comme s'il en avait acquis le *dominium* à titre de fiducia.

comme dans la *Publicienne* (1) et dans la *Paulienne* (2).

Il était important de distinguer si l'action hypothécaire était une *formula in jus* ou *in factum concepta*. Dans le *judicium legitimum*, en effet, c'est-à-dire dans le vrai jugement romain, qui était prononcé à Rome, entre citoyens romains et par l'*unus judex*, s'il s'agissait d'une *actio in jus concepta*, le droit était détruit d'une façon complète; une deuxième formule d'action n'était pas accordée. Au contraire, s'il s'agissait d'une *actio concepta in factum*, et telle était l'*actio hypothecaria*, celui qui succombait pouvait la renouveler, *iterum de eadem re experiri*, comme disent les textes; une deuxième formule d'action lui était accordée, mais on le repoussait par l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae*. En un mot, lorsque le *judicium legitimum* portait non pas sur une *formula in jus concepta*, mais sur une *formula concepta in factum*, ce *judicium legitimum* ne produisait pas des effets autres que ceux que produisait le *judicium imperio continens* (3). Et pourquoi? parce que lorsque l'action était conçue *in*

(1) Dans la *Publicienne*, en effet, le préteur, *editis formulis*, supposait que l'usucapion était accomplie, et alors la propriété civile était acquise. Le juge était chargé d'examiner non pas si le demandeur était actuellement propriétaire, mais s'il devait l'être, en supposant qu'il eût possédé la chose un ou deux ans, temps requis pour l'usucapion; elle était *concepta in jus*, autrement dit la *demonstratio* et l'*intentio* n'étaient pas fusionnées, confondues, la *demonstratio* n'était pas comme absorbée par l'*intentio*, seule partie essentielle. (G. IV, 47.)

(2) Dans la *Paulienne*, lorsqu'un créancier, victime de la fraude de son débiteur, demandait la révocation d'une vente, le préteur supposait qu'il n'y avait pas eu tradition, *rescissa traditione*, auquel cas la propriété n'était pas transférée.

(3) GAIUS, IV, 107.

factum, le prêteur masquait dans l'*intentio* le droit sous la forme d'un fait. Or, on ne nove pas un fait pas plus qu'un droit de propriété ; on ne peut nover qu'une obligation.

D). — Nous verrons, *in decursu*, que l'action hypothécaire était *arbitraria et individua*.

III. — QUI POUVAIT INTENTER L'ACTION HYPOTHÉCAIRE ?

Dans la Jurisprudence romaine, il existait entre le *droit de préférence* et le *droit de suite*, qui chez nous sont distincts, l'union la plus étroite. Le créancier qui venait en premier ordre avait seul le plein exercice des droits que conférait l'hypothèque : *prior tempore, potior jure* (1).

Comment se déterminait le rang entre les créanciers ? Il se réglait par la date du *pactum hypothecæ*. On trouve cependant, au Code, une constitution de l'empereur LÉON, d'après laquelle un droit de gage, appuyé d'un *instrumentum publicè confectum*, c'est-à-dire d'un acte dressé sous l'autorité d'un magistrat ou d'un *tabularius*, ou d'un *instrumentum quasi publicè confectum*, c'est-à-dire souscrit par trois hommes d'une bonne réputation, devait l'emporter, sans égard à la date, sur un droit de gage qui n'avait pas été établi par un titre de ce genre. Hormis ces exceptions, c'est la date du pacte qui déterminait le rang des créanciers. — Mais on accorda aux créanciers postérieurs le droit de prendre la place du créancier antérieur, en le désintéressant,

(1) L. 12, § 7, ff. *qui potiores in pign.* (20, 4).

ou en consignant la somme offerte et qu'il refusait de recevoir. Ce droit, en vertu duquel on pouvait recueillir l'action hypothécaire, était connu sous le nom de *jus offerendæ pecuniæ* ou *jus succedendi*, qu'introduisirent les empereurs SEVÈRE et ANTONIN (1). Nous n'en dirons pas davantage sur le *droit de préférence*; nous risquerions de sortir des limites que nous nous sommes rigoureusement tracées.

IV. — CONTRE QUI ÉTAIT DONNÉE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE ?

A). — L'action hypothécaire pouvait être dirigée contre le *débiteur* principal, ou ses *héritiers*, ses *fidejusseurs*, auquel cas elle prenait le nom d'action personnelle hypothécaire, et contre les *tiers-détenteurs* de la chose engagée, et dans ce cas elle était hypothécaire proprement dite.

B). — Que fallait-il entendre par *tiers détenteur*? Le tiers détenteur était celui qui avait acquis, sur la chose engagée, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, le *dominium* ou un *jus in re*.

a). — Le fermier était-t-il un *tiers détenteur*? Evidemment non, car il n'était propriétaire d'aucun démembrement de la chose; aucune idée de propriété ne se mêlait à sa jouissance. On ne lui abandonnait que le fait pur et simple de possession, et il l'exerçait comme expression du *dominium*, résidant ailleurs que sur sa

(1) L. 1, Cod. de his qui in prior. cred. (8, 19). — GÉRARD NOODT, Comment. du liv. 20, tit. 1, p. 350 et suivantes.

tête. Le fermier, autrement dit, possédait pour le maître (1); il n'avait qu'une possession naturelle (2), qui s'effaçait devant celle du *locator*. Il n'était qu'un instrument de possession (3).

b.) — Le *fructuarius* était-il un tiers détenteur? L'affirmative est certaine; car il n'était possesseur précaire que sous un rapport unique, eu égard aux droits du nu-propriétaire. Mais pour les droits dont il jouissait, il en usait *pro suo*; il n'avait pas une possession empruntée; il n'était pas un procureur jouissant pour le maître.

c.) — *Quid du superficiarius?* Il est incontestable qu'il pouvait être passible de l'action hypothécaire; car la *superficies* donnait un *jus in rem ipsam*. C'est ce que constate BRINKMANNUS (4), s'appuyant sur les lois 19 *in pr.* et 39, § 2, ff. *de damno infecto* (39, 2). La *superficies* était une sorte d'aliénation: *alienationis species est ἔμθεσις*, disent les docteurs; voilà pourquoi les *superficiaria* étaient mis au nombre des biens (5). Mais, pour qu'il en fût ainsi, la *superficies* devait résulter non pas d'une *locatio-conductio nuda, simplex, vulgaris*, comme disent

(1) INST. JUST. L. 4, tit. 15, § 5 *de interd.*; — L. 2, C. *de prescrip.* 30 vel 40 ann. (7. 39).

(2) *Non possidet, est tantum in possessione.* — La Glose nomme ce contact physique avec la chose une *detentio ASININA* (*glossa, in l. 29, de possess.*), ce qui signifie: *tenere potest ut asinus sellam* (l. 24 *de possess.*). — On sait que ACCURSE prend souvent l'exemple bizarre de l'âne; cet exemple fit fortune au moyen âge; témoin le raisonnement si connu de BURIDAN.

(3) *Alienæ possessioni præstat ministerium* (l. 18 pr. ff. — 3, § 12, ff. — 25, § 1, ff. *de adq. vel amit. poss.* (41. 2); — L. 6, § 2, ff. *de precario* 3 6).

(4) BRINKMANNUS, *institutiones juris romani*, p. 205.

(5) L. 49, ff. *de verb. sign.* (50. 16).

les commentateurs qui ont élaboré notre droit coutumier, c'est-à-dire n'attribuant qu'un *jus ad rem*, mais d'une *locatio-conductio plenior* conférant un *jus in re*, un droit que la loi 3, § 4, ff. *de reb. cor. qui sub tut.* (27. 9) désigne sous le nom grec de ἐμβατευτικον, et que nous rencontrons dans les BASILIQUES (1), sous le nom de ἐμβατικον. La *locatio-conductio* était *plenior*, quand elle était faite *ad non modicum tempus*.

Une question grave est celle de savoir quand la *locatio-conductio* était faite *ad non modicum tempus*. Deux systèmes paraissent s'élever :

Le premier système consiste à soutenir que, si le bail était borné à 3, 6, 9 ans, ce n'était pas autre chose qu'un bail à ferme ; le bail au-dessus de 9 ans créait seul un droit réel, immobilier. — La résultante des travaux des anciens jurisconsultes amène à cette solution ; telle était la doctrine que défendaient ANTOINE D'ESPEYSSES (2), qui cite l'opinion d'Accurse, de Gomès, de Govarrurias, de Guy-Pape ; tel était le sentiment de POTHIER (3), de DONEAU (4), de BARTOLE (5), de LOYSEAU (6), de BACQUET (7), de FONMAUR (8).

Un deuxième système soutient que la *locatio-conductio* donnait le *jus in re*, lorsqu'il résultait de la convention des parties contractantes, que le superficiaire ne pouvait être expulsé, tant qu'il acquittait entre les

(1) BASILIQUES, lib. 39.

(2) ANTOINE D'ESPEYSSES, louage, sect. V, § III, n° 9.

(3) POTHIER, Louage, n° 27 ; — Commun. n° 71.

(4) DONEAU, *Commen. juris. civ.*, L. 9, c. 16-18.

(5) BARTOLE, *ad. leg.* 1, § 3, ff. *de superf.* (43, 18).

(6) LOYSEAU, *Deguerp.* liv. 1, ch. 5, n° 8.

(7) BACQUET, *Droits de justice*, n° 21.

(8) FONMAUR, ch. 18, n° 530.

mains du propriétaire foncier le prix qui s'appelait *solarium* (1); cette circonstance lui donnait le *jus in re*, alors même que le bail n'eût pas été fait à longues années. Le président FAVRE a défendu avec force cette doctrine (2) : « *Non cuilibet conductori, dit-il, ad longum tempus competit jus in re. De illo solo intelligi debet, qui præterea ex conventionem jus illud habet ut-quamdiù pensionem solvet, non possit ei res auferri. Qua pactione interveniente vereor ne idem sit dicendum, etiamsi conductio non ad longum tempus facta proponatur.* » Et plus loin, il ajoute : « *Non illud tantum inspiciendum est quod unum inspiciunt interpretes an locatio facta sit ad longum tempus, sed hoc potissimum, an facta sit eo pacto adjecto ut quamdiù pensio solvetur possit conductor rem retinere.* » — LEGRAND lui-même contestait la justesse et l'exactitude du premier système (3).

Voilà donc deux doctrines complètement opposées : il est un système mitoyen que nous proposerons, parce qu'il puise sa force et son autorité dans un cortège de textes nombreux et formels, qui tous décident que l'on considèrerait une *locatio-conductio* faite *in modicum tempus*, c'est-à-dire ne donnant que le *jus ad rem*, lorsqu'elle était faite pour un espace de temps moindre qu'un

(1) Quelques vieux interprètes ont substitué le mot *salarium* au mot *solarium*. Nous ne pouvons agréer cette substitution et nous préférons l'expression *solarium* à cause de son étymologie, *quod pro solo pendatur*. Et c'est avec raison que PAUL l'emploie dans la loi 15, ff. *qui potior in pign.* (20, 4).

(2) FAVRE, *De erroribus pragmaticorum et interpretum juris*, t. IV, p. 939, *De cad.* 100, *error* 5.

(3) LEGRAND, t. IV, art. 52, n° 29.

lustre, pour moins de cinq ans *quinquennium*); nous ne connaissons pas d'auteurs qui aient défendu ce système, mais il nous semble qu'il est permis de le produire en présence de textes explicites qui le consacrent de la façon la moins douteuse (1). — Au reste, je dirai, avec MONTAIGNE (2): « Ce sont icy mes opinions; ie les donne pour ce qui est en ma créance, non pour ce qui est à croire. »

V. — QUELLES ÉTAIENT LES CONDITIONS DE L'EXERCICE DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE ?

Le créancier, pour justifier sa prétention sur la chose possédée par le défendeur, devait prouver d'abord le fait de la *constitution d'hypothèque*; en second lieu, établir que le *gage appartenait au débiteur au moment où l'hypothèque avait été consentie*. « *Ante omnia probandum est, dit le jurisconsulte MARCIANUS, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecæve sit: sed etsi hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore; aut cujus voluntate hypotheca data sit* (3). »

A). — La constitution d'hypothèque devait avoir pour base une obligation quelconque, pourvu qu'elle fût va-

(1) LL. 4, § 1, ff. *de reb. cred.* (12, 1); — 67, § 5, ff. *de furtis* (47, 2); — 9, § 1, ff. *loc.-cond.* (19, 2); — 13, § 11, ff. *ibid.*; — 24, § 2, ff. *ibid.*; — 49, in pr. ff. *de act. empti et vend.* (19, 11); — 7, *Codice de loc. con.* (4, 65); — Nouvelle, c. XX.

(2) MONTAIGNE, *Essais*, liv. 1^{er}, ch. 2, pag. 225.

(3) L. 23, ff. *de probat.* (22, 3); — *Adde.* L. 3, pr., 15, § 1, ff. *de pignor. et hypoth.* (20, 1).

lable, *civilis* ou *naturalis* (1), *pura*, *sub conditione*, *ex die* (2) ou *in diem* (3), il n'importait (4).

B) Pourquoi exigeait-on que l'actor prouvât au *reus conventus* que le débiteur avait la chose *in bonis* (5), lors de la constitution de l'hypothèque? C'est que si le débiteur avait hypothéqué la chose d'autrui, l'action du créancier n'avait pas de base, puisque l'hypothèque donnée sur une *res aliena* était nulle (6). On peut objecter cette décision de GAIUS : *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest* (7). » Or, on pouvait vendre la chose d'autrui (8), donc on pouvait l'hypothéquer. Ce raisonnement n'est rien moins que concluant et décisif. D'un côté, en effet, le jurisconsulte GAIUS ne mettait les choses susceptibles

(1) L. 5, pr. ff. de *pign. et hyp.* (20, 1); — L. 14, § 1, ff. *eod.*; — L. 13, pr. ff. de *cond. indeb.* (12, 6); — LL 95, §§ 3 et 101, § 1, ff. de *solut.* (46, 3); — LL. 21, §§ 2 et 60, ff. de *fidejussor.* (46, 1); — L. 2, Cod. de *fiscal usur.* (10, 8).

(2) L. 5, pr ff. de *pign et hyp.* (20, 1).

(3) PAUL se sert des mots *ex die* dans la loi 44, ff. de *oblig. et action.* (44, 7); ULPIEN emploie les mots *in diem* dans la loi 213, ff. de *verb. signif.* (50, 16).

(4) VOET, *ad Pand.* lib. 20, tit. 4, §§ 1 à 9, tit. 1, p. 884 et s.

(5) Modestinus explique comment on a une chose *in bonis*, dans la loi 52, ff. de *adq. rer. dom.* (41, 1). — Vid. PEREZIUS, de *pign. et hyp.* p. 519.

(6) CUJAS, sur la loi 41, ff. de *pign. act.* lib. 3, *quæst. Pauli*; — POTHIER, *Pand.* t. I, p. 508, n° 13; — L. 6, C. *si aliena res* (8, 16); — La loi 16, § 7, ff. de *pignor et hyp.* (20, 1), qui déclare que l'on pouvait utilement hypothéquer la chose d'autrui, sous la condition qu'on en devint un jour propriétaire, suppose manifestement qu'une pareille hypothèque devait être nulle, si elle était pure et simple.

(7) L. 9, § 1, ff. de *pign. et hyp.* (20, 1).

(8) L. 28, ff. de *contrah. empt.* (18, 1).

d'hypothèque sur la même ligne que les choses susceptibles de vente que sous le rapport de l'aptitude qu'elles ont d'après la nature qui leur est propre, à être hypothéquées ou vendues ; il faisait abstraction du droit que pouvait avoir personnellement tel ou tel individu de les hypothéquer ou de les vendre. D'un autre côté, l'hypothèque étant un *jus in re*, il était de son essence de donner un droit réel au créancier au profit duquel le débiteur la constituait, et c'est ce qui était impossible quand le débiteur n'était plus propriétaire ; au lieu que l'objet direct de la vente n'était pas de transférer le *dominium* de la chose vendue ; l'obligation du vendeur était *rem emptori habere licere* (1).

a). — Mais si celui qui n'avait pas le *dominium* de la chose hypothéquée le devenait *ex post facto*, il se faisait ce que les interprètes ont appelé *reconciliatio pignoris*, et le créancier pouvait poursuivre la chose hypothéquée, non pas par l'action *ordinaire*, qui n'était attachée qu'à une hypothèque valablement constituée *ab initio*, mais armé d'une action *utile* qu'on lui avait accordée *ex æquitate*, et qui produisait des effets identiques.

b). — Contre qui le créancier avait-il l'action hypothécaire *utile* ? Qu'il l'eût contre le *débiteur*, soit à l'effet de faire simplement déclarer que le bien lui était hypothéqué, soit à l'effet de s'en faire mettre en possession, à titre de gage, cela n'est pas douteux. Mais les commentateurs du Droit romain sont divisés sur le point de savoir si le créancier pouvait poursuivre son hypothèque entre les mains d'un *tiers*, à qui le débiteur

(1) L. 11, § 2 et L. 30, § 1^{er} ff. de action. empti. et vend. (19, 1); — Vide Cujas, *récit. solenn.* sur le tit. du Code *si aliena res*, etc.; — Voet, *ad Pand. quæ res pignori*, n^o 3.

avait vendu la chose, depuis qu'il en avait le *dominium*? La loi 41 ff. de *pignor. act.* (13.7) est ainsi conçue : « *Rem alienam pignori dedisti : deinde dominus rei ejus esse cepisti. Datur UTILIS ACTIO PIGNORATITIA creditori.* » La loi 5 Cod. *si aliena res* (8, 16), s'exprime ainsi : *Cum res que necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus incipiat : ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est ; sed tamen æquitatem facere, ut facile UTILIS PERSECUTIO exemplo PIGNORATITIE detur.* » En présence de ces deux lois, nous ne pouvons pas ne pas décider que l'action hypothécaire *utile* pouvait être dirigée contre les tiers possesseurs.

Il est incontestable d'abord que ce que le jurisconsulte PAUL appelle *utilis pignoratitia* n'est pas l'action personnelle dont il est question au Digeste, liv. 13, tit. 7. L'action personnelle *pignoratitia* était, en effet, de deux sortes : l'une *directa*, qui appartenait au débiteur pour retirer son gage des mains du créancier, après avoir payé sa créance ; l'autre, *contraria*, par laquelle le créancier répétait contre le débiteur, soit les dépenses qu'il avait faites pour la conservation du gage pendant la possession qu'il en avait eue, soit les dommages-intérêts qui lui étaient dus, lorsque le débiteur lui avait engagé une chose qui ne faisait pas partie de ses biens.

Cette action n'était donc *rei persecutoria*, que lorsqu'elle était *directa*, c'est-à-dire lorsque le débiteur l'exerçait ; l'action *contraria* ne pouvait donc jamais tendre de la part du créancier dessaisi du gage avant le paiement de sa créance, à en réclamer le ressaisissement. Et cependant c'est précisément une véritable *actio rei persecutoria* que la loi 5, au Code *si aliena res* (8, 16) donne au créancier, après que le débiteur est

devenu propriétaire de la chose d'autrui, qu'il lui avait engagée. Il faut donc bien que le mot *pignoratitia* soit non pas l'*actio pignoratitia* proprement dite, mais bien l'*actio hypothecaria* ou *quasi-serviana* (1).

Mais de là devons-nous conclure que cette action hypothécaire pouvait être intentée par le créancier contre tout autre que le débiteur lui-même? Le président FAVRE (2) ne l'a pas pensé; renouvelant une ancienne opinion d'ACCURSE, il a décidé que l'action devait être donnée seulement contre le débiteur et non pas contre les tiers-possesseurs. Nous ne partageons pas cette opinion, mais nous nous gardons bien de la traiter, comme CUJAS (3), de *frivole (nugæ)*.

Elle paraît, en effet, avoir une raison d'être, en présence de la difficulté sérieuse qui résulte de la manière dont le jurisconsulte PAUL explique, dans la loi 41, ff. *de pign. act.* la différence entre le cas où le débiteur lui-même avait engagé la chose d'autrui et le cas où le débiteur était devenu héritier de Titius, qui avait, sans son consentement, engagé sa propre chose. Elle est ainsi conçue: « *Neque utique sufficiet, dit-il, ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum qui pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbè resistit quominus utilis actio moveatur.* » N'est-ce pas comme si PAUL disait que le débiteur avait beau, dans ce cas, exciper de ce qu'il n'était pas propriétaire à l'époque de l'engagement, et que le créancier avait le droit de le re-

(1) J. BRUNNEMANN, com. ad Cod. dans ses notes sur la loi 5 *si aliena res*; — POTHIER, *Pand.* liv. 2, tit. 1, n° 19.

(2) FAVRE, *Rationalia*, sur la loi 41, ff. *de pign. act.*

(3) CUJAS, *quest. Paul*, lib. 3, l. 41, ff. *de pign. act.* (13. 7).

pousser par l'*exceptio doli mali*? Une preuve que telle est la pensée de PAUL, c'est que la même décision se trouve dans la loi 7, § 2, ff. de Sc. Macedoniano (14. 6). — Mais d'après cela, comment ne pas restreindre la décision de PAUL au cas où il n'y avait de contestation qu'entre le débiteur et le créancier? C'est ainsi que raisonne le président FAVRE, *loc. cit.*, et ce sont ces raisonnements que CUJAS qualifie de *nugæ*! — Quant à nous, il nous semble qu'on ne peut pas ne pas reconnaître que cette doctrine ne soit singulièrement appuyée par le principe de Droit romain, que l'*exception de dol* ne pouvait être opposée qu'au demandeur qui y avait donné lieu par son fait personnel (1).

Cependant nous n'hésitons pas à croire que de ce que le créancier pouvait se défendre par l'exception de dol contre le débiteur qui prétendait faire annuler l'hypothèque qu'il lui avait donnée avant d'être propriétaire, il ne s'ensuivait pas d'une façon nécessaire qu'il ne pût opposer d'autres moyens à un *possessor extraneus*. Et le vice du raisonnement du président FAVRE se révèle, lorsqu'on lit la loi 4, § 32, ff. de doli mali et metus except. (44. 4), et la loi 3, § 1, ff. de except. rei vend. et trad. (21. 3). La première décide, en effet, que si Titius avait vendu et livré à Sempronius le fonds Cornélien qui ne lui appartenait pas, et que, devenu après coup propriétaire, il l'eût revendu et livré à Mevius, Sempronius pourrait, lorsque Titius viendrait la réclamer pour en faire jouir son nouvel acquéreur, le repousser par l'*exceptio doli mali*.

Et cependant il s'évince clairement de la seconde

(1) L. 2, § 1, et l. 4, §§ 27, 29, 30 et 33. ff. de doli mali et metus except. (44, 4).

que Sempronius avait contre Mévius lui-même l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, qui lui assurait le droit d'être maintenu, envers et contre tous, *in rem*, dans sa possession (1). Donc, par une raison identique, il n'y a point ici de conséquence fatale à tirer de ce que les lois 41, ff. *de pign. act.* (15. 7) et 7, § 2, ff. *de Sc. Maced.* (14. 6) donnent l'*exceptio doli mali* au créancier pour faire maintenir l'hypothèque que son débiteur lui avait constituée à une époque où il n'avait pas encore la chose *in bonis*. Car ce que ces lois ne lui accordent pas contre un *possessor extraneus*, les autres lois, que nous avons citées plus haut, le lui accordent d'une façon implicite et virtuelle, par cela seul qu'elles qualifient d'*hypothecaria* l'action qu'elles lui attribuent.

On peut étayer cette doctrine d'une autre loi qui la justifie d'une façon si positive et si formelle qu'elle doit imposer silence à toutes les objections. C'est la loi 9, § 3, ff. *qui potiores in pign.* (20. 4.) (2). — Ce n'est pas tout; la loi 4, C. *ad Sc. Maced.* (4. 28), nous offre un rescrit des empereurs SÉVÈRE et ANTONIN, duquel il résulte de la façon la moins douteuse que l'hypothèque de la chose d'autrui était validée, même à l'égard des tiers, par l'acquisition que le débiteur faisait, *ex post facto*, de la propriété. — Vainement on soutiendrait, pour éluder l'autorité de ces deux lois, qu'elles heurtent la règle catonienne : *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest* (3). Nous répondrions avec succès que, si elles étaient réellement en opposition avec cette règle, du moins elles ne

(1) Adde L. 72, ff. *de rei vindicatione* (6, 1).

(2) TULDEN, sur le Digeste, *de pign. et hyp.*, ch. 5, n° 5.

(3) L. 29, ff. *de reg. juris* (50, 17).

l'étaient passeules. Cette règle qui primitivement n'avait été faite que pour les testaments, à l'égard desquels même elle était sujette à plusieurs exceptions (1) n'était étendue aux matières contractuelles que dans quelques cas, et le *Corpus juris* est rempli de textes qui valident, par l'effet d'événements postérieurs, des actes de cette nature, qui, dans le principe, étaient nuls (2). — D'ailleurs l'ayant cause ne pouvait être de meilleure condition que son auteur dont il tenait son titre de propriété, il ne pouvait avoir des droits plus étendus, et enfin c'était une maxime constante que *confirmato jure dantis confirmatur jus accipientis*. A l'époque à laquelle l'acquéreur avait contracté, le *dominium* était déjà consolidé sur la tête du débiteur, l'hypothèque avait acquis toute son efficacité; il ne pouvait donc faire valoir des moyens qui étaient anéantis dans les mains de son auteur : *quod ipsis qui contraxerunt obstat et successoribus eorum obstat* (3).

b). — Mais la question de savoir si le créancier de *mauvaise foi* avait l'action hypothécaire utile a fort agité les interprètes. Plusieurs ont voulu que notre décision fût limitée au cas où le créancier ignorait que la chose hypothéquée n'appartenait pas à son débiteur. Mais ils ont pensé que, lorsqu'il savait qu'elle ne lui appartenait pas, il ne pouvait exercer l'action hypothécaire. — D'autres ont pensé, au contraire, que le créancier pouvait se prévaloir de son hypothèque, soit qu'il ignorât, soit qu'il connût que son débiteur n'était pas propriétaire.

(1) *Quæ definitio in quibusdam falsa est*, dit la loi 1, ff. de *reg. caton* (34, 7).

(2) VOET, *ad Pand.* liv. 34, tit. 7, n° 1.

(3) L. 143, ff. de *regulis juris* (50, 17).

C'est le mot *difficilius* de la loi 1, ff. de *pign. et hypoth.* (20, 1), qui a donné lieu à ces graves débats. Suivant POTHIER (1), ce mot ne serait qu'une *négation modeste*, et c'est comme si PAPINIEN avait dit : le créancier n'aura pas d'action ; et il ajoute que cette façon de parler était assez familière aux jurisconsultes romains. CUJAS (2) lui-même a pensé que ce mot devait être pris dans un sens tout à fait négatif. — BALDUS (3) et GODEFROY (4) estiment que le créancier pouvait à la vérité exercer son action contre le débiteur, mais non pas contre le *possessor extraneus*. D'où il suit, ajoutent-ils, que PAPINIEN a eu raison de dire que l'action devait être plus difficilement accordée que la rétention de la chose, car le créancier pouvait retenir envers et contre tous la chose dont il était saisi ; mais il ne pouvait la réclamer par son action que contre le débiteur seul. — VOET (5) enfin soutient — et nous croyons que son interprétation est la meilleure, — que l'action pouvait être intentée non seulement contre le débiteur, mais encore contre les tiers possesseurs, *qui causam ab eo habent*.

Le mot *difficilius* n'a pas la signification que lui a donnée POTHIER ; il n'exprime pas une négation. On trouve dans le Corps du droit romain plusieurs lois où cette locution est employée ; mais il s'en faut bien qu'elle l'y soit dans ce sens. Le § 2 du titre 5 du livre II des *Institutes* porte : *vix receptum esse videtur ut hos-*

(1) POTHIER, *Pand.* t. I, p. 559, note k.

(2) CUJAS, *Réponses de PAPINIEN*, liv. II, loi citée.

(3) BALDUS, sur la loi 1, ff. de *pign. act.*

(4) GODEFROY, *idem*.

(5) VOET, *ad Pand.* tit. *quæ res pign.* n° 4.

pitem ei recipere liceat; expressions qui équivalent bien au *difficilius* de PAPINIEN. Cependant la loi 2, § 1 et la loi 12, § 1, ff. *de usu et habit.* (7-8) décident nettement que l'usager d'une maison pouvait y recevoir non-seulement des hôtes, mais même des locataires pour l'habiter avec lui. — La loi 6, Cod. *de act. empt. et vend.* (4, 49) porte que l'action en rescision de la vente était admise *difficile*, lorsqu'elle n'avait pas été réservée par le contrat. Cependant la loi 11, § 5, du même titre, au Digeste, prouve que cette action était admise dans certains cas, quoique le contrat n'en eût stipulé aucune réserve. — La loi 1, § 9, ff. *de postulando* (3, 1) porte que les condamnés à certaines peines, par l'effet desquelles ils étaient déclarés incapables de postuler en justice, étaient difficilement restitués en entier contre leur condamnation. Cependant le titre *de sententiam passis et restitutis* prouve que ces sortes de restitutions en entier, quoique difficiles à obtenir, s'obtenaient assez souvent.

Les lois 17, ff. *de fundo dotali* (23, 5), et la loi 42, ff. *de usurp. et usucap.* (41, 3) fortifient par des arguments irrésistibles la doctrine à laquelle nous nous rangeons. Le fonds dotal était frappé d'indisponibilité. Eh bien, les deux lois décident que si le mari a vendu le fonds dotal de sa femme à un particulier *scienti vel ignoranti rem dotis esse*, la vente était validée si la dot venait à être gagnée par le mari : *si tota dos lucro marito cessit*. On a le droit de dire pourquoi il n'en serait pas de même dans le cas d'une hypothèque.

c). — Nous passons à une nouvelle hypothèse dans laquelle se produisait la *reconciliatio pignoris*, et nous nous demandons ce qu'on doit décider lorsqu'une

hypothèque, étant constituée par un débiteur sur une chose qu'il n'avait pas *in bonis*, le véritable propriétaire venait à succéder au débiteur *ex post facto*. L'héritier pouvait-il valablement exercer l'action hypothécaire? Il existe sur cette question une célèbre antinomie dans le *Corpus juris*. Le jurisconsulte PAUL, dans la loi 41, ff. *de pignor. act.* (13, 7), se prononce pour la négative; l'opinion contraire est défendue par le jurisconsulte MODESTIN, dans la loi 42, ff. *de pignor. et hypoth.* (20, 1).

Les docteurs se sont épuisés en stériles efforts pour concilier deux décisions aussi contraires; leurs opinions sont consignées, avec des réflexions critiques, dans l'ouvrage de NICOLAS DE PASSERIBUS intitulé : *conciliatio legum* (1). On y voit figurer, comme dans une vaste galerie, ACCURSE, BARTOLE, SALICET, CONANUS, DONEAU, PACIUS, BALDUINUS, CHARONDAS, FULGOSIUS, VULTEJUS, ALCIAT, DUAREN, HOTOMANUS, COSTALIUS et autres que je passe volontiers sous silence (2).

Nous convenons franchement avec CUJAS (3) et BACHOVIVUS (4), que ces deux lois sont inconciliables; que PAUL n'a fait qu'émettre l'opinion reçue de son temps; mais que MODESTIN, qui lui était postérieur, a fait remarquer (dans son traité des *différences* entre la nouvelle et l'ancienne jurisprudence, duquel est extraite la loi 22, ff. *de pignor.*) que l'opinion de PAUL était abandonnée; qu'enfin c'est à l'opinion de MODESTIN qu'on doit s'arrêter,

(1) NICOLAS DE PASSERIBUS, *conciliatio legum*, p. 225.

(2) Adde FAVRE, *Conject.* lib. 20, cap. 17, *Rationalia*, l. 41 *de pign. act.*; — VOET, *quæ res pignori*, n° 5.

(3) CUJAS, *Observ.* liv. 19, ch. 26.

(4) BACHOVIVUS, *de pign.* liv. 1, chap. 4, n° 8, et *de action.*, disp. 3, n° 19.

comme exprimant le dernier état des choses, et parce qu'elle est d'ailleurs conforme à l'équité, et aux vrais principes sur l'acceptation de l'hérédité. « *Magnus ille CUJACIUS, dit MORNACIUS (1), ideo à subtilitatibus juris recessisse Modestinus scribit, quia scilicet in longiorem ætatem quam ipse Paulus vixerit, et quæstionem judicio defecatiore ac senili retractaverit.* »

V. — QUEL ÉTAIT LE BUT DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE ?

L'action hypothécaire avait pour but de faire reconnaître le droit de gage, d'obtenir la *possession* de la chose engagée, et de permettre au créancier de la *vendre*, pour se payer sur le prix, de préférence à toutes autres personnes. Le jurisconsulte PAPINIEN s'exprime ainsi dans la loi 66, ff. *de eviction.* (21, 2) : « *hæc enim, etsi in rem actio est, NUDAM TAMEN POSSESSIONEM AVOCAT.* »

a). — Une fois que le droit du créancier gagiste était établi, le *judex* rendait son *arbitrium* (2). Mais diverses hypothèses pouvaient se présenter, et dans chacune le devoir du *judex* était différent. Le *reus conventus* avait perdu la possession, mais sans dol de sa part; on lui avait volé le gage, et nous le supposons même exempt de négligence. N'aurait-il pas été inique qu'il eût été condamné? Il ne pouvait restituer, il devait être absous. Le *reus conventus* était en possession, mais il payait le créancier ou bien restituait le gage, même solution: il

(1) MORNACIUS, sur la loi 41, ff. *de pign. act.*

(2) L'action hypothécaire était *arbitraria* (JUST. *inst.* lib. 4, tit. 6, § 31, *de action.*).

exécutait le *jussus* du *judex*, il était absous (1). — Le *reus conventus* voulait bien restituer ; cependant il n'avait pas le gage sous la main, c'était un esclave qui était en province, et il donnait caution de restituer après un certain temps ; il était encore absous. Si, au terme convenu, la remise n'était point faite, le créancier agissait par l'action *ex stipulatu*. — Enfin le *reus conventus* avait cessé de posséder par dol (*dolo fecit quominus possideret*), il y avait fraude de sa part, et la restitution n'était pas possible : alors le *judex* le condamnait à l'estimation du gage, et cette estimation était faite sous la foi du serment par le créancier hypothécaire (*quanti actor in litem juraverit*) (2). Néanmoins le montant de la condamnation variait avec la qualité du défendeur. Ce dernier était-il lui-même le débiteur ? La condamnation se bornait au taux de la créance, car le créancier était satisfait. Était-il au contraire un étranger ? La condamnation pouvait s'élever à une somme plus forte, et ce que le créancier obtenait de plus que le montant de sa créance, il était forcé de le rendre au débiteur par l'*actio pignoratitia* (3).

A Rome, le droit du créancier hypothécaire subsistait en entier sur chaque portion de la chose. Hypothèque ne se divisait point, dit LOISEL (4), *est tota in toto, et tota in qualibet parte* (5). D'où la conséquence que l'action hypothécaire était *individua*.

(1) *Omnia judicia esse absolutoria*. (JUST. inst. lib. 4, tit. 12, § 2, de *perpet. et temp. act.*.)

(2) L. 16, § 3, ff. de *pign. et hyp.* (20, 1).

(3) L. 21, § 3, ff. de *pign. et hypoth.* (20, 1); — L. 16, § 6, ff. *eod.*

(4) LOISEL, liv. 3, tit. 7.

(5) L. 8, ff. de *distract. pignor.* (20, 5).

Chaque héritier détenteur des biens hypothéqués était exposé à l'*arbitrium* du *judex* pour le total de la dette dans chaque portion des biens couverts par l'hypothèque. A la vérité, l'obligation personnelle se divisait de plein droit entre les héritiers, c'était le principe de la loi des Douze-Tables. Mais le créancier hypothécaire n'était pas tenu de suivre cette division (1). Et néanmoins, nous trouvons dans les textes du Droit romain que les légataires, tout en ayant une hypothèque sur les biens de la succession, ne pouvaient poursuivre les héritiers que jusqu'à concurrence de la fraction de la dette dont ils étaient tenus.

Cette décision, qui semble en contradiction avec la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque, n'a rien de faux. En effet, la dette envers le créancier du défunt commençait dans la personne de celui-ci, et l'hypothèque s'étendait à chaque fraction de la dette divisée entre les héritiers; au contraire la dette envers les légataires commençait dans la personne des héritiers, et l'hypothèque accordée aux légataires ne s'appliquait qu'à la partie de biens tombée dans le lot de chaque héritier.

b). En général, le créancier qui avait obtenu la possession de la chose, la vendait lui-même, comme s'il en était propriétaire, et sans l'intervention de la justice.

L'autorité du magistrat n'intervenait que dans le cas de vente de gages saisis sur le débiteur, également par ordre du magistrat (2). Mais avant de procéder à la vente de la chose hypothéquée, il était

(1) L. 2, C. *Si unus ex plur. her.*

(2) LL. 1 et 2, C. *Si in causa judic.* (8, 23).

nécessaire que le créancier avertît le débiteur. A cet effet, l'ancien droit exigeait qu'il lui adressât trois sommations. Il est à remarquer qu'il en était de même, soit que le créancier eût reçu simplement hypothèque, soit qu'on eût stipulé qu'il ne lui était pas permis de vendre la chose hypothéquée (1).

JUSTINIEN modifia cet état de choses, et traça des règles différentes pour les trois cas suivants : 1^o si les parties avaient déterminé dans leur convention les formes et les conditions de la vente, on devait se référer à cette convention et l'exécuter (2). AD. SCHILLING (3) pense qu'on doit en conclure que si le débiteur avait accordé expressément au créancier la permission de vendre la chose hypothéquée, cette convention avait pour effet de conférer au créancier le droit de vendre le gage, sans avertir le débiteur (4); — 2^o lorsque le contrat ne contenait aucune clause relative à la vente de l'hypothèque, le créancier pouvait procéder à la vente deux ans après la dénonciation qu'il avait adressée au débiteur, ou après le jugement qu'il avait obtenu contre lui (5). Ainsi une seule dénonciation; mais on exigeait un long intervalle entre l'avertissement adressé au débiteur et la vente de la chose hypothéquée; — 3^o lorsque les parties avaient convenu que le créancier ne pourrait pas vendre la

(1) PAUL, *Sentences*, liv. 2, tit. 5, § 1^{er}; — L. 10, C. *de pignor.* (8, 14).

(2) L. 3, § 1, C. *de jure dom. impetr.* (8, 34).

(3) AD SCHILLING, *Traité du Droit de gage et d'hypothèque*, traduit par M. PELLAT, n^o 217, p. 75.

(4) Arg. JUST. *Inst.* lib. II, tit. 8, § 1, *quib. alien. lic.*; — L. 1, § 1, C. *de jure dom. impet.* (8, 34).

(5) L. 3, § 1, C. *de jure dom. impetr.* (8, 34).

chose hypothéquée, celui-ci devait adresser au débiteur trois sommations, et ce n'est que deux ans après, probablement à compter de la dernière dénonciation, qu'il pouvait vendre la chose hypothéquée (1).

VI. — QUELLES EXCEPTIONS POUVAIT-ON OPPOSER A L'ACTION
HYPOTHÉCAIRE ?

A). — Dans le droit anté-Justinien, le créancier, *ad possessionem rei avocandam*, pouvait poursuivre hypothécairement à son choix, le *reus principalis* ou le *possessor extraneus*. Seulement, s'il s'adressait d'abord au *possessor extraneus*, il devait au moins avertir le débiteur des poursuites (2). Cependant une exception à cette règle existait à l'égard du fisc. Il devait commencer par poursuivre le débiteur ou ses héritiers avant le tiers-détenteur (3). Le fisc aurait, selon CUJAS (4), continué d'observer une ancienne loi qui imposait au créancier la nécessité d'agir d'abord contre le débiteur. Cette loi dont il ne reste pas de traces dans les écrits des juriconsultes romains qui sont parvenus jusqu'à nous, remonterait aux temps les plus anciens, et il faudrait la rapporter aux Douze-Tables peut-être. JUSTINIEN voulut restaurer cette ancienne loi. Par sa NOVELLE IV, il permit spécialement au tiers-détenteur d'exiger que le créancier intentât d'abord l'action personnelle contre

(1) L. 4, ff. *de pignor. actione* (13, 7).

(2) LL. 10, 14, 24 C. *de pign. et hyp.* (8, 14.)

(3) L. 47, pr. ff. *de jure fisci* (49, 14).

(4) CUJAS, *Exposit. Nouvelle 4*, et *Observat.* liv. 8, c. 19; — JUNGE d'ESPEISSES, t. 1, p. 403, n° 5.

le débiteur, son héritier et son fidéjusseur. Ce droit constitua ce que les interprètes ont nommé *EXCUSSIONIS BENEFICIUM* (1). Il pensa avec raison que les obligations personnelles, constituant un *vinculum juris* plus étroit, devaient être épuisées, avant d'inquiéter ceux qui étaient tenus d'un lien moins rigoureux. « *Ne tertius possessor, dit HUBERUS* (2), *ob alienum debitum re possessâ spoliatur.* »

Mais pour être recevable à opposer à l'action hypothécaire l'exception de discussion, il est incontestable qu'on ne devait pas être *personnellement* obligé à la dette. C'est ainsi que ce droit était refusé au détenteur qui possédait comme acquéreur de droits successifs, ou qui, étant donataire, était tenu d'acquitter les dettes en vertu d'une clause de la donation. Dans ces deux cas, en effet, l'action personnelle, qui se trouvait jointe à l'hypothèque, produisait une obligation *plus prégnante et plus prompte*, comme dit LOYSEAU (3). De là, la maxime de BARTHOLE : « *Quoties personalis actio cum hypothecaria concurrat, nec divisioni nec discussioni locus est.* »

B). — Nous avons vu que c'est le créancier, qui le premier avait obtenu la constitution du gage à son profit, qui triomphait dans l'action hypothécaire, parce que, à Rome, le droit de suite s'alliait de la façon la plus intime au droit de préférence; s'il était donc en possession et qu'un second créancier intentât contre lui l'action hypothécaire, il avait l'exception *SI NON MIHI ANTE, PIGNORIS HYPOTHECÆVE NOMINE, SIT RES OBLIGATA.*

(1) VOËT, *ad Pand.* lib. 20, tit. 4, n° 3.

(2) HUBERUS, *Prælect.* sur le *Dig. de pignor.*, n° 9.

(3) LOYSEAU. liv. 3, ch. 8, n° 1. — Junge BASNAGE, c. 14.

C). — Lorsque le créancier était personnellement obligé de quelque manière que ce fût envers le possesseur à la garantie de l'héritage qui lui était hypothéqué, *putà*, comme étant devenu l'héritier du vendeur, il résultait de cette obligation de GARANTIE dont il était tenu, une *exception* péremptoire contre son action hypothécaire : *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

D). — Le créancier pouvait poursuivre son hypothèque sur les *améliorations* de la chose. Quant aux améliorations naturelles, *v. g.* l'alluvion, pas de difficulté (1). Il faut même dire avec LOYSEAU (2) que les améliorations qui provenaient du fait du tiers détenteur pouvaient être l'objet de l'action hypothécaire. Mais ce dernier avait, *requitatis causa*, une *exception* tirée du non paiement des IMPENSES jusqu'à concurrence de l'augmentation de la valeur que la chose avait reçue, *quatenus res pretiosior facta est*; car le créancier qui le dépossédait ne devait pas s'enrichir à ses dépens : *nemo ex jactura alicujus locupletari potest*, et cette exception se résumait dans un droit de rétention sur l'immeuble (3). Si l'impense était plus forte que l'amélioration qui en résultait, le tiers détenteur ne pouvait réclamer que l'amélioration ou la plus-value. La loi 29, § 2, ff. *de pign. et hypoth.* dit : *Recepturum sumptus quatenus res pretiosior facta est*. — Au contraire si l'a-

(1) L. 16, ff. *de pign. et hypoth.* (20, 1).

(2) LOYSEAU, liv. 6, ch. 8, n° 2.

(3) L. 29, § 2, ff. *de pign. et hyp.* (20, 1); — L. 53, ff. *de condict. indeb.* (12, 6); — JUST. *inst.*, lib. II, tit. 1^{er}, § 30, *de rer. divis. et qualit.*, — POTHIER, *Pand.* t. I p. 378, note 6; — VOËT, *ad Pand.*, *de rei vindic.*, déf. 15.

mélioration était plus forte que l'impense, il devait suffire au tiers détenteur de recevoir la somme qu'il avait déboursée. « *Reddet dominus impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat quo pretiosior factus est*; ET SI PLUS PRETHI ACCESSIT, SOLUM QUOD IMPENSUM EST (1). »

a). — Mais ne fallait-il pas distinguer les impenses nécessaires (2) et les impenses utiles (3)? POTHIER (4) nous paraît avoir méconnu l'esprit des lois romaines, lorsqu'il a dit : « Suivant la loi 29, § 2, ff. de pign. et hyp., le détenteur d'un héritage assigné en action hypothécaire qui a fait des impenses nécessaires ou utiles, a droit de les retenir jusqu'à ce qu'il ait été remboursé, savoir, à l'égard des nécessaires, de ce qu'elles ont coûté ou dû coûter; et à l'égard des utiles, de la somme dont l'héritage s'en trouve actuellement plus précieux, ce qui est fondé sur ce que le créancier ne doit pas profiter, aux dépens de ce détenteur, des dépenses qu'il a faites pour lui conserver ou améliorer son gage; suivant cette règle : *neminem æquum est cum alterius de-*

(1) L. 38, ff. de rei vindic. (6, 1).

(2) Les impenses nécessaires étaient celles qui avaient pour objet la conservation de la chose et qui l'empêchaient de périr. « *Impensæ necessariae sunt quæ, si factæ non sunt, res peritura aut deterior futura sit* (L. 79, ff. de verb. signif., 50, 16); *veluti aggeres facere, flumina avertere, ædificia vetera fulcire, idemque reficere, arbores in locum mortuorum reponere* (L. 14, ff. de impensis in res dot. 25, 1).

(3) Les impenses utiles étaient celles qui n'avaient pas seulement pour résultat de conserver la chose, mais encore de l'améliorer. « *Utiles impensæ Fulcinius ait quæ meliorem dotem faciunt, non deteriore esse sinunt* (L. 79, § 1) ff. de verb. sign. (50, 16).

(4) POTHIER, Orléans, t. 20, n° 38.

trimento locupletari. » — Les lois romaines décidaient que le tiers détenteur n'était pas fondé à répéter contre le créancier hypothécaire les impenses nécessaires de grosses réparations, *impensas in refectioe*. La loi 44, § 1, ff. *de damno infecto* (39, 2) est formelle, et voici comment CUIJAS s'en explique, dans son commentaire sur ce qui nous reste des ouvrages d'AFRICAIN (1) : « *Indè queritur an idem dicendum sit, si quis aedes suas, quas creditori obligaverat, alii vendiderit, et EMPTOR EAS REFEGERIT, an etiam repellatur creditor agens hypothecaria, nisi paratus sit emptori præstare IMPENSAS refectiois? Et Africanus negat esse dicendum; NEGAT ONERANDUM ESSE CREDITOREM HYPOTHECARIUM PRESTATIONE IMPENSARUM... DE SUMPTIBUS REFECTIONIS HIC AGITUR. HOS NON AGNOÏCIT CREDITOR, QUI AB EMPTORE PIGNUS SUUM PERSEQUITUR, CUI SUFFICIT HABERE REGRESSUM ADVERSUS VENDITOREM EVICTIONIS NOMINE, IN QUO JUDICIO VENIUNT IMPENSÆ REFECTIONIS.* »

Nos anciens docteurs s'étaient fort tourmentés pour concilier cette loi 44, § 1, ff. *de damno infecto* (39-2) et la loi 29, § 2, ff. *de pign. et hyp.* (20-1). Néanmoins l'antinomie n'est qu'apparente. Dans la première, il est question de travaux de réparations qui sont des *refectiones*, et dans la seconde, le jurisconsulte parle de travaux de reconstruction qui sont des *meliorationes*. Voilà donc la distinction que POTHIER n'a pas voulu comprendre. Le tiers détenteur ne pouvait pas exciper, pour résister à l'action hypothécaire, du non paiement des impenses relatives aux réparations et à tous les travaux d'*entretien* qui n'ajoutaient pas à la valeur de l'immeuble. Mais les travaux qui avaient augmenté,

(1) *Tract.* 9, p. 2099.

amélioré, donnaient lieu à répétition jusqu'à concurrence de la totalité de l'impense, *sed in quantum res pretiosior facta est*. C'est ainsi que CHARLES LOYSEAU disait : « Il faut donc tenir que les grosses améliorations et rebâtiments sont répétés par l'acquéreur, mais non pas les simples réparations et entretenelements; car il suffit que le tiers acquéreur ait recours pour raison d'iceux contre son vendeur (1). »

Ainsi notre doctrine est bien simple : le *possessor extraneus* ne pouvait pas répéter contre le créancier hypothécaire les impenses qu'il avait faites *in refectione*, c'est-à-dire les impenses nécessaires ; il ne pouvait exciper que du non paiement des impenses *quæ rem meliorem faciunt*. La seule question est donc de savoir s'il y avait eu *amélioration*, auquel cas il y avait lieu à répétition jusqu'à concurrence de la plus-value; dans le cas contraire, le tiers détenteur n'avait que le recours en éviction contre son vendeur.

b). — Lorsque le tiers détenteur avait construit une maison sur le terrain hypothéqué, le créancier pouvait-il suivre la voie hypothécaire *ad avocandam possessionem domi*? L'affirmative est certaine et l'opinion contraire viendrait se briser contre les lois 21 ff. *de pign. act.* (13-7) et 16, § 2, ff. *de pign. et hyp.* (20-1). — Cependant quelques interprètes ont été embarrassés pour concilier la décision de cette dernière loi et celle de la loi 18, § 3, ff. *de pign. act.* (13-7), qui décide que le créancier qui pouvait répéter une forêt ne pouvait poursuivre hypothécairement le navire construit avec le bois de cette forêt, *quia aliud sit materia, aliud navis*.

(1) CHARLES LOYSEAU, liv. 6, ch. 8, nos 9 et 10.

Mais il est assez facile de faire disparaître cette antinomie.

La loi 16, § 2 de *pign. et hyp.*, décide, en effet, que le créancier pouvait intenter l'action hypothécaire, même quand la chose engagée avait changé de forme, *putà*, si d'une maison affectée d'hypothèque, on en avait fait un jardin, ou si on avait construit une maison, planté des vignes sur le terrain hypothéqué. La raison s'en trouve dans les principes sur le *jus accessionis*; la maison n'est qu'un accessoire de l'emplacement (*area*), qui est resté ce qu'il était auparavant, *quant à son espèce*. — Dans la loi 18, § 3, ff. de *pign. act.*, il s'agit au contraire d'une mutation, d'une transformation qui a produit une nouvelle espèce et fait disparaître l'ancienne qui servait de siège à l'hypothèque.

Cette distinction, nous l'empruntons au docte CUJAS (1), qui s'exprime ainsi : *Mutatio quæ parit novam speciem, et priorem perimit, quæ pignoris nexa erat, procul dubio pignus perimit. Et hæc mutatio fit cum ea materia ex cupresso vel pinu, fit navis vel arca. Idem si ex lana pignorata fiat vestimentum, idem si ex marmore pignorata fiat statua. Hæc mutatio perimit priorem speciem, et parit novam. Mutatio vero quæ rem auget, ut si loco puro imponatur ædificium, aut vinea; vel mutatio quæ minuit, ut si ex domo fiat hortus, vel si domus ad aream redigatur: hæc, inquam, mutatio pignus non perimit, quia nec res quæ pignorata est ejusve rei portio maxima perimitur.* »

E). — Le possesseur avait enfin l'exception de *PREScription*. Afin de bien indiquer les vrais principes en cette matière, il faut distinguer deux cas : 1^o lorsque le *reus principalis* se prétendait libéré par la prescrip-

(1) CUJAS, lib. 29, *Pauli ad edict.* Loi 18, § 3, ff. de *pign. act.*

tion ; 2^o lorsque c'était le *possessor extraneus* qui soutenait que la prescription avait affranchi l'immeuble de l'hypothèque qui le grevait (1).

Dans le premier cas, il y avait une loi fameuse qui décidait la question : c'est la loi *cum notissimi* au Code de *prescript. xxx, vel xl ann.* (7. 39). L'empereur JUSTIN y fait observer que, d'après l'ancien Droit, l'action hypothécaire contre le *reus principalis* ou contre ses héritiers n'était éteinte par aucun laps de temps et qu'il en résultait le grave inconvénient de tenir le débiteur dans des alarmes éternelles : *ne possessores hujus modi prope immortalis timore teneantur*. Il décida que l'action hypothécaire serait éteinte par 40 ans, à moins qu'elle n'eût été interrompue ou qu'elle ne courût contre un mineur, toutes choses demeurant, du reste, dans l'état où elles étaient fixées par les constitutions à l'égard de l'action personnelle, tandis que l'action personnelle se prescrivait par 30 ans (2).

« *Et ita, dit GODEFROY (3), citius perit personalis quam hypothecaria, principalis quam accessoria.* » — Quelle bizarrerie !

Comment, en effet, comprendre que l'action hypothécaire pût subsister contre l'obligé lui-même, sans l'action personnelle ? Celle-là n'était-elle pas l'accessoire de celle-ci ? *Actio hypothecaria est actionis personalis pedissequa*, disent les jurisconsultes. Or, l'accessoire pouvait-il subsister sans le principal ? Où donc trouver le fondement d'une loi si singulière ? Il était

(1) DUAREN, t. III, p. 353 et 354.

(2) L. 3, Cod. de *prescr. xxx, vel xl, ann.* (7, 39) ; — CUJAS, *Observ.*, liv. 18, ch. 26.

(3) GODEFROY, sur la loi *cum notissimi*.

dans un principe, que l'Empereur GORDIEN énonce dans la loi 2, C. de *lit. pign.*, § 31 : « *intelligere debes vincula pignoris durare personali actione summot* ; » car, comme le dit CUJAS, sur la loi 1, § *cum prædium*, C. de *pignor.*, l'hypothécaire n'était pas purement accessoire de la personnelle. Il est vrai qu'au commencement elle avait besoin de la personnelle : mais une fois établie elle pouvait subsister sans elle. En effet, supposez que le débiteur vînt à vendre les biens hypothéqués et qu'il mourût ensuite sans héritier ni hoirie. Dans ce cas, l'action personnelle pouvait cesser, mais l'hypothèque restait toujours contre le tiers détenteur. Or, si cela pouvait avoir lieu contre un tiers, cela devait également avoir lieu contre le débiteur et les héritiers (1).

Quant aux tiers-possesseurs, on suivait, à leur égard, les mêmes règles que pour la prescription des actions réelles. Ainsi manquaient-ils de titre ou de bonne foi ? Ils ne prescrivait que par trente ans. Avaient-ils, au contraire, l'un et l'autre ? Dix ans entre présents et vingt ans entre absents leur suffisaient pour prescrire les hypothèques dont étaient chargés les fonds qu'ils avaient acquis. C'est ce que décidaient la loi première, C. *si adversus creditorem præscriptio opponatur* (7. 36); la loi dernière, C. *de præscr. longi temp. dec. vel vig. ann.* (7. 33); le chap. 8 de la *Novelle 119*, d'où a été tiré l'Authentique *quod si quis*, au même titre du Code.

(1) FAVRE, *Conject.* lib. 7, s. 18.

DROIT FRANÇAIS.



DE LA PRESCRIPTION

EN MATIÈRE CRIMINELLE

PAR

ARMAND LABROQUÈRE

AVOCAT.



TOULOUSE

TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC
RUE SAINT-RÔME, 46.

—
1855.

Meis et Amicis.

La matière de Droit criminel, que nous nous proposons d'étudier, a soulevé et soulève encore tous les jours de graves et nombreuses difficultés. Cependant elle n'a pas encore été l'objet d'un examen spécial de la part des criminalistes français (1); et, quand ils lui ont prêté quelque attention, séduits par de fausses analogies, ils paraissent n'avoir pas voulu marquer les différences essentielles qui distinguent les deux prescriptions civile et criminelle. Notre but est d'indiquer la véritable physionomie de la prescription en matière pénale, l'esprit de la législation qui la régit, et d'exposer d'une façon succincte, mais substantielle et méthodique, les principes fondamentaux à l'aide desquels, en se détachant du Droit commun, elle se meut dans une sphère qui lui est propre.

Sa définition même nous fournit une division générale: la prescription, en Droit criminel, étant un mode

(1) Ce n'est que dans deux traités *ex professo*, publiés en Belgique, que l'on peut rencontrer un exposé assez complet de la doctrine: nous voulons parler des monographies de M. COUSTURIER, vice-président du tribunal de Tongres (*Traité de la prescription en matière criminelle*, Paris 1849) et de M. ÉMILE VAN-HOOREBEKE, avocat, professeur agrégé à l'Université de Bruxelles (*Traité des prescriptions en matière pénale*, Paris, 1852).

de se libérer, au moyen du temps, de l'action publique et de l'action civile, ou des condamnations qui ont été prononcées par les tribunaux de répression, il faut distinguer deux espèces de prescription : 1^o celle qui a pour objet d'éteindre l'action publique et l'action civile; 2^o celle qui n'intervient qu'après le jugement et qui libère le condamné des peines qu'il prononce. — « Elle produit ainsi, dit M. TRÉBUTIEN (1), suivant les cas, les effets de l'amnistie ou ceux de la grâce. Elle produit les effets de l'amnistie, quand elle est extinctive de l'action, puisqu'elle efface le fait, s'il n'est pas intervenu une condamnation définitive pendant le temps fixé pour sa poursuite; elle produit, au contraire, les effets de la grâce, en mettant obstacle à l'exécution de la condamnation, et en libérant le condamné de la peine, si le délai dans lequel l'exécution devait avoir lieu est passé. »

(1) TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de Droit criminel*, t. I, p. 353, Paris, 1854.

CHAPITRE I.

De la prescription extinctive de l'action publique et de l'action civile.

- I. — Notion philosophique et historique.
- II. — Caractères généraux, et effets de la prescription extinctive de l'action publique et de l'action civile.
- III. — Du temps requis pour prescrire.
- IV. — Du point de départ de la prescription.
- V. — De l'interruption de la prescription.

I. — NOTION PHILOSOPHIQUE ET HISTORIQUE.

A). — Le temps peut-il exercer une influence sur la moralité des actes humains? Non, a répondu JÉRÉMIE BENTHAM (1). « Il serait odieux, il serait funeste, dit-il, de souffrir qu'après un certain temps, la scélératesse pût triompher de l'innocence. Point de traité avec les méchants de ce caractère. Que le glaive vengeur reste toujours suspendu sur leur tête. Le spectacle d'un criminel, jouissant en paix du fruit de son crime, protégé par les lois qu'il a violées, est un appât pour les malfaiteurs, un objet de douleur pour les gens de bien, une insulte à la justice et à la morale. Pour sentir toute l'absurdité d'une impunité acquise par le laps de temps, il ne faut que supposer la loi conçue en ces termes : mais si le

(1) JÉRÉMIE BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. II, p. 162, 3^e édit., Paris, 1830.

voleur, le meurtrier, l'injuste acquéreur du bien d'autrui parviennent à éluder, pendant vingt ans, la vigilance des tribunaux, leur adresse sera récompensée, leur sûreté rétablie, et le fruit de leur crime légitimé entre leurs mains.»

Mais le jurisconsulte anglais a rencontré un vigoureux contradicteur dans M. NICCOLA NICOLINI, professeur de Droit pénal à l'Université royale, avocat général près la Cour suprême de Naples. Il reconnaît (1) que l'opinion de BENTHAM peut s'abriter derrière les théories de la philosophie et du Droit pur; mais il pense que, si des hauteurs de la morale on descend dans le domaine des faits, la prescription y rencontre une base légitime, aussi légitime qu'en matière civile, et qu'elle mérite de même le nom de *patrona generis humani*.

GAETANO FILANGIERI avait développé cette même thèse (2). Et à l'exemple de DUNOD DE CHARNAGE (3), tous les publicistes et les criminalistes français de notre époque sont unanimes pour reconnaître l'admission de la prescription en matière pénale.

Elle trouve, en effet, sa raison d'être, quand on considère que la sécurité des citoyens ne doit pas être troublée après un temps donné, que les preuves du crime

(1) NICCOLA NICOLINI, *Traité de jurisprudence pénale*, 1^{re} partie, n^o 852.

(2) GAETANO FILANGIERI, *Science de la législation*, liv. III, 1^{re} part., ch. 2, p. 23, Paris, 1787 : « Si pour garantir la propriété, il avait fallu établir une prescription dans les matières civiles, il était juste, pour assurer la vie, l'honneur et la liberté du citoyen, d'établir aussi une prescription dans les matières criminelles. »

(3) DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions*, partie 2^e, ch. 9, p. 188 et suiv.; 3^e édit., Paris, 1774. (Il lui donne pour base la *possession de l'impunité*.)

ou des faits justificatifs peuvent dépérir; on peut dire, au point de vue de l'idée de *justice absolue*, que les angoisses, les troubles intérieurs de la conscience du coupable, les tourments d'une vie incertaine et précaire, en face du glaive de la loi suspendu sur sa tête, constituent une peine naturelle adéquate à la peine légale (1); au point de vue même du *système utilitaire*, on peut ajouter que le temps détruit l'efficacité de la peine, en effaçant ce rapport que CARMIGNANI exige entre le crime et le châtement, qu'elle n'aurait plus d'exemplarité, qu'aux yeux même de la conscience publique elle serait plutôt un acte de rigueur gratuit qu'un acte de justice. C'est ce que remarque SAMUEL PUFFENDORF, lorsqu'il dit: « Le genre humain, changeant presque de face dans l'espace de trente ans, il ne serait pas à propos que l'on pût être troublé par des procès intentés pour quelque chose qui s'est passé comme dans un autre siècle.... On peut aussi appliquer cette raison à la prescription; car il serait superflu de rappeler en justice les crimes dont un long temps a fait oublier et disparaître l'effet, en sorte qu'alors aucune des raisons pourquoi on inflige des peines n'a plus lieu (2). »

(1) Nous ne voyons pas pourquoi M. A. BERTAULD, dans ses *Leçons de législation criminelle*, p. 79, Paris, 1854, écarte la présomption d'expiation morale, qu'admettent cependant, avec M. RÉAL, dans l'exposé des motifs, avec M. LOUVET, dans son rapport au Corps législatif MM. RODIÈRE (*Élém. de procédure*, p. 37), MUYART DE VOUGLANS (*Lois criminelles*, p. 594, n° 5), FAUSTIN-HÉLIE (*Instruc. crim.*, t. III, p. 675), LE SELLYER (*Traité du Dr. crim.*, t. VI, p. 173, n° 2310).

(2) SAMUEL PUFFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, t. II, liv. IV, ch. 12, de la prescr., § 2, p. 656.

Dès lors, on le comprend sans peine, la vindicte publique ne doit pas demeurer irrévocablement armée et agissante. Le temps, ce grand modérateur des choses humaines, doit apaiser les haines publiques aussi bien que les haines privées. Le législateur ne peut pas se montrer plus inexorable que Dieu même, et, à côté du principe salutaire de la répression, il ne craint pas de placer une promesse de pardon et d'oubli.

B). — Ces théories, Rome les accepta. Une loi 12, au Code, *ad legem Corneliam de falsis* (9. 22) anéantisait la poursuite des crimes après vingt ans. « *Querela falsi temporalibus præscriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione: sicut cætera quoque fere* (1) *crimina.* »

Elles furent également adoptées par la *législation canonique*, si remarquable dans les matières criminelles (2).

M. VAN-HOOREBEKE en rencontre des traces dans la *législation germanique*. « Dans le principe, dit-il (3), le Germain se venge à force ouverte de l'offense qu'il a reçue, mais plus tard une conciliation a lieu au moyen de la *composition* payée par l'offenseur. Celui-ci n'a aucun moyen de contraindre l'offensé à l'accepter, mais il lui reste la ressource d'une sorte d'exil tempo-

(1) *Vide tamen*, L. 7, ff. *ad leg. Jul. pecul.* (48, 13); — L. 29, § 6, ff. *ad leg. Jul. de adult.* (48, 5); — L. 13 ff. *de Sc. Silan.* (29, 5); — L. 19 *in fine*, ff. *de lege Corn. de falsis* (48, 10); — L. ult. ff. *ad leg. Pom. de parr.* (48. 9).

(2) *Vide Loix ecclésiastiques de France*, part. 1^{re}, p. 196, ch. 24, n° 44, par LOUIS DE HÉRICOURT, Neufchâtel, 1774. — DÉCRÉTALES, *de exception.*, cap. VI.

(3) VAN-HOOREBEKE, p. 11.

raire, jusqu'à ce que des amis communs, des hommes notables soient parvenus à lui faire accepter une composition pécuniaire (1). N'était-ce pas là une sorte de prescription temporaire fondée sur les angoisses qu'avait éprouvées le banni, et le temps écoulé depuis l'offense ? »

La prescription en matière criminelle est mentionnée dans les *Capitulaires* (2), et dans la *loi des Wisigoths* en ces termes : « Celui qui a enlevé une fille ou une veuve, qu'il l'ait ensuite épousée ou non, ne peut, pour ce crime, être accusé en justice après l'expiration de trente ans ». — *La Charte d'Aigues-mortes*, renouvelée par saint Louis en mai 1242, n'accordait que dix années pour la poursuite criminelle (3). — Tous les anciens auteurs attestent qu'elle était consacrée par les coutumes (4) et les parlements (5).

Le Droit intermédiaire s'en occupa dans le *Code pénal* du 25 septembre 1791, 1^{re} partie, titre 6, et dans le *Code des délits et des peines* du 3 brumaire an IV,

(1) PARDESSUS, *Loi salique*, Dissertation XII, p. 651, Paris, 1843.

(2) L. VII, c. 248 et L. V, c. 389.

(3) ARTHUR BEUGNOT, *Essai sur les institutions de Saint-Louis*, p. 394, Paris, 1821.

(4) *Chartes de Hainaut*, ch. 107, art. 19 ; — *Cout. de Bretagne*, art. 288 ; — FAISAND, sur la *Cout. de Bourgogne*, tit. IV, art. 1, n° 5.

(5) *Vide* JULIUS CLARUS, *Quest.* 51, lib. 5 ; — BRODEAU SUR LOUET, ch. 47, n° 4, lettre C ; — FARINACIUS, *Quest.* 10, nos 1-3 ; — GUY DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, *Mat. crim.*, part. 3, ch. 1^{er}, p. 336 et suiv. ; — JOUSSE, *De la just. crim.*, t. 1^{er}, p. 580 ; — SERPILLON, *Comm. sur l'ordonn. de 1670* ; — BORNIER, sur l'art. 18, tit. 16 de cette ord. ; — OEUvres d'OMER et de DENIS TALON, par D.-B. Rives, t. III, p. 26 et suiv., Paris, 1821 (*Plaidoyer dans la cause entre Louis Parthenay et ses frères* ; ann. 1632) ; — MERLIN, *Rép.* t. XV, p. 585.

art. 9 et 10. Aujourd'hui nous sommes placés sous l'empire du *Code d'instruction criminelle de 1808*, qui renferme, dans les articles 637, 638 et 640, les dispositions relatives à la prescription de l'action publique et de l'action civile (1).

II. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX ET EFFETS DE LA PRESCRIPTION
EXTINCTIVE DE L'ACTION PUBLIQUE ET DE L'ACTION CIVILE.

A). — La prescription de *l'action publique* est une exception d'ordre public et d'intérêt général (2). Qu'est-ce à dire ? — Elle peut être invoquée en tout état de cause : devant la chambre du conseil ou celle des mises en accusation (3), en cour d'appel (4), en cour d'assises, même après la déclaration affirmative du jury sur la culpabilité de l'accusé (5), devant la cour de cassation (6). — Elle doit être suppléée d'office par

(1) Presque toutes les législations modernes ont admis le principe de la prescription de la peine ou tout au moins celle de l'action publique. *Vid. Code de Hanovre*, art. 90 ; — *Code de Saxe*, art. 76, et de *Wurtemberg*, art. 129 ; — *Code du grand-duché de Hesse*, art. 126-128 ; — *Code général de l'Empire d'Autriche*, art. 206-210.

(2) MERLIN, *Rép. v^o Délit forest.*, § 13 ; — FAUSTIN-HÉLIE, *Instr. crim.*, t. III, p. 680.

(3) MANGIN, n^o 289. — LE SELLYER, n^o 2207.

(4) CASS., 28 janvier 1843 (S. 43-1-157)

(5) LE SELLYER, t. VI, n^o 2209 ; — FAUSTIN-HÉLIE, t. III, p. 681 ; — CHASSAN, *Délits de la parole*, t. II, p. 87.

(6) MANGIN, *Act. pub. et act. civ.*, t. II, n^o 287. — Il n'y a plus, comme dans le Droit romain et dans l'ancienne jurisprudence, de crimes *imprescriptibles*. Le rapporteur de la commission de législation au Corps législatif, explique les motifs qui ont fait disparaître cette exception :

les juges, l'article 2223 du Code Napoléon est inapplicable (1). L'accusé et le prévenu ne pourraient y renoncer; pour qu'un tribunal puisse absoudre, en effet, il faut qu'il puisse condamner (2).

B). — Nous ne saurions adopter l'opinion de ceux qui pensent que la prescription de l'action civile ne touche qu'aux intérêts privés, que dès lors la partie lésée peut y renoncer (3), et que le juge ne doit pas la suppléer d'office (4). Dans notre sentiment, la loi assimile complètement, sous le rapport de la prescription, l'action civile à l'action publique, soit qu'on

« Votre commission a fait cette première réflexion, que plus les crimes seraient graves, et plus, soit les offensés, soit surtout les agents du ministère public, mettraient de zèle à en poursuivre la recherche et la punition, et qu'il n'arriverait presque jamais que l'action publique et l'action civile s'éteignent par la prescription, pour être restées dans une complète inaction durant dix ans. D'un autre côté, prévoyant le cas d'une inaction aussi extraordinaire, durant un si long temps, votre commission s'est dit que cette inaction ne pourrait avoir lieu que par l'impossibilité, je ne dis pas seulement de trouver des pièces ou des preuves, mais même de simples indices sur les coupables, et qu'après dix ans, serait plus que décuplée la difficulté où, dans les temps voisins du crime, on se serait trouvé d'en suivre les traces, d'en constater le corps et d'en retrouver les auteurs. »

(1) TROPLONG, *Préscript.*, t. I^{er}, n° 94; — CH. BERRYAT SAINT-PRIX, *Proc. des trib. crim.*, t. I, n° 322; — CURASSON, *Cod. forest.* p. 461; — MEAUME, *ibid.*, n° 1311; — DE GRATTIER, *Comm. sur les lois de la presse*, t. I, p. 530; — PARANT, *Lois de la presse*, n° 338.

(2) CASS., 29 mai 1847 (S. 47-1-878); — DUVERGER, *Manuel du jug. d'instr.*, t. I, n° 59; — TROPLONG, n° 94; — DURANTON, t. XXI, n° 110.

(3) Comb., art. 4, I. cr., 2046, 2220 et 2223, C. N.

(4) LE SELLYER, n° 2211; — SOURDAT, *De la responsabilité*, n° 407, p. 308, Paris, 1852.

l'intente conjointement avec cette dernière, soit qu'on l'exerce séparément. Les mêmes raisons d'ordre public s'appliquent à l'une et à l'autre. Tel était le système de l'ancienne jurisprudence (1), et JOUSSE est le seul qui énonce un avis contraire (2). La disposition de l'article 10 du Code du 3 brumaire an IV ne laissait aucun doute à cet égard, et rien n'indique que le législateur de 1808 ait voulu déroger à ce principe, bien qu'il n'ait pas révélé aussi expressément sa pensée dans les articles 637, 638 et 640, I. cr. Telle est l'opinion de M. COUSTURIER (3), de MM. TEULET, D'AUVILLIERS et SULPICY (4).

C). — Lorsque la prescription s'est accomplie et qu'elle est invoquée, elle opère à la fois l'extinction de l'action publique et de l'action civile. Ce point est admis sans difficulté, lorsque l'action civile est portée concurremment avec l'action publique devant les tribunaux de répression (5).

Mais on n'est point d'accord sur le point de savoir si l'action civile, résultant d'un fait ayant le caractère de crime, délit ou contravention, se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, alors qu'elle est exercée séparément de cette action et devant les tribunaux civils :

(1) CARPZOVIVS, *in prat. rer. crim. Qu.* 141, n° 30 et 31.

(2) JOUSSE, t. I, p. 585, n° 58.

(3) COUSTURIER, n° 87, p. 162 et suiv.

(4) TEULET, D'AUVILLIERS et SULPICY, *Codes annotés*, art. 637 I. cr. n° 39.

(5) *Vid.* les art. 2, 637, 638 et 640 I. cr. qui ont reproduit le système du Code de brumaire an IV, et le dernier état de la jurisprudence parlementaire.

On a soutenu avec beaucoup d'énergie que la disposition de l'article 637, I. cr., devait être restreinte à l'hypothèse unique où l'action civile était portée devant la juridiction répressive (1). — A l'appui de ce système, on a invoqué les textes : l'article 2262, C. N. fixe la prescription de toutes les actions à trente ans. Cela s'applique évidemment aux actions qui naissent de l'art. 1382 du même Code : le texte parle des *délits* et des quasi-délits ! Donc, quand on s'étaye sur cet article pour réclamer la réparation du dommage causé, *pecuniariter agere*, comme dit la loi romaine (2), c'est la prescription de droit commun qui est applicable. — On a invoqué les principes, et l'on a dit qu'il serait étrange que l'individu actionné civilement en réparation d'un fait dommageable pût s'armer du caractère plus ou moins répréhensible du fait qu'on lui impute, et opposer à la demande dirigée contre lui une prescription plus courte que la prescription ordinaire, par cela seul que ce fait aurait été qualifié délit par la loi, et que, pour avoir violé à la fois la loi civile et la loi pénale, il pût se trouver dans une meilleure condition que s'il avait violé la loi civile seulement (3).

A ce système, nous répondons avec succès et par les textes et par les principes, pour soutenir que l'action civile se prescrit par le même laps de temps que

(1) BOURGUIGNON, *Jurispr. des Cod. crim.*, t. II, p. 539; — CARNOT, *Comm. du Cod. pén.*, t. I, p. 52; — Adde deux arrêts de la chambre des requêtes des 26 mars 1829 (D. 29-1-369) et 17 déc. 1839 (D. 40-1-68).

(2) L. 3, ff. de *priv. delict.* (47, 2.)

(3) BELIME, *Philosophie du Droit*, t. II, p. 705, Paris, 1848; — CAROU, *Jur. des Juges de paix*, t. II, n° 741.

l'action publique, même quand elle est intentée devant les tribunaux civils. — Par les textes ? En disposant aux art. 637 et 638, I. cr., que l'action publique et l'action civile s'éteindraient par le même laps de temps, la loi n'a pas entendu parler seulement de l'action civile qui serait intentée devant les tribunaux de répression, car elle eût pris soin de dire une chose parfaitement inutile : le juge de répression ne pouvant être saisi d'une demande à fin de réparations civiles par une action intentée isolément, mais seulement à titre d'accessoire d'une poursuite criminelle (art. 3, I. cr.), il est bien évident que l'action civile ne saurait être recevable en aucun cas devant cette juridiction, alors que l'action criminelle se trouve éteinte. Il suit de là qu'elle a eu particulièrement en vue l'action en réparation qui serait exercée devant la juridiction civile. — D'un autre côté, la loi suppose que l'action civile peut être exercée séparément, puisque l'art. 2, I. cr., fait allusion au cas où elle serait dirigée contre les représentants du prévenu, et, dans une semblable hypothèse, ce serait la juridiction ordinaire qui seule pourrait être saisie; cependant aucune distinction n'a été introduite, et c'est toujours le principe posé dans l'art. 638, qui doit recevoir son application. — Par les principes ? La considération tirée du dépérissement des preuves est la principale qui a servi de base à la prescription (1). Ce qui le prouve, c'est que, toutes les fois qu'il est fait un acte de poursuite, la prescription est interrompue même à l'égard des individus qui ne sont pas impliqués dans cet acte. Or, cette considération est la même

(1) RODIÈRE, *Proc. crim.*, p. 37.

pour l'action civile que pour l'action publique. La preuve testimoniale est le plus souvent la ressource unique pour établir les obligations dérivant de faits criminels. A un certain moment, la loi répute que la défense et l'accusation peuvent être également impossibles. Désespérant de découvrir la vérité, elle accepte comme expiation les angoisses du coupable, et couvre sa conduite d'un voile qu'il n'est plus permis de soulever. Il est logique qu'elle défende à la partie civile de lever ce voile devant les tribunaux civils pour déshonorer celui qui ne peut plus se défendre (1). Et si la flétrissure morale résultant d'une condamnation civile pour un crime ou un délit est moins grande, dit M. LE SELLYER (2), que la flétrissure résultant d'une condamnation pénale proprement dite, elle est néanmoins assez grave pour que le législateur n'ait pas voulu exposer à la subir celui qui serait peut-être innocent. — L'art. 642, I. cr. apporte même une dernière preuve à ce système. Cet article déclare que les condamnations civiles portées par les arrêts ou jugements rendus en matière criminelle, correctionnelle ou de police, et devenues irrévocables, se prescrivent d'après les règles établies par le Code Napoléon. Si l'on eût voulu établir aussi une différence entre la prescription de l'action civile et celle de l'action criminelle, on s'en serait expliqué clairement, comme en ce qui concerne la prescription des condamnations.

Ces principes sont ceux qui avaient fini par préva-

(1) TRÉBUTIEN, t. II, p. 158.

(2) LE SELLYER, n° 2205. — *Adde* DURANTON, *Cours de Droit civil*, t. XXI, n° 102; — VAZEILLE, *Tr. des prescr.*, n° 587; — MANGIN, t. II, n° 363.

loir dans l'ancien Droit français. Jousse (1) l'atteste, et rapporte que, lors de l'arrêt du Parlement de Paris de l'année 1600, le premier président avertit les avocats de ne plus douter de cette maxime. Ils n'étaient repoussés que par les Parlements de Franche-Comté, de Dauphiné et de Bourgogne. Le Code de brumaire les avait adoptés d'une manière formelle : art. 9 : « Il ne peut être intenté aucune action publique *ni civile*, pour raison d'un délit, après trois années révolues.... » ; art. 10 : « Si, dans les trois ans, il a été commencé des poursuites, soit criminelles, soit civiles à raison d'un délit, l'une et l'autre action durent six ans.... Après ce terme, nul ne peut être recherché, soit au criminel, *soit au civil*, si, dans l'intervalle, il n'a pas été condamné par défaut ou par contumace. » — Nous sommes disposé à croire avec la presque unanimité de la doctrine des auteurs (2), que le Code d'Instruction criminelle n'a pas entendu déroger à ces traditions. La jurisprudence a imprimé à cette opinion le sceau de son autorité (3).

Néanmoins notre décision n'est pas absolue, et nous ferons volontiers trois précisions :

(1) *Vid.* JOUSSE, t. I, p. 600. — *Adde* POTHIER, *Proc. crim.*, p. 408 ; — MUYART DE VOUGLAIS, part. 3, ch. 4.

(2) BOITARD, p. 612, n° 320 ; — F.-HÉLIE, t. III, p. 792 et suiv. ; — LEGRAVEREND, t. I, p. 72 ; — MERLIN, *Rép. v° prescr.*, sect. 3, § 4, n° 5 bis, — JOCCOTON, *Rev. du Dr. fr.*, t. VI, p. 145 ; — CURASSON, *Comp. des jug. de p.*, t. I, p. 161 ; — LONGCHAMPT, *Police rurale*, n. 521 ; — CHASSAN, *Délits de la par. et de la pr.*, t. II, p. 95, n° 1268.

(3) *Vide* notamment CASS., 29 avril 1846 (S. 46-1-413) ; — BORDEAUX, 31 juillet 1848 (D. 49-2-74) ; — LYON, 30 janvier 1854 (J. p. 54-2-582) ; — CASS. 21 nov. 1854 (D. 54-1-415).

a). — Le défendeur ne peut pas devant les tribunaux civils solliciter le bénéfice de la prescription établie par les art. 637 et 638, I. cr., toutes les fois que la criminalité de l'acte ne résulte pas des faits articulés et caractérisés dans l'exploit introductif d'instance, parce qu'il ne doit pas être admis à prétendre que le fait qui sert de fondement à l'action constitue un crime ou un délit : *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (1). Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'un incendie, et que la partie lésée, s'attachant au fait matériel de l'incendie, poursuive, contre l'auteur de ce méfait, la réparation du dommage qu'il lui a causé douze ou quinze ans après l'événement. Etant bien reconnu que, d'après les termes de sa demande, l'incendie n'est présenté que comme un fait dommageable, mais dépouillé du caractère criminel qui résulte de la volonté, de l'intention, *v. g.* comme ayant été causé par imprudence, le défendeur ne sera pas admis à soutenir qu'il a commis une faute beaucoup plus grave que celle qui lui est reprochée, pour en conclure que le temps de la prescription abrégée est accompli à son égard.

b). — La prescription criminelle ne pourra pas être invoquée, si l'action civile ne trouve pas son unique fondement dans le fait incriminé; la prescription

(1) Sic ACHILLE MORIN, *Rép. du Dr. crim. v° act. civ.* n° 15 ; — *secus*, F.-HÉLIE, t. III, p. 794 : « Peut-il dépendre d'une partie, dit-il, en qualifiant un fait quasi-délict au lieu de le qualifier délit, de soumettre le défendeur à telle ou telle prescription ? Est-ce que le genre de la prescription n'est pas attaché à la nature du fait ? Pourquoi le défendeur ne serait-il pas admis alors à relever, si le juge ne le fait pas, l'exception que la loi a établie en sa faveur ? »

trentenaire est applicable, lorsque le fait délictueux constitue en même temps une infraction à un contrat qui lui est préexistant. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1823, que M. BOURGUIGNON rapporte au n° 13 sur l'art. 637, dans son *Traité de la jurisprudence des Codes criminels*, d'un arrêt de la même Cour en date du 16 avril 1845, rapporté par DALLOZ, t. 1845, 1^{re} part., p. 266 (1). — Ainsi, la disposition de l'art. 408 du Code pénal punit l'abus de confiance résultant de la violation d'un dépôt; la disposition de l'art. 169 du même Code, punit les comptables et dépositaires publics qui soustraient les deniers qui leur sont confiés. Antérieurement à la violation du dépôt, au vol des deniers confiés au comptable, il existait un contrat de droit civil, formé par l'acceptation ou la perception des choses reçues. C'est dire qu'il faut distinguer deux actions, l'action *ex delicto*, et l'action *ex contractu*, à laquelle il faudra appliquer les règles du droit commun, c'est-à-dire la prescription trentenaire, lorsqu'elle sera intentée séparément. — Ainsi encore le détournement, de la part de l'inventeur d'un trésor, de la moitié de la valeur qui appartient au propriétaire, donne naissance et à une action *furti*, basée sur la disposition de l'art. 401 C. P., pouvant être prescrite par le laps de trois années, et à une action *quasi ex contractu* née de l'art. 716 C. N., à laquelle on appliquera la disposition de l'art. 2262 C. N. (2).

(1) *Vid.* dans ce sens RAUTER, n° 853; — VAZEILLE, n° 591; — AUG. SOURDAT, *De la responsabilité*, t. I, n° 376, p. 278, Paris, 1852.

(2) ANGERS, 15 juillet 1851 (S. 51-2-491) : « Attendu que le locataire d'une maison qui y trouve un trésor et qui le recueille, le proprié-

c). — Nous inclinons à croire, avec M. RODIÈRE (1), que lorsque l'action publique a été jugée, sans que l'action civile ait été engagée, cette dernière action n'est plus soumise qu'à la prescription ordinaire. Quand l'action publique, en effet, a été suivie d'une sentence de condamnation, il serait déraisonnable qu'une personne, dont la culpabilité se trouve légalement attestée par un jugement criminel, pût se prévaloir d'une prescription basée principalement sur la difficulté de rapporter des preuves suffisantes de l'infraction. Notre sentiment peut s'appuyer sur un arrêt de la Cour de Nîmes du 27 mars 1833 (2); il heurte la doctrine de plusieurs auteurs recommandables, tels que VAN-HOOREBEKE (3), COUSTURIER (4), TRÉBUTIEN (5), MANGIN (6) et VAZEILLE (7), qui invoquent

taire n'étant pas présent, contracte par là, envers celui-ci, l'obligation de lui remettre la moitié qui lui appartient, et le propriétaire acquiert en même temps le droit de la lui demander; que, de ce fait résultent un lien de droit et une action corrélatifs dont les caractères sont purement civils, qui n'ont trait à aucun délit et ne sont soumis qu'à la prescription de trente ans — Que si, plus tard, le locataire a la mauvaise foi de nier qu'il ait trouvé le trésor, le droit du propriétaire à en réclamer sa part ne dérive point de cette dénégation, mais du fait préexistant de la découverte, et il serait contre toute raison que celui qui aurait commis un délit pût s'en faire un moyen de réduire, au bref délai de trois ans, la prescription de l'action de la partie, au préjudice de laquelle il aurait été pratiqué. »

(1) RODIÈRE, *Proc. crim.*, p. 39.

(2) NÎMES, 27 mars 1833 (S. 33-2-243).

(3) VAN-HOOREBEKE, p. 235 et suiv.

(4) COUSTURIER, n° 89, p. 196.

(5) TRÉBUTIEN, t. II, p. 161.

(6) MANGIN, n° 355.

(7) VAZEILLE, n° 595.

dans leur sens un arrêt de Cassation du 3 août 1841 (1), et un arrêt de la Cour de Lyon, du 4 avril 1851 (2), pour soutenir que, lorsque le législateur a voulu que la partie civile ne fût soumise qu'à la prescription de droit commun, la loi criminelle en a présenté la déclaration expresse (art. 642, I. cr.). Mais c'est abuser de l'adage banal : *qui dicit de uno, de altero negat*, et répudier la raison de la loi, pour s'attacher à une interprétation exclusivement littérale.

Quid de l'action en revendication de la chose volée; comment peut-on combiner la disposition de l'art. 2279 C. N. qui établit une prescription triennale, avec celle de l'art. 637, I. cr.? La conciliation de ces deux textes se trouve dans la distinction de l'*action réelle* et de l'*action personnelle*. Dans l'art. 2279 C. N., il s'agit d'une action réelle, en revendication, c'est-à-dire basée sur le droit de propriété, pouvant être exercée envers et contre tous, même contre un détenteur de bonne foi; l'art. 637 I. cr., se réfère, au contraire, à l'action *ex delicto*, action personnelle, qui ne peut être intentée que contre l'auteur de la soustraction frauduleuse.

III. — DU TEMPS REQUIS POUR PRESCRIRE.

En matière criminelle, on connaît la *prescription de droit commun* et la *prescription spéciale*.

A). — Les règles relatives à la prescription de droit commun sont écrites dans les dispositions des art. 637, 638 et 640 I. cr. La durée de la prescrip-

(1) CASS. 3 août 1841 (S. 41-1-753).

(2) LYON, 4 avril 1851 (S. 51-2-434).

tion de l'action varie, suivant que le fait incriminé constitue un crime, un délit ou une contravention.— Le délai est de dix ans, à partir du jour du crime, en matière criminelle; il est de trois ans, à partir du jour du délit, en matière correctionnelle; il est d'un an, à partir du jour de la contravention, en matière de simple police.

Doit-on, pour la détermination du temps, se fonder sur le titre de la poursuite, sur la qualification légale du fait constaté, ou sur la nature de la peine dont il amène l'application? C'est là une des questions les plus délicates et les plus controversées que nous devons nous poser et résoudre; nous en renvoyons la discussion au chapitre de la *prescription des condamnations*.

B). — La disposition de l'art. 643 I. cr. nous avertit qu'il existe des lois particulières relatives à la prescription (1).

La loi du 28 septembre 1791, tit. 1, sect. 7, art. 8, établit la *prescription d'un mois* pour les délits

(1) Nous devons dire que les dispositions du Code d'instruc. crim. établissent le droit commun, le droit général du pays, en matière de prescription, et qu'elles sont, à défaut de dispositions particulières, applicables aux matières régies par des lois spéciales. C'est ainsi qu'il a été décidé, par application de cette doctrine, que les dispositions du Code d'instruc. crim. étaient applicables aux délits et contraventions en matière de contributions indirectes: «Attendu que la prescription de l'action en cette matière, correctionnelle de sa nature, n'étant réglée par aucune disposition spéciale, il y a lieu de se référer aux dispositions générales du Code (Cass., 11 juin 1829).» — La même solution s'appliquerait aux autres délits que des lois spéciales ont prévus, dès que ces lois ne contiennent aucune disposition sur la prescription.

ruraux (1). — L'art. 62 de la loi du 15 avril 1829 sur la *pêche fluviale* consacre une *prescription d'un mois et de trois mois*, suivant que les prévenus sont, ou non, désignés dans les procès-verbaux (2). — Une *prescription de trois mois* a été établie par la loi du 3 mai 1844 sur la *chasse*, art. 29; par le décret législatif du 13 janvier 1852 sur la *pêche maritime*, art. 18; par le décret du 2 février 1852, art. 50, pour les *délits électoraux*. — L'art. 185 du Code forestier mentionne une *prescription de trois et six mois* pour les *délits forestiers*. — Une *prescription de cinq ans* a été établie par le décret disciplinaire de la *marine marchande* du 24 mars 1852, art. 100. — On rencontre une *prescription de trois à six ans* dans l'art. 57 de la loi du 20 septembre 1791 sur la *marine de l'Etat*.

Quant aux délits commis par la voie de la *presse* ou par tout autre moyen de publication, la loi du 26 mai 1819 renfermait un art. 29 qui établissait une prescription de six mois pour l'action publique, et de trois ans pour l'action civile. Un décret du gouvernement provisoire du 22 mars 1848 soumit les deux actions à la prescription de six mois, mais le nouveau décret législatif du 17 février 1852 contient un art. 27 qui abroge les dispositions des lois antérieures, et soumet ces délits à la prescription établie par le droit commun. Cet article est ainsi conçu : « les poursuites

(1) Le mois est de trente jours (*Arg.*, art. 40, *Cod. p.*).

(2) Les délais fixés par mois se règlent de quantième à quantième, suivant le calendrier Grégorien, rétabli par le Sc. du 22 fructidor an XIII, et non par période de trente jours (*Arg.*, art. 132, *C. comm.*); — *Secùs*, LEGRAVEREND. t. I, p. 88 et MASSABIAU, n° 1336.

auront lieu dans les formes et délais prescrits par le Code d'instruction criminelle. »

IV. — DU POINT DE DÉPART DE LA PRESCRIPTION.

A). — Le point de départ est le jour du crime, du délit ou de la contravention (art. 637, 638 et 640, I. cr.) (1).

Mais ce jour est-il utile ; doit-il être compris dans le délai ? Il n'y a guère eu en droit de question aussi controversée, dit M. CH. BERRYAT SAINT-PRIX (2), et déjà au 16^e siècle on citait de nombreux docteurs qui l'avaient traitée. Elle nous a paru toujours très-grave, et long-temps nous avons hésité sur sa solution. Néanmoins la Cour suprême nous paraît avoir clos le débat, en décidant le 10 janvier 1845 (3), qu'en matière de chasse, et d'après les termes de l'art. 12 de la loi du 30 avril 1790, le jour du délit ne devait pas être compté dans le délai de l'action ou de la prescription. Nous inclinons à croire, — malgré l'objection de ceux qui soutiennent que le jour où le délit a été commis est utile pour la prescription, parce qu'il est utile pour les poursuites (4), — qu'il doit être

(1) La loi du 25 sept. 1791, tit. VI, faisait courir la prescription du jour où le délit avait été *connu ou constaté*; le Code du 3 brumaire an IV, du jour où il avait été *connu et légalement constaté*.

(2) BERRYAT SAINT-PRIX fils, *Proc. des trib. crim.*, n° 336, p. 206.

(3) *Vide* la dissertation de M. BERRYAT père, *I. cr.*, 1843, art. 3294.

(4) VAN-HOOREBEKE, p. 184, — LE SELLYER, n° 2278 ; — MANGIN, n° 319 ; — CASS., 7 avril 1837 (S. 38-1-904) ; — PARIS, 8 février 1843 (S. 43-2-134).

seulement pris pour point de départ. Notre assertion a pour base les termes eux-mêmes à compter du jour des art. 637 et 640, qui sont exclusifs de ce jour. Elle s'appuie également sur la considération suivante : mettre le jour à *quo* dans le terme, c'est faire commencer la prescription avant que le délit n'a été commis. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour suprême (1).

B). — Tant que le délit se commet, la prescription ne court pas. Voilà la règle ; pour en étudier l'application, il faut distinguer les *délits simples*, les *délits permanents* ou *successifs*, les *délits complexes* ou *collectifs*.

a). — Le délit est *simple*, lorsqu'il consiste dans un fait unique et instantané. Ainsi, le *vol* est un délit simple, car il est consommé au moment où la soustraction frauduleuse est commise (art. 379 C. p.), et dès cet instant la prescription commence à courir. — Ainsi encore le crime de *bigamie* est simple (2), car il

(1) CASS., 10 janvier 1845 (D. 45-1-47; S. 45-1-126); — Adde TROPLONG, *Traité des privil. et hypoth.*, t. I, n° 293 et suiv., art. 2109, 5^e éd., Paris 1854; — TRÉBUTIEN, t. II, p. 148; — VAZEILLE, n° 317, sur l'art. 2260 C. N.; — COUSTURIER, p. 250.

(2) Sic DE MOLÈNES, *Fonct. du proc. du roi*, t. I, p. 276; — CHAUVÉAU et HÉLIE, t. VI, p. 274; — *Contra* LE SELLYER, n° 2231 : « Si de ce que le crime de bigamie se consume par le fait du deuxième mariage, et de ce que, par le seul fait de ce deuxième mariage, la peine établie contre la bigamie est encourue, il devait s'ensuivre que la bigamie n'est pas un crime successif, il en résulterait cette conséquence inadmissible, qu'il n'y aurait eu aucun cas de crime successif; car tous les crimes, que l'on considère comme tels, sont toujours consommés par le premier acte; seulement ils se reproduisent et se perpétuent par les actes subséquents; mais la peine n'en est pas moins encourue dès la consommation du premier acte... De tout temps, le crime de bigamie a été compris d'une autre manière : la bigamie, dit JOUSSE,

se consomme à l'instant même de la célébration du second mariage devant l'officier de l'Etat civil (art. 340 C. p.), et cet instant servira de point de départ à la prescription.

Ces principes ne sauraient fléchir, quand même le coupable resterait nanti de l'objet volé (1), et que la cohabitation illégale continuerait (2). Il faut, en effet, distinguer le délit avec les conséquences qu'il entraîne et qui peuvent se perpétuer; pour connaître si le délit est simple, il faut porter toute son attention sur le fait que le législateur a entendu punir, et avoir égard à sa définition légale. Quelle est la position de celui qui reste nanti de l'objet volé, ou qui continue une cohabitation illégale? Cette position est la conséquence de l'infraction, mais elle n'est pas l'infraction elle-même. Cette conséquence peut se perpétuer, mais elle n'ajoute rien à l'infraction, de même que sa cessation est impuissante à l'effacer, ou à en modifier le caractère.

Justice criminelle, t. IV, p. 51, est le crime de celui ou de celle qui se trouve marié en même temps, à deux personnes vivantes. (Voy. dans ce sens ROUSSEAU DE LACOMBE, 1^{re} part., ch. 2, p. 39; — MUYART DE VOUGLANS, *Traité des crimes et de leurs peines*, tit. 2, ch. 2. — MERLIN, *Répert.*, v^o *bigamie*, p. 162, t. II). Un usage constant prouve qu'on n'a pas cessé d'attacher au mot *bigamie* le sens qu'on lui donnait autrefois. « *Bigamie*, dit le *Dictionnaire de l'Académie*, édition de 1835, terme de Droit criminel, *crime qui consiste à ÊTRE marié avec deux personnes en même temps.* » De tout temps, la bigamie a donc été considérée comme formant un crime successif et permanent. Rien n'établit que le Code pénal de 1810 l'ait considérée d'une autre manière. »

(1) Sic DE FRÉMINVILLE, *De la proc. crim., devant le jury*, p. 762, Clermont-Ferrand, 1855.

(2) MANGIN, n^o 322; — VAZEILLE, n^o 585.

C'est ainsi que le délit punissable de vol n'en existe pas moins, lorsque, après l'accomplissement de la soustraction frauduleuse, et sans autre motif que le repentir, le coupable restitue l'objet volé, et fait cesser le préjudice (1).

b). — Les *délits permanents* ou *successifs* sont ceux qui se perpétuent ou se renouvellent à chaque instant, et mettent le coupable dans un état continu de flagrant délit. La prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où un fait contraire, ou toute autre circonstance, vient attester qu'ils ont cessé de se commettre (2). Dans l'ancien Droit, ROUSSEAU DE LACOMBE en donnait pour exemple l'*apostasie*, en invoquant la loi 4 au Code de *apostatis* (1, 7). GODEFROI citait la *supposition de part*, d'après la loi 19, § 1^{er}, ff. de *leg. Cornel. de fals.* (48, 10). Nous citerons, comme offrant le mieux l'image de crimes successifs, les crimes d'*arrestation* et de *détention illégale*, et de *séquestration de personnes*, qui se perpétuent, tant que les personnes, objets de la violence, sont privées de la liberté. (Art. 117, 343 C. p.).

Le *recel* est un fait permanent; il dure tant que le receleur cache et garde la chose qu'il sait volée. Voilà son caractère; mais faut-il en conclure que la prescription ne commence à courir, au profit du receleur, que du jour où il s'est dessaisi du produit du vol? L'affirmative nous paraîtrait certaine, si le recel était puni

(1) L. 65 ff. de *furtis* (47, 2); — CHAUVÉAU et HÉLIE, *Théorie du Cod. pén.*, t. VI, p. 652.

(2) *Vide* une remarquable dissertation de M. ORTOLAN, sur les *délits continus*, autrement dit *successifs*, et les *délits d'habitude*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1854, p. 323 et suiv.

pour lui-même et comme constituant une infraction *sui generis*, une espèce spéciale de vol. Mais nous pensons, avec M. BERTAUD (1), que, dans notre législation, « le recel n'est qu'un fait constitutif de complicité, et le complice n'est pas puni pour son fait, mais pour le fait d'autrui, pour le fait principal qu'il a secondé ou favorisé. Or, quand ce fait principal est couvert par la prescription, et la prescription court du jour du vol qui est une infraction instantanée, comment le fait accessoire, qui n'est pas punissable en lui-même, ne serait-il pas abrité, comme le vol lui-même, contre toute action ? Sans doute, le complice peut être poursuivi en l'absence et malgré le décès de l'agent principal ; pourquoi ? Parce que l'acte de cet agent conserve son caractère de fait punissable, et que ce caractère est susceptible de vérification. Mais, dans notre hypothèse, la poursuite, à raison du vol, étant prescrite, il n'y a plus de fait punissable, et, par conséquent, il en est de la complicité de ce fait, comme de la complicité en France, imputée à un Français, d'un crime commis à l'étranger par un étranger ; elle échappe à toute répression. »

c). — Il existe une troisième catégorie de délits que les criminalistes désignent sous le nom de *délits complexes* ou *collectifs*, c'est-à-dire qui consistent dans une réunion ou une suite de faits de même nature, *v. g.* le délit d'*excitation habituelle des mineurs à la débauche*, prévu et puni par l'art. 334 C. p., et le *délit d'habitude d'usure* (Lois du 3 déc. 1807 et du 19 déc. 1850.) Puisque dans l'un et l'autre de ces deux cas le crime ou le

(1) BERTAUD, *Leçons de législation criminelle*, p. 89. — SECUS, LE SELLYER, n° 2230 ; — FAUSTIN-HÉLIE, t. III, p. 705.

délit n'existe que par le concours de plusieurs faits ; il est naturel d'admettre que la prescription ne commence qu'après la consommation du dernier des faits qui forment son élément.

La question est grave de savoir si l'on peut, pour constituer le *délit d'usure*, rattacher à un fait nouveau, mais isolé, des faits usuraires antérieurs de plus de trois années à la poursuite dont le fait nouveau est l'objet ? En faveur de l'affirmative (1) on peut dire : l'action publique ne pouvant s'exercer qu'à dater du moment où le délit d'usure résulte de la réunion de faits particuliers qui constituent ce délit, la prescription ne peut commencer à courir que de ce moment ; les faits usuraires isolés ne constituant plus de délits, ne pouvaient être prescrits, car l'idée de prescription est corrélatve à celle de délit et à celle d'action publique ; de plus, la loi remet cette appréciation à l'arbitraire du juge ; la liberté d'appréciation du magistrat, étant souveraine lorsqu'elle s'applique aux faits incriminés, doit rester la même lorsqu'il s'agit du temps pendant lequel les délits se sont accomplis.

Malgré ces raisons de douter, dont nous ne saurions répudier la valeur, la négative nous paraît préférable (2). La doctrine contraire, en effet, ne mène à rien moins qu'à déclarer le délit d'habitude d'usure imprescriptible. Où puiser cependant la raison d'une dérogation aussi grave à la règle générale et protectrice de la prescription ? Ce n'est pas dans la nature du délit, qui est sans doute un délit complexe, mais non un délit successif ; c'est parce que chacun des

(1) CHARDON, *Traité de la fraude*, n° 499.

(2) LEGRAVEREND, t. I, p. 73.

éléments du délit renferme quelque chose d'illicite que leur ensemble est punissable; la preuve c'est que la peine, c'est-à-dire l'amende, se calculera sur le montant de toutes les sommes prêtées. Chacun des faits générateurs du délit a donc le droit de s'abriter derrière la prescription, les incertitudes et le caractère périssable des preuves. Les obscurités dont le temps les couvre nécessairement sont autant de motifs pour leur appliquer à tous le principe protecteur de la prescription. A ces considérations, nous pouvons ajouter un argument qui se tire de l'art. 6 de la loi du 19 décembre 1850. En décidant, en effet, qu'après une première condamnation pour habitude d'usure, le nouveau délit constitutif de la récidive pourra résulter d'un fait postérieur même unique, s'il s'est accompli dans les cinq ans de la première condamnation, la loi n'a-t-elle pas dit clairement qu'elle n'entendait pas éterniser la recherche du délit ?

« Il ne faut pas confondre, dit M. TRÉBUTIEN (1), avec les infractions complexes ou collectives, *les infractions qui se rattachent au même fait, mais qui restent distinctes et se renouvellent sans se confondre*. On trouve un exemple de cette hypothèse, dans le crime d'usage d'une pièce fausse et le délit d'abus de blanc-seing. Il y a une différence incontestable entre le crime de faux et celui de l'usage d'une pièce fausse : les art. 146 et suivants du Code pénal font parfaitement cette distinction qui est dans la nature des choses, puisque les auteurs des deux crimes peuvent n'être pas les mêmes. Cette différence existe pour l'abus de blanc-seing, quoiqu'elle soit moins apparente. Le délit ne

(1) TRÉBUTIEN, *Cours de Droit criminel*, t. II, p. 151.

se consomme que par l'usage de ce blanc-seing (1) : chaque fois qu'on se sert de la pièce fausse ou du blanc-seing, on commet un délit qui peut, à lui seul, motiver une poursuite et une condamnation. Si la poursuite embrasse plusieurs faits d'abus, il peut bien y avoir lieu à l'application de l'art. 365 I. cr., mais il n'en est pas moins vrai que les crimes et délits sont distincts : il faut donc faire courir la prescription du jour de chaque fait d'usage. Il n'y a point là de fait collectif ou complexe, puisque chaque fait isolé suffit pour constituer une infraction. Il n'y a point davantage d'infraction permanente, car la possession d'un acte faux, indépendamment de sa fabrication, ne constitue pas un crime, abstraction faite de l'usage, et cet usage n'est pas continu et perpétuel, puisque chaque acte peut être fait à des intervalles, et s'appliquer à des affaires distinctes (2). »

V. — DE L'INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION.

Il faut distinguer *l'interruption* et la *suspension* de la prescription. Interrompre une prescription, qui a déjà son cours, c'est lui apporter un obstacle qui rende inutile le temps écoulé, et la force à recommencer, comme si elle n'avait jamais eu de principe d'existence. L'interruption diffère de la suspension, en ce que celle-ci ne fait que lui opposer un point d'arrêt, la faire sommeiller, de telle sorte que lorsque la sus-

(1) ORLÉANS, 24 août 1840 (S. 40-2-423).

(2) Sic FAUSTIN-HÉLIE, t. III, p. 707. — Secus, A. DALLOZ, v^o *Abus de blanc seing*, n^o 54; — CASS., 26 septembre 1840 (S. 41-1-667).

pension cesse, le temps qui recommence à courir se lie avec le temps acquis au moment de la suspension, et compte pour calculer le délai légal.

A). — Peut-il y avoir *suspension* de la prescription ? Il est de principe que la prescription commence et suit son cours quoique le délit demeure caché, quoique les auteurs n'en soient pas connus, et lors même que des événements opposent un *obstacle de fait* à toute poursuite. On n'applique pas, dans ces divers cas, aux matières criminelles la maxime : *contra non valentem agere non currit prescriptio* (1). Il est certain notamment que la prescription est acquise à l'accusé en démeuce, au bout du délai fixé, quoique cette démeuce mette obstacle à toute poursuite de la part du Ministère public, et qu'elle n'est pas suspendue par l'état de minorité (2). La raison en est que la prescription de l'action repose, en droit criminel, sur la présomption légale que les preuves du crime ou celles de l'innocence ont dû dépérir. Or, la démeuce et la minorité de l'accusé ne sont pas un obstacle au dépérissement des preuves. Le motif qui a servi de raison d'être à la prescription subsiste donc dans toute sa force.

(1) BOURGUIGNON, *Jurispr. des Cod. crim.*, t. II, p. 526 et suiv.; — MANGIN, n° 334; — F.-HÉLIE, t. III, p. 717. — Deux arrêts du Parlement de Paris des 18 déc. 1597 et 27 juillet 1610, ont jugé que l'art. 59 de l'Édit de Nantes ne s'appliquait pas aux matières criminelles. (BRODEAU sur LOUET, lettre c, § 47.) — Par l'art. 59 de l'Édit de Nantes, du mois d'avril 1598, Henri IV, jugeant que les guerres civiles qui précédèrent et suivirent son avènement au trône, avaient empêché ses sujets protestants d'exercer leurs actions en justice, avait ordonné que toute prescription serait censée avoir été suspendue, à leur égard, pendant la durée de ces guerres.

(2) LYON, 17 juin 1842 (S. 42-2-343).

Mais y a-t-il *suspension* de la prescription, lorsque les poursuites sont arrêtées par un *obstacle légal* ? Nous distinguons la prescription en matière de *crimes et de délits*, et la prescription en matière de *contraventions*.

a). — Lorsque l'action est mouvementée à raison d'un crime ou d'un délit, nous n'hésitons pas à décider qu'un *obstacle* même *légal* ne peut jamais être une cause de *suspension* de la prescription (1).

Ainsi 1^o lorsque le juge de répression, accueillant une *question préjudicielle*, a sursis jusqu'après le jugement de l'autorité administrative compétente, il y a plus que *suspension*, il y a *interruption* de prescription, car il y a eu un acte d'instruction ou de poursuite tendant à un jugement ;

2^o La demande de *l'autorisation*, exigée par l'art. 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII, afin de poursuivre certains fonctionnaires publics, tend à un jugement ; elle est un acte de poursuite, c'est-à-dire *interruptive* de la prescription ;

3^o Nous ne pouvons pas admettre l'opinion de ceux qui enseignent que le *concours des crimes et délits* est une cause de *suspension*, et c'est à tort qu'on a décidé que lorsqu'un individu est inculpé tout à la fois d'un crime et d'un délit, la condamnation prononcée contre lui par contumace, à raison du crime, *suspend* le cours de la prescription du délit, jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur le crime. Est-il bien vrai, en effet, que la loi s'oppose à ce que des poursuites correctionnelles aient lieu, tant qu'il

(1) *Contra* TRÉBUTIEN, t. II, p. 153; — MANGIN, n^o 335; — CASS., 7 mai 1851 (s. 51-1-802); — SOURDAT, n^o 405, p. 307.

n'a pas été statué sur le crime ? Nous ne saurions le croire : si la loi prohibe le cumul des peines, elle n'interdit pas le cumul des poursuites. Il n'y a donc pour le ministère public aucune impossibilité légale d'action. On ne rencontre aucune disposition qui fasse une pareille défense. M. MANGIN (1), invoque vainement l'art. 379 I. cr., et fait d'inutiles efforts pour l'en faire découler. Tout ce que la raison permet d'induire de cette disposition, c'est que la Cour d'Assises n'a pas le pouvoir d'ordonner des poursuites.

La loi n'impose donc pas l'obligation de surseoir à la poursuite des délits moins graves ; nous ajoutons qu'elle n'aurait pu l'imposer, sans blesser des intérêts légitimes. Supposons, en effet, que le prévenu ait des complices en état d'arrestation ; pourrait-on, sans prolonger injustement leur détention, surseoir au jugement de l'affaire qui les concerne, en considération de la poursuite particulière qui serait dirigée contre lui, à raison d'un fait plus grave qu'il aurait commis seul ?

La Cour de cassation (2) a imprimé à notre opinion le sceau de son autorité, en décidant que la défense du cumul des peines n'entraînait par la défense du cumul des poursuites. Elle a prévalu encore dans le procès trop célèbre de M^{me} LAFARGE, et elle finira, nous n'en doutons pas, par être généralement adoptée.

b). — Nous admettons volontiers que les obstacles apportés par la loi à l'exercice de l'action sont en matière de *contraventions* des causes de *suspension* de prescription. Pourquoi ? parce que les actes de pour-

(1) MANGIN, n° 455-458.

(2) CASS, 26 mai 1826.

suite ne produisent pas en cette matière un effet interruptif; il y a suspension, parce qu'il n'y a pas interruption.

B). — Occupons-nous de *l'interruption* de la prescription : dans ce but, nous distinguons la *prescription en matière de crimes et de délits*, et la *prescription en matière de contraventions*.

a). — *De l'interruption de la prescription en matière de crimes et de délits.* — Aux termes des art. 637 et 638 I. cr., la prescription de l'action à raison d'un crime ou d'un délit est *interrompue* par tout acte d'instruction ou de poursuite fait dans l'intervalle des dix ou des trois premières années à compter du jour où ils ont été commis.

1° Que faut-il entendre par *acte d'instruction* ou de *poursuite*? Tout acte qui sert directement à constater le fait punissable, à en découvrir l'auteur, à rassembler les preuves, et à saisir les tribunaux de la connaissance de l'affaire, ou qui tend seulement à ce but (art. 8 et 61 I. cr.) — Il faut considérer comme actes d'instruction ou de poursuite les procès-verbaux qui forment la base de la procédure (1), les mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt (2), les réquisitions du Ministère public à fin de translation du prévenu (3), enfin tous les actes d'instruction proprement dits, *v. g.* citation de témoins, enquêtes, expertises, etc., etc. — On ne pourrait ranger, au contraire, parmi les actes interrompant la prescription, les dénonciations et plaintes qui provoquent l'instruction ou la

(1) CASS., 28 juin 1840 (S. 40-1-731).

(2) FAUSTIN-HÉLIE, t. III, p. 726.

(3) CASS., 11 février 1843 (S. 43-1-647).

poursuite, mais n'en font pas partie (1), les réserves faites par le ministère public, le dépôt dans un greffe de pièces fausses, mais contre lesquelles il n'y a point d'inscription de faux régulière.

2° Un acte d'instruction ou de poursuite, qui serait annulé pour inobservation des formalités prescrites à peine de nullité, produirait-il un effet interruptif ? Nous répondons négativement. Le principe *quod nullum est nullum producit effectum* est un principe salutaire, dont l'application rigoureuse est surtout requise en matière criminelle, où tout est d'ordre public, et il faudrait une disposition législative bien formelle pour être autorisé à s'en écarter (2).

Quid de la citation devant un tribunal incompétent ? Nous n'hésitons pas à décider qu'elle n'a pas d'effet interruptif, et qu'on ne saurait invoquer, *par analogie*, la disposition de l'art. 2246 du Code Napoléon (3). — Néanmoins, nous croyons qu'il est des cas où la citation, quoique produite devant un tribunal incompétent, suffit pour interrompre la prescription ; c'est lorsqu'elle conserve le caractère d'acte de poursuite légal et qu'elle peut être utilisée. (Art. 160 et 193 I. cr.)

3° Les effets des actes interruptifs sont beaucoup

(1) LEGRAVEREND, t. I, p. 78. — LE SELLYER, t. VI, n° 2249.

(2) « Pour que des actes puissent interrompre la prescription, dit M. le président BARRIS, il faut qu'ils soient faits par un magistrat ou officier ayant caractère pour instruire ou poursuivre sur le fait du délit ; car si ce caractère manque, l'acte d'instruction ou de poursuite ne pourra pas interrompre la prescription. » — *Vid.* MANGIN, n° 343.

(3) *Secus* TRÉBUTIEN, t. II, p. 155 ; — BOURGUIGNON, t. II, p. 544 ; — DE GRATTIER, *Comm. sur les lois de la presse*, t. I, p. 537, n° 12 ; — PARANT, *Lois de la presse*, p. 339. — MANGIN, n° 356 ; — PETIT, *Traité du droit de Chasse*, t. II, p. 176.

plus étendus en matière criminelle qu'en matière civile. L'interruption est *in rem* ; l'art. 637 décide, en effet, que la prescription est interrompue, même à l'égard des personnes qui ne seraient pas impliquées dans l'acte d'instruction ou de poursuite.

4° Une des questions les plus graves est celle de savoir si, pour qu'un acte d'instruction ou de poursuite soit interruptif de la prescription, il faut qu'il intervienne dans les dix années qui suivent le crime, ou dans les trois années qui suivent le délit. En matière civile, on peut, par des actes successifs, perpétuer ou prolonger indéfiniment la durée des actions. Mais est-il bien vrai que les principes soient les mêmes en matière criminelle, autrement dit que tout acte d'instruction ou de poursuite, posé même plus de vingt ans après le crime, ou de six ans après le délit, soit capable d'interrompre la prescription, pourvu qu'il ne soit séparé des actes antérieurs que par un intervalle de moins de dix ou de six ans ?

Tous les criminalistes français ont entendu dans ce sens la disposition de l'art. 637 I. cr. Nous ne pouvons adopter leur doctrine, et nous nous rangeons à l'opinion qu'a émise M. COUSTURIER (1). Dans notre sentiment, les actes interruptifs doivent être posés dans les dix ou trois années à partir de la perpétration du crime ou du délit. Peut-on penser, en effet, dit le jurisconsulte belge, que le législateur ait fourni à la vindicte publique le moyen de se tenir irrévocablement armée et agissante, qu'il n'ait tenu aucun compte des agitations et des angoisses intérieures que la crainte des poursuites

(1) COUSTURIER, n° 18, p. 19.

fait éprouver aux coupables, du dépérissement des preuves (1)?

Tel était le système du Code du 3 brumaire an IV. Aux termes de la disposition de son art. 10, les poursuites commencées dans l'intervalle des trois premières années avaient toujours pour effet de porter à six ans le délai de la prescription. Il fixait à six ans l'extrême limite des actions. Les rédacteurs du Code d'instruction criminelle ont voulu que les actes de poursuite ou d'instruction *faits dans l'intervalle de dix ou trois années* qui ont immédiatement suivi le crime ou le délit, servissent de point de départ à une nouvelle prescription de même durée; mais ils n'ont pas eu l'intention d'attribuer cet effet interruptif aux actes faits *après cet intervalle*, et qui ne seraient séparés d'un acte antérieur que par un espace de moins de dix ou trois ans. Ils ont voulu fixer à vingt et à six années l'extrême limite des actions.

Bien mieux, notre interprétation, qui s'accorde si bien avec le système consacré par la législation antérieure, et avec la raison de la loi actuelle, s'harmonise parfaitement aussi avec sa lettre : *s'il a été fait dans cet intervalle* des actes d'instruction, etc. (art. 637). La loi ne confère donc pas ce pouvoir interruptif aux *actes faits après* cet intervalle, parce qu'elle a voulu que

(1) Des actes d'instruction ou de poursuite peuvent bien contribuer à prolonger l'existence des preuves au profit de l'accusation et à retarder jusqu'à un certain point le dépérissement des preuves justificatives, lorsque l'auteur du fait a été averti à temps. Mais, comme nous l'avons dit, il n'est point requis, comme en matière civile, que les actes de poursuite aient été signifiés à ceux contre lesquels ils ont été dirigés, et ces actes interrompent la prescription, même à l'égard de personnes qui n'y sont pas impliquées.

l'action criminelle se trouvât toujours éteinte, après un laps de vingt ans. Nous le répétons, notre solution peut seule assurer les effets salutaires attachés à la prescription, et ce n'est qu'à cette condition que le conseiller d'Etat RÉAL a pu dire, avec vérité, qu'*ainsi améliorée*, elle a été rendue à toute sa bienfaisante influence, et qu'elle assure l'état, l'honneur et la vie des hommes.

5° Les dispositions relatives aux causes d'interruption sont applicables aux matières spéciales. Mais les esprits sont partagés sur le point de savoir comment doit se régler, dans ce cas, la prescription nouvelle. Est-ce d'après la loi spéciale ou d'après la loi commune? Doit-on, en un mot, calculer la prescription, à compter du fait interruptif par le temps fixé par la loi spéciale ou par le Code d'instruction criminelle? Ceux qui soutiennent qu'il faut appliquer la prescription ordinaire, disent que les lois spéciales se sont bornées, en général, à fixer le délai dans lequel sont éteintes les actions qui n'ont pas été *intentées*; et que, par conséquent, elles sont inapplicables, lorsque ces actions ont été intentées dans le délai légal; qu'il faut recourir alors aux art. 637 et 638, qui ont fixé, à l'égard des délits, le délai de trois ans à compter de l'acte interruptif; que ce délai est le droit commun qui reprend son empire où l'exception expire. Nous laissons volontiers répondre M. FAUSTIN-HÉLIE, à l'opinion duquel nous nous rallions complètement (1). « L'interruption d'une prescription spéciale, dit-il, ne peut en changer la nature; l'effet de cette interruption est, sans doute, de forcer le prévenu

(1) FAUSTIN-HÉLIE, *Instr crim.*, t. III, p. 736.

à la recommencer, mais il ne peut être de substituer à la prescription interrompue une prescription différente et plus longue. Si les prescriptions particulières sont d'une courte durée, c'est parce que les traces des faits auxquels elles s'appliquent sont fugitives, c'est surtout parce que le caractère rapide et léger de ces faits les rend insaisissables après un certain délai. Or, est-ce que le fait de l'interruption change ce caractère? Est-ce que leurs traces sont moins fugitives, leurs preuves plus saisissables après une citation en justice? Pourquoi la prescription s'aggraverait-elle, puisque l'acte interruptif ne change rien et ne peut rien changer à la nature du délit? »

6° Les poursuites du ministère public sont interruptives par rapport à l'action civile. Mais l'action intentée par la partie lésée est-elle interruptive en faveur du Ministère public? L'affirmative nous paraît incontestable; nous admettons l'*indivisibilité* des deux actions et l'appui mutuel qu'elles se prêtent par rapport à la prescription. Cette règle, qui admet leur pouvoir interruptif réciproque, était consacrée par l'art. 10 du Code de brumaire; et si le législateur de 1808 avait voulu l'abroger, il ne se serait pas exprimé comme il l'a fait dans l'art. 637 I. cr. Notre opinion vient s'abriter derrière celle du savant MERLIN, qui, étant l'auteur du Code de brumaire, et ayant pris une part active aux délibérations du conseil d'Etat sur le chapitre relatif à la prescription, a été mieux à même que personne d'apprécier les changements apportés, en 1808, aux principes alors en vigueur (1).

(1) *Vid.* son remarquable réquisitoire dans la cause *Hartog-Heyman*, *rép. v° presc.* sect. 3, § 7, art. 4, p. 341; — *Adde* VAN-HOOREBEKE,

M. MANGIN (1) a vainement essayé de soutenir que le droit de poursuivre les crimes, les délits, les contraventions, et de formaliser des procédures pour parvenir à leur répression, n'appartient qu'aux fonctionnaires publics préposés à cet effet, et qu'on ne peut assimiler à leurs actes les actes faits par la partie privée. On lui a répondu avec succès (2) que la loi n'a pas distingué (art. 637), et qu'elle ne pouvait pas distinguer, car sa restriction eût conduit à ce résultat bizarre que les actes de poursuite faits par la partie lésée n'interrompraient pas même le cours de la prescription de l'action civile, car l'art. 637 s'occupe de la prescription de l'une et de l'autre action (3).

L'interruption d'ailleurs est fondée sur cette idée que la présomption du dépérissement des preuves s'évanouit en présence des actes d'instruction et de poursuite, qui font supposer que des preuves ont été recueillies, soit qu'ils émanent de la partie publique, soit qu'ils émanent de la partie lésée. Cette présomption s'efface encore davantage, comme le dit M. COUSTURIER (4), lorsque cette dernière s'isole pour exercer son action et prend la voie civile. Elle ne se décide, en effet, à agir seule que lorsqu'elle se voit nantie d'assez

p. 226 et suiv.; — VAZEILLE, nos 653 et 781; — DALLOZ, v^o *prescr.*, sect. 2, n^o 4, p. 470; — LE SELLYER, n^o 2310.

(1) MANGIN, nos 351-353.

(2) FAUSTIN-HÉLIE, liv. 2, ch. 3, § 3, nos 718-721, 5^e édit.

(3) M. RODIÈRE (*Proc. crim.*, p. 39) nous paraît être encore dans l'erreur, quand il distingue les poursuites faites par la partie lésée devant la juridiction civile, et celles qu'elle fait devant la juridiction criminelle.

(4) COUSTURIER, n^o 88, p. 174

de preuves pour oser espérer qu'elle parviendra à constater le délit et à convaincre son auteur.

Bien mieux, si les poursuites de la partie lésée n'interrompaient pas la prescription de l'action publique, l'action civile pourrait survivre à cette dernière. Or, nous le demandons, est-ce là le but de la loi? Poser la question, c'est la résoudre.

Nous sommes conséquent avec la doctrine que nous avons émise, p. 13, en décidant que la prescription criminelle peut être invoquée, alors même que l'action en dommages est intentée devant la juridiction civile. Nous ne pouvons donc pas ne pas répudier la distinction d'après laquelle cette action serait soumise, quant aux délais de prescription, aux dispositions du Code d'instruction criminelle, et quant à l'interruption, aux règles du Code Napoléon. Cet amalgame des règles des deux Codes répugne à la raison et aux principes. En matière criminelle, l'interruption n'admet pas, comme en matière civile, l'application de la maxime : *à persona ad personam non fit interruptio*; elle agit d'une façon absolue.

b). — *De l'interruption de la prescription en matière de contraventions.* — Aux termes de la disposition de l'article 640, le principe de l'interruption n'est pas admis; il faut, à peine de déchéance, qu'il y ait condamnation dans l'année : « Le législateur ne s'est arrêté, dit VAZEILLE (1), à aucune cause de retard. » Il aura, sans doute, jugé que la société n'était pas assez intéressée à la répression des faits de cette nature, qui ne sont le plus souvent que le résultat de l'ignorance ou d'une simple négligence, pour laisser un citoyen

(1) VAZEILLE, n° 750.

exposé, pendant plus d'un an, aux craintes et aux soucis d'une poursuite judiciaire; et il a cru ne devoir proroger ce délai qu'à l'égard de ceux seulement dont la culpabilité aurait été reconnue par un jugement de 1^{re} instance et qui useraient de la faculté de l'appel (art. 172 I. cr.).

1^o Cette prorogation est d'un an, à compter de la notification de l'appel. Mais que décider si une année s'est écoulée sans que le jugement susceptible d'appel ait été notifié? La loi est muette à cet égard, mais la doctrine des auteurs est unanime pour considérer dans ce cas l'action comme prescrite (1). Cette signification servant de point de départ au délai pour interjeter appel (art. 174 I. cr.), et servant conséquemment à fixer l'époque à laquelle la prescription devra commencer, il est évident qu'il n'a pu entrer dans l'intention de la loi de laisser à la partie poursuivante toute latitude pour retarder indéfiniment cette époque; car ce serait lui donner la faculté de rendre imprescriptibles les contraventions de police, suivies d'un jugement de condamnation en premier ressort, quand la loi a voulu expressément, au contraire, que, même dans ce cas, l'action pour la poursuite pût se prescrire.

2^o C'est le moment d'aborder l'une des questions les plus délicates et les plus controversées de la matière. Elle se résume ainsi : si le jugement de condamnation à des peines de police, rendu en dernier ressort, a été attaqué *par la voie de la cassation*, y a-t-il prescription de l'action, lorsqu'il s'est écoulé plus d'une année depuis que la contravention a été commise ?

(1) *Vide* notamment COUSTURIER, n^o 22, p. 28; — MANGIN, n^o 361.

De deux choses l'une : le pourvoi a réussi ou il n'a pas réussi. — Si la Cour suprême maintient la décision, objet du recours, celle-ci acquiert l'autorité de la chose souverainement jugée. Ce n'est plus de la prescription de l'action, qu'il peut s'agir, mais uniquement de la prescription de la peine, et on appliquera seulement la disposition de l'art. 639, qui fixe à deux ans le délai de la prescription des jugements rendus pour contraventions de police. — Si, au contraire, le jugement rendu en dernier ressort a été cassé, et si l'affaire a été renvoyée à une autre juridiction, on se demande si le pourvoi est *suspensif* ou *interruptif*.

Nous ne pouvons adopter l'opinion de M. MANGIN (1), consacrée même par la jurisprudence de la Cour de cassation (2), qui attribue au recours en cassation l'effet légal d'interrompre la prescription, car l'art. 640 I. cr. ne contient pas, à nos yeux, une disposition assez expresse pour créer cet effet. — Nous repoussons également le système de M. COUSTURIER (3), qui estime qu'il faut que le nouveau jugement intervienne dans l'année à compter de la contravention. Ce délai serait, en effet, trop court pour qu'on pût accomplir tous les actes de procédure exigés par la loi.

Mais nous croyons avec M. VAN-HOOREBEKE (4), et la Cour de cassation de Belgique (5), que le cours de la prescription se trouve *suspendu* par le pourvoi en

(1) MANGIN, n° 362.

(2) CASS., 21 octobre 1830 (D. 31-1-14 — S. 31-1-367).

(3) COUSTURIER, n° 53, p. 86.

(4) VAN-HOOREBEKE, p. 157 et suiv.

(5) Cour de CASS. de Belgique, 11 mars 1836, *J. Palais*, t. XXVII, p. 1158.

cassation du prévenu *condamné*, parce que, tant que le jugement n'est pas cassé, l'art. 659, relatif à la prescription de la peine, est applicable. — Néanmoins s'il y a eu *renvoi de la partie poursuivie*, le pourvoi de la part du Ministère public ou de la partie civile ne sera pas suspensif, parce que la prescription de la peine établie par l'art. 659 n'a pas été temporairement substituée à la prescription de l'action. Pour ce cas, mais ce cas seulement, nous nous rallions à l'opinion qu'a défendue M. COUSTURIER.

CHAPITRE II.

De la prescription des condamnations.

- I. — Notion juridique et historique.
- II. — Du temps par lequel se prescrivent les condamnations.
- III. — Des peines prescriptibles et imprescriptibles.
- IV. — De l'époque à laquelle la prescription de la peine se substitue à celle de l'action publique et de l'action civile.
- V. — Des causes qui mettent obstacle au cours de la prescription.
- VI. — Des effets de la prescription.
- VII. — De la prescription des condamnations civiles à des restitutions, à des dommages-intérêts et aux frais.

I. — NOTION JURIDIQUE ET HISTORIQUE.

A). — Toute peine doit être à la fois expiatoire, réformatrice et exemplaire. M. VICTOR FOUCHER (1) a rappelé avec bonheur le texte de SÈNEQUE qui proclamait cette vérité : « *in vindicandis injuriis, hæc tria lex secuta est, quæ princeps quoque debet, ut eum quem punit emendet, aut ut pœna ejus cæteros reddat meliores, aut ut sublatis malis superiores cæteri vivant.* »

La société inflige donc des peines pour réformer le coupable par l'expiation, et se protéger elle-même par la puissance de l'intimidation. Eh bien, lorsque le glaive de la loi est resté suspendu sur la tête du

(1) VICTOR FOUCHER, *Observations sur le Code pénal du Brésil* (Collect. des lois des Ét. mod. 2^e liv.)

condamné pendant un certain temps, l'expiation a été subie ; au point de vue de la justice absolue, la société peut donc pardonner. Elle doit encore pardonner , parce qu'une exécution tardive de la peine n'a pas d'exemplarité. Voilà les considérations qui ont fait admettre la prescription des condamnations.

B). — Les lois romaines étaient muettes sur la prescription des peines. Faut-il en conclure qu'elles étaient imprescriptibles ? Non, il faut distinguer les condamnations à raison des *delicta privata*, et dont on pouvait poursuivre l'exécution pendant trente ans, en vertu de *l'actio ex judicato* (1), et les condamnations à raison des *delicta publica*, lesquelles ne s'éteignaient par aucun laps de temps.

Dans l'ancienne jurisprudence française , on admettait la prescription de trente ans, ainsi que l'attestent ROUSSEAU DE LACOMBE (2), SERPILLON (3), et MERLIN (4). — Elle fut introduite dans le Code du 25 septembre 1791, art. 3, tit. 6, 1^{re} partie, et dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, art. 480 et 481 ; mais le temps fut réduit à vingt années.

II. — DU TEMPS PAR LEQUEL SE PRESCRIVENT LES CONDAMNATIONS.

A). — La durée du temps requis pour prescrire varie suivant qu'il s'agit de matières criminelles, correctionnelles ou de police. — Cette durée est de vingt ans en matière criminelle (art. 635) ; elle est de cinq ans

(1) L. 3, Cod. de *præscrip.* XXX, vel XL ann. (7. 39).

(2) ROUSSEAU DE LACOMBE, p. 239.

(3) SERPILLON, *Commentaire sur l'ordonn. de 1670*, p. 826 et suiv.

(4) MERLIN, *rép. v^o prescript.* sect. 3, § 7, art. 1, n^o 6, *in fine*.

en matière correctionnelle (art. 636); elle est de deux ans en matière de contravention (art. 639).

B). — Il peut y avoir difficulté pour distinguer si la matière est criminelle ou correctionnelle.

Nous touchons ici à une question bien grave, que nous avons déjà posée sans la résoudre, p. 21, et qui consiste à savoir si l'on doit, pour la détermination du temps, se fonder sur le titre de la poursuite, sur la qualification légale du fait constaté, ou sur la nature de la peine dont il amène l'application.

Il est évident d'abord que la qualification basée sur le titre de la poursuite ne peut être prise en aucune considération. On ne peut rendre l'accusé responsable de l'erreur commise par le Ministère public ou par les juridictions d'instruction. Encore bien donc que la juridiction criminelle ait été saisie, si la déclaration du jury a dépouillé le fait des circonstances constitutives du crime, on doit appliquer les règles de la prescription en matière correctionnelle (1).

Mais plaçons-nous dans la double hypothèse des art. 67 et 463 du Code pénal; par suite d'une excuse ou du bénéfice des circonstances atténuantes, le fait qualifié crime est réduit aux proportions d'un fait susceptible d'entraîner seulement une peine correctionnelle; la prescription devra-t-elle se régler d'après la nature de la peine qui aura été appliquée, ou d'après la nature de l'infraction, abstraction faite des circonstances qui ont donné lieu à la réduction de la peine?

MM. RODIÈRE (2), TRÉBUTIEN (3), MANGIN (4), ensei-

(1) CASS., 2 septembre 1831 (S. 32-1-61); — 21 août 1845 (S. 45-1-864)

(2) RODIÈRE, *Proc. crim.*, p. 40.

(3) TRÉBUTIEN, t. I, p. 358.

(4) MANGIN, n° 296.

gnent qu'il faut s'attacher au caractère intrinsèque de l'acte et non à la peine qui doit être appliquée. La cour d'Angers (1), et la cour de Cassation (2) ont consacré leur système.

Malgré ces imposantes autorités, nous n'hésitons pas à décider que la prescription doit se régler d'après la *nature de la peine*. C'est d'après la nature de la peine, en effet, que le législateur définit le crime, le délit et la contravention. L'art. 1^{er} du Code pénal est ainsi conçu : l'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention ; l'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles, est un délit ; l'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime. Et tel est le système général, telle est l'économie de nos lois pénales. Le législateur de 1832 le comprit si bien qu'il changea la rédaction que le législateur de 1810 avait donnée à l'art. 56 du Code pénal, en substituant aux mots *condamné pour crime* les mots *condamné à une peine afflictive ou infamante*.

De plus, il est de principe, en droit criminel, que la peine se détermine d'après le degré de culpabilité, et que deux éléments concourent à former un crime : l'élément *matériel* et l'élément *moral* qui réside dans l'intention criminelle. Or, si cette intention n'a pas été entachée d'une perversité profonde, l'un des éléments du crime se trouve modifié, et la peine abaissée proclame cette modification. L'atténuation ne peut donc modifier la peine qu'en modifiant le caractère du fait.

Bien mieux, il existe dans le système du Code

(1) ANGERS, 3 décembre 1849 (S. 50-2-289).

(2) CASS., 17 janvier 1833 (S. 33-1-413).

d'instruction une corrélation intime entre la prescription des actions et les peines dont les faits sont punissables. Les délais pour prescrire ont été établis en raison de la gravité de ces peines, parce que le législateur a considéré ces délais comme constituant par eux-mêmes, un châtement aussi rigoureux que celui que la loi pénale prononçait. Dès lors, lorsqu'un fait, par suite d'une excuse ou du bénéfice des circonstances atténuantes, ne mérite qu'une peine correctionnelle, le prévenu est fondé à se prévaloir de la prescription déterminée pour les délits. Il a déjà, aux yeux de la loi, expié suffisamment son méfait ; et lui enlever ce droit, ce serait lui faire subir une seconde expiation pour la même infraction.

N'y aurait-il pas d'ailleurs une étrange contradiction à punir un fait comme un simple délit, et à invoquer contre ce fait la prescription qui ne s'applique qu'aux crimes ? à déclarer la qualification tantôt dépendante, tantôt indépendante de la peine ? Le vœu de la disposition de l'art. 637, qui exige pour l'application de la prescription décennale que le fait emporte peine afflictive ou infamante, est-il rempli quand ce fait ne donne lieu qu'à une peine correctionnelle ? — En dernière analyse, en présence du doute qui s'élève sur l'interprétation de la loi, n'avons-nous pas le droit de dire : *ampliandi favores* ?

III. — DES PEINES PRESCRIPTIBLES ET IMPRESCRIPTIBLES.

A). — Les peines qui doivent frapper le condamné dans sa personne physique ou dans son patrimoine sont *prescriptibles*, v. g. la peine de mort, la peine des

travaux forcés à perpétuité et à temps, la déportation dans une enceinte fortifié, la déportation simple, la détention, etc.

a). — Ce principe s'applique-t-il à la *confiscation*? Il faut distinguer la *confiscation personnelle* et la *confiscation réelle*. Cette dernière qui a pour effet d'anéantir une chose qui est hors du commerce et dont la possession est illicite, est imprescriptible.

b). — S'applique-t-il aux *amendes*? L'affirmative n'est pas douteuse, car l'amende est une peine (1). — Mais on doit décider autrement dans le cas où il s'agit de l'amende infligée au demandeur en cassation qui succombe. L'amende n'a pas alors un caractère pénal. C'est seulement une *entrave fiscale* imposée à une classe de recours qui autrement surchargerait la Cour régulatrice, sans utilité quelquefois pour la justice (2).

Nous croyons également, avec M. VAN-HOOREBEKE (3), et contrairement à l'opinion défendue par M. COUSTURIER (4), que les amendes prononcées en matière civile ne se prescrivent que par trente ans. Il répugne, en effet, de reconnaître aux amendes prononcées à raison d'un appel, d'une tierce-opposition, d'une requête civile, ou dans le cas des dispositions des art. 50, 53, 156, 192, 413 du Code Napoléon, le même caractère qu'à celles qui sont prononcées par la législation pénale.

B). — Les peines qui frappent le condamné dans sa capacité juridique et dans son honneur sont impres-

(1) LEGRAVEREND, t. I, p. 69; — *Adde* art. 11, Cod. pén.

(2) *Vide* à ce sujet une dissertation spéciale de M. LACASE, *Revue de légis. et de jurispr.*, t. XI, p. 64, janvier 1840.

(3) VAN-HOOREBEKE, p. 253.

(4) COUSTURIER, n° 144, p. 369.

criptibles, v. g. la dégradation civique, l'interdiction des droits mentionnés dans l'art. 42 du Code pénal, les incapacités que la loi du 31 mai 1854 a substituées à la mort civile. Pourquoi? Parce que ces peines atteignent de plein droit le condamné; parce qu'elles sont permanentes, et qu'on ne peut se libérer d'une peine pendant qu'on la subit.

La *surveillance de la haute police* est-elle prescriptible? La Cour de cassation a décidé, le 31 janvier 1834 (1), qu'elle échappait à la prescription, attendu que cette peine est de sa nature continue, puisque l'exécution est indépendante des mesures facultatives attribuées par la loi à l'administration, que la suspension de ces mesures ne peut donc constituer un droit en faveur du condamné. Cet arrêt fut rendu sous l'empire de l'art. 44 du Code pénal, tel qu'il avait été modifié par la loi du 28 avril 1832. Mais ce texte a été l'objet d'une deuxième modification par l'art. 5 du décret du 8 décembre 1851, aux termes duquel le condamné n'est plus libre de choisir le lieu dans lequel il devra résider après qu'il aura subi sa peine. Le Gouvernement le désigne, et dès-lors il est incontestable que, s'il n'exerce pas ce droit, la prescription s'accomplit, puisque la mise en surveillance de la haute police est une peine privative de la liberté.

IV. — DE L'ÉPOQUE A LAQUELLE LA PRESCRIPTION DE LA PEINE SE
SUBSTITUE A CELLE DE L'ACTION.

Il y a à distinguer deux cas : celui où le condamné n'est pas en état de détention lors de sa condamnation, et celui où il est en état de détention.

(1) CASS., 31 janvier 1834 (S. 34-1-490) — *Vide* dans ce sens les auteurs de la *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 230.

A). — *Le condamné n'est pas en état de détention lors de sa condamnation.* Dans cette première hypothèse, il faut distinguer les matières criminelles et les matières correctionnelles.

a). — *Matières criminelles.* Les condamnations prononcées par des juridictions qui statuent sans appel, substituent, à partir du jour de leur date, la prescription de la peine à celle de l'action (art. 635, 636, 639 I. cr.). La loi ne distingue pas, et il n'y a pas lieu de distinguer entre les condamnations contradictoires et les condamnations par contumace (1).

Lorsqu'un contumax, condamné pour crime à une peine afflictive et infamante, se représente après plus de cinq ans, et que, lors du jugement contradictoire, la déclaration du jury fait disparaître les circonstances aggravantes, de manière que le fait incriminé ne constitue plus qu'un simple délit, l'accusé doit-il être considéré comme n'ayant été condamné par contumace qu'à une peine correctionnelle, et doit-il, par conséquent, être absous comme ayant prescrit sa peine ?

Suivant M. LEGRAVEREND (2), il faudrait appliquer, dans tous les cas, la prescription de vingt ans, et opposer à l'accusé ce dilemme : ou acceptez la première condamnation pour ce qu'elle est, et alors le temps requis pour la prescription des peines afflictives et infâmantes n'est pas accompli, ou bien attachez-vous à la seconde condamnation, et alors subissez la peine correctionnelle, car vous ne pouvez l'avoir prescrite avant qu'elle ait été prononcée.

Nous ne nous arrêtons pas à cette objection, et nous

(1) CASS. 1^{er} février 1839 (S. 39-1-717); — 23 janvier 1840 (S. 40-1-704).

(2) LEGRAVEREND, t. II, p. 591 et suiv.

croyons, avec la doctrine à peu près générale des auteurs (1), que la qualification de simple délit attribuée par le jury, lors du débat contradictoire, aux faits qui, par contumace, avaient été considérés comme crimes, réagit au jour de l'arrêt de condamnation, et qu'il suffit que, depuis cet arrêt, il se soit écoulé le temps nécessaire à la prescription des condamnations correctionnelles pour qu'aucune peine ne puisse être prononcée. La jurisprudence de la Cour de cassation est invariablement fixée dans ce sens (2); elle a même fait une saine application de ces principes dans un arrêt assez récent, en date du 9 février 1854 (3).

b). — *Matières correctionnelles*. Soit un jugement de condamnation rendu *par défaut* : tant qu'il n'a pas été signifié, c'est la prescription de trois ans et non celle de cinq ans qui court. La non-signification est considérée comme une cessation de poursuites (4). — Soit un jugement susceptible *d'appel* : la prescription court du jour où l'appel a cessé d'être possible.

Mais commence-t-elle après le délai de l'appel déterminé par la disposition de l'art. 203, ou seulement après celui qui est accordé par la disposition de l'art. 205 du Code d'instruction criminelle? MM. LEGRAVEREND (5), de CORMEILLE (6), COUSTURIER (7) et ACHILLE

(1) CARNOT, t. III, p. 313; — BOURGUIGNON, sur l'art. 476, I. cr., t. II, p. 402; — MERLIN, *Quest. v^o Contumace*, § 5; — DUVERGIER sur LEGRAVEREND, t. II, p. 592; — VAN-HOOREBEKE, p. 209.

(2) Elle a été vivement critiquée par M. COUSTURIER, n^o 66, p. 102, comme contraire au texte et à l'esprit de l'art. 476, J. cr.

(3) CASS., 9 février 1854 (S. 54-1-277; J. p. 54-1-472).

(4) MANGIN, t. II, n^o 338.

(5) LEGRAVEREND, t. IV, p. 338.

(6) DE CORMEILLE, *Encyclopédie du Droit*, v^o *amende*, n^o 74.

(7) COUSTURIER, n^o 139, p. 361.

MORIN (1), sont d'avis que la prescription commence immédiatement après l'expiration du délai ordinaire de dix jours. Nous ne pouvons adopter ce sentiment; la loi parle, en effet, d'une façon absolue, dans l'art. 636 I. cr. Nous sommes de ceux qui pensent que, tant que le délai extraordinaire d'un ou de deux mois, accordé au Ministère public, n'est pas expiré, on a le droit de dire que le jugement n'a pas l'autorité de la chose irrévocablement jugée. L'appel est possible; or, il importe peu de quelle part il peut venir (2).

B). — *Le condamné est lors du jugement en état de détention.*

a) — La prescription ne peut commencer à son égard, malgré les termes des art. 635 et 636 I. cr., *qu'au jour de son évasion*, pour ce qui concerne les *peines privatives de la liberté*, car il ne peut pas prescrire ces peines pendant qu'il les subit (3). L'opinion contraire, esclave de la lettre, s'est toutefois produite, et elle a pour partisans MM. VAN HOOREBEKE (4) et VAZEILLE (5).

b). — S'il s'agit au contraire de peines qui atteignent le patrimoine du condamné qui s'est évadé, la prescription court à partir du jour de la condamnation, car

(1) ACH. MORIN, *Rép.*, v^o *prescr.*, n^o 543.

(2) *Sic* NIMES, 15 juin 1843 (S. 44-2-33); — CARNOT, sur l'art. 636, n^o 5; — TRÉBUTIEN, *Cours de Droit criminel*, t. I, p. 359. — CASS., 20 juillet 1827 (D. 27-1-315).

(3) *Sic* RODIÈRE, p. 541; — BOITARD, n^o 310; — RAUTER, n^o 856; — BERTAULD, *Cours de Code pénal*, 12^e leçon, p. 297-299; — LE-GRAVEREND, t. II, p. 776.

(4) VAN-HOOREBEKE, p. 267.

(5) VAZEILLE, t. II, n^o 456 et 457.

c'est de cet instant que l'administration des domaines peut en poursuivre l'exécution.

V. — DES CAUSES QUI METTENT OBSTACLE AU COURS
DE LA PRESCRIPTION.

A). — Il est généralement admis que les perquisitions et les poursuites dirigées contre les condamnés *n'interrompent* pas la prescription des condamnations.

B). — La prescription des *peines privatives de la liberté* est *suspendue*, et cesse de courir pendant que le condamné les subit.

Quid juris si le condamné s'évade? Le temps qui avait précédemment couru pendant qu'il était en liberté est-il utile et doit-il lui être imputé pour arriver à la prescription avec celui qui s'est écoulé depuis son évasion? C'est là une question grave et qui se résume à savoir s'il y a *suspension* ou *interruption* de prescription. — M. RAUTER (1) enseigne que l'exécution de la condamnation produit un *effet interruptif*. Nous ne saurions nous rallier à cette opinion, qui est, du reste, vivement combattue par M. COUSTURIER (2) : « Nous pensons, dit le jurisconsulte belge, que l'exécution de la condamnation ne peut produire qu'un *effet suspensif*. Supposons qu'un condamné parvienne à échapper à l'exécution de la peine pendant trois ou quatre ans, et qu'après avoir été arrêté et avoir commencé à la subir, il parvienne à s'évader de nouveau, ne serait-ce pas pousser trop loin la rigueur que de ne lui tenir aucun compte de ces trois ou

(1) RAUTER, *Traité du Dr. crim.*, n° 856.

(2) COUSTURIER, n° 145, p. 374.

quatre années d'angoisses qu'il a passées en se tenant à l'écart? C'est déjà bien assez, semble-t-il, qu'on doive lui retrancher le temps qu'il a passé à subir sa peine : le législateur ne s'est pas montré si rigoureux; il a compris dans le délai de la prescription le temps écoulé pendant le pourvoi et la procédure en cassation, quoique pendant cette époque la condamnation ne puisse être exécutée; il a senti que ce temps était également pour le condamné un temps d'angoisses et de tourments. Il est bien clair, d'ailleurs, d'après l'exposé des motifs, qu'il suffit pour que la prescription soit acquise que, selon la nature des condamnations, vingt, cinq ou deux années de la vie des condamnés se soient passées dans cet état de torture morale; la loi n'exige pas que ces années se suivent sans interruption, de même qu'elle n'en fait pas une condition essentielle pour les années de peine que les condamnés ont à subir: dans l'un comme dans l'autre cas, le méfait est expié dès que le nombre fixé des années se trouve complet. »

C.) — Nous n'admettons pas l'*interruption* de la prescription des *peines pécuniaires*. Le Code d'instruction criminelle possède, en effet, un système complet (art. 635 et suiv.), qui n'a rien de commun avec les principes ordinaires de la prescription en matière civile, auxquels d'ailleurs l'art. 642 I. cr. ne renvoie que pour les condamnations prononcées au profit des parties civiles. En outre, comme les condamnés à l'amende peuvent être soumis, à défaut de paiement, à un emprisonnement assez long (art. 53 C. p.), si l'on admettait l'interruption, ils pourraient rester indéfiniment sous la menace de cet emprisonnement. Les art. 637, 638 et 640 I. cr. n'indiquent aucun mode d'interrup-

tion de la prescription des peines. Or, il n'est pas permis d'ajouter à la rigueur de la loi, *odia restringenda*. Dans notre sentiment, les actes d'exécution produisent un *effet suspensif*. Ainsi, lorsque la contrainte par corps aura été exercée contre le condamné (art. 53 et 467 C. p.), ou qu'une saisie aura été apposée sur ses biens pour parvenir au paiement de l'amende, il faudra calculer le temps de la prescription, en déduisant la durée de l'emprisonnement ou le temps qui s'est écoulé pendant l'opération de la saisie.

D.) — Il est évident que, sous le rapport de la prescription, il n'existe pas d'indivisibilité entre plusieurs peines appliquées simultanément au condamné. L'exécution de l'une d'elles ne doit pas empêcher que les autres puissent être prescrites. Ainsi, par exemple, le paiement de l'amende ne serait pas un obstacle à la prescription de la peine corporelle, et *vive versa*. A cet égard, nulle controverse parmi les auteurs (1).

VI. — DES EFFETS DE LA PRESCRIPTION.

A.) — La prescription établie par les art. 635, 636 et 639 I. cr. n'anéantit pas le jugement de condamnation; elle ne forme obstacle qu'à l'exécution de la peine; elle respecte la cause en faisant cesser la conséquence.

Ainsi, le jugement pourra être invoqué pour faire subir au condamné, lorsqu'il aura commis un nouveau délit, l'aggravation de la peine résultant de la récidive.

Ainsi, elle laisse subsister toutes les incapacités ré-

(1) VAN-HOOREBEKE, p. 269; — COUSTURIER, n° 144, p. 369; — VAZEILLE, n° 649.

sultant, soit de l'irrévocabilité, soit de l'exécution de la condamnation (1), *v. g.*, l'incapacité de transmettre et de recevoir par donation entre-vifs ou par testament, attachée par l'art. 3 de la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile, aux peines perpétuelles (2).

Ces incapacités deviennent ineffaçables après la prescription, car la *réhabilitation* est désormais impossible. Elle n'a lieu que si le coupable a subi sa peine ou est réputé l'avoir subie par suite de la grâce qui lui est accordée (art. 619 I. cr. et loi du 3 juillet 1852). La Cour de Paris (3) a fait une application remarquable de ce principe, en décidant qu'il n'y a pas lieu d'admettre au bénéfice de la réhabilitation celui qui, ayant été condamné correctionnellement à l'amende et à la prison, a, à la vérité, subi la prison, mais s'est libéré de l'amende par la prescription (4).

B). L'art. 635, alin. 2 et 3, défend au condamné qui aura prescrit sa peine de résider dans le département où demeurerait soit celui sur lequel, ou contre la propriété duquel le crime a été commis, soit ses héritiers directs, et autorise le gouvernement à lui assigner le lieu de son domicile. « Le législateur, a dit le conseiller d'État Réal, dans l'exposé des motifs, ne doit pas oublier que le forfait vit encore dans la mémoire

(1) *Vid.* art. 32 du Code Napoléon.

(2) CASS. 31 janvier 1834 (S. 34-1-490).

(3) PARIS, 5 avril 1853 (S. 53-2-293).

(4) « On est parti de cette idée pleine de dureté, empruntée à l'ancienne jurisprudence, qu'il s'opère entre la société et le coupable une sorte de compromis. Si le condamné a acquis, par la prescription, l'exemption du supplice, la société de son côté a acquis le droit de le rejeter de son sein autant qu'il dépend d'elle. » CAUVET, *Revue de législation*, année 1849, t. 1^{er}, p. 396.

de ceux qui en furent les victimes, et la prescription serait une institution barbare, si son résultat pouvait être tel qu'à une époque quelconque, le fils d'un homme assassiné dût voir s'établir à côté de lui le meurtrier de son père. »

Quelle est la sanction de cette défense? Quelques criminalistes enseignent que le Gouvernement a le droit de réprimer l'infraction à cette défense, en faisant arrêter et détenir le condamné conformément à l'art. 45 C. pén. Nous ne pouvons adopter ce sentiment, et appliquer les règles *du renvoi sous la surveillance de la haute police* (1), différant essentiellement de la mesure qui fait l'objet de l'art. 655 I. cr.; des mesures administratives pourront seulement être prises: *Odia restringenda*.

VII. — DE LA PRESCRIPTION DES CONDAMNATIONS CIVILES A DES RESTITUTIONS, A DES DOMMAGES INTÉRÊTS ET AUX FRAIS

Aux termes de l'art. 642 I. cr., les condamnations civiles portées par les arrêts ou par les jugements rendus en matière criminelle, correctionnelle ou de police, *et devenues irrévocables*, se prescriront d'après les règles établies par le Code Napoléon.

Mais quand la prescription commence-t-elle de courir par rapport aux condamnations civiles prononcées contre les *contumaces* ?

Le délai accordé pour purger la contumace (art. 471 et 641) est-il *suspensif* de toute exécution de la part de la partie civile? Si oui, la prescription ne

(1) Décret des 8 et 12 décembre 1851.

commencera qu'à partir de l'expiration de ce délai ; si non, elle courra à dater du jour où le jugement a été rendu.

Nous croyons qu'il n'y a pas *suspension* d'exécution, et que dès lors la prescription commence de courir à partir du jour du jugement. Car ce jugement est rendu sous une condition résolutoire, celle de la représentation du condamné dans un délai déterminé ; et, comme tout acte formé sous une pareille condition, il doit recevoir son exécution en attendant l'événement de la condition.

APPENDICE.

La disposition de l'art. 2281 du Code Napoléon (1) peut-elle être étendue aux matières criminelles ? La négative n'est pas douteuse ; elle est défendue par MM. DEMOLOMBE (2), TROPLONG (3), et MERLIN (4).

La Cour de cassation l'a également consacrée ; car sous l'empire du Code de brumaire elle avait jugé constamment que la prescription criminelle devait se régler à la fois par les deux lois pour le temps qui

(1) Art. 2281 : « Les prescriptions commencées à l'époque de la publication du présent titre, seront réglées conformément aux lois anciennes. »

(2) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, nos 61, 62, 63.

(3) TROPLONG, *De la prescription*, n° 1075.

(4) MERLIN, *Rép.*, v° *Prescr.*, sect. 1^{re}, § 3, nos XI et suiv.

avait couru sous chacune d'elles : en d'autres termes, que le temps écoulé entre le point de départ de la prescription suivant la loi ancienne et la publication de la loi nouvelle devait être compté proportionnellement à celui exigé par la nouvelle pour prescrire. Ainsi par exemple si le quart du temps fixé pour la prescription, par la loi ancienne, s'était écoulé avant la publication de la loi nouvelle, la Cour n'exigeait plus pour l'accomplissement de la prescription, que l'écoulement des trois quarts du délai de prescription fixé par cette dernière.

Ce système fut en général adopté jusqu'au moment où parut le décret du 23 juillet 1810 sur la mise en activité du Code criminel. Son article 6 est ainsi conçu : « les cours et tribunaux appliqueront aux crimes et délits les peines prononcées par les lois pénales existant au moment où ils ont été commis ; néanmoins si la nature de la peine prononcée par le nouveau Code pénal était moins forte que celle prononcée par le Code pénal actuel, les cours et tribunaux appliqueront les peines du nouveau Code. — Dans le concours de deux peines afflictives temporaires, celle qui emporterait la marque sera toujours réputée la plus forte. »

Revenant sur sa jurisprudence, la Cour suprême décida par arrêt du 8 juin 1812 que « les cours et tribunaux doivent faire jouir les prévenus du bénéfice de la prescription établie par la loi, toutes les fois que le crime ou le délit à eux imputé se trouve prescrit, soit d'après la nouvelle loi, soit d'après la loi existante à l'époque où il a été commis, soit d'après la nouvelle loi du temps où le jugement est rendu, et qu'ils doivent

appliquer à l'action publique celle des deux lois qui est la plus favorable au prévenu, par suite de la règle établie par l'art. 6 du décret du 23 juillet 1810 (1).»

Le décret de 1810 n'a été porté que pour ménager le passage de la législation ancienne à celle du Code d'instruction criminelle et du Code pénal en vigueur ; faut-il décider que le principe qu'il consacre doit servir également de règle pour la décision de questions analogues que peuvent faire naître les modifications qu'ont subies ou que peuvent encore subir ces deux Codes ?

L'affirmative nous paraît à l'abri de toute critique, parce que la disposition du décret de 1810 est l'expres-

(1) Quant à la prescription de la peine, M. VAZEILLE, n° 802, enseigne néanmoins que lorsqu'elle a été prononcée sous l'empire de l'ancienne loi, on doit appliquer la prescription établie par cette loi : « Pour la prescription, dit-il, il n'en est plus de la peine infligée comme de la peine à prononcer. En ordonnant qu'entre deux lois différentes, la peine à porter doit être prise dans la loi la plus douce, et en induisant de cette disposition que la mesure de prescription contre l'action doit être prise également dans la loi la plus douce, l'on n'a pas décidé que la peine portée sous une loi se prescrirait selon la mesure de prescription d'une loi subséquente, si cette mesure abrégait le délai. Il existe entre la peine portée et la libération par prescription un rapport aussi nécessaire que celui qui existe entre la peine à prononcer et l'action qui tend à la faire prononcer. De même qu'une loi nouvelle peut donner et la peine à infliger, et la prescription de l'action, de même, si la loi nouvelle ne fait pas changer la peine qui a été infligée, elle ne doit pas faire changer la prescription qui peut produire la libération de cette peine. Or, il est bien certain que les lois qui surviennent ne touchent pas à la chose jugée. Cependant, comme le souverain peut faire grâce, la loi pouvant remettre la peine, pourrait encore mieux faire dépendre la libération d'une nouvelle prescription, moins longue; mais il faudrait pour cela une disposition très expresse, et il n'en existe pas dans la législation actuelle. »

sion des principes fondamentaux de la législation et de la justice répressive (1).

« Elle permet à la loi pénale, disent les auteurs de la *Théorie du Code pénal* (2), nouvellement promulguée, de se retourner en arrière et de saisir les prévenus de faits commis avant sa promulgation, dans le cas où les peines qu'elle porte, seraient plus douces que les anciennes. La théorie de cette exception s'explique aisément : lorsque le pouvoir social juge que les peines dont la loi est armée sont trop sévères, lorsqu'il pense que l'ordre social n'est pas intéressé à les maintenir, lorsqu'il désarme en un mot, il ne pourrait sans une étrange inconséquence continuer à appliquer même à des faits antérieurs à ces nouvelles prescriptions, mais non encore jugés, des peines qu'il proclame lui-même inutiles et trop rigoureuses. Ce n'est donc pas *une sorte de faveur*, comme quelques écrivains l'ont dit, *mais un strict principe de justice* qui justifie cette exception. Car il serait d'une souveraine injustice d'appliquer des peines qu'au même instant on déclare surabondantes ou d'une sévérité excessive. »

« Comme le fait remarquer M. COUSTURIER (3), des considérations parfaitement analogues commandent l'application du même principe en ce qui concerne la prescription de l'action et la prescription des peines. Le but social de la justice répressive n'est atteint que lorsque les peines s'infligent d'une manière certaine et

(1) Ils avaient été proclamés successivement par les art. 8 de la Constitution de 1791, — 14 de la Constitution de 1793, — et 12 de la Constitution de l'an III.

(2) MM. CHAUCHEAU et FAUSTIN-HÉLIE, t. I, p. 12 et 19.

(3) COUSTURIER, p. 402, n° 152.

prompte : on ne peut attendre aucun effet d'une loi pénale appliquée tardivement ; le mal qu'elle cause paraîtrait infligé gratuitement. Les poursuites tardives, outre qu'elles réussissent rarement, sont encore fort dangereuses, à raison du dépérissement des preuves. Le prévenu qui ne songe à ses moyens de défense que lorsqu'une poursuite contre lui est imminente, serait le plus souvent hors d'état de repousser une accusation injuste, faute de pouvoir reproduire les preuves qui ont existé de son innocence. De là la nécessité, pour le législateur, de fixer un terme pour la poursuite des délits et l'exécution des peines. S'il trouve que la prescription établie par la loi existante est trop longue, et qu'il en établit une autre d'une durée moindre, il y aurait inconséquence de sa part à vouloir que les faits qui n'ont pas encore été poursuivis ou expiés continuent à être régis par la loi dont il vient de proclamer les défauts (1). »

(1) *Sic* VAN-HOOREBEKE, p. 186 et suiv.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I.

Il faut distinguer l'obligation *corréale* et l'obligation *in solidum*.

II.

Il faut admettre l'ancienne division tripartite des fautes : *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima*.

III.

Il n'y a pas antinomie entre la loi 12, § 3, ff. *de public. in rem act.* (6. 4), et la loi 9, § 5, *ibid.*

IV.

La *superficies* n'est pas une servitude réelle.

V.

Le *superficiarius* a l'interdit en qualité de *juris possessor*.

DROIT FRANÇAIS.

(Code Napoléon).

I.

Les libéralités *déguisées* faites à un époux en secondes noces à son conjoint, alors qu'il a des enfants d'un précédent mariage, sont frappées d'une *nullité absolue*, et non pas seulement réductibles à la quotité disponible de l'art. 1098 C. N.

II.

+ Une libéralité faite, à titre de rente viagère, à un tiers, comme charge d'une donation entre époux dans un contrat de mariage, n'est pas révoquée pour cause de survenance d'enfants.

III.

La faculté, réservée à une femme mariée sous le régime dotal, d'aliéner ses biens dotaux emporte virtuellement la faculté de les hypothéquer.

VI.

+ La subrogation légale, établie au profit du créancier préférable à raison de ses privilèges et hypothèques, comprend l'action en résolution qui appartient à ce dernier.

V.

+ La séparation de corps non suivie de réconciliation n'emporte pas de plein droit, à l'égard de l'époux contre lequel elle a été prononcée, la révocation du testament fait en sa faveur par l'autre époux.

VI.

Est nulle la stipulation d'un contrat de mariage portant que l'hypothèque légale, restreinte par les futurs époux à certains immeubles, pourra, pendant le mariage, être transportée d'un commun accord de ces immeubles sur d'autres.

VII.

L'action directe, accordée aux ouvriers employés à une construction faite à l'entreprise, contre le maître de l'ouvrage, jusqu'à concurrence de ce dont ce dernier se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où elle est intentée, ne peut pas être exercée sur les sommes que l'entrepreneur a cédées antérieurement à cette action.

PROCÉDURE CIVILE.

I.

La demande en séparation de corps, fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, doit être formée par *assignation* et non par *requête*.

II.

La femme mariée sous le régime dotal, dont les immeubles dotaux sont compris dans une saisie dirigée contre elle et son mari, peut non seulement agir par voie de *nullité* dans la forme et le délai prescrits par l'art. 728 C. P. C., mais encore par voie de *distraktion* pendant la saisie, et par voie de *revendication* après l'adjudication.

DROIT COMMERCIAL.

I.

Le consentement du mari, pour habiliter sa femme à faire le commerce, peut dans tous les cas être suppléé par l'autorisation de la justice.

II.

La société, être moral, n'est pas seule propriétaire du capital social, et les actions constituent non pas des créances, mais un droit de copropriété.

DROIT CRIMINEL.

I.

La subrogation aux droits du fisc doit être accordée à celui qui a payé la totalité des amendes.

II.

Pour qu'il y ait tentative punissable, il faut la réunion des éléments moraux et des éléments matériels constitutifs du délit.

DROIT ADMINISTRATIF.

I.

L'art. 4750 C. N., relatif à la vente volontaire, ne s'applique pas à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

II.

Il n'y a en matière administrative que *deux degrés* de juridiction.

Approuvé :

Le Doyen de la Faculté de droit

LAURENS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER.

L'Inspecteur-Général de l'enseignement supérieur, délégué,

F. LAFERRIÈRE.

