

CHOIX DE PRÉFACES DE TROPLONG ET PRÉSENTATION

1. Des privilèges et hypothèques (1833)

Troplong choisit habilement son premier sujet ; le régime hypothécaire est sans doute la partie la plus faible du Code, très inférieure techniquement à la loi de brumaire an VII. La réforme hypothécaire a donné lieu à une abondante doctrine critique (Jourdan, Wolowski, Valette) ; c'est la grande question législative de la première moitié du XIX^{ème} siècle. On sait que les travaux parlementaires, commencés sous la monarchie de Juillet, se continueront activement sous la Seconde République (grâce à Valette, notamment), mais n'aboutiront que très partiellement avec la loi du 23 mars 1855 (J.-L. HALPÉRIN, Histoire du droit privé français depuis 1804, PUF, 1996.97). Troplong défend ici de façon caractéristique une position moyenne, le système du Code, qui n'est pas si mauvais, peut être amélioré ; il propose donc la transcription des aliénations et la publicité des constitutions de droits réels, mais défend le caractère occulte des hypothèques légales de la femme mariée et des mineurs.

PRÉFACE

*Istæ præfationes , et libentiùs nos ad
lectionem propositæ materiæ producunt
(CAIUS, l. I. D. de Orig. Juris.)*

"La matière des hypothèques, disait M. Réal, est sans contredit la plus importante de toutes celles qui doivent entrer dans la composition d'un Code civil. Elle intéresse la fortune mobilière et immobilière de tous les citoyens. Elle est celle à laquelle toutes les transactions sociales se

rattachent. Suivant la manière dont elle sera traitée, elle donnera la vie et le mouvement au crédit public et particulier, ou elle en sera le tombeau.”

On ne trouvera rien d'exagéré dans ces paroles, si l'on considère que c'est l'hypothèque qui conserve aux familles le précieux patrimoine des épouses, qui protège la fortune de ceux à qui leur âge ou leur incapacité morale ne permet pas de surveiller leurs intérêts, qui soutient ou relève le crédit du particulier, qui favorise le placement des capitaux étrangers au commerce, qui porte le numéraire au secours de l'agriculture et des spéculations civiles, et qui enfin, comme un puissant levier, donne le mouvement aux plus importantes transactions, par cela même qu'elle les environne des plus solides garanties.

Cette influence journalière et immédiate de l'hypothèque sur la propriété et la circulation des capitaux, a souvent fait élever des plaintes amères sur la complication des rouages qui servent à la mettre en action. Je reconnâtrai, tant qu'on voudra, que notre régime hypothécaire est susceptible de grandes améliorations. Mais espérer que l'on pourra jamais y introduire cette simplicité de combinaison qui séduit dans la pratique, et que l'on envie au coupon des rentes sur l'état ou au billet de banque, me paraît à la fois un désir irréfléchi et une utopie impossible à réaliser. Le régime hypothécaire restera toujours la partie la plus ardue du Code civil. Car il remue les intérêts les plus nombreux et les plus graves, il met en conflit les droits les plus opposés et en même temps les plus dignes de faveur ; et le législateur manquerait à sa mission si, par amour pour une simplicité systématique, il les courbait tyranniquement sous un joug absolu, plutôt que de les concilier par des tempéramens opportuns, au risque de sacrifier la simplicité à la justice civile. Lorsque la civilisation a développé chez un peuple un grand mouvement de transactions et d'affaires, la législation est toujours assez simple quand elle est nettement formulée, quand les solennités qu'elle emploie sont, quoique nombreuses, claires et commandées par l'utilité, quand leur établissement est mitigé dans l'application par un large principe d'équité. Après tout, cette simplicité dans les lois, dont je vois quelques esprits si préoccupés, n'est qu'un leurre funeste, une promesse féconde en déceptions. Napoléon qui a imprimé sur le Code civil les traits de cet étonnant génie qui brilla dans le gouvernement de l'état autant qu'à la tête des armées, Napoléon a dit, à propos du régime hypothécaire, ces mots profonds qu'il faut sans cesse rappeler aux hommes superficiels que la difficulté effraie, et qui ne rêvent la simplification indéfinie de la législation que pour se dispenser de la méditer : “Depuis que j'entends discuter le Code civil, je me suis souvent aperçu que la trop grande simplicité dans la législation est l'ennemie de la propriété. On ne peut rendre les lois extrêmement simples, sans couper le nœud plutôt que de le délier, et sans livrer beaucoup de choses à l'incertitude de l'arbitraire... Que la loi soit moins simple, pourvu qu'elle soit conforme aux principes de la justice civile (1).”

Si j'avais un reproche à adresser à notre régime hypothécaire, ce serait bien plutôt d'avoir visé à une simplicité trop grande dans l'organisation du système de l'aliénation des droits réels, et d'avoir exposé, par une trop grande sobriété dans les formes, les acquéreurs et les prêteurs à des mécomptes désastreux. Le système qui consacrait le secret de l'hypothèque, et qui dispensait le créancier de l'assujettissement à la spécialité et à l'inscription, était, au premier coup d'œil, le plus simple, puisqu'il était le plus avare des solennités gênantes. C'est en partie sous ce rapport qu'il fut défendu par M. Bigot de Preameneu, dans le travail qu'il fournit au conseil d'état, pour repousser les innovations de la loi de l'an VII, et faire ressortir les avantages

(1) Confér., t. 7, p. 118.

de l'ancienne jurisprudence. Mais qui pourrait nier aujourd'hui que cette simplicité ne fût la ruine du crédit et la source intarissable de longs et inextricables litiges ? En effet, les idées ont bien fait du chemin, depuis M. Bigot et le petit nombre des conseillers d'état, qui réchauffèrent, lors de la discussion du Code civil, les prédilections du chancelier d'Aguesseau pour l'hypothèque occulte. Dans un pays comme la France, où la publicité a pénétré partout comme base de la confiance des gouvernés dans les gouvernans, la raison publique ne sait plus comprendre comment la confiance entre particuliers pourrait s'établir sur le secret dans les affaires privées et sur les apparences souvent trompeuses d'un crédit qui veut échapper aux investigations.

Ainsi donc, pour raisonner sans préjugés sur le mérite du système hypothécaire qui nous régit, deux conditions sont indispensables ; résister à ce désir de simplicité qui est incompatible avec la matière même des hypothèques, et de plus, accepter comme seul point de départ possible l'état des choses sanctionné par le Code civil. Quiconque voudrait enlever au législateur le libre emploi de formes, mêmes multipliées, et subjuguier les transactions civiles sous le niveau d'une simplicité toujours arbitraire, méconnaîtrait les progrès de la science législative. Quiconque voudrait remonter dans le passé pour ressusciter les institutions surannées de notre ancien droit hypothécaire, ne serait pas de son temps, et faillirait aux leçons de l'expérience.

La question, qui s'agit aujourd'hui parmi les jurisconsultes français et étrangers, est de savoir si le Code civil donne aux acquéreurs et aux créanciers le plus grand nombre de garanties désirables, ou bien s'il n'y aurait pas moyen d'augmenter ces garanties, en élargissant le principe de la publicité, et en le faisant pénétrer dans les hypothèques légales des femmes et des mineurs, et dans l'aliénation de tous les droits de propriété. C'est entre les partisans du *statu quo*, et ceux qui sollicitent les innovations que j'indique, qu'est aujourd'hui la lutte. Car, je ne compte pas cette petite secte, qui affiche la prétention de reconstituer à neuf la famille, la propriété, le droit de succession, toutes les relations de la vie sociale, et qui a proclamé sur le régime hypothécaire des conceptions, qui peuvent marcher de pair avec ce qu'on trouve de plus extraordinaire dans le corps de ces doctrines. Le jurisconsulte de cette école spéculative est M. Decourdemanche, qui dépense beaucoup d'esprit à son service. Après avoir fait une brochure pour améliorer le régime hypothécaire, M. Decourdemanche a fini par le trouver décidément mauvais, même avec les perfectionnemens dont il avait cru pouvoir l'enrichir. Il pense que l'hypothèque est contraire aux principes de justice, qui doivent régler les rapports des hommes entre eux ; qu'elle est attentatoire au crédit public et anti-productive (2) ; qu'on doit la proscrire avec la même sévérité que le prêt sur gage mobilier, parce qu'elle elle immorale, et qu'elle ne tient aucun compte de la bonne foi, etc. Il ne traite pas avec plus de faveur les privilèges sur les meubles et sur les immeubles (3). Il en propose en conséquence l'abolition, et demande qu'on interdise au débiteur de créer des hypothèques. Au système hypothécaire, il substitue une vaste mobilisation du sol que l'on assimilerait aux rentes sur l'état. La propriété, dégagée de tous droits réels et hypothécaires, se transmettrait sans entraves, et par là des valeurs énormes seraient rendues à la circulation. Le propriétaire qui aurait besoin d'argent, et qui aujourd'hui n'emprunte que parce qu'il ne peut pas vendre d'une manière opportune (4), se déferait de son immeuble avec la plus grande facilité, et en trouverait toujours un prix avantageux. Au lieu de

(2) Lettres sur la Législat., let. 8, p. 18 et 19. Ces lettres ont été imprimées aux frais de la société saint-simonienne, et publiées dans *le Globe*.

(3) Lettre 7.

(4) Rien n'est plus faux. Celui qui emprunte est toujours mu par l'espoir de retrouver plus tard le capital prêté sans se priver de sa propriété, qui est la chose à laquelle l'homme tient le plus, et à laquelle il ne se décide à renoncer qu'à la dernière extrémité. En général, il est rare que celui qui veut vendre ses biens pour réaliser, ne le fasse pas avec avantage, il agit avec discernement et sans précipitation.

contrats d'hypothèque ou d'antichrèse, il n'y aurait plus que des ventes à réméré. L'emprunteur passerait sous le nom du prêteur, le nombre de pièces de terre, qui serait nécessaire pour garantir la somme prêtée, et il se ferait remettre une promesse de revente pour l'époque où il rendrait la somme avancée. Si le prêteur vendait à un étranger avant le délai convenu, la vente serait valable, aucune clause résolutoire ne pourrait y porter atteinte. Mais le débiteur aurait une action en indemnité, et il est à croire que cette action serait presque toujours utile, car ceux qui prêtent sont ordinairement solvables.

Par ce moyen la législation serait simplifiée, la confiance renaîtrait, les procès et les frais de justice ne dévoreraient plus la substance du pauvre citoyen, la bonne foi présiderait à toutes les affaires, et probablement nous serions tous comme le sage Zénon,

*“Liber, honoratus, pulcher, rex denique regum
“Præcipuè sanus, nisi cum pituita molesta est.” (5)*

Mais laissons les impraticables rêveries de cette école. Nous ne voulons nous occuper ici que des opinions éclairées par l'expérience ou susceptibles d'entrer dans le domaine des faits.

Et d'abord, jetons un coup d'œil sur les essais de système hypothécaire opérés depuis quelques années chez des nations voisines, qui rivalisent avec nous de lumières et de civilisation. L'étude de la législation comparée est la meilleure manière d'approfondir les grandes questions que présente la science du droit.

(... Analyse des “codes hypothécaires” de Naples et du Piémont d'un côté, de Bavière, de Lombardie et du Piémont de l'autre. Cette étude est menée à partir de divers articles de la *Thémis*, notamment celui de Jourdan, T. 5, p. 225)

Toutes ces réformes, réalisées ou projetées en pays étranger, avec plus ou moins d'étendue, doivent avoir pour nous une importance d'autant plus grande, qu'il existe en France une opinion sinon générale, du moins très-imposante, qui tient en grande méfiance le système hypothécaire qui nous régit. Après l'enthousiasme que le Code civil excita à sa naissance, sont venus la réflexion qui a refroidi bien des admirateurs, et la pratique qui a fait naître plus d'un mécompte. La critique a élevé sa voix ; et quand elle a eu pour organe des hommes tels que l'infortuné Jourdan, ravi trop tôt à la science du droit qu'il éclairait de la vive lumière de ses aperçus historiques et philosophiques, elle a parlé un langage véhément, incisif, je dirai presque accusateur. Le travail hypothécaire du législateur de 1804 a été immolé sans pitié aux conceptions plus avancées de nos voisins d'Allemagne ; l'œuvre de Napoléon, de Portalis et de Treilhard a été stigmatisée, comme un chaos d'*éléments hétérogènes, de dispositions inexplicables, d'antinomies insolubles, ne produisant que tourment pour les interprètes et procès pour les justiciables* (6). Puis, est entré dans la lice un homme que la France pleure encore, ce Casimir Périer qui voulut l'ordre avec la fermeté d'un grand caractère, et le progrès avec la maturité d'un génie sage et prudent. Notre système hypothécaire lui avait paru tellement vicieux, qu'en 1827 il ouvrit spontanément un concours, pour indiquer les améliorations, qui pouvaient lui rendre la confiance publique, et il créa un prix de 3000 francs pour l'auteur du mémoire qui aurait le mieux atteint ce but. “Depuis long-temps (écrivait-il aux journaux le 5 février 1829), tous ceux qui s'intéressent à la prospérité sociale s'affligent d'en voir le développement entravé PAR LES VICIES DE NOTRE SYSTEME HYPOTHECAIRE, dont les principaux effets sont

(5) Horace, épît. I, *in fine*.

(6) *Thémis*, t. 5, p. 228, 229. Voir aussi, p. 481, et t. 6, p. 193.

d'éloigner les capitaux des prêts sur immeubles, et de maintenir la disproportion considérable et fâcheuse qui existe entre l'intérêt dans les emprunts sur la propriété, et celui que présentent les autres opérations de même nature. Le commerce et l'agriculture réclament également, dans cette partie de notre législation, des améliorations qui permettent d'étendre le crédit dont l'un et l'autre éprouvent un si grand besoin, en l'assurant sur la base à la fois la plus large et la plus solide, sur la valeur immense de notre sol."

(...)

Une législation sur laquelle pèse une improbation venue de si haut, et si solennellement manifestée, ne saurait être absolue, ni par le grand nom de ses auteurs, ni par les imitations qu'elle a produites au dehors, ni par les apologies incomplètes (7) de quelques uns de ses partisans. Le gant lui a été jeté ; il faut qu'elle le relève, et qu'elle vienne rendre compte des principes qu'elle a préférés, et des motifs de son option. Cependant jusqu'à ce jour la critique a parlé seule, et le défenseur est resté muette. Est-ce donc à dire que la cause est définitivement perdue ?

Pour moi, je ne veux me constituer ni le défenseur absolu, ni l'adversaire exclusif du régime hypothécaire, objet de tant d'attaques. De grands défauts existent dans le Code ; des lacunes fâcheuses s'y font remarquer. Mais à tout prendre, ses vices ne sont pas tous aussi énormes, ils ne sont pas aussi nombreux que le pensent ceux qui lui reprochent de nuire au crédit, dont devrait jouir la propriété foncière. Peut-être que, sous ce dernier rapport, on ne fait pas assez d'attention qu'on veut rendre le régime hypothécaire responsable d'un état des choses, qui tient, en partie, à la nature même de la propriété.

Quelque simple qu'on suppose la saisie immobilière, qui est la sanction de l'hypothèque, il faudra toujours des formalités assez lentes et même assez dispendieuses pour arriver à l'expropriation. Le crédit n'est pas le seul qui ait droit à des garanties. La propriété n'est pas moins fondée à en réclamer ; car elle est le plus précieux de ces biens inestimables, pour lesquels l'homme demande à la société toute sa sollicitude. Or, pour que la propriété soit efficacement garantie, il est indispensable que le débiteur, qui l'a offerte comme sûreté, trouve dans des formalités prudentes, la certitude que ses créanciers n'abuseront pas de sa position, ne s'enrichiront pas injustement à ses dépens, et feront vendre son immeuble à sa vraie valeur. Il faut, de plus, des précautions pour que la brusquerie des prêteurs ne trouble pas violemment la possession des tiers détenteurs, et consente à entrer avec eux en compte de leurs améliorations. Enfin, les créanciers eux-mêmes doivent être rassurés contre la crainte que l'un d'entre eux ne s'empare, sans droit, du gage commun. Tous ces intérêts compliqués et divers ne sauraient être pris en considération, sans retarder la rapidité des poursuites, et par conséquent le paiement de ce qui est dû.

Il suit de là qu'un inconvénient grave, et découlant nécessairement de la nature même de la propriété, sera toujours inhérent au prêt hypothécaire. C'est que le prêteur ne peut espérer une prompte rentrée dans son capital, si à l'échéance le débiteur ne paie pas volontairement ; et cet inconvénient se présente d'autant plus fréquemment, qu'en général ceux qui empruntent sur hypothèque manquent de crédit personnel, qu'on prête plutôt au sol qu'à eux-mêmes, et qu'une

(7) Dissert. sur le régime des hypothèques, par M. Hennequin (Thémis, t. 4, p. 352 et suiv.). Ce célèbre avocat est loin d'avoir abordé toutes les objections.

dette contractée par un propriétaire foncier en amenant ordinairement une autre, l'expropriation forcée est le terme où aboutit son dérangement.

(...)

Placez au contraire le prêteur en présence d'un commerçant en possession de tout son crédit. Quelle immense différence ! Il n'en est pas ici comme du propriétaire inconnu qui, ses titres en main, est obligé de solliciter le secours du capitaliste. Le négociant accrédité n'a pas besoin d'aller au-devant des écus ; ce sont eux qui viennent le trouver. Son crédit vaut un titre authentique, son renom égale toutes les garanties. Quiconque a un excédant sur ses revenus, ou un capital disponible, s'empresse de le déposer chez lui, en se contentant du modique intérêt qu'il lui plaît de fixer. Car c'est lui qui dicte la loi, et non qui la reçoit ; le prêteur se croit même heureux qu'il accepte ses fonds, dont peut-être il ne saurait que faire, et il trouve une compensation suffisante de la diminution du taux des intérêts dans la certitude d'être remboursé sans frais et sans longueur, souvent à sa simple réquisition. Tels sont les avantages de prêter à la personne plutôt qu'à la chose, au crédit plutôt qu'à la propriété. Le vrai crédit personnel est toujours prêt à rendre, la propriété toujours disposée à différer.

(...)

Mais cette supériorité du crédit sur le gage immobilier apparaît en caractères bien plus éclatans, quand c'est l'état qui emprunte, et que la sûreté du grand livre de la dette publique est protégée par l'ordre intérieur, par la paix du dehors, et la fixité de la constitution. De tous les placements de fonds, ceux qui offrent le plus de commodité, de sûreté et d'avantages, sont alors les achats de rentes sur l'état. La facilité des transferts, la puissance de l'amortissement, les chances d'élévation du capital, alors que l'avenir est exempt d'inquiétudes, le paiement régulier des intérêts dans les localités les plus reculées, tout concourt à faire affluer les capitaux dans cette direction, et à les détourner des prêts sur hypothèque. Epuisez les combinaisons les plus ingénieuses de la législation, et vous ne pourrez faire qu'un simple propriétaire soit aussi solvable que l'état placé dans une situation paisible, que le crédit d'un seul vaille le crédit de tous. Il faut donc accepter cet état de choses, ou bien se créer des chimères.

L'époque à laquelle Casimir Périer faisait appel aux jurisconsultes réformateurs, était celle d'une fièvre industrielle inouïe dans nos annales, et d'une confiance illimitée dans les fonds publics. La paix ouvrait au commerce de vastes débouchés ; l'activité française se portait avec une ardeur impétueuse sur tous les genres de spéculation ; la bourse, s'appuyant sur la situation florissante du pays, et sur la confiance qu'inspirait l'avenir, attirait à elle une masse énorme de capitaux, les uns pour se caser paisiblement, les autres pour courir les chances de l'agiotage. N'était-ce pas une conséquence même de cet état prospère, que les prêts sur hypothèque fussent sacrifiés à des placements, qui souriaient davantage à la tendance des esprits, et aux besoins de la société ? Je suis peut-être dans l'erreur ; mais je m'étonne, que l'esprit juste et profond de Casimir Périer ait imputé aux vices seuls du régime hypothécaire, cette préférence pour des opérations d'un autre genre.

Mais que la chance tourne, que le crédit soit ébranlé, que l'état soit en proie au génie des révolutions ; alors les capitaux abandonneront le commerce, les rentes sur le grand-livre seront délaissées, et les prêts hypothécaires auront toute la faveur, parce que s'ils ne sont pas les plus commodes, ils remplissent du moins toutes les conditions de solidité et de sûreté dont manquent les autres spéculations. Ainsi, chaque remède a sa vertu, chaque combinaison sa revanche et son temps d'opportunité. On a dit des hommes *non omnia possumus omnes*. Il faut le dire aussi des institutions.

Cessons donc de demander à la législation hypothécaire des effets qu'elle ne pourra jamais produire.

(...)

Un bon système hypothécaire ne saurait être conçu, sans se coordonner avec le droit qui préside à la transmission de la propriété. Les rédacteurs du Code civil l'avaient senti : car ils avaient proposé un projet d'articles, d'où il résultait que les actes translatifs de propriété ne pouvaient être opposés à des tiers, quand ils n'avaient pas été transcrits (8). C'était persister dans le système adopté, après de longues méditations, par la loi de brumaire an VII. Mais cette proposition fut écartée au conseil d'état par l'influence de M. Tronchet, qui la qualifia de *désastreuse*. Ce jurisconsulte soutint que celui qui achète, n'a pas besoin que la loi pourvoie d'une manière particulière à sa sûreté.

(... Suit l'étude des inconvénients du défaut de publicité des transferts de propriété à titre onéreux)

En somme, de grandes déficiences existent donc dans la loi, tant en ce qui regarde l'acquéreur qu'en ce qui concerne le prêteur. Elle pouvait les protéger plus qu'elle ne l'a fait ; elle devait sous certains rapports entrer plus franchement dans les voies salutaires de la publicité. Mais ce n'est pas à dire pour cela, que dans d'autres circonstances, elle ait eu tort de faire prédominer sur les droits hypothécaires, d'autres droits plus favorables. C'est ici qu'un sage éclectisme doit guider la marche de la critique.

Une réforme qui, à mon avis, doit précéder toutes les autres, c'est l'établissement d'une formalité extrinsèque, véhicule d'une grande publicité, et destinée à opérer la translation des droits de propriété à l'égard des tiers. L'abandon du système de la loi de brumaire an VII, sur l'aliénation des droits réels, est la véritable cause du trouble qui se fait remarquer dans tout le système hypothécaire du Code civil, et de l'incohérence qui règne dans plusieurs autres de ses parties (9). On a vu tout-à-l'heure dans quel dédale d'embûches inévitables cette absence d'une tradition publique de la chose aliénée, jette les acquéreurs et les prêteurs. Par là, le système hypothécaire s'est trouvé frappé au cœur. Car, bien qu'en fait, les exemples de fraude n'aient pas été peut-être aussi fréquents que pouvaient le faire supposer l'incurie et la mollesse de la loi, néanmoins la crainte existe. Elle paralyse beaucoup d'opérations de prêt, elle affecte le crédit particulier.

On objectera peut-être que cette législation qui me paraît grosse de tant d'inconvénients, n'a cependant pas empêché que d'immenses opérations ne soient faites sur la propriété ; que c'est précisément depuis la promulgation du Code civil, qu'ont pris naissance ces nombreuses acquisitions de vastes domaines, revendus ensuite en détail, morcelés en petites fractions, et mis à la portée du modeste capitaliste des campagnes. Mais je répondrais que si ce grand et heureux résultat a été obtenu, c'est malgré les défauts du Code civil, et par l'effet de causes si puissantes, que l'imperfection de la loi n'a pu comprimer leur action. D'une part, les opérations d'achats et ventes en détail ont présenté jusqu'à ce jour des bénéfices tellement considérables, qu'on a pu négliger les chances de pertes, qui se tirent du défaut de publicité des droits réels ; d'autre part, l'amour de la propriété a jeté de si profondes racines et fait tant de progrès, que ce sentiment n'a

(8) Confér. t. 7, p. 223.

(9) Ces incohérences ont été relevées par M. Jourdan, dans une dissertation sur la translation du droit de propriété, t. 5, p. 481.

pas toujours calculé les dangers auxquels il s'exposait en se réalisant. Le cultivateur économe, comme il y en a en France un nombre infini, fait consister toute son ambition, ou à devenir propriétaire, ou à agrandir le patrimoine de ses pères. Lorsque par ses sueurs, il a conquis une modique somme d'argent, son premier besoin, son unique désir c'est d'acheter un champ. Les jeux de bourse, les prêts commerciaux, lui sont inconnus. Homme de travail et de peine, il ne cherche pas même à utiliser son capital par un placement hypothécaire qui lui donnera 5 pour 100 d'intérêt, sans rien faire. Ce gain ne suffit pas pour lui. Il aime bien mieux acheter un morceau de terre qu'il cultivera lui-même, et qui le paiera bien plus largement de tous ses sacrifices. En un mot, un placement en biens immobiliers est le seul auquel il aspire, parce qu'il répond à toutes ses habitudes, parce qu'il satisfait tous ses goûts d'occupations, parce qu'il lui offre la plus grande somme de bénéfices. Voilà dans quelles prédispositions il faut chercher la cause du grand mouvement imprimé depuis plusieurs années aux opérations sur la propriété. Les spéculateurs ont exploité un penchant sage et moral, que la révolution de 89 a fait naître dans la classe agricole, en l'associant à la propriété ; ils ont ouvert à son esprit d'ordre et d'économie une voie nouvelle pour se satisfaire. Mais si la confiance dans le sol s'est trouvée plus forte que jamais, ce n'est pas au système du Code sur l'aliénation des droits réels, qu'il faut en faire honneur ; car il a beaucoup fait pour la compromettre et la dégoûter. Ainsi donc, que d'heureux symptômes auxquels ce système est étranger ne fassent pas illusion au législateur ; qu'il ne s'endorme pas sur des dispositions dont les inconvénients sont palpables, et qui auraient pu faire beaucoup plus de mal encore, si la nation n'était meilleure que ses lois. Dans un moment où la division des terres sauve la France des horreurs de l'anarchie, c'est presque pour le législateur un devoir de reconnaissance, de constituer la propriété sur ses bases les plus solides, et de la dégager des entraves, qui pourrait éloigner d'elle la confiance des hommes prudents et des calculateurs.

(...)

Il résulte de ces observations que la loi de brumaire an VII, par sa sagesse et la juste mesure de ses combinaisons, doit avoir chez nous la préférence sur tous les autres systèmes connus. Il n'y a qu'un seul point, sur lequel elle soit restée en arrière des législations allemandes. C'est quelle n'a ordonné que la transcription des *actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques*, tandis que toutes les aliénations de démembrements quelconques de la propriété, tels que servitudes, droit d'usage ou d'habitation, baux, etc., doivent être connus. Il faut que les mêmes précautions qui protègent les uns contre les autres, les créanciers hypothécaires du même débiteur, viennent préserver des embûches de la mauvaise foi les acquéreurs du même vendeur. Par ce moyen, celui qui achète ne craindra plus la concurrence d'acheteurs latents, qui viendraient le dépouiller ; celui qui prend un immeuble à hypothèque, n'aura pas à redouter que son débiteur soit évincé par des ayant droits, porteurs de titres plus anciens. Enfin, ni l'acheteur, ni le prêteur ne seront exposés à souffrir, des diminutions de l'immeuble dont ils n'ont pas eu connaissance lors du contrat ; tous les droits réels, qui pèsent sur les immeubles, seront connus, sans que le droit de propriété éprouve des gênes ou des atteintes.

Une seconde réforme, sur laquelle nous nous séparerons ouvertement des partisans absolus de la publicité, c'est l'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs. Nous pensons que sous ce rapport, le Code civil répond mieux que tous les autres systèmes, aux besoins de la société ; aux principes du droit ; aux règles de la logique.

La discussion qui s'éleva à cet égard, dans le sein du conseil d'état, et qui fit triompher le sage éclectisme que nous défendons est un modèle de force, et une source de lumières. Cambacérés, Portalis, Bigot, y portèrent leur esprit net et judicieux ; le premier Consul y jeta ces

aperçus profonds, qui signalent le génie. On a dénigré le système ; mais on n'a jamais répondu aux argumens victorieux sur lesquels il repose.

Ses adversaires ne veulent voir qu'un côté de la question, la facilité des prêts hypothécaires ; c'est à cela qu'ils exigent que tout soit immolé. Mais il est un autre point de vue plus moral et plus grand, l'intérêt de la famille et de l'état, qui seraient ébranlés, si les dots des femmes et le patrimoine des mineurs n'étaient mis à l'abri des dissipations et des larcins. Voilà l'intérêt qui fut défendu avec énergie au conseil d'état. On posa ainsi la question : faut-il que les prêteurs, qui peuvent dicter la loi du contrat, soient traités plus favorablement que les femmes et les mineurs, qui ne peuvent pas se défendre? Ramenée sans cesse à ces termes par la vigoureuse dialectique du premier Consul, la solution du problème ne pouvait être douteuse, et il fut décidé que *la sûreté de la femme et du mineur devait être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs* (10) ; rien ne saurait ébranler ce résultat, si conforme aux règles de la justice.

(...)

A ces modifications on pourrait joindre celles que le Code napolitain s'est appropriées, et que j'ai rappelées ci-dessus. Des perfectionnemens de détail pourraient être introduits dans la rédaction de quelques articles du Code, qui se ressentent de la précipitation qui a présidé à la confection de la loi, et de la lutte des principes contraires dont elle est née (11) . Peut-être qu'alors de cet ensemble de réformes, étrangères à tout esprit de système et puisées dans la nature des choses, on pourrait faire sortir un régime hypothécaire plus parfait que celui qui nous gouverne.

Mais, à cette heure, au milieu des événemens qui nous pressent (12) , sera-t-il permis au législateur de tourner ses méditations vers ces paisibles débats de la science ? Verrons-nous renaître bientôt ces momens de calme, où la solution des grandes questions politiques laisse une place ouverte aux discussions sans aigreur, qui éclairent les intérêts civils ? Personne ne fait des vœux plus sincères que nous, pour que la France, déchargée du poids de sinistres préoccupations, ait enfin quelques loisirs à consacrer à des travaux, que le fracas des révolutions épouvante, que l'ambition bruyante semble dédaigner, mais qui jamais ne s'ajournent sans malaise pour la société. La marche du temps n'influe pas moins sur le développement du droit civil, que sur les progrès du droit public. Le crédit entre particuliers a ses crises, comme le crédit des gouvernemens ; la famille se modifie comme les constitutions, la propriété comme les états ; et, toutefois, par une injuste préférence, tous les efforts des esprits livrés aux affaires publiques, semblent se concentrer aujourd'hui sur le mouvement politique, oubliant qu'il est d'autres nécessités non moins chères à l'humanité, non moins dignes d'être satisfaites. Espérons que le législateur ne restera pas en arrière de ces exigences, et, qu'averti de sa lenteur par les tentatives d'améliorations opérées en Europe depuis un quart de siècle, par des gouvernemens amis du droit civil, il paiera aussi sa dette à la France, avide de marcher à la tête de tous les perfectionnemens. De bonnes lois sur les hypothèques, sur les expropriations et sur les faillites, sont les premiers ouvrages, que réclame de lui l'un des principaux élémens de la prospérité nationale, celui qui aspire à jouer dans la législation civile un rôle de jour en jour plus important, je veux parler du crédit commercial et privé, également éclairé sur ses besoins par de brillans succès pendant quinze années d'ordre et de paix, et par des revers terribles pendant deux années

(10) Conf. t. 7, p. 142.

(11) J'en ai indiqué une partie aux numéros 238, 266 bis, 286, 291, 386, 633 ter, 781, 782, 793, 917, 965, 778 ter.

(12) J'écrivais ceci au mois de septembre 1832.

de perturbation et d'angoisses. Doter de pareilles lois l'industrie et la propriété, serait un honneur pour le ministre qui les auraient conçues, et qui saurait disposer les esprits à les discuter mûrement. Pour le législateur, il y a aussi des lauriers à cueillir dans la carrière du droit civil. Rome a gouverné le monde plus long-temps par ses lois que par ses victoires. Nos conquêtes sur l'Europe ont péri ; mais nos Codes, encore vivans chez l'étranger, sont là comme des monumens, pour attester que la France est toujours le foyer des lumières et la reine de la civilisation.

2. De la vente (1834).

Le succès du commentaire des privilèges et hypothèques pousse Troplong vers un projet plus ambitieux : faire suite à Toullier, en reprenant le commentaire du Code là où celui-ci l'a laissé, c'est à dire à la vente. Ceci est encore fort habile. Il semble d'ailleurs que l'auteur ait pris une grande assurance doctrinale : cette préface (la seule qui ait un plan apparent) se présente en effet comme une sorte de programme. Troplong y entreprend d'abord de "réfuter le préjugé qui veut que Pothier n'ait rien laissé à faire aux modernes sur la vente et les autres contrats qu'il a traités" (n° 1), en marquant notamment l'originalité du Code sur le transfert de propriété par l'effet de l'obligation ; mais c'est l'occasion d'un tableau plus général des innovations du Code, liées aux "intérêts modernes" (ceux qu'ont fait éclore "quarante années de régénération sociale"). On remarquera ensuite la justification du choix du commentaire (plutôt que du traité), comme "seule méthode rationnelle pour exposer l'ensemble du droit français" ; Troplong est bien un exégète (n° 2). La partie la plus intéressante de cette préface (nos 3 à 6) est la démonstration de la supériorité du Code sur le droit Romain (avec son thème historico-spiritualiste), le jugement sur les travaux préparatoires (n° 4), où perce l'admiration pour Napoléon (et une certaine réserve à l'égard de Portalis), le projet enfin de "cimenter l'alliance des anciens maîtres de la science avec le Code" (n° 6), en faisant "revivre au dix-neuvième siècle les athlètes glorieux du seizième" - dans l'intention avouée de concurrencer les "hautes études" allemandes de "jurisprudence transcendante". En raison de son intérêt particulier, cette préface est publiée ici intégralement (3^{ème} éd., 1837, "entièrement conforme à la première et à la seconde").

PRÉFACE

*Inconueniens erit ; illotis, ut ità dixerim
manibus, protinùs materiam
interpretationis tractare.*
(CAIUS, I. I. D. de Orig. Juris.)

SOMMAIRE

1. Réfutation du préjugé qui veut que Pothier n'ait rien laissé à faire aux modernes sur la vente et les autres contrats qu'il a traité. Points principaux sur lesquels ses doctrines sont aujourd'hui surannées. Ses défauts et ses mérites.
2. Pourquoi l'auteur a préféré la forme du commentaire.
3. Le Code civil est supérieur au droit romain. Explication de cette proposition.
4. Jugement critique sur les travaux préparatoires du Code civil, et dans quel esprit il faut s'en servir.
5. Dangers des arrêts, et cependant utilité de leur étude. Observations sur le degré d'autorité qui leur appartient.

6. Utilité des lois romaines, des anciens auteurs et de plusieurs sciences accessoires pour fortifier l'étude de la jurisprudence.

1. La partie du Code civil dont M. Toullier ne s'est pas occupé, et sur laquelle je me propose de publier une série de commentaires, est celle qui a fourni à Pothier la matière de ces nombreux traités qui ont rendu son nom si populaire en France. Pothier a eu la gloire de contribuer à la rédaction du Code civil, comme Papinien, Ulpien et autres jurisconsultes de Rome, ont fait les Pandectes de Justinien. Aussi y a-t-il beaucoup de bons esprits qui croient que le meilleur commentaire qu'on puisse avoir sur la fin du Code civil, est à peu près trouvé d'avance, et qu'il existe tout fait dans les œuvres de Pothier.

Ce préjugé (je ne saurais me servir d'un autre mot) ne m'a pas empêché de me livrer avec ardeur à mon entreprise. Le succès qui l'attend peut dépendre de causes diverses, dont je ne suis pas bon juge ; mais je n'admets aucune fin de non-recevoir contre son opportunité. Malgré le mérite supérieur de Pothier, il ne lui a pas été donné de tracer les limites de la science. Entre son siècle et le nôtre viennent se placer quarante années de régénération sociale, qui ont fait éclore des intérêts nouveaux, et des Codes qui les consacrent. Le progrès, qui est partout, a aussi pénétré dans la jurisprudence, et la science des lois s'est retremée dans une révolution, qui ailleurs a pu faire peut-être trop de ruines, mais qui, pour elle, a été une époque de création ou de perfectionnement. Or, pour des théories si souvent opposées à celles qui les ont précédées, on ne saurait se passer d'interprètes contemporains. Pensons-y bien ! le Code n'a pas toujours vécu d'emprunts. Il a aussi son originalité, et de profondes innovations doivent nous mettre en garde contre l'anachronisme.

Une des premières règles que je trouve exposées dans le *Contrat de Vente* de Pothier, c'est que le vendeur n'est pas obligé de rendre l'acheteur propriétaire. Pour que tous les effets du contrat de vente soient épuisés, il suffit que l'acheteur jouisse paisiblement de la chose. Peu importe qu'il n'ait qu'une jouissance de fait, et que le droit de propriété réside dans la personne d'un tiers ; tant que l'acheteur n'est pas troublé, il ne peut élever la voix, ni reprocher au vendeur d'être resté au dessous de ses obligations. De là, des conséquences graves et nombreuses ; la vente de la chose d'autrui devient licite et logique ; la tradition se réduit à un pur fait ; l'action de l'acheteur est paralysée par le silence du vrai propriétaire, qui attend sans renoncer. Il faut qu'il paie le prix, malgré le danger du droit rival, qui peut, tôt ou tard, engager la lutte, etc., etc. (1).

Mais, sous le Code civil, rien n'est plus inexact que ce système, et des principes plus rationnels dominant le contrat de vente. L'acheteur doit être investi de la propriété même. Le vendeur, qui ne la transfère pas, manque à la loi de la convention ; et si la possession, quelque paisible qu'elle soit momentanément, n'est pas accompagnée d'une puissance sans partage sur la chose, d'un droit de propriété qui par sa plénitude écarte tous dangers à venir, la vente n'atteint pas ses effets, elle peut être résolue. On voit qu'il y a là une grande innovation. C'est la substitution du droit à l'empire du fait ; c'est le renversement d'une des bases fondamentales du travail de Pothier. L'autorité de ce jurisconsulte est donc ici complètement récusable ; nous verrons qu'elle a égaré la cour de cassation elle-même (2).

(1) Cujas a tiré d'autres conséquences qu'on peut voir dans mon commentaire sur les hypothèques, t. 4, n° 851 et suiv. On va loin en partant d'un pareil principe.

(2) N° 263.

Suivant Pothier (3), l'obligation ne transfère jamais la propriété. Elle produit sans doute une action pour obtenir la chose ; mais elle est impuissante pour déplacer, de plein droit, le domaine de cette chose. Pour obtenir ce résultat, il faut qu'elle soit suivie de la tradition, qui joue, dans l'ancien droit, un rôle si important. Ainsi, l'acheteur ne devient propriétaire que par la tradition. Entre deux acheteurs de la même chose, c'est la date de la tradition, et non celle du contrat qui est décisive. La vente ne produit pas le *jus in re*. L'acheteur n'a qu'une action pure personnelle, fondée sur le *jus ad rem*, action qu'il ne peut diriger que contre le vendeur lui-même, et jamais contre un tiers détenteur. Voilà une seconde base du traité de Pothier sur le *Contrat de Vente*.

Mais depuis que le Code civil, donnant à la volonté la puissance qu'elle doit avoir dans la législation d'un peuple civilisé, a banni le fait matériel de la tradition comme élément de la translation de la propriété, et à fait dépendre l'acquisition de la chose du pur consentement des parties, la vente a acquis une portée plus grande ; elle a engendré le *jus in re* ; l'action *ex empto* a pris un caractère réel, et l'acheteur a pu se poser comme propriétaire à l'égard des tiers, pour exiger le délaissement de l'immeuble qui ne lui avait pas encore été livré. Dès lors, les doctrines de Pothier ont dû être rejetées dans la classe des idées qui ont fait leur temps, et ce guide, ordinairement si sûr, n'a offert sur ce point à ses lecteurs que des théories inapplicables et sans valeur. Mais tel est l'empire d'un grand nom, qu'il subjugué la confiance jusque dans ses erreurs, et plus Pothier avait raison sous l'ancien droit en déduisant les principes que je viens de rappeler, plus il a trouvé d'esprits crédules sous le nouveau, qui cependant les a hautement condamnés. Aussi entendons-nous tous les jours répéter que l'action *ex empto* est tout-à-fait personnelle, et de graves auteurs. M. Carré par exemple, emprunter à Pothier des définitions qui, aujourd'hui, ne sont plus que de solennels démentis donnés au Code civil (4).

En continuant à rapprocher quelques termes de comparaison, je trouve la matière de la mise en demeure, sur laquelle le Code est en dissidence avec l'ancien droit et avec Pothier son principal organe ; celle des clauses résolutoires expresses, qui jadis n'offrait que des fictions, et que le Code a rendue à la vérité ; celle des ventes à l'essai, qui aujourd'hui repose sur des idées qui ne sont que le contre-pied des enseignemens de Pothier (5) ; la théorie de la tradition (6) et celle des fautes contractuelles (7), que le Code a refondue et épurée ; le bail, qui sous la main des rédacteurs du Code civil est devenu un droit réel, poursuivant la chose en quelques mains qu'elle passe (8) ; le contrat de société, qui s'est agrandi par l'impulsion donnée à l'industrie et à l'agriculture, et qui a puisé dans l'esprit d'association de nouvelles et ingénieuses combinaisons ; le contrat de prêt, qui, dégagé des étreintes du droit canonique, multiplie ses efforts pour rendre plus abondantes les sources du crédit ; le contrat de vente, qui dans son contact avec un régime hypothécaire à peu près neuf, et avec un mouvement plus rapide de la propriété qui se subdivise et se fractionne en tant de mains, fait surgir des questions imprévues, importantes et épineuses (9) ; etc., etc. Je crois que je n'ai pas besoin de pousser plus loin ce parallèle, et qu'il doit être désormais prouvé que, si le défaut d'actualité pouvait être reproché à

(3) Qui, du reste, ne fait que formuler les principes du droit romain et de l'ancien droit français.

(4) J'ai relevé cette erreur de M. Carré, n° 262.

(5) *Infrà*, 107.

(6) *Infrà*, n° 267 et suiv.

(7) *Infrà*, n° 361 et suiv.

(8) Art. 1743.

(9) Par exemple, celle qui consiste à savoir si le vendeur, après avoir échoué à l'ordre, peut demander la résolution du contrat (n° 621) ; si, lorsque l'immeuble a été sous-aliéné, le vendeur peut demander la résolution contre les sous-acquéreurs, ou seulement contre quelques uns, ou même contre son acquéreur, saisi d'une fraction de la chose (n° 642 à 655).

quelqu'un, ce ne serait pas à celui qui s'applique à faire ressortir ces différences et ces progrès. Non que je veuille éloigner de l'étude de Pothier ceux que sa raison exquise et sa simplicité toujours lumineuse captivent si justement. Malheur sans doute à l'homme de loi qui ne méditerait pas sans cesse ses écrits instructifs. Mais prenons-y garde. Quelque nombreux que soient les emprunts que le Code a faits à Pothier, les systèmes n'en sont pas moins tellement divers pour le fond, qu'il est indispensable de les reprendre en sous-œuvre, et de tracer une ligne de démarcation entre ce qui existe et ce qui a cessé d'être la règle des intérêts modernes.

Ensuite, dans la déduction de ces principes qui survivent aux révolutions, et sont aussi anciens que le droit lui-même, il n'est pas dit que Pothier ait toujours eu un égal bonheur. Quelques unes de ses opinions peuvent être envisagées d'un point de vue différent ; ses doctrines sont parfois contestables. En résumant les riches travaux des grands jurisconsultes du seizième siècle, qu'il n'égalait pas en invention, mais qu'il possédait à merveille, il a souvent effacé leur énergie originale et pénétrante, sous les formes méthodiques, mais un peu sèches, que le dix-huitième siècle avait mises en honneur. Enfin, on peut lui reprocher un style négligé et lâche, et des connaissances assez médiocres en histoire (10) : sa philosophie dénote plutôt l'honnête homme que le penseur, et, faute d'un système largement conçu, il est tantôt trop stoïcien avec les jurisconsultes romains (11), et tantôt trop casuiste avec les pères de l'Eglise (12). J'ose donc le dire : il y a encore quelques richesses à recueillir dans les régions qu'il a parcourues (13) ; et, en parlant avec cette liberté d'un des jurisconsultes qui font la gloire de la France, je ne veux faire autre chose qu'engager des athlètes plus capables que moi à se mettre à l'œuvre, et ne pas céder à des préjugés qui tendent à rendre la science stationnaire. Admirons dans Pothier son discernement sûr, sa logique simple et droite, sa clarté qui ne se dément jamais, son admirable talent pour faire aimer la science et pour la populariser. Pothier sera toujours notre premier jurisconsulte sous le rapport de la puissance de propagation ; il est l'apôtre, le vulgarisateur de la science. Mais sa supériorité ne doit pas être une cause de découragement pour ceux qui viennent après lui.

2. La forme que j'ai préférée, dans le travail que j'offre au public, est celle du commentaire. Les nombreux lecteurs auxquels s'adresse un ouvrage de droit ne sont pas tous exempts de prévention contre cette méthode. M. Toullier, M. Duranton et autres, l'ont éludée par une forme mixte, qui ressemble assez aux interprétations ou récitations que Voët, Perezius, etc., ont données sur chaque titre des Pandectes ou du Code. M. Chabot, après avoir commenté le titre *des successions*, s'en est repenti ; son projet était de refaire son ouvrage sur un nouveau plan, et de revenir au traité. J'ai souvent entendu dire : *ceci n'est qu'un commentaire* (14). Les uns ne voient dans un commentaire qu'un canevas disposé pour recevoir des gloses indigestes et de graves inutilités (15). Les autres ont repoussé le commentaire comme destructif de tout ordre et de tout plan méthodique. Enfin, il en est qui ne veulent d'autre science que celle des

(10) Ce reproche lui a été fait lors de la publication de ses Pandectes, à raison du titre : *De origine juris. Infrà*, p. 211.

(11) *Infrà*, n° 413.

(12) Voyez ses distinctions entre le for intérieur et le for extérieur.

(13) M. Toullier l'a prouvé par la manière dont il a traité les Obligations.

(14) Gazette des Tribunaux du 2 avril 1827.

(15) J'avoue, de bonne grâce, qu'on pourrait citer plus d'une preuve à l'appui de ce reproche, et je ne m'oppose pas à ce qu'on s'égaie aux dépens de cet interprète qui, sur certaine disposition du droit canonique commençant par ces mots : *Ad aures nostras pervenit*, crut fort utile de faire cette remarque : *Nota quod papa habeat aures !* Notez que le pape a des oreilles. Mais, dans ce monde, où ne trouve-t-on pas l'abus?

dictionnaires. La vue d'un commentaire les glace d'effroi, et leurs patientes recherches ne savent marcher qu'à l'aide de la lettre alphabétique.

Je ne me suis pas laissé intimider par ces opinions. Le commentaire se prête au développement des plus importantes théories, sans s'éloigner jamais du texte qu'il explique. C'est le commentateur qui rapproche de la loi les opinions des auteurs et les arrêts des tribunaux, et qui mesure leur valeur sur ce texte inflexible, qui est sa boussole. C'est lui qui scrute la pensée profonde que contient chaque mot ; qui, naturellement, sans effort et sans détour, remonte aux origines et éclaire par l'histoire les antécédens et la naissance de la loi. J'aime à le voir soumis à ces entraves dont l'auteur d'un traité se félicite d'être affranchi. Car celui-ci, choisissant avec liberté le plan qui lui sourit, secouant le joug des classifications admises par le législateur, se persuade trop facilement que le terrain sur lequel il travaille est exclusivement à lui ; il est plus enclin à oublier le texte qu'il n'a pas sous les yeux, et à substituer des systèmes que la loi condamne à ceux qu'elle a décrétés.

Un exemple viendra à l'appui de ce que j'avance. Toutes les personnes instruites connaissent le traité de Menochius *De Præsumptionibus*, et celui du cardinal Mantica *De conjecturis*. Il est impossible de trouver plus d'érudition que dans ces deux ouvrages, où tous les cas semblent avoir été prévus, et où l'on voit invoqués avec une scrupuleuse exactitude les jurisconsultes les plus accrédités comme les auteurs les plus ignorés aujourd'hui. Que de reproches cependant la saine critique n'a-t-elle pas adressés à ces docteurs ! que d'arguties et de conjectures capricieuses ! quel dédale de présomptions pour torturer la vérité sous prétexte de la mettre en lumière !! Et, pour ne citer qu'un fait entre mille autres, n'est-ce pas à ces jurisconsultes et à leur imagination dérégulée qu'il faut attribuer le crédit de ces *fidéicommiss conjecturaux*, qui transformaient en substitutions toutes les dispositions testamentaires, hydre aux cent têtes, inconnue dans les principes purs du droit romain, et qui avait ouvert une si vaste carrière à la chicane, lorsque Daguesseau vint lui porter le coup de la mort par l'ordonnance de 1747 ? Qu'elle fut cependant la cause des aberrations de ces hommes d'ailleurs fort distingués ? Ce serait beaucoup trop dire sans doute que de les attribuer exclusivement à la méthode qu'ils adoptèrent. Néanmoins, elle n'y fut pas étrangère ; car, en les préoccupant d'une idée à développer sur une grande échelle, elle donna à l'esprit de système plus de place qu'à l'étude des textes, à l'imagination plus d'empire qu'au raisonnement contenu par le frein de la loi.

Je conçois l'utilité d'un traité sur les matières qui n'ont pas été codifiées, par exemple sur la renonciation, les nullités, les enfans naturels, etc. Il faut alors que l'auteur procède, pour ainsi dire, par voie de création. Mais lorsque la loi a formulé sa pensée par une série de dispositions qui se lient et se combinent, et auxquelles les études du jurisconsulte doivent tout rapporter, je ne vois plus dans un traité que le désordre introduit dans l'œuvre du législateur ; que la dislocation inutile et prétentieuse d'un travail qu'il faut absolument connaître dans son premier jet ; qu'une petite rivalité d'amour propre pour montrer qu'on est plus capable de classer et de diviser une matière que ceux qui ont rédigé le Code.

Lorsque les interprètes du droit romain eurent éclairé à l'aide de leurs commentaires l'immensité du *corpus juris*, ce fut un besoin de la science de recueillir ces richesses éparses dans un amas de volumes innombrables, et d'employer la méthode dogmatique, afin de montrer sous un même point de vue tout ce que chaque matière renfermait de préceptes et de difficultés. De là, ces nombreux traités qui eurent d'autant plus de faveur aux dix-septième et dix-huitième siècles, que le droit romain, qui était le véritable fonds de la science, effrayait les hommes les plus laborieux par le désordre qui y règne et la grande difficulté des recherches. Les traités naquirent donc d'un effort pour arracher le droit à son obscurité. Ils furent un progrès sous

quelques rapports. Aujourd'hui, il n'en saurait être de même. Quelques mérités que soient les reproches qu'on a adressés aux grandes classifications adoptées par le Code, ce recueil de nos lois civiles n'en est pas moins remarquable par la simplicité lumineuse qui y règne, et par la commodité qu'il offre pour trouver sur chaque matière le texte que domine la question. Grâce à la netteté avec laquelle il a été formulé, il n'est presque personne qui ne sache mettre la main sur le texte dont il a besoin ; la place de chaque principe est connue ; en un mot, le Code a tracé un plan qui, malgré ses imperfections scientifiques, a au moins le grand avantage de la clarté, et l'on peut le comparer à une carte géographique qui vous fait voir tout d'un coup la topographie d'un pays. Avec une telle donnée, que reste-t-il à faire à l'écrivain ? Ira-t-il remanier toute la matière, changer la distribution, bouleverser de fond en comble la place des principes et de leurs conséquences, et cacher sous un labyrinthe de titres, sections, subdivisions et paragraphes, ce que le Code montre, sans tant de détours, à tous les yeux ; le tout, pour pouvoir décorer son ouvrage du nom pompeux de traité ? Je le dis avec conviction, ce serait là une déviation et non un progrès, un imbroglio au lieu d'un trait de lumière. Tout auteur de traité sera plus obscur que le Code, s'il veut se donner une marche à lui ; ou infidèle à son titre, s'il consent à suivre celle de la loi. Le mieux sera donc de ne pas reculer devant un mot qui ne peut plus effrayer que d'anciens préjugés, et de préférer franchement et hautement la méthode du commentaire, qui aujourd'hui est la seule rationnelle pour exposer l'ensemble du droit français, ou l'une de ses parties réglée par le Code civil. Si l'exégèse convient admirablement aux époques où la science n'est pas faite et où il faut la tirer du chaos, elle n'est pas moins nécessaire lorsque ses plus hauts perfectionnements l'ont amenée à l'état de codification. Avec un Code tel que celui qui nous gouverne, la meilleure exposition du droit sera celle qui suivra pas à pas la loi écrite, qui en développera le sens dans l'ordre suivi par le législateur, et construira sur chaque texte l'édifice des interprétations destinées à le compléter.

Au reste, que les détracteurs des commentaires l'apprennent. Cujas, ce génie profond que l'on a appelé avec vérité le Bossuet de la jurisprudence, ne fut pas autre chose qu'un commentateur. L'un des ouvrages les plus distingués qui soient sortis de la plume de Pothier est son Commentaire sur la coutume d'Orléans. Les plus grands jurisconsultes de Rome, Paul, Ulpien, Caius, écrivirent des commentaires. Peut-être verra-t-on là une compensation à des jugemens acerbes et aux défections de M. Chabot de l'Allier.

3. En me livrant à l'examen consciencieux du Code civil, je ne dissimule pas que j'ai été dominé par l'idée de sa supériorité sur tous les travaux de codification qui l'ont précédé. J'ajouterai même que le droit dont il est l'expression me paraît le plus parfait, le plus digne d'un peuple civilisé qui jamais ait été écrit. Cette assertion fera probablement jeter plus d'un cri de surprise et de dissentiment. Les admirateurs des jurisconsultes qui illustrèrent le siècle d'Alexandre Sévère s'inscriront peut-être en faux contre moi. Mais un mot d'explication pourra, je l'espère, nous mettre d'accord (16).

Les Ulpien, les Caius, les Papinien, etc., seront toujours placés à la tête de la science par leur excellente logique et leurs vues profondes. Leurs décisions concises, la fermeté de leur jugemens, la finesse et la sagacité de leurs aperçus, la puissance de leur esprit analytique, sont au dessus de tout ce que je connais, et il n'y a peut-être pas dans le Code un seul article qu'on puisse comparer, pour la précision, pour l'énergie et la beauté du style, aux innombrables fragmens que Tribonien a extraits de leurs écrits. On ne saurait trop applaudir non plus à leurs

(16) V. *Infra*, n° 5.

efforts pour faire prédominer dans le droit romain ces vues grandes, généreuses, libérales, dont la source est dans l'équité naturelle, à laquelle la constitution de Rome se montra si long-temps inaccessible. Mais ce qu'ils ne purent que tenter, le Code l'a pleinement réalisé. L'impulsion progressive qu'ils commencèrent, le Code l'a devancée par un mouvement plus rapide et plus vif. A eux appartient la perfection artistique ; au Code civil, la perfection philosophique, et c'est celle-ci qui importe le plus aux peuples. Entre le droit qu'ils nous ont transmis, et celui que le Code civil renferme, il y a toute la distance du paganisme au christianisme, du stoïcisme à la morale chrétienne.

Je ne veux pas établir ici un parallèle qui entraînerait trop de développemens. Je me contenterai d'indiquer quelques aperçus qui serviront de preuve à la préférence que je proclame.

Et d'abord, quel aveugle partisan du droit romain pourrait comparer le principe aristocratique qui divisait les personnes en esclaves, affranchis et citoyens, à cette égalité de tous les hommes dont l'idée a été jetée dans le monde par l'Evangile, et que notre système de droit civil a si énergiquement embrassée ? Sera-ce sous le rapport du mariage que Rome réclamerait l'avantage ? Mais qui ne sait que cette union était tombée dans un relâchement effréné (17), et qu'en échappant au polythéisme vieilli, elle dégénéra en une licence qui lui ôta toute dignité, tellement qu'elle n'était séparée du concubinat que par une ligne de démarcation fort malaisée à apercevoir ? En France, au contraire, quelle différence !! Le mariage n'est pas un lien passager que forme le caprice et que dissout le moindre dégoût. C'est une union solennelle, grave, indissoluble. La loi y déploie un appareil simple, mais imposant ; et, quoique les cérémonies catholiques n'y soient plus que facultatives, on sent cependant que la pureté des principes chrétiens y préside toujours, et pénètre l'esprit de cette législation.

Que dirons-nous de l'organisation de la puissance paternelle, qui, même à une époque où elle avait perdu de sa férocité primitive, permettait au père pressé par la misère de vendre ou mettre en gage l'enfant nouveau-né (18) ; de ces luttes de principes divers, qui partageant en quelque sorte en deux la personne du fils de famille, le laissaient, pour les biens adventices, sous le poids des chaînes antiques, et le réduisaient comme un vil esclave à l'incapacité de vendre, aliéner, hypothéquer, tester ; mais qui, pour ce qui concerne les biens castrensés et quasi-castrensés, assimilaient les fils aux pères de famille, et leur donnaient tous les droits des hommes les plus libres ? Quel chaos d'éléments hétérogènes ! quel embarras pour concilier le passé avec les besoins du présent !

Et la mère de famille que le droit civil plaçait dans une condition inférieure, même à l'égard de ses enfans, qui n'appartenaient jamais à sa famille, et dont elle ne pouvait pas être tutrice, si ce n'est par concession du prince (19) ! et les femmes *sui juris*, qu'un système déraisonnable soumettait à une tutelle que Caius lui-même trouvait sans fondement légitime (20) ! Tout cela n'atteste-t-il pas une philosophie fort en arrière de celle qui domine dans nos lois, et qui, humanisant nos mœurs, a rendu la femme à la liberté civile et à sa dignité.

Dans la constitution de la propriété, nous trouvons la distinction des choses en *res mancipii* et *res nec mancipii* qui, soit qu'elle dérive ou non des habitudes guerrières des premiers

(17) Gibbon, t. 8, p. 250.

(18) L. 2, C. *De patrib. qui filios*.

(19) Neratius, l. 18, D. *De tutelis*. Mais Justinien, novateur hardi, autorisa la tutelle de la mère et de l'aïeule. On assistait à cette époque à la ruine des institutions romaines.

(20) I Com. 190.

Romains, dévoile la longue prédominance d'un principe aristocratique sur les choses comme sur les personnes. Il est vrai que Justinien fit disparaître cette distinction, devenue de son temps assez obscure. Mais, sous cet empereur, le véritable droit romain expire plus souvent qu'il ne se continue, et une ère nouvelle s'ouvre pour la philosophie du droit. Il a été donné au Code civil d'en résumer les derniers progrès, en effaçant pour toujours toutes les distinctions qui ne sont pas fondées sur la nature, et en voulant que l'égalité soit à la fois la règle des propriétés comme la règle des personnes.

Quant au droit de succession, ce qui frappe d'abord dans le droit anté-justinien, c'est la confusion qu'y jette l'obligation que s'étaient créée les prêteurs et les prudens, de tout rattacher à la loi des douze tables, tout en la détruisant pièce à pièce. Des dérogations successives viennent fausser à tout moment les règles qu'on feignait de respecter, et leur substituer des principes nouveaux manquant d'homogénéité et d'ensemble. Tous ces efforts pour augmenter le nombre des héritiers siens par des analogies, pour faire passer dans la classe des agnats des personnes qui originellement n'y appartenaient pas, comme la mère et ses enfans et petits-enfans, pour assurer des droits à la classe des cognats, que la loi des douze tables repoussait avec dureté, toutes ces tentatives annoncent sans aucun doute de grandes améliorations de détail ; mais le système était un dédale, et c'est la gloire de Justinien d'avoir renversé cet échafaudage d'innovations incohérentes, pour reconstruire à neuf, sur les bases du droit naturel, une théorie que le Code n'a fait que perfectionner.

Je pourrais insister plus long-temps ; je pourrais faire ressortir le dualisme perpétuel qui plaçait le droit naturel en regard des plus sévères institutions du droit civil, comme pour marquer que la fusion entre l'un et l'autre était loin de s'opérer : le mariage et le concubinat, la filiation et l'adoption, le testament et le codicille, la propriété romaine (*res mancipii*), avec la propriété naturelle (*res nec mancipii*) ; les contrats *stricti juris* et les contrats *bonæ fidei*, etc. Je pourrais mettre en relief cet esclavage des formes qui soumettait le consentement et la volonté à des formules minutieuses ; la rigueur tyrannique des actions ; l'influence d'une philosophie étroite, qui exagérait les devoirs (21) et voulait faire de l'homme un stoïcien ; mais j'ai hâte de finir, et j'en ai dit assez pour montrer que le premier jet manque aux institutions civiles des Romains, qu'on y est trop souvent arrêté par la bigarrure irrégulière des parties hétérogènes qui sont venues s'ajouter les unes aux autres ; que l'équité humaine n'y joue pas un assez grand rôle ; qu'elle en est à ses jours de lutte et pas encore à ses jours de victoire ; tandis que le Code civil offre tous les développemens du droit naturel appliqué aux intérêts privés, résume dans la même sphère tous les progrès de la liberté et de l'égalité, et correspond à tous les besoins d'un peuple humanisé. J'avoue que peut-être le Code civil est moins savant et moins élaboré que le droit romain ; mais il a une simplicité plus noble, il s'allie plus intimement avec le christianisme rationnel. On aperçoit avec évidence que l'équité y est indigène, tandis que chez les Romains

(21) L. 35, § 8, D. *De compt. empt. infrà*, n° 413.

c'était plutôt une étrangère de bonne maison qui n'avait pas encore obtenu ses lettres de naturalité (22).

Du reste, à côté de ces magnifiques résultats que consacre le Code civil, reconnaissons qu'il y a dans les détails d'exécution de nombreuses imperfections qui embarrassent sa marche, et qu'un peu plus d'attention dans ses rédacteurs aurait pu prévenir. Je me suis fait une loi de les signaler ; car je ne suis pas un admirateur aveugle, et je fais mon possible pour être impartial dans mes éloges comme dans mes critiques. C'est aujourd'hui la première condition de l'écrivain qui respecte son lecteur.

4. C'est avec le même esprit d'indépendance que je me suis servi des travaux préparatoires du Code civil. Quelques unes des discussions du conseil d'état sont des chefs-d'œuvre de science, de haute raison, de connaissance des besoins de la France, comme, par exemple, celle qui est relative à la rescision pour lésion dans la vente, celle qui concerne la dispense d'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs, etc. Ce qu'il y a d'étonnant surtout, c'est la profondeur des vues qu'y déploie toujours le premier consul, dont l'esprit naturellement philosophique domine à une hauteur immense sur tous les jurisconsultes dont le conseil était composé. Après lui, je place M. Portalis, qui était le chef d'une section du conseil, ayant une tendance rebelle aux innovations, et hostile à l'esprit révolutionnaire. On remarque dans ce parti M. Bigot, le plus reculé de tous, mais d'un esprit orné, d'une science étendue ; M. Tronchet, vigoureux logicien et très-versé dans la connaissance des lois civiles ; M. Cambacérès, qui présidait le conseil en l'absence du premier consul, et qui à mon avis est habituellement faible, temporisateur, incertain, et également au dessous de sa réputation et des fonctions qu'il remplissait. Dans les rangs opposés se distinguait en première ligne M. Treilhard, toujours disposé à condamner le passé, toujours enclin vers le système le plus radical, et soutenant par une rare présence d'esprit, par une répartition ingénieuse et forte, sa phalange composée des Réal, des Regnaud, des Cretet, etc., hommes de capacités diverses, doctes, éloquents. Lorsque la discussion s'engage sur quelque question palpitante de l'intérêt du jour, rien n'est plus curieux à observer que le rôle de médiateur que prend le premier consul entre les deux parties. Ce génie incomparable avait compris que son époque était un temps de conciliation et de transaction. Aussi, suivez-le au milieu de ces luttes du côté droit et du côté gauche du conseil d'état ; vous verrez qu'il intervient constamment, avec une rare sagacité et un bon sens exquis, pour proposer un terme moyen, pour jeter dans la discussion un tempérament équitable, et que par la force de sa raison conciliatrice, il amène pour l'ordinaire les opinions rivales à une transaction. Si le Code civil a opéré la fusion des idées anciennes avec les idées de la révolution ; s'il est empreint de cet éclectisme qui est la philosophie du dix-neuvième siècle,

(22) On voit par là que je crois à l'existence d'un droit naturel, supérieur à l'homme, et condition de sa nature sociale. Rien ne me paraît plus faux et plus dégradant pour l'humanité que le système contraire, renouvelé d'Archélaüs par M. Bentham, et qui veut que nos actions soient toutes indifférentes, quand il n'y a pas une convention faite entre les hommes pour les rendre licites ou les défendre. A mon sens, il est des règles antérieures à toutes les lois positives, et je ne saurais admettre que les mouvemens de la conscience et l'idée du droit soient l'ouvrage du législateur. Ce n'est pas la loi qui a fait la famille, la propriété, la liberté, l'égalité, la notion du bien et du mal, etc. Elle peut sans doute organiser toutes ces choses ; mais elle ne fait alors que travailler sur le fonds que la nature lui a donné, et elle est d'autant plus parfaite qu'elle se rapproche davantage de ces lois éternelles, immuables, innées, que le créateur a gravées dans nos cœurs. Cette pensée, que j'énonce ici en passant, n'est pas de pure spéculation : elle se lie à toute notre existence sociale. Ainsi, par exemple, voulez-vous, avec Vattel, Mirabeau et autres publicistes, que ce soit la loi qui ait fait la propriété ; vous arrivez bien vite à ce qu'on appelle la loi agraire et à la plus odieuse tyrannie qui fut jamais. Si, au contraire, on reconnaît, avec l'histoire et la vraie philosophie, que la propriété dérive de la nature, et qu'elle est une condition de toute société, préexistante à des lois formulées ou à une convention, le propriétaire jouira en paix du fruit de ses sueurs, et la meilleure loi civile sera celle qui le laissera le plus libre.

c'est principalement à Napoléon qu'il faut en attribuer l'honneur. Son esprit de conciliation prudente brille dans le Code, comme dans la réunion des partis politiques qui déchiraient l'état.

Mais après ces séances animées, et pleines de hautes leçons, combien de fois ne descend-on pas dans une médiocrité fatigante et un vide décourageant ? Des questions graves sont soulevées ; mais, malgré leur importance, elles tombent de tout leur poids dans l'oubli où l'inattention du conseil d'état les laisse dormir. Des réponses qui ne répondent à rien, de petits mots sans portée, des phrases qui se croisent sans se rencontrer, des propositions de remaniement dont on ne voit pas la suite, remplissent un trop grand nombre de procès-verbaux, et viennent, à mon avis, donner un éclatant démenti à ceux qui disent que c'est dans les discussions du Code civil qu'il faut aller chercher le meilleur commentaire de ce grand œuvre. Maintenant, que sera-ce si vous vous jetez dans les discours d'apparat prononcés par les orateurs du gouvernement et du tribunat ? A Dieu ne plaise que je veuille en empêcher la lecture aux hommes studieux ! car il y a quelquefois, souvent même, à profiter. Mais aussi que d'assertions hasardées, que de maigreur dans les doctrines, que de vaines déclamations, sans même en excepter tout-à-fait ceux de l'éloquent Portalis, le plus philosophe (23) des jurisconsultes qui prirent part à la confection du Code ! Si donc je me suis fait une loi de ne jamais négliger ces sources contemporaines, ce n'est que sous bénéfice d'inventaire, et en me tenant en garde contre l'erreur qui les souille trop fréquemment.

5. L'étude des arrêts a une utilité plus grande et plus journalière ; car elle présente au jurisconsulte le spectacle de la loi en action. Autant qu'il a été en moi, je me suis aidé des décisions des cours ; j'ai multiplié les applications, afin de ne pas mériter le reproche que Cujas faisait aux auteurs ultramontains : *in re facili multi, in difficili muti*. Mais cette étude réclame plus qu'une autre le secours de l'esprit d'examen, et une grande indépendance de jugement.

Les dangers qui accompagnent l'usage des arrêts peuvent être rapportés à deux causes. Ils proviennent de ceux qui les colligent et de ceux qui les rendent.

De tout temps on a reconnu combien la mission de l'arrétiste est délicate et difficile. Elle demande non seulement une rare intelligence, un savoir exact et scrupuleux, mais encore la possibilité de vérifier les décisions sur les sources originales. Pour qu'une notice d'arrêt fût bien faite, il faudrait que le rédacteur eût suivi lui-même le débat, et assisté à la délibération, ou bien qu'il eût pris connaissance des pièces, et qu'ensuite il dominât la question par ses aperçus critiques. Mais, en fait, l'on sait que les arrestographes ont plus de laisser-aller, et que de fréquents exemples d'inattention se font remarquer dans leurs collections. Voici le jugement sévère que le chancelier Daguesseau portait sur le *Journal des Audiences*, qui cependant a bien des qualités, qui manquent aux compilations que nous possédons aujourd'hui (24).

"Le Journal des Audiences du parlement de Paris n'est pas un garant bien sûr des maximes que l'auteur de ce journal met dans la bouche des avocats-généraux. Les précis qu'il y rapporte de leurs plaidoyers sont ordinairement assez mal faits ; quoiqu'il rencontre quelquefois bien dans les maximes qu'il leur fait avancer, l'ouvrage n'en mérite pas pour cela plus de confiance, et il a le caractère commun avec la plupart des recueils de cette espèce, *qui ont souvent plus d'autorité de loin que de près* (25)."

(23) je ne voudrais pas qu'on regardât comme trop absolue cette restriction que j'apporte à la juste réputation des discours de M. Portalis. son exposé des motifs du mariage et celui de la propriété sont, par exemple, très-remarquables.

(24) V. mon Comment. sur les Hypoth., p. 55.

(25) T. 8, lettre 4 (20).

Bretonnier adressait des reproches plus vifs encore aux arrêtistes de son temps, parmi lesquels l'on comptait cependant des magistrats du plus haut mérite. "Il y a peu de fond, disait-il, à faire sur la foi des arrêtistes. Car M. Bardet passe pour l'un des plus exacts. Cependant il s'est lourdement trompé ici. Que peut-on juger des autres ? Je ne sais si ce que je vais dire ne passera pas pour un blasphème. M. Louet, pour qui l'on a tant d'estime au Palais, et avec raison, s'est souvent trompé. La plupart des arrêts par lui cités sont mal appliqués... M. Leprêtre, rapportant un arrêt cité aussi par M. Louet, lui donne un autre sens, une autre date, et donne d'autres noms aux parties.

"Si deux magistrats aussi éclairés, qui étaient tous deux de la même chambre, qui avaient assisté tous deux au jugement, rapportent l'arrêt tout différemment, que doit-on attendre des autres ? Si ceux dont on peut dire, *vos dii estis*, sont capables de se tromper, que ne feront pas les mortels (26)?"

Il semble, aujourd'hui que les arrêts sont motivés, qu'il soit plus facile aux arrêtistes d'en saisir le véritable sens, et d'en rendre la physionomie. Cependant de nombreuses imperfections laissent substituer, à peu près dans toute leur force, les censures de Daguesseau et de Bretonnier. Tantôt les faits sont tronqués et supprimés totalement ; et cependant qu'est-ce qu'un arrêt sans un exposé fidèle et détaillé des faits qui l'ont amené ? tantôt ce sont les motifs que l'arrêtiste retranche, sous prétexte d'une identité dont il se rend seul juge, et qui est souvent fautive ; ici, une circonstance décisive se trouve omise et laisse l'arrêt inexplicable ; là, les faits retracés par la notice sont en opposition avec ceux que la décision déclare constants, sans que rien prépare celui qui lit à cet antagonisme, et lui en donne la clef. Joignez à cela l'inexactitude qui dépare quelquefois les sommaires, et trompe le lecteur inattentif ou pressé par le temps ; l'exposé incomplet des moyens des parties, l'absence des conclusions du ministère public, etc. Sans doute, ces défauts ne sont pas habituels, et ils sont rachetés par beaucoup de qualités. Ils tiennent moins à l'insuffisance de capacité de MM. les arrêtistes, qui sont des avocats distingués et très-occupés, qu'à la nature même de ce genre de travail, qui est ingrat et rebutant (27), et qui est rarement accompagné des documens originaux qui peuvent l'éclairer. Mais il n'en est pas moins vrai qu'en l'état des choses, les collections d'arrêts ne doivent être consultées qu'avec de grandes précautions. C'est pourquoi j'ai cru que c'était pour moi un devoir de signaler les lacunes que j'ai trouvées dans ces sources précieuses pour la science, et les plus consultées de toutes. Si ceux qui concourent à la collection des arrêts étaient bien convaincus de la haute importance que les praticiens et même certains juges attachent à une décision, par cela seul qu'elle est imprimée, ils sentiraient que leur mission est très-grave, et que, malgré le peu d'attrait qu'elle offre dans l'exécution, on ne saurait y apporter trop d'attention, de zèle et de scrupule.

Une seconde cause qui doit mettre en garde contre les arrêts, c'est la position de ceux qui les rendent.

Le jurisconsulte Celsus a très-bien dit : *Bonus judex variè ex personis causisque constituet* (L. *in fundo*. D. *de rei vindic.*). Je ne veux pas de meilleure preuve que ces paroles pour établir que les arrêts ne doivent pas en général tirer à conséquence ; car si leurs décisions dépendent des circonstances du fait et de la personne, de quelle incertitude inévitable ne sont-ils pas environnés, puisque, dans presque aucune affaire, le fait ne se présente identique et la personne

(26) Sur Henrys, t. 4, p. 312.

(27) Le président Favre, qui fut aussi un arrêtiste du premier mérite, disait cependant que ce genre d'occupation lui paraissait peu digne de lui. *Mihi pigebat maximè (nec enim dissimulo) TAM IGNOBILI LABORI tantum temporis dari.* (Préface de son Code.)

dans les mêmes conditions ? (28) Aussi, Dumoulin a-t-il écrit cette maxime, qui est devenue proverbe : *Modica enim circumstantia facti, inducit magnam diversitatem juris* (29) ; les faits sont si flexibles, ils se voilent derrière des nuances si diverses, ils exercent une si grande influence sur l'esprit du juge, qu'en général les arrêts ne doivent être pris que comme des décisions sur des points de fait, plutôt que sur des questions de droit. C'est ce que reconnaissait le président Favre, qui excella également et dans les hautes théories de la science, et dans les fonctions du magistrat. Il disait que, comme juge, il avait souvent été obligé d'émettre des sentimens contraires à ce qu'il avait écrit comme docteur, et que les opinions vulgairement admises, et qui habituellement servent de règle aux transactions des parties, avaient eu plus d'empire sur lui que les doctrines scientifiques qui les condamnent (30) ; c'est en effet que l'équité, élevant sa voix puissante, dominait l'esprit de ce juge sévère, qui dans ses livres l'avait fièrement proscrite, et le forçait à tenir compte des faits, des préjugés, des accidens qui placent une si grande distance entre la pratique et la spéculation, entre les hommes et la théorie !! Ainsi sont faits tous les magistrats ; et il n'en est pas un qui ne compose, qui ne doive même composer avec les faits, et tempérer le droit par les circonstances de la cause. Favre déplorait ce malheur. *Improbo planè ac miserando judicantium fato, quibus necesse est ità facere, ne credantur conscientiam onerare, si veram scientiam potiùs quàm vulgi imperitiam sectantur.* Mais si c'est un malheur pour la science, forcée de répudier si souvent les œuvres du juge, ce n'en est pas un pour la justice, qui veut qu'on prenne les parties telles qu'elles sont, et non telles qu'elles devaient être. Il n'y aurait véritablement excès que si le juge pliait les faits à une volonté arbitraire, afin de changer les termes de la question, et d'échapper à un principe qui l'importune.

Malheureusement, *l'abus*, qui, comme le dit Montesquieu en parlant précisément de cette matière, *l'abus, qui se glisse dans tout ce qui passe par la main des hommes*, vient ajouter cette dernière cause de défiance pour les arrêts, à celles que ce genre d'autorité porte naturellement en soi. Il y a long-temps qu'on a reproché au juge de moins s'attacher aux règles qu'aux lueurs incertaines d'une équité apparente (31). Un aperçu saisit son esprit ; il l'embrasse avec ardeur, il s'en pénètre avec force, et voilà le procès jugé avant d'avoir été approfondi. L'intérêt qui s'attache à une partie, la commisération due à une infortune, colorent un faux-fuyant du nom d'équité, et arrachent à un principe une exception de circonstance. A cet entraînement s'ajoute le louable désir d'expédier les affaires, et de ne pas faire languir le cours de la justice. Le temps presse, et on laisse échapper de ces arrêts qui, dans leur incomplète brièveté, motivent la question par la question, ou qui, improvisés sans lecture des pièces, portent l'empreinte de la précipitation qui les a fait naître. Il est vrai qu'avec cette activité trop hâtive, on occupe une place honorable dans les statistiques, qui comptent sans peser. Mais on est relégué à un rang fort inférieur par la science, qui pèse et ne compte pas. Loisel a dit : *Sage est le juge qui écoute* et TARD JUGE. CAR DE FOL JUGE BRIEFVE SENTENCE (32). C'est là l'histoire des bons arrêts, et la pierre de touche des mauvais.

Ces considérations expliqueront à ceux qui cherchent dans un auteur l'indépendance et l'impartialité, pourquoi, tout en explorant avec exactitude les monumens de la jurisprudence, je leur refuse souvent par une critique austère l'autorité que le vulgaire leur attribue. En cela, je ne fais qu'imiter nos anciens et nos maîtres. "La manière dont j'ai raisonné sur ce point (ce sont les

(28) C'est la remarque de Quintilien. *Inst. ora.*, lib. 5, c. 2.

(29) Des Censives, § 78, n° 164.

(30) Préface de son Code.

(31) Bretonnier, sur Henrys, t. 2, p. 253, n° 8.

(32) Liv. 6, t. 3, n° 14.

paroles de M. Merlin) est une nouvelle preuve du danger qu'il y a pour le magistrat et les jurisconsultes de prendre aveuglément les arrêts pour base de leur opinion (33)", et un vieil auteur de province, Maynard, jetant sa désapprobation contre les arrêts du parlement de Paris, s'écrie souvent : *cet arrêt est digne de mémoire, mais COMME PARADOXE* (34). On approuvera chez moi la même liberté. Car, comme l'ancien procureur général à la cour de cassation, et comme le magistrat toulousain, je ne parle que dans l'intérêt de la science et de la vérité.

Il est du reste un point sur lequel la magistrature française méritera toujours la haute approbation du pays. C'est que, si on peut relever des erreurs dans ses décisions, on trouve toujours en elle l'ardent amour de la justice, uni à une soumission sincère à la loi, devant laquelle toutes les volontés doivent s'abdiquer. Ce mérite est d'autant plus grand, qu'on ne saurait donner le même éloge à toutes les magistratures dont l'histoire nous a conservé le souvenir. A Rome, nous voyons le juge du droit, le préteur, plier ses édits aux circonstances, s'élever au dessus de la loi écrite, et, tout en l'environnant d'un respect simulé, la fouler aux pieds et la réduire à un vain mot. Toutefois, je n'irai pas avec Heineccius lui en faire un reproche ; car le préteur ne fut que l'instrument dont se servit le mouvement progressif de la société romaine pour échapper aux entraves du droit sacerdotal et aristocratique, et ramener à l'équité naturelle une législation fondée sur les combinaisons étroites du droit civil. Mais ce qu'il fit pour le bien, d'autres pourraient le faire pour pervertir le droit, et c'est la gloire de la magistrature française de n'avoir jamais aspiré à ce pouvoir, qui réforme la loi écrite et promulguée, et oppose puissance à puissance. Il est vrai que son organisation met de grandes entraves à ce genre d'envahissement. Le nombre des juges qui épure les discussions, qui tempère les hardiesses de l'esprit aventureux, qui résiste aux systèmes de l'esprit solitaire, ramène toutes les exagérations dans un juste milieu ; tandis que le juge unique trouve dans son isolement, dans l'absence de contrepoids, une force de destruction irrésistible. Les partisans du juge unique ont souvent cité à l'appui de leur dangereuse théorie l'exemple des préteurs romains. Bel exemple à suivre en effet, si l'on voulait renverser le Code civil, que la France admire et que l'Europe nous envie !!

6. Au dessus des autorités contemporaines dont je viens de parler, et à une bien plus grande hauteur, se trouvent d'autre sources d'instruction auxquelles j'ai abondamment puisé. Je veux parler des lois romaines et des anciens jurisconsultes. Lors du premier enthousiasme que produisit la possession d'un nouveau code, des hommes inattentifs se persuadèrent qu'il renfermait à lui seul toutes les notions nécessaires désormais à la magistrature et au barreau, et ils saluèrent d'un adieu superbe tout ce que les temps antiques avaient possédé de savant et d'illustre en jurisprudence. Mais en droit, comme en histoire, comme en politique, comme en tout, c'est une prétention déraisonnable que de vouloir rompre avec le passé. Tandis que la suffisance dédaigneuse du moment s'imaginait que la science avait été mise à l'étroit dans les limites d'articles numérotés, et que le cercle de Popilius lui avait été tracé pour toujours, la science brisait, aux premiers essais, ses faibles liens ; elle débordait de toute part, elle apparaissait insaisissable, immense, n'ayant d'autres bornes que l'esprit humain et la variété infinie des intérêts qui s'agitent dans la société. Alors, il fallut renouer la chaîne des temps, et demander conseil au passé, c'est-à-dire à l'expérience, et le droit romain fut réhabilité. Il est vrai qu'en général, et malgré les nobles efforts de doctes professeurs, tels que MM. Ducaurroy, Blondeau, etc., il l'a été plutôt de nom que de fait, et que la masse des légistes n'a pas encore en

(33) Répert., t. 17, p. 408, col. 4.

(34) Liv. 4, ch. 27.

lui cette foi active qui fait pratiquer la règle qu'on respecte. Cependant pensons-y bien ! le droit romain est le foyer lumineux où brillent ces éternels principes sur lesquels s'élève l'édifice du droit moderne. Là ils sont exprimés avec l'énergie antique, et la profondeur particulière au génie romain ; là, ils sont développés, analysés, poursuivis dans leurs conséquences et leur application, avec une richesse qui atteste à la fois le grand mouvement des intérêts civils chez les anciens et le coup d'œil perçant de ceux qui avaient mission de les classer et de les systématiser. Quant à nos vieux jurisconsultes, aux Cujas, aux Dumoulin, aux Fabre, aux Loyseau, et autres qu'il est inutile d'énumérer, parce que leurs noms, si ce n'est leurs écrits, sont assez connus, je le dis avec conviction, il ne me paraît pas possible de faire en droit des études fortes, si l'on ne va pas se retremper à leur école. Ces hommes de génie, véritables géants de la science, portèrent le droit au plus haut degré de splendeur. Histoire, philologie, belles-lettres, morale, philosophie, ils mirent tout à contribution pour étendre la sphère du droit, que la rouille du moyen-âge avait rapetissée. Ce Cujas, par exemple, qu'on se représente souvent comme un pédant chargé d'un inutile et fastidieux savoir, est au contraire un esprit orné et poli, parlant avec élégance, et sachant donner à sa pensée le tour le plus ingénieux. Sa clarté est remarquable ; elle surpasse souvent celle de Pothier lui-même, et je ne crains pas de dire qu'il y a dans ce dernier auteur telle idée que je n'aurais jamais comprise sans le secours de Cujas (35). Tous enfin ont su imprimer sur leurs ouvrages une verve originale, une verdeur de pensée et d'expressions qui est pleine d'attrait. C'est en eux qu'on trouve une nourriture solide et de mâles instructions. Avec eux, l'on sent que la jurisprudence est pleine de grandeur, et qu'il n'y a pas une science morale avec laquelle ne puisse rivaliser de richesse et d'élévation. Eh bien ! ce qu'ils ont fait pour le droit ancien, il serait beau sans doute pour le dix-neuvième siècle de l'exécuter sur le Code civil, plus digne encore que le droit ancien de ces grands travaux. Que toutes les gloires du passé soient donc sommées de venir porter leur tribut aux pieds du chef-d'œuvre des temps modernes ; que ces illustrations, trop délaissées jusqu'à présent, soient évoquées, pour ainsi dire, afin de lui prêter la force et la lumière de leur génie. Que la critique, la philosophie, l'histoire, les origines, les coutumes, le droit comparé, etc. viennent agrandir le cercle de la science et l'arracher à des proportions trop mesquines. Ni les tendances philosophiques, ni les grands travaux d'histoire ne manquent à la France. Mais ces hautes études, faute de cette confiance, si énergique en Allemagne, dans l'utilité et l'intérêt des développements de la jurisprudence transcendante, vivent comme dans un monde à part, et laissent le droit dans l'isolement. En veut-on une preuve bien grande ? C'est que nous n'avons pas encore une seule histoire interne du droit français !!! Et cependant, je le dis après avoir sondé la profondeur d'un tel sujet, il n'en est pas de plus digne d'un grand talent et de plus capable de faire revivre au dix-neuvième siècle les athlètes glorieux du seizième. Pour moi, je n'ai malheureusement pas la puissance et les qualités nécessaires pour réconcilier à la science du droit, ainsi restaurée, les esprits énervés qui s'en éloignent. Cependant l'on me saura gré de quelques efforts pour cimenter l'alliance des anciens maîtres de la science avec le Code, qui résume leurs travaux et ne les efface pas. J'ai voulu surtout protester contre une pensée décourageante, souvent répétée avec triomphe par ceux qui préfèrent les leurs d'une équité capricieuse aux lumières de la raison écrite : *Le droit s'en va !*

(35) V. par exemple n° 516, *infra*.

3. De la prescription (1835).

Cette préface est également publiée intégralement, en raison de sa brièveté (relative) ; les curieux la prolongeront en lisant à la suite le commentaire très philosophique de l'article 2219. On retrouve ici des thèmes de la préface au commentaire de la vente : faiblesses de Pothier, "alliance du Code avec les grands jurisconsultes du seizième siècle", supériorité du Code sur les "subtilités" du droit romain. Accents nouveaux : l'utilisation d'auteurs coutumiers (spécialement d'Argentré, loué pour sa "connaissance de l'histoire et de la philosophie") ; la divergence (déférente) d'avec Savigny sur la possession (p. XIII), pour un motif très savignien, d'ailleurs - "le droit a ses variétés comme les langues ont leurs idiotismes" ; enfin les "imperfections fâcheuses de ce dernier fragment du code civil" (les rédacteurs étaient fatigués, p. XIV). On voit s'affirmer le goût de Troplong pour la référence rare ("le petit traité de Rogerius", p. IX) et les citations latines (ceux que cela fatigue suivront le conseil de l'Arioste, reproduit p. XV). On entendra enfin la plainte de "la pauvre jurisprudence de jour en jour plus délaissée pour la politique" (p. XVI).

PRÉFACE

*Quam possumus reperire, ex omnibus
rebus civilibus, causam contentionemque
majorem ?*

(Cic., de Oratore, lib, I, n° 34)

L'ouvrage que j'offre au public embrasse une matière qui réunit à toutes les difficultés de la pratique les problèmes obscurs de la théorie philosophique. Quel est l'homme, si familier qu'il soit avec l'application des lois, qui ne se sente hésitant et perplexe devant les nombreuses questions que la prescription fait surgir à chaque instant dans les tribunaux ? Quel est surtout l'esprit sérieux qui ne s'est pas demandé avec sollicitude si la légitimité de droit accompagne ce moyen de dénaturer les obligations les plus solennelles, d'échapper à leur empire et d'acquérir le bien d'autrui ? La prescription n'est-elle pas la destruction de tous les liens qui unissent les hommes, et une violation de la sainteté du droit ? ou bien doit-on applaudir à la sagesse du législateur, qui a vu en elle un remède efficace contre la négligence des citoyens, et même une sanction donnée à l'amour de la propriété, en forçant ce sentiment à se réaliser par l'activité et la vigilance, et en le retrempant aux sources nouvelles du travail et de la possession, quand il se perd dans des mains oubliées ?

Il m'a paru qu'un commentateur du Code civil ne pouvait éluder aucune de ces questions ardues de doctrine et de pratique sans manquer à sa mission. C'est pourquoi je n'ai pas dû me borner à recueillir des extraits des Traités de Dunod et de Pothier sur la *Prescription*, et à revêtir ces lambeaux d'un vernis moderne par la citation de quelques arrêts des cours royales et de la

cour de cassation. Les textes du Code ont une sève féconde qui déborde de toutes parts les ouvrages classiques du dix-huitième siècle. Vouloir la comprimer dans des limites empruntées à un autre âge de la jurisprudence, tandis qu'elle ne demande qu'à circuler et à s'étendre, c'est violer la loi du progrès, et oublier qu'une science qui marche est une science qui grandit. Cependant, chose étrange, on entend répéter tous les jours que le Code civil a rétréci l'horizon du droit, et que le temps des larges études est fini. Oui, sans doute, si l'on ne veut trouver dans ce vaste résumé que la relation de ses articles avec des fragmens de Pothier, Domat et autres auteurs, qui abrègèrent, dans le siècle dernier, les matériaux immenses des siècles précédens ; oui, si l'on trace autour de lui une enceinte inflexible que ces auteurs auront seuls le privilège d'éclairer. Mais essayez un moment de sortir de ce cercle borné ; laissez aller le droit à sa souplesse naturelle et à ses élans vigoureux ; permettez au Code de faire alliance avec les grands jurisconsultes du seizième siècle, et de se poser à côté du droit romain, non pour subir docilement son joug, mais pour lutter aussi en rival qui connaît ses forces ; exigez que l'interprète explique ses dispositions par l'histoire et par la philosophie, qui plus que jamais est un besoin des intelligences, et dont on peut dire encore aujourd'hui avec Cicéron : *Ista præpotens et gloriosa philosophia* (1) : alors, si je ne me trompe, ceux qui se trouvent si à l'étroit dans le Code et semblent se plaindre d'y étouffer, seront peut-être embarrassés eux-mêmes de l'abondance des richesses, et rabattront de leurs dédains.

Lorsque je publiai, en 1834, le Commentaire *de la Vente*, je sentis toutes les objections qu'on pourrait faire contre un livre qui avait l'air de vouloir rivaliser avec l'un des chefs-d'œuvre de notre illustre Pothier. Je me confiai néanmoins dans cette idée, que ma tâche n'était pas une tentative téméraire pour faire mieux que ce jurisconsulte éminent, qui restera notre maître à tous, mais bien une œuvre différente à beaucoup d'égards, dont le Code civil avait préparé le canevas. Peu m'importaient d'ailleurs les emprunts assez nombreux que le titre de *la Vente* a faits au savant et judicieux Traité de Pothier : entre une pensée écrite par un auteur qui disserte et celle que codifie le législateur qui commande, il y a tout un monde de distance. Quand une idée passe du domaine des opinions dans le domaine de la loi, mille intérêts imprévus viennent s'y rattacher et s'y confier ; ils s'emparent d'un mot, et souvent d'une erreur de rédaction, devenue la propriété du public ; ils se retranchent derrière une rubrique, se font forts de la liaison et de la place d'un article, assouplissent un principe par la combinaison d'un autre principe emprunté à un autre titre ; ils lient les différentes matières traitées successivement par le législateur et puisées à des sources diverses, pour les limiter, les balancer, les modifier les unes par les autres, et bientôt voilà des systèmes nouveaux et inaperçus qui s'échappent à l'envi de la formule légale, bien étonnée peut-être de se trouver si féconde. C'est qu'une opinion, en passant dans un Code, y contracte des alliances intimes qui développent en elle des germes mystérieux que l'isolement eût laissés stériles.

En m'occupant à l'heure qu'il est du commentaire de *la Prescription*, j'ai beaucoup moins à craindre le reproche dont je viens de parler. Les rédacteurs du Code civil ont peu mis à contribution les travaux de Pothier sur cette matière. En effet ses traités de *la Prescription* à fin d'acquérir et de *la Possession* ne sont pas les meilleurs qu'il nous ait laissés. Les vues générales y sont trop rares, et les grandes bases du sujet pas assez défendues et discutées. L'auteur se laisse maîtriser par les souvenirs du droit romain, sans s'armer de son discernement ordinaire pour repousser des subtilités incompatibles avec le droit moderne ; lui, dont l'esprit est si juste et si sensé, il accepte avec une confiance docile des principes et des solutions que Brunemann

(1) *De Oratore*, lib. I, n° 43.

lui-même, le moins critique assurément des jurisconsultes, n'a pu s'empêcher de déclarer surannés et inadmissibles dans nos mœurs (2). Je doute même que Pothier ait pénétré avec une sûreté assez entière dans le système du droit romain sur la bonne foi et le titre. Son erreur, à cet égard, l'a entraîné dans l'emploi de textes choisis à faux, et dans des efforts infructueux pour plier sous leur autorité la jurisprudence française conçue dans des idées toutes différentes (3) ; enfin de nombreuses lacunes se font remarquer dans ces deux ouvrages (4) : sur des points importants, ils laissent le lecteur sans guide, et l'on serait tenté de voir en eux l'ébauche d'un plus grand travail, plutôt que le dernier mot d'un auteur qui a traité d'autres matières avec un talent si complet et une si admirable perfection.

Le traité de Dunod est plus abondant sur certains points, plus stérile sur d'autres : il se rattache à un travail considérable sur la coutume du comté de Bourgogne. L'auteur en a pris prétexte pour se dispenser d'examiner d'importantes théories qui n'étaient pas en usage dans la province de Franche-Comté. C'est pour cette raison que son livre est à peu près muet sur la prescription de dix et vingt ans, qui joue un si grand rôle dans le Code civil (5). Du reste, il est plus indépendant du droit romain que Pothier, et, sous sa plume, le droit coutumier, la jurisprudence des arrêts, les ordonnances royales, ont le principal ascendant, sans exclure néanmoins les précieuses décisions des jurisconsultes de Rome et du droit canonique. Le savoir de Dunod est réel, quoique ses citations soient plus nombreuses qu'exactes (6). Il a vu les sources ; il s'est pénétré de son sujet, qu'il explore avec intelligence ; il fait de louables efforts pour résumer, dans des conclusions substantielles, les idées de tous ceux qui l'ont précédé. Esprit sage et laborieux, cherchant la vérité sans système, il a fait un livre estimable, qui a été fort utile aux rédacteurs du Code civil, et que l'on consultera toujours avec fruit. Mais, si la part du mérite est grande chez Dunod, celle de l'imperfection veut qu'on ne l'oublie pas. Il ne faut pas demander à cet écrivain des vues élevées, des doctrines profondes, le coup-d'œil philosophique, l'intérêt du style. Son jugement manque de fermeté, parce que, s'étant fait une loi de présenter des résultats sans passer par les raisonnements qui les préparent (7), il a sacrifié à l'aperçu synthétique, qui lui paraissait moins ennuyeux pour le lecteur, les déductions et les discussions analytiques, qui, quoi qu'il en dise, sont aussi un moyen de saisir l'attention et d'échauffer le discours, tout en amenant l'idée à son plus haut degré de justesse. Aussi ses décisions ne sont-elles pas exemptes d'hésitation et d'erreur. On est également frappé du défaut d'enchaînement dans l'emploi des matériaux. Ce n'est pas comme Pothier, qui est si heureux pour les distribuer avec art, pour lier les principes et les conséquences, pour tenir d'une main ferme le fil de son sujet, et faire briller sur ce tout, logiquement ordonné, la clarté de son esprit méthodique. Dunod se fraie sa route avec embarras ; il marche sans plan, jette pêle-mêle les décisions, et finit par brouiller les divisions qu'il avait adoptées *a priori*. Par exemple, il vous parlera de la règle qu'on ne peut pas prescrire contre son titre, au chapitre de la bonne foi ; des nullités absolues et relatives, au chapitre des choses imprescriptibles, et non pas au chapitre du titre ; du précaire et de la familiarité, non au chapitre de la possession, mais à ce même chapitre des choses imprescriptibles. On dirait, qu'il a recueilli ses idées sur des feuilles volantes, et qu'il s'est trompé de rubrique en les classant.

(2) *Voy.* t. 1 de ce Comment., n° 257, 260 et 261.

(3) *Voy.* t. 2 de ce Comment., n° 890 à 909.

(4) *Id.*, n° 903, et *passim*. Tout ce qui tient aux choses imprescriptibles est à peu près omis.

(5) *Voy.* ce qu'il dit p. 11 ; *junge et infra*, n° 903.

(6) *Infra*, n° 147 (note) et 775.

(7) *Voy.* sa préface.

En dehors des deux traités spéciaux dont je viens de parler, l'ancienne jurisprudence ne nous offre plus aucun travail de ce genre qui soit resté populaire en France. Tout le monde a oublié le petit traité de Rogerius, ancien glossateur, intitulé : *de diversis Præscriptionibus* (8), et son dialogue bizarre de *Præscriptionibus* (9). Ce dernier écrit est une conversation entre Rogerius et la Jurisprudence, comparaisant en personne. L'auteur fait la question, et la Jurisprudence, prenant la parole, y répond avec force citations. Rogerius l'interrompt pour lui proposer des objections ; mais la Jurisprudence lui ferme la bouche, en donnant la raison de décider. On est heureux de tenir ainsi la Jurisprudence à sa disposition. Je doute cependant que la vraie science ait consenti à avoir pour organe les badinages affectés et gauches de Rogerius. Je ne parlerai pas d'un essai de Dynus de Mugillo, de *Præscriptionibus* : ce n'est qu'une simple nomenclature de toutes les prescriptions connues, depuis la prescription de vingt heures jusqu'à la prescription immémoriale (10). Cujas a fait le même travail, mais avec bien plus de science et de netteté, dans son traité de *diversis temporum Præscriptionibus et terminis* (11), qui, au surplus, n'a d'utilité que pour l'étude de la jurisprudence romaine.

Avant Dunod et d'Argentré, dont je dirai tout à l'heure quelque chose, on consultait avec profit un traité de J.-F. Balbus, sur la prescription (12). Cet écrivain est, je crois, le premier qui ait coordonné la matière, et qui ait pénétré avec méthode dans ses différentes ramifications ; il a du sens et un vrai savoir ; il n'évade aucune grande question, et on lui doit d'avoir ouvert la lice, en formulant un bon programme que les autres n'ont fait que suivre en l'élargissant. Mais d'Argentré d'abord, et Dunod ensuite, ont sucé toute sa substance ; ils ne lui ont laissé que ses erreurs et ses subtilités, tellement qu'il ne lui reste plus rien qui soit de bonne prise. C'est donc un livre usé, dont toute la valeur réelle est passée dans le domaine public, et dont la lecture ne peut plus rien apprendre. Il semble que Balbus eût prévu cette destinée ; car, en s'excusant d'écrire sur un sujet que tant d'autres avaient parcouru, et en promettant de faire mieux que ses devanciers, il ajoutait avec raison qu'il se croyait bien éloigné de pouvoir fermer la carrière : *MULTUM RESTAT OPERIS, multumque restabit ; nec ulli nato, post mille sæcula, percludetur occasio aliquid adjiciendi, QUIA INVENTIS INVENTA NON OBSTANT. NAM, INSTAR SOLIS, INTELLECTUS ORITUR, OCCIDIT, VADIT ET REDIT, et nunquam moritur, SED SUIS VICIBUS OCCULTATUR*. Cette pensée est belle. Non ! l'esprit humain ne s'épuise jamais, et son active fécondité sait rajeunir l'art ou la science arrivés à leur déclin (13).

J'ai trouvé des documens plus précieux dans les commentateurs des coutumes, Coquille (14), Brodeau (15), Legrand (16), Ferrières (17), etc. Ces jurisconsultes ont mis en lumière, avec un soin consciencieux, les origines de notre droit, et il est extrêmement intéressant, soit sous le rapport historique, soit sous le rapport doctrinal, d'étudier chez eux la filière des idées sur lesquelles nous vivons aujourd'hui. Mais, quel que soit le mérite de ceux

(8) Voy. le *Tractatus tractatum*, t. 17, p. 48.

(9) *Id.*, p. 49.

(10) *Id.*, p. 50.

(11) T. 1 de ses œuvres, p. 284.

(12) *Tractatus tractatum*, t. 17, p. 52 et suiv.

(13) On trouve dans le *Tractatus tractatum* quelques autres ouvrages sur lesquels je crois inutile d'insister ici (*loc. cit.*, p. 200 à 210). Les curieux pourront cependant consulter la dissertation de Pulvæus, *de Rei furtivæ prohibita usucapione* (p. 210).

(14) Sur Nivernais.

(15) Sur Paris.

(16) Sur Troyes.

(17) Sur Paris.

que je viens de nommer, je place à une grande distance au-dessus d'eux d'Argentré, commentateur de la coutume de Bretagne, qui, en traitant le titre des appropriations, a composé un vrai chef-d'œuvre sur la prescription. D'Argentré vivait dans ce seizième siècle, si fécond en grands jurisconsultes : on le voit aux fortes et profondes études dont son commentaire porte l'empreinte. Versé dans la connaissance de l'histoire et de la philosophie (il ne faut pas cependant lui demander une autre histoire et une autre philosophie que celles de son temps), il s'en sert pour scruter les bases de son sujet, et pour éclairer le droit par ces deux sciences auxiliaires, dont il ne devrait jamais être séparé. Son style, trop chargé d'ornemens et de rhétorique, l'a fait comparer par Mornac à un cyprès qui est toujours vert et ne porte pas de fruits (18) ; mais cette injuste censure allait mal à Mornac, à qui on ne fera jamais le reproche d'être un beau diseur, et qui de plus est un penseur assez pauvre (19). Je conviens que d'Argentré vise un peu trop à la phrase, mais son idée est toujours pleine et hardie : c'est un Breton jaloux de l'honneur de son pays, et pénétré de la supériorité de sa coutume nationale sur le système romain de la prescription. Son esprit indépendant ne craint pas de faire ressortir les subtilités du *Digeste*, comparé avec le génie plus simple du droit français (20). Aussi s'éleva-t-il contre lui un déchaînement pour cette liberté grande, surtout parmi les auteurs du pays de droit écrit. Mais ce qui fut alors un motif de blâme me paraît devoir être maintenant un sujet d'éloges, car le sentiment qui animait l'auteur était tout patriotique, et il le défend avec des raisons solides, vives, spirituelles. D'ailleurs, le Code civil lui a donné raison sur presque tous les points, par sa préférence pour les théories les plus en harmonie avec la rationalisme moderne. Il faut aussi voir notre auteur rompre des lances contre les scolastiques, pourchasser avec son âpreté bretonne leur phalange cuirassée d'arguties, et dissiper, au nom du bon sens, le prestige savamment trompeur de leurs sophismes. Ces combats donnent à son commentaire une couleur dramatique, et l'on se complaît dans cette expression de cette conviction chaleureuse et d'une vie intellectuelle totalement effacées chez Dunod. Si l'ouvrage de d'Argentré était écrit en français, on le lirait encore, non-seulement par devoir, mais même avec plaisir ; mais son latin prétentieux force à une assez grande contention d'esprit, d'autant plus que, malgré ses efforts, l'archaïsme indigène se montre à découvert sous sa plume, et obscurcit par son mélange les figures empruntées au langage académique. (21)

Du reste, en me rangeant du côté de d'Argentré contre quelques décisions du droit romain qui sont pour nous des anomalies, je n'ai pas entendu dire que ce droit fût désormais un champ stérile pour ceux qui étudient la prescription ; au contraire, c'est une terre qu'il ne faut pas se lasser de remuer, parce que les racines de l'arbre y vivent encore vigoureuses et tenaces, et que leur suc alimente le rejeton qui a fleuri leur souche. Le *Digeste* et le Code de Justinien abondent en principes et en décisions sur la prescription ; c'est une des matières les plus richement traitées dans les collections qui nous restent de ce droit immortel, qui, après des siècles, plane sur le nôtre pour l'inspirer de ses souvenirs. Il suffit d'un peu d'éclectisme pour distinguer ce que

(18) Sur la loi 68, D. *ad Leg falcid.*

(19) Je suis étonné que Bretonnier, critique judicieux et éclairé, ait acquiescé à cette critique légère (*Quest. alphab.* ; préface, p. lxxxj).

(20) Voy. *infra*, n° 890 et suiv., ce qu'il dit sur les titres putatifs.

(21) On croit assez généralement que d'Argentré fut président au parlement de Rennes : c'est une erreur, car cette cour ne souffrait pas que les avocats qui plaidaient devant elle le citassent sous la qualité de *Monsieur*, qui n'appartenait alors qu'aux auteurs membres des cours souveraines. La postérité aussi lui a retranché le *Monsieur*, mais c'est en signe de gloire, et sans s'inquiéter de l'étiquette du parlement. Du reste, d'Argentré appartenait à la magistrature, et nous tenons à honneur de revendiquer cette illustration. Il était sénéchal et président au présidial de Rennes (Hevin, *sur Frain*, p. 515) ; ce qui ne l'empêche pas de critiquer les mauvaises décisions des tribunaux, tout en respectant les bonnes (*infra*, n° 1013).

le temps en a brisé et ce qui a survécu aux vicissitudes des révolutions. D'ailleurs, la découverte des *Institutes* de Caius a éclairci quelques points qui avaient tourmenté les interprètes, particulièrement le titre *pro hærede*, auquel Pothier avait prêté un sens fautif, parce qu'il manquait de documens pour proposer autre chose que des conjectures hasardées.

Au droit romain se rattache la lecture de ses interprètes ; mais tout est dit quand on a nommé Cujas, Favre, Doneau, etc, etc. Dans ces derniers temps, il a paru en Prusse un livre qui a eu un succès européen, je veux parler du *Traité de la Possession* de M. de Savigny ; c'est un ouvrage de haute portée, dans lequel on admire la connaissance la plus exacte des textes, et la pénétration de l'auteur pour les mettre en lumière par la double autorité de l'analyse et de l'histoire. Je doute néanmoins que ce bel ouvrage puisse exercer une influence réelle sur le droit français et changer quelque chose à nos idées sur la possession, base de la prescription, ainsi que sur les actions possessoires, qui en découlent. M. de Savigny a fait un livre tout romain ; il n'a pas voulu dévier de l'horizon de Caius, d'Ulpian et de Tribonien : le nôtre est fort différent. En passant à travers le moyen âge, le droit français a conquis des développements originaux dont il s'est fait une propriété trop intime pour les abandonner. Le droit a ses variétés comme les langues ont leurs idiotismes : il n'est pas donné à un type unique de l'emprisonner dans des formes immuables.

Avec les précieux matériaux que je viens de passer en revue, les auteurs du Code civil avaient beau jeu pour traiter la prescription avec toute la perfection désirable. C'est justice de reconnaître que les bases principales de ce titre important ont été choisies avec sagesse et discernement, malgré les tiraillements des cours d'appel, qui toutes insistaient pour faire prévaloir les données de leur jurisprudence locale. Toutefois, si des grandes masses on passe aux détails, il est certain que des imperfections fâcheuses déparent ce dernier fragment du Code civil. La fatigue commençait à peser sur la longue et laborieuse rédaction du corps de nos lois civiles ; les discussions du Conseil-d'Etat sont écourtées, rares et vides ; les orateurs du Gouvernement et du Tribunat ont hâte d'en finir, et l'on sent que le législateur, succombant sous le poids de son œuvre immense, soupire après l'instant d'arriver au port.

Le titre de la prescription a fait éclore peu d'ouvrages modernes destinés à l'expliquer. Les articles du *Répertoire* et des *Questions de Droit* de M. Merlin qui s'en occupent sont ce que je connais de plus instructif ; je parle de ceux que ce vénérable et profond jurisconsulte a composés lui-même, car je n'accorde pas le même mérite à ceux qui sont signés H., et qui auraient pu tout aussi bien être signés *Dunod*, car ils sont copiés presque mot pour mot dans cet auteur. Mais la science répandue dans un dictionnaire, quelque abondante qu'elle soit (22), peut difficilement épuiser un sujet ; elle est comme une lampe qui, promenée dans les divers détours d'une vaste salle, en éclaire successivement quelques parties isolées, mais laisse les autres dans un jour douteux. Il faut un ouvrage *ex professo* pour faire briller la lumière qui, d'un même trait, étend sa clarté vive sur tout l'appartement. Nous en devons un à M. Vazeille, auteur modeste et consciencieux, qui a déposé dans un traité en deux volumes le fruit de plusieurs années de recherches savantes. Quoiqu'il m'arrive souvent de ne pas partager les opinions de M. Vazeille, je reconnais cependant que je lui suis redevable de beaucoup d'aperçus utiles. Il a frayé la route sous le Code civil, et c'est là qu'est le travail difficile ; car, quand on arrive ensuite, on trouve les sentiers déjà battus, et il ne s'agit que de choisir. Du reste, ma méthode est différente ; je reste

(22) Le *Répert.* de M. Favard-Langlade, et surtout celui de M. Dalloz, v° *Prescript.*, méritent une mention très-honorable.

fidèle au commentaire ; j'attache plus d'importance que mon estimable devancier à la philosophie et à l'histoire ; je puise plus largement aux sources ; j'emploie des matériaux plus variés ; enfin je suis plus indépendant que lui de la jurisprudence des arrêts, vaste arsenal de vérités et d'erreurs, qu'il faut toujours consulter et toujours avoir en défiance. Pour continuer à parler avec la même franchise, je dirai aussi aux amis et aux ennemis des citations que mon commentaire en contient un très-grand nombre, presque toutes latines, et empruntées pour la plupart aux lois romaines et aux auteurs du seizième siècle. C'est de ma part un système auquel je renoncerais difficilement, parce qu'il fait la force de mes convictions et l'indépendance de mes idées. Les personnes qui confondraient cela avec de la diffusion pourront se dispenser de profiter de ces lumières, qui me semblent précieuses, en passant quelques lignes, quelques phrases. C'est le conseil que donnait l'Arioste à des lecteurs dont il craignait la susceptibilité.

*Lasciate questo canto, che senz' esso
Puo star l'istoria, et non sarà men' chiara* (23)

Quant à ceux qui, plus obligeans, penseraient qu'il y a dans cette abondance de citations une sorte de coquetterie, je puis leur donner l'assurance que je tiens en aussi grande pitié que qui que ce soit la science stérile et affectée. Mais est-ce bien le nom qui convient à des recherches dont le but est de montrer la génération des principes, de joindre à la pratique la théorie, qui la rehausse ; de faciliter les études de ceux qui ne veulent pas se renfermer dans un point de vue exclusif, enfin de réconcilier notre droit moderne, un peu malade d'atrophie, avec ce que l'ancien a eu de large, d'énergique, de vivifiant ? Quel que soit, au surplus, ce nouveau livre que j'ajoute à mes commentaires de la *Vente* et des *Hypothèques*, j'espère que le lecteur y verra avant tout mon dévouement sincère à la science du droit et mon vif amour pour ses progrès. Soldat enrôlé sous son drapeau, je continuerai à le suivre avec constance et affection, acceptant les lumières de tous, profitant de toutes les critiques, prêtant l'oreille à tous les conseils. Lorsque cette pauvre jurisprudence est de jour en jour plus délaissée pour la politique, et plus dédaignée par certains esprits, il y a peut-être quelque mérite à lui consacrer exclusivement son zèle : j'espère que ce sera là mon titre auprès du public, dont j'ai besoin d'invoquer la bienveillante indulgence : *Tiberine pater, te sancte precor, hæc arma et hunc militem propitio flumine accipias* (24).

(23) Cant. 28.

(24) Tite-Live, t. 2, 10.

4. De l'échange et du louage (1840).

Troplong n'explique pas la réunion en un seul livre des commentaires de deux titres différents du Code - l'échange serait en effet plus rationnellement réuni à la vente qu'au louage.

La partie consacrée à l'échange est brève (15 pages) ; outre le motif purement exégétique (la brièveté du Code lui-même) Troplong avance et développe une raison plus substantielle : l'échange est devenu, comme à toutes les "époques de progrès social", l'un des contrats commutatifs "les plus étrangers au mouvement de la propriété" - la vente remplace l'échange lorsque la monnaie est abondante. Cette banalité est corrigée dans le très intéressant passage sur l'utilisation de l'échange comme remède à l'excessive parcellisation des propriétés foncières. L'Etat a sans doute "prodigieusement gagné" à la diffusion de la propriété foncière, qui a "fécondé l'extension de la bourgeoisie" : ainsi s'installe "au sein de la mobilité démocratique l'élément de stabilité qui s'attache à la possession du sol" ; mais autre chose est la dissémination des parcelles appartenant à un même propriétaire, fort nuisible à l'exploitation. L'échange serait un remède adéquat, pourvu qu'on l'encourage fiscalement, ce qu'une innocente loi de 1824 avait fait, mais qu'une loi de 1834 vient de défaire, en soupçonnant à tort qu'il y avait là un risque de "résurrection du principe aristocratique par la régénération des grandes propriétés".

"L'histoire philosophique" du louage est beaucoup plus longue (100 pages!), en raison de son "influence sur la prospérité publique" (p. XIV). Troplong procède, en premier lieu, à un rapprochement suggestif des deux louages - de choses et de services. Même importance économique : l'un est "le nerf de l'agriculture", l'autre le moyen par quoi l'on "recrute... (et) cherche à pacifier cette immense et frémissante armée qui prête ses bras à l'industrie manufacturière" ; surtout, même importance sociale : "Il y a, dans deux pays voisins l'un de l'autre, deux grandes questions sociales qui viennent aboutir au contrat de louage, la question des salaires en France, celle de la décadence des petits fermiers en Angleterre" (p. XV). On pourrait attendre beaucoup de ce parallèle des deux louages et des deux questions sociales ; on reste sur sa faim : Troplong démontre certes longuement, dans la partie consacrée au bail à ferme, que la classe des fermiers, en France, est depuis longtemps en voie d'accéder à la propriété (c'est le bienfait du "travail libre") ; mais les rapports de la condition ouvrière - la question sociale française - avec le régime du louage de services sont à peine évoqués en deux pages pessimistes.

Le bail est exalté à deux points de vue : comme mode d'exploitation libre, caractéristique des époques où le droit s'humanise ("le louage aime le soleil de la civilisation... la nuit des temps barbares le rapetisse", p. XV), puis comme "transition" permettant au fermier de "prendre part, à force de travail et d'économie, à la propriété" (p. XXXII). Troplong dessine ainsi une espèce de schéma progressif de l'exploitation des terres, qui va du travail servile aux longues tenures, puis de celles-ci au métayage et au bail à ferme ; il nous montre enfin les fermiers, enrichis par leur "travail libre", acquérant les terres qu'ils exploitent. Mais il faudrait se garder de croire en un mouvement linéaire ; la suite de cette longue préface décrit minutieusement mais de façon assez prenante la

dialectique historique de l'esclavage rustique et des divers modes d'exploitation des terres à Rome, traite longuement du colonat à diverses époques (tantôt transition de l'esclavage vers la liberté, et tantôt dégradation de la liberté en esclavage), puis de la féodalité conçue comme "un vaste bail à ferme perpétuelle ou à colonage héréditaire". Après les "temps obscurs", Troplong montre la liberté à nouveau en marche à partir des XI-XIIèmes siècles, du servage à la "bigarrure féodale" des tenures, puis l'"expropriation insensible" des seigneurs par l'érosion du canon des censives, le développement des baux et métairies temporaires, l'amélioration de la condition de "la classe rustique, lancée désormais dans les voies du travail libre" ; enfin, à la veille de "notre première révolution", "une classe libre et propriétaire", que "l'orgueil féodal... puéril mais insultant", tient encore dans un "dépendance blessante". La thèse de Troplong préfigure celle de Tocqueville : la classe paysanne a fait la révolution non pour acquérir le sol (c'était en train de se faire), mais pour le libérer de contraintes odieuses (L'Ancien Régime et la Révolution, 1856, L. II, ch. 1). Aujourd'hui, il convient d'encourager cette "classe progressive... qui se pénètre de plus en plus des sentiments de conservation et de moralité que la propriété foncière développe chez ceux qui la possèdent" ; un premier progrès serait de substituer partout le bail à ferme au métayage (analyse très intéressante) ; le second, déjà à l'oeuvre, serait de mettre la propriété "à la hauteur du petit capitaliste" - d'ailleurs on constate que le paysan acquiert de plus en plus, en manoeuvrant habilement au besoin (p. CII) : "il y a des localités en France où la condition de posséder la terre, c'est de la cultiver soi-même" ; du coup, "ce n'est plus seulement la ferme qui a été supprimée (comme en Angleterre), c'est le propriétaire non cultivateur" (l'Angleterre s'occupe de faire produire les choses ; la France préfère le bonheur des personnes). Cette acquisition de la terre par ceux qui la cultivent est une "grande révolution" politique et morale ("Car rien n'est puissant comme la propriété pour moraliser l'homme", *ibid.*, n° 845) - révolution "sans violence et moyennant une large indemnité" (p. CIII-CIV), mais grosse tout de même d'un risque politique : si ce mouvement de translation des propriétés continue, l'influence politique passera du côté d'une classe paysanne plus préoccupée des intérêts locaux que des intérêts généraux : "ne faudrait-il pas dès lors préparer l'accès des droits politiques aux autres natures de propriétés qui se formeront à défaut de la propriété foncière ?" (p. CIX). On voit par là qu'on peut être exégète, et avoir, outre le goût de l'histoire, un oeil sociologique assez aiguisé et des vues politiques.

Le traitement du louage de services est beaucoup plus succinct à tous égards, et beaucoup moins optimiste ; Troplong y décrit seulement en deux pages une classe ouvrière dans "un état précaire, agité, mauvais". Le mal lui vient, non de la loi, qui "assure à son travail des garanties" (?), mais "de ces habitudes vicieuses que les ouvriers contractent dans le séjour corrupteur des villes". Des remèdes proposés par les économistes (en vrac : caisses d'épargne, instruction religieuse et morale, tribunaux de prud'hommes et expansion des colonies), Troplong n'attend visiblement pas de grands résultats ; les "classes dangereuses" sont en marche : "Dieu veuille... que la classe ouvrière ne soit pas celle qui vomira sur notre société de nouveaux barbares prêts à la déchirer !" (CXII). On n'est pas surpris que Troplong ait rejoint le parti de l'ordre.

PRÉFACE

L'échange ne tiendra pas plus de place ici que dans le *Code civil*. S'il est, entre tous les contrats commutatifs, celui qui joue le plus grand rôle dans les siècles de décadence et de barbarie, il devient, aux époques de progrès social, l'un des moins fréquents dans les rapports civils internes, l'un des plus étrangers au mouvement de la propriété.

En effet, lorsque la monnaie est rare et peu courante, lorsqu'elle est resserrée dans les mains d'un petit nombre d'individus, qui se suffisent à eux-mêmes par la vaste étendue de leurs terres et par les services de leurs esclaves ou de leurs vassaux, le commerce des choses s'opère principalement par la voie des échanges. Le cercle de ces échanges est d'ailleurs fort borné. La propriété foncière sommeille dans l'immobilité, et tous les efforts du législateur ont bien moins pour but de la répartir entre un plus grand nombre de possesseurs, que de la conserver immuable et perpétuelle dans les grandes familles qui jouissent presque seules de ses bienfaits. Quant à la propriété mobilière, dont le brillant essor balance de nos jours les influences terriennes, elle n'est encore considérée, aux époques dont nous parlons, que comme d'une nature inférieure et presque vile! *Vilis mobiliium Possessio*. Etudiez, dans les chants épiques d'Homère, les scènes de la vie héroïque du monde grec ; vous verrez les chefs de famille se procurer avec des cuirs de bœuf, avec du fer ou des captifs, etc., etc., les choses qui doivent satisfaire à leurs besoins (1). Rome ne connut aussi que l'échange dans l'état de simplicité primitive que regrettait Pline, alors qu'il avait sous les yeux le tableau de la plus effroyable corruption que l'or enfanta jamais. Descendez enfin dans notre moyen-âge, et interrogez les légendes, qui sont la curieuse et candide épopée de la barbarie moderne. Le dimanche et les jours de fêtes un marché se tient devant la porte de l'église ou du monastère ; là, entre gens rustiques d'une même seigneurie les fruits de la terre et les croîts d'animaux sont échangés contre les produits d'une grossière industrie. L'artisan reçoit de l'agriculteur le prix en nature de sa main-d'œuvre ; l'agriculteur est vêtu par l'ouvrier qu'il alimente. Quelques ventes se font bien çà et là ; mais il faut en être sobre ; l'argent est rare, on le garde pour payer les cens féodaux et les deniers emphytéotiques, pour offrir à l'église quelques dons pieux ! pour acheter, en cas de calamité, des prières et des indulgences !

(...)

Mais lorsque la civilisation a élargi le cercle des communications et des besoins, lorsque la richesse monétaire s'est augmentée, et que l'argent, signe représentatif de toutes choses, est plus ou moins répandu dans les mains de tout le monde, l'échange devient un moyen embarrassant de commercer. La vente le remplace (2) ; c'est elle qui met en action, qui déplace et fait circuler les valeurs mobilières et immobilières. Bientôt, le rang qu'elle occupe dans le jeu des affaires, elle le prend dans les Codes ; elle y figure comme le plus important des contrats commutatifs. Les jurisconsultes développent avec complaisance les principes qui la gouvernent et les applications pratiques qui découlent des principes. L'échange, au contraire, n'est plus qu'un calque, une sorte de copie ; il est le servent de la vente ; il lui emprunte ses règles, sa vie. Aussi, on écrit des volumes sur la vente et l'on trace quelques lignes sur l'échange. C'est que les jurisconsultes ne dissertent pas encore quand l'échange est en crédit ; le temps des Codes n'est

(1) *Quantum felicioræ ævo, quam res ispæ permutabantur inter se, sicut et trojanis temporibus facultatum Homero credi convenit ! Alios coriis boum, alios ferro captivisque rebus mutasse tradit. Ex quâ consuetudine multa legum antiquarum pecore constat etiam Romæ* (Pline, liv. 33, C. III. V. aussi les *Inst.* de ECCEPT. VEND., § 2).

(2) Les anciens attribuaient à Bacchus l'invention de la vente (Pline, lib. VII, c. 57).

pas venu ! C'est que leur influence n'arrive que quand la vente jouit déjà depuis longtemps de son tour de faveur. Or, les légistes suivent la marche progressive de la société ; c'est pour elle qu'ils travaillent ; c'est pour ses besoins qu'ils donnent des préceptes et des réponses.

Toutefois, si l'on considère l'échange comme auxiliaire du commerce extérieur, son importance est et sera probablement toujours considérable. Il nous ouvre l'accès des contrées lointaines d'où la législation locale empêche la sortie du numéraire, et celles qui ne connaissent pas l'usage des monnaies. Le luxe et la sensualité l'envoient chargé de nos richesses agricoles et manufacturières pour rapporter d'un autre hémisphère les productions que la nature nous a refusées. Il revient alimenter nos ports, notre industrie, et satisfaire le goût bizarre des Européens pour les choses de l'Inde et de l'Amérique (3). Je ne dirai pas que si les échanges commerciaux n'avaient pas exporté le thé de la Chine et du Japon, la révolution américaine serait encore à faire ; je n'aime pas ces rapprochements forcés, et par cela même puérils, et je crois que d'autres causes se seraient offertes pour que la patrie de Washington et de Franklin secouât le joug de son avare métropole (4). Toutefois, j'ai cru devoir rappeler un fait célèbre dans l'histoire pour montrer l'influence des échanges sur les besoins et les habitudes des peuples.

Mais je le répète, le rôle de l'échange se rapetisse singulièrement lorsqu'on passe des rapports commerciaux aux rapports réglés par le droit civil interne. En jetant un coup d'œil sur notre droit français, à partir du 16^e siècle, l'échange n'apparaît guère d'une manière saillante, que comme moyen d'assouplir dans une certaine mesure la rigueur inerte du régime dotal, ce dernier débris des systèmes anciens qui placent la prospérité de la famille dans l'immobilité de la propriété ; tandis qu'elle réside plus véritablement dans la combinaison qui associe les époux dans une collaboration commune, corrobore l'affection conjugale par l'identité des intérêts, stimule de part et d'autre le dévouement, l'économie, l'amour du travail ; vertus fécondes dont les fruits profitent à la femme aussi bien qu'au mari ; mobiles plus surs et moraux que toutes les frayeurs du régime dotal, pour faire progresser les familles, pour les faire monter de la gêne jusqu'à l'aisance et de l'aisance jusqu'à la richesse.

(...)

Hors de là, l'échange reste obscur et inaperçu dans le vaste mouvement qui tient en éveil l'activité de notre nation.

J'en puis dire autant du temps où nous vivons. Dans cette action incessante qui fait circuler la propriété depuis le sommet jusqu'aux extrémités du corps social, qu'elle est la part de l'échange ? je parle toujours des rapports internes : elle est presque nulle ; rarement l'échange vient se mêler aux mutations devenues si fréquentes de nos jours. Il faut des circonstances toutes particulières, des raisons exceptionnelles de convenance privée pour y avoir recours.

Et cependant ne nous hâtons pas de la déclarer impuissant ; il pourrait ne pas être inutile à notre agriculture, si des mains intelligentes voulaient l'employer à guérir l'une de ses plaies. En effet, une grande partie de notre sol est morcelée par petites parcelles ; la propriété en est éparpillée çà et là, comme si elle eût été jetée au vent, et toutes ces fractions enchevêtrées les unes dans les autres, restent inabordables et presque inexploitable à raison de l'absence des chemins et des difficultés qui en résultent entre voisins. C'est ce qui faisait dire à M. François de Neufchâteau : "Avec les territoires hachés, cisailés, sans chemins pour arriver aux lambeaux qui

(3) Le thé, le tabac, le café, etc.

(4) On sait que les Anglo-Américains s'insurgèrent à cause d'une taxe sur le thé.

les constituent, l'agriculture froissée en outre par les entraves que le parcours et la vaine pâture multiplient autour d'elle, ne peut pas plus grandir qu'un enfant qu'on garotterait au berceau avec des liens de fer." Quel serait donc le moyen de faire disparaître cet échiquier qui est le désespoir de notre agriculture ? non pas que je veuille attaquer par là la division de la propriété et sa répartition dans les mains du plus grand nombre ; loin de moi tout parole d'improbation pour un état de choses où la France trouve son point de repos, et qui après l'avoir sauvée d'une révolution en 1830, la préservera, j'espère, de nouvelles crises dans l'avenir. Ce que je déplore est tout différent, et il ne faut pas confondre la division de la propriété avec le morcellement et les hachures du sol. Que les trop grands domaines, qui de tout temps, ont été le fléau des empires, aient été coupés en fractions d'une certaine contenance, soit par suite de la décadence qui frappe toutes choses ici bas, soit par la marche incessante de notre loi sur les partages des successions, soit enfin par la spéculation qui a fait des biens fonds un objet de commerce ; que cette division ait mis ces nombreux fragments à la portée de la classe moyenne et des cultivateurs, qui sont venus y verser le fruit de leur labeur et de leurs épargnes, c'est là un excellent résultat ; il faut y applaudir, et pour mon compte, j'y vois un de ces grands progrès qui influent sur la destinée d'un empire ; car tout un élément de notre civilisation a été retrempe. La bourgeoisie franchissant ses limites d'autrefois ne s'est pas contentée d'élever sa tête jusqu'aux régions supérieures de la société ; elle a prolongé ses racines dans les couches inférieures de la population ; là, elle s'est recrutée d'hommes laborieux, infatigables, cultivant pour leur propre compte, et trouvant dans le travail de leurs mains une honnête indépendance. Or, c'est le principe diviseur des terres qui a fécondé cette extension de la bourgeoisie, et l'état y a gagné prodigieusement ; car un large support lui a été donné, qui a pris sa base, non dans des idées mobiles et des intérêts précaires, mais dans la propriété même, ce solide et pacifique fondement de l'édifice social. Aussi qu'est-il arrivé ? C'est que la propriété est, après la famille, la seule colonne de l'état que le ravage des sophismes n'ait pu parvenir à entamer. Je sais bien qu'on y travaille ; les novateurs, je me trompe ! les imitateurs ont repris une œuvre de destruction, tentée bien des fois, soit par les passions populaires déchaînées, soit par l'abus des principes mal compris du christianisme, soit enfin par une philosophie brutale et sophistique. Mais ce qui a échoué, même dans des sociétés en proie aux plus grandes misères des classes inférieures et aux plus grands déchaînements des orages politiques, a moins de chances que jamais de réussir aujourd'hui ; car indépendamment des sympathies et du respect que la propriété trouve dans les convictions spontanées de l'humanité, elle se défend encore par les intérêts innombrables que la division des terres a groupé à sa base.

Tel est donc le double avantage de la propriété moyenne et petite : d'abord, de former une sorte d'assurance mutuelle d'autant plus puissante que le nombre des associés est plus considérable ; ensuite, de ramifier au sein de la mobilité démocratique, l'élément de stabilité qui s'attache à la possession.

Mais voici maintenant où commence l'inconvénient dont je parlais tout à l'heure. Supposons, par exemple, dix hectares de terre appartenant, l'un dans l'autre, à chaque famille propriétaire. Si ces dix hectares ne sont pas réunis en un seul corps, s'ils forment cinquante, quatre-vingts, cent pièces de terre séparées par de certaines distances, on aperçoit tout de suite ce qu'il y a de fâcheux pour le cultivateur obligé à perdre un temps précieux pour aller de celle-ci à celle-là, lorsqu'il faut labourer, fumer, ensemençer ; à faire des dépenses plus considérables de clôtures ; à supporter des empiétements plus fréquents ; à se soumettre à des servitudes gênantes ; à renoncer à l'éducation des bestiaux, etc., etc.

Or, il y aurait un moyen de lutter contre ce mal ; ce serait de réunir par la voie d'échanges tous ces terrains disséminés.

(...)

Le principal obstacle tient à l'esprit ombrageux de notre démocratie, qui, bien que douée d'une force supérieure à tous les obstacles, se laisse prendre cependant d'une inconcevable panique quand on lui parle d'aristocratie. Or, je ne serais pas étonné que quelque habile surveillant de cette terrible aristocratie ne vit, dans les réunions de parcelles, je ne sais quel projet de reconstitution féodale de la propriété ; et le moyen alors de faire entendre le langage de la raison à des esprits frappés d'un si patriotique effroi !! Je ne dis rien, au surplus, que je ne sois en état de prouver à l'instant ; je raconte l'histoire de ce que nous avons vu hier. En effet, parmi les lois de la restauration, il y en avait une fort bonne, et surtout fort innocente (5), qui dans la vue de favoriser les échanges de propriétés contiguës, allégeait les droits d'enregistrement et de transcription de ces sortes de mutations. Cette loi avait été conçue dans une pensée favorable à l'agriculture ; mais dans la pratique elle donna lieu à quelques abus, et la régie de l'enregistrement, plus préoccupée de la rentrée de l'impôt que des progrès agricoles, en demanda l'abrogation en 1834. Quel fut son grand argument ? Ce fut de soutenir que cette loi de 1824 avait été conçue par la restauration pour régénérer le principe aristocratique par la régénération des grandes propriétés. Oh ! vous concevez que la chambre des députés ne pouvait rester froide devant cette formidable accusation ! Il est vrai que cette pauvre loi de 1824, qui ne se croyait pas si méchante, aurait pu tout aussi bien être présentée et aurait été très certainement soutenue par un aristocrate de la façon de M. François de Neufchâteau, dans les idées agronomiques duquel elle rentrait complètement. Mais n'importe ! le mot fatal avait été prononcé, et la loi ne résista pas ! Ai-je donc si grand tort de redouter que des susceptibilités jalouses ne viennent s'ajouter à l'apathie trop naturelle aux intérêts agricoles, pour contrarier longtemps encore les réunions de parcelles réclamées, par les agronomes intelligents de tous les partis (6) ?

Passons maintenant au *Louage*. L'histoire philosophique de ce contrat nous occupera plus longtemps. Il offre au jurisconsulte qui veut pénétrer dans le fond des choses un sujet intéressant et étendu. Il est, dans nos sociétés modernes, un des contrats qui exerce le plus d'influence sur la prospérité publique ; il associe aux jouissances de la propriété ceux qui ne sont pas propriétaires ; il est le nerf de l'agriculture, cette mère nourrice des états, à qui il donne des colons laborieux et intéressés à ses progrès. Tour à tour il recrute cette milice industrielle qui féconde nos champs, ou alimente et cherche à pacifier cette immense et frémissante armée qui prête ses bras à l'industrie manufacturière. Il y a, dans deux pays voisins l'un de l'autres, deux grandes questions sociales qui viennent aboutir au contrat de louage, la question des salaires en France, celle de la décadence croissante des petits fermiers en Angleterre (7).

Je disais tout à l'heure qu'à mesure qu'on s'éloigne des ténèbres de la barbarie, l'échange est éclipsé par d'autres contrats plus importants. Ici c'est tout le contraire. Le louage aime le soleil de la civilisation ; il se développe et grandit sous son influence, tandis que la nuit des temps barbares le rapetisse. Si vous descendez au degré le plus bas de la civilisation, vous ne lui voyez jouer presque aucun rôle dans la vie civile. Quand les cités sont rares et petites, quand les maisons sont tellement rétrécies, qu'elles suffisent à peine pour loger la famille, et que d'ailleurs

(5) Du 16 juin 1824, Voyez *infra* n° 43 du commentaire de l'échange à la note.

(6) Mon opinion sur l'abrogation de la loi de 1824 est aussi celle de MM. Championnière et Rigaud, qu'on ne soupçonnera pas de tendances aristocratiques. On peut voir ce qu'ils ont dit à ce sujet dans leur *Traité des droits d'enregistrement* (t. III, n° 2174), l'un des meilleurs livres de jurisprudence qui ait été publié depuis longtemps.

(7) Voyez le *National* du 14 octobre 1833, sur cet état de décadence dont je parle *infra*, p. XXII.

la population, dominée par ses habitudes casanières, ne voyage pas au loin, il y a tout à la fois peu de locataires et peu de place pour les locataires ; alors le bail à loyer ne saurait donc être un moyen large et général d'utiliser les édifices urbains (8). Chacun, d'ailleurs, a l'amour-propre d'avoir la propriété de son manoir ; le toit héréditaire, tout chétif qu'il peut être, communique à celui qui l'habite une sorte de relief et d'honneur ! Peu importe la misère de ces demeures sales, humides, où le jour a peine à pénétrer, où la poitrine respire avec effort ! repaires qui semblent faits exprès pour héberger la peste, la lèpre, et tous les fléaux contagieux ! peu importe, dis-je ! L'homme s'y complait, parce qu'il se dit, dans son orgueil : *J'en suis propriétaire*. Au contraire, celui qui ne tient pas de ses pères ou de son travail un abri pour reposer sa tête, celui qui est obligé de prendre chez autrui un logement à loyer, est placé, par l'opinion de ses concitoyens, dans une espèce d'infériorité et de dépendance. On retrouve encore quelques traces de ces préjugés dans le département de la Corse, où la simplicité des mœurs primitives a conservé plus qu'ailleurs sa physionomie originale et naïve.

Vitruve nous apprend qu'au commencement les maisons de Rome étaient fort basses ; elles n'avaient qu'un seul étage, et suffisaient néanmoins aux besoins d'un peuple simple et austère (9). Mais où était le gîte du locataire dans ces demeures exigües ? On le chercherait vainement. Les distributions de terre à la plèbe (10), les assignations de certaines parties du territoire pour en faire des quartiers de Rome (11) semblent indiquer que chacun eut dans l'origine sa petite retraite et son asile. Ce n'est que beaucoup plus tard que la population s'étant accrue, on éleva les maisons. Les riches logèrent alors les pauvres dans le dernier étage, qu'on nommait *cænaculum*, et le profit qu'ils en retiraient s'appelait *cænaculariam facere*.

Dans les campagnes, le bail à ferme n'est pas plus fréquent.

Les familles propriétaires, soumises à un pouvoir intérieur, mélangé d'origine patriarcale et de conquête, vivent isolées les unes des autres, sur des domaines qu'elles font cultiver par des mains serviles, et dont elles consomment les fruits en nature. Un intendant, qui n'est que le premier esclave entre les esclaves, dirige les travaux, surveille les ouvriers et les cultivateurs, et se venge sur eux de l'autorité despotique que le maître exerce sur lui. L'histoire des deux premières races nous montre ce régime en pleine vigueur dans les *villæ* royales (12). Les rois vont résider tour à tour dans leurs divers domaines, afin d'y vivre, eux et leur cour, des produits agricoles dont le commerce d'alors n'aurait pu faire de l'argent.

A ces époques, et dans tous les états où l'élément aristocratique prédomine pleinement, la classe des fermiers n'a pas encore d'existence réelle. Pour qu'elle puisse compter dans le dénombrement de la population comme élément sérieux de la prospérité politique, il faut qu'il y ait un noyau d'hommes libres, venant après la première occupation du sol, trouvant les places prises par les premiers arrivés, et cherchant à s'en créer une par leur travail et par une sorte de combinaison qui consiste à mettre leur industrie à la disposition du propriétaire, qui, de son côté, leur fournit la matière productive. Or, à l'époque dont nous parlons, époque appelée héroïque par Vico, il n'y a guère que des maîtres et des serfs : la liberté a pour condition la propriété ; tout chef de famille libre, indépendant, est nécessairement propriétaire ; quiconque n'est pas propriétaire est esclave ou contraint à tomber dans la servitude.

(8) Vico, trad. de M. Michelet, p. 184.

(9) Arch. lib. 2.

(10) V. M. Niebuhr, t. II, p. 161.

(11) Ancus assigna aux Latins des demeures sur l'Aventin. V. M. Niebuhr, *loc. cit.*, p. 145).

(12) V. le capit. de *Villis et Curtis*.

Un progrès assez fréquent finit cependant par tempérer cette dépendance des classes inférieures. Les grands propriétaires, embarrassés de l'immensité de leurs terres, et presque gênés de leurs inutiles richesses, cherchent à les rendre plus productives en intéressant les familles à la culture du sol. De là des concessions de terrains pour bâtir, défricher, labourer, moyennant certaines redevances annuelles. Nous avons non loin de nous un exemple vivant de cet état social dans les populations slaves. "Chaque seigneurie, dit M. de Sismondi, se compose de deux parts : la terre du seigneur, qui est cultivée au moyen des corvées (13), et celle qu'il a partagée entre un grand nombre de familles de paysans, que chaque famille cultive durant les trois jours par semaine qui lui restent libres. En Russie, la corvée des paysans a été généralement remplacée par une redevance en argent, nommée *l'obroc*, qui, de sa nature, est supposée toujours égale, mais que dans un pays sans liberté et sans garantie, le seigneur peut augmenter suivant son caprice." (14) Nous verrons bientôt que notre population agricole est sortie d'une situation correspondante. Cette situation est le plus grand pas que la classe des paysans puisse faire lorsque l'élément démocratique n'a pas fait son apparition.

Mais aussitôt que l'assouplissement du principe aristocratique a permis à la classe des hommes libres de prendre rang dans l'état, le bail à ferme ou à colonage temporaire devient le moyen le plus général de mettre les terres en valeur. A mesure que le servage s'efface, le bail à ferme empiète sur les places qu'il laisse vacantes car il est l'industrie du paysan, de même que le négoce et la fabrique sont l'industrie du citadin. Peu à peu l'on voit s'élever de nombreuses familles de cultivateurs indépendants, qui tiennent le milieu entre les grands propriétaires et les ouvriers prolétaires. Le fermier qui a long-temps travaillé, long-temps économisé, finit par acheter un champ ; il prend place parmi les possesseurs du sol. Alors, si quelque grande cause politique n'y met pas obstacle, l'agriculture et la liberté se donnent la main, et cette union fait surgir des entrailles de la terre, comme autrefois les dents du dragon, cette classe villageoise si précieuse pour la propriété, et qui plus que toute autre, est le nerf d'un état puissant. Car c'est elle qui dans la paix trace le sillon nourricier, c'est elle qui, pendant la guerre, fournit à la patrie ses plus robustes et ses plus vaillans soldats.

La transition dont je parle s'opère depuis long-temps en France, dans un silence qui trompe les étrangers peu instruits de nos mœurs. M. Jacob, chargé par le parlement anglais de parcourir l'Europe pour y étudier l'état de l'agriculture, a prétendu que *la France est au second degré de l'échelle agricole en commençant par en bas*. Ce jugement n'est pas d'un observateur ; c'est celui d'un contempteur superficiel. M. Jacob n'a vu probablement dans nos villages, assez sales pour la plupart, dans les demeures assez chétives de nos paysans, que l'indice de la misère. Il ne sait pas que dans plusieurs de nos provinces une grande révolution se prépare au profit de ce cultivateur, qu'il croit si pauvre, parce qu'il est peu soucieux d'une vie luxueuse ou commode ; il ne sait pas qu'un jour viendra où, sans secousse et sans bruit, la propriété passera presque entièrement dans ses mains. Nous insisterons plus tard sur cet inévitable résultat, qui nous paraît devoir fixer à un haut degré l'attention des économistes. En attendant, nous laisserons l'Angleterre se vanter des progrès de son agriculture et du confortable qui règne dans ses campagnes. Si l'art agricole fleurit chez elle plus que chez nous, notre population agricole progresse chez nous bien plus que chez elle, et c'est là ce qui importe surtout à ceux qui font marcher l'homme avant la chose. Nous n'avons pas oublié ces prétendues réformes agronomiques, par lesquelles la duchesse de Sutherland déposséda quinze mille paysans, de

(13) Qui consistent en quatre jours de travail par semaine.

(14) *Etudes sur l'économie politique*, t. 1, p. 186.

sept cent quatre-vingt-quatorze mille acres de terre dont ils étaient en possession depuis un temps immémorial, les força à abandonner leurs antiques foyers et leurs villages, qui furent démolis et brûlés ; le tout, afin de convertir leurs champs en pâturages plus productifs, et d'améliorer les races bovines et les laines des troupeaux (15) ! Est-ce là le sort qui attend le cultivateur français ? est-il forcé dans sa détresse de s'écrier douloureusement :

Nos patriam fugimus et dulcia linquimus arva.

et puis, toutes les merveilles de l'agriculture anglaise n'empêchent pas que beaucoup de grands seigneurs, chargés de dettes, avec leurs immenses fortunes, ne pressurent horriblement leurs fermiers (16) . Il y a d'ailleurs un fait officiel qui fait taire tous les doutes : c'est le rapport de la commission parlementaire nommée pour rechercher les causes des embarras de l'agriculture, rapport publié, en 1833, par les journaux anglais. Les dépositions reçues par les commissaires du parlement s'accordent à dire que depuis dix à douze ans le fermier anglais paie le fermage des terres, non sur les profits de son exploitation, mais sur son capital ; qu'en conséquence, ceux qui ont eu le plus de prévoyance émigrent en Amérique, tandis que ceux qui restent s'appauvrissent de plus en plus, et tombent dans la classe des manouvriers ou disparaissent complètement (17) ! De là les plaintes incessantes des propriétaires et des fermiers anglais, leurs réclamations importunes pour obtenir des monopoles et des lois protectrices, qui leur permettent de soutenir la concurrence avec les blés étrangers ; de là, les faillites de ses spéculateurs en agriculture qui meurent de faim dans leurs fermes admirables de beauté ; de là ces incendies de récoltes et de maisons rurales, indices trop réels du malaise des campagnes et d'une inquiétante fermentation !! (18) Si tous ces faits sont exacts (et qui pourrait les révoquer en doute), ce pourrait être une nouvelle confirmation de ce mot profond de Plaine, que *le trop bien cultiver ruine*, et nous pourrions être moins jaloux des beaux pâturages de l'Angleterre et de ses belles races d'animaux, et de ces fermes grandes comme le département de la Seine, où un entrepreneur, qui ne cultive pas lui-même, remplace par des machines économiques le véritable fermier qui travaillait de ses mains, expulse l'homme comme un rouage inutile dans son industrie, s'attache surtout à anéantir le petit propriétaire cultivateur, pour le supplanter, à défaut d'instruments mécaniques, par des journaliers mercenaires et sans lendemain. Tout cela peut être le beau idéal de l'art agricole. Quelques lords déjà bien opulents peuvent, par hasard, gagner un peu plus de revenu dans cette spéculation d'un seul contre une classe d'homme qu'on pourchasse pour la faire descendre jusqu'au prolétariat. Pour moi, je préfère l'état plus modeste de nos champs. Là, de faux dehors ne cachent pas de profondes misères ; là, l'amélioration croissante du sort de nos cultivateurs présage la prospérité plus réelle qui attend notre agriculture ; elle tranquillise l'observateur sur l'avenir d'une population intéressante et chère à la patrie. C'est bien assez des maux que la classe ouvrière des villes nous tient en réserve. Quant à nos campagnes si dédaignées de nos voisins, nous pouvons vivre exempts des inquiétudes qui préoccupent leur parlement.

L'Irlande, l'un de leurs trois royaumes, offre à un plus haut degré l'exemple de ces causes malfaisantes dont je parlais tout à l'heure, et qui compromettent l'élan de la classe agricole. Dans ce pays cependant se trouvent réunis par la nature tous les éléments de la prospérité sociale ;

(15) Ce fait eut lieu de 1811 à 1820 ; il fut imité par d'autres seigneurs écossais. M. de Sismondi (*loco cit.*), t. I, p. 204 et suiv. a tracé le récit lamentable de ces expulsions.

(16) M. de Sismondi, t. I, p. 228.

(17) J'emprunte ce résumé à un article du *National* du 14 octobre 1833.

(18) M. de Sismondi, t. II, p. 226.

une race d'hommes belle et vigoureuse, une population féconde et douée des plus heureux instincts, une terre fertile et pittoresque, un climat favorable à la végétation et qui connaît à peine les gelées, les sécheresses, les grêles, les inondations. Et pourtant l'infortune de ces cultivateurs est si grande qu'elle serre le cœur d'une douleur infinie, et l'on est tenté de désirer pour elle l'esclavage du paysan russe ! Le tableau en a été tracé avec la chaleur d'une âme généreuse et la vérité d'un profond observateur, par M. Gustave de Beaumont, dans son beau livre de l'*Irlande*. Déjà un savant économiste, que j'ai plus d'une fois cité, M. de Sismondi, avait sondé la profondeur de cette plaie. Leurs récits contiennent plusieurs traits qui se rattachent à notre sujet et qu'il faut rappeler.

(Suit le récit des malheurs du paysan irlandais exploités par des "lords d'Angleterre sans entrailles")

(...)

Que conclure maintenant de ces aperçus ? C'est que le bail à ferme, instrument de travail appliqué à la propriété foncière, est tour à tour impressionné par les conditions qui affectent la propriété même et par l'état de ceux qui la cultivent. Effacé par l'esclavage dans les pays où la grande propriété et la servitude se donnent la main, il reparaît avec la liberté. Mais de l'état dans lequel se trouvent les classes libres qui le mettent en action, dépend la question de savoir s'il est entre leurs mains un instrument de progrès, ou l'effort inutile d'un travail désespéré. Quelque faible que vous supposiez l'élément démocratique, si les propriétaires du sol considèrent les cultivateurs comme des auxiliaires, et non pas comme une matière qu'on exploite, ne désespérez pas du travail libre, protégé et encouragé. La condition du fermier, tenant d'abord le milieu entre le journalier et le propriétaire, deviendra peu à peu une transition pour prendre part, à force de travail et d'économie, à la propriété. Les baux emphytéotiques ou à longues années, réglés avec équité, et sans le contact d'avidés proxénètes, lui en faciliteront surtout la voie. Ces baux prédominent ordinairement lorsque la constitution aristocratique du sol, aspirant à la perpétuité dans les tenures foncières, reflète son principe jusque dans les possessions précaires ; ils sont avantageux pour les preneurs, et, en les attachant à la terre, ils récompensent suffisamment leur travaux d'amélioration, et les préparent à une honnête indépendance (19).

Supposez maintenant à la place d'un état aristocratique ; une société où règne une démocratie sage et puissante. L'impasse de toutes les carrières lucratives ne forcera pas la population à se ruer exclusivement sur la terre, comme un essaim d'oiseaux affamés. La liberté éclairée par l'intérêt, donnant à chaque profession une moyenne raisonnable de bras, l'agriculture sera à l'abri d'un encombrement étouffant, et pourvoira sans parcimonie à la nourriture du paysan. La grande et brusque inégalité des fortunes fera place à une gradation mesurée des classes aisées, et la propriété moyenne et petite servira de point d'appui aux cultivateurs, qui la recruteront incessamment. Du reste, les longs baux ne s'harmonisent plus avec l'organisation démocratique du droit de propriété et ses tendances au mouvement. Cependant le fermier redoublera d'efforts et de soins pour que son bail satisfasse le propriétaire, et que ce dernier lui accorde pour le bail prochain une confiance justifiée par une bonne gestion.

Mais, quelle que soit la constitution de la société, et soit que les baux soient prolongés ou à court terme, si un sentiment hostile existe entre les propriétaires du sol et les cultivateurs, si les haines de religion, les différences d'origine, les souvenirs de conquête et de confiscation, etc.,

(19) Consulter *infra* (N° 31 et suiv.) l'histoire et les règles de l'emphytéose, on verra le rôle important que ce contrat a joué dans le bas-empire et dans le moyen-âge.

etc., établissent l'animadversion entre deux classes qui doivent marcher unies, le bail à ferme, loin d'être un asile assuré pour le travail, deviendra une source d'iniquités et de déceptions. Ce ne sera plus ce contrat de *bonne foi* dont parlent les jurisconsultes !! les plus mauvaises passions s'y donneront rendez-vous. On verra la supercherie s'organiser pour combattre l'avidité spoliatrice ; l'un mettra la force dans la balance, l'autre la ruse ; la terre la plus fertile deviendra ingrate pour le colon ; car mille abus, mille vexations, s'interposeront entre elle et lui pour laisser ses labeurs sans récompense. Que dirai-je alors ? Le travail, frappé de stérilité, prendra conseil du désespoir, et la richesse privée, cet élément nécessaire de toute société organisée sur des bases complètes, la richesse privée, haïe et maudite, deviendra peut-être un don funeste de la Providence. C'est que, lorsqu'on en est arrivé à cette extrémité fatale, la société est bien voisine d'une dissolution.

Après ces vues générales sur la manifestation du bail à ferme dans les diverses formes de gouvernement, passons à son histoire spéciale chez les Romains et en France.

(...)

Il y a dans l'histoire une vérité souvent confirmée par les faits : c'est que lorsque la classe moyenne manque, l'agriculture, faute de fermiers libres, retombe aux mains des esclaves.

Mais que peuvent des bras serviles quand le maître s'endort dans le luxe et la mollesse (20), quand il n'est pas là pour donner lui-même l'impulsion ?

Une seule combinaison peut assurer des résultats avantageux ; c'est d'intéresser l'esclave à son travail par une part dans les profits, et par une somme plus grande de liberté : le principe de tout effort et de toute constance est dans ce double encouragement.

Les propriétaires durent le sentir. Alors le colonat prit naissance ; le maître choisit parmi ses esclaves les plus laborieux et les plus intelligents ; il leur donna une existence plus libre et des terres à cultiver. Mais il les attacha au sol, eux et toute leur race par les liens d'un bail perpétuel (21), combiné avec quelques restrictions d'une pleine liberté.

Or, ce fut là un progrès considérable ; les esclaves durent l'accepter avec reconnaissance ; s'inquiétant peu de savoir si le microscope du légiste y voyait quelques anomalies. En effet, le colonat ne traite pas l'agriculteur en esclave ; il lui ouvre les portes de la vie libre, il fait de lui une espèce de client.

Il ne le condamne pas à la dure existence du manouvrier, c'est une industrie qu'il lui demande. Il lui laisse la jouissance de la terre ; il lui en abandonne tous les produits, moins la part dominicale. En un mot, il l'élève au rang de fermier, ou de cultivateur à mi-fruit.

Et l'on s'étonnerait que le colonat fut venu comme palliatif de la grande propriété, comme intermédiaire entre l'esclave qui recule devant le travail et le maître qui languit devant ses richesses improductives ?

Cette transition de l'esclavage à l'état meilleur du colon à culture perpétuelle, s'est faite mystérieusement. C'est que, dans les campagnes, les métamorphoses qui s'opèrent dans l'état des personnes et des choses, n'ont pas l'éclat bruyant des révolutions conduites par les cités. La

(20) V., dans Tacite, la lettre de Tibère au Sénat, lib. III, n° 53, 54.

(21) On sait que les baux perpétuels furent connus des Romains (Caius inst. lib. III, n° 143 ; Gordien, l. 3, C. *loc. cond.*)

législation a trouvé un beau jour le colonat en possession de la société ; alors elle a dû le reconnaître et formuler ses lois ; elle s'en est même servie comme d'une base de l'impôt.

Le colonat une fois donné par les besoins de la culture, dut voir ses rangs s'accroître et se peupler par plus d'une misère sociale.

Dans une société où l'homme libre était réduit à se vendre comme esclave (22), plus d'un ingénu dut se vendre ou se livrer comme colon. Les lamentables récits de Salvien nous ont montré cette dégradation de la liberté. Les lois ne veulent pas dire autre chose quand elles parlent de contrats et de prescription. Ainsi, l'esclavage avait formé la première couche de colonat ; la liberté malheureuse forma la seconde (23).

La prescription dut particulièrement s'appesantir sur les fermiers héréditaires ou perpétuels, dont, je le répète, Rome eut beaucoup d'exemples (24). Les possessions héréditaires et perpétuelles peuvent dégénérer de deux manières : ou le détenteur oubliant l'origine de la chose, finit par se persuader qu'il en est propriétaire ; ou le propriétaire finit par étendre jusqu'au détenteur les droits qu'il a sur la chose.

De ces deux métamorphoses, la première s'est vue lors de notre première révolution. La conversion des baux à cens, des baux à rente, des baux à locatairie perpétuelle, en toute propriété, au profit de ceux qui primitivement ne furent que des détenteurs limités dans leurs droits, en est la preuve éclatante. Le colonat nous donne une manifestation de la seconde.

(...)

Mais, du dixième au douzième siècle, une grande révolution avait été consommée ! Je veux parler de l'établissement définitif de la féodalité, qui fractionna en une multitude de souverainetés locales la grande et impuissante souveraineté des descendants de Charlemagne. Les légistes des siècles suivants ont fait entendre des cris de fureur contre ce morcellement du pouvoir royal. C'est qu'ils n'ont pas compris la sens de ce mouvement salutaire, qui sauva la France d'une ruine complète, et vint donner à ce corps défaillant un nouveau souffle de vie. La première et la deuxième race n'avaient joué qu'un drame ridicule et sanglant (25) en parodiant cette centralisation majestueuse par laquelle Rome avait gouverné le monde. Les populations grossières, ignorantes, matérialisées dans leur étroit horizon, n'avaient rien compris à cette folle prétention, à laquelle manquaient à la fois et les besoins contemporains, et les sympathies publiques, et l'habileté des princes !... L'instrument se brisa donc entre leurs mains. Les formes trop savantes et trop compliquées du génie romain échouèrent devant la brutalité féodale, et la pouvoir royal s'éclipsa totalement dans les hautes régions où il se tenait renfermé. Alors éclata la plus effroyable anarchie dont l'histoire fasse mention.

Mais quand la souveraineté se fut mise au niveau des intelligences, en se renfermant dans l'étroite enceinte des seigneuries, quand les formes politiques, secouant le joug d'une imitation stérile, eurent revêtu l'originalité qui convenait à des temps nouveaux, une heureuse réaction commença à s'opérer. Chaque fief devint un centre d'activité et d'énergie. Le seigneur s'appliquait à trouver, dans le nombre et l'aisance de ses sujets, la force dont il avait besoin pour rester à la hauteur de son rang, pour n'être pas inférieur à ses voisins. Dès le dixième siècle, les

(22) Ulpian, l. 7, D. *de liberali causâ* et Pothier, Pand., t. III, p. 91 et suiv.

(23) Les colons étaient exempts des charges extraordinaires qui accablaient les citoyens (Constant., l. c. *de Agricol*).

(24) V., *Suprà*, les conseils de Columelle. J'ai cité les textes sur les baux perpétuels.

(25) J'excepte Charlemagne.

affranchissements se multiplièrent (26) ; les serfs obtenaient leur liberté, sous la condition que chaque manse du village payerait une certaine somme d'argent et rendrait certains devoirs en nature (27) ; des concessions de terre furent faites à l'envi aux hommes du fief. On voit sans cesse revenir les baux à cens, les baux à rente, les baux à complant, les champarts, les agriers, les bordelages (28), les emphytéoses à perpétuité (29). Le seigneur se dépouillait de ses terres improductives, et, faisant un appel à l'industrie de ces hommes devenus libres, il leur livrait ses terres à eux et leurs familles pour les cultiver, moyennant une redevance en argent ou en fruits. Alors les solitudes se peuplèrent (30), les terres en friche se couvrirent de moissons (31) ; des villages entiers s'élevèrent au pied du château ou du monastère, groupant leurs humbles manoirs autour d'une église rustique. Enfin la population s'accrut, par ces causes diverses, d'une manière prodigieuse, dans l'espace de deux cents ans (32).

Et, en même temps qu'elle croissait en importance numérique, elle acquérait un certain bien-être. Elle se réunit dans des foires et marchés ; elle jouit de fours et moulins banaux. L'établissement de péages, de droits imposés sur la navigation des bois, de ponts pour faciliter les communications de paroisses en paroisses, tout indique une certaine activité sociale qui s'essaie à prendre son essor (33).

Enfin des magistrats appelés *villici* (34) sont donnés à ce peuple nouveau, qui surgit du sein de la terre. Cette dénomination seule est la preuve d'une élévation dans la condition de ceux à qui cet officier doit rendre la justice. Autrefois le *villicus* n'était que le directeur du domaine rural, l'homme d'affaires chargé de tenir les comptes et de surveiller les esclaves et leurs travaux. Aujourd'hui c'est un fonctionnaire revêtu d'attributions de justice et de police (35). C'est que le domaine rural s'est transformé en peuplade, et la *villa* en village (36).

Ce qu'il y a d'extrêmement remarquable, c'est que toutes ces concessions héréditaires se présentent à l'esprit des contemporains avec des idées analogues à celles que nous attachons aux baux ; on les appelait *fermes perpétuelles*, MANUFIRMÆ, et les terres qui en étaient l'objet portaient le nom *terres renteuses* ou *cottières* (37). Les vieux titres parlent même de *fermiers nobles* (38). C'est le nom qu'on donnait à ceux qui étaient investis de terres nobles par baux à rente perpétuelle (39).

(26) Sismondi, t. IV, p. 87 et 423.

(27) *Hist. de Metz*, t. II, p. 64 et 65 (Affranchissement du 16 août 967).

(28) *Infrà*, n° 57, 58, 59.

(29) *Infrà*, p. 165.

(30) Ego Iincodoricus, Dei gratiâ, Flandriæ comes et Philippus filius meus, *solitudinem* Reningensem, *victui nostro*, specialiter deputantes, *sub annali censu*, agricolis excolendam donavimus (Charte de 1287, rapportée par Delaurière, sur Loisel, *des Rentes*, liv. 4, t. I).

(31) V. *Infrà*, p. 228, ce que je dis de l'extension de la culture de la vigne par les complants.

(32) M. de Sismondi, t. III, p. 285.

(33) Calmet, t. I, p. 1221, et *Preuves*, p. 390 et 392.

(34) Calmet, t. I, p. 991.

(35) V. par exemple la charte de fondation de Varangeville en 966 par le comte Sigéric. "Hoctrado ut habeant (les moines), ministeriales suos, videlicet, *villicum*, *scabinionem* et *cæteros officiales constituent*" (Calmet, *Preuves*, p. 378).

(36) Les titres du Xe siècle parlent de beaucoup de *villare* ou hameaux, qui sont l'intermédiaire entre les manses éparses et les villages (Charte de 960, dans Calmet, *Preuves*, p. 367).

(37) Brodeau, *Sur Paris*, art. 68, n° 20.

(38) *Firma nobilis* (Brodeau, *loc. cit.*, et Ducange v° *Firma*).

(39) Brodeau, *loc. cit.*

Si l'on y regarde de près, il y a certainement de frappantes dissemblances entre ces diverses tenures et le simple bail à ferme. Mais elles étaient alors le moyen à peu près unique de mettre les terres *en gagnage* ; comme disait Loisel (40), et d'appliquer à l'agriculture le travail affranchi ; elles faisaient l'office du véritable bail à ferme, qui ne pouvait encore être fréquemment pratiqué ; elles empruntaient le nom qu'il garda plus tard exclusivement. Maintenant, si l'on veut bien ne pas oublier ce que je disais il n'y a qu'un instant des tenures par colons, qui se concilièrent aussi avec l'affranchissement des tenanciers, on verra, dans toute son évidence, cette combinaison singulière et si digne d'attention de la féodalité reposant dans ses rapports économiques sur la base d'un immense bail à ferme, mélangé de toutes ces bigarrures, ces anomalies, qui furent particulières à l'époque féodale. La féodalité a imprimé, sur tout ce qu'elle a touché, le cachet de son originalité. Elle a compliqué toutes choses de ses éléments propres (41), et opéré un mélange de principes divers d'où sont sortis une foule de relations civiles qui subsistent encore aujourd'hui, et que nous ne pourrions expliquer sans recourir à son histoire. Le contrat de bail a subi comme tout le reste son remaniement. Elle l'a plié à ses besoins au risque d'en fausser la pureté. Elle a groupé sous une appellation commune, qui a fini par lui rester propre, les positions les plus variées. Le but, c'est à dire la mise en produit des terres, a tout égalisé à ses yeux. Il a fallu que les légistes vinsent pour mettre chaque chose à sa place, pour rendre à chaque contrat son véritable nom, pour dégager l'élément simple de ses composés. C'a été l'œuvre de la science. Mais la féodalité ne fut pas savante. La critique lui a manqué complètement ; en revanche elle a beaucoup créé (42).

(40) *Des Rentes*, liv. IV, t. I, c'est à dire à profit.

(41) *V. Infra*, p. 167 et 168.

(42) C'est certainement à une de ces conceptions originales qu'il faut attribuer l'origine d'une certaine tenure qui s'est conservée jusqu'à nous dans une partie de la Picardie. On ne lira pas sans intérêt les détails suivants, qui font connaître comment elle s'est confondue avec le bail proprement dit dans l'esprit des populations. Ces détails m'ont été fournis par un ancien magistrat de mes amis, qui habite le département de la Somme, M. Husson, dont les lumières m'inspirent toute confiance.

"Dans une petite portion de la Picardie connue sous le nom de Sangterre et dans la partie de l'ancien comté de Vermandois qui avoisine Péronne, la propriété immobilière se trouve diminuée ou entravée par un usage, ou si l'on veut par un droit dont l'origine et le mode d'exercice sont dignes de l'attention et des recherches du jurisconsulte ; je veux parler du *droit de marché* !

Ce mot a une signification complexe : il entend tantôt de la somme qu'un fermier a payée à l'occasion d'un bail, tantôt du droit même qu'il a d'exiger la restitution de cette même somme.

Dans ces contrées, le propriétaire d'un immeuble, lorsqu'il le fait valoir lui-même, jouit de la plénitude du droit de propriété, aussi bien que dans tout autre partie du territoire français. Mais si, changeant de position, il vient à affermer son immeuble, alors, dès ce moment, son droit subit une dépréciation singulière. Il ne pourra plus, par la suite, ni changer de fermier, ni augmenter le fermage, ni modifier les conditions de la jouissance. La somme de ses droits se résume en un seul, celui de percevoir aux époques déterminées par la coutume ou par le bail, un fermage dont la quotité devient invariable : on peut dire qu'il a aliéné à perpétuité sa propriété en échange d'une rente irrévocablement fixée.

Le fermier, de son côté, considère sa jouissance comme dérivant d'une véritable copropriété de l'immeuble loué. Cette jouissance ne doit point avoir de terme : il la transmettra, comme d'ordinaire il l'a reçue lui-même, par héritage : il la cèdera à titre gratuit ou onéreux, il la divisera par portion, en un mot il en disposera de la manière la plus absolue, sans que pour aucun de ces différents actes, il songe même à consulter son propriétaire. Seulement il veillera avec soin à ce que le dernier soit payé de son fermage avec exactitude. En dehors de ce rapport, le propriétaire n'est plus pour le fermier qu'un être de raison.

Il n'est pas rare de voir aujourd'hui dans la Sangterre des terres détenues depuis un temps immémorial par des fermiers, à un prix qui s'élève au quart ou au cinquième de leur valeur locative. Aucun titre n'établit la jouissance du fermier : c'est de la tradition ou de la commune renommée que dérive son droit. Il est en effet constant pour les habitants du pays que, depuis un temps dont aucune personne vivante ne saurait préciser le commencement, le fermier, ses auteurs ou ayants-droit ont joui de l'immeuble moyennant un certain fermage annuel. Ce fait suffit dès lors aux yeux des habitants pour légitimer à toujours la possession du fermier et régulariser son droit d'une manière authentique.

(Suite de la note 42)

Le propriétaire en présence d'un fermier qui ne représente aucun titre de bail, et qui pourtant jouit de sa chose à un prix très faible, ne pourra que rarement obtenir une augmentation de redevance. Il trouvera dans le fermier une résistance dont l'opiniâtreté variera en raison de l'esprit d'opposition dont seront animés les habitants de la commune de la situation des biens : dans la plus grande partie du Sangterre, cette résistance sera invincible. Le propriétaire défendra-t-il alors au fermier de continuer à jouir de sa chose ? Celui-ci obéira ; mais personne ne se présentera pour lui succéder. La haine de tous les habitants, la crainte et les menaces de la famille du fermier dépossédé, paralyseront toujours les plus ardentes dispositions d'un successeur. En attendant, les terres restent en friche, et le propriétaire, pour qui la condition de toucher de faibles revenus est préférable à celle de ne rien toucher du tout, finit, de guerre lasse, par revenir au fermier et subir ses exigences et ses conditions.

Quelques propriétaires ont essayé, à diverses reprises, de cultiver par eux-mêmes leurs terres ainsi délaissées ; mais ces tentatives n'ont pas été heureuses. D'abord pour exploiter il faut une maison et des dépendances convenables, condition qui se rencontre rarement. Mais quand, après cette première difficulté vaincue, il faut faire entrer en ligne de compte les sentiments hostiles des populations qui, sur ce point, professent la plus complète unanimité, l'impossibilité d'obtenir au milieu d'elles le service le plus léger, des résistances continuelles à combattre, des désagréments journaliers à essuyer, et enfin une ardeur de vengeance qui se traduit quelquefois par le meurtre et très souvent par l'incendie, on conçoit après cela que le propriétaire doit se résigner à conserver sa propriété *in statu quo*, ou la vendre en détail.

Ce parti est celui qu'ont pris successivement une grande partie des propriétaires : mais pour rendre cette vente d'abord possible et ensuite avantageuse, ils ont dû préalablement libérer leurs terres, c'est à dire acheter de leurs fermiers la renonciation à leur droit de jouissance. Cette renonciation ne s'obtient ordinairement qu'à un prix très élevé, qui va quelquefois jusqu'au tiers ou à la moitié de la valeur de l'immeuble à vendre. La propriété ainsi rendue libre se vend en détail à un prix très avantageux, et le fermier désintéressé par le propriétaire devient pour la réussite de la vente un auxiliaire puissant mais toujours indispensable.

Je me suis plus d'une fois entretenu avec des habitants du Sangterre de cet usage singulier, qui, entravé d'une manière aussi fâcheuse, qu'elle me semblait peu fondée le droit de propriété, retient dans des prix très bas des terres d'une admirable fertilité, repousse les capitaux des acquéreurs étrangers, arrête l'essor de la culture et attache réellement le propriétaire à la glèbe, puisqu'il ne peut, sans une diminution considérable de sa chose, cesser de la cultiver pour la donner à bail.

Mes interlocuteurs sont tombés d'accord sur les déplorables effets de cet usage : mais tous m'ont paru pénétrés de sa justice et de sa moralité ; tous se sont montrés persuadés qu'il est fondé sur un contrat librement consenti dans l'origine par le propriétaire et le fermier. Ils assurent qu'à une époque très reculée, dont il ne reste aujourd'hui aucun souvenir écrit, mais seulement des traditions orales, les fermiers ont payé en commençant leur jouissance un pot de vin à leurs propriétaires, comme prix de la renonciation faite par ces derniers à la faculté de changer les conditions de cette jouissance ; que ce pot de vin, auquel la tradition a conservé le nom de droit de marché, indique par cette appellation même qu'un marché, c'est à dire une convention bilatérale, a originairement existé entre les parties, que cette convention n'a été autre chose qu'un acensement de terres à rente perpétuelle ; que si aujourd'hui les fermiers sont dans l'impossibilité de justifier de leurs droits par des titres que le temps, les révolutions et les guerres ont détruits, la conscience publique, gardienne de leur propriété, doit leur venir en aide, et repousser les iniques prétentions des bailleurs qui veulent rompre seuls un contrat synallagmatique ; que loin de blâmer les habitants d'une contrée, lorsqu'ils vouent à la haine et au mépris public l'imprudent qui voudrait *dépointer* un fermier sans l'indemniser de son droit de marché, il faut voir, au contraire, qu'ils font en cela acte de moralité et de probité. S'ils mettent le propriétaire au ban du pays, s'ils lui interdisent en quelque sorte le feu et l'eau, ils ne font en cela que prêter secours à l'opprimé contre l'oppression en empêchant la spoliation du fermier, dont la loi civile méconnaît injustement le droit.

Ils déplorent du reste que ce droit juste et légitime ait donné naissance à un droit bâtard qui n'est ni l'un ni l'autre. L'habitude qu'a contractée le fermier du Sangterre de se regarder comme propriétaire de l'immeuble qui lui est affermé, lui fait conserver cette opinion alors même qu'il a reçu des mains du propriétaire une terre libre, et que son bail reconnaît expressément qu'il n'a payé aucun pot de vin ou droit de marché. On ne peut se dissimuler que, même dans cette hypothèse, lorsque l'expiration de la jouissance sera arrivée, le bailleur éprouvera pour se faire remettre sa chose, et *dépointer* son fermier, des difficultés extrêmes. Les habitants de la commune manifesteront contre lui une opposition qui pour être moins vive que dans l'autre cas, sera cependant encore d'une grande énergie.

Depuis quelques années, on remarque que le droit de marché qui, pendant des siècles, a formé en quelque sorte le droit public du Sangterre, commence à rencontrer au sein même des populations, une opposition qui grandit incessamment et qui, très certainement, le fera un jour complètement disparaître de cette contrée ; mais ce bienfait doit être l'œuvre du temps. La paix qui règne depuis un quart de siècle, a permis à la justice d'exercer sur les populations du Sangterre une action plus immédiate et mieux sentie. Les coalitions entre habitants, les faux témoignages, les crimes contre les personnes et les propriétés ont pu être plus facilement constatés, et une répression sévère a plus d'une fois donné au pays de salutaires exemples. Des routes nouvellement ouvertes traversent le Sangterre en sens divers, facilitent les échanges et les relations, et amènent avec les contrées voisines des froissements qui poliront le caractère abrupte et sauvage des habitants. Mais ce qui hâtera surtout la décadence du droit de marché, c'est le changement important qui

(Suite page 235)

J'ai dit que les effets de ces tenures, inventées par le génie de la féodalité, approchaient du bail à ferme ; en effet, elles procuraient aux seigneurs des produits considérables ; les censives étaient les revenus les meilleurs des seigneuries (43) ; d'autant que les sous et deniers en quoi consistaient assez souvent les canons, avaient alors une valeur telle, qu'ils représentaient une portion notable des fruits (44).

Mais lorsque les altérations de monnaie eurent converti ces pièces métalliques en cuivre, les redevances devinrent de nulle importance. Beaucoup de seigneurs firent de grosses pertes à ces changements, tandis que leurs vassaux y trouvèrent un adoucissement marqué. Ce fut pour eux un pas immense que d'arriver à ne considérer ces sous et deniers censuels que comme des reconnaissances de la supériorité du bailleur. Il en résulta une sorte d'expropriation insensible en faveur des tenanciers et au préjudice des seigneurs dont les canons n'étaient pas payables en denrées. La classe rustique entra plus avant dans les cadres de la propriété ; elle en retira les profits pécuniaires et les avantages moraux.

(...)

J'ai en dit assez pour montrer l'état de la population agricole avant la naissance de la féodalité et depuis l'établissement de cette forme de gouvernement. On l'a vue tomber dans un esclavage à peu près général ; puis se relever enfin à la voix des seigneurs et du clergé, et obtenir les premiers bienfaits de l'émancipation. Les historiens ont coutume de fixer au douzième siècle l'affranchissement des serfs. Cette date est arbitraire. Sans doute à cette époque le mouvement d'affranchissement prit une marche plus large et plus générale ; mais il n'en est pas moins vrai que déjà au dixième siècle, dans l'obscurité de la vie féodale, dans la silencieuse enceinte des fiefs ruraux, il s'était réalisé sans tumulte et sans ostentation, par des effets puissants et salutaires. La classe libre des agriculteurs avait fait son apparition ; elle était propriétaire, car les censives, les champarts, etc., étaient devenus des tenures en toute propriété. Sans doute elle était encore soumise à de graves restrictions dans le droit de disposer ; elle éprouvait plus d'une gêne et d'une entrave ; mais il n'en est pas moins vrai qu'elle avait été mise en possession des premiers biens de la vie civile, la liberté et la propriété.

C'est aussi à ce moment que les baux à ferme temporaires commencent à signaler leur apparition ; je n'en ai pas trouvé d'exemples avant 1089 et 1100 (45) ; et en effet, avant cette époque, comment y aurait-il eu place pour des fermiers volontaires, lorsque les seigneurs seuls propriétaires du sol avaient dans leurs serfs des fermiers héréditaires et des cultivateurs forcés ? Comment le bail temporaire aurait-il pu trouver des bras empressés, lorsque les concessions perpétuelles étaient un aiguillon à peine suffisant pour donner à la terre les ouvriers dont elle

(Suite de la note 42)

survient insensiblement de la position sociale des habitants du Sangterre. Dans quelques années, cette position sera, on peut le dire, complètement retournée. Autrefois le Sangterre était possédé par des propriétaires qui demeuraient hors du territoire et dans les villes voisines : ceux qui cultivaient la terre n'en étaient que les fermiers. Aujourd'hui une grande partie de ces fermiers sont devenus propriétaires, leur nombre tend à s'accroître chaque jour, et tous doivent voir avec défaveur et chagrin l'existence d'un droit qui restreint et diminue leur propriété. On peut donc prédire sans crainte d'être plus tard démenti par l'expérience, que lorsque le territoire du Sangterre appartiendra en totalité aux cultivateurs qui l'habitent, le droit de marché repoussé par l'intérêt universel, aura cessé d'exister.

N.B. Le Sangterre est situé dans l'arrondissement de Montdidier et il s'étend aussi un peu dans celui de Péronne.

(43) Argou, t. I, p. 146.

(44) *Infrà*, n° 34, voyez ce que je dis là dessus. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXXI, ch. 33.

(45) Ducange, v° *Firma* ; *infrà*, n° 631.

manquait ? Le bail à ferme ou à métairie temporaire ne pouvait donc naître qu'avec la liberté de la classe agricole ! Les faits se trouvent ici parfaitement d'accord avec les données philosophiques.

Si maintenant nous voulions suivre le développement des baux dans les différentes provinces de la France, il nous suffirait peut-être, à défaut de documents particuliers, de constater les progrès toujours croissants de la classe rustique, lancée désormais dans les voies du travail libre.

(...)

Quoiqu'il en soit, nous le répétons, c'est au moment où la féodalité forme dans les campagnes le noyau d'une classe libre et propriétaire, que le bail à ferme reparaît. Il a sommeillé avec l'extinction de cette fraction la plus importante du tiers-état ; il renaît lorsqu'un pouvoir intelligent vient la régénérer. Aussi, quand les coutumes se forment, elles nous montrent la plus grande partie du territoire exploitée par les baux à ferme et les baux à colonage (46). Dès lors, on respire plus à son aise ; l'industrie agricole a trouvé ses ouvriers, la liberté ses plus robustes enfants.

Mais pendant que le bail à ferme partageait, ainsi que je viens de la dire, les vicissitudes de la propriété, quel avait été le sort de l'agriculture, cette compagne de ses revers et de ses succès ?

Quelques lueurs sont parvenues jusqu'à nous sur la science agricole au quatorzième siècle. Cette science est par sa nature celle qui reste le plus stationnaire. Si, d'un côté, elle est lente aux progrès, de l'autre elle trouve dans ses immuables traditions des points d'arrêt qui l'empêchent de déchoir tout à fait. La méthode de labour était presque la même que du temps de Caton, Varron et Columelle. La charrue du midi était celle des Romains ; celle de la Touraine avait compliqué de deux roues son mécanisme. Sans le savoir sans doute, on semait, on sarclait, on moissonnait suivant les préceptes de Virgile. La faux, la faucille, les autres instruments d'agriculture, avaient la même forme que dans les temps de la plus haute antiquité. Pour se procurer des engrais artificiels, on semait dans les champs des graines qui donnaient de grandes plantes, et, lorsqu'elles étaient venues, on les enterrait par un nouveau labour. Après la moisson, on laissait reposer les terres un an sur trois, sur quatre, sur cinq, sur six, sur sept, suivant qu'elles étaient fertiles (47). A part ce dernier point, sur lequel les idées commencent à se modifier beaucoup (48), y a-t-il une grande différence entre ce temps et le nôtre ?

(46) Cambrai, t. XIX, art. 45, 46, 3.

Anjou, art. 104.

Maine, art. 117.

Berry, t. V, art. 15, t. IX, art. 31 et 37, t. IV, art. 5.

Nivernais, ch. 32, art. 19.

Bergues, t. VI, art. 20.

Dunois, art. 87.

Courtrai, t. VII, art. 161.

Lille, t. XVI, art. 5 et 6.

Gouvernement de Douai, ch. 13, art. 10.

Vermandois, art. 191.

Reims, art. 90.

Châlons, art. 192.

Vitry, art. 33.

(47) M. de Monteil, *Histoire des Français, des divers Etats*, t. I, p. 201.

(48) *Infrà*, n° 663.

Un point sur lequel il y en a beaucoup plus, c'est l'état où la classe des fermiers et des cultivateurs est arrivée de nos jours ; classe intéressante qui va puiser les moyens d'améliorer sa position, non dans les perturbations sociales, mais dans le travail et l'économie ; classe progressive surtout, qui, en faisant tous les jours de nouvelles et pacifiques conquêtes sur le sol qu'elle arrose de ses sueurs, se pénètre de plus en plus des sentiments de conservation et de moralité que la propriété foncière développe chez ceux qui la possèdent.

Il y a cependant encore dans son sein de grandes inégalités. Entre le cultivateur du département du Nord et le métayer de certains départements méridionaux, la distance est aussi considérable que celle de la latitude, sous le rapport de l'aisance, de l'indépendance, de l'intelligence agricole. Quelle peut être la cause qui maintient cette fâcheuse diversité ? Le problème est difficile. Il est trop vaste et trop important pour que je cherche à le résoudre ici. Je ne ferai qu'une seule observation qui rentre dans mon sujet. On a dit qu'un des motifs de cette inégalité provient de la routine qui maintient dans le midi le système du colonage partiaire, lequel ne peut, de toute manière, que se soutenir dans un rapport marqué d'infériorité avec le bail à ferme. Mais je crois qu'on confond l'effet avec la cause ; on prend le symptôme du mal pour le mal lui-même. Dans les provinces où le colonage partiaire se perpétue, c'est moins la routine que la nécessité qui y assujettit le cultivateur.

Pourquoi le bail des terres ne se présente-t-il pas partout dans les mêmes conditions ? C'est qu'instrument usuel de l'industrie agricole, il se modifie non seulement suivant les habitudes, mais encore suivant les besoins et les degrés d'aisance et d'indépendance des personnes dont il met l'industrie en action. Entre ces modifications et la condition des agriculteurs, il y a une liaison intime.

Si nous possédions une statistique exacte de l'état moral et matériel de nos départements, un esprit investigateur trouverait facilement dans la manière d'être des populations, le principe d'une foule de faits judiciaires et de rapports légaux, jusqu'à ce jour inexpliqués ; mais les matériaux manquent en partie pour ces recherches philosophiques. Et cependant la science du droit voudrait pour elles une place dans son sein ; car les lois civiles ont leur esprit comme les lois politiques dont Montesquieu s'est occupé à peu près exclusivement. Cet esprit doit être révélé aux hommes qui aspirent à sortir de l'ornière étroite dans laquelle la science est menacée de s'embourber.

Dans les départements où le paysan est pauvre et sans capitaux, le colonage partiaire doit nécessairement dominer. Pourquoi ? c'est que dans ce système d'exploitation, non seulement le propriétaire met en commun la jouissance de sa terre, mais fournit encore presque toujours les bestiaux (49), et que tous les grands frais de culture retombent sur lui, tandis que le métayer ne fournit que son travail et ses soins. Le cultivateur pauvre est donc forcé de préférer au bail à ferme une combinaison qui n'exige de lui aucune avance pécuniaire, et qui ne lui demande que son industrie. Dans une telle société, il ne hasarde rien que ses peines ; il ne prend sur lui aucune chance qui l'oblige personnellement envers le bailleur ; il vit avec sécurité sur le champ qu'il féconde, dispensé de payer au maître de l'argent et d'acquitter les impôts ; car le contrat à colonage partiaire est organisé tout entier sur cette idée, que le paysan n'a pas d'argent, et qu'il ne faut pas lui en demander. Une fois qu'il a livré au propriétaire la moitié des fruits dont la nature a récompensé ses sueurs, il est à peu près quitte envers lui ; c'est ce dernier qui doit veiller aux dépenses qui ajouteront à la valeur de la propriété ; c'est lui qui supporte toutes les

(49) *Infrà*, n° 637.

charges ; c'est lui qui doit se débattre avec le fisc. Une telle position est commode pour l'agriculteur ; elle lui laisse une jouissance exempte de toute les inquiétudes qui peuvent troubler le spéculateur ; il ne craint pas surtout qu'à la fin de son bail, le propriétaire aggrave sa condition par de dures exigences, puisque le système du bail de métairie se résout en un résultat uniforme et invariable, le partage à mi-fruit.

Néanmoins ce mode d'exploitation a de grands inconvénients pour les deux parties contractantes. Et d'abord il devient fort onéreux pour le propriétaire à qui ses occupations ne permettent pas de résider sur son domaine ; il lui faut un représentant, un homme d'affaires pour procéder au partage des fruits, pour les emmagasiner, pour les vendre, pour surveiller la gestion du colon, qui n'est pas toujours un fidèle associé. Voilà déjà un prélèvement considérable sur le revenu le plus net de la terre, et cette charge conjointe aux impôts qui, sous tant de noms et de formes, pèsent sur le sol, gêne le propriétaire, qui a acheté cher et qui recueille peu. Il suit de là qu'il recule d'année en année devant les réparations et les améliorations ; il néglige les bâtiments, laisse les troupeaux sans augmentation ; il se montre avare envers cette terre qu'il trouve trop avare pour lui ; il lui enlève le plus qu'il lui est possible, sans lui rendre le peu qu'elle réclame pour soutenir ses ressources et sa vigueur. En vain le colon s'épuiserait en efforts de travail pour lutter contre l'énervation de ses forces. L'industrie agricole doit être secondée dans une certaine mesure par les capitaux.

Ainsi donc, voilà la perspective du propriétaire non résident : des non valeurs, souvent des embarras, quelquefois des dettes. C'est pourquoi en Italie, où la terre s'exploite en général par les *mezzaiuoli* ou métayers, la classe des propriétaires qui veut se livrer aux lettres, aux professions libérales, aux voyages, etc., etc., élève de vives plaintes contre le système du colonage, et médite de le remplacer par des combinaisons meilleures pour la liberté du propriétaire et pour son aisance (50). En France aussi les mêmes résultats font former les mêmes vœux. On le sait : de jour en jour l'activité nationale multiplie les efforts du travail et de l'esprit pour se créer des carrières diverses. L'industrie, l'état militaire, les fonctions publiques, la médecine, le barreau, l'étude des lettres, etc., etc., éloignent du séjour des champs le propriétaire qui aspire à augmenter son patrimoine ou son revenu, à servir la patrie, à développer son intelligence. Mais séparé de sa métairie, obligé de sacrifier pour un gérant dispendieux les sommes qu'il verserait en améliorations, il s'irrite contre le colon qui réclame des réparations pour les bâtiments et des avances pour la terre. Il sent combien serait préférable un système de bail qui mettrait dans ses mains un revenu en argent, dégagé de frais d'administration, d'impôt, et de toutes les charges qui forcent sans cesse le propriétaire à venir au secours du métayer. Mais pour arriver là, il faudrait trouver pour auxiliaire une classe agricole aisée, industrielle, entreprenante, et précisément le bail à colonage n'existe que parce que cette classe indépendante n'existe pas.

D'un autre côté, la sécurité dans les rapports du métayer et du maître, chose excellente en soi, favorise cependant l'esprit de routine trop naturel au paysan ; elle le maintient dans un état d'immobilité nuisible à son bien-être, nuisible aussi à l'agriculture. Le cultivateur français travaille beaucoup et vit de peu. Il n'est pas curieux du décorum de sa maison, de la propreté de son intérieur, de cette sorte d'élégance rustique qu'on remarque dans d'autres pays. Quand il n'est pas excité par un puissant mobile, il se laisse aller à des habitudes qui excluent le progrès et les douceurs de la vie. Or, le bail à colonage lui donne ce qui lui suffit, le logement, la

(50) M. de Sismondi, quoique partisan du métayage, en convient, t. I, p. 317 et suiv..

nourriture pour lui et sa famille, un vêtement propre pour les jours de fête, du travail sans hasard, quelques petites épargnes. En un mot, le métayer vit paisiblement. Mais il ne progresse pas. Il se maintient de génération en génération dans un état stationnaire, qui n'est ni l'aisance ni la pauvreté. Et le peu d'ambition qu'il a pour lui même, il l'a aussi pour l'agriculture. Il ne s'écartera jamais des pratiques établies ; il craindrait de trouver dans l'innovation des chances compromettantes. Il refuse de hasarder pour l'inconnu une position fixe et certaine.

De tout ceci, je conclus que dans les départements où domine le bail à colonage, le paysan, sans être malheureux, a peu de part à la propriété foncière, peu ou presque point de capitaux, peu d'indépendance et de courage à entreprendre. Il n'y a donc pas encore là de véritable classe moyenne agricole. Un grand progrès reste à faire à ces contrées.

Il n'en est pas de même dans la plupart de celle où règne le bail à ferme. Ce contrat suppose de la part du preneur des capitaux disponibles. Le fermier est un spéculateur qui met pour enjeu dans son entreprise une partie de son avoir. Il apporte avec lui un capital mobilier qui a de la valeur, des instruments d'agriculture, des chevaux de trait et de labour, des bêtes à cornes, le plus souvent un troupeau de bêtes à laine. Il est rare qu'il ne possède pas aussi une propriété foncière qui lui sert de cautionnement auprès du bailleur. Plus sa petite fortune sera engagée dans sa spéculation, plus il mettra de soins et d'activité pour la faire réussir. Sans doute il faut s'attendre à rencontrer encore ici l'empire des préjugés et des habitudes ; mais l'intérêt particulier leur enlève une partie de leur obstination. C'est d'un pays de fermes qu'est partie la substitution de l'assolement alterne à l'assolement triennal (51).

L'existence des baux à ferme révèle donc dans nos départements une classe agricole ayant une existence assise sur des bases solides, et possédant plus d'éléments de progrès et de prospérité que la classe des métayers. Le fermier d'une ferme un peu considérable est un centre d'activité autour duquel viennent se grouper une foule d'industries auxiliaires qu'il alimente et qu'il soutient. Il fait travailler le charpentier, le charron, le boursier, le maçon, etc., etc. Il entretient des domestiques ; il a une clientèle de journaliers qui l'appellent *notre maître* ; il répand autour de lui le travail et l'argent. Par là une légitime influence lui est acquise ; il a de la consistance, de l'ascendant, et quand il paie bien le propriétaire, il marche presque de pair avec lui. C'est pourquoi la loi, reconnaissant ce que cette position a de respectable, met sur la tête du fermier une part de la contribution, pour lui donner le cens électoral. Ce n'est pas chez nous comme en Angleterre, où le fermier, placé sous la main du propriétaire, obéit aveuglément à ses volontés ; de telle sorte que l'opinion libérale le redoute comme un servile instrument, et cherche autant que possible à l'exclure des droits politiques. La loi n'a pas en France et ne doit pas avoir cette défiance. Elle sait que le fermier de nos campagnes est placé dans des conditions d'indépendance ; elle lui ouvre sans crainte une voie dans laquelle on n'est reçu, qu'autant qu'on offre des garanties à la société.

Ces garanties sont d'autant plus solides de la part du fermier, qu'avec de l'ordre, de l'économie et de l'honnêteté, il a devant lui tous les moyens d'augmenter son patrimoine. Je connais des cultivateurs qui n'avaient que leur bras et un faible capital quand ils ont commencé à travailler, et qui possèdent aujourd'hui 50, 60, 80,000 francs de biens au soleil, acquis par leur industrie et à la sueur de leur front (52). Tous les fermiers ne sont pas aussi heureux sans

(51) *Infra*, n° 663.

(52) V. par exemple *supra*, p. LXXXIII, ce que j'ai rapporté des fermiers du Sangterre, devenus en grande partie propriétaires du sol.

doute ; il y en qui travaillent beaucoup sans beaucoup acquérir. Mais dans toutes les branches d'industrie il y a de mauvaises chances ; dans toutes il faut faire la part de la mauvaise administration et de l'incapacité. La récompense n'est donnée par Dieu qu'au travail intelligent et aux habitudes parcimonieuses et morales. Accompagné de ces conditions qui tiennent à l'homme, le bail à ferme sera toujours un excellent instrument.

Aussi dans les provinces de France, où l'agriculteur possède ces vertus, plus communes chez lui qu'on ne le pense, s'opère-t-il un travail caché mais très réel, qui fait peu à peu passer les fonds de terre dans ses mains. Depuis 1825, époque à laquelle une grande mesure de la Restauration effaça les dernières traces des discordes politiques qui avaient affecté la propriété, de vastes spéculations se sont dirigées vers les biens fonds ; des domaines étendus ont été démembrés par lots et vendus et revendus en détail ; la propriété descendant de plus en plus de sa hauteur s'est mise à la portée du petit capitaliste. L'habileté de cette spéculation a été de comprendre qu'il y avait dans certaines provinces une classe moyenne d'agriculteurs mûrs pour devenir propriétaires, et n'attendant qu'une occasion favorable de confier au sol le fruit de leurs épargnes. Les paysans se sont alors montrés ; ils sont accourus aux adjudications ; ils ont fait concurrence aux riches, et ils ont acheté plus cher qu'eux, parce que le cultivateur tire de la terre des ressources auxquelles ne peut prétendre celui qui ne cultive pas. Qu'est-il arrivé ? beaucoup de fermes ont disparu, et ce sont les fermiers qui les ont acquises. Ce qu'ils possédaient pour autrui ils l'ont possédé pour eux-mêmes. Le propriétaire n'y a pas perdu, puisqu'il a tiré de ses terres une valeur presque double ; l'agriculteur y a gagné, car il s'est installé comme maître dans les demeures qu'il occupait comme locataire. Ceci ressemble peu aux expéditions des agronomes anglais, qui ne suppriment une ferme que pour l'emboîter dans une ferme plus considérable, chassant le malheureux colon, victime d'un système aristocratique appliqué à l'agriculture. Chez nous c'est tout le contraire ; la suppression s'opère sans larmes et sans victimes. Que dis-je !! elle profite à tous, à la propriété, au propriétaire, au fermier.

Ce premier pas fait, le paysan en a fait un autre. Quand un propriétaire non cultivateur a voulu donner sa ferme à bail, tous les cultivateurs se sont tacitement entendus pour n'offrir que le prix le plus minime, et la propriété est devenue pour son maître un être de raison. Celui-ci a dès lors été forcé de vendre ; il a vendu en détail ; il a vendu très cher, et ce sont encore les paysans qui ont acheté. Or, ici notez le bien ! ce n'est plus seulement la ferme qui a été supprimée, c'est aussi le propriétaire non cultivateur. On l'a expulsé, non pas comme l'agronome anglais chasse le fermier, c'est à dire nu et sans asile, mais couronné de fleurs, ou pour mieux dire chargé d'argent.

Ces faits sont graves, ils méritent l'attention des économistes ; mais je ne sais s'ils les connaissent, car je n'en trouve aucune trace dans leurs ouvrages. Ils sont cependant incontestables ; j'en ai vu des exemples de mes propres yeux, et je pourrais citer des propriétaires de mes amis qui, dans les Vosges, dans la Meurthe, ont été ainsi éconduits. Au surplus, le voyageur qui va de Paris à Strasbourg peut s'en assurer en traversant la vaste plaine qui sépare le vignoble d'Épernay, de Châlons-sur-Marne. Dans cette étude considérable, à partir de quelque distance après Épernay, il m'a été assuré par des habitants du lieu (et j'ai été à même d'en consulter plusieurs), qu'il n'y a guère de propriétaire qui ne soit cultivateur ; qu'il serait presque impossible à celui qui ne cultive pas de ses mains, de trouver à acheter à un prix raisonnable et d'avoir un fermier. Le paysan obstrue les avenues de la propriété ; il les garde avec jalousie ; il est fier de ces cultures verdoyantes, de ces prairies artificielles dues à son travail, qui là comme dans le reste de la Champagne ont changé tout l'aspect du pays, et font demander à l'étranger étonné où est la Champagne pouilleuse ? où sont ces champs de craie dont on parle tant ?

Ces faits, je le répète, ont une immense portée. Ils signifient qu'il y a des localités en France où la condition de posséder la terre, c'est de la cultiver soi-même, et où le propriétaire non agriculteur est exproprié au profit du cultivateur, sans violence à la vérité, et moyennant une large indemnité. Si quelque grande perturbation politique ne vient pas déranger ce mouvement, je suis convaincu qu'avant une trentaine d'années il aura fait de grands progrès ; qu'il dominera d'une manière très notable dans des départements où il commence seulement à éclore ; et qu'on verra de plus en plus le paysan maître de la terre par le moyen pacifique du travail et de l'économie. Ce sera là une de ces grandes révolutions opérées sans secousses sanglantes et sans injustice, une de ces transformations sociales d'autant plus légitimes qu'elles se font d'elles-mêmes, et comme par la puissance des mœurs.

Le législateur, toutefois, devrait s'y tenir préparé. Car la propriété ne saurait se déplacer sans qu'il n'en résulte des tiraillements pénibles dans la société. Par exemple, quel parti prendront ceux qui seront, en quelque sorte, exilés de la propriété foncière, faute de pouvoir la cultiver ? quelle destination donneront à leurs capitaux les hommes politiques, les fonctionnaires publics, les avocats, les médecins, les gens de lettres, les marchands, les citadins, les esprits spéculatifs, toutes les personnes, en un mot, que leur état, leur goût, leur vocation, éloignent de l'agriculture, mais qui, jusqu'à présent, ont tenu de la possession des terres, parce qu'elle est la plus solide et la plus attachante ? Se jeteront-elles sur la propriété bâtie ? mais il n'y a pas place pour tout le monde. Courront-elles le risque des entreprises industrielles, des associations commerciales ? mais, jusqu'à présent, l'expérience a prouvé que le commerce ne profite qu'à ceux qui le font eux-mêmes et en ont la science ou le génie ; il n'a été que trop mortel aux capitaux civils. Demandra-t-on secours aux prêts sur hypothèque ? mais plus le sol se resserrera entre les mains laborieuses des cultivateurs, plus il trouvera de ressources en lui-même, moins il aura besoin du secours du crédit.

(...)

Ce qui me paraît devoir plus particulièrement attirer les placements, que le haut prix de la propriété rendra de plus en plus difficile en fonds de terre, c'est le grand livre de la dette publique. Le grand livre sera l'asile le plus sûr et le plus profitable. Ce sera aussi le plus patriotique. L'état deviendra le dépositaire de la fortune d'un nombre immense de citoyens, et la société se trouvera organisée sur la base d'une mutualité, dont la puissance balancera cet esprit d'individualisme qui fait aujourd'hui la plus grande partie de nos maux.

Mais, pour arriver à ce résultat qui commence déjà à se faire jour, il faudrait dès à présent accoutumer les capitaux à se diriger vers cette voie ; et toutefois une imprévoyance inconcevable laisse tour à tour la dette publique sous la menace de projets de conversion, qui fraternisent avec la banqueroute, ou sous le coup d'un agiotage qui semble organisé tout exprès pour effrayer les capitaux qui ne demandent qu'à se caser.

Une autre question devrait préoccuper les esprits politiques. Je me bornerai à la leur soumettre. Si la grande masse des biens fonds ruraux continue à se concentrer comme elle le fait dans la classe des cultivateurs, n'est-il pas à craindre que toute l'influence politique ne passe avec elle du côté de ceux que leur éducation, leurs lumières et leur intelligence ne mettent pas en mesure de donner l'impulsion ? ne serait-ce pas un grave danger que de laisser la prépondérance du nombre, et par conséquent de l'autorité, à des hommes plus préoccupés des intérêts locaux que des intérêts généraux ? Ne faudrait-il pas dès lors préparer l'accès des droits politiques aux autres natures de propriétés qui se formeront à défaut de la propriété foncière, et particulièrement aux inscriptions sur le grand livre, devenues le refuge de la partie de la

population la plus familière avec les travaux de l'esprit, les arts libéraux, la pratique des affaires publiques ?

Mais en attendant que ces questions soient parvenues à leur parfaite maturité, il restera en France assez de fermiers pour que le titre du *louage* que nous allons commenter, soit d'une application journalière à l'exploitation des terres. Alors même que notre société aura atteint cet état si désirable où la grande masse des cultivateurs est propriétaire, nous ne pensons pas que le bail à ferme soit exclu tout à fait des relations civiles. Notre société française ne se laisse pas parquer en castes immobiles ; elle secoue le joug des positions toutes d'une pièce ; elle admet les diversités, les contrastes, et abandonne à l'esprit oriental ces divisions méthodiques et inflexibles de la population, en classes qui n'ont entre elles aucun lien.

Pour nous, nous n'avons entendu signaler aucun résultat absolu. Après avoir montré l'influence de la propriété sur le bail, après avoir suivi les différentes crises qui ont abaissé ou relevé la condition des fermiers, nous avons été frappés de la tendance actuelle des fonds de terre à se répartir dans les familles agricoles, et à opérer une fusion entre la propriété et l'agriculture. Ce résultat nous paraît heureux en politique, en économie, en civilisation ; il est bon que le travail recueille son fruit ; il est bon que le producteur acquière une position qui soit à l'abri de l'incertitude et des revers ; il est bon surtout dans une société qu'emporte le mouvement démocratique, de voir se créer des points d'appui, des intérêts résistants. Or, la classe agricole propriétaire a tout l'esprit de conservation de l'aristocratie terrienne, sans en avoir le luxe ruineux et la prodigalité ; elle en a toute la ténacité, sans en avoir les prétentions ambitieuses. Nulle autre n'a plus à perdre dans le jeu sanglant des révolutions, et l'état est toujours sûr de trouver en elle des éléments d'ordre, des inclinations laborieuses et pacifiques. Tous les petits états de l'antique Italie durent leurs époques de bonheur et de force à la charrue conduite par des mains propriétaires !!!

Cette situation prospérante de la classe agricole, nous voudrions la voir partagée par une autre classe de travailleurs, dont s'occupe aussi le contrat de *louage*, par les ouvriers de l'industrie manufacturière. Mais il est difficile de l'espérer quant à présent ; son état est précaire, agité, mauvais. Le contrat de louage a réglé cependant avec équité ses rapports avec les maîtres ; il assure à son travail des garanties. Mais le principe du mal ne tient pas aux combinaisons de la loi ; il vient surtout de ces habitudes vicieuses que les ouvriers contractent dans le séjour corrompé des villes, ou dans l'agglomération des individus et des sexes pour le travail commun ; agglomération nécessaire peut-être pour le succès de la production, mais trop favorable à la propagation du vice.

Il faut aussi faire la part de la réaction qu'exerce sur cette classe le système d'économie commerciale, qui pousse jusqu'à l'encombrement la marche aveugle de la production. Tant que les débouchés ne sont pas obstrués, le travail se soutient avec ardeur, et l'ouvrier, plus insouciant encore que le maître, car il est moins éclairé, l'ouvrier, dis-je, jouit du présent avec cet abandon qui fait son malheur, sans penser qu'une crise peut, d'un jour à l'autre, le laisser à la merci du hasard. Bientôt en effet le mal se fait sentir ; l'encombrement étouffe le manufacturier de ses fatales richesses, la fabrique se ferme, et l'ouvrier est congédié, n'ayant pas su, dans son imprévoyance de l'avenir, se préparer par ses économies une transition à d'autres travaux ! Triste fluctuation entre une surexcitation fébrile pour la production et une atonie mortelle ! Résultat déplorable d'une concurrence effrénée, qui livre à l'instabilité les fortunes industrielles, et jette, par contre-coup, l'ouvrier dans l'alternative de la misère ou de la révolte ! Les économistes ont cherché un remède à cette plaie cruelle ; ils ont parlé de multiplier les caisses d'épargne et les établissements de bienfaisance, de favoriser l'instruction religieuse et morale, d'organiser des

tribunaux de prud'hommes, d'imprimer à la production une meilleure direction, de créer des exutoires salutaires en encourageant l'émigration et l'expansion vers les colonies, etc., etc. Toutes ces pensées sont bonnes. Dieu veuille qu'elles soient efficaces, et que la classe ouvrière ne soit pas celle qui vomira sur notre société de nouveaux barbares prêts à la déchirer !

5. Du contrat de société (1843).

Encore une très longue préface (100 pages), où l'on peut distinguer deux préoccupations très différentes de Troplong : 1° attaquer les "systèmes philosophiques sans consistance et sans vérité" qui prétendent "emboîter l'homme tout entier dans l'association" (Owen, Saint-Simon, Fourier) ; 2° résister aux tentatives de réformes qui tendent à contrôler ou interdire les commandites par actions (projets de 1837-1838).

On notera comment, sur le premier point, Troplong manie l'argument historico-spiritualiste : " Le sentiment de l'indépendance individuelle, de la grande valeur personnelle de l'homme, est entré par le christianisme et par les races germaniques dans les éléments de la civilisation moderne ; il y est indélébile, et nous rétrograderions vers des civilisations imparfaites, si l'intérêt communiste ne se conciliait pas avec cet élément fécond d'activité" (p. VI). Et l'argument de psychologie sociale : " notre nation n'est pas passionnée par la règle... beaucoup de liberté, un peu de caprice même lui sont nécessaires... Non ! l'association n'est pas appelée en France à tout gouverner. L'élan spontané de l'esprit individuel est aussi une force vive de notre nation, et une cause de son originalité" (p. VIII-IX).

Le second point est longuement traité sur le mode historique : "notre loi sur les sociétés civiles et commerciales est le fruit d'une longue expérience... elle est la formule de tout ce que le passé a accumulé de faits considérables, en économie et en industrie, j'ai foi en sa sagesse...". Il n'est donc pas nécessaire d'y changer quoi que ce soit. On admirera quand même, chez ce partisan du statu quo, l'ampleur du coup d'oeil : des sociétés de publicains aux compagnies de parsonniers et sociétés taisibles (Troplong rapporte que, en dépit du Code, il subsiste encore de ces "heureuses communautés" rencontrées par Dupin aîné en Nivernais et fonctionnant encore comme le décrit Coquille), de la commandite de bestiaux (devenue le bail à cheptel) à la commandite de pacotille, des compagnies de commerce de Florence aux compagnies des Indes, de l'ordonnance de 1673 au mémoire de d'Aguesseau sur le commerce des actions... Curieusement, rien dans cette longue préface n'évoque l'autre question du régime des sociétés : celle du maintien de l'autorisation gouvernementale pour les sociétés anonymes ; Troplong l'approuve par ailleurs (n° 459) ; il est vrai que les critiques libérales de ce système d'autorisation paraissent rares avant 1860 (J.-L. Halpérin, op. cit., n° 103 et 110) : vers 1840, on en est encore, du côté libéral, à défendre la liberté de la commandite.

PRÉFACE (1)

*Quoniam in singulis libris utor praemiis
CICER. ad Attic. IV, 16 (2).*

L'homme, considéré dans ce qui tient à l'association de ses intérêts privés, se trouve placé entre deux directions contraires par le sentiment de sa force et le sentiment de sa faiblesse. Le premier le conduit à l'indépendance, et l'indépendance à un orgueilleux isolement ; le second lui fait sentir le besoin d'un appui et rechercher dans l'association un remède à son insuffisance. L'apologue a dépeint ingénieusement cette double situation. Le lion, symbole de la force, n'accepte pas de société ; le renard et son compagnon ne sont pour lui que de fragiles instruments ; il les brise à volonté ; lui seul est maître de la proie. Pour peindre l'esprit d'association dans sa vérité, l'apologue met en scène deux êtres affligés des infirmités de la vie : un estropié qui ne peut marcher s'unit à un aveugle qui ne peut se guider. L'aveugle prend l'estropié sur ses épaules, l'estropié dirige l'aveugle, et tous les deux arrivent à bon port (3).

Il y a, dans ces fictions, un épilogue pour les jurisconsultes. Le contrat de société, auquel elles font allusion, repose sur la réciprocité de besoin et de confiance ; l'intérêt y a sa grande place : voilà pourquoi il est dans le nombre des contrats intéressés de part et d'autre. Mais l'égalité, la sympathie, le fraternité (ce dernier mot est d'Ulpien) (4) doivent servir de modérateur à l'intérêt, et le maintenir dans les voies du juste. Sans ces contre-poids nécessaires, la société perd ses avantages ; elle devient un monopole au profit du plus fort ; c'est la combinaison flétrie par le droit romain du nom de pacte léonin. Et comme le besoin est dans la nature humaine, le contrat de société, né du besoin, entretenu, développé, diversifié par le besoin, est au plus haut degré un contrat du droit naturel. L'homme créé sociable, placé à son berceau dans une société native par les lois immuables de la famille et de la cité, n'a fait qu'obéir à ses instincts les plus intimes lorsqu'il a appliqué l'idée de la société à l'administration de ses intérêts matériels. Il s'est associé pour certains genres d'affaires par un effet de cette grande loi naturelle, qui l'a invinciblement engendré pour la société de la famille et de l'état.

Le mot de société a un sens étendu qui comprend une foule de rapports que notre travail n'a pas pour objet d'embrasser. Toutes ces sociétés, les unes élémentaires, les autres artificielles, dont le faisceau forme la société politique ; toutes ces agrégations si variées dans leur but, qui depuis le mariage et la commune s'échelonnent de degrés en degrés, en partant d'un principe commun (5), associations religieuses, amicales, politiques, littéraires, économiques : celles-ci animées d'un esprit conservateur, celles-là bouillonnant de l'esprit d'opposition et de réforme : celles-ci organisées pour le développement de la richesse privée et publique, celles-là pour la distraction et le plaisir ; toutes ces combinaisons, dis-je, n'entrent pas dans le plan de ce livre. Le cadre du jurisconsulte n'empîêtera donc pas sur celui du publiciste ; c'est à ce dernier qu'il appartient de suivre l'esprit d'association dans les influences, tour à tour salutaires et redoutables, qu'il exerce, en s'appliquant aux intérêts et aux passions que le gouvernement est

(1) Cette dissertation a été lue à l'Académie des sciences morales et politiques.

(2) Edit. Panck., t. 19, p. 294.

(3) Anthologia, lib. I, c. 10.

(4) *Infra*, n° 10.

(5) V. Cicer. *De officiis*, lib. I, c. 16 et 17.

plus particulièrement chargé de diriger, de surveiller, de contenir. Le contrat de société, réglé par le Code civil, est renfermé dans des limites plus étroites ; c'est exclusivement celui qui se forme entre deux ou plusieurs personnes pour se procurer un bénéfice appréciable en argent, et se le partager. Tel qu'il est, il a une très-grande importance, et depuis quelques années il a beaucoup occupé non-seulement les jurisconsultes, mais encore les économistes. Entre tous les contrats du droit civil, c'est celui qui est l'objet de plus d'espérance et de faveur de la part d'une époque fortement préoccupée de ses intérêts matériels. L'activité industrielle, qui, pour le moment, a succédé à l'activité guerrière de notre nation, fait rêver à quelques-uns de splendides conquêtes par l'association. Ils veulent que l'association fasse sortir de son sein des phalanges de capitalistes plus nombreuses et mieux disciplinées ; ils demandent au contrat de société des armées de producteurs, des chefs obéis, et une nouvelle stratégie économique plus en rapport avec l'ambition des grandes entreprises.

Une telle disposition des esprits ne laisse pas que d'être embarrassante pour un livre sur la société. Je ne serais pas étonné que l'on s'attendît à y trouver quelque secret magique, quelque arcane merveilleux pour décupler la richesse par la puissance de l'association ! Mais je dois avouer dès l'abord que je n'ai rien tenté pour réaliser ces espérances ; je les crois exagérées. En me renfermant dans le présent, en laissant à l'écart l'avenir que je ne saurais prévoir, je ne pense pas que l'esprit d'association soit appelé à de plus grandes destinées que celles qu'il a accomplies dans le passé et jusqu'à ce jour. Je crois notre loi sur les sociétés bonne, suffisante, assez large pour toutes les conceptions sages. Je n'en demande pas la réforme, et l'on me trouvera plus disposé à la défendre qu'à l'accuser d'être imprévoyante, étroite ou arriérée.

Loin de nous, donc, toutes ces préventions trop favorables, qui ressemblent à l'engouement. A mon avis, ce sont des débris de systèmes philosophique et économique sans consistance et sans vérité. Ces systèmes sont tombés parce qu'ils étaient insoutenables. Cependant, du bruit qu'ils ont cherché à faire, il est resté comme un soupçon vague, que le contrat de société pourrait bien être un moyen de production et d'organisation plus énergique qu'on ne l'a cru jusqu'à présent. Je ne veux pas revenir sur ces systèmes ; on sait à quels écarts ils ont conduit le droit de faire des utopies. Entre les mains de Robert Owen, l'association, poussée dans ses dernières conséquences, a abouti à la communauté d'hommes et de femmes, et les malheureuses populations de l'Amérique du nord qui en font l'épreuve sont tombées dans l'état sauvage et l'abrutissement. Un autre novateur, Saint-Simon, s'est servi de l'esprit de l'association, non dans les vues démocratiques d'Owen, mais pour asseoir une hiérarchie idéale de capacités, qui est tombée sous le ridicule. Enfin Charles Fourier a imaginé une théorie sociétaire, dont l'effet serait de réaliser, au sein du phalanstère, une association intégrale qui ferait disparaître la concurrence et les collisions, et unirait les passions, les goûts, les sentiments, les intérêts et les travaux. De pareilles exagérations sont déplorables. L'association est une puissance considérable, sans doute ; mais elle n'est pas la seule à laquelle l'homme veuille obéir, et ce serait une témérité de sa part de chercher à abolir les autres mobiles de l'humanité. Or, l'indépendance individuelle, la personnalité libre, l'action isolée de l'individu sont aussi des besoins qui, dans une certaine mesure et dans certaines conditions données, ont droit à être respectés et satisfaits. Les peuples de l'Europe moderne n'ont pas, à l'égal des anciens, cet esprit d'abnégation qui porte à s'abandonner soi-même devant l'association. Le sentiment de l'indépendance individuelle, de la grande valeur personnelle de l'homme, est entré par le christianisme et par les races germaniques dans les éléments de la civilisation moderne ; il y est indélébile, et nous rétrograderions vers les civilisations imparfaites, si l'intérêt communiste ne se conciliait pas avec cet élément fécond d'activité. Aussi n'est-il pas besoin de grands efforts pour faire justice de ces théories absurdes ou dangereuses qui s'évertuent à emboîter l'homme tout entier dans

l'association. Mais si l'on est incrédule sur la grande vertu de l'esprit sociétaire pour régénérer la civilisation, on a plus de penchant à lui en donner une pour régénérer l'industrie. Sous ce second rapport, on croit plus facilement au miracle, et c'est contre ce préjugé que je veux élever ici quelques brèves objections.

Ce n'est pas d'aujourd'hui que l'esprit d'association est en honneur. Les Romains en ont parlé avec enthousiasme (6) ; ils l'ont pratiqué avec grandeur ; nous le verrons bientôt. Mais c'est surtout le moyen âge qui fut une époque prodigieuse d'association ; c'est lui qui donna naissance à la communauté conjugale, à ce régime qui convient le mieux aux sentiments d'affection et de confiance sur lesquels repose le mariage !! c'est lui qui forma ces nombreuses sociétés de serfs et d'agriculteurs, qui couvrirent et fécondèrent le sol de la France ; c'est lui qui multiplia ces congrégations religieuses dont les services ont été si grands par leurs travaux de défrichement et leur établissement au sein des campagnes abandonnées ; c'est lui qui ranima l'esprit municipal, reconstitua la commune, les confréries de toute espèce, les corporations littéraires, marchandes, manouvrières, etc., etc. Probablement alors l'on parlait moins qu'aujourd'hui de l'esprit d'association ; mais cet esprit agissait avec énergie ; il obtenait des résultats proportionnés aux besoins qui l'excitaient naturellement. La civilisation était en travail de formation ; les éléments similaires se réunissaient, poussés tantôt par l'intérêt de défense, de conservation, d'organisation, tantôt par les doctrines de charité et de fraternité chrétienne. Maintenant d'autres temps, d'autres mœurs ; l'esprit critique qui nous domine a fait grandir l'esprit d'individualité. La raison individuelle, en se posant comme source de la vérité, a exalté l'individu en qui elle réside. De l'analyse philosophique, on est passé à l'analyse sociale : impitoyable méthode qui décompose une nation, et en élève les parties sur le piédestal que la synthèse avait fait à l'ensemble. De plus, la propagation de l'aisance matérielle, de l'industrie et des lumières a secondé cette marche ascendante de l'individu ; car elle l'a doté de la force morale que procurent la richesse et les idées. Chacun s'est senti plus en état de se suffire à soi-même et de prendre son point d'appui dans sa propre indépendance. Enfin les principes politiques de liberté individuelle et d'égalité ont agi sur ces tendances par une grande part d'impulsion. On a craint de trouver, dans l'association des intérêts civils, une tyrannie dont l'ordre politique s'était affranchi ; on a redouté la soumission à autrui, dans les matières de propriété privée, comme dans les matières qui touchent aux droits politiques les plus jaloux ; le gouvernement nécessaire à toute société industrielle a excité les mêmes défiances que le gouvernement de l'état. Pour tout dire d'un mot, notre nation n'est pas passionnée pour la règle. Beaucoup de liberté, un peu de caprice même, lui sont nécessaires pour tempérer à ses yeux l'empire de ses lois. Non-seulement vous ne lui ferez pas subir les essais d'institution qui rappellent les pratiques monacales du moyen âge ; mais vous ne la déterminerez pas à s'organiser systématiquement en sociétés civiles, industrielles, agricoles, pour l'exploitation de la richesse privée. L'esprit

(6) Ciceron.
Ulpien.
Papinien.

Enfin écoutons l'empereur Léon :

"Multa cumulatum bona mortalium vitæ confert prudenter et cum ratione instituta rerum communio ; etenim qui viribus valet, si cum altero, qui similiter viribus valeat, communicet longe præstantiores atque utiliores ejus vires fuerint. Et divites, si divitias communes faciant, majorem ex divitiis voluptatem capiunt. Denique si paupertas premat, operarum communio consolatione, qua paupertatis acerbitas mitigatur, non indigebit. Verum quum adeo commoda atque utilis in communi vita, communio et societas sit, etc. etc." (Nov. 102 de l'emper. Léon)

L'éloge que l'empereur Léon fait de la communauté n'est pas en contradiction avec ce que disent les lois 26, D. *De Servit. prædor. urbanor.*, et 20 D. *De legat. 2°*, car la communauté dont parle cette nouvelle n'est pas une communauté purement passive, mais la communauté résultant de la société.

d'association n'est pas chez nous assez ardent ; il a dans l'esprit d'indépendance individuelle un rival trop séduisant, trop caressé.

Du reste, aux causes générales qui me paraissent balancer dans ce pays l'influence de l'association, je n'ajouterai pas les mécomptes qui, dans ces dernières années, ont accompagné tant d'entreprises annoncées avec fracas, et tombées avec scandale. Ces circonstances sont passagères, et je ne voudrais pas qu'on rendit l'esprit d'association responsable des fautes de quelques charlatans et de quelques dupes. On fera bien sans doute de ne plus croire aux gros dividendes et aux miracles des actions ; de se tenir en garde contre l'agiotage qui crée des millions sur le papier, et enfante la banqueroute en réalité. Ce sera la leçon profitable qui sera sortie d'une fièvre de quelques mois, dont nous sommes heureusement guéris. Mais que l'esprit d'association ne soit pas rendu solidaire de ces folies ; car le contrat de société est un instrument excellent pour faire prospérer les intérêts civils ; il faut qu'il conserve toujours dans le commerce et dans l'industrie la mesure de faveur qu'il mérite ; il faut qu'il continue à y être considéré comme un puissant levier pour les spéculations sages et prudentes. Mais, ceci accordé, j'en reviendrai à ma pensée première, et je soutiendrai qu'il existe de justes limites que l'esprit d'association ne doit pas chercher à franchir. Non ! l'association, n'est pas appelée en France à tout gouverner. L'élan spontané de l'esprit individuel est aussi une force vive de notre nation, et une cause de son originalité ; il y a place pour ces deux éléments dans le cercle immense de l'activité française.

Je parlais tout à l'heure des manifestations énergiques de l'esprit d'association dans des temps que nous sommes trop disposés à perdre de vue.

Nous imaginerions-nous, par hasard, que ce soit à compter d'aujourd'hui que l'association a conçu de grandes pensées et réalisé de grandes choses ? Quelques écrivains l'ont cru. La puissance de production donnée par l'association des capitaux et de l'industrie, l'importance et l'étendue des opérations exécutées par l'association, leur ont paru être des idées et des faits nouveaux. Le droit ancien, type du droit moderne, s'est montré à eux dans des proportions trop étroites, trop dépourvues de principes économiques rationnels, pour suffire à l'entier développement des intérêts de notre époque.

Ce sont là de fâcheuses préoccupations, et l'histoire va bientôt déposer contre de pareils jugements. Les formules des jurisconsultes romains, imitées par Domat, Pothier et autres, et élargies par la coutume commerciale, ont jeté les vrais fondements du contrat de société. Cette profonde algèbre du droit ne couvre pas le vide, ou d'insignifiantes et incomplètes relations. Elle est le fruit d'une longue expérience, d'une savante observation de faits considérables. Si quelquefois le savoir indulgent de ces maîtres se met à la portée de ceux qui ont besoin d'apprendre, en éclaircissant les règles par les exemples les plus palpables de la vie commune, il faut bien se garder de croire qu'il n'y ait pas derrière eux des combinaisons plus variées et plus vastes. Paul parle quelque part de deux professeurs qui s'étaient associés pour enseigner la grammaire. Pothier cite deux voisins qui avaient mis leurs vaches en société. Mais il serait absurde de conclure de là que le droit n'eût pas à sa disposition des faits d'association plus intéressants. Chez ce peuple romain qui avait remué tout l'univers ; dans ce moyen âge qui créa tout par l'association ; dans cette Europe d'autrefois, qui sut coloniser le Nouveau-Monde, sillonner les mers les plus lointaines de sa marine marchande, trouver l'assurance et le crédit, défricher, dessécher, canaliser ; dans tout ce passé, dis-je, si riche d'entreprises et de découvertes, soyons convaincus que la jurisprudence fut sans cesse alimentée par de grandes applications de l'esprit d'association ; qu'elle en a connu l'importance et le but économique, et que, par une généralisation savante de faits industriels très nombreux et très compliqués, elle est

arrivée à asseoir le contrat de société sur ses véritables rapports intérieurs et extérieurs, à calculer avec exactitude la force relative des valeurs que ce contrat met en action, à donner au personnel une organisation sagement étudiée, et qui, se prêtant avec souplesse aux exigences de tous les cas, réunit tour à tour les avantages de l'égalité et ceux de la hiérarchie.

Voyons d'abord comment les romains employèrent ce puissant instrument de l'association.

(...)

J'en ai dit assez pour montrer les applications du contrat de société dans la civilisation romaine.

Je passe au moyen âge français et ensuite aux temps modernes.

Dès le moment où l'histoire parvient à jeter quelque lumière sur les profondeurs de cette civilisation féodale où les classes inférieures vivaient dans le servage de la glèbe, on aperçoit les familles agricoles de mainmorte organisées en sociétés tacites héréditaires. L'association de tous les membres de la famille sous un même toit, sur un même domaine, dans le but de mettre en commun leur travail et leurs profits, est le fait général, caractéristique, qu'on trouve depuis le midi de la France jusqu'aux extrémités opposées. C'est dans la vie commune, c'est dans l'union de leurs bras et de leur économie que les agriculteurs appartenant à la même famille vont puiser les premiers éléments d'une existence civile indépendante. Tous, vieux ou enfants, hommes ou femmes, mariés ou célibataires, restent de père en fils dans ces sociétés patriarcales, et ont part au pain, au sel (7) et à la caisse commune : ceux-ci pour services qu'ils ont rendus ; ceux-là pour les services qu'ils rendront un jour ; les autres pour les services qu'ils rendent actuellement à la communauté. Le pain est l'emblème de ces sociétés rustiques (8) ; voilà pourquoi l'enseigne Pasquier (9) ; et leur réunion porte souvent le nom de *compagnie* dans les textes des coutumes (10). Aussi, quand ils conçoivent le triste dessein de se séparer, le plus vieux d'entre eux, conformément à la formule de dissolution consacrée, prend un couteau et partage le grand pain en divers châteaux (11).

Le régime de ces associations était énergique ; elles formaient un corps moral comme les puissantes sociétés de publicains que je dépeignais il n'y a qu'un instant ; le temps, la mort ne les dissolvaient pas. Elles se continuaient de générations en générations, sous la protection du seigneur intéressé à leur conservation. Elles avaient aussi, comme les sociétés de publicains, un chef élu, un maître : le chef du château. Ce chef obligeait tous les membres de l'association par ses actes d'administration, d'achat, de vente de bestiaux, d'emprunts nécessaires, d'acceptation ou passation de baux, et autres de même nature. C'était une sorte de monarchie tempérée ; car, dans les cas importants, le maître ne manquait jamais de prendre l'avis de ses associés (12). Il contractait, sous une véritable raison sociale : *un tel et ses comparsonniers ou personniers* (13).

Ces sociétés étaient universelles de gains. Chacun conférait son revenu, son travail, son industrie ; et tous les profits du labeur commun formaient une masse appartenant à

(7) Joinville, p. 65.

Loisel, liv. I, t. I, n° 76.

(8) Basmaison, *sur Auvergne*, t. 27.

(9) Rech., liv. 8, ch. 24. T. 1, p. 804.

Infra, n° 196.

(10) Poitou ; et *infra*, n° 196.

Acte de notoriété des Bourgeois de Paris. (Chopin, *De morib. Parisior.*, lib. 2, c. 1, n° 31).

(11) *Infra*, *loc. cit.*

(12) Coquille, *sur Nivernais*, ch. 28, art. 3.

(13) Lebrun, *Sociétés tacites*, ch. 4, n° 4.

l'association (14). Mais les associés ne confondaient pas la propriété des biens qui leur arrivaient à titre lucratif (15), et chacun était tenu de supporter sur sa part indivise certaines charges propres et personnelles, comme de doter les filles (16).

Quelle peut être l'origine de ces associations, qui, je le répète, couvraient le sol de la France féodale, et procuraient aux gens de mainmorte cette sorte de force que donne l'esprit de famille, cette sorte d'allégement et de bien-être qui est la conséquence du travail commun?

J'en trouve deux causes, l'une civile, l'autre politique et économique; celle-là dans l'intérêt des agriculteurs, celle-ci dans l'intérêt des seigneurs.

Au berceau de la féodalité, la grande masse de la population était esclave (17); alluvion immense, formée de toutes les classes déchues, où se trouvent, sous des couches violemment superposées, le Franc et le Gallo-Romain, le vainqueur et le vaincu, l'homme libre tombé en pauvreté (18), et le serf d'origine. Ce n'était pas cependant l'esclavage de l'antiquité et son inexorable logique, qui traitait l'homme comme une chose dans le commerce, comme un vil animal. Une transformation s'était opérée (19); l'esclave était devenu serf, et le droit féodal, humanisé par le christianisme, lui accordait le mariage, la paternité légitime, la famille, et certaines attributions du droit de propriété (20). Mais quand arrivait la mort du serf, le droit féodal lui appliquait à la lettre cette triste maxime : *Mors omnia solvit*. Il ne lui reconnaissait pas le droit de transmettre sa succession dans un moment où tout était fini pour lui. Le seigneur, source de toute propriété, reprenait, par une sorte de droit de réversion (21), la chose de son serf, et tout ce que cet infortuné avait retiré de la *manufacture de ses bras et mains* (22). Le serf n'avait aucune capacité active ni passive pour tester et pour succéder. Je sais que plus tard des adoucissements furent apportés à cette incapacité. La sévérité féodale se laissa fléchir : elle créa des distinctions entre les serfs (23); à côté des serfs inhabiles à tester et à succéder, l'équité coutumière, qui, sous l'influence des légistes, porta de si rudes atteintes à la règle *nulle terre sans seigneur*, et fit faire de si grands progrès à la liberté, obtint le droit de tester et de succéder pour certains serfs (24). Mais quand ces concessions furent ratifiées, le droit féodal avait

(14) Dunod, *Traité de la Mainmorte*, ch. 3, sect. 1, p. 77.

Lebrun, *loc. cit.*, ch. 3.

(15) Dunod, *loc. cit.*

Lebrun, ch. 4, n° 16.

(16) *Idem*.

(17) Mon Comm. *du louage*, Préface.

(18) Beaumanoir, p. 254.

(19) Grotius (*De jure pacis et belli*), lib. 2, c. 5, n° 30.

Hervé, *Mat. féod.*, t. 1, p. 159.

(20) Coquille, *Inst. au Droit français*, titre des *servitudes personnelles*.

(21) Voy. mon article sur l'*Origine du droit d'Enregistrement*, p. 11 et *Revue de légis.*, t. 10, p. 147 et 277.

(22) Expression de Pasquier. (*Rech.*, liv. 4, ch. 5).

(23) Pasquier les a analysées (*Rech.*, liv. 4, ch. 5) en prenant trop exclusivement son point de vue dans les Cout. de Troyes.

(24) Pasquier, *loc. cit.*

Brussel, liv. 3, ch. 15, t. 2, p. 904.

Cout. de Champagne, art. 3, 4, 5, 6.

Il y avait :

1° les serfs tailliables ;

2° les serfs de for-mariage ;

Ils pouvaient tester au profit de gens de pareille condition qu'eux demeurant dans la seigneurie ;

3° les serfs mainmortables ;

4° les serfs de poursuite.

Ceux-ci ne pouvaient tester au delà de 5 sols.

singulièrement perdu de sa primitive énergie ; l'affranchissement tendait de plus en plus à devenir la condition commune ; au lieu que, lorsque le principe féodal régnait dans toute sa puissance, le servage était la loi de la population agricole, et l'incapacité de tester et de succéder atteignait les serfs d'une manière à peu près générale (25) ; ce n'était pas pour eux qu'avaient été reçues dans les fiefs ces deux grandes facultés, la succession et la faction du testament, que l'esprit aristocratique considérait, non comme des dépendances du droit naturel, mais comme des privilèges du droit civil.

Une seule chose pouvait venir au secours des serfs : c'était l'association. Quand la famille était unie par la vie et le travail commun, par la communication de tous les revenus, gains et acquêts, elle se présentait avec les caractères d'un corps moral, survivant à la mort des individus, et possédant son patrimoine, abstraction faite de ses membres. La jouissance était censée solidaire entre tous, de telle sorte que la part du défunt venait se joindre à celle des survivants par une sorte d'accroissement (26). Dans ce cas donc, le seigneur n'avait rien à prétendre sur la masse commune, qui continuait à former entre les mains des survivants un patrimoine indivis, et peu lui importait dès lors que le défunt eût disposé de sa part au profit d'un de ses communistes, pourvu que le même régime d'association continuât à faire subsister l'union des parties. De là ce grand principe du droit coutumier, "*serfs ou mainmortables ne peuvent tester, et ne succèdent les uns aux autres, sinon tant qu'ils sont demeurant en commun*" (27). L'association mitigeait donc la dureté de la mainmorte ; elle la faisait participer aux plus précieux des droits civils (28).

L'autre raison, c'est-à-dire la raison économique et politique, était celle-ci.

Les *latifundia* divisés par la conquête et par les bénéfices transformés en fiefs, divisés encore par les innombrables munificences aux établissements religieux, avaient subi une autre espèce de subdivision. La classe servile avait été intéressée à la culture par des concessions foncières ; les serfs avaient reçu des terrains à défricher, à planter, à cultiver ; ils avaient là un manoir pour leur famille (29), un travail fructueux, quoique pénible, une existence assurée contre l'avenir par la participation au domaine utile de la chose. S'ils étaient attachés à la glèbe par la servitude, la glèbe leur était attachée par un important démembrement de la propriété. En retour, ils devaient à leur seigneur, source de ces concessions, des prestations de nature diverse, les unes personnelles, les autres affectées sur le sol. Mieux les terres étaient cultivées, et plus l'aisance régnait dans la seigneurie ; et le seigneur trouvait dans le bien-être de ses vassaux

(25) Hervé, *Matières féod.*, t. I, p. 160, 161.

(26) Delaurière sur Loisel, liv. I, t. I, n° 74. La coutume de Loudunois, t. 27, art. 7, donne un argument favorable à ce système d'un droit d'accroissement.

Voyez aussi le même, dans son Glossaire, v° *Partage divisé*. Les jurisconsultes vinrent ensuite fortifier cette idée par l'allégation des lois romaines, l. 20, C. *De episcopis*, l. I, et suiv. C. *De hæredib. Decur. navicul.* ; lib. I, C. *Si liberalit. imperial. socius*, etc., qui décident que dans les corporations, chaque membre a le droit de mutuelle succession, à l'exclusion du fisc, et que quand le prince a donné quelque chose à plusieurs, et que l'un d'eux vient à mourir sans héritiers, le survivant succède à l'exclusion du fisc.

(27) Loisel, liv. I, t. I, n° 74. Cette règle est tirée des Cout. de La Marche, art. 154 ; Bourgogne, comté, ch. 9, art. 13 ; Nivernais, T. *Des servitudes*, art. 32 ; Bourbonnais, art. 207 ; Auvergne, ch. 27 ; Vitry, art. 141 ; Troyes, art. 59 ; Chaumont en Bassigny, art. 3 et 78, etc.

(28) Delaurière, *loc. cit.*

Hervé, *Mat. féod.*, t. I, 161.

Dunod, *Des Mainmortes*, p. 76, dit : La communion est donc de grand poids en mainmorte ; c'est le fondement des successions entre les mainmortables ; elle les fait préférer au seigneur même.

(29) V. mon Comm. *Du louage*, à la Préface, p. XXIII.

l'assurance que les richesses de son fisc ne seraient pas compromises. Or, l'industrie agricole, sur laquelle reposait presque tout le système financier de la féodalité, demande un grand nombre de bras, et les seigneurs pensèrent que l'agriculture serait bien plus florissante, si la vie commune et l'association héréditaire des serfs immobilisaient sur leurs domaines ces races inépuisables de travailleurs (30). D'ailleurs, c'était un moyen d'éviter la confusion des redevances, opérée par le fractionnement des tenements en pièces et lopins (31). Ils exigèrent donc à leur tour que leurs gens de mainmorte vécussent dans l'état de société agricole, et ce n'est qu'à cette condition qu'ils firent la sacrifice de leur droit de réversion.

Ce second point de vue a été exposé par Coquille d'une manière si ingénieuse et si pittoresque que l'on me saura gré de citer ses paroles (32).

"Selon l'ancien établissement du ménage des champs, en ce pays du Nivernois, lequel *menage des champs est le vrai siège et origine de bourdelages* (33), plusieurs personnes doivent être assemblées en une famille pour démener le menage, qui est fort laborieux et consiste en plusieurs fonctions en ce pays, qui, de soi, est de culture malaisée ; les uns servant pour labourer et pour toucher les bœufs, animaux tardifs ; et communément faut que les charrues soient traînées de six bœufs ; les autres pour mener les vaches et les juments aux champs ; les autres pour mener les brebis et les moutons ; les autres pour conduire les porcs. Ces familles, ainsi, composées de plusieurs personnes, qui toutes sont employées chacune selon leur âge, sexe et moyens, sont régis par un seul, qui se nomme *maître de communauté*, ÉLU à cette charge par les autres, lequel commande à tous les autres, va aux affaires qui se présentent ès-villes ou ès-foires et ailleurs, a pouvoir d'obliger ses parsonniers en *choses mobilières* qui concernent le fait de la communauté ; et lui seul est nommé ès-rôles des tailles et subsides.

Par ces arguments se peut connaître que ces communautés sont vraies familles et collèges, qui, par *considération de l'intellect, sont comme un corps composé de plusieurs membres* ; combien que ces membres soient séparés l'un de l'autre. Mais, *par fraternité, amitié* et LIAISON ECONOMIQUE (34), *font un seul corps*.

En ces communautés on fait compte des enfants qui ne savent encore rien faire, par l'espérance qu'on a qu'à l'avenir ils feront ; on fait compte de ceux qui sont en vigueur d'âge, pour ce qu'ils font ; on fait compte des vieux, *et pour le conseil, et pour la souvenance qu'on a qu'ils ont bien fait* ; et ainsi, de tous âges et de toutes façons, ils s'entretiennent comme un corps politique, qui, par subrogation, doit durer toujours.

Or, parce que la vraie et certaine ruine de ces maisons de village est quand elles se partagent et se séparent, *par les anciennes lois de ce pays, tant ès-menages et familles de gens serfs, qu'ès-menages dont les héritages sont tenus en bourdelages*, A ETE CONSTITUE POUR LES RETENIR EN COMMUNAUTE, que ceux qui ne seraient en la communauté ne succéderaient aux autres, et on ne leur succéderait pas."

(30) Dunod, *loc. cit.*, p. 82.

Coquille, *Quest.*

Et sur l'art. 7 de la cout., titre *des Servitudes*, et sur l'art. 18 du T. *Des bourdelages*.

(31) Coquille, *loc. cit.* de la Coutume.

(32) Questions sur les Cout.

(33) Voy. Nivernais, ch. 6, *Des bourdelages*. Or Coquille revient sur ces idées.

(34) Très-heureuse expression.

Ainsi donc, en résumant tout ceci, l'utilité de l'association était réciproque. D'une part, elle garantissait les mainmortables contre la réversion au seigneur des tenements serfs ; de l'autre elle garantissait le seigneur contre les désertions, les non-valeurs, les cisaillements.

Lorsque la pesanteur de la main-morte se fut allégée, et que les idées d'équité et d'humanité eurent pénétré plus avant dans le droit féodal, quelques coutumes firent une exception en faveur des enfants, et la communauté ne fut exigée qu'entre collatéraux (35) ; d'autres relâchèrent les conditions de l'association et comptèrent comme présent et commun l'enfant absent pour cause d'étude ou de service, la fille mariée dans une autre servitude, etc., etc. (36) Les jurisconsultes eurent égard à la contrainte de vivre dans une même maison, avec des personnes de tout âge, de tout sexe, d'humeurs différentes, les unes laborieuses et industrieuses, d'autres fainéantes et sans aptitude ; celles-ci entrées comme gendres ou brus et vues d'un mauvais œil, celles-là faibles, valétudinaires, âgées, et enviées par leurs consorts, pour leur repos forcé (37). Les jurisconsultes pesèrent ces inconvénients ; ils cherchèrent à les compenser en adoptant les interprétations les plus favorables aux mainmortables, en admettant des communions fictives (38), des équipollents, etc., etc. Mais tout cela était invention de légistes et altération du droit primitif. En principe, l'enfant séparé de la famille n'était pas plus privilégié que les collatéraux (39) ; il était exclu par le seigneur. En principe, toute la famille devait vivre au même feu, au même sel, au même pain ; et si le feu, le sel et le pain étaient divisés, si la communauté du boire et du manger n'existait plus, la terre faisait retour au seigneur ; ce dernier succédait seul, au *préjudice même de la ligne directe* ; de là ce proverbe juridique :

"Le feu, le sel et le pain
Partent l'homme morte-main (40)."

Enfin, dans la rigueur originaire, la séparation d'un seul des serfs opérait la dissolution de toute la communauté ; la succession réciproque était abolie ; le bien des décédés appartenait au seigneur par droit de mainmorte. De là cet autre proverbe : "Un parti, tout est parti, et le chanteau part le vilain (41)".

Lorsqu'au XVIII^e siècle la volonté libérale de Louis XVI supprima les dernières traces de mainmorte conservées dans quelques coutumes, les sociétés, dans lesquelles les familles serviles continuaient à vivre, avaient donné à cette classe d'agriculteurs un bien-être incontesté. "Le travail de plusieurs personnes réunies, disait Dunod, profite bien plus que si tout était séparé entre elles. Aussi l'expérience nous apprend, dans le comté de Bourgogne, que les paysans des lieux mainmortables sont bien plus commodes que ceux qui habitent la franchise, et que plus leurs familles sont nombreuses, plus elles s'enrichissent" (42).

(35) Auvergne, t. 27.

Masuer, *Des successions*, t. 33, n° 20.

(36) Delaurière, *sur Loisel*, liv. I, t. I, n° 76.

Dunod, ch. 3, sect. 2.

(37) Dunod, p. 124.

(38) *Idem*.

(39) Coquille, *Inst. au Droit français*, tit. *Des servitudes*, et sur Nivernais, art. 14 *Des servit.*

(40) Loisel, liv. I, t. I, n° 76.

Delaurière, glossaire, v° *Partage divisé*.

(41) Loisel, liv. I, t. I, n° 78 ; Nivernais, *Des servit.*, ch. 8, art. 9 ; La Marche, art. 3.

Coquille trouvait cet article sévère et estimait que la division d'un seul ne pouvait préjudicier qu'à ceux d'une même branche, et en pareil degré ; et non à tous les personniers.

(42) *De la mainmorte*, p. 11, ch. 1.

Mais revenons dans le moyen âge. Nous y sommes rappelés par d'autres espèces d'associations.

A côté des sociétés de serfs, l'histoire des temps féodaux nous signale dans toute la France des sociétés d'hommes libres, formés tacitement dans un but économique, et appliquant leur travail au développement de l'agriculture, du négoce ou au progrès de leur aisance commune. "Le lundy, devant saint Barnabé l'apôtre, de l'an de grâce 1293, fut lue, au parler des bourgeois de Paris, une cédula en la manière que s'ensuit... et mort le père et la mère, tous lesdits biens reviennent aux enfants et sont communs entre eux, *et lors se fet compaignie entre eux*, jusques à tant qu'ils facent division de tous leurs biens entr'eux" (43).

Mais c'est surtout dans les villages et dans les campagnes que ces sociétés taisibles ou tacites étaient fréquentes. La géographie coutumière en conserve la trace dans les provinces les plus opposées d'usages et de mœurs ; elles règnent dans les pays de droit écrit comme dans les pays de coutume ; dans ceux où les habitudes imposent la dot au mariage, comme dans ceux où domine la communauté conjugale (44). Dans le ressort du parlement de Toulouse, dans la Saintonge, l'Angoumois, le Bretagne, l'Anjou, le Poitou, la Touraine, la Marche, le Berry, le Nivernais, le Bourbonnais, les deux Bourgognes, l'Orléanais, le pays Chartrain, la Normandie, la Champagne, le Bassigny, etc., etc., les populations affectionnaient ce genre d'association, et les statuts locaux le favorisaient. Lorsque des parents (ordinairement des frères, quelquefois même des personnes étrangères) avaient vécu ensemble pendant l'an et jour dans la même demeure et à deniers communs, confondant leurs biens, leur travail et leurs gains, ils étaient censés avoir voulu former une société universelle (45) qui comprenait leurs meubles, leurs acquêts et tous leurs bénéfices. Ce n'était pas là un état de simple communauté passive. L'esprit de négoce et de lucre présidait à ces rapports (46). Voilà pourquoi on ne les présumait pas à l'égard des personnes engagées dans le sacerdoce, qui, disent les juriconsultes, sont bien *au-dessus du trafic et du négoce, et doivent préférer la pureté de leur ministère à la fange de leur commerce* (47). Voilà pourquoi on ne les admettait pas non plus entre les nobles, "ces personnes (je copie Lebrun) ne s'attachant pas au commerce qui fait valoir ordinairement ces sortes de sociétés" (48). Il existe cependant une coutume qui les recevait entre nobles ; mais c'était celle de Champagne (49), où le ventre anoblissait et où la noblesse se recrutait au comptoir et trafiquait aux foires (50).

Si je voulais expliquer la cause de cet esprit général d'association dans la classe laborieuse des roturiers, il me serait difficile d'en assigner une aussi précise que celle qui domine dans les sociétés de serfs. Au premier coup d'œil, on serait tenté de croire que, la servitude ayant été l'état presque général des classes inférieures dans les villes et les campagnes, les classes affranchies, aux XI^e, XIII^e et XIV^e siècles, ont dû conserver, dans l'état de liberté, des habitudes d'association auxquelles elles étaient redevables de leur aisance (51). Mais, quoique n'étant pas

(43) Chopin, *De morib. Parisior.*, lib. 2, c. 1, n° 31.

(44) Maynard, liv. 2, ch. 71.

(45) *Infra*, sur l'art. 1836.

Lebrun, *Des communautés taisibles*, ch. 2.

(46) Lebrun, *loc. cit.* n° 2, d'après Bartole. Au ch. 1, n° 4, il les appelle *sociétés tacites de commerce*.

(47) Lebrun, ch. 1, n° 4.

(48) Ch. 1, n° 3.

(49) Voyez art. 101.

(50) M. Michelet, t. 2, p. 96 et 97 de son *Histoire de France*.

(51) Lebrun, ch. 1, n° 2, disait : "C'est dans ces sociétés taisibles que les *mainmortables s'enrichissent*."

sans valeur, cette raison est à elle seule insuffisante ; car les sociétés taisibles libres se rencontrent nombreuses et usuelles, dans des pays où, comme en Italie, les sociétés serviles étaient peu ou point connues. Il y a donc d'autres causes qu'il faut étudier.

La plus vraisemblable est dans l'esprit de famille et dans l'esprit d'association, qui jouent dans le moyen âge un si grand rôle. L'esprit de famille y est frappant par son énergie ; les Germains l'apportent avec eux, et le trouvent vivant dans les Gaules. Cet esprit se consolide dans l'organisation féodale. Le seigneur, retiré dans son manoir solitaire, isolé derrière ses tourelles, trouve dans la famille qui l'environne le repos à ses fatigues guerrières ; la famille est le correctif de l'isolement féodal. Toutes les lois tendaient à maintenir la famille unie et compacte, à lui conserver le patrimoine qui fait sa force, à lui transmettre de génération en génération le même foyer, les mêmes biens, les mêmes sentiments, les mêmes affections. Ni les distractions arrivées du dehors, ni l'importation des idées étrangères, ni la facilité des communications et des voyages, ne viennent rompre habituellement cette monotonie de traditions. La famille, localisée dans un étroit horizon, est sans cesse en présence d'elle-même ; et c'est surtout en elle-même qu'elle trouve sa sauvegarde et ses principales jouissances. Que si des intérêts extraordinaires, plus tumultueux et plus excentriques, s'élancent hors de cette enceinte bornée, c'est toujours par l'association qu'ils cherchent à se donner satisfaction. Le besoin d'émancipation donne naissance aux communes et aux bourgeoisies ; le besoin de l'indépendance politique, aux associations du baronnage contre la royauté et le clergé (52) ; le besoin de sécurité dans les moyens de travail, aux corporations marchandes et ouvrières (53) ; le sentiment religieux, aux ordres monastiques et aux congrégations. En un mot, l'esprit humain procédait alors par voie d'association. On s'associait pour tout, pour les grandes choses et pour les petites, pour résister aux brigands qui désolaient les campagnes (54), et pour se livrer à ses plaisirs. Est-il donc étonnant, dès lors, que cette forme si générale de la civilisation contemporaine se soit fait jour à sa manière dans la gestion économique des intérêts de la famille ? N'est-il pas naturel que l'esprit de famille et l'esprit d'association se soient donné la main pour conserver et accroître le patrimoine commun, et que les faibles aient voulu se rendre forts, se rendre riches par l'union ? Aussi, un ancien historien a-t-il fait la remarque suivante : "Mos in omnibus ferè Galliæ provinciis obtinuit, ut seniori fratri ejusque liberis paternæ hæreditatis cedat auctoritas, cæterisque ad illum tanquam ad dominum respicientibus" (55). Comme l'on considérait les partages d'un œil défavorable, comme l'opinion universelle voyait en eux un principe d'affaiblissement, les frères restaient dans l'indivision, et le chef de la société, appelé maître, et investi d'un grand pouvoir d'administration, était ordinairement l'aîné. On voyait ces sociétés continuer pendant des siècles, surtout entre les métayers perpétuels, et se maintenir par les enfants, les gendres, les brus, tous vivant ensemble dans les mêmes habitations, et sans division. Lorsque les associés voulaient rompre leur société, c'était une véritable crise toujours accompagnée de différends et de graves désordres (56). Elle était redoutée comme une calamité.

Il est certain que ces sociétés contribuèrent au développement de l'aisance dans la classe bourgeoise des villes et des campagnes, rendirent l'agriculture plus florissante, et ne furent pas sans influence sur l'agrandissement du tiers-état (57).

(52) V. pour exemple M. de Sismondi, t. 7, p. 362, 363, 367.

(53) *Idem.*, t. 8, p. 113, 114.

(54) La société des Capuchons, sous Philippe-Auguste (Sism., t. 6, p. 34).

(55) Otho Frisingensis (*Gesta Frederici imperat.*). Papon, liv. 15, n° 28.

(56) Vigier, sur l'art. 41 de la Cout. d'Angoumois.

(57) *Infra*, n° 196.

Mais au XVI^e siècle, lorsque la civilisation féodale eut perdu son originalité, lorsque l'esprit individuel se fut posé avec hardiesse en face des institutions, et que l'homme eut été initié au sentiment de sa force et de sa liberté personnelles, les sociétés taisibles furent moins en harmonie avec les besoins économiques de la famille, avec les nouvelles habitudes de ses membres, avec le mouvement imprimé au commerce, aux mœurs, aux lois de la nation (58). On se préoccupa beaucoup plus des discordes de la vie commune, que de l'énergie qu'elle donne à la famille ; on craignit pour les créanciers qu'elle pouvait frustrer (59) ; on leur reprocha de reposer sur les bases fugitives d'un consentement non écrit. Bref, elles furent proscrites ou abandonnées dans un grand nombre de coutumes, et l'ordonnance de Moulins sur la preuve écrite des obligations, hâta leur ruine (60). D'Argentré essaya de les défendre en Bretagne (61), mais ses tentatives restèrent sans effet (62). Il n'en fut plus question à Paris ; Orléans les condamna expressément (63).

Toutefois, plusieurs provinces, plus attachées à leurs anciens usages, les conservèrent religieusement. Coquille, commentateur de la coutume de Nivernais, et Vigier, commentateur de la coutume d'Angoumois, ont fait des tableaux séduisants de la prospérité des familles soumises à ce régime primitif ; ces tableaux ne sont pas flattés ; car, malgré le niveau que la révolution a passé sur notre France, malgré l'abolition générale et absolue des sociétés tacites prononcée par le Code civil, M. Dupin aîné a trouvé dans un coin du Nivernais une de ces heureuses communautés, survivant aux menaces de la législation, aux transformations des mœurs, à l'inquiète indépendance de l'esprit individuel. Il a vu ce régime vigoureux fonctionnant encore aujourd'hui dans les mêmes conditions que du temps de Coquille, et procurant aux membres de l'association le même bien-être, les mêmes satisfactions matérielles et morales (64). Ces débris respectables de vieilles institutions résisteront-ils longtemps encore aux principes de dissolution que le droit commun a placé à côté d'elles ? Cette vie commune se prolongera-t-elle comme une source d'émulation, de bons exemples, de bon gouvernement agricole ? C'est ce qu'il n'est pas permis d'espérer, dans un siècle où la centralisation de jour en jour plus active promène en tout sens l'égalité de lois et de mœurs (65).

Après m'être occupé des sociétés universelles, je vais jeter un coup d'œil sur les sociétés particulières qui servirent d'aliment à l'esprit d'association, dans les temps reculés de notre histoire.

La principale est la société de *commande*, origine, pour le nom et pour le fond, de la société en commandite. La commande remplit le droit civil, commercial et maritime du moyen âge. Elle est, à cette époque, l'instrument le plus actif du travail organisé en société.

L'une de ses plus anciennes applications est la bail à cheptel, appelé alors avec grande raison *commande de bestiaux* (66). Le propriétaire d'un troupeau le remet, à titre de capital, à un

(58) *Infra*, n° 258.

(59) *Infra*, n° 197.

(60) *Id.*

(61) *Avis et consult. sur le partage des nobles*, q. 45, n° 6.

(62) C'est ce que dit Duparc Poullain, t. 5, p. 337.

(63) Art. 213.

(64) V. *Lettre à M. Etienne ou Excursion dans le Nivernais*.

(65) M. Dupin nous apprend cependant qu'un arrêt de la cour de Bourgogne, du 6 mars 1832, a trouvé moyen d'écarter une demande en partage dont cette société était menacée. J'aurais désiré en connaître les faits.

(66) *Infra*, n° 378.

Voyez le glossaire de Delaurière, v° *Société*. Il appelle le cheptel une société en commandite, et ce n'est pas autre chose.

berger, pour que ce dernier le soigne, le nourrisse et l'entretienne ; l'industrie de celui-ci fait alliance avec le capital de celui-là ; le premier travaille, le second doit rester oisif, et tous les deux partagent les coûts et les profits. L'on reconnaît là les linéaments de la commandite ; c'est le berceau modeste d'une grande chose.

Je ne serais pas étonné cependant que cette idée ne parût paradoxale à certains esprits, mieux instruits du droit actuel, que des phases qui l'ont préparé. Rien n'est cependant plus vrai et mieux prouvé que l'identité du cheptel et de la commandite. Je le répète ; le nom ancien de cheptel était *commande de bestiaux*, ou, comme le dit Ducange, *commandite* de bestiaux (67). En Italie, on l'appelle *soccità*, mot qui n'est qu'une corruption agreste de *società* (68), et dont le latin des chartes du moyen âge a fait *socida*. "*Soccità*, dit encore Ducange, *quasi societates* ; *accomendità de bestiame*, che fi dà alla custodia altrui, à mezzo pro e danno (69)."

Quoi qu'en ait pensé Heineccius, je ne crois pas que la commande des bestiaux (70) ait été ignorée des Romains à l'égal des lettres de change, du contrat de rente viagère, de la loterie, etc., etc. (71) Il y a dans le Digeste et dans le Code des textes assez formels pour démontrer que cette combinaison a trouvé place dans leur agriculture (72). Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'elle est devenue beaucoup plus fréquente chez les nations modernes, qu'elle ne l'était chez les Romains ; l'émancipation des classes inférieures, la nécessité de leur créer une industrie non servile, les changements survenus dans le personnel de l'art agricole, peuvent expliquer peut-être cette diffusion de la commande de bestiaux. Mais il n'est pas possible de croire que les Romains ne s'en soient pas servis.

De là deux conséquences :

La première, c'est que la commande n'est pas un contrat exclusivement commercial, comme beaucoup d'auteurs modernes l'ont pensé ; l'industrie agricole peut le revendiquer aussi bien que l'industrie marchande et maritime.

La seconde, c'est que l'idée de la société en commandite se trouve, non-seulement en germe, mais encore en pratique, dans cette terre féconde du droit romain, où l'on a trop facilement pensé qu'elle n'avait jamais eu de racine.

C'est, du reste, une mesquine et chétive industrie que celle du cheptelier ; elle donne au travailleur beaucoup de peine et peu de profits. Mais, tout en gardant les conditions de cette combinaison, essayez d'en changer l'objet : à un capital consistant en bestiaux dont l'entretien est si coûteux, substituez un capital en marchandises d'une conservation facile, d'un débit assuré ; à l'industrie lente, stationnaire et infructueuse du berger, substituez l'industrie plus rapide, moins dispendieuse et plus lucrative du marchand, et tout de suite la commande va devenir un contrat plein de vie, qui fixera l'attention de l'industrie et donnera au négoce une grande activité.

De là, le contrat de pacotille auquel le commerce du moyen âge a dû une grande partie de son mouvement. On confiait à un marchand qui se rendait aux foires, ou bien à un marin qui

(67) V° *Socida*.

(68) Ducange, v° *Socida*.

(69) *Loc. cit.*

(70) C'est le nom qu'elle porte encore en Bresse.

(71) Voyez sa dissert. sur la lettre de change, § 16 (t. 2, p. 451).

(72) Mon Comm. *Du louage*, t. 3, n° 1054-1060.

allait naviguer au loin, un capital en marchandises, afin qu'il le vendît avec avantage ou qu'il le convertît en d'autres marchandises. C'était une société (73), une véritable société en commandite, dans laquelle le marchand commandité apportait pour mise son industrie. Un seul traitait avec les tiers et était connu d'eux. le commanditaire n'aventurait que son fonds de marchandises et nullement sa responsabilité personnelle. Si l'affaire procurait des profits, les associés les partageaient entre eux dans les proportions convenues. C'est ainsi que s'alimentaient les foires de Brie et de Champagne (74), et les ports de mer marchands. On trouve la commande dans toutes nos villes maritimes de la Provence et du Languedoc, dans l'Italie, dans la partie de l'Orient envahie par les croisés ; les Assises de Jérusalem en font mention, aussi bien que les plus vieux statuts de Marseille, Montpellier, Pise, Gênes, etc., etc. On a voulu en faire honneur à l'Italie ; c'est une erreur (75). La commande n'est pas plus italienne que provençale ; elle n'est pas plus d'origine marchande que d'origine civile ; on la rencontre simultanément dans toutes les directions industrielles et dans la sphère d'intérêt de toutes les contrées.

Maintenant, faisons un pas de plus, et à la place d'un capital en nature, comme bestiaux ou marchandises, mettons un capital en argent ; et, tout de suite, nous aurons trait pour trait, dans la commande, la société en commandite, telle que nous la concevons et que nous la pratiquons aujourd'hui.

J'ai dit : Telle que nous la concevons et la pratiquons aujourd'hui. En effet, la commandite de bestiaux a pris un nom à part, celui de bail à cheptel, et, tout en retenant son caractère indélébile de société et de société en commandite, elle est allée se ranger dans les variétés du contrat de louage, auquel elle appartient moins par la chose que par la liaison du mot *bail* qui lui est commun avec le bail à ferme. Quant à la commandite de pacotille, les développements du commerce ont rapetissé son rôle ; elle n'est restée que comme petite société nautique, pratiquée par les gens de mer (76). C'est donc au capital en argent, donné à titre de commandite, qu'est resté le grand rôle commercial ; c'est cette combinaison qui a éclipsé les deux autres, et a donné l'impulsion la plus importante aux affaires, par une heureuse association des intérêts civils avec les intérêts commerciaux.

Cette combinaison ne fut pas plus inconnue dans le moyen âge que la commandite de bestiaux et la commandite de pacotille. Les Assises de Jérusalem s'en sont occupées (77), et il y en a ailleurs des traces nombreuses.

On conçoit facilement, au surplus, que les capitaux aient dû souvent s'engager dans cette voie, lorsqu'ils ont voulu sortir de leur oisiveté.

En effet, les lois canoniques, par une réaction contre l'usure, ce fléau de la civilisation romaine et de toutes les civilisations barbares, les lois canoniques avaient défendu le prêt à intérêt : elles avaient frappé l'argent de stérilité. C'est en vain que la subtilité des clercs orientaux avait inventé la fraude des trois contrats pour échapper à la prohibition (78). En vain leur génie rusé avait groupé ensemble la société, l'assurance et la vente, et formé de ces trois conventions

(73) C'est ce que je prouve *infra*, n° 381, à l'aide des statuts de plusieurs villes maritimes.

(74) Ord. de Louis-le-Hutin, du 9 juillet 1315, art. 5.

(75) Je le prouve plus bas, n° 381.

(76) Emerigon, *Assurances*, t. 2, p. 398-399.

(77) Ch. 41, 45. li Bezans, disent-elles.

(78) V. là-dessus *infra*, n° 17.

permises une combinaison qui arrivait aux mêmes fins que la convention défendue. Les esprits sincères, les âmes dociles s'étaient effrayés de ce détour, et le zèle de quelques hardis casuistes, pour le légitimer, n'était pas parvenu à le rendre populaire. Les capitaux restaient donc privés de la précieuse ressource du prêt à intérêt.

Dans cet état, la société en commandite se présenta naturellement pour les tirer de leur inaction. Des pères de famille, des magistrats, des nobles, des militaires, voulant augmenter leur bien-être par le profit de leur argent, le mettaient en commandite chez un marchand de bon renom ; cet argent fructifiait, et ces personnes trouvaient commode de retirer des bénéfices du commerce, sans être commerçants. Cachés derrière le voile de l'anonyme, inconnus des tiers, qui n'avaient à faire qu'avec le marchand commandité, elles n'avaient aucune responsabilité personnelle ; à la fin de l'année, elles se faisaient rendre compte et recevaient leur part des bénéfices. On peut dire que la commandite a été, dans le moyen âge et dans l'ancien régime, un mobile puissant pour remuer les capitaux et leur donner de l'élan et de la vivacité.

(...)

Les sociétés qui, au XVI^e siècle, se formèrent en France pour entrer dans ce mouvement d'expansion, furent l'ouvrage des individus ; et bien que François I^{er} ait cherché à exciter ses sujets à se porter vers le Canada (79), ni son gouvernement, ni celui de ses successeurs, n'intervinrent directement dans l'organisation de ces entreprises. Vers 1540, un gentilhomme picard, Roberval, conduisait au Canada une florissante colonie (80). Vingt ans auparavant, les trois frères Parmentier, après avoir découvert le cap Breton et l'île de Fernambouc, avaient poussé leur commerce jusqu'en Guinée et aux Moluques (81). Dans le même temps, deux négociants de Marseille, Thomas Linché et Carlin Didier, formaient une société pour faire la pêche du corail sur les côtes de Barbarie, et y fondaient en 1561 le bastion de France, avec la permission des chefs du pays. Enfin, des marchands de Dieppe s'associaient pour entreprendre le négoce des côtes d'Afrique et y créer des établissements (82).

Mais au XVII^e siècle, sous le ministère du cardinal de Richelieu, le gouvernement commença à comprendre qu'il y avait un rôle à remplir pour lui dans ces conquêtes de la France au-delà des mers ; et c'est sous l'autorité du roi, et en vertu de lettres-patentes, que se formèrent désormais les associations privilégiées qui allaient prendre possession de terres immenses, fonder des villes, et régir en souveraines de vastes colonies.

En 1626, Louis XIII autorisa la compagnie de Saint-Christophe, à laquelle nous devons nos îles des Antilles, la Martinique, la Guadeloupe, Saint-Domingue, etc., etc. Ses propriétés équivalaient à des royaumes. Mais elle ne put ou ne sut les garder. Appauvrie au milieu de ces riches domaines, dont le commerce hollandais accaparait tous les produits, elle fut obligée de les vendre. C'est chose curieuse que de la voir mettre en vente, et aliéner, au profit des chevaliers de Malte, Saint-Christophe, la Martinique, Saint-Domingue, à peu près comme un particulier se défait d'un champ et d'un pré ; puis les chevaliers de Malte, meilleurs gentils-hommes qu'habiles marchands, revendre au roi ces régions dont le commerce seul pouvait tirer parti.

(79) Savary, *Dict. du com.*, v^o *Compagnie*. Il cite des édits de 1537 et 1543, que je n'ai pas trouvés dans les collections et dans les archives.

(80) *Id.*

(81) *Id.*

(82) *Id.*

En 1628, Louis XIII autorisa une nouvelle compagnie, celle de *la Nouvelle-France*. Elle était composée de cent associés, et son but était de soutenir les colonies du Canada et d'en établir de nouvelles ; le roi lui accordait, sous la condition de foi et hommage, la propriété de Québec et de tout le pays, le droit d'élever forteresse, d'avoir artillerie, de peupler, de coloniser.

En 1642, vingt-quatre particuliers, négociants et autres, s'unirent pour constituer la compagnie d'Orient ; Ricaut, capitaine de marine, obtint pour eux le privilège du Roi.

Mais les troubles de la Fronde réagirent sur ces établissements lointains ; ils tombèrent en décadence.

Toutefois, l'esprit français ne se décourageait pas ; la compagnie de Cayenne se forma en vertu de lettres-patentes de Louis XIV, de 1651. De nombreux associés, de grands capitaux, de grandes vues, présidèrent à sa constitution ; elle avait à sa tête des hommes entreprenants, dévoués, remplis d'intelligence et d'idées de civilisation. Mais tous les malheurs vinrent l'assaillir à sa naissance ; au moment où l'expédition s'embarquait, vis-à-vis les Tuileries, l'abbé de Marivaux, l'un de ses chefs les plus éclairés, tomba dans la Seine et se noya ; pendant la traversée, l'insubordination mit le désordre parmi les passagers. On arriva enfin ; mais déjà une triste fatalité pesait sur l'entreprise ; elle ne fut point heureuse. On leur doit cependant notre colonie de Cayenne.

Enfin, en 1664, Colbert, voyant la prospérité de la compagnie hollandaise des Indes, fut jaloux de doter la France d'une institution si utile au commerce. C'est sous ses auspices que les compagnies des Indes occidentales et orientales furent organisées.

La compagnie des Indes occidentales reçut dans son sein les débris des compagnies de Saint-Christophe, de Cayenne, du Canada. Le roi fournit le dixième de son capital social (83), il lui concéda en toute propriété, justice, seigneurie, les Antilles, le Canada, l'Acadie, les îles de Terre-Neuve, Cayenne, tout le pays depuis la rivière des Amazones jusqu'à l'Orénoque ; elle fut investie du droit d'y faire seule le commerce ; quarante-cinq vaisseaux marchands, équipés à ses frais, sillonnaient pour elle les mers ; elle avait des villes, des forteresses, des armées. Mais dix ans suffirent à peine à son existence : le roi, voyant qu'elle ne pouvait se soutenir, racheta toutes ses terres, et remboursa toutes ses actions.

La compagnie des Indes orientales, objet des mêmes espérances, eut de moins tristes résultats. Le roi et Colbert y étaient associés ; son capital, divisé en actions de mille livres et de mille cinq cents livres, fut porté à plusieurs millions. Le roi versa six millions ; la reine, les princes, la cour, fournirent deux millions ; les tribunaux supérieurs douze cent mille livres ; les financiers deux millions ; le corps des marchands six cent cinquante mille livres (84). Elle avait en propriété l'île de Madagascar, et plusieurs vaisseaux de lignes et navires marchands.

Mais Madagascar, qu'on avait représenté comme un pays d'abondance et de délices, était habitée par une population féroce et intraitable. L'air y était mortel ; il fallut lutter contre l'inclémence du ciel, et l'hostilité des indigènes. A ces mécomptes, vinrent se joindre les infidélités d'agents éloignés qui trompèrent la confiance des directeurs établis à Paris. La compagnie, obligée de quitter Madagascar et de se transporter à Pondichéry, alla en déclinant ses actions tombèrent au quart. Elle reprit cependant un peu de vigueur en 1687 et 1691 ; car

(83) Voltaire, *Siècle de Louis XIV*, p. 66.

Savary, *v^e Compagnie*.

(84) Voltaire, *loc. cit.*

elle fit à ses actionnaires deux répartitions montant ensemble à 30 p. % (85). En 1694, la prise de Pondichéry par les Hollandais fit retomber la compagnie dans la langueur ; ce ne fut que sous la régence qu'elle prit de nouvelles forces (86).

D'autres compagnies dirigèrent leurs vues vers l'Afrique.

Celle du Bastion de France fut autorisée en 1673 pour la pêche du corail ;

Celle du Sénégal, dans la même année, pour le commerce de la gomme ;

Celle de Guinée pour le commerce de la poudre d'or, de l'ivoire, et pour la traite des noirs (87). Cette dernière fut la seule qui ne fut pas ébranlée par les guerres de Louis XIV et les crises du commerce. L'exportation des nègres pour l'Amérique française et espagnole, entretint l'activité de ses opérations et la source de ses profits.

Tels furent les efforts tentés dans le XVII^e siècle pour la colonisation ; ces essais ne furent pas toujours heureux pour la France : le résultat ne répondit pas à l'idée. Mais l'idée était grande et neuve. La colonisation n'est plus une entreprise militaire, conduite par l'épée et soutenue par des légions ; c'est une œuvre pacifique et commerciale : le but est moins de conquérir, que de s'étendre par le négoce et pour le négoce ; on ne lève pas des armées, on enrôle des sociétés de marchands. Le belliqueux Louis XIV, lui qui a dit en mourant : "J'ai trop fait la guerre", ne veut pas de la guerre pour coloniser ; il aime mieux des comptoirs que des camps, des compagnies d'actionnaires que des régiments. Continuateur de Richelieu pour la destruction de la féodalité, il crée, comme cet habile ministre, de grands fiefs pour le commerce ; il lui donne le droit de faire trafic des îles et des royaumes, sous la condition de foi et hommage ; et la société commerciale ne régit pas seulement de grandes affaires, elle régit de grands empires. C'est cette belle conception qui a fait dire à Montesquieu (88) : "Il y a des peuples qui se sont conduits avec tant de sagesse, qu'ils ont donné l'empire à *des compagnies de négociants*, qui, gouvernant les états éloignés uniquement pour le négoce, ont fait une grande puissance accessoire sans embarrasser l'état principal." Si la France n'a pas tiré de cette idée tout le parti convenable, il faut s'en prendre à d'autres causes qu'à l'idée même ; car on sait ce qu'elle a produit entre les mains de la Hollande et de l'Angleterre.

Quoi qu'il en soit, reconnaissons que l'esprit d'association a reçu de Louis XIV une énergique impulsion, et ce prince a pu dire avec orgueil dans le préambule de son ordonnance de 1673 sur le commerce :

"Nous avons, depuis plusieurs années, appliqué nos soins pour rendre le commerce florissant dans notre royaume ; c'est ce qui nous a porté premièrement à ériger parmi nos sujets *plusieurs compagnies*, par le moyen desquelles ils tirent présentement des pays les plus éloignés, ce qu'ils n'avaient auparavant que par l'entremise des autres nations."

Cette ordonnance de 1673 contient elle-même un titre qui traite de la société de commerce ; elle a été très-utile à notre code de commerce. Avant et après elle, et dans tout le cours du XVII^e siècle, la France est entrée dans des entreprises qui lui ont fait comprendre la puissance de l'association et le jeu de ses ressorts. Les trois grandes espèces de sociétés sur lesquelles l'association commerciale pivote aujourd'hui, quel que soit le nom qu'elles aient eu, ont pénétré

(85) Savary, v^o *Compagnie*.

(86) Voltaire, t. 17, p. 60.

(87) Savary, v^o *Compagnie*.

M. Monteil, *Histoire des Français des divers états*. T. 7, p. 166, ch. *des Actionnaires*.

(88) *Esprit des Lois*, liv. 21, ch. 21.

alors dans la pratique ; elles ont fonctionné avec avantage, et le législateur moderne, plus classificateur qu'inventeur, a eu peu de chose à faire pour leur donner plus de régularité, et les soumettre à un ordre plus précis. D'abord, les sociétés ont entrepris de vastes travaux de dessèchement : c'est par là qu'elles ont ouvert le XVII^e siècle, sous la direction de Sully, qui aima mieux l'agriculture que l'industrie (89) ; puis, elles ont colonisé ; et soutenues par Richelieu et Colbert, elles ont porté dans le nouveau monde la civilisation, le commerce et l'influence de la métropole ; ensuite, elles sont venues au secours de la marine, tantôt en armant des vaisseaux (90), tantôt en protégeant la navigation contre les dangers de la mer. Je citerai la compagnie d'assurance contre les risques maritimes, due à Louis XIV (91). Enfin, elles se sont appliquées à l'industrie et à la fabrication ; c'est à une société qu'on doit les premières manufactures de glaces, dont les produits surpassèrent bientôt ceux de Venise (92). Dans toutes

(89) Henri IV, avril 1599. (Isambert, p. 213, t. 16) En voici l'extrait.

Le plus grand gain des peuples, procède de l'agriculture.

Donc, la paix régnant, nous avons voulu donner à nos sujets le moyen d'augmenter ce trésor.

Sachant qu'en plusieurs de nos provinces et pays, *le long des mers de l'un et l'autre côté*, des grosses et petites rivières, et autres endroits, il y a grande quantité de palus et de marais, qui tiennent le pays désert et incommode les habitants, lesquels, s'ils étoient desséchés, pourroient servir au labour et au pâturage.

Pour à quoi parvenir, ne s'étant trouvé aucun de nos sujets qui nous en ait fait offre, soit à raison des grandes difficultés, risques et despenses, soit autrement,... et pour obvier aux grandes inondations qui adviennent souvent, ruinent plusieurs terres et maisons, voire des villages entiers, comme il est, à notre grand regret, naguère advenu en nos provinces de Poictou, Bourdelois, Saintonge, Bretagne, et autres ;

Sur l'avis qui nous a été donné de la grande suffisance, expérience et pratique de notre bien-aimé le S. Honfrey Bradley, de Bergues-sur-le-Ron, au duché de Brabant, l'avons fait venir...

Il a examiné les lieux ;

Il se charge du dessèchement à ses frais, coûts, risques et périls ;

A des associés.

Le roi lui donne, ainsi qu'à sa société, *la moitié des terres* desséchées et mises en valeur.

Il s'entendra avec les propriétaires.

La majorité fera loi à la minorité.

Autre édit. de 1607 d'Henry IV (Isambert, p. 313), qui confirme le précédent.

Bradley s'est mis en devoir d'exécuter ; mais a été arrêté par traverses, procès, opposition et procédure.

Bradley s'est associé avec des personnes de qualité, de mérite, d'industrie, *et de grands moyens*, entre lesquels *Hierosme de Cosmans*, notre conseiller et maître d'hostel ordinaire ; Marc de Cosmans, les enfants de défunt Gaspard de Cosmans, *gentilshommes du pays de Brabant* ; François de Laplanche, *gentilhomme flamand*, et Hierosme Vanuffle, gentilhomme brabant, tant pour eux que pour leurs autres associés.

Ils sont résolus à poursuivre leur entreprise, à mettre ces marais en culture ; à y faire bâtir des maisons, villages ; y faire venir des familles de Flamands, Hollandais et autres étrangers pour faire valoir ces terres.

Confirme l'édit de 1599 et règle les profits attribués à Bradley et *l'association*.

Avons l'association pour agréable ; *permettons à tout noble et ecclésiastique d'y entrer sans déroger*.

Permettons l'introduction des bestiaux étrangers, pour en peupler lesdits marais desséchés.

Accordons aux familles le privilège pendant vingt ans de faire seules le fromage à la *manière de Milan* ; turbes et houilles de terre propres à brûler, comme aussi d'y faire venir des cannes à sucre, du riz, de la garance.

Au surplus, nous parlerons plus bas de l'Association du Trebon en 1563, et du traité fait en 1642, avec Van-Ems.

(90) L'ord. de Louis XIII, de 1629, ordonna que tous les gentilshommes qui, par eux ou par personnes interposées, entreraient *en part et sociétés de vaisseaux*, ne dérogeraient pas à la noblesse.

(91) J'en parle *infra*, sur le com. de l'art. 1842, paragraphe de la société en commandite.

(92) Octobre 1665, sous le ministère de Colbert, lettres patentes qui accordent à Nicolas Dunoyer le privilège exclusif pour vingt ans de *souffler* des glaces, avec la faculté de *s'associer* pour cette entreprise qui bon lui semblera, noble, ecclésiastique, ou autres, sans déroger.

Dunoyer associa à son privilège Ranchin, de Saint-Maurice et Poquelin (V. Savary, Dict., v^o *Glaces*).

Le 14 septembre 1688, des lettres patentes donnent un privilège à la compagnie Thevart pour *couler* les glaces.

Le 19 avril 1695, les deux compagnies sont réunies en une seule, sous le nom de Plâtrier. Elle fait de mauvaises affaires.

Octobre 1702, autre compagnie, autorisée sous le nom d'Antoine d'Agincourt ; elle recueille de grands bénéfices de ses usines établies à Saint-Gobin et près de Cherbourg. (Savary, *loc. cit.*)

ces sociétés, et autres qu'il serait infini d'énumérer, le capital social est divisé en actions ; l'action industrielle est désormais acceptée comme une valeur spéciale, comme un placement ayant ses avantages particuliers. Écoutons un auteur qui écrivait au commencement du règne de Louis XV, Melon, dans ses *Essais politiques sur le commerce* (93) : "La circulation des fonds est une des grandes richesses de nos voisins ; leurs banques, leurs annuités, *leurs actions*, tout est en commerce chez eux. Les fonds de notre compagnie seraient comme morts, dans le temps que les vaisseaux les transportent d'une partie du monde dans l'autre, si par la représentation des actions sur la place, ils n'avaient une seconde valeur, réelle, circulante, libre, non exigible, et par conséquent non sujette aux inconvénients d'une monnaie de crédit, et en ayant néanmoins les propriétés essentielles. Nous ne prétendons pas dire que l'actionnaire soit plus utile à l'état que le rentier ; ce sont des préférences odieuses de parti, dont nous sommes bien éloignés. L'actionnaire reçoit son revenu comme le rentier le sien ; l'un ne travaille pas plus que l'autre, et l'argent fourni par tous les deux, pour avoir une action ou un contrat, est également applicable au commerce ou à l'agriculture. *Mais la représentation de ces fonds est différente* ; celle de l'actionnaire ou l'action *n'étant sujette à aucune formalité, est plus circulante*, produit par là une plus grande abondance de valeurs, et est d'une ressource assurée dans un besoin pressant et imprévu. Le contrat a des propriétés d'un autre genre d'utilité ; le père de famille ne peut laisser sans danger des actions à des héritiers mineurs souvent dissipateurs ; il laisse des contrats qui ne sont pas sujets au vol et dont on ne peut se défaire de la main à la main. Ces contrats assurent et manifestent les biens d'une famille, procurent du crédit et des établissements. Enfin, *il est bon qu'il y ait en France de ces deux espèces de fonds*, selon le génie et le talent de chacun, *et il paraît également pernicieux de vouloir tout réduire à l'un des deux*."

L'annuité est un papier commun en Angleterre, qui participe également du contrat, de l'action et de la rente tournante. Elle a, comme le contrat, un revenu fixe, sur des droits aliénés ; elle a, comme l'action, la *faculté* d'être *négociée de la main à la main, parce qu'elle est au porteur* ; elle a, comme la rente tournante, un remboursement annuel sur le capital jusqu'à extinction."

Ainsi parle Melon. On ne tiendrait pas aujourd'hui un langage plus raisonnable. C'était alors Amsterdam et la Hollande qui faisaient le commerce le plus important sur les actions. La bourse, gouvernée par de bons règlements et une sage police, était constamment occupée par une vicissitude d'achats et de ventes, qui produisait des bénéfices considérables (94).

Au XVIII^e siècle, le crédit français fut soumis à une grande épreuve. La fameuse banque de Law, constituée en société par actions (95), acquit le privilège de la compagnie des Indes orientales, et se chargea en même temps des fermes générales du royaume (96). Toutes les finances de l'état, dit Voltaire, dépendaient d'une compagnie de commerce (97).

Les actions de cette compagnie eurent d'abord un succès qui tient de la fureur. Elles montèrent à vingt fois au delà de leur valeur première. La circulation des billets doubla, quadrupla la richesse nationale, et le commerce des actions dans la rue Quincampoix improvisa

(93) P. 77.

(94) Savary, Dict., v^o *Action*.

(95) Elle fut établie sur le modèle de la banque d'Angleterre ; la grande banque d'Angleterre date de 1694 : l'idée de cette institution commerciale vient de Venise.

(96) Volt., t. 17, p. 264.

(97) *Id.*

des fortunes immenses. Jamais la confiance dans le crédit n'avait été si aveugle ; jamais l'agiotage n'avait été poussé jusqu'à ce délire (98).

On sait ce qui arriva. Le système de Law s'écroula sous sa propre exagération. Il ruina la France et son auteur. De ses débris il ne resta que la compagnie des Indes, qui conserva le commerce et le nom français à Pondichéry et sur les bords du Gange (99), mais qui, bien que soutenu par les efforts du trésor public, ne put réussir à donner des dividendes à ses actionnaires (100).

La frénésie du jeu des actions passa de France en Angleterre et en Hollande. On créa des compagnies de dupes et des commerces imaginaires. La banqueroute, les vols publics, les fraudes privées bouleversèrent les fortunes. Les charlatans seuls gagnèrent à ce jeu (101).

D'Aguesseau, présentant ces désastres, écrivit un long mémoire dans lequel il essaya de prouver que le commerce de la compagnie des Indes roulait sur un gain vicieux et injuste ; qu'il était contraire au bien de l'état, en ce qu'il engendrait de fausses richesses et diminuait le nombre des travailleurs ; qu'il compromettait les fortunes privées et poussait au luxe et à l'augmentation des dépenses ; qu'il engageait la conscience des personnes honnêtes et était funeste à la bonne foi, etc., etc. (102). Envisagée au point de vue relatif au système de Law, cette dissertation est d'un jurisconsulte intègre et éclairé ; mais si l'on étendait les principes qu'elle contient au commerce des actions en général, on étoufferait le crédit sous les subtilités du casuiste timoré.

Aussi les actions sont-elles restées dans l'organisation des sociétés, comme une combinaison utile et honnête. Les abus, qui en ont été faits dans des moments de vertige, n'ont pas été rétorqués contre elle par les économistes intelligents, par les négociants expérimentés ; car, au fond, le principe en est ingénieux et fécond. Avant la révolution, elles étaient dans les entreprises les plus sages, les mieux assises, les mieux famées. Il y en avait dans les mines (103), dans les canaux, dans les manufactures d'armes (104), dans les fabriques de glaces (105), dans les armements de navires (106), dans les exploitations de voitures publiques, dans les sous-fermes (107), etc., etc.

Nous voici en présence de la révolution de 1789. Comme la plupart des grandes compagnies étaient investies de privilèges dans telle ou telle branche de commerce, les nouveaux principes de liberté commerciale portèrent atteinte à leur prospérité.

La Convention ne leur fut pas favorable. Sa main terrible s'appesantit sur les compagnies de finance.

(98) Savary, v^o *Action*.

Volt., *loc. cit.*

(99) Volt., p. 269 et 460.

(100) Maintenant le pavillon français a disparu des mers de l'Indostan.

(101) Volt., t. 17, p. 270.

(102) T. X de ses œuvres, p. 179 et suiv.

(103) Arrêt de Liège, dans la collection Dalloz, v^o *Société*, p. 141. Édité de février 1722, qui autorise l'établissement d'une compagnie, pour travailler les mines du royaume. (M. Delebecque, *Traité des mines*, t. I, n^o 482).

(104) Quest. de droit de M. Merlin, v^o *Action*, § 1.

(105) *Id.*, p. 103, col. 2.

(106) M. d'Aguesseau, *Mémoire sur le commerce des actions*, p. 247.

(107) Plaidoyer de Joly de Fleury, Quest. de droit, *loc. cit.*, p. 103.

Mais, à la renaissance d'un ordre de choses moins violent, les mêmes besoins ramenèrent les mêmes combinaisons. Le Code civil et le Code de commerce trouvèrent d'imposantes sociétés, organisées dans des conditions très-variées pour de grandes manufactures, pour des entreprises lointaines, pour les armements maritimes (108). Et, par exemple, l'action industrielle était une valeur tellement accréditée, que le Code civil a cru nécessaire de porter une disposition spéciale pour la classer parmi les meubles, suivant la doctrine professée autrefois par l'avocat général Joly de Fleury, et consacrée par les arrêts des parlements. Les sociétés collectives et en participation, les sociétés en commandite divisées par actions (109), les compagnies d'actionnaires dont on a fait plus tard les sociétés anonymes, toutes ces formes de la société étaient en possession du commerce de terre et de mer ; et, sans avoir l'activité qu'une longue paix a donnée aux entreprises commerciales, elles s'exerçaient sur un champ qui était loin d'être dépourvu de fécondité.

J'ai cependant lu dans les débats d'une de nos grandes assemblées politiques, qu'en 1806, époque placée entre le Code civil et le Code de commerce, et où fut promulgué le Code de procédure civile, *les actions industrielles et commerciales n'existaient pas ; qu'on n'en connaissait même pas le principe* (110). Et ces propositions n'ont pas rencontré de contradicteurs !!

Mais quelque grande que soit à nos yeux l'autorité des jurisconsultes qui les ont émises, je ne puis cependant les accepter comme exactes. Les faits, examinés dans leur enchaînement et leur réalité, ne sauraient s'y plier. Ils démontrent qu'il y a là dessous quelque erreur de statistique, ou quelque méprise sur une époque déjà bien éloignée de nous. La vérité est que le législateur du Code civil et du Code de commerce, en réglant les conditions des sociétés par actions, ne s'est pas aventuré dans une région inconnue ; qu'il n'a pas hasardé une innovation dont l'avenir seul a pu révéler les avantages ou les inconvénients. L'expérience avait été faite ; depuis des siècles, l'institution marchait ; elle avait eu ses moments de crise à côté de ses heures de prospérité ; elle était passée par les principales épreuves qui peuvent éclairer la prudence du législateur. Je tiens à constater ces précédents qui mettent nos codes dans leur véritable cadre, parce que naguère, après certaines surprises de l'agiotage, les esprits émus s'en sont pris trop légèrement à la loi des erreurs des hommes. Par suite de cette idée trop répandue, que les grands faits économiques sont une nouveauté dans le droit ; que l'association est un besoin tout récent du développement des intérêts commerciaux, on a cru que la loi était trop faible, trop peu méditée eu égard à l'essor immense de la spéculation moderne ; on l'a accusée de s'être laissé prendre au dépourvu, de s'être laissé déborder par des circonstances plus fortes que ses étroites prévisions. Alors, au lieu de faire le procès aux intrigants devant la police correctionnelle, on a fait le procès au Code devant les Chambres. Les projets de réforme ont pullulé. Leur point de départ était que l'association était la grande puissance du jour, qui allait

(108) Observ. du Trib. de commerce de Saint-Brieuc : "En temps de guerre, les corsaires ne s'arment que par actions. On est dans l'usage de former des compagnies d'actionnaires pour les grandes manufactures, pour les entreprises lointaines." (Analyse raisonnée des observ. des tribunaux, t. 2, 2e partie, p. 442).

(109) On lit à la page 19 de ce recueil : "Les entreprises maritimes pour les voyages de long cours se font souvent par association en commandite divisée par actions."

(110) *Moniteur* du 30 mars 1842, séance de la Chambre des pairs, p. 619, Discussion sur la vente forcée des actions industrielles.

Un orateur disait : "En 1806, époque à laquelle a été fait le Code de procédure, *les actions industrielles et commerciales n'existaient pas.*"

Un autre ajoutait : "Vous savez dans quel état se trouvait l'industrie en 1806 ; *il n'y avait pas d'actions industrielles, on n'en connaissait même pas le principe.*"

tout embrasser dans un mouvement inouï ; que la commandite, sa fille privilégiée, allait attirer à elle la masse principale des capitaux, et devenir le nerf des affaires de toute espèce. Il s'agissait donc de renverser les combinaisons de notre Code de commerce ; d'inventer des principes nouveaux pour une ère commerciale qu'on croyait nouvelle ; de donner une charte à la commandite, à cette reine ambitieuse de l'industrie, à cet agent miraculeusement découvert pour régénérer l'économie commerciale. Dans tout cela, il y avait bien des choses qu'on oubliait. La première, c'est que les esprits étaient malades, et l'on prenait une fièvre passagère pour un état normal. On n'apercevait pas que, dans notre siècle, l'esprit individuel a trop d'énergie pour laisser l'association empiéter sur ses domaines et prendre la direction trop exclusive des intérêts privés ; que cette faveur de la société en commandite était une œuvre factice et non une œuvre de nos mœurs, qui, je le répète, se plient difficilement au joug de l'association ; qu'en un mot, toute cette agitation avait pour cause un caprice momentané, une boutade bizarre, dont la réflexion devait faire justice au bout de quelques mois d'infatuation.

"Hi motus animorum, atque haec certamina tanta,

"*Pulveris exigui jactu, compressa quiescent* (111)."

Et c'est en effet ce qui est arrivé après l'apprentissage d'un certain nombre d'étourdis qui ont servi d'exemple au public ; c'est même ce qui serait arrivé probablement plus tôt, si les rigueurs de la loi pénale se fussent sévèrement appesanties sur les auteurs de tant de projets basés sur l'imposture et sur un crédit imaginaire. Mais ce que l'on avait surtout le tort d'oublier, c'est l'histoire, dans laquelle on aurait vu que le passé n'est pas aussi petit, aussi dépourvu de grandes tentatives commerciales et de grands faits économiques, que l'on se l'imagine. Comment ! nous nous émerveillons de ce que l'on met en action des mines, des fabriques, des brevets, des journaux ; mais il y a deux siècles qu'on mettait en actions des îles, des royaumes, presque tout un hémisphère !! Nous crions au miracle parce que des centaines de commanditaires viendront se grouper autour d'une entreprise ; mais déjà, au XIVe siècle, la ville de Florence tout entière était commanditaire de quelques négociants qui poussèrent aussi loin que possible le génie des entreprises !!

Puis, si nos spéculations sont mauvaises, si nous avons été téméraires imprévoyants ou crédules, nous tourmentons le législateur de nos réclamations tracassières ; nous lui demandons des prohibitions, des nullités. Dans notre manie de tout régler, même ce qui est déjà codifié ; de tout enchaîner par des textes revus, corrigés et augmentés ; de tout administrer, même les chances et les revers du commerce, nous nous écrivons, au milieu de tant de lois existantes : *Il y a quelque chose à faire*. En cela encore nous ne sommes qu'imitateurs. Qu'on lise le mémoire de d'Aguesseau sur le *commerce des actions*. Il fut écrit sous le coup de la tempête, et porte l'empreinte de la frayeur. L'illustre auteur aurait pu se plaindre sans doute de ce que ce commerce, réglé dans d'autres pays par de bonnes lois, avait été livré par l'incurie du régent à toute la licence d'un jeu effronté. Mais d'Aguesseau se laisse entraîner à des idées plus tranchantes, et ses principes vont jusqu'à l'abolition même du commerce des actions ; en sorte que si l'on eût dû les prendre à la lettre, il aurait fallu fermer la bourse d'Amsterdam, et ruiner le crédit de la Hollande. Bien plus ! à l'heure qu'il est, il faudrait murer les portes de la Bourse de Paris, ce soutien nécessaire du crédit français.

(111) Virgile, *Georgic.*, 4.

Tels sont les dangers des résolutions prises pendant la panique. Ainsi ne faisaient pas nos maîtres en matière de commerce, dont l'exemple est bon à citer, parce qu'il est bon à suivre. Quand une faillite venait consterner Florence, on murmurait en baissant la tête, et Villani blâmait avec amertume la témérité des spéculateurs ; mais il ne blâmait pas la loi, innocente des écarts des hommes et des crises du commerce. Mais aussi quand les entreprises prospéraient, la fierté italienne se réveillait, et Muratori vantait le génie, l'amour des grandes choses qui inspirait le commerce de sa nation.

Heureusement que tous les projets de changements mis au jour en 1837 et 1838 avec tant de fracas, sont aujourd'hui oubliés. Le conflit des propositions, et l'anarchie des opinions réformistes ont amené des résultats négatifs. En même temps que la réaction s'opérait contre les agioteurs, le bon sens public faisait justice de tant de plans officiels d'organisation, beaucoup moins sages que la loi existante, beaucoup moins en harmonie avec les usages du commerce, beaucoup moins libéraux après 1830, que les conceptions du conseil-d'état impérial ! (112) Maintenant, tout est rentré dans l'ordre, et le Code de commerce a conservé son intégrité, son excellente intégrité. Lorsque le commerce en a besoin, il y trouve à côté de la société collective, de la société en participation, de la société anonyme, la commandite libre, tempérée seulement par la prudence des commanditaires et par les articles du Code pénal sur l'escroquerie. On ne la soumet pas à une autorisation du gouvernement, qui ne serait qu'une confusion de la société anonyme et de la société en commandite, ces deux faces si diverses de l'esprit d'association ; à une autorisation, dis-je, qui serait pour les affaires une cause de lenteur, d'embaras, de craintes, et qui d'ailleurs ne ferait que distraire l'administration de desseins plus élevés, et compromettre sa responsabilité, sans ajouter aux garanties du public. La société en commandite reste, sous le rapport de sa liberté, ce que l'a faite si justement l'Empire, après une sérieuse élaboration de la question, après un scrupuleux examen des doléances des tribunaux de commerce (113). Et, d'ailleurs, est-ce donc que l'extension de l'administration supérieure aux affaires du commerce privé, est un préservatif infaillible contre la ruine des sociétés ? Plus d'un établissement créé par lettres-patentes a fait de mauvaises affaires (114) ; plus d'une société anonyme autorisée par ordonnance a fait faillite, et trompé le gouvernement et les tiers (115). L'intervention de Colbert dans la compagnie des Indes, n'a pas empêché les faiseurs de prospectus et les vendeurs d'actions, de vanter la terre promise de Madagascar, la salubrité de son climat, la richesse intarissable de ses produits (116). Dans l'ancien régime, c'était le gouvernement qui accordait les permissions d'exploiter les mines, et néanmoins combien de fois n'a-t-on pas vu l'agiotage souiller l'émission de leurs actions (117) ! La banque royale était dans la main du duc d'Orléans ; on sait cependant les fraudes de la rue Quincampoix !

La commandite jouit donc, grâce au Code de commerce, de la liberté qui lui est nécessaire, et qui l'a rendue si florissante entre les mains des négociants de l'Italie, de nos armateurs, de beaucoup d'industriels prudents, qui travaillent sans bruit, et dédaignent les forfanteries de l'agiotage. Elle conserve aussi ses actions nominatives ou au porteur ; car le commerce en a consacré l'usage par une pratique qu'on peut d'autant moins lui enlever, que ce sont des valeurs

(112) Voyez le projet de loi présenté par le gouvernement à la Chambre des députés le 15 février 1838.

(113) V. *Analyse raisonnée* des Cours et Tribunaux.

(114) V. Savary, v° *Glaces*, l'historique des manufactures établies par Colbert et Louvois.

(115) On en pourrait citer beaucoup. M. Vincens, *des Sociétés par actions*, p. 47. M. Wolowski, *des Sociétés par actions*, p. 21.

(116) M. Monteil, *loc. supra citato*.

(117) Voyez le *Moniteur* du 19 novembre 1841, art. de M. Chappe, chef de la division des mines au ministère des travaux publics.

qui augmentent la circulation et ajoutent à la richesse publique. Quant à moi, je m'applaudis de ce *statu quo*. Convaincu, comme je le suis, que notre loi sur les sociétés civiles et commerciales, est le fruit d'une longue expérience ; qu'elle a été mûrie par les épreuves les plus décisives, par les combinaisons pratiques les plus variées et les plus ingénieuses ; qu'elle est la formule de tout ce que le passé a accumulé de faits considérables, en économie et en industrie, j'ai foi en sa sagesse ; et quoique je reconnaisse en elle quelques défauts secondaires, je ne me laisse pas aller à des désirs de changements plus rétrogrades que progressifs ; je me contente d'en appeler à la jurisprudence pour tous les cas où il lui est permis de corriger des contours vicieux, des traits sans harmonie. Si ces observations sont de nature à répandre cette conviction, si elles peuvent environner la loi du respect dont elle a besoin pour demeurer stable dans l'esprit de la nation, cette dissertation ne sera pas un hors-d'œuvre, et l'histoire qui en fait la base apparaîtra comme quelque chose de plus sérieux qu'un ornement scientifique.

P. S. J'ai réuni dans ce travail la société civile et la société commerciale. Il n'est pas possible, en effet, d'avoir l'intelligence de l'une sans étudier l'autre. La raison en a été donnée par le tribunal d'appel d'Orléans dans ses observations sur le Code de commerce. "Le Code de commerce peut être considéré comme l'appendice du Code civil (118)."

(118) T. I, p. 217.

6. Du prêt (1845).

Troplong ne disserte ici que du prêt à intérêt, dont la légitimité est encore toute fraîche (L. du 3-12 oct. 1789) ; la question de la limitation du taux de l'intérêt conventionnel par la loi du 3 septembre 1807 est alors fort agitée (J.-L. Halpérin, op. cit. 98) ; Lherbette a proposé l'abrogation de cette loi en 1836. Troplong est (avec Dupin aîné) du côté du statu quo, encore une fois (Du prêt, nos 353 s.). Sa préface se borne donc à un plaidoyer pour le système du Code, contre la vieille prohibition canonique. Fidèle à la méthode qui a fait le succès des premières préfaces, Troplong dessine une vaste fresque historique des variations de cette matière : de la loi de Moïse à une consultation donnée par le Saint-Office en 1831, en passant naturellement par la Grèce et Rome, les Pères de l'Eglise et le concile de Nicée, les artifices des "trois contrats" puis du mohatra, Pothier, Montesquieu et Turgot ! On a beaucoup coupé dans cette épaisse préface (155 pages) ; les anecdotes des dernières pages ont été conservées, comme un témoignage de la résistance d'une partie du clergé du temps à l'admission morale de l'intérêt. La défense du Code contre "les exagérations des plus fougueux théologiens" fournit à Troplong une curieuse péroraison sur le "christianisme" du Code. On signale aussi le passage sur le droit naturel présidant au "perfectionnement" des législations contradictoires et variables, par "la Providence d'un Dieu unique" conduisant la marche des peuples (p. VI).

....

PRÉFACE (1)

*Quid fœnerari ? quid hominem occidere ? (2)
Populus vivere non potest sine mutuo (3).*

Si le titre du prêt ne comprenait que le commodat et le prêt simple, il mériterait peut-être le nom de petit contrat qu'on lui donne quelque fois. Mais le prêt à intérêt, qui est l'une de ses branches, l'élève tout de suite à un haut degré d'importance. Ce dernier contrat a toujours été un grave sujet d'études. L'histoire romaine en est remplie ; la philosophie ancienne lui a donné son attention ; la théologie l'a scruté dans ses règles, et lui a été aussi hostile que l'économie politique moderne lui est favorable. Soumis, en jurisprudence, aux destinées les plus diverses, tantôt il a été encouragé par des législations qui lui ont donné place parmi les transactions conformes à la raison, à l'honnêteté et à l'utilité ; tantôt, au contraire, il a été condamné par des codes sévères comme presque aussi répréhensible que le vol et l'homicide !!

(1) Ce fragment historique a été lu à l'Institut, Académie des sciences morales et politiques, dans les séances des 17, 25, 31 novembre et 7 décembre 1844.

(2) Mot de Caton ; voyez *infra*.

(3) Paroles des ministres de saint Louis ; voyez *infra*.

Ce n'est pas tout. Parmi ceux qui ne refusent pas au prêt à intérêt une existence légitime, des controverses se sont élevées sur le droit de l'État d'en fixer le prix. L'usure libre a ses défenseurs parmi les jurisconsultes, les politiques et les économistes ; tandis que des dispositions pénales, considérées comme très nécessaires par de bons esprits, punissent l'usurier de peines rigoureuses.

Pourquoi toutes ces divisions dans les opinions ? Par beaucoup de raisons. D'abord, le prêt touche à ce qu'il y a de plus vif dans les intérêts matériels de la société ; il peut tour à tour asservir le débiteur sous une exploitation aussi inexorable que l'esclavage, dont il a été souvent le complice ; ou le racheter, par un secours opportun, de la ruine et de l'infamie. Il peut appesantir sur la propriété sa main écrasante et rapace, ou la dégager des charges qui la font languir.

Veut-on voir ensuite le côté moral de ce contrat ? Tantôt la bienfaisance en fait une vertu ; tantôt l'amour du gain en fait un vice ; il fait éclater l'équité du prêteur, ou son avarice. Si l'utile a tout pouvoir pour s'en servir à sa guise, ce peut être la guerre sans pitié de celui qui possède contre celui qui a besoin. Si, au contraire, l'honnête défend à l'utile d'en tirer profit, c'est l'antagonisme de la spiritualité pure et des intérêts matériels.

Le prêt remue donc toutes sortes de questions vitales, qui le mettent dans le domaine, non-seulement de la jurisprudence, mais encore de la religion, de la philosophie, de la politique et de l'économie sociale. Et comme, pour résoudre ces questions, chacun s'est mis au point de vue de ses idées dominantes, la solution n'a pas été la même pour tous. La religion a plutôt considéré la perfection morale ; la philosophie, la délicatesse et la dignité de l'homme ; l'économie sociale, la production et le mouvement des capitaux ; le législateur, l'utilité présente. Quant au jurisconsulte, dont le rôle est d'accepter les faits accomplis, il s'est trouvé fort perplexe au milieu de ce conflit des sciences divines et humaines ; et il a mis des raisonnements à l'appui de tous les systèmes.

Et ce n'est pas seulement de secte à secte que les opinions se sont partagées. Entre les hommes voués aux mêmes spéculations et aux mêmes études, le temps a fait naître des aperçus contradictoires. Les principes d'économie d'Aristote et de Caton sur les produits usuraires ne sont pas ceux de Turgot. Cicéron et Sénèque ne les ont pas jugés comme Calvin, Dugald Stewart et les philosophes français du dix-huitième siècle. Les théologiens et les canonistes d'aujourd'hui ne leur portent pas des sentiments aussi ennemis que les Henri de Gand et les Soto.

Enfin, il est un rapprochement singulier dont l'esprit est frappé à ce propos.

Tout l'antiquité faisait le commerce d'argent et l'usure. Les Gaulois plaçaient sous la protection du dieu Mercure la fructification de l'argent. *Mercurium ad quæstum pecuniæ mercaturasque vim maximam habere*, dit César (4). Les grecs s'y livrèrent constamment, soit dans leur pays, soit avec les peuples d'Orient. Rome en remplit l'Italie et les provinces. Les juifs reçurent de leur législateur la permission de prêter à intérêt aux nations étrangères. Les Syriens, issus des Phéniciens et héritiers des pratiques commerciales de ces derniers, étaient célèbres par leur goût pour ce genre d'industrie (5).

(4) *De bello gallico*, VI, 17. Voyez aussi le n° 13.

(5) Sid. Appollinaris, 1, epist. 8.

Saumaise, *De trapezit.* 41, 50, 97, 370.

Thomassin, *De l'usure*, p. 356.

Et toutefois, malgré cet accord de presque toutes les nations connues, les philosophes, les économistes et les sages de l'antiquité ont parlé des usures avec mépris (6.) Moïse les défendit entre Juifs comme un acte qui blessait les sentiments d'humanité que se doivent des concitoyens. Nous verrons plus tard les jugements sévères d'Aristote, Caton, Cicéron, Sénèque, Plutarque et Pline.

Au moyen âge, le contraire arriva ; les usures furent défendues partout, soit chez les chrétiens, soit même chez les sectateurs de la religion de Mahomet (7). Alors les économistes, les politiques, les philosophes, s'évertuèrent à prouver que les usures sont licites, et qu'utiles aux peuples, elles n'ont rien de contraire à la morale et à l'honnêteté. partout on essaya de prêter à intérêt en éludant la prohibition (8.)

Ainsi, quand la loi autorise les usures, l'économie politique et la philosophie les condamnent. Quand la loi les condamne, l'économie politique et la philosophie les autorisent !!

Est-ce contradiction bizarre ? Non, si nous voulons prendre la chose du bon côté ; et tout peut s'expliquer par les exagérations dans lesquelles sont tombées tour à tour et la pratique des usures et la prohibition des usures.

Dans les temps antiques, le prêt à intérêt était poussé aux plus extrêmes limites de la production usuraire. La philosophie ancienne eut donc raison d'élever la voix par pitié pour les classes opprimées. Seulement, cette pitié ne fut pas toujours éclairée par d'assez savantes notions d'économie sociale. Aristote nous en donnera une preuve évidente (9).

Chez les nations d'origine féodale, au lieu de réprimer les abus du prêt à intérêt, un excès de spiritualité en abolit entièrement l'usage, et enleva à la bonne direction du crédit privé et public ce contrat précieux. La philosophie eut donc encore raison de blâmer ce sacrifice imposé à l'utile par exagération de l'honnête. Sans être moins morale que l'ancienne philosophie, elle se montra tout aussi amie des vrais intérêts de l'emprunteur, et beaucoup mieux instruite de la science du crédit.

Au surplus, je ne serais pas étonné que tous ces contrastes ne donnassent prétexte à quelque esprit morose de nous demander si nous ne sommes pas ébranlés dans nos croyances à l'existence d'un droit naturel primordial et immuable, quand nous voyons le droit romain autoriser le prêt à intérêt ; plus tard l'ancien droit français le déclarer injuste ; puis, le Code civil admettre comme licite ce contrat contre lequel tant de haines et d'injures ont été accumulées en d'autres temps et d'autres lieux !! Mais notre foi est profonde ; nous la croyons surtout intelligente quand, distinguant ce que les empiriques affectent de confondre, elle ne fait pas remonter jusqu'à l'éternelle morale la responsabilité des variations qui affectent le droit positif. Malgré une réflexion chagrine et trop souvent répétée de Pascal, faut-il donc s'étonner que les lois des nations ne soient pas uniformes, alors qu'on ne s'émerveille pas de la variété des climats, des races, des langues et des besoins ? Ce n'est pas la vérité qui change quand les lois cessent d'être les mêmes d'une région à l'autre, c'est le degré de civilisation ; ce sont les

(6) L'antiquité, dit M. Niebuhr, condamnait l'usure avec presque autant d'aversion que l'Église primitive ou l'Islamisme (t. 5, p. 29).

(7) Tavernier, *Relat. du séraï du grand seigneur*, p. 156..., 162, 163.

(8) Tavernier dit que, dans les États mahométans, malgré la défense du Coran, des collusion et déguisements ont été inventés à l'envi pour tirer de l'argent des profits de 12 p. %.

(9) *Infrà*, n° 334.

circonstances de temps, de lieu, de développement matériel et moral qui placent l'homme dans des milieux différents, et enlèvent à sa condition le privilège de l'uniformité. Mais, au-dessus de ce mélange de législations contraires, il y a un droit inaltérable qui préside à leur perfectionnement ; de même qu'au-dessus de tant de peuples qui attestent la féconde et inépuisable variété de la nature, il y a la Providence d'un Dieu unique qui les conduit !!

Nous voulons rechercher principalement aujourd'hui les variations par lesquelles le prêt à intérêt est passé chez nous, aussi bien que chez les peuples anciens dont le contact a influé directement ou indirectement sur notre droit. Nous traiterons plus spécialement ailleurs de la légitimité du prêt à intérêt considéré en lui-même et dans ses éléments constitutifs (10). Nous nous bornons, à l'heure qu'il est, à voir historiquement l'usage qui en a été fait comme instrument de la richesse sociale et le rôle qu'il a joué dans les institutions civiles et politiques. Ce sujet a de l'étendue. Il n'est pas exempt de difficultés, tant sous le rapport du droit qu'au point de vue de la critique littéraire. J'explique par-là la longueur de cette introduction.

Et d'abord, mettons tout de suite en présence deux peuples qui précédèrent la civilisation romaine, et dont les institutions offrent le contraste le plus frappant.

(...)

Cependant d'année en année la question du prêt à intérêt devenait plus mûre. Vers la fin du règne de Louis XV, la naissance de la secte des économistes tourna plus spécialement les esprits vers les questions relatives au développement de la richesse publique et privée. Celle de la fécondation des capitaux par le prêt à intérêt se présentait en première ligne ; elle fut traitée par Turgot, en 1769, avec toute la liberté que comportait cette époque de hardiesse intellectuelle. Le célèbre économiste bannit les ménagements et les réticences. Il dévoile à grands traits l'état de la société, où la force des choses a vaincu la prohibition des lois civiles et religieuses combinées ; il montre le prêt à intérêt par billets partout toléré et triomphant dans la pratique des principes spéculatifs (11). Puis, arrivant tout d'un coup aux conclusions les plus hardies, il demande que le prêt à intérêt soit consacré parce qu'il est légitime, et qu'il soit libre dans ses combinaisons que les autres contrats licites.

Vingt ans plus tard, le principal objet de ses vœux était exaucé. L'assemblée constituante décrétait la légitimité du prêt à intérêt (12). Elle consacrait par les lois une révolution déjà faite par les mœurs. Seulement, elle réservait à l'État le droit de fixer le taux de l'intérêt, droit dont la puissance souveraine avait toujours été en possession chez les Romains et dans l'ancienne monarchie, et qu'elle ne jugeait pas prudent d'abandonner. Elle fixait en conséquence à 5 pour cent le taux de l'intérêt conventionnel en matière civile, s'en référant aux usages particuliers du commerce pour le taux de l'intérêt commercial (13).

Il est curieux de rapprocher ce résultat de ce passage que le père Thomassin écrivait environ cent ans auparavant. "Il ne faut pas désespérer que nous ne voyions un jour cette tolérance des rois et des parlements pour quelques provinces plus attachées au droit écrit s'éteindre par tout le royaume (14)." C'est précisément le contraire qui devait arriver, et qui arriva. L'exception devint

(10) *Infrà*, n° 310 et suiv.

(11) *Infrà*, n° 342.

(12) *Infrà*, n° 346.

(13) *Infrà*, n° 346.

(14) *De l'usure*, p. 480, n° 7.

la règle ; le droit local devint le droit commun. La tolérance fit place à la reconnaissance solennelle d'une liberté légale.

La puissance ecclésiastique ne se soumit pas tout d'un coup à cette volonté du législateur civil ; il y eut des murmures, des regrets, des résistances (15) . Il en coûtait de se voir enlever le règlement d'une matière que l'Église avait faite sienne pendant si long-temps ; et la sécularisation des usures ne fut pas mieux accueillie que ne l'avait été dans d'autres temps la sécularisation de la justice, de l'enseignement et de toutes les libertés gallicanes. L'État n'exagérât cependant pas ses prérogatives ; il usait d'un droit dépendant de la police et de la politique¹⁶. Il faisait ce qu'avant lui avaient fait les Constantin, les Théodose, les Justinien, tous les empereurs chrétiens, en un mot, excepté Basile (17) . C'est ce que n'avait pas méconnu Gerson, ce grand docteur de l'Église gallicane, *ce docteur très chrétien*, comme l'appelle Bossuet (18) . Si, dans la pureté de sa foi, il lui semblait que le prêt à intérêt était contraire à la loi naturelle, dans la sagesse de ses sentiments de citoyen il proclamait hautement qu'il y avait sur ce sujet des concessions à faire à la nécessité de la politique et du gouvernement : "De même, disait-il, que les contrats usuraires étaient tolérés dans l'ancienne loi, de même ils pourraient être permis dans la nouvelle avec certaines modifications, non pas qu'ils soient par-là plus licites dans le for intérieur, mais pour éviter un plus grand mal (19). En ce qui touche le temps présent, il nous suffit de dire que le législateur doit veiller au maintien de la république en facilitant aux citoyens les moyens de vivre en paix. Comme tous les maux ne peuvent être empêchés, il en est que le prince doit tolérer, à l'exemple du médecin prudent qui ne guérit pas certaines affections de peur de faire naître des maladies plus graves (20). Mieux valent quelques usures légères qui procurent des secours aux indigents que de les voir réduits par la pauvreté à voler, à dissiper leurs biens, à vendre à très vil prix leurs meubles et leurs immeubles (21)... Et puisque le pape n'est pas le souverain immédiat des biens temporels et surtout des biens des laïques, il ne doit pas facilement infirmer les lois de la puissance séculière qui règlent la disposition et l'administration de ces mêmes biens. Il suffit que lui et l'Église déclarent par la prédication que ces contrats sont illicites par le droit évangélique et dans le for de la conscience (22)."

Ces dernières paroles se ressentent de l'époque à laquelle écrivait Gerson. Il faut les lui pardonner ; c'est plutôt le langage des préjugés de son siècle que celui de sa raison ; car elle vient de nous dire des choses si sensées ! Non !! le prêt à intérêt n'est pas un de ces contrats qui

(15) Le parti anti-usuriste publia divers arrêts. Je me bornerai à citer, parmi les plus rapprochés de nous, une dissertation de M. A. Rendu, de 1806, et une lettre pastorale de Mgr. Daviau, archevêque de Bordeaux, de 1817.

(16) *Politica planè res est*, dit Saumaise, *De usuris*, p. 646, 647, 648.

(17) Saumaise, *De usuris*, p. 649.

(18) Dans son admirable *Instruction sur les estats d'oraison* (préface), dirigée contre le mysticisme.

(19) "Usurarius contractus, sicut in antiquâ lege toleratus est, ita possit in novâ permitti, sed sub certis modificationibus, non quidem ut esset licitus, sed ne deterior eveniret" (*De contract.*, t. 2, p. 399, 400).

(20) "Quoad vero spectat ad præsens, satis est dicere, quod legislator civilis attendit consentientiam reipublicæ ad consecutionem pacifici convictis inter cives... Sed quia frequenter effrenata nequitia non potest ex toto compesci, agit more prudentis medici, tolerat minora mala, ut pejora vitentur." (*Id.*, p. 411, 412).

(21) "Apparuit autem minus malum, quod usuræ leves fierent pro succursu indigentium, quàm ut inducerentur per indigentiam furari, rapere, aut passim distrahere sua bona, mobilia vel immobilia, vilissimo pretio, cum damno longè majori quàm esset moderata receptio sub usuris." (*Loc. cit.*)

(22) "Constat præterea quod papa, sicut non est immediatus dominus bonorum temporalium, præsertim laicorum, sic non debet passim irritare *leges utiles*, pro dispensatione talium bonorum constitutas... Sufficit quod papa et Ecclesia significant vel prædicent tales contractus illicitos esse de jure evangelico et in foro conscientiarum." (*Loc. cit.*, V.)

outragent la morale, qui répugnent à l'équité, qui brisent entre les parties l'égalité commutative (23). Non !! la loi ne le permet pas au même titre qu'elle tolère la prostitution, ou comme les Spartiates permettaient le vol. Elle le classe parmi les conventions licites parce qu'il réunit un double caractère d'honnêteté et d'utilité ; elle le voit avec faveur ; elle en encourage la pratique et en protège les stipulations. Quiconque dirait aujourd'hui que la loi civile a fait divorce avec la loi naturelle pour lui donner accès heurterait le sens commun de toutes les nations modernes.

Au surplus, la partie haute et saine du clergé est bien éloignée de cette obstination, et rien ne ressemble moins que sa conduite à celle que conseillait Gerson, dans d'autres temps (24). Ce que le saint-siège désire surtout, c'est que les dissensions se calment et que les sentiments se concilient ; c'est que les consciences ne soient pas troublées par des discussions ou des exigences téméraires ; c'est qu'on ne fomente pas entre la loi civile et la loi canonique l'antagonisme et l'hostilité. Sa politique s'est manifestée par des actes remarquables qu'il est utile de connaître.

En 1822, sous le règne de Pie VII, une demoiselle de Lyon fut inquiétée par son confesseur pour de l'argent prêté à intérêt à des négociants de cette ville. Cet ecclésiastique refusait de l'absoudre à moins qu'elle ne restituât les intérêts légaux qu'elle avait perçus. Elle s'adressa en cour de Rome, et demanda si elle était obligée en conscience à cette restitution, si tout au moins elle n'y était obligée que depuis que sa bonne foi avait cessé ; si pour faire cesser la bonne foi il suffisait qu'elle eût entendu dire qu'il n'est pas permis de tirer intérêt de l'argent placé chez les négociants.

Les cardinaux composant la congrégation du saint-office, dont on sait que le but spécial est d'empêcher la propagation des fausses doctrines, décidèrent qu'il fallait répondre à la suppliante qu'il n'y avait pas lieu pour l'instant de s'occuper des questions qu'elle posait en thèse, mais qu'en attendant, elle devait recevoir l'absolution, sans rien restituer, sauf à elle à se soumettre aux ordres qui pourraient émaner plus tard du saint-siège sur cette matière (25).

Au milieu des ménagements dont cette décision est empreinte, une conséquence irrésistible apparaît : c'est que le prêt à intérêt n'est plus une injustice ; c'est que celui qui le pratique au taux légal n'encourt aucune censure ; c'est qu'il peut profiter des revenus qu'il en a retirés, et qu'en conscience rien ne l'oblige à les restituer. Nous sommes bien loin en 1822 de l'aventure du bourgeois de Seez.

En 1830, un suppliant d'un caractère plus grave et plus élevé adressa au pape Pie VIII des doutes sérieux (26). C'était l'évêque de Rennes. Dans son diocèse, tous les ecclésiastiques n'étaient pas d'accord ; des froissements fâcheux divisaient les esprits et portaient le trouble dans les âmes. Plusieurs confesseurs donnaient l'absolution, plusieurs la refusaient ; d'autres, tenant une voie mitoyenne, se contentaient d'exhortations aux pénitents pour ne pas prêter ; mais lorsque ces derniers persistaient sous prétexte du grand nombre d'opinions favorables au prêt à

(23) V. infra notre dissertation à ce sujet, n° 339.

(24) Le cardinal de la Luzerne a publié, sous la restauration, une dissertation dont les conclusions sont favorables au prêt à intérêt.

(25) Em. decreverunt : Oratrici pro nunc dicatur quod responsa ad propositos casus, ipsi, opportuno tempore, dabuntur. Interim vero, licet non peractâ ullâ illarum restitutionum, de quarum obligatione S. Sedem consuluit, a proprio confessorio absolvi sacramentaliter posse, *dummodo vero parata sit stare mandatis.*

Cette décision est rapportée dans la circulaire de Mgr. de Belley sur le prêt à intérêt (1836).

(26) 18 août 1830. Circul. de Mgr de Belley, p. 5. Le texte y est en entier.

intérêt, ils les absolvait, à la condition de promettre que si un jugement du souverain pontife venait à condamner ce contrat, ils se soumettraient avec une filiale obéissance à ce décret. L'évêque de Rennes ajoute qu'il y a des confesseurs qui, lors même que le pénitent ne s'accuse pas d'avoir prêté à intérêt, ne l'absolvent pas moins, encore bien qu'il soit notoire qu'il a recueilli des intérêts légaux. Dans cette diversité de sentiments, si contraire au bien de la religion, l'évêque demande à Pie VIII ce qu'il faut faire ; et le pape lui répond, après avoir consulté le saint-office : "Qu'il ne faut pas inquiéter les confesseurs de la dernière opinion, qu'on doit même engager les confesseurs plus rigides à suivre leur exemple, jusqu'à ce que le saint-siège ait prononcé."

A la même époque, la question fut posée dans des circonstances plus délicates. Jusqu'à présent, les consultants n'avaient pas parlé de l'influence que l'existence de la loi civile doit exercer sur la bonne foi des prêteurs. Mais le vicaire général de Besançon, voyant son diocèse agité par des difficultés suscitées, soit par les confesseurs, soit par les professeurs de théologie, soumit à la pénitencerie romaine le doute suivant : Un confesseur qui, connaissant les anciens canons sur l'usure, autorise le prêt à intérêt à 5 p. 100, même chez ceux qui n'ont d'autre titre que celui qui résulte de la loi civile, doit-il être absous ? Ou bien ne commet-il pas un péché en laissant dans la bonne foi ceux qui, ne se trouvant dans aucun cas de *lucrum cessans*, ou de *damnum emergens*, ou de *periculum sortis*, croient qu'il leur suffit de la permission émanée de la loi civile ?

A cette question, si nettement posée, la sacrée pénitencerie répond qu'un tel confesseur ne doit pas être inquiété pourvu qu'il soit prêt à accepter en temps et lieu les décisions définitives du saint-siège sur la matière (27).

Le même jour, une décision semblable fut donnée au professeur de théologie du séminaire de Saint-Iréné à Lyon. Plusieurs prêtres soutenaient qu'il est permis par la seule force de la loi civile de retirer du prêt un intérêt de 5 p. 100, disant que la loi du prince donne un titre légitime. Le professeur de théologie, en insinuant que sa conviction est opposée à cette doctrine, semble provoquer une désapprobation pour la conduite de ses prêtres. Mais la pénitencerie déclare qu'il ne faut pas les inquiéter, *quousque S. Sedes definitivam sententiam emiserit* (28). Et cette décision est conforme à une précédente, qui fut approuvée par le pape Pie VIII et par le saint-office le 18 août 1830 (29).

Néanmoins, ce professeur de théologie conserva des scrupules opiniâtres ! Pensant qu'il était plus sûr de s'en rapporter aux anciens canons ; convaincu d'ailleurs par la doctrine de presque tous les séminaires, et notamment par celle du séminaire de Saint-Sulpice (c'est lui qui parle) (30), que le tire de la loi civile est insuffisant, il continua à répondre aux âmes confiantes qui le consultaient : Que quiconque n'a pas un titre admis par les théologiens, tel que le *lucrum cessans*, le *damnum emergens* et le *periculum sortis*, est coupable s'il retire un intérêt de son argent, et que la loi civile ne l'excuse pas au tribunal de la conscience. Toutefois, il crut convenable de recourir de nouveau à la sacrée pénitencerie et lui posa cette question : *Utrum*

(27) 16 septembre 1830. Circul. de Mgr. de Belley, p. 7, 8.

(28) *Id.*, p. 8, 9, décis. IV.

(29) *Id.*, décis. VIII, p. 12.

(30) "Attamen, salvo sacræ pœnitentiariæ responso præfato, consultis auctoribus probatis, et attentâ doctrinâ omnium ferè seminariorum Gallicæ, ac præsertim eorum quæ à presbyteris congregationis S. Sulpitii diriguntur, sententia quæ rejicit titulum legis civilis tanquàm insufficientem, videtur longè probabilior, securior, et sola in praxi tenenda, donec S. Sedes definierit." (Circul. de Mgr. de Belley, p. 13).

durius et severius me habeam erga hujuscemodi fideles ? Et que répond le saint tribunal, le 24 septembre 1831 ? "Oui, vous êtes trop dur et trop sévère ; conformez-vous aux précédentes décisions (31)."

Je terminerai le détail de cette jurisprudence canonique par le fait suivant :

Le chapitre de la collégiale de Locarno, diocèse de Côme, territoire suisse, possède la plus grande partie de ses prébendes en capitaux provenant principalement de l'abolition des dîmes opérée par acte de la puissance législative, et c'est par le revenu de ces capitaux que le chapitre fait face à l'entretien des chanoines et aux charges des bénéficiers.

Comme les immeubles sont très chers dans cette localité et qu'ils rapportent tout au plus 2 1/2 p. 100 ; que d'ailleurs il arrive rarement qu'ils soient mis en vente ; comme, d'autre part, les baux à cens ou à rente perpétuelle éprouvent des entraves de la part de la législation locale, qu'ils sont peu sûrs, faute de bureau d'hypothèque, et que les emprunteurs n'aiment pas à grever leurs immeubles de ces cens, le chapitre place ses capitaux à intérêt de 4 ou 5 %, avec des sûretés immobilières et des cautions. Ces intérêts sont presque tout son revenu.

Au mois de mai 1831, le chapitre de Locarno crut devoir consulter le saint-office pour savoir : 1° si de telles circonstances sont un titre suffisant pour prêter à intérêt et si elles équivalent aux titres approuvés par les théologiens ;

2° Il demanda en même temps si toute église quelconque, monastère, établissement religieux, pupilles ou autres personnes se trouvant dans le même cas, peuvent faire fructifier leur argent de la même manière ;

3° Si l'intérêt est justifié par les lois civiles et le commun et tacite consentement des peuples, qui depuis des siècles a substitué le prêt à intérêt aux contrats jadis admis, mais aujourd'hui d'une application plus difficile et plus compliquée.

La réponse du saint-office, en date du 7 septembre 1831, est conforme aux précédentes : *Ad primum, secundum, tertium, non esse inquietandos ; et acquiescant, dummodo parati sint stare mandatis Sanctæ Sedis* (32).

Je sais que l'on discute encore, dans les thèses et les écrits théologiques, pour savoir si ces importantes décisions déclarent que le titre de la loi civile est légitime, ou si seulement elles se bornent à ne pas désapprouver ceux qui le regardent comme légitime, en attendant que le saint-siège ait prononcé (33). Nous ne chercherons pas à pénétrer dans le secret de ces distinctions. Quand même la circonspection du saint-siège se serait arrêtés à la seconde opinion, nous n'applaudirions pas moins à l'intelligence qu'il a montrée des besoins de son temps, en venant au secours de ceux qui contractent sous l'égide de l'autorité civile ; nous ne louerions pas moins cette haute prudence qui s'interpose entre le fanatisme de quelques hommes maladroits, contient leur ardeur insensée, et leur apprend que ceux qui sont durs aujourd'hui ce ne sont pas ceux qui prêtent au taux légal, mais ceux qui défendent de prêter. C'est à cette intervention que nous devons le changement qui, depuis plusieurs années, a modifié l'enseignement théorique des

(31) Circul. de Mgr. de Belley, p. 13, décis. IX.

(32) Circul. de Mgr. de Belley, décis. XII, p. 20.

(33) *Id.*, p. 54, 55.

séminaires (34), et a arrêté le cours de doctrines affligeantes, propagées au grand dommage de l'État et au plus grand dommage de l'Église dans plus d'une école de théologie. C'est elle qui a éclairé les évêques sur leurs devoirs, et qui leur a fait comprendre ce qui doit être accordé à la maturité des temps et à la nouveauté des circonstances. De pieux prélats n'ont pas failli à cette direction. En 1838, l'abbé Pagès, docteur en théologie et professeur de morale à l'Académie de Lyon, publia une *Dissertation sur le prêt à intérêt*, et y renouvela toutes les exagérations des plus fougueux théologiens contre l'usure. A l'entendre, les doctrines de Calvin se sont introduites jusque dans les congrégations de Rome et auprès des évêques de France et de Savoie !!! Cet écrit ayant été propagé dans les diocèses de Lyon et de Belley, l'évêque de ce dernier diocèse crut devoir prémunir son troupeau contre les fausses doctrines qu'il renferme ; il publia une circulaire dans laquelle sont citées textuellement dix-sept décisions des autorités romaines, lesquelles tendent uniformément à rassurer la conscience de ceux qui retirent des intérêts de leur argent placé dans le commerce ou avec le titre de la loi. Elle se termine par ces paroles, empreintes d'un louable esprit de modération :

“Oui, nous avons toujours espéré qu'un jour l'enseignement des écoles s'adoucirait sur cette matière ; que la spéculation deviendrait plus conforme à la pratique des confesseurs pieux et éclairés par l'expérience. Nous avons espéré qu'il arriverait à l'égard du prêt de commerce ce qui est arrivé à l'égard des rentes perpétuelles, qui furent si violemment combattues dans le quinzième et le seizième siècle, et qui, aujourd'hui, ne présentent plus de difficultés (35).”

Cet augure, nous l'acceptons pour notre compte, et nous le croyons bien près de se réaliser. A côté des principes immuables sur lesquels repose l'Église, il y a des règles passagères que sa sagesse a toujours su varier suivant les besoins des peuples, et dans l'application desquelles elle a fait admirer cet esprit large qui ne repousse aucun progrès, et qui doit être souple, parce qu'il est universel.

D'ailleurs, notre Code civil n'est pas une loi athée, comme on l'a dit sans réflexion et avec une malheureuse audace. Je ne cesserai de le répéter : ce Code est spiritualiste, il est chrétien ; il réfléchit dans les rapports civils les grandes bases de la morale évangélique. Et quand le clergé se rapproche de lui, qu'il sache bien qu'il n'a point de souillure à redouter, et que c'est du christianisme qu'il y trouve sous l'enveloppe de la formule légale (36).

(34) La théologie du B. Liguori rejette tout intérêt provenant du prêt, sans les titres de *damnum emergens*, *lucrum cessans*, *periculum sortis* ; mais il ne parle pas du titre fondé par la loi.

La théologie de Billuart combat la légitimité de ce titre.

Ces deux théologies ont cours dans la plupart des séminaires. (Circul. de Mgr. de Belley, p. 71) Mais je sais positivement que l'autre opinion n'y est plus proscrite, et je connais des ecclésiastiques qui ont été admis à la soutenir.

(35) P. 72.

(36) Voyez la préface de mon commentaire de la *Vente*, p. XIV et suiv., et mon mémoire *De l'influence du christianisme sur le droit romain*.

7. Du mandat (1846).

La préface du mandat est exceptionnellement courte, pauvre et sans ambition ; Troplong en prévient d'emblée le lecteur en disant que l'essentiel se trouve dans le corps de son ouvrage. On a donc choisi de publier ici, au lieu de la préface, le début du commentaire de l'article 1984.

COMMENTAIRE

1. La nature a établi entre les hommes une grande inégalité d'intelligence, d'aptitude et de force. Mais la société corrige cette inégalité par un bienfaisant échange de devoirs et de services. Ce que l'on ne peut accomplir par soi-même, on le fait faire par une main officieuse, et la foi d'un ami supplée à notre insuffisance : "*Quibus in rebus ipsi interesse non possumus, dicit Cicéron, in his, operæ nostræ vicaria, fides amicorum componitur* (1)." De là le mandat, si souvent employé pour arriver, par le ministère d'autrui, à un résultat qu'on ne pourrait atteindre par ses propres moyens. Le mandat emprunte le zèle, la capacité, le bon vouloir d'autrui ; il fait tourner ce dévouement au profit des affaires du mandant ; à la place de celui qui ne pouvait ou ne savait agir, il substitue une personne apte qui pourvoit par sa gestion à des intérêts compromis. Telle est la base du mandat. Le même Cicéron a très bien exposé ce point de vue moral dans ces élégantes paroles : *Non enim possumus omnia per nos agere. Idcirco amicitia comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur* (2).

2. Le mobile originaire du mandat est dans l'amitié. Aussi haut qu'on remonte dans le droit, on voit les interprètes de cette science rapporter l'agissement du mandataire à la classe des actes officieux (3). Le contrat de mandat est donc, par sa nature, un contrat de bienfaisance ; nous verrons l'article 1986 le déclarer gratuit, s'il n'y a convention contraire. Cette règle est fertile en conséquences ; elle part d'une distinction profonde entre les services qui se paient, et ceux qui sont inestimables parce qu'ils sont le fruit du dévouement, du zèle, de l'amitié (4). Elle se rattache à cette grande division des actions des hommes, empruntés par la jurisprudence à la philosophie : les unes ayant pour cause l'intérêt, les autres la sympathie (5). Le mandat, dans son élément primordial, dans son état pur, est de la famille des contrats désintéressés, où la sympathie rapproche les parties et préside à leurs rapports (6).

3. D'où vient le mot *mandat* ? Les étymologistes ont cherché la solution de cette question. Les anciens, dont l'habitude était de dédier à une divinité les principales parties de son corps,

(1) *Pro Roscio Amerino*, 38.

(2) *Pro Roscio Amerino*, 38.

(3) Paul, I. 1, § 4, D., *Mandati* (lib. 32, ad edict.) : *Originem ex officio atque amicitia trahit.*
Cicéron, *loc. cit.*

(4) M. Bertrand de Greuille (disc. de cet organe du Tribunal au corps législatif) (Fenet, t. 14, p. 606).

(5) V. mon com. du *Prêt*, n° 8 et 2, et Cicéron, *De amicitia*, 8.

(6) Mon com. du *Prêt*, n° 2.

considéraient la main comme le symbole de la fidélité (7). Quand une personne voulait s'engager à une autre dans ces siècles ignorants et grossiers où l'écriture était si rare, elle lui donnait la main comme gage de sa foi. Cette pantomime religieuse et juridique était surtout pratiquée alors qu'on s'abandonnait pour la gestion d'une affaire à la fidélité d'autrui ; il ne faut donc pas s'étonner si une telle convention a retenu le nom de mandat, ou *manu datum*. La jonction des mains a dû figurer d'une manière plus caractéristique et plus nécessaire que partout ailleurs. Dans d'autres contrats dont la bonne foi est aussi l'âme et le lien, il y a une chose livrée, et c'est par cette chose que l'obligation devient parfaite : tels sont le prêt, le dépôt. Ces contrats ont pris un nom qui se rapporte au fait extérieur de la tradition et qui en signale les conditions et le but. Mais, dans le mandat où la circonstance de tradition n'intervient pas, où l'agissement consiste dans un simple acte de confiance, dans le simple emploi de la bienveillance d'autrui pour la gestion d'une affaire, la main donnée et reçue était la seule manifestation possible de la mission donnée et acceptée ; dès lors, il est naturel qu'elle ait communiqué son nom au contrat auquel elle assurait une sanction et procurait une réalisation extérieure (8). C'est ainsi que les choses se passaient encore du temps de Plaute. Quand, dans la comédie des Captifs, Tyndare a fini d'exposer à Philocrate le message dont il le charge, il lui dit en lui serrant la main :

*"Hæc per dexteram tuam , tu dexterâ retinens manu
Obsecro infidelior mihi ne fias ; quàm ego sum tibi. "*

Et Philocrate lui répond :

*Mandavisti satis !
Satis habes, mandata quæ sunt , facta si refero (9). "*

4. Les jurisconsultes qui se sont livrés à l'étude de l'histoire, Noodt, Heineccius, etc., ont fait remarquer que le mandat n'est entré qu'assez tard parmi les conventions du droit romain engendrant un lien de droit (10). On suivait, dans l'origine, la foi du mandataire ; on n'avait d'autre garantie que son zèle et sa loyauté (11). Mais peu à peu la promesse officieuse du mandataire parut devoir être placée sous l'autorité des lois, et la garantie d'une action en justice se joignit à celle de la conscience.

Cette conjecture est d'autant plus vraisemblable, que les peuples barbares, toujours soupçonneux et défiants, aiment mieux soigner eux-mêmes leurs propres affaires que s'abandonner à des tiers pour les gérer. Chez eux, le père de famille vit dans l'isolement ; il ne se communique pas ; il craint, en se confiant à des mains étrangères, de trouver des maîtres ou des perfides auxiliaires. Il ne comprend pas, d'ailleurs, que lorsqu'il s'agit de se mettre en rapport avec des tiers, sa capacité d'agir, de contracter, puisse se transmettre à un intermédiaire. Ses idées rétrécies et rebelles à toute spiritualité ne conçoivent que la présence réelle de la personne intéressée, se présentant corporellement, prononçant elle-même la promesse, la recevant elle-

(7) C'est pourquoi Virgile dit : *fallere dextras*, c'est-à-dire *fidem*. Térence dit aussi : *per dexteram*, *per fidem* (Andr., act. 1, s. 5).

(8) Isidore, lib. 5, *Orig.*, c. 24.

Noodt, *Probabit. juris civilis*, lib. 4, c. 12.

Doneau, *Com. de jure civil.*, lib. 13, c. 10, n° 13, in fine.

Heineccius, *Antiq. rom.*, III, 27, 19.

(9) *Captiv.*, act. 2, scène 3, v. 82.

(10) Noodt, *loc. cit.*, et Heineccius, *loc. cit.*

(11) Argt. de la loi 14 D., *De precario*.

même de la bouche qui s'oblige. Dans ces civilisations peu avancées, le mandat est donc, sinon inconnu, comme le dit Vico (12), du moins si rare, que le droit n'a pas à s'en préoccuper.

Le vieux droit romain nous a laissé des vestiges curieux de ce matérialisme. Dans son système, la personne d'un citoyen ne pouvait être représentée par aucune autre dans les actes du droit, et, soit qu'il fût question d'acquérir, soit qu'il fût question de former une obligation, soit qu'il y eût lieu à agir en justice, la forme romaine exigeait la présence matérielle de la personne intéressée. Ainsi, point de stipulation (13), ni de mancipation¹⁴ par procureur ; car ce sont des actes solennels dont la force obligatoire repose dans certaines paroles et certains rites pour la prononciation et la célébration desquels un représentant ne saurait être admis. Point d'action de la loi par procureur (15), point d'adition solennelle d'hérédité ou création par procureur (16). La règle est : *Per extraneam personam nihil acquiri posse* (17).

Mais lorsque la jurisprudence se fut ouverte à des idées moins matérielles et à des formes moins gênantes, lorsque le droit naturel eut introduit des notions plus larges d'équité et assigné à la liberté une plus grande place, on comprit que l'obligation de se présenter soi-même était gênante et inutile, et, dans les agissements du droit des gens, on autorisa l'intervention des procureurs. Bientôt la faculté d'agir par mandataires devint de droit commun, et elle ne fut refusée que dans certains actes encore empreints de formalisme du vieux droit (18).

Et toutefois, par respect pour les antiques traditions, le mandataire ne fut pas admis comme représentant, à l'égard des tiers, de la personne qui l'avait constitué. Le mandataire parlait en son propre nom ; c'était lui qui s'engageait personnellement envers ces tiers, et c'était envers lui seul que les tiers étaient liés. Le mandant restait, pour ces derniers, un étranger, dépouillé, en ce qui les concerne, de tout rôle actif et passif (19). Seulement, entre le mandant et son mandataire, il se faisait un règlement de comptes, par suite duquel le premier garantissait le second et le rendait indemne, tandis que le second reportait sur le premier le résultat de l'opération. Disons cependant que le droit romain ne resta pas absolument étranger à l'idée de faire représenter le mandant par le mandataire. On trouve des exemples de ce rôle représentatif dans les *cognitores* (20), dans les instituteurs, ou mandataires commerciaux, et dans d'autres cas, où la jurisprudence crut devoir étendre les principes rationnels du mandat des instituteurs. Nous reviendrons sur ce point dans notre commentaire de l'art. 1997 du C. c. (21). Il nous suffit de faire remarquer ici cette marche lente et progressive du droit romain vers les notions de droit naturel ; notions dont il n'a possédé que le germe, et dont le plein développement caractérise le droit français (22).

(12) Livre 2, p. 209, de la trad. de Madame de Belgiojoso.

(13) Heineccius, *Antiq. rom.*, IV, 10, 2 ; l. 38, § 17, D., *De verb. oblig.* ; argt. de la l. 13, § 10, D., *De acceptil.* ; Ulp.

(14) Caius, IV, com. 82. Inst., *De iis per quos agere possum*. Cujas, XV, Observ. 16.

(15) Ulp., l. 123 D., *De reg.* Heinecc., *Antiq. rom.*, IV, 10, juris. Noodt, ad. t. *De proc.*

(16) Arg. de la loi 90 D., *de acq. hæred.* (Paul.)

(17) Caius, II, com. 95.

Vico, *loc. cit.*

M. Ortolan a très bien exposé ce point de droit, Inst., préface, p. LXI, LXII, et p. 150 et 360, 761 et 871. V. mon com. du *Cautionnement*, n° 56.

(18) Caius, IV, com. 82. Justinien, *De iis per quos agere possumus*. Ulp., l. 1, § 2, D., *De procurat.*

(19) *Infrà*, n° 41 et 511.

(20) Caius, IV, com. 82.

Heineccius, *Antiq. rom.*, IV, 10, 3.

(21) *Infrà*, n° 511.

(22) Voyez sur cette proposition mon *Influence du christianisme sur le droit romain*.

8. De la contrainte par corps (1847).

Cette préface est une longue (presque 200 pages) justification du droit positif, tel que le fixait la loi du 17 avril 1832. On sait que la contrainte par corps, réglée sous l'ancien Droit par une ordonnance de 1667, a été abolie sous la Convention (L. 9 mars 1793) sauf pour les débiteurs de deniers publics (L. 30 mars 1793), rétablie par une loi du 24 ventôse an V (compl. par une loi du 15 germinal an VI), finalement admise pour quelques causes seulement en matière civile (art. 2059 et s. du C. civ. formant le T. XVI du L. III) mais généralement en matière commerciale (dans le quasi-silence du Code de commerce, on trouvait ce principe dans la loi de germinal an VI). Le Code de procédure en réglait le mode d'exécution. Enfin, une loi spéciale du 10 septembre 1807 réglait la contrainte par corps contre les étrangers. L'objet de la loi de 1832 est principalement de régler les difficultés nées de cette législation désordonnée ; au passage, elle l'adoucit un peu. Suspendue en mars 1848 puis restreinte encore par une loi du 13 décembre de la même année, la contrainte par corps ne sera abrogée que par la loi du 22 juillet 1867. Dans ce texte de 1847, Troplong apparaît, encore une fois, comme le chantre du statu quo : l'argument, lui aussi habituel chez Troplong, est que le droit positif, au point d'évolution où il se trouve, constitue un "juste milieu", une transaction "entre le crédit et la liberté, accordant aux craintes de l'un la contrainte personnelle, et aux plaintes de l'autre les adoucissements réclamés par l'humanité" (p. III). Troplong laisse entendre que son cœur penche pour l'abolition (p. IV) mais que les temps ne sont pas mûrs : la révolution de 1830 a "glacé" cette idée généreuse agitée vers la fin de la Restauration dans l'opinion libérale - "rien n'est comparable au spectacle d'une société ébranlée, pour refouler les théories et mettre la prudence des peuples en garde contre les innovations". Encore une fois par conséquent, c'est dans l'histoire qu'on trouvera la justification profonde du droit positif (p. V). Dans la très longue dissertation historique qui suit cet exorde, Troplong va, selon le schéma constamment emprunté à Vico, des "époques barbares" à la "civilisation" du "droit humain" : des Égyptiens et des Grecs (p. VII) aux indulgences de Justinien pour les débiteurs malheureux (p. CXX), en passant par la loi des XII Tables (bien lue par Saumaise, mais de travers par "Bynkershoek et partners"), l'invention prétorienne de la proscriptio bonorum, le concert miséricordieux des Pères de l'Église. Le cycle recommence, des anciennes coutumes germaniques (Troplong a lu les Antiquités du droit allemand de Grimm) à la loi de 1832 ; ce chemin est évidemment fort long et compliqué, et Troplong n'omet rien : l'obnoxio des lois barbares, les Assises de Jérusalem ("la fleur la plus choisie du droit féodal"), les prisons privées des bourgeois de Compiègne et le "droit d'arrêt" sur les débiteurs forains, la générosité (sans succès pratique) des Établissements de Saint-Louis et de l'ordonnance de 1303, l'ordonnance de 1560 sur la contrainte par corps "entre marchands et pour cause de marchandise", les rigueurs (romanisantes) de l'ordonnance de Moulins (1566), le "large progrès" de l'ordonnance de 1667 traçant la grande distinction des matières civile et commerciale (approuvée par Montesquieu) ; enfin (on a parcouru 170 pages), Troplong raconte la suspension de la contrainte par corps à la suite de la guerre de succession d'Espagne puis de l'affaire Law, le triomphe des "esprits spéculatifs... dans les rangs de l'Assemblée constituante, si accessible à toutes les idées généreuses", la philanthropie passagère de la Convention, les agiotages du Directoire, la législation désordonnée du Code civil, du Code de procédure et de la loi de l'an VI, les projets de réforme de la Restauration. Le tout est agrémenté d'ornements littéraires (l'inévitable juif Shylock) et de descriptions pittoresques (le bonnet vert de l'insolvable, le haut de chausses descendu, "donnant du cul sur le pierron", ou entraîné en enfer par le diable dans les peintures allemandes du XVIIIème s., d'après Michelet). On a

choisi de donner l'exorde et la péroraison étonnante de cette préface ; entre les deux, un long passage sur la condition des nexi donne une idée de l'ampleur des lectures de Troplong.

PRÉFACE (1)

La contrainte par corps est la plus extrême rigueur du droit civil, de même que la peine de mort est le dernier degré de la sévérité pénale. Et comme on a douté de la légitimité de la peine de mort infligée au nom de la société, on a pareillement mis en question la légitimité de la contrainte par corps mise au service du droit public. Les lois, qui sont l'*ultima ratio* de la justice, soulèvent toujours des contradictions sur la limite exacte de leur pouvoir.

On a donc beaucoup discuté ces deux questions de la légitimité de la peine de mort et de la légitimité de la contrainte par corps. Elles ont surtout été à l'ordre du jour vers la fin de la Restauration, époque de controverse et de critique, où la ferveur des idées libérales et les loisirs de l'esprit philosophique conçurent tant de réformes utiles, ou rêvèrent tant de nouveautés aujourd'hui suspectes. L'abolition de la peine de mort, l'abolition de la contrainte par corps, fournirent un vaste champ à la polémique des philanthropes, des publicistes, du barreau et des journalistes.

A l'heure qu'il est, on parle peu de ces deux thèses ; elles sont venues s'éteindre dans les années qui ont suivi de près 1830. Les révolutions, qui à leur début font bouillonner les idées, finissent par les glacer. Rien n'est comparable au spectacle d'une société ébranlée, pour refouler les théories et mettre la prudence des peuples en garde contre les innovations.

En 1832, parut une loi sur la contrainte par corps (2) ; loi désirée depuis 1817, préparée depuis 1828, élaborée par les hommes les plus éminents dans les deux Chambres. Cette loi n'a rien changé que quelques détails secondaires à l'état de choses préexistant. Elle s'est bornée à des améliorations partielles, reculant devant la refonte radicale proposée par des esprits plus hardis. La contrainte par corps a échappé à cette épreuve dans laquelle il semblait, quelques temps auparavant, qu'elle devait périr. Je ne blâme pas la loi de 1832 de sa timidité. Nous ne sommes pas dans le siècle des idées absolues ; ce sont les termes moyens qui jouissent de plus de faveur et qui donnent la solution du plus grand nombre de questions. Je sais qu'on dénigre beaucoup le juste milieu appliqué aux matières de gouvernement et de législation, tout comme on raille l'éclectisme philosophique qui est le juste milieu appliqué à la recherche de la sagesse. Je n'ose pas affirmer qu'on a tort absolument. Mais je dirai qu'on a, du moins, le tort d'être plus avancé que notre société. Car, sa tendance bien marquée est d'aspirer en tout à ce *medium*

(1) Ce morceau historique a été lu à l'Académie des sciences morales et politiques.

On consultera avec fruits les ouvrages suivants :

1° *De l'emprisonn. pour dettes*, par M. Bayle-Mouillard ;

2° *Histoire de la contrainte par corps*, par M. Levieil de la Marsonnière ;

3° *De la contrainte par corps*, par MM. Loubens et Bourbon-Leblanc.

(2) V. *infra*, n° 354 et suiv., le commentaire que j'en donne comme appendice du Code civil.

moderatumque consilium (3) dont la vieille sagesse a dit : *In medio virtus* ; ou bien : *Inter utrumque tene*. Si j'avais un reproche à faire à notre époque, ce ne serait pas sa préférence pour une vertu qui, quoi qu'on en dise, n'est pas autre chose que la modération enseignée par Aristote, Cicéron, Horace, etc., etc. ; c'est plutôt de ne pas se tenir toujours assez fermement dans cette ligne intermédiaire, dont il est plus facile de parler avec éloge que de suivre la trace avec discernement.

Quoiqu'il en soit, la suppression de la contrainte par corps était un de ces partis héroïques dont l'énergie convient peu à notre tempérament. Le législateur de 1832 l'a très bien compris ; c'est pourquoi il s'est placé entre le crédit et la liberté, accordant aux craintes de l'un la contrainte personnelle, et aux plaintes de l'autre les adoucissements réclamés par l'humanité. Tel est du reste l'esprit de transaction qui depuis longtemps préside à la confection de nos meilleures lois. Nous l'avons fait ressortir souvent dans la rédaction du Code civil et dans les opinions émises par Napoléon dans les discussions du conseil d'État.

J'aimerais cependant une société qui pourrait se passer de la peine de mort et de la contrainte par corps. Je ne dis pas que la nôtre n'arrivera pas à ce degré de perfection. Je lui souhaite des mœurs assez fortes, un sentiment assez profond du devoir, un respect assez sincère de la religion et de la morale, pour n'avoir pas besoin de ces grands châtiments qui frappent l'âme d'une morne terreur, ou touchent le cœur d'une pitié involontaire pour la victime. J'ajouterai même que s'il fallait décider cette question d'opportunité par les émotions du cœur, nul ne serait plus vivement porté que moi à affranchir le débiteur et le coupable de ce pénible sacrifice de la liberté, et de cet autre sacrifice plus terrible et plus lugubre qui s'offre sur l'échafaud à la justice humaine. Toutefois, en interrogeant ma raison, je suis obligé de reconnaître que ni la peine de mort ni la contrainte par corps n'excèdent le droit de la société (4). Après avoir sondé les profondeurs mystérieuses du pouvoir social, j'y trouve avec évidence ce droit de punir par le sang, ce droit de coaction sur la liberté, qui par ses expiations formidables ou par ses dures contraintes est, dans certains cas exemplaires, un effroi nécessaire pour le méchant, une sauvegarde publique, une garantie du crédit et de la propriété.

Mais nous reviendrons plus tard sur cette idée. Nous examinerons s'il est vrai, comme l'ont soutenu de consciencieux écrivains et d'éloquents orateurs, que la contrainte par corps soit immorale, illégitime, inefficace. Nous voulons avant tout rechercher ses antécédents, étudier son histoire, et montrer par quelles vicissitudes elle est arrivée jusqu'à nous si différente de la contrainte personnelle, telle que les âges barbares l'ont connue et impitoyablement pratiquée. D'autres pourront penser peut-être que c'est là un hors-d'œuvre peu nécessaire pour comprendre tels ou tels textes du Code civil. Je suis bien éloigné de ce sentiment. S'il m'est arrivé quelquefois de parvenir à la saine intelligence de certaines parties de notre droit, c'est toujours l'histoire qui a été ma principale lumière et mon plus utile secours.

Dans la logique du droit barbare, la personne répond corporellement ; et en premier ordre, des engagements contractés. D'un côté, l'insolvabilité est assimilé à un crime (5). Le débiteur qui manque à sa foi en ne payant pas son créancier diffère peu du voleur (6). En méprisant sa parole, il a méprisé les dieux qui en ont été pris à témoin (7) ; son corps est donc engagé par un délit ; il

(3) Tit. Liv., II, 30.

(4) *Infra*, n° 4 et suiv.

(5) *Infra*, n° 8.

(6) *Infra*, n° 8.

(7) Mon comm. du *Prêt*, Préface.

appartient à l'expiation. D'un autre côté, pour se faire payer sur les biens, il faut que le créancier saisisse avant tout la personne. Car le droit de propriété est un accessoire, une dépendance de l'état personnel et civil ; il en suit les conditions ; il ne peut périr par la puissance de la dette qu'autant que l'état civil du créancier a péri lui-même et que sa personne est tombée dans l'esclavage du créancier (8).

La civilisation suit un ordre inverse. La personne est moralement obligée, mais non pas corporellement engagée ; l'engagement se reporte de la personne sur les biens, qui sont en première ligne la garantie réelle du créancier. Celui-ci a action pour les saisir, mais non pas pour saisir la personne. Car la liberté individuelle a encore plus de droits que l'obligation juridique n'impose de devoirs. D'ailleurs, la bonne foi se tient pour déliée quand elle a livré la propriété ; elle ne se croit pas tenue d'y ajouter, en cas d'insuffisance, le sacrifice de la personne, qui, avant tout, appartient à Dieu, à l'État, à la famille, et constitue pour elle-même un patrimoine inaliénable. Il n'y a que dans quelques cas particuliers, et lorsqu'un grave intérêt public l'emporte sur un intérêt de liberté privée, que la loi accorde une mainmise sur la personne, et admet une responsabilité corporelle qui suspend pour un temps la liberté : concession immense et douloureuse, qui, par cela même, sera rarement demandée, et ne sera parcimonieusement accordée par un pouvoir humain que pour des nécessités d'un ordre exceptionnel !!

La barbarie en juge autrement ; elle croit et elle a toujours cru au droit de la propriété de l'homme sur l'homme. De là à l'opinion qui attache à la dette les mêmes effets sur la personne que sur la chose il n'y a qu'un pas, qu'une conséquence à déduire (9). La logique barbare l'a tirée avec son inflexibilité habituelle ; elle l'a conduite jusqu'à la vente et la mise en servitude du débiteur, jusqu'au droit de vie et de mort sur sa personne.

(...)

Ce droit si profondément empreint dans les civilisations sur lesquelles nous venons de jeter un coup d'œil, Rome le connu dans ses premiers temps. Elle le formula avec cette dureté de cœur et ces froides et imperturbables déductions que le génie romain apporta dans l'organisation de l'État, de la cité, de la famille. Servius trouva le menu peuple écrasé sous le poids des dettes, faisant de la liberté son moyen de crédit, et payant par la servitude ce qu'il ne pouvait payer avec la chose stipulée. Il promit, avant d'être roi, d'abolir l'esclavage pour dettes, et de défendre la convention par laquelle le corps d'un homme libre était obligé comme un gage mobilier (10). S'il est vrai que cette promesse fut tenue, ce qui ne paraît pas certain (11), sa loi ne fut pas de longue durée. La suite de l'histoire romaine nous montre l'esclavage pour dettes subjuguant le petit peuple au profit d'une aristocratie avare et cruelle. L'esclavage pour dettes a été pendant de longs siècles la lèpre de Rome. Il est né sur le sol italique (comme ailleurs) par ses racines propres ; il s'y est fortifié par celles qu'il tirait des nations asiatiques et grecques, qui eurent avec Rome un

(8) *Infra*, n° 5.

M. Levieil de la Marsonnière, p. 66.

M. Bonjean, *Des actions*, t. 2, p. 547.

Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, n° 2.

(9) "Cui nec pignora, vel hypothecæ, nec etiam fidejussores in mundo sunt quos dare queat, huic etiam aliquid restat, quod det, ut securum suum creditorem reddat. Quid illud ? Se ipsum dabit. Apud antiquos, et jure et more, hoc etiam factum, ut aliquis se pro credito obligaret." Saumaise, *De modo usurar.*, c. 17, p. 748.

(10) V. son discours rapporté par Denys, IV, 11. Saumaise, p. 807. V. aussi Denys, V, 2.

(11) Saumaise, p. 807.

lien commun d'origine. L'avidité des patriciens le retrempe ; il fit partie de cet art politique, dans lequel ils furent les maîtres si savants, et qui organisa le prêt à intérêt en moyen de domination.

Mais voyons de plus près par quels moyens juridiques le débiteur tombait sous la main de son créancier. Il y en avait deux : le *nexum* et l'*addiction*, la convention et le jugement. C'est au fond le système de la Grèce ; mais les détails en sont différents ; ils méritent d'être étudiés dans leur originalité.

Quand on parle de la convention comme cause d'engagement de la liberté, la première idée qui se présente à l'esprit c'est de se demander comment il était possible que le citoyen romain, réputé, pour ainsi dire, sacré par les lois Porcia et Sempronia, ait eu le pouvoir de porter la main sur son état et de le diminuer par sa volonté (12). Et l'on se rappelle alors les textes des lois et les discours des orateurs qui ont élevé la liberté au-dessus de toutes les conventions de l'homme. "*Conventio privata, disait le jurisconsulte Callistrate, neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest* (13)."

Si cependant il est une vérité de fait incontestable, c'est la vente fréquente que les hommes libres faisaient de leur personne (14). La souveraineté de soi-même était considérée comme un droit naturel, et la rigueur logique qui conduisait ce droit jusqu'au suicide admettait à plus forte raison le pouvoir d'aliéner la liberté et le droit de cité. Cicéron établit en principe que, suivant la coutume des ancêtres, un citoyen romain peut abdiquer volontairement sa liberté et ses privilèges de citoyen (15). Du temps des empereurs, un des jurisconsultes dont les écrits ont servi à la compilation de Tribonien, Marcianus, traite formellement de la manière de se mettre en servitude en se vendant (16) :

"*Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut jure civili, aut gentium : jure civili, si quis se major viginti annis, ad pretium participandum, venire passus est.*"

Et cet usage, malgré tous les axiomes de droit répandus dans les livres, malgré tous les aphorismes sur le prix infini de la liberté et l'inaliénabilité de la personne (17), cet usage subsista (18) jusqu'à l'empereur Léon qui défendit un tel abus de la volonté (19), triste et nécessaire effet de la misère. Quintilien cite l'exemple d'un fils pieux qui s'était vendu à un gladiateur, afin d'avoir de l'argent pour rendre à son père les honneurs de la sépulture (20).

(12) Argument de ce que dit Hotman, *Quæst. illustr.*, 16.

(13) L. 37, D., *De liberali causâ. Junge* Diocl. et Maxim., l. 10, C., *De liberali causâ* ; Et Cicér., *Pro Cœcinâ*, c. 33 : "*Libertas adimi nullo modo potest.*"

(14) Saumaise, p. 859, 861.

(15) *Pro domo suâ*, 29 :

"*Scilicet quum hoc juris à majoribus proditum sit, ut nemo civis romanus aut libertatem aut civitatem possit amittere, NISI IPSE AUCTOR FACTUS SIT... quia jus à majoribus nostris... ita comparatum est, ut civis romanus libertatem nemo possit INVITUS amittere... civitatem vero nemo unquam, ullo populi jussu, amittit INVITUS.*"

(16) L. 5, § 1, D., *De statu homin.*

(17) Ulpien, l. 13, D., *Ad leg. Aquil.* : "*Dominus membrorum suorum nemo videtur.*"

Caius : *Liberum corpus nullam recepit æstimationem.*

L. 7, D., *De his qui effuderunt.*

Paul, *Senten.*, V, 1, 1.

(18) Voyez l. 5, C., *De liber causâ* (Alexandre), et les *Inst.* de Justinien, *De jure personar.*, § 4. Ulpien, l. 1, D., *Quibus ad libertat. proclam. non licet.* Pomp., l. 3, même titre.

L. 7, D., *De liberali causâ.*

(19) *Constit.* 59.

(20) *Déclamat.* 302.

Ces ventes étaient fréquentes. V., dans la Collation des lois mosaïques, un texte d'Ulpien, tiré *De officio proconsulis* ; et Saumaise, p. 862, 864, 865.

C'est qu'avant la régénération chrétienne, ces belles maximes en l'honneur de l'inviolabilité de l'homme libre et du citoyen ne reposaient pas sur des notions d'équité généralement et profondément inculquées. Inspirées à ceux-ci par l'orgueil civique, à ceux-là par la résistance à l'oppression, à d'autres, plus éclairés que la multitude, par des sentiments d'humanité trop peu répandus, elles n'exprimaient chez les anciens que des vérités relatives et non pas ces vérités essentielles, ces grands principes de droit naturel que nous tenons pour immuables et sacrés. Aussi voyons-nous à chaque instant la dignité humaine en céder quelques lambeaux à des intérêts plus puissants. J'admire les jurisconsultes qui, comme Théophile (21) et Godefroy (22), se sont mis l'esprit à la torture pour s'expliquer ces ventes d'hommes libres dont il est si souvent question dans les textes du droit romain (23). Je suis bien plus surpris encore des doutes élevés à ce sujet par des auteurs graves, dont l'Allemagne considère les ouvrages comme classiques (24). Faut-il donc fermer l'histoire des temps républicains, et oublier les misères de la décadence, et le tableau tracé par Salvien de ces hommes libres qui s'exilent de leur propre condition, et vont perdre dans le colonat volontaire leur propriété et leur liberté (25)?

Je sais que les interprètes n'ont admis en général ce droit de se vendre qu'avec certaines restrictions. Ils enseignent que la vente n'était valable qu'à la condition que le vendeur eût simulé l'état servile, et trompé par-là l'acheteur de bonne foi (26). Je dirai plus tard les doutes sérieux qui m'empêchent d'admettre cette interprétation. Mais, alors même qu'elle serait vraie, elle n'ébranlerait en rien le principe que nous attribuons au droit primitif de Rome. Car toutes ces limites apportées à l'abdication de la liberté, et enfreintes à chaque instant par l'usage, datent de l'époque impériale et des perfectionnements introduits par le contact de la philosophie. Je reconnaitrai, si on l'exige, que sous les empereurs, sous Claude par exemple, à qui on attribue un sénatusconsulte relatif aux réclamations de l'état d'homme libre (27), on avait cherché à exciter, à favoriser ces réclamations qui rendaient à la république des citoyens perdus pour elle. Alors la vente de la liberté se montra avec des caractères odieux ; on fut facile pour restituer contre leurs propres engagements ceux que l'infortune avait poussés à un acte désespéré ; on ne ferma le retour à la liberté qu'aux hommes qui à un état honteux de déconfiture avaient joint le mépris de l'état de citoyen. Mais je serais fort surpris s'il en avait été ainsi dans l'âge aristocratique de Rome et à l'époque des grandes calamités occasionnées par l'usure (28). L'esclavage volontaire se montre dans toutes les périodes barbares ; il est universel dans les provinces romaines, en Asie, dans la Grèce, dans les Gaules, où César le rencontra sans l'abolir (29). Nous le trouvons en pleine vigueur dans les premiers temps de l'histoire moderne ; il verse des flots de sang libre dans les rangs serviles. Pourquoi en aurait-il été autrement dans cette Rome avare et insensible, qui ne tenait compte de la liberté que lorsqu'elle était accompagnée de la richesse ? Si l'esclavage volontaire n'eût pas été primitivement enraciné dans

(21) Sur les Instit., *De jure person.*, § 4.

(22) Sur la constit. 59 de l'empereur Léon.

(23) V. les tit. du Digeste et du Code *De liberali causâ, et encore, Quibus ad libert.*

(24) V. le *Traité du droit de gage* de Schilling, traduit par M. Pellat, n° 210, note.

(25) V. la préface de mon comm. du *Louage*, p. III.

(26) Cujas sur les questions de Paul, lib. 12, *Ad leg. 4, Quibus ad libert.* Consultez aussi ses *Recit. sol.*, sur ce titre du Code. *Junge* les commentateurs des Institutes, *loc. cit.*

(27) Cujas, *loc. cit.*

(28) *Junge* Saumaise, *loc. cit.* ; Niebuhr, t. 2, p. 374.

(29) De belle gallico, VI, 13 :

"Plebs penè servorum habetur loco, quæ per se nihil audet et nullo adhibetur consilio. Plerique, cum aut ære alieno, aut magnitudine tributorum, aut injuriâ potentiorum, præmuntur, sese in servitum dicant nobilibus. In his cadem omnia sunt jura quàm dominis in servos."

ses mœurs, il n'aurait pas été besoin de tant d'efforts pour le combattre plus tard par des lois équitables et souvent impuissantes ; nous ne le verrions pas, au déclin de l'empire, se réveiller au sein des misères publiques, plus hideux et plus déplorable que jamais.

Mais, après tout, s'il y a des doutes sur la vente de l'homme libre, y en a-t-il sur son droit de se mettre en gage ? nullement, et Godefroy le reconnaît (30). En effet, Paul (31) enseigne expressément que celui qui s'est donné en gage, avec connaissance de cause, n'est pas recevable à briser cet engagement. Ainsi, sous les empereurs, à l'époque des plus hautes lumières du paganisme, il est de principe et de pratique que l'homme peut se mettre en gage (*pignori se dari passi sunt*) (32). Et, dans cet état, il ne lui est pas permis de réclamer sa liberté (*denegatur ad libertatem proclamatio*) (33). Gardons-nous dès lors de le confondre avec celui qui n'a fait que louer ses services. Ce dernier est libre. Mais l'homme qui s'est donné en gage a diminué sa liberté ; il est semblable à l'esclave ; il est mis sur la même ligne par le jurisconsulte (34).

Certes, on ne fera pas au droit aristocratique de Rome l'honneur de penser qu'il a été plus humain que celui des empereurs. Il faut donc s'attendre à y trouver le gage de la personne, comme nous l'avons vu régner en Grèce avant Solon. De là les *nexi*, dont il est si souvent question dans l'histoire romaine ; de là ces débiteurs réduits par les contrats de prêt et d'engagement corporel au lamentable état décrit par Tite-Live.

Quand un débiteur avait inutilement épuisé ses ressources pour payer son créancier, quand la vente du champ paternel était insuffisante pour acquitter ce qui était dû pour le capital aussi bien que pour les intérêts (plus forts presque toujours que le capital), alors il obligeait son corps, et soldait avec ce gage vivant une dette écrasante. Cette progression de la dette, qui, semblable à un ulcère, rongé d'abord le patrimoine du débiteur, et pénètre ensuite jusqu'à son corps, est décrite par Tite-Live avec une effrayante énergie (35). Dans les premiers siècles de la république, c'est surtout par-là que les patriciens conservèrent leur puissance sur la classe plébéienne. Riches tandis que le plébéien était pauvre ; augmentant leur fortune par la guerre tandis que la guerre ruinait le plébéien, ils faisaient état de prêter à intérêt aux citoyens pressés par le besoin. Mais ils n'exerçaient pas ce métier en usuriers vulgaires ; une profonde politique présidait à leur industrie ; et la noble ambition de gouverner Rome selon leurs vues y tenait autant de place que l'avarice. La dette était le grand moyen de manier les esprits, de tenir le peuple à distance, de concentrer la force dans les mains de cette haute et sévère aristocratie, à qui avaient été confiés les secrets de la religion et de l'État et l'avenir de la patrie. Un instant cependant, les premiers consuls, voulant rendre plus populaire l'expulsion des Tarquins, songèrent, comme Servius, à abolir l'esclavage pour dettes (36). Mais la peur des Tarquins passée, on en revint au vieux droit (37). Les patriciens avaient un trop grand intérêt au *nexum*, à

(30) Sur la constit. 59 de Léon.

(31) L. 23, § 1, D., de *liberali causâ*.

(32) Dans la même loi, il est question de l'usufruit d'un homme libre. Je reviens plus bas là-dessus.

(33) Cujas voudrait qu'on lût : *Non denegatur*, sur le liv. 50. *Pauli ad edict.* ; mais c'est deviner. Voyez *infra*.

(34) Loi précitée.

(35) Il, 23 : "Es alienum fecisse ; id, cumularum usuris, primo se agro paterno avitogae exuisse ; deinde fortunis aliis. Postremo velut tabem, pervenisse ad corpus. Ductum se à creditore, non in servitium, sed in ergastulum et carnificinam esse."

Plus tard le même fait se réalise : *Sorte ipsâ obruebantur inopes, nexumque inibant*. Tit. Liv., VII, 19.

(36) Denys, V, 2.

(37) Tit. Liv., II, 21.

ce contrat qui, après l'absorption du patrimoine du plébéien, mettait dans leurs mains sa personne et sa liberté. Les engagements étaient si nombreux qu'un vaste réseau tenait presque toute la classe plébéienne enlacée, et il était à craindre qu'en pressant les conséquences inévitables des prêts, on n'arrivât à l'expropriation et à la servitude de la moitié du peuple. Mais quand le droit conduit à de pareils résultats, il cesse d'être le droit, et la révolte est le triste correctif de ses prétentions absolues.

Pour savoir si les séditions populaires de Rome eurent une cause sérieuse, il faut se faire une idée exacte des *nexi* et de ces engagements qui exerceront une si grande influence sur la condition des plébéiens et sur les troubles civils de la république (38). Des savants du premier ordre, tels que Saumaise et Niebuhr, ont porté sur ce sujet les lumières de leur vaste érudition. Mais le premier n'était pas assez jurisconsulte (39), et le second avait trop de goût pour les mérites scientifiques. Il faut profiter de leurs recherches ; il ne faut pas s'en rendre esclave.

Et d'abord, le *nexus* était ainsi appelé à cause du contrat solennel qui présidait son engagement. Le *nexum*, dans l'acception primitive, était le nom générique de tous les agissements contractés *per æs et libram* (40). Il ne faut pas croire qu'il soit synonyme de gage. Si, dans la langue du Digeste, il est quelquefois pris en ce dernier sens (41), d'autres fois aussi il est employé comme désignant des obligations fort différentes du gage, et, par exemple, l'obligation de livrer une chose vendue (42). Je le répète : sa signification originaire, c'est toute espèce d'agissement célébré par la balance et la pièce d'airain. Justinien en fait mention en ce sens dans une de ses constitutions (43).

Mais, tandis que la plupart de ces agissements prirent un nom propre, tiré de leur objet et de leur but, le nom de *nexum* resta à l'agissement du débiteur qui se donnait à son créancier avec la cérémonie de la balance et de la pièce de monnaie (44). Les débiteurs ainsi obligés et livrés s'appelaient les *nexi* (45). Nous ne savons pas les paroles sacramentelles qui étaient prononcées pour former ce contrat. Cette lacune est regrettable ; car c'est le formulaire du droit primitif de Rome qui fournit les plus curieuses révélations sur son esprit. Mais, à défaut de ces paroles sacramentelles, nous connaissons, par une définition de Varron, le sens du contrat qui faisait un *nexus*. On appelle *nexus*, dit cet auteur, l'homme libre qui donnait ses travaux, comme un esclave, pour la somme d'argent dont il était redevable, et qui les donnait jusqu'à parfait

(38) V. M. Niebuhr, t. 2, p. 367 et suiv. ; M. Zimmern, *Traité des actions*, § 14 ; M. Bonjean, *Des actions*, § 161.

M. Schilling, *Traité du droit du gage*, § 210 (note) (trad. de M. Pellat), ne peut croire que le *nexum* ait consisté dans un engagement que le débiteur faisait lui-même de sa propre personne par mancipation, et en vertu duquel il aurait passé avec sa famille et ses biens sous le *mancipium* du créancier. Il s'appuie sur ce que rien, dans les sources, n'indique qu'un homme libre ait jamais pu se manciper lui-même et se placer ainsi dans le *mancipium* d'un autre. Il invoque M. de Savigny. A mon avis, ce sentiment est marqué par une absence complète d'intelligence historique.

(39) Il s'en vante souvent.

(40) Festus, v° *Nexum*. Cicér., *Tpoic.*, 5, 28 ; *De oratore*, 3, 40 ; *Pro Cœciliâ*, 35. Varron, VII, 105. V. la loi des 12 Tables.

Cujas, paratitl. sur le t. du C. *De usucapione transf.* : "*Nexus generaliter dicitur quæcumque fit datio, obligatio, vel liberatio per æs et libram.*"

(41) Ulp., l. 1, § 4, D., *Ne vis fiat in possess.*

(42) Ulp., l. 26, § 7, D., *De cond. indebit.*

(43) *De usucap. transf.*

(44) "*Nam etsi unciario fœnore facto levata usura erat, sorte ipsâ obruebantur inopes, NEXUMQUE INIBANT.*" (Tit. Liv., lib. VII, n° 19). Et ailleurs : "*Papirius is fuit, cui quum se Publius, ob æs alienum paternum, in nexum dedisset, etc.*" (Tit. Liv., lib. VIII).

(45) "*Propter domesticam ruinam et grave æs alienum, C. Plotio NEXUM se dare coactum.*" (Val. Max., VI, 9) - "*NEXI victi solutique, se undique in publicum proripiunt.*" (Tit. Liv., lib. II, n° 23°).

paiement : "*Liber qui suas operas in servitute, pro pecuniâ quam debebat, dabat dùm solveret, NEXUS vocatur (ut ab ære oberatus). Hoc C. Pæteliio auctore sublaturum ne fieret, et omnes qui bonam copiam ejurarent, ne essent nexi, dissoluti* (46)."

Le *nexus* conservait donc la qualité d'homme libre. Bien que la mancipation, c'est-à-dire la cérémonie de la balance et de la pièce d'airain, le fit entrer dans le domaine du créancier, il n'y entrait pas en esclave proprement dit ; il restait libre. De même que le fils de famille, quoique placé dans le domaine de son père (*in potestate*), avec des conditions qui ressemblent à la servitude, était cependant une personne libre à l'égard de tous autres ; de même que la *manus* laissait à l'épouse le noble caractère de femme libre, bien qu'à l'égard de son mari elle fût dans une dépendance qui la rapprochait de la chose ; de même le débiteur *nexus*, ce débiteur entré par la mancipation dans le domaine quiritaire du créancier, conservait, en face de la société, sa qualité d'homme libre. Mais, à l'égard de son créancier, il était *in servitute* !! Notons bien ceci. S'il eût été esclave dans la signification propre du mot *servus*, il aurait été, à l'égard de tous, un homme déchu, sans capacité civile, sans liberté. Telle n'était pas sa situation. Les tiers ne pouvaient pas voir en lui un esclave ; il avait toujours le droit de se compter au nombre des hommes libres ; il était capable du service militaire (47) ; ce n'est qu'entre lui et son créancier que sa position tenait de celle de l'esclave. En un mot, il n'était pas esclave dans un sens absolu, il ne l'était que dans un sens relatif ; nuance que la langue latine rendait à merveille en se gardant bien d'appliquer au *nexus* la qualification excessive de *servus*, mais en disant de lui qu'il était *in servitium* ou *in servitute* (48). Cette discrétion et cette subtilité de langage se rencontrent plus d'une fois dans le droit romain (49).

Puisque le but du contrat était de procurer au créancier les avantages de la propriété dominicale sur son débiteur, il s'ensuit que ce dernier lui était livré (50), qu'il entrait dans sa maison (51) ; que là, sous son commandement, sous sa surveillance (52), il travaillait pour lui. C'est, en effet, ce qui avait lieu habituellement. Ses travaux étaient ceux de l'esclave domestique. L'aventure du jeune Publilius, sur laquelle nous reviendrons tout à l'heure, prouve que le *nexus* habitait sous le toit du créancier, et qu'il passait sous son autorité pour éteindre, par les travaux de l'esclave, le capital et les accessoires de la dette. Cette situation, du reste, n'était pas un obstacle au service dans les armées. La guerre ne profitait qu'aux patriciens (53). Ils avaient intérêt à la soutenir en faisant enrôler leurs *nexi*. C'est à quoi faisait allusion la multitude ameutée contre Appius, lorsqu'elle déclarait que Rome n'aurait pas un soldat tant que la liberté ne serait pas rendue aux débiteurs ; car elle voulait bien se battre pour la patrie, mais non pas pour des maîtres (54).

(46) *De lingua latina*, VII, 105.

(47) Tit. Liv., II, 24. Les esclaves n'y étaient pas admis. (Val. Maxime, VII, 6, 1).

(48) Tit. Liv., II, 23 : "*Aliud servum esse, aliud servire.*" Junge Quintil., lib. 5, c. 10.

(49) Par exemple l'*in bonis*, pour exprimer une situation qui n'était pas celle d'un propriétaire plein et absolu. Etre *in libertate*, ce n'était pas être libre. Ceux qui étaient affranchis *inter amicos* n'étaient qu'*in libertate* (Quintil., *Décl.*, 311).

Saumaise, p. 877.

(50) Valer. Maxime, VI, 1, 9 : "*Propter domesticam ruinam et grave æs alienum, C. Plotio nexum SE DARE coactus.*" Festus, V. : "*Deminutus capite appellatur qui liber alteri mancipio DATUS EST.*"

(51) Fremebant (nexi) se foris pro libertate et imperio dimicantes, domi à civibus captos et oppressos esse. (Tit. Liv., II, 23).

(52) *Jus retinendi* (Tit. Liv., II, 24).

(53) Tit. Liv., II, 24 : "*Penès quos præmia essent.*"

(54) Libertatem unicuique prius reddendam esse, quam arma danda ; *ut pro patriâ civibusque, non pro dominis pugnent* (Tit. Liv., II, 28).

Mais cette autorité allait-elle jusqu'à pouvoir vendre le *nexus* comme on aurait vendu un esclave ? Je n'en vois pas d'exemple. Le débiteur n'entrait dans le domaine du créancier que pour y travailler comme un esclave et avec la condition de se racheter. Le droit de vente eût excédé les limites convenues.

Au surplus, il ne faut pas s'étonner de notre observation. L'épouse, que la *manus* avait fait passer dans le domaine quiritaire de son mari, ne pouvait non plus être vendue (55).

Quant au *nexus*, il n'en éprouvait pas moins un *capitis deminutio* (56). Il entrait dans le *mancipium* du créancier avec sa famille et ses biens, ainsi que cela avait lieu dans l'adrogation et la *conventio in manum*. Il fallut une sédition populaire pour arracher l'édit en vertu duquel le consul Servilius défendit aux créanciers, pendant la campagne contre les Volsques, de retenir en gage les enfants et les petits-enfants du débiteur (57). Par le même édit, Servilius garantit que les biens des soldats *nexi* ne seraient ni possédés ni vendus par les créanciers tant que durerait leur service contre les Volsques. M. Niebuhr a très bien fait remarquer que cette extension de l'obligation du père aux enfants en puissance dut être la cause de nombreuses émancipations (58).

Mais ce n'est pas avec le même discernement que cet historien a avancé que le *nexus* ne passait à l'état d'esclave de fait, et n'éprouvait de diminution d'état, que lorsqu'à son obligation venait se joindre une sentence du prêteur qui le livrait à son créancier. M. Niebuhr prend son point de départ dans cette idée que, tant qu'il n'était intervenu entre le créancier et le débiteur qu'un contrat de mancipation, le *nexus* n'entrait pas dans la possession du créancier ; car la mancipation toute seule ne donnait pas la possession (59). Il ne passait dans la possession du créancier que lorsque, la dette n'étant pas payée à l'époque convenue, ce dernier le revendiquait devant le prêteur et s'en faisait adjuger la possession, comme conséquence du droit qui lui avait été antérieurement acquis par la mancipation (60). C'était alors seulement que le *nexus* tombait de l'état d'homme libre ; c'était alors seulement qu'il trouvait dans les mains de son maître les chaînes, les punitions corporelles et toutes les misères de l'esclavage (61). Mais auparavant il était libre, quoique *nexus* ; il restait en possession de lui-même ; aucune contrainte ne pouvait s'appesantir sur lui (62).

Ce système est inadmissible. C'est à peu près comme si M. Niebuhr voulait transporter dans le droit romain cette théorie du droit moderne, d'après laquelle convention du débiteur de se soumettre à la contrainte personnelle ne peut servir de cause à la saisie de sa personne que lorsqu'un jugement a permis de l'appréhender au corps. A Rome, il n'en a jamais été ainsi, et il n'était pas nécessaire d'une sentence du prêteur pour que le débiteur entrât dans la possession effective du créancier. Sans aucun doute, il sera arrivé souvent que le débiteur se sera soustrait à la mainmise du créancier ; alors il aura fallu un jugement pour le lui restituer, et ce jugement aura fait du débiteur un *addictus*, et non plus un *nexus*. Quelquefois aussi probablement le créancier aura usé, à l'égard de son *nexus*, de l'appréhension manuelle, appelée *injectio manûs*

(55) V. mon *Influence du christianisme sur le droit romain*.

(56) Festus, V. *loc. cit.*

(57) Tit. Liv., II, 24 : "Ne quis... *liberos nepotesque ejus moraretur.*" Junge Denys, IV, 29.

(58) T. 2, p. 380, 381.

(59) Caius, II, 204 ; IV, 131 ; *Fragm. vatic.*, 313.

(60) M. Bonjean a très clairement exposé ce système, qu'il adopte, § 161 ; M. Zimmern suit aussi M. Niebuhr, § 45.

(61) M. Niebuhr, p. 378.

(62) *Ib.*, p. 379.

extrajudiciaire (63), pour le placer sous sa puissance et le conduire dans sa maison (64). Mais, en thèse ordinaire, il n'est pas vrai de dire, avec M. Niebuhr (65), que le non-paiement à l'échéance donnait lieu à une décision du prêteur qui convertissait le *nexum en addiction*. D'après la règle générale, le débiteur se livrait lui-même soit au moment du contrat, soit à l'époque convenue ultérieurement ; il se livrait lui-même, disons-nous, parce que le but du créancier était d'avoir un gage dans sa main et non une promesse de gage, parce que la nature du contrat était de procurer au créancier une sûreté corporelle et actuelle, et non pas une espérance sujette à être trompée ; parce qu'enfin les parties voulant au premier ordre que la dette fût payée par le travail servile, ainsi que nous l'apprend Varron, la tradition était la conséquence nécessaire de cette volonté. Aussi, le mot *nexus* est-il proprement le nom du débiteur qui, par suite de la convention, s'est mis dans la possession et sous la main du créancier (66), et ce mot de *nexus* réveille presque toujours l'idée de débiteurs livrés, et vivant dans la possession de leurs créanciers. C'est ce que nous voyons à chaque pas dans les événements de l'histoire romaine qui mettent en scène les *nexi*. Lors des débats suscités par les rogations liciniennes, les tribuns du peuple disaient des patriciens : "Se plaisent-ils donc à voir le peuple écrasé par l'usure et livrant son corps aux chaînes et aux mauvais traitements ?" *An placeret, tænore circumventam plebem potiùs, quàm sorte creditum solvat, corpus in nervum ac supplicia DARE* (67) ? Lorsque Tite-Live et Valère Maxime racontent l'histoire de ce jeune et pieux romain qui s'était engagé à un patricien pour payer les dettes de son père, ils disent : "*Cùm se, ob alienum æs paternum DEDISSET* (68)" ; ou bien : "*Propter domesticam ruinam et grave æs alienum, NEXUM SE DARE admodùm adolescentulus coactus esset* (69)". Et la suite de l'anecdote prouve que, par cette dation de soi-même, il était entré dans la possession de ce maître impudique. Il n'est donc pas vrai de dire que les *nexi* n'étaient liés que par un engagement non encore réalisé. Les *nexi* sont aussi les débiteurs livrés à leurs créanciers, et vivant dans la possession de ces derniers pour y travailler aux travaux des esclaves (70) : débiteurs dont la personne offre ce mélange de la liberté et de l'esclavage que nous signalons il n'y a qu'un instant ; hommes libres de droit, mais esclaves de fait, libres à l'égard de la société, esclaves à l'égard du créancier, tenant le milieu entre le citoyen pleinement libre et le malheureux pleinement esclave.

Quand le *nexus* avait à obéir à un maître humain, il était exempt de chaînes ; il s'occupait à son travail sans liens qui gênassent sa liberté corporelle (71). Tite-Live en donne des

(63) Zimmern, § 44.

(64) Voilà probablement pourquoi nous voyons dans Tite-Live (II, 23) : *Ductum à creditore*.

Cette *injectio manûs* extraordinaire appartenait au maître pour remettre son esclave sous sa puissance (Tit. Liv., III, 44), au père sur son enfant, au patron sur l'affranchi (Quintilien, VII, 7).

(65) P. 374, note 482, et p. 378.

(66) V., par exemple, Tit. Liv., II, 27. Après la campagne, qui avait donné lieu à une suspension des contrats de nexion, on voit les anciens *nexi* rentrer dans la possession de leurs créanciers : "*deinceps et qui antè NEXI fuerant, creditoribus tradebantur et noctebantur alli.*" Ceux qu'il appelle *nexi* étaient ceux dont on avait pris la possession.

(67) Tite-Live, VI, 36.

M. Niebuhr prétend qu'il s'agit ici d'une *addiction*. Je crois que c'est une erreur. Le mot *dare* indique un acte volontaire, un *nexum*. Ce n'est que dans la phrase suivante que les tribuns, voulant englober dans leur peinture toutes les misères du peuple, ajoutent à la mention des débiteurs *nexi* celle des débiteurs *addicti*, et poursuivent en ces termes : "*Et gregatim quotidie de foro addictos duci, et repleri vincitis nobiles domos.*"

(68) Tit. Liv., VIII, 28.

(69) Valer. Maxim., VI, 1, 9.

(70) V. la Préface de mon commentaire du *Prêt*, p. II, note 3. Je cite un passage de Denys qui se combine à merveille avec la définition de Varron.

(71) Saumaise, p. 817 et 840.

exemples (72). Mais combien de fois aussi, dans les tableaux que cet historien éloquent nous a laissés des luttes des patriciens et des plébéiens, les *nexi* n'apparaissent-ils pas livrés à la plus dure oppression dans la maison de leurs créanciers devenus leurs bourreaux, renfermés, chargés de chaînes (73), frappés de coups, tourmentés par d'horribles tortures, comme s'ils eussent été conduits dans des boucheries (74) ! C'était un *nexus* que ce brave centurion qui, échappé à la contrainte de son créancier, montrait au peuple frémissant sur la place publique ses épaules déchirées par les coups de fouet (75). A ce portrait, ne dirait-on pas d'un esclave acheté au marché, avec le droit de correction exemplaire et jusqu'à extinction (76) ? Ainsi, le droit de faire travailler les *nexi* entraînait le droit de les châtier, et les châtiments, si l'on en croit les plaintes des plébéiens, n'avaient pas de limites.

Maintenant, rappelons-nous ce que nous a dit Varron de la condition apposée au *nexus*, savoir, que la servitude finirait lorsque la dette serait payée, "*dùm solveret*". Le domaine quiritaire du créancier n'acquerrait donc le débiteur que sous une condition résolutoire innée. Malgré le principe rappelé par Papinien, que les actes légitimes, tels que les mancipations, ne peuvent être soumis à des délais et des conditions (77), il est certain que, dans une foule de cas, la mancipation était résoluble par suites des conventions qui avaient présidé à sa naissance. Le gage dans les temps primitifs, ne se contractait pas autrement que par la mancipation de la chose, c'est-à-dire par le transport de la propriété au créancier, accompagné d'un contrat de fiducie, d'une promesse par laquelle ce même créancier s'engageait à rendre au débiteur la propriété quand il serait désintéressé (78) ; c'est ce que Boèce appelle *mancipatio fiduciaria* (79). Nous voyons aussi dans Caius le père vendre son fils par une mancipation, avec condition de le lui remancier (80).

Cette circonstance : que l'acquisition du débiteur par le créancier pouvait avoir un terme probable, et que l'espérance d'un retour à la liberté en était inséparable, est vraisemblablement une de celles qui ont fait dire à Varron que le créancier ne faisait pas le débiteur sien par le *nexus* (81). Il a pu être frappé aussi des restrictions qui, sous beaucoup de rapports, affectaient cette acquisition du débiteur *per æs et libram*. Je ne nie pas ces restrictions ; elles sont évidentes. Il faudrait que le *nexus* eût été esclave pour que le créancier ait eu sur lui ce droit absolu qui caractérise le plein domaine quiritaire de l'homme sur la chose. Or, le *nexus* n'était pas réellement esclave, il n'était qu'*in servitute*. Mais ce qui me paraît certain, c'est que Varron fait un jeu de mots ridicule quand il s' imagine que *nexus* vient de la réunion et de la contraction des mots NEC QUOD SUUM (82).

(72) Tit. Liv., lib. II, 23.

(73) II, 24. On voit que quelquefois le *nexus* était tenu *vinculum aut clausum*.

(74) "*Ductum se à creditore non in servitium, sed in ergastulum et carnificinam esse.*" (Tit. Liv., II, 23)

(75) "*Indè ostentare terdum tædum recentibus vestigiis verberum.*" Lib. I, 23.

(76) Saumaise, p. 822.

(77) L. 77, D., *De regulis juris*. Cujas sur cette loi, lib. 28, *Quæst Papin.*

(78) Caius, II, 59 et 60.

Isidore, Orig., V, 25.

Boèce sur les Top. de Cicéron, IV.

Varron, VII, 105, *De lingua latina*.

M. Pellat, *Du droit de gage*, § 209. M. Ortolan, p. 205 et 1117.

(79) *Loc. cit.*

V., sur le contrat de fiducie, Paul, Sent., 11, 13, § 1 et suiv.

(80) I, 140.

(81) *Nam ideo quod... neque suum fuit, indè nexum dictum.* VIII, 105.

(82) *Nec quod suum fit, indè nexum dicium.* *Loc. cit.*

Lorsque le débiteur était libéré par le paiement de la dette, il s'appelait *dissolutus* (83). Comment s'opérait cette dissolution du lien qui le retenait *in servitute* ? Fallait-il une manumission ? Cette manumission ne laissait-elle pas subsister les traces de la servitude du débiteur en lui imposant le titre de *quasi libertus* (84) ? Pour résoudre ces questions, on invoque le fait narré par Tite-Live d'un débiteur chargé de fers et libéré par Manlius, *per æs et libram* (85). Mais la citation est peu concluante. Le principal personnage, mis en scène par l'historien et délivré par l'ambitieux Manlius, est un centurion *addictus*, et non pas un *nexus*. Ce qui est plus décisif, c'est que le *nexus*, étant entré dans le *mancipium* du créancier, n'en pouvait sortir que par une remancipation, c'est-à-dire par l'affranchissement, suite de la fiducie originaire (86).

Maintenant revenons à l'histoire.

La querelle des dettes prenait à Rome les faces les plus diverses. Tantôt c'était pour le taux des usures que les débiteurs s'agitaient ; tantôt c'était le traitement subi par les obérés qui enflammait le peuple de colère. Lorsque la sédition avait obtenu des lois d'abolition et des règlements restrictifs du montant de l'intérêt, elle s'en prenait à la rigueur que le droit de Rome faisait peser sur le débiteur pour obtenir le paiement du capital (87). Tout était rude, en effet, dans le sort des débiteurs, tout était un sujet de misères et de plaintes. Le peuple était accablé : *Totam plebem ære alieno demersam esse* (88). Et quand les esprits conciliants proposaient des mesures équitables en faveur des *nexi*, la hauteur patricienne refusait de les admettre (89). Alors venaient les révoltes ; des concessions étaient arrachées. Mais le mal restait, profond et tenace. Il désolait la classe plébéienne et réduisait le peuple à une liberté nominale.

Un jour cependant, un de ces faits odieux, auxquels la patience la plus résignée ne résiste pas, vint porter au comble et légitimer l'indignation populaire. Publius, tribun militaire, qui avait appartenu à la malheureuse armée des Fourches Caudines, avait laissé un fils (90). Ce jeune homme, nommé Publilius (91), n'ayant pas d'argent pour célébrer les funérailles de son père, en emprunta à intérêt ; il espérait que la libéralité de ses proches lui permettrait de le rendre ; mais, trompé dans son attente, il fut réduit à se faire le *nexus* de L. Papirius, son créancier ; trouvant dans sa piété filiale assez de courage pour supporter patiemment les travaux que son maître lui imposait, et qui n'étaient autres que les travaux des esclaves. Publilius était beau, et son créancier, homme infâme, crut que sa beauté lui appartenait, comme un fruit adventice de sa créance (92). Le jeune *nexus* s'indigne et se révolte ; les tribuns entendent ses plaintes. Ils accusent devant le peuple l'odieux créancier, et le peuple le condamne ; sur la proposition des

(83) Tit. Liv., VIII, 28. Varron.

(84) M. Zimmern, § 45. M. Bonjean, § 161.

(85) VI, 14.

Mon comm. du *Prêt*, Préface, p. XLVI. Saumaise, p. 826.

(86) M. Zimmern, I, § 45.

Junge arg. de la Collat. des lois mosaïq. et rom., t. 2, n° 3 : "*Per hominem liberum noxæ deditum si tantum acquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est à prætore qui noxæ deditum accepit. Sed fiducia judicio non tenetur.*"

(87) Tit. Liv., VII, 19 : "*Etsi unciario fœnore facto, levata usura erat, sorte ipsâ obruebantur inopes, nexumque inibant.*"

(88) Tit. Liv., II, 29.

(89) Témoin le dictateur Valérius : après une victoire sur les Volsques, il demanda au sénat *quid nexis fieri placeret*. Mais, dit Tite-Live, *rejecta relatio fuit*, II, 31.

(90) Voyez Denys d'Halic., dont j'ai cité tout au long le fragment, traduit dans mon comm. du *Prêt* (Préface, p. II)

(91) Tit. Liv., VIII, 28.

(92) "*Florem ætatis ejus, fructum adventitium crediti, ratus.*" (Tit. Liv., VIII, 28).

consuls Pætelius Visolus et Papirius, une loi est portée, qui rend la liberté à tous les *nexi*. C'est la loi Pætelia.

Les historiens latins ne sont pas d'accord sur la date de ce fait. Tite-Live le place en 429 (93), Denys d'Halicarnasse en 462 (94). Varron le rapporte au temps de Sylla (95) ; mais cette dernière version n'a aucune probabilité (96). On ne trouve, du temps de Sylla, aucun consul, ni aucun tribun du peuple qui porte le nom de celui qui, d'après Varron, fut le promoteur de la loi contre le *nexum*. Et puis, le nom de C. Popilius que Varron lui donne, n'est évidemment qu'une erreur de copiste ; car ce nom est entièrement inconnu dans les fastes consulaires et autres. Il faut donc lire C. Pætelius au lieu de C. Popilius ; et dès lors le récit de Varron se rapproche beaucoup de celui de Tite-Live et sert à l'éclaircir. Loin de vouloir, avec Montesquieu (97), que Tite-Live, Denys, Valère-Maxime (98) et Varron aient parlé de deux faits différents, on demeure convaincu (et un passage de la République de Cicéron confirme cette opinion (99)) que c'est le même fait narré avec des variantes, qui n'en altèrent pas le fond (100), et défiguré par quelques erreurs de copistes faciles à rectifier.

Mais quel fut l'objet de la loi Pætelia ? quelle fut sa vraie portée ? Statua-t-elle pour le passé et pour l'avenir, ou pour le passé seulement ?

D'après le récit de Denys d'Halicarnasse, il semblerait que la loi Pætelia se serait bornée à rendre la liberté aux *nexi*, à ceux qui étaient déjà placés dans la même condition que le fils du tribun militaire Publius. Si nous devons en croire Varron, cet élargissement ne fut pas pur et simple ; il ne fut accordé que sous la condition que les *nexi* jureraient qu'ils étaient insolubles (101).

(...)

Reprenons maintenant la suite des faits historiques.

L'ordonnance de 1667 resta la loi fondamentale de la contrainte par corps jusqu'à la révolution. Humaine dans son principe, cette loi avait été appliquée par les magistrats avec des idées d'humanité qui contrastaient de plus en plus avec l'âpreté du moyen âge.

Cependant, une opinion s'était formée dans un certain nombre d'esprits spéculatifs, qui, même avant 1789, conçurent des doutes sur l'utilité de la contrainte par corps. Deux fois, dans le cours du XVIII^e siècle, l'embarras des finances avait forcé à suspendre l'exercice de la contrainte par corps : une première fois en 1715, à la suite de la guerre de succession d'Espagne (102), une

(93) VIII, 28.

(94) *De virt. et vitiis*. V. Mon comm. du Prêt (Préface, p. II).

(95) VII, 105.

(96) Saumaise, p. 884 et 885. Il dit : "*Nam de Syllâ dictatore, nugæ.*"

(97) XII, 21.

(98) VI, 1, 9.

(99) "*Quùm sunt, propter unius libidinem, omnia nexa civium liberata, nectireque postea desitum.*" (*De republicâ*, II, 35).

(100) Saumaise, *loc. cit.* M. Niebuhr suit son opinion, t. 5, p. 211 et 405.

Mon comm. du Prêt (Préface, p. II et III).

(101) "*Ut omnes qui bonam copiam ejurarunt, ne essent nexi, sed soluti.*" la traduction de Varron, par M. Nisard, porte : "Et il fut établi que ceux qui affirmeraient par serment qu'ils sont en état de parvenir à se libérer cesseraient d'être obligés." (p. 539)

Le même sens est reproduit par M. Niebuhr, t. 4, p. 389, t. 5, p. 213. Mais c'est une erreur ; et il faut dire, avec Cujas et le dictionnaire latin de Danetius, que c'était le serment d'insolvabilité qui fut demandé aux *nexi*.

(102) Sous le chancelier Voisin.

seconde fois après les désastres de Law (103). La ruine du crédit public, l'énormité des impôts, la rareté du numéraire et la dépréciation des valeurs en circulation, l'ébranlement des fortunes privées, expliquent suffisamment ce répit temporaire accordé aux malheurs du temps, à l'empire de la force majeure et à la crainte imminente d'une crise générale. Mais enfin la contrainte par corps avait été paralysée de fait pendant un certain laps de temps (104), et cet intervalle servit de prétexte aux esprits dont je parle pour attaquer la contrainte par corps en elle-même. Parce qu'on l'avait arrêtée pendant quelques années d'exception où le crédit privé ne manquait à ses obligations que par le contre-coup de la banqueroute publique, ils auraient voulu qu'on la retranchât pour toujours du Code de nos lois.

Lorsque la révolution éclata, cette opinion vint prendre place dans les rangs de l'Assemblée constituante, si accessible à toutes les idées généreuses ; elle chercha les occasions, sinon de réussir, au moins de se manifester. Car les idées n'étaient pas entièrement arrêtées contre la contrainte par corps au sein de la majorité ; on hésitait à abandonner un principe qui ajoutait à la sûreté des transactions. Les adversaires de la contrainte par corps, désespérant d'arriver sur-le-champ à leurs fins, se contentèrent d'obtenir des réserves éclatantes. L'assemblée avait à s'occuper de la contrainte par corps contre ses membres ; la loi du 17 mars 1791, en les laissant sous l'empire du droit commun, ajouta ces mots remarquables : "*tant que la contrainte par corps aura lieu*". C'était poser dans la loi une grave question, mais ce n'était pas la juger. L'Assemblée constituante recula devant cette hardiesse.

Elle ne montra pas moins de retenue dans une autre occasion qui se présenta l'année suivante. Un déclaration de circonstance du 29 janvier 1715 avait étendu la contrainte par corps au paiement des mois de nourrice. Mais, depuis l'*Émile* de Jean-Jacques Rousseau, les nourrices n'étaient plus en faveur. Une loi du 25 août 1792, inspirée par le livre alors si populaire du philosophe genevois, alla les découvrir entre tant d'autres créanciers, et leur enleva le privilège, assez bizarre du reste, de la contrainte par corps. C'était assurément le cas ou jamais de se prononcer en principe contre ce mode d'exécution, et de ne pas se renfermer dans les limites étroites d'un cas particulier. L'Assemblée constituante ne le fit pas. Voici le préambule de son décret :

"Considérant que chez un peuple libre il ne doit exister de loi qui autorise la contrainte par corps *que lorsque les motifs les plus puissants la réclament* ;

Considérant que la contrainte par corps pour dettes de mois de nourrice n'est déterminée par aucun motif de cette nature ; qu'elle est même contraire à l'intérêt du créancier ; qu'en général on ne peut attendre son paiement que de l'industrie et des travaux du débiteur." Etc., etc.

Ainsi l'Assemblée constituante admet que lorsque les motifs les plus puissants existent, la contrainte par corps peut trouver sa place dans les lois d'un peuple libre. En général cependant, le créancier doit compter sur l'industrie de son débiteur pour être payé, et le droit commun n'est pas et ne saurait être la contrainte par corps ; mais s'il existe des raisons très puissantes, la liberté peut être prise pour gage de paiement. Tel est le sens exact de ce préambule ; il contient un aveu précieux ; il annule les réserves de 1791.

On voit par-là que l'opinion opposée à la contrainte par corps ne restait pas oisive auprès de la Constituante, et qu'elle épiait tous les instants pour arracher à son entraînement une mesure

(103) Sous le ministère de d'Aguesseau.

(104) Jusque vers 1733.

favorable. On voit aussi ce qu'elle gagna : un coup d'état contre ces pauvres nourrices, un petit succès pour les déclamations de Jean-Jacques.

La Convention nationale était d'un tempérament à brusquer davantage les difficultés d'une pareille question. Le 9 mars 1793, cette assemblée, qui remplissait les prisons de victimes politiques, en ouvrit les portes aux détenus civils et abolit la contrainte par corps comme contraire à la saine morale, aux droits de l'homme et aux vrais principes de la liberté (105). Seulement, elle chargea son comité de législation de lui faire promptement un rapport sur les exceptions.

Mais que signifient ces grands mots philanthropiques ? Si la saine morale défend la contrainte par corps, est-ce qu'elle doit être admise même par exception ? Y a-t-il des exceptions à la morale ?

L'illusion ne fut pas longue. Le 30 mars 1793, la contrainte par corps était rétablie contre les comptables de deniers publics ; et, en face des banqueroutes du Directoire, des jeux de l'agiotage et de l'anarchie du commerce, une loi du 24 ventôse an V, rendus d'urgence, décréta le rétablissement de la contrainte par corps :

"Considérant qu'il est urgent, disait le Conseil des anciens, de rendre aux obligations entre citoyens la sûreté et la solidité qui seules peuvent donner au commerce de la république la splendeur et la supériorité qu'il doit avoir (106)."

Quelques mois après, une autre loi mûrement élaborée complétait le principe rétabli par la loi du 24 ventôse : ce fut la loi du 15 germinal an VI. Cette loi a joué un grand rôle ; elle fut pendant longtemps le code de la contrainte par corps. Elle se partageait en trois titres : le premier s'occupait de la contrainte en matière civile, le second de la contrainte par corps en matière commerciale, le troisième de l'exécution des jugements entraînant contrainte par corps.

Le Code civil la démembra en réglant à nouveau la contrainte par corps en matière civile (107). Le Code de procédure civile lui fit subir une seconde mutilation en s'emparant de l'exécution (108).

De ses trois têtes il ne lui en resta qu'une : elle continua à dominer les matières commerciales.

Ainsi, la jurisprudence avait à concilier et à coordonner le Code civil, le Code de procédure, la loi de l'an VII. Elle était embarrassée de ces parties incohérentes et morcelées. Une refonte était indispensable.

A la naissance du gouvernement représentatif, de graves controverses s'élevèrent ; la législation existante fut accusée à la tribune ; des voix éloquents se firent entendre en faveur des prisonniers pour dettes.

M. Hyde de Neuville commença l'attaque. Il fit à la Chambre de 1815 une proposition qui fut adoptée à l'unanimité ; mais elle ne survécut pas à cette assemblée bouillante où les talents

(105) M. le comte Portalis s'étonne de cet hommage rendu à la liberté par la Convention (rapport à la Chambre des pairs, 22 décembre 1831, Monit. du 30).

(106) Propos. de J. Debry ; MM. Lanjuinais, Portalis, Régnier, Dupont (de Nemours) prirent part à la discussion.

(107) *Infra*, n° 610.

(108) *Id.*

furent distingués, mais où manquaient la modération et la sagesse. Depuis, M. Hyde de Neuville ne cessa d'entretenir les Chambres des prisonniers pour dettes ; il plaïda avec talent et courage une cause, disait-il, *très facile à défendre et très difficile à gagner* (109).

En 1817, M. Lainé, ministre de l'intérieur, présenta une loi destinée à modifier les rigueurs de la contrainte par corps sous le rapport de l'insuffisance des aliments et sous le rapport de la trop grande durée de la détention. Après de longues discussions, ce projet alla se perdre dans l'oubli.

En 1819, un autre projet fut soumis aux Chambres par le gouvernement ; adopté par les députés, il fut rejeté par les pairs à cause de sa rigueur.

En 1828, après d'autres projets avortés et bien des vœux évanouis, M. Jacquinet reprit l'idée d'une réforme (110). C'est de là qu'est sortie, après diverses transformations, la loi du 17 avril 1832. Le moment était venu, auprès des hommes éclairés, de s'occuper sérieusement d'une question d'humanité dont la solution était urgente. Les détenus avaient profité du droit de pétition pour porter à la tribune la connaissance de nombreux abus et la preuve de graves souffrances. Tout avait été examiné et discuté dans les libres discussions de la presse, dans des commissions philanthropiques ; le pouvoir législatif était en demeure d'intervenir. C'est ce que comprit à merveille M. le comte Portalis, alors garde des sceaux. La proposition de M. Jacquinet-Pampelune fut écoutée d'un pouvoir sagement libéral ; elle donna lieu à un projet de loi dont fut saisie la Chambre des pairs (111). Mais les évènements qui renversèrent le ministère dont M. Portalis faisait partie, les âpres discussions politiques qui remplirent l'année 1829, enfin la révolution de 1830, entravèrent la marche du projet de loi. Ces grandes préoccupations ne le firent cependant pas oublier. M. Jacquinet-Pampelune le remit en scène sous forme de proposition (112). Repris par le gouvernement en 1831 et présenté le 2 novembre à la Chambre des pairs par M. Barthe, garde des sceaux (113) ; discuté à la Chambre des députés en 1832 (114) ; renvoyé à la Chambre des pairs dans le courant de la même année à cause de divers amendements adoptés par la Chambre des députés (115), il fut enfin sanctionné comme loi le 17 avril 1832.

On ne peut nier que cette loi n'ait introduit de nombreuses et notables améliorations dans le régime de la contrainte par corps et dans le sort des détenus ; elle maintient à la contrainte par corps et dans le sort des détenus ; elle maintient à la contrainte par corps son caractère de mesure d'exception, réservée pour certains cas graves, dans lesquels éclatent le dol ou la haute imprudence. Elle le refuse pour les dettes exigues (116). Des formes lentes protègent le débiteur contre les surprises (117). La durée de l'emprisonnement est toujours limitée (118) ; les exemptions et les garanties sont plus nombreuses que par le passé ; on a plus d'égards pour l'âge et pour le sexe, et les étrangers eux-mêmes participent à la commisération du législateur.

(109) Disc. du 3 mars 1827.

(110) 12 juillet 1828.

(111) 31 mars 1829. Monit., 1829, p. 489. Rapport de M. de Bastard, p. 706. Discuss., p. 739, 740, 744, 754, 761, 777, 785, 795, 803, 822, 823.

(112) 4 octobre 1830. Monit., 1830, p. 1233, 1508.

(113) Monit., 1831, p. 2022, 2039, 2041. Rapport. M. le comte Portalis, p. 2539. Discuss., 1832, p. 2 et 12.

(114) 17 janvier 1832. Monit., 1832, p. 170, 204. Rapport de M. Parant, p. 498.

(115) Moniteur, p. 1031, 1073, 1074.

(116) *Infrà*, n° 280, 363, 416.

(117) *Infrà*, n° 13.

(118) *Infrà*, n° 10, 43.

Le juge peut, dans quelques circonstances, accorder des sursis (119). On fait violence au droit civil en acceptant des paiements partiels (120). Le taux des aliments est augmenté, et par-là la contrainte par corps porte avec elle un remède salubre contre ses abus. Car le créancier ne se hasarderait pas à user de rigueur contre un malheureux insolvable dont il n'aurait rien à espérer (121). Enfin la faillite qui dessaisit le débiteur malgré lui, la cession de biens qui le dessaisit volontairement, restent toujours debout pour faire obstacle à la contrainte par corps et sauver la liberté par le sacrifice des biens. En un mot, la loi de 1832 a beaucoup fait pour ceux qui désiraient un adoucissement dans la législation de la contrainte par corps. Je ne dirai pas qu'elle a mis fin au triste concert de plaintes qui auparavant venait affliger à chaque session le cœur des représentants de la nation (122). Mais elle l'a rendu moins opiniâtre et moins ardent, et elle a fait dégénérer en déclamation beaucoup de clameurs qui auparavant portaient sur des griefs réels. A la vérité, elle aurait été mieux accueillie des philanthropes si elle eût aboli en principe la contrainte par corps. Mais c'est en connaissance de cause, c'est après de sérieuses délibérations qu'elle n'a pas cédé à leurs vœux d'abolition. Il a semblé à la loi de 1832 que la question était jugée par l'état de nos mœurs, par les besoins de notre crédit et par l'inutilité des tentatives faites depuis 1789. Quand même la contrainte par corps n'aurait qu'une vertu d'intimidation, peut-être serait-il imprudent de l'enlever tout-à-fait au commerce, au fisc et au petit nombre de cas civils pour lesquels la loi l'accorde ; car il est utile à une société d'avoir sous sa main ces moyens énergiques qui ont encore plus d'efficacité pour empêcher que pour réprimer. On parle beaucoup du mal que la contrainte par corps fait à la liberté de quelques débiteurs ; on ne parle pas assez du mal public qui ne se fait pas à cause d'elle, et du bien qu'elle procure au crédit en prévenant les fraudes et les imprudences. Ceux qu'elle atteint sont à plaindre malgré leurs fautes ; mais il ne faut pas oublier le grand nombre de ceux qu'elle sauve par un juste et salutaire effroi. D'ailleurs, je ne crois pas qu'il y ait un principe immuable qui commande, au nom du droit naturel et de la raison, de briser nécessairement les chaînes de la dette. Sans doute la pauvreté ne doit pas être punie comme un crime (123), et une large part d'indulgence doit être faite pour les malheurs imprévus, qui viennent frapper l'homme honnête, laborieux et attaché à ses engagements. Celui-là ne doit pas en général le sacrifice de sa liberté, et la loi serait injuste si elle l'exigeait de lui. Mais le non-paiement de la dette, qui est toujours un trouble apporté au crédit, participe, dans certains cas, du caractère du dol, ou du moins de cette haute imprudence que les lois romaines assimilent au dol. "Il n'y a pas une grande différence, disait au parlement anglais M. Barring, président du conseil du commerce (124), entre celui qui a contracté une dette en sachant qu'il ne pourrait pas l'acquitter et celui qui est convaincu d'un léger larcin." A la rigueur la loi aurait le droit de châtier cet homme dissimulé ou téméraire par une peine corporelle. Si elle ne va pas jusque là, si elle préfère la coaction à la punition, c'est de sa part un ménagement dont il faut lui savoir gré, et qu'on a tort de rétorquer contre elle. En soi, son droit ne saurait être contesté ; il découle de ce pouvoir qui, armé pour punir, peut à plus forte raison contraindre. Je reconnais cependant tout ce qui est dû à la liberté humaine. Cette liberté est sainte puisqu'elle nous vient de Dieu. Mais Dieu y a mis des limites, afin de nous apprendre que tout ce qui émane de lui n'est pas lui-même ; et quand nous tentons d'effacer ces limites naturelles, c'est comme si nous voulions retourner par un autre voie à une

(119) *Infrà*, n° 327.

(120) *Infrà*, n° 38, 562, 563.

(121) *Infrà*, n° 30, 31, 586.

(122) Des pétitions ont été présentées aux Chambres en 1845 et 1846.

(123) Bruni, *De cessione bonor.*, quest. 1, n° 4.

(124) M. Bayle-Mouillard cite son discours, p. 69.

nouvelle espèce d'idolâtrie. Gardons-nous de défier encore une fois l'homme, en rendant sa vie et sa liberté aussi sacrées que celles d'un dieu ! L'idolâtrie païenne fut le fruit de l'ignorance ; celle-ci serait le fruit d'un orgueil désordonné, paré de fausses couleurs de la philosophie et de l'humanité.

NOTA. La contrainte par corps existe en Angleterre avec des formes originales qui sont propres à ce pays. Elle a lieu pour toutes dettes ; elle existe, même d'après les statuts du 16 août 1838, d'une manière préventive pour les causes qui doivent être portées devant l'une des cours supérieures de Westminster, pourvu que la somme s'élève au moins à 20 livres. Pour obtenir cette arrestation préventive, le demandeur doit préalablement affirmer devant le juge que le défendeur est sur le point de quitter l'Angleterre à moins qu'il ne soit immédiatement arrêté. L'ordre d'arrestation peut être donné à quelque époque que ce soit avant le jugement final.

On trouve également la contrainte par corps en Espagne, d'après les principes du droit romain (*Covarruvias*, in cap. *Quamvis*, de pactis). Elle fut dans l'origine une servitude qui obligeait le débiteur à travailler jusqu'à ce que son travail eût éteint la dette (Chopin, *De morib. Parisior.*, l. III). Charles-Quint avait même voulu que les insolubles fussent punis comme des voleurs (Grat., *Discap.* 140).

On prétend qu'elle n'existe pas en Portugal (M. Loubens, p. 333, note). Je n'ai pas plus été à même que M. Bayle-Mouillard de vérifier ce fait (p. 78), et j'en doute.

On assure aussi qu'elle n'a jamais été connue en Hollande (M. Loubens, *loc. cit.*). C'est une erreur. Elle a été pratiquée en Hollande dès l'époque la plus ancienne (Sym. Leeuwen, *Censur. forens.*, l. IV, c. 46, n° 12).

On la trouve en Belgique (Gudelin, *De jure novissimo*, lib. IV, c. 16) ;

En Sardaigne (Lois et constit. de Sardaigne, édit de Charles-Emmanuel de 1770) ; Menoch., *De arb. judic.*, cas. 183, n° 14 ; voyez aussi le Code sarde, art. 2009 ;

En Italie (Code des Deux-Siciles, art. 1931) ;

En Suisse (C. du canton de Vaud, art. 1547) ;

En Allemagne (M. Fœlix et M. Bayle-Mouillard, p. 81, 82 ; Code autrichien, art. 275) ;

En Prusse (M. Fœlix et M. Bayle-Mouillard, p. 89), où le débiteur peut être condamné à consacrer ses travaux au créancier (C. prussien, part. I, t. 24, art. 142) ;

Dans les États plus avancés vers le nord, tels le Danemark (125), la Norvège (126), la Suède (127), la Russie (128) : dans ce dernier pays, on peut aussi condamner le débiteur à travailler pour le créancier ;

A Hambourg : M. Decazes a avancé que cette ville commerçante avait donné le premier exemple de l'abrogation de la contrainte par corps, *Monit.*, 1829, p. 742 ; suivant M. Fœlix, au contraire, la loi de Hambourg permet la contrainte par corps pour lettres de change (v. *Gaz. des tribunaux*, 2 novembre 1831) ;

Aux États-Unis, elle existe également, M. Laffite a dit cependant à la Chambre des députés, le 23 mars 1828 : " les États-Unis et l'Angleterre, messieurs, sont au sommet de l'échelle commerciale ; *eh bien ! les*

(125) Angelot, *Sommaire des législat. des États du Nord*, p. 47.

(126) *Id.*, p. 116 et 340.

(127) *Id.*, p. 190.

Zazius, *Catal. leg. antiq.*, t. *De cessione bonor.*, C. suédois.

(128) *Id.*, p. 284.

États-Unis ont aboli l'incarcération pour dettes, et les voix les plus éloquentes s'élèvent de toute part, en Angleterre, pour que ce bel exemple soit imité."

Il n'est pas exact que les États-Unis aient aboli la contrainte par corps. Qu'on prenne les états des détenus dans les prisons d'Amérique, à la Louisiane, par exemple, on y verra figurer les détenus pour dettes (129). Ce qui a été aboli dans quelques États et non dans tous, c'est l'emprisonnement préalable. Mais en toute matière les jugements étaient, encore en 1830, exécutoires par la contrainte par corps, sauf le serment d'insolvabilité (130). On prétend cependant qu'une loi du 26 avril 1831 ne l'a maintenue qu'en cas de fraude et d'imprudence grave (131), ce qui serait à peu près notre système ; car la loi française a réservé la contrainte par corps pour les cas exceptionnels, où apparaissent le dol et la haute imprudence qui est comparable au dol. Quant à l'Angleterre, malgré les voix éloquentes dont parle M. Laffite, malgré quelques réformes secondaires, elle garde la contrainte par corps, dont le régime vaut beaucoup moins que le nôtre. Et d'ailleurs, à part quelques esprits radicaux, le vœu des hommes pratiques n'est pas l'abolition totale de la contrainte par corps, mais l'abolition de la contrainte par corps avant le jugement, et l'abolition de la contrainte par corps après le jugement lorsqu'il n'y a pas réticence, contumace et fraude ou faute lourde équivalent à dol (132).

(129) V. le syst. pénitentiaire, par M. Ch. Lucas, t. I, p. 164.

(130) T. Gordon, *Digest of the laws of the United States*.

(131) Gazette des tribunaux, 1831, p. 1215.

(132) Proposition de sir John Campbell en 1835. (Voyez-en les débats dans M. Bayle-Mouillard, p. 62 et 63).

9. Du contrat de mariage (1850).

La préface au commentaire du contrat de mariage est construite sur deux thèmes, qui occupent une place très inégale.

Les premières pages constituent une défense du mariage contre les idées divorciaires. Les tentatives pour faire rapporter la loi de 1816 ont été nombreuses après 1830 (la religion catholique n'est plus religion d'État) et n'ont échoué que devant la Chambre des pairs ; une nouvelle offensive divorciaire a eu lieu en 1848 (celle d'Adolphe Crémieux) ; les articles 229 et suivants, nécessaires pour l'interprétation des règles laconiques de la séparation de corps, figurent encore au Code "comme une statue momentanément voilée" (on la dévoilera en 1884). Il est curieux que Troplong, au lieu de rappeler les tentatives récentes d'abrogation de la loi de 1816, choisisse plutôt d'attaquer les "sectes novatrices qui font entrer l'abolition du mariage dans leurs plans de régénération sociale". On notera que son principal argument est sociologique : "le peuple" (le vrai, celui des ateliers et des campagnes) ne veut pas du divorce, qui n'est réclamé que "par les esprits blasés... par ces existences oisives, tourmentées et romanesques" (les divorciaires romantiques).

Le second thème, beaucoup plus amplement développé, est un panégyrique du régime de communauté, contre le régime dotal. Ici, Troplong reprend son procédé historiciste habituel et entreprend de démontrer que "la marche de la civilisation" (c'est à dire le progrès de la liberté et de l'égalité) a suivi trois étapes : le système primitif des "temps héroïques ou barbares" est celui où la mari dote (c'est à dire achète) sa femme (ou un système dérivé, déjà plus doux : le douaire) ; puis l'émancipation de la femme produit un système où la femme se dote elle-même ; enfin la femme entre en communauté avec son mari. Ce dernier système est "celui qui réalise le mieux et le plus complètement les idées d'association sur lesquelles les nations civilisées font reposer le mariage" (p. X), "le seul régime analogique à l'essence du mariage" (p. CLIII) : régime de liberté et de confiance, alors que le régime dotal est une régime de contrainte et de défiance (p. CLXVI). Long travelling historique (plus long encore que d'habitude) : les "droits héroïques" font faire un vaste tour d'anthropologie juridique universelle (les Tartares, les nègres d'Afrique, les Indiens d'Amérique, les Indes de Strabon, les Thraces, les Cantabres, les temps homériques, et Sparte comme préfiguration des doctrines de Mably et de la Convention) ; l'étude de la dot est ensuite menée en droit attique puis en droit romain jusqu'à Justinien. Mais l'objet même de sa démonstration pousse Troplong à donner une part prépondérante à l'histoire du régime en communauté, donc à l'Ancien droit. On observera que, sortant ainsi de son domaine d'élection, Troplong a lu là-dessus ce qu'on pouvait lire vers 1850 : Laferrière, Laboulaye, Klimrath, Genouillac, et même Savigny (il semble que Mittermaier, Philipps et Eichorn soient cités de seconde main). Dans la querelle des origines de la communauté, il défend la thèse "française" - la communauté des époux est une variante de communauté taissible (p. CXXIII) contre la thèse "allemande" - la communauté serait sortie du mundium germanique (CXL). Loin d'être la source de la communauté, le mundium - devenu mainbournie - aurait d'ailleurs plutôt déformé en mettant la femme, associée à part égale, sous la puissance de son mari (CXLI). Assez justement, Troplong relève par ailleurs que l'infériorité où se trouve placée la femme mariée procède directement, non de ce régime "établi de lui-même... en prenant son fondement dans un rapport d'égalité", mais de "l'injuste prévention contre le sexe" des "très

savants interprètes du XVIIe siècle” (p. XIV-XV). On publie ici, outre les pages introductives, la partie qui traite de l’Ancien droit et du droit moderne (où l’on remarquera la description des difficultés du régime dotal sous l’empire du Code civil).

PRÉFACE

Nihil conspiciebatur, in domo, dividuum.
(Columelle, XII, préface.)

Je ne sais si, comme on le dit quelquefois, le contrat de mariage est le premier de tous les contrats ; il suffit qu’il soit l’un des plus importants pour mériter à un haut degré notre attention. Il organise le régime intérieur de la plus antique et de la plus nécessaire des associations (1), de celle d’où naît la famille, et d’où naissent ensuite, par un enchaînement providentiel, les sociétés plus étendues dont la famille est la molécule. L’homme n’est pas né pour vivre seul ; la solitude pèse sur son cœur, qui a besoin d’aimer et d’être aimé. Pour sortir de cet isolement, il n’a pas de compagnie plus honnête, plus consolante et plus favorisée des bénédictions divines que le mariage. *Neque aliud probis quàm ex matrimonio solatium*, dit Tacite (2). Le contrat de mariage, qui s’ajoute au mariage pour présider à l’économie domestique et faire fleurir l’association, a donc toute la gravité du mariage lui-même, et c’est à tous les deux indistinctement que s’appliquent les paroles de Platon : “Pour qu’une république soit bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage (3).”

C’est un grand signe des bonnes mœurs d’une cité que le respect du mariage. Il ne suffit pas que les jurisconsultes en donnent de belles définitions ; que le législateur lui assure, dans ses codes, le rang et la dignité qui lui appartiennent ; que la religion le prenne sous son égide et fasse remonter à une source divine cette base des sociétés humaines. Il faut encore que les mœurs ne soient pas en opposition avec ces idées, et que le citoyen pratique, dans la vie du monde, ce que lui enseigne la sagesse de ses grands instituteurs.

L’histoire nous offre deux époques mémorables, depuis les Romains jusqu’à nos jours, où le discrédit du mariage dégrada la société et compromit son existence : la première fut une époque d’extrême civilisation ; la seconde, une époque d’extrême barbarie. Là le monde était païen ; Auguste régnait à Rome, et tous les efforts de la philosophie et de la loi furent trop faibles pour rendre au mariage sa dignité. Ici, le monde était catholique ; les papes régnaient à la place des

(1) *Maritale conjugium sic comparatum est naturâ, ut non solum jucundissima, verùm etiam utilissima vitæ societas iniretur* (Cicér., *Œconomic.*, lib. 1, édit. Panck., t. 36, p. 91).

(2) *Annal.*, IV.

(3) *De legib.*, 4.

empereurs, et le Christianisme, plus puissant que la sagesse païenne, sauva le mariage, la famille, la société.

C'est assurément un des travers les plus curieux de l'esprit humain, que les abus du divorce et les honneurs de l'état célibataire, qui signalèrent la fin de la république romaine, ainsi que le règne des premiers empereurs. Le divorce était une mode et une spéculation, le mariage un essai de passager et une courte fantaisie. Mais ce qui est plus singulier encore que cette légèreté si surprenante chez un peuple qui passe pour si constant, c'est la faveur du célibat, c'est la popularité de la vie libre, à côté et comme conséquence de ce relâchement du lien matrimonial. Il semble que plus le mariage est indissoluble, plus il a des chaînes effrayantes pour les esprits changeants (qui ne sont pas les moins nombreux) ; et qu'au contraire, plus le mariage est facile à rompre, plus il tente les cœurs légers, qui craignent les longs engagements. Eh bien ! c'est un phénomène contraire qui se manifesta à Rome. Autant le mariage y était fragile et précaire, autant il inspira d'éloignement à la foule éprise du célibat : d'où l'on pourrait conclure que le mariage est une de ces choses qui attachent en raison de la contrainte qu'elles imposent. Un satirique romain (4) nous a laissé le tableau à la fois risible et désolant de cette immense aberration des Romains ; prenant à partie la ville de Crotone, c'est-à-dire, une Rome au petit pied, ou, mieux encore, Rome elle-même, stigmatisée sous ce nom emprunté, il nous montre le célibataire adulé par des bandes de quêteurs d'héritages (5), recevant les présents et les caresses des hérédiépètes, vendant son testament pour de vains honneurs et de honteux plaisirs : "Tout ce qui est ici se partage entre les courtisés et les courtisans (*aut captantur, aut captant*).” A Crotone, personne n'élève de famille, "*in hac urbe nemo liberos tollit* ; quiconque a des héritiers naturels se voit exclu des soupers et des spectacles ; tous les avantages de la société lui sont interdits ; il est perdu dans la foule ignominieuse (*inter ignominiosos*). Ceux, au contraire, qui n'ont jamais pris femme, ou qu'aucun proche parent ne lie, parviennent aux plus hautes dignités. Ils ont seuls les talents militaires, ils sont seuls braves, seuls innocents devant la justice.”

Sous l'hyperbole du roman, il y a là la vérité de la vie privée des Romains. Les célèbres lois d'Auguste portées contre le célibat en sont la preuve ; mais elles ne purent rendre au mariage son lustre effacé. Ces lois tiraient leur force de la politique ; il aurait fallu leur donner celle des mœurs, et le paganisme n'était pas assez puissant pour cette régénération.

Au moyen âge, ce ne fut pas le célibat qui fit la guerre au mariage, ce fut la pluralité des mariages et le concubinage. Le célibat, revêtu d'un caractère austère, ne fut qu'une loi difficile, imposée aux ecclésiastiques dans des vues de perfection ; il n'était pas un état hostile dont les institutions de la famille eurent à s'inquiéter. Mais les répudiations, les divorces et le concubinage, répandus dans toutes les classes, et encouragés par les scandales des rois et des grands, furent la plaie de l'époque et la cause du trouble dans les unions, de la perturbation dans l'état civil, et d'une effroyable dissolution dans les mœurs. L'Église lutta ; elle s'arma des décrets des conciles et des foudres de l'excommunication. Elle agit par la persuasion et par la terreur des peines. Le mariage resta victorieux. Il s'éleva à la véritable hauteur où l'a placé le Christianisme. A la faveur de cette restauration, il est resté un sacrement dans l'ordre spirituel, et un lien indissoluble dans la loi. C'est un des plus grands services que l'Église ait rendus à la civilisation moderne.

(4) Pétrone, *Satyr.*, 116.

(5) *Incidimus in turban hæredipetarum*, § 114.

La France en recueille aujourd'hui les fruits, et elle les recueille avec reconnaissance pour les philosophes chrétiens qui, de bonne heure, ont déposé dans son éducation la source de cette bonne doctrine. C'est, en effet, une justice à rendre à la nation française que l'accord des convictions populaires avec les rigoureux préceptes de la religion et de la loi, sur la question du mariage. La nation française croit avec une foi profonde à la sainteté de l'union conjugale, à son utilité sociale, au caractère légalement et nécessairement exceptionnel dont elle est revêtue par rapport aux autres contrats, aux devoirs réciproques attachés à cet engagement de toute la vie. Ce n'est pas là une conviction superstitieuse et crédule : où sont aujourd'hui les superstitions ? où sont les idoles qu'adorent par faiblesse les consciences subjuguées ? C'est la raison, l'honnêteté, la pudeur, qui parlent en faveur du mariage ; la France n'a jamais été sourde à leur voix.

Elle l'a bien montré dans ces derniers temps, lorsque certaines sectes novatrices, qui font entrer l'abolition, ou, si l'on veut, la transformation du mariage dans leurs plans de régénération, ont osé toucher ce point délicat. Si elles ont réussi quelquefois à faire vibrer la fibre populaire en s'adressant à certains appétits, en prophétisant certaines jouissances matérielles, elles n'ont inspiré que la répugnance ou l'aversion quand elles ont englobé le mariage dans les conceptions de leur cité nouvelle. Le bon sens public s'est tenu en garde, les bonnes mœurs se sont révoltées, le ridicule et le mépris ont fait le reste. On avait cru en finir cependant avec la France du XIX^e siècle, de même que les barbares, venus du Nord, avec l'empire romain ; et, comme si les destinées de la société fussent accomplies, on avait promulgué un droit nouveau, la famille reconstituée, la femme émancipée, le mariage affranchi, la propriété abolie, ou (ce qui est plus joli) perfectionnée. Il n'y manquait qu'un point : c'était de changer l'homme moral et physique ; je crois qu'on en a dit quelque chose. Mais on ne détruit pas une société fondée sur le droit, et un droit fondé sur la raison, comme on culbute un vieil empire dégénéré qui, se sentant mourir de consommation, laisse ses terres sans culture, ses cités sans commerce, ses peuples sans lendemain. Pour ce qui concerne le mariage, la susceptibilité nationale a été si forte, qu'elle n'a même pas voulu entendre parler du divorce, qu'on lui proposait comme transaction ; et le peuple (j'entends surtout le peuple des ateliers et le peuple des campagnes) n'a pas été moins ardent que les sages à repousser ce fatal présent. Le divorce lui enlèverait la paix de la famille, la société des joies et des peines, ces pures affections du foyer domestique qui font sa principale consolation. Ce n'est pas à lui que s'adresse le divorce ; il n'y a guère d'exemples qu'il en ait usé. Le divorce est plutôt recherché par les esprits blasés ou inquiets, par ces existences oisives, tourmentées et romanesques, qui font tourner contre leur propre bonheur la culture de leur intelligence, et se rendent malades par où d'autres ont coutume de se guérir.

Le contrat de mariage, en s'ajoutant au mariage, en suit le caractère : il est libéral quand le mariage est fondé sur des principes libéraux ; il est empreint de dureté et d'égoïsme quand le mariage exclut la réciprocité et l'égalité dans les rapports des deux époux. En un mot, suivant que la femme est plus ou moins dépendante de l'autorité maritale, il est plus ou moins favorable à ses intérêts. Dans les sociétés où la femme est placée sous l'autorité du mari, le contrat de mariage veille moins pour elle que pour le mari ; mais, par contre, il lui prodigue les garanties quand sa position est celle d'une compagne qui puise, dans des rapports voisins de l'égalité, des droits à faire valoir et à conserver. Trois grands systèmes se sont produits dans la jurisprudence, sous l'influence de cette distinction. Le premier est celui où le mari dote la femme ; c'est le système primitif, et il se manifeste sous deux aspects. Dans les temps héroïques ou barbares, cette dot du mari n'est que le prix qu'il paye pour acheter sa femme : l'achat de la femme est un

trait caractéristique dans tous les siècles héroïques (6). Lorsque ensuite une civilisation plus avancée a donné à la femme une dignité personnelle incompatible avec un achat, le prix devient un douaire : le douaire n'est qu'un dérivé de l'achat ; c'est un achat revêtu d'un nom plus honorable, d'un caractère plus doux.

Le second système est celui où la femme se dote elle-même ; ce système a l'avantage sur le précédent : il procède d'un état d'émancipation de la femme. La femme, contribuant par son apport à soutenir les charges du mariage, a le droit que donne une mise de fonds, et la loi ou la convention prennent des sûretés contre le mari pour que l'épouse ne la perde pas.

Le troisième système fait un pas de plus : non-seulement la femme se dote elle-même, mais elle entre en communauté avec son mari ; elle contribue à former avec lui un capital social qui devient commun, et tous les bénéfices de cette communauté se partagent comme les pertes.

Ce dernier système est le système français ; il est né sur la terre de France ; il s'y est développé dans la plus grande étendue. Il est celui qui réalise le mieux et le plus complètement les idées d'association sur lesquelles les nations civilisées font reposer le mariage. Tous les livres de droit et de morale ne cessent de parler de l'intime union du mari et de la femme : *consortium omnis vitæ* ; mais aucune législation avant la législation coutumière française n'avait fait passer, dans le régime des biens respectifs des époux, la communauté qui règne entre leurs personnes. Prenez, par exemple, un économiste latin, Columelle ; il porte aux nues un ménage où tout est confondu, où aucun des époux ne peut dire qu'une chose lui appartienne sans qu'elle n'appartienne à l'autre :

"Erat summa reverentia cum concordia et diligentia mixta ; flagrabatque mulier pulcherrima diligentia æmulatione, studens negotia viri curâ suâ majora atque meliora reddere. *Nihil conspiciebatur, in domo, dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret ; sed in commune conspirabatur ab utroque, ut cum forensibus negotiis, matrimonialis sedulitas industria rationem parem faceret* (7)." Quel plus bel éloge de la communauté ? quel tableau plus vrai d'un ménage uni et bien ordonné ? Ce n'est pourtant pas ainsi que les choses se passaient à Rome, et cette peinture est un idéal qui n'a eu sa réalisation que depuis l'établissement du régime de la communauté. Était-ce, en effet, sous les auspices du régime dotal que Columelle avait vu cette heureuse confusion des intérêts de la femme et des intérêts du mari ? Non : car le régime dotal est, comme nous le verrons plus tard, un régime de séparation, et quand la femme travaille, ce n'est pas pour elle, c'est pour son mari. Ou bien, est-ce le régime de la *manus*, ce régime des temps anciens et regrettés, auquel Columelle fait allusion, qui lui avait offert le spectacle de ces mariages fortunés ? Mais la *manus*, qui mettait la femme dans la puissance souveraine de son mari avec tous ses biens, n'arrivait à l'indivision de la fortune des époux, qu'en donnant tout à l'un, et rien à l'autre. Ce n'était pas l'unité produite par l'association : c'était une identité tyrannique achetée par le sacrifice d'un intérêt au profit de l'autre. J'avoue cependant que l'affection conjugale, meilleure conseillère que la loi, avait connu quelquefois et deviné les avantages de la communauté, et en avait fait des essais accidentels : témoin cette charmante poésie de Martial :

"Heureuse par votre grand âme, heureuse par votre époux, Nigrina, la gloire des femmes du Latium ! vous rendez les biens de votre héritage paternel *communs à vous et à votre mari* ; vous

(6) M. Kœnigswarter a parfaitement développé ce point d'histoire (*Revue de législation*, 1849, p. 145). Nous allons y revenir.

(7) Préface du livre XII, *De re rustica*, dans lequel il trace les devoirs de la *Villica*.

aimez à l'associer à votre fortune et à la partager avec lui. Qu'Evadné se jette et se brûle sur le bûcher de son époux ; qu'un égal dévouement porte jusqu'aux astres la renommée d'Alceste : votre gloire, à vous, brille davantage. En donnant, pendant votre vie, une preuve de votre générosité, vous avez mérité de n'avoir pas à donner, par votre mort, une preuve de votre amour (8)."

Encore une fois, ce n'est pas là le tableau exact des pratiques romaines : ce sont de ces unions qui se distinguent des autres, autant par leur rareté, que par leur caractère de supériorité.

Mais quand on pénètre dans les mariages régis par la communauté française, c'est là que dans la maison, comme dit Columelle, on n'aperçoit rien qui ne soit commun ; c'est là que le mari et la femme vivent dans une véritable indivision ; c'est là que chacun époux, en travaillant pour soi travaille pour son conjoint. Du reste, le moment n'est pas encore venu de comparer le régime de la communauté avec le régime dotal. Ce parallèle viendra plus tard. Contentons-nous de prendre acte de cet hommage rendu au système de la communauté par des écrivains qui cherchent le meilleur arrangement de la société domestique, et qui en trouvent le chef-d'œuvre dans l'association de l'industrie des époux, dans la communication réciproque des mêmes droits, dans la participation aux mêmes biens : toutes choses qui n'ont jamais eu qu'une vérité accidentelle ou métaphorique dans les anciennes sociétés, et qui n'existent d'une manière sérieuse et légale que dans notre régime de la communauté.

Chose digne de remarque! ce régime, qui s'est établi de lui-même, dans l'obscurité et l'ignorance du moyen âge, en prenant son fondement dans un rapport d'égalité entre le mari et la femme, a été beaucoup plus sage et plus profond dans ses instincts, que ne le furent les très-savants interprètes du 16^e siècle qui ont entrepris de l'expliquer. Beaucoup d'entre eux, en effet, s'effrayent du rôle que la femme est appelée à y jouer ; et, pleins d'une injuste prévention pour son sexe, ils regrettent naïvement les temps racontés par Jules César, où les Gaulois tenaient leurs épouses sous leur dépendance. Écoutons, par exemple, cette tirade de d'Argentré, savant homme, vif et sagace jurisconsulte, mais espèce de Caton de Bretagne, qui veut traiter une femme chrétienne, comme on traitait la femme païenne dans les temps barbares de l'antiquité romaine ou druidique :

"Sunt enim in hoc animante effrenes motus, effarata iracundia, impetus concitati, magna consilii inopia, et imbecillitas iudicii, superbia indomita. Sexus ipse ad commercia et frequentandos hominum cœtus inhabilis, et multis insidiis obnoxius, quod Imperator, dictâ l. *Meritus, C., de procurat.*, advertit... Melior gentium sensus, et transmissa antiquissimi moris exempla ab vetustissimis Gallis, qui uxores fortunâ earum in potestate habuisse, à Cæsare traduntur (9)."

(8) O felix animo, felix, Nigrina, marito,
Atque inter Latias gloria prima nurus!
Te patrios miscere juvat cum conjuge census,
Gaudentem socio participique viro.
Arserit Evadne flammis injecta mariti,
Nec minor Alcestem fama sub astra ferat :
Tu meliùs ; certo meruisti pignore vitæ,
Ut tibi non esset morte probandus amor.
(*Epigramm.*, lib. 4, ep. 75.)

(9) Sur Bretagne, *Des mariages*, art. 410, glose 2, n° 2.

"Il y a dans cet animal des mouvements effrénés, une colère aveugle, une impétuosité qui bouillonne, une grande pauvreté de bon sens, une extrême faiblesse de jugement, un orgueil indomptable. Ce sexe, inhabile à fréquenter les réunions d'hommes, et à se mêler, en général, au commerce de la société, est exposé à toute sorte d'embûches, ainsi que le fait d'observer la loi romaine. Combien est préférable le système des peuples tels que les Gaulois, qui, d'après César, tenaient en puissance leurs femmes et leurs fortunes (10) !"

Cette sortie n'est pas hors de propos de la part du commentateur de la coutume de Bretagne, de cette coutume qui disait dans sa plus ancienne rédaction : "Toutes malices peuvent être plutôt ès femmes qu'ès hommes (11)."

Coquille, aussi, parle souvent de l'avarice des femmes (12), et ne leur ménage pas les jugements malveillants et iniques (13). En cela, ce judicieux auteur, comme on est convenu de l'appeler, manque totalement de jugement.

Mais c'était la mode, au 16^e siècle, parmi les jurisconsultes, de médire des femmes, et cette mode était un fruit des études classiques, un souvenir de la civilisation antique, où les sages affectaient de tenir assez peu de compte du sexe, et où les lois s'efforçaient sans cesse de restreindre sa liberté et sa capacité. Lisez, en effet, les auteurs latins dans lesquels nous faisons notre éducation, et qui nous apprennent, du reste, tant de choses excellentes ; vous verrez, je l'avoue, çà et là l'éloge de quelques femmes célèbres : de Cornélie, mère des Gracques ; d'Aurélia, mère de César ; d'Atia, mère d'Auguste, femmes d'élite qui présidèrent à l'éducation de leurs fils, et en firent des hommes supérieurs (14). Mais, en général, ils se plaignent des femmes de leur temps, de ces mères qui, même avant de mettre leur fils au monde, semblent inoculer, dans le sein maternel, les vices propres à la ville de Rome, l'amour des frivolités, le goût des spectacles, la passion pour les histrions (*histrionalis favor*) (15) ; de ces épouses aux mœurs déréglées, qui ruinent leurs maris, absorbent pour leur toilette des revenus entiers, et méprisent les traditions vertueuses des mères Sabines et Romaines (16). Voilà à quelles sources nos jurisconsultes du 16^e siècle allaient s'inspirer, se formant ainsi un type de convention. Mais à quoi bon tous ces portraits satyriques ? On sait bien que les femmes ont leurs défauts : n'ont-elles pas aussi des qualités excellentes qu'une bonne ordonnance domestique fait tourner à l'avantage commun ? Quand même on pourrait leur reprocher à toutes l'entêtement que Montaigne donne, comme apanage, aux femmes de Gascogne (17) ; quand elles auraient, au lieu de la douceur qui leur est naturelle, l'emportement dont d'Argentré les gratifie, n'est-il pas vrai qu'elles ont certainement en partage la diligence de la mère de famille, la tendre sollicitude qui veille sur les enfants (18), l'économie (19), le dévouement, l'affection, vertus essentielles qui mettent, dans le mariage, l'utilité, la justice, l'honneur et la constance (20) ? Cicéron, plus juste que beaucoup de ses compatriotes, a remarqué que, si l'homme est plus propre aux travaux

(10) *De bello gallico*, 6, 19. Les maris avaient droit de vie et de mort sur leurs femmes.

(11) Art. 80.

(12) *Infrà*, n° 1531 et 1561.

(13) *Infrà*, n° 2122.

(14) Tacite, *De claris orat.*, 28.

(15) *Id.*

(16) Columelle, XII, *préface*.

(17) Liv. 2, chap. 32.

(18) *Mater, cujus præcipua laus erit tueri domum et inservire liberis.*

(19) *Infrà*, n° 1566.

(20) Montaigne, 3, 5.

extérieurs, la femme convient davantage aux travaux intérieurs et aux soins domestiques (21). L'un amasse, l'autre conserve ; l'un supporte les fatigues des armées, de l'agriculture, du commerce, de l'étude ; l'autre, ceux de la maternité et du gouvernement de la maison. La femme est timide, voilà pourquoi elle est vigilante : car la timidité contribue à entretenir la vigilance : *Metus plurimum confert ad diligentiam custodiendam* (22). Les époux ont besoin l'un de l'autre : *Alterum alterius indigere natura voluit*. L'avantage qui manque à l'un, c'est l'autre qui le possède, et réciproquement : *Quod alteri deest, præsto plerumque est alteri*.

Voilà de quelle morale nos légistes du 16^e siècle auraient dû s'inspirer pour expliquer le système de la communauté, ce progrès de la civilisation chrétienne. Ce fut un tort de leur part d'avoir cédé à d'autres dispositions d'esprit. Mais ce qu'il y a de certain, c'est que la jurisprudence coutumière, dominée par la puissance des mœurs, porta des jugements tout différents sur les rapports conjugaux ; qu'elle mit toute la mesure convenable dans le mouvement de la société domestique ; qu'elle fit régner un juste équilibre dans tous les points où les deux intérêts sont en présence. Les habitudes sociales, par leur libéralité naïve, se sont garanties de la rudesse des jurisconsultes contemporains, qui se hérissent par érudition, qui se font grondeurs par prétention philosophique. La suite de ce commentaire fera toucher au doigt cette vérité. On y verra avec quel art ingénieux tout a été ménagé dans la pratique du régime de la communauté : le droit prépondérant du mari, émanation du droit germanique ; le droit de la femme, création du droit coutumier ; même le droit des tiers, intérêt presque inconnu dans le système dotal, et mis en lumière par la bonne foi qui préside à la communauté ; comment, en un mot, par le moyen des reprises, de l'indemnité des dettes, de la renonciation, de la séparation judiciaire des biens, de l'hypothèque légale, la femme fait contrepoids à l'autorité du mari, et est égale, tout en étant soumise.

Mais ne devançons pas le moment où tout ceci se développera, et abordons les faits historiques qui vont éclairer les trois combinaisons dont nous venons d'esquisser les principaux traits.

(...)

Les Gaules étaient régies par le Code Théodosien, lorsque les Barbares vinrent, au 5^e siècle, les arracher à l'empire d'Occident. Les Wisigoths occupèrent la partie méridionale, les Burgondes la partie centrale, les Francs le nord et l'est (23). Le *Breviarium Alarici*, rédigé en 506 pour les provinces wisigothes, simplifia la législation théodosienne ; à la faveur d'une forme plus abrégée, il devint le code des populations vivant dans toute l'étendue des Gaules sous la loi romaine. C'est dire assez que le régime dotal des Gallo-Romains ne fut pendant longtemps, même après l'invasion, que le système antérieur à Justinien, et que la donation *propter nuptias* conserva le caractère que nous lui avons trouvé avant ce prince. Cependant la connaissance des lois de Justinien pénétra d'assez bonne heure dans les Gaules ; le clergé y aperçut des principes favorables et une meilleure disposition des matières ; il les consulta, il y puisa des citations, des autorités, des pratiques qui s'allièrent peu à peu avec le *Breviarium*. Les vieilles formules d'Auvergne (24), de la fin du 6^e siècle environ, prouvent que le code de Justinien n'était pas

(21) *Œconomic.*, loc. cit.

Columelle a cité ce fragment dans son livre *De re rusticâ*, XII, préface.

(22) *Loc. cit.*

(23) MM. Mignet, *Mémoire de l'Acad. des Sciences morales et politiques*, concernant l'ancienne Germanie, et Savigny, chap. 1, § 4.

(24) M. de Savigny, t. 2, p. 108.

inconnu dans cette province, gouvernée cependant par la législation théodosienne ; et, au 9^e siècle, on voit Louis-le-Débonnaire fonder, sur le Code de Justinien, plutôt que sur le *Breviarium*, des ordres qu'il envoie à la Septimanie (25). Dans les conciles, Justinien est sans cesse invoqué, quand on a besoin de ses recueils (26). C'est ce qui explique comment le droit romain, suivi dans les Gaules, se plia insensiblement à l'autorité des lois de Justinien, qui enfin devinrent la loi préférée, la loi vivante. Le *Petri exceptiones*, composé dans la province de Valence, vers le milieu du 11^e siècle (27), est autant accommodé au Code Justinien qu'au *Breviarium*.

Comme la population gallo-romaine était beaucoup plus nombreuse dans le Midi et le royaume de Bourgogne que dans les autres parties des Gaules occupées par les Germains, le droit romain y resta la loi dominante. C'est là qu'avait brillé les derniers reflets de la civilisation romaine, que les lettres et les arts de Rome avaient compté leurs derniers disciples, que les vieilles mœurs avaient conservé les racines les plus profondes. Quand la barbarie eut éteint les lumières de l'esprit et tous les biens précieux de la culture intellectuelle et morale, qui sont comme le luxe de la vie humaine, le droit, ce nécessaire de toutes les sociétés, cet élément qui résiste aux révolutions, avec une si patiente énergie, le droit survécut au naufrage de la civilisation antique dans la partie des Gaules dont nous parlons ; il subsista pour la représenter dans ce qu'elle avait eu de plus intime, de plus général, de plus populaire. Ce furent ces contrées qui furent appelées pays de droit écrit : *regiones in quibus secundum legem romanam judicantur judicia* (28).

Là régna donc le régime dotal, et non-seulement le régime dotal de la loi *Julia*, mais le régime dotal fortifié par tous les privilèges de Justinien et par toutes les barrières qui mettent le bien de la femme en dehors du mouvement du commerce (29). La dot était inaliénable ; il fallait qu'elle fût conservée religieusement pour être rendue à l'épouse, à ses enfants, à ses héritiers. On s'attacha, comme à une nécessité de premier ordre, à cette règle du droit dotal : *Reipublicæ interest dotes mulierum salvas esse*. On y vit une sauvegarde inviolable et sacrée des intérêts de la famille, un des privilèges de ces biens dotaux, qui faisaient des pays de droit écrit une terre de conservation.

Quant aux donations anténuptiales, dont l'usage était tellement répandu, que le *Petri exceptiones* du 11^e siècle semble les considérer comme aussi nécessaires que la dot dans le mariage des comtes, des ducs et des rois (30), nous les voyons figurer dans les diplômes, sous la forme de présents faits pour honorer la future et lui témoigner de l'affection et du respect, bien plus qu'avec le caractère de contre-dot, que ces donations avaient revêtu dans la législation de Justinien. Elles sont, en un mot, telles que les ont faites la science des Prudents et les constitutions des empereurs d'Occident, telles qu'elles étaient du temps de Sidonius

(25) *Id.*, p. 91.

Vaissette, t. 1 : preuves p. 49 et 67 ; actes de 816 et 835.

(26) *Id.*, chap. 15, p. 225 et 226.

(27) P. 118.

(28) *Edict. Pictanzæ*, § 20 ; Baluze, t. 2 ; *Petri except.*, 2, § 31.

(29) On trouvera aux n° 3212 et suiv. quelques détails sur l'époque de l'extension du droit de Justinien aux pays du Midi. Nous parlerons au n° 3215 de l'affranchissement du Lyonnais, du Mâconnais, du Forez et du Beaujolais, du régime de l'inaliénabilité dotale.

(30) 1, § 30.

V. aussi dom Vaissette, t. 3, p. 196 : *Legalis est ordo et antiqua consuetudo, et etiam de jure tenetur, secundum institutionem antiquam, ut conjugium cum dote vel donatione propter nuptia fiat.*

Apollinaris (31). Ces donations sont quelquefois très-considérables ; le plus souvent elles sont viagères ; parfois cependant elles sont de toute propriété.

En voici quelques exemples :

En 1005, Foulques donne à Odile, sa fiancée, suivant la loi romaine, et en recevant d'elle le premier baiser (*dans illi primi osculi per sponsalium*), plusieurs terres considérables situées dans les environs de Marseille et de Toulon, pour les tenir et posséder et les transmettre après sa mort aux enfants à naître du mariage (32). On reconnaît là l'usage du baiser anténuptial, que Constantin nous a montré en Espagne, et que nous trouvons ici en Provence comme en se joignant au présent de noces, et étant le premier don de la future.

En 1095, Bertrand, fils de Raymond, comte de Toulouse, donne en *sponsalium* à Electa, sa future, *sicut lex mea romana est*, les villes et comté de Rhodéz, pour en jouir en toute propriété, si elle survit au futur (33).

Autre *sponsalium*, appelé aussi *donatio propter nuptias*, dans un contrat de mariage d'Armand de Béziers avec la fille de Bertrand Aton. Ce *sponsalium* n'est que de l'usufruit. On peut remarquer que ces mots : *donatio propter nuptias*, appartiennent à la législation de Justinien ; mais aucune circonstance de l'acte ne montrait le *sponsalium* comme faisant fonction de contre-dot.

Nous retrouvons le baiser anténuptial avec le *sponsalium* pour présent, dans un acte de 1363, dans lequel Guillaume, comte de Beaufort et d'Alès, épouse Catherine d'Adhémar, du père de laquelle il reçoit en dot 5,000 florins d'or de Florence, tandis que Beaufort, *in osculum dictique matrimonii contemplationem*, donne à Catherine le château et la châellenie de Saint-Étienne (34).

(...)

Enfin, pour terminer l'esquisse des combinaisons matrimoniales des pays de droit écrit, nous disons que, dans le ressort du parlement de Bordeaux, il était d'usage de joindre au régime dotal une société d'acquêts. Si le régime dotal est conservateur, il est stationnaire ; il a le défaut de ses qualités, comme on le dit aujourd'hui d'une manière aussi bizarre ; il préserve la femme de toute perte, il ne l'associe à aucun progrès. La diligence de la mère de famille est cependant un élément d'activité et de prospérité, qu'un régime intelligent doit exciter ; la femme romaine se vantait de cette diligence laborieuse : *altera diligentiam matrisfamiliae jactat* (35) ; la femme française peut rivaliser avec elle par cette qualité solide d'une bonne mère et d'une épouse. Mais le régime dotal ne sait pas tirer parti de cette vertu ; il ôte à la femme toute émulation, en attribuant au mari seul tous les bénéfices des soins actifs de la femme. La société d'acquêts, jointe au régime dotal, corrige ce vice d'organisation. Cette sorte d'association limitée avait une

(31) VII, *epist.* 2.

V., *suprà*, ce que j'en ai dit en note.

(32) *Hist. de Marseille*, par Ruffi, t. 1, p. 484.

MM. de Savigny, chap. 9, Genouillac, appendice, n° 4.

(33) *Hist. de Languedoc*, t. 2 : preuves, p. 338 et 339.

MM. de Savigny et Genouillac, *loc. cit.*

(34) Papon, *Hist. générale des provinces*, t. 3 : preuves, n° 46.

M. Genouillac, *loc. cit.* dans cet acte la dot, et la donation *Sponsalitia*, sont juxtaposées. Mais on remarquera qu'il n'y a aucune condition pour égaliser les gains entre époux, ainsi que le voulait Justinien.

(35) Pétrone, *Satyr.*, 67.

grande vogue dans le ressort du Parlement de Bordeaux (36) ; elle y subsiste encore, et il serait à désirer qu'une si sage combinaison s'étendît à d'autres contrées pour y tempérer les vices inhérents à la dotalité pure (37).

Il faut voir maintenant le système des pays coutumiers.

Là, l'invasion des Francs avait pénétré d'une manière plus profonde que dans les contrées conquises par les Wisigoths et les Burgondes. Les bandes des Francs, plus nombreuses, s'étaient posées sur le sol en grande partie désert ; elles avaient créé des établissements dans les campagnes, opéré des défrichements, construit des villages, et l'élément germanique avait énergiquement conservé son originalité, en présence des populations indigènes, beaucoup plus rares que dans le Midi. A la longue, il s'était opéré, dans le droit des vainqueurs et des vaincus, une fusion pareille à celle du langage. De même que la langue cessa d'être l'idiome teutonique et la langue latine, pour devenir la langue française, de même le droit ne fut plus ni le droit salique, ni le droit romain. Ce sont ces pays qu'on appela pays de coutume, par opposition aux pays de droit écrit, et dont les Méridionaux disaient au 11^e siècle : *Aliæ partes, ubi sacratissimæ leges incognitæ sunt* (38).

Dans ces pays, le régime dotal disparut entièrement. Il fut remplacé par le régime de la communauté, combinaison tout à fait inconnue du monde romain, sinon dans son principe (39), au moins dans son application systématique et dans son développement régulier, complet et populaire (40).

Mais comment le régime de la communauté a-t-il pris cette grande autorité ? qui lui a donné cette extension si considérable ?

Cette question a fort occupé les savants. Tous ne sont pas tombés d'accord.

Les uns ont cru trouver, dans un usage gaulois rappelé par César, le berceau de la communauté (41). Mais cette opinion n'est pas soutenable. Si la communauté était un de ces débris vivaces du droit celtique, pourquoi ne se serait-elle maintenue que dans les pays coutumiers ? pourquoi pas aussi dans les pays du Centre et du Midi ? pour quelle raison aurait-elle absolument péri ici, tandis que là elle aurait poussé des racines qui auraient étouffé le régime dotal ?

Si d'ailleurs on y regarde de près, on reconnaîtra tout de suite que le régime celtique est fort différent de la communauté. En voici, en effet, le mécanisme : la femme apporte un dot ; le mari fait de son côté une mise égale. Après une estimation, qui a pour but de constater cette égalité,

(36) M. Tessier a fait un traité de la *Société d'acquêts*, où ce point de l'ancienne jurisprudence bordelaise est traitée avec beaucoup de savoir et d'exactitude.

(37) La société d'acquêts était également pratiquée en Normandie, mais sur des bases particulières.

(38) *Petri except.*, liv. 2, § 31.

(39) On voit des sociétés ordinaires entre mari et femme :

L. 16, § 3, D., *De alim. legat.*

L. 31, § 3, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

V. Martial, cité ci-dessus.

(40) Bouhier sur Bourgogne, t. 1, p. 175, croit cependant voir l'origine de la communauté dans les lois romaines. Il semblerait que ce serait aussi l'opinion de M. Giraud (*Essai sur l'histoire du droit français*, t. 1, p. 56).

(41) Lebrun, chap. 1.

Coquille, quest. 64.

Cette opinion est celle qui prévaut dans les discours des orateurs du gouvernement sur le Code civil.

Grog.

on fait masse de ce double apport ; on en met les fruits en réserve. Le survivant gagne le tout, avec les fruits du temps écoulé (42). Qu'y a-t-il de semblable entre cette combinaison aléatoire, ce gain réciproque de survie, et la communauté (43) ? Et cette totalité des fruits que l'on met en réserve, par une conception tellement singulière, qu'on ne voudrait pas le croire, si César n'en était le garant (44), quel rapport a-t-elle avec la communauté, qui consacre au contraire les fruits aux dépenses quotidiennes du ménage ?

D'autres ont cherché l'origine de la communauté dans les entrailles du droit germanique (45) ; mais il est impossible à la critique de l'y trouver (46). Si elle en fût émanée, elle aurait vécu de bonne heure sur toute l'étendue de l'Allemagne ; elle s'y perdrait, comme en France, dans la nuit des temps, tandis qu'elle est, sinon inconnue, du moins exceptionnelle pendant la durée du moyen âge, et ne date, comme droit commun, que du mouvement industriel et commercial du 16^e siècle (47). Nous allons étudier d'ailleurs, dans un instant, le véritable esprit du droit germanique, et nous acquerrons la conviction intime que la communauté est étrangère à ses combinaisons. Je dis donc que la communauté ne doit pas être reportée au droit germanique, et je pense avec Montesquieu (48) qu'elle est du droit français (49).

Chez les Germains, le mari achète la femme (50). *Si vir virginem mercetur, pretio emptā sit*, dit la loi des Saxons (51). Nous avons déjà vu cet usage régner dans les temps héroïques de la Grèce et dans l'antiquité orientale. Il existe encore dans les lois indiennes (52) et dans la législation du Coran (53). C'est l'usage des peuples peu avancés en civilisation. Tacite l'a constaté chez les Germains dans ce passage célèbre : *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert. Intersunt parentes et propinqui, ac munera probant. Munera, non ad delicias quæsitā, nec quibus nova nupta comatur, sed boves, ac frænatum equum, cum framæ gladioque. Atque invicem ipsa armorum aliquid viro adfert* (54). Mais, si j'ose le dire, Tacite a parlé de cet usage sans le bien comprendre, et pour trouver une occasion de faire la critique de ses compatriotes. Il croit que le mari donne une dot à l'épouse : ces mots sont tout à fait impropres pour le temps où vivait l'illustre historien ; ils prouvent qu'il n'a pas une véritable intelligence de ce qu'il raconte. Il ne s'agit pas du tout d'une dot dans le sens des Romains. C'est un achat, c'est un prix, ce n'est pas une dot. Sans doute, quand les idées se seront modifiées et adoucies, ce prix d'achat se transformera en une dot honorable. Mais, à l'époque de Tacite, la férocité germane n'y voit que le prix d'un droit qu'on achète. De plus, Tacite n'a pas l'air de se douter pourquoi ces présents consistent dans des objets qui ne sont pas à l'usage d'une femme : des bœufs, un cheval bridé, une framée et un glaive ; il ne trouve là que le sujet d'une satirique allusion au luxe des Romains, sans s'apercevoir que ce genre de cadeaux serait inexplicable, si c'était un simple présent de

(42) "Viri, quantas pecunias ab uxoribus, dotis nomine, receperunt, tantas ex suis bonis, ætimatione factā, communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur ; fructusque servantur. Uter eorum vitā supererit, ad eum pars utriusque, cum fructibus superiorum temporum, pervenit." (César, *De bello gallico*, 6, 20).

(43) M. Laferrière, *Hist. du droit français*, t. 1, p. 169.

(44) V. Heineccius, *Elem. juris germanici*, § 233.

(45) M. Zœpfl, *Revue étrangère de M. Fœlix*, 1842, p. 178.

(46) M. Laferrière, *Revue étrangère*, 1847, p. 862.

(47) MM. Genouillac, p. 252 et 253 ; et Laboulaye, p. 375 et 376.

(48) Montesquieu, VII, 15.

(49) M. Klimrath, *Revue de législation*, t. 4, p. 60 et 61.

(50) Saumaise, p. 145 et 146.

(51) T. 6.

(52) Lois de Manou : 8, - 41, 46, 217 ; 9, - 72, 82, 174, 182.

(53) T. 1, chap. 4.

(54) *Germanic.*, 18.

noces adressé à l'épouse. Mais tout devient clair et profond dans ces sévères institutions, quand on sait que c'est là un prix véritable, que le mari paye aux parents de la future, pour acheter d'eux le *mundium* qu'ils ont sur elle, c'est-à-dire la tutelle sous laquelle ils la retiennent d'après le droit germanique (55). La femme ainsi achetée passe de la tutelle de ses parents sous la tutelle de son mari : car il faut qu'elle soit toujours en puissance, tantôt sous le *mundium* de son père ou de sa famille, tantôt sous le *mundium* de son mari.

Quand le christianisme eut converti les populations teutoniques, et substitué à la célébration du mariage germain les cérémonies de l'Église, la personnalité de la femme se dégagait davantage de l'enveloppe dans laquelle elle était retenue dans sa famille. La nécessité de son consentement lui assigna un rôle principal dans le grand acte de la vie par lequel elle se donnait un époux. Jadis c'était ses parents qui la donnaient au mari et en faisaient tradition (56). Sous l'influence des idées chrétiennes, ce fut elle qui se donna à son époux avec l'assistance de ses parents. De là, il arriva que, bien que le prix se conservât, il devint la propriété de la femme et non plus de ses parents ; il fut pour elle un avantage connu, dans les diverses législations barbares, sous les noms de *sponsalitiūm* (57), *dos* (58), *pretium nuptiale* (59). C'est ce que nous voyons dans Grégoire de Tours, quand il parle des villes que Galswinde, sœur de la reine Brunehault, acquit en dot lorsqu'elle vint en France (60). La même transformation s'opéra en Lombardie, où la *meta*, prix du *mundium* de l'épouse, se montre avec les caractères d'une dot donnée à la jeune fille et dont elle a la propriété (61). L'épouse acquérait le domaine du *pretium nuptiale*, de la dot, par la cérémonie salique de la *festuca et andelangu* (62) ; l'époux acquérait le *mundium* de l'épouse, ou la puissance maritale, par la cérémonie du sol et du denier, *per solidum et donarium*, qui fut employée dans le mariage de Clovis et de Clothilde (63). Les formules franques sont remplies de cette cérémonie (64).

Cette dot était donnée à la femme en toute propriété (65).

Et, comme les lois canoniques exigèrent que la dot intervint dans le mariage pour le distinguer du concubinat (66), il arriva, par une confusion de la dot germanique et de la dot romaine, que cette dot offerte à l'épouse devint un élément essentiel du mariage légitime (67).

(55) Du Cange, v° *Mundium*.

Muratori, dissert. 22, *Antiq. medii ævi*, t. 2.

(56) L. lombarde de Rotharis, 216.

L. des Burgondes, t. 66. Montesquieu a signalé ces lois comme très-judicieuses (*Esprit des lois*, 28, 1).

(57) L. de Rotharis, 1, 126.

(58) L. Wisigothe, 111, 1, 4 ; 11, 2, 8.

(59) Loi des Burgondes.

(60) 9, 20.

(61) Muratori, diss. 20.

L. Rotharis, 178 et 190.

(62) *Formul. Lindenbr.*, 75, 79. Du Cange, v° *Andelangu*. Heineccius, *Antiq. Germ.*, 1, § 183 ; 2, § 76.

(63) Fredeg., C., 18.

(64) *Form. de Bignon*, 5 ; de *Lindenbr.*, 75, 79.

Burchard, *Decret.*, 9, 1 et 2 ; et 19, cap. 5.

(65) *Lindenbrog.*, form. 75, 79.

Heineccius, *Elem. juris germ.*, § 237.

(66) Concile d'Arles (534). Papien., 37. *Capital.*, 6, 133 ; 7, 179. Burchard, *Decret.*, 9, 1 et 2 ; 19, 5. Goldast, form. 9.

(67) Benoît Levite, *Concile d'Arles* (524).

Le père Daniel, *Hist. de France*, t. 1, p. 156.

Outre la dot, l'épouse reçoit de son mari un présent appelé *morgengab*, ou don du matin (68). "*Tam in dote quàm in morganegebâ, hoc est in dono matinali,*" dit Grégoire de Tours (69). Ce n'était plus le prix du *mundium*, du pouvoir marital acheté par l'époux : c'est le prix de la beauté de l'épouse et de son innocence (70). La vierge seule, et non la veuve, a droit au don du matin, qui suit les noces, tandis que la dot les précède (71). Nous avons déjà vu cet usage en vigueur chez les Grecs. Il paraîtrait qu'il existait aussi chez les Romains (72) ; mais il était dans les mœurs et pas dans les lois, au lieu que chez les Germains, il était une institution liée au mariage et entourée de la faveur légale (73). Tous les peuples primitifs obéissent à cette pensée inhérente à la barbarie, de se glorifier, comme d'une conquête, des prémices de la femme, et de manifester leur joie grossière par des libéralités.

Plus tard, le *morgengab* et le *pretium nuptiale* se confondirent et donnèrent naissance au douaire, institution très-célèbre dans nos coutumes. Le *morgengab* avait un caractère trop charnel pour la spiritualité que le christianisme a mise dans le mariage ; il ne pouvait subsister sans se dénaturer. Le *pretium nuptiale*, ou dot germanique, bien que ramené à des conditions plus honorables pour la femme, rappelait encore jusqu'à un certain point cet achat de l'épouse, qui répugne à la dignité de la femme ; un tel préjugé devait nécessairement s'effacer (74). Le douaire naquit de ces modifications dans les mœurs et de cet affranchissement moral de la femme. Il est certain, du reste, que le douaire est la dot germanique (75), et c'est avec raison que Bouteiller a dit : "*Le douaire est pour les femmes et le dos pour les hommes.*" Mais il est aussi le *morgengab* : car, en Lombardie, il se montre sous les caractères d'un don du matin (76) ; dans plusieurs diplômes germaniques, il se confond avec le *morgengab* (77) ; et la règle de notre vieux droit : "*Au coucher gagne la femme son douaire* (78)", n'était qu'une suite de la définition du *morgengab* : *Præmium defloratæ virginitalis*.

En se métamorphosant en douaire, le *morgengab* fut attribué à la veuve. Il finit ensuite par être attaché à la célébration du mariage, et non plus à la cohabitation charnelle. De son côté, la dot germanique, transformée en douaire, devint un gain de survie, et se changea en usufruit.

Avant Philippe-Auguste, le douaire était conventionnel. Ce fut à ce prince qu'on dut l'établissement du douaire coutumier (79). On a prétendu infirmer ce point d'histoire (80), en

(68) Grégoire de Tours, lib. 9, cap. 20.

Loi. Rotharis, 199 ; Ripuar., 37, § 2 ; Burg., 42, § 2 ; Alam., 56, § 2.

Heineccius, *Elem. juris germ.*, § 214.

(69) Loc. cit. V. Du Cange, v° *Morganegebâ*.

(70) Muratori, t. 2, diss. 20. Galland, *Franco-Allem.*, p. 323. Du Cange, *loc. cit.* Delaurière, id. Heineccius, *loc. cit.*, § 215.

(71) Muratori, *Charte de 1185*. Galland, p. 422. Du Cange, *loc. cit.*

(72) Juvenal, 6, 199 :

Nec illud

Quod primâ pro nocte datur, quùm lance beatâ

Dacicus et scripto radiat Germanicus auro.

(73) Muratori, *loc. cit.* Luitprand., 2, 1. Heineccius, *loc. cit.*, § 216.

(74) *Neque pretio puella vendatur*, dit la loi anglo-saxonne. *L. Canuti regis*, 72.

(75) Delaurière sur Loysel, 1, 111, 1.

(76) Heineccius, *Elem. juris germ.*, § 240.

(77) *Dotalitium*, quod dicitur Morgengabe (Dipl. de 1229, *Hist. episc. Worms.*, p. 166).

(78) Loysel, 1, 3, 5.

(79) Beaumanoir, chap. 13, n° 12. Delaurière sur Loysel.

(80) M. Laboulaye, p. 119 et 120.

faisant observer que la loi ripuaire fixait le taux de la dot à 50 solidi (81) ; qu'il en était de même dans la Loi des Alemanni (82). Mais le royaume de Philippe-Auguste n'était pas sujet à ces lois ; et c'est un tort, dans l'interprétation des lois barbares, d'argumenter d'un siècle à un autre siècle. Rien de si mobile, de si variable et de si fragile que leurs dispositions si souvent éclipsées par la coutume. Il est si vrai que le douaire était conventionnel, que, lors de la célébration du mariage, le prêtre faisait dire à l'homme : "Du douaire qui devise entre mes amis et les tiens, je te doue (83)."

Je n'insisterai pas plus longtemps sur les destinations ultérieures du douaire. Il suffit de dire que, dépouillé de l'ancien caractère attaché au *pretium nuptiale* et au *morgengab*, il ne se présentait plus, en définitive, que comme une libéralité "faite à la femme pour conserver la mémoire de la dignité et honneur des maisons de leurs maris (84)." A l'époque où les titres se rédigeaient en latin, on trouve assez souvent le douaire appelé *donatio propter nuptias* dans les chartes (85). Mais le douaire n'avait aucun rapport avec la donation *propter nuptias* : pour en donner la preuve, il suffit de dire que le douaire appartenait même à la femme qui n'avait pas de dot (86).

Le douaire coutumier a péri avec le Code civil. La pensée de la loi qui nous régit aujourd'hui est qu'il n'y a pas d'avantages de plein droit d'époux à époux, et que c'est à la seule volonté des parties à assurer, par sa prévoyance, le sort de l'épouse survivante. Nous pensons que le Code civil est ici, comme presque toujours, dans le vrai. Qui peut mieux que la convention pénétrer dans la position respective des conjoints, et apprécier la nécessité d'une libéralité ? la loi ne risquerait-elle pas de procéder à l'aventure, si elle instituait pour la femme des avantages de survie sans stipulation ? n'arrive-t-il pas souvent que l'épouse est la plus riche, et que le décès de son mari, tout en la laissant *esbahie* et *déconfortée*, comme dit Beaumanoir (87), met dans ses mains d'opulentes reprises et une grande fortune disponible ? n'est-il pas à craindre qu'un douaire assigné, sans nécessité, ne diminue la succession du père au préjudice des enfants, et ne prive ces derniers d'une dot et d'un établissement ? La convention est un bien meilleur régulateur des besoins de la famille. Elle peut faire tout ce qu'il y a de bon et d'honorable pour la femme, dans les limites de la portion disponible. Qu'elle parle donc : qu'elle se prononce en connaissance de cause. Quant à la loi, elle irait au delà de son véritable domaine, si elle intervenait, avec son niveau absolu, dans des solutions si variables (88).

Nous disions tout à l'heure que la femme germaine était dans une tutelle continue. Voilà pourquoi son mari l'achetait. Cet achat la mettait sous sa dépendance, son autorité, sa tutelle ; ce qui est d'accord avec les lois de tous les pays barbares. "Les hommes sont supérieurs aux femmes, dit le Coran, parce que Dieu leur a donné la prééminence, et qu'ils achètent de leur propre bien." Le mari germain exerçait sur sa femme la justice domestique ; il pouvait la mettre à

(81) 37, 1, 2.

(82) T. 55.

(83) V. Du Cange, *Dos, doarium*. Beaumanoir, chap. 13, n° 12. Coquille, *Instit. au droit français, T. des douaires*.

(84) Coquille, *loc. cit.*

(85) Heineccius, *Elem. juris germanici*, p. 233 et 234. Coquille, *loc. cit.*

(86) *Id.*

Loisel, 1, 3, 17.

(87) Chap. 13, n° 1.

(88) Montaigne a fait, sur les gros douaires, des observations dont la justesse ne saurait être méconnue ; écoutons-le parler (Essais, liv. 2, ch. 8) :

mort pour des motifs raisonnables (89). Aussi le mari l'appelle-t-il *ancilla*, tandis qu'elle l'appelle *dominus* (90). Elle était incapable des actes de la vie civile, si elle n'était autorisée par son mari (91). Elle entraînait avec tous ses biens dans son *mundium* (92). Mais il ne paraît pas que le mari eût le droit de disposer seul des propres de sa femme. De nombreuses chartes recueillies par Muratori prouvent au contraire que la femme conservait la propriété de ses biens personnels ; qu'elle seule pouvait les vendre avec l'autorisation du mari ; que le mari ne figurait aux actes d'aliénation que pour protéger sa femme, l'autoriser (93). Voilà ce qui se passait au 11^e siècle, suivant les coutumes saliques, lombardes, et allemandes. Le mari est en effet plutôt un tuteur qu'un maître ; son autorité est celle d'un protecteur, et non pas d'un propriétaire. C'est en quoi le *mundium* germain diffère de la *manus* romaine. En effet, dans les mœurs germaniques, la femme, malgré le *mundium*, a toujours le caractère d'associée de son mari, de compagne de ses travaux : *laborum periculumque sociâ*, dit Tacite. Cette position d'associée tempère l'autorité maritale ; elle enlève au *mundium* la dure logique du droit aristocratique de Rome. C'est de là que découle notre système de la puissance du mari, qui tient compte du droit de la femme, de sa personnalité, et que Beaumanoir représente comme un droit de mainbournissières, de protection (94).

Puisque la femme était l'associée des travaux de son mari, il était juste qu'elle participât, dans une certaine part, aux acquêts faits pendant le mariage. C'est pourquoi, si elle survivait, elle avait, outre le douaire, une part dans les acquêts. C'était le tiers par la loi Ripuaire (95) ; c'était aussi le tiers par les Capitulaires (96). Mais remarquons-le : ceci n'est qu'un gain de survie, ce

(Suite de la note 88)

"J'ay veu encore une aultre sorte d'indiscrétion en aucuns pères de mon temps, qui ne se contentaient pas d'avoir privé, pendant leur longue vie, leurs enfants de la part qu'ils devoient avoir naturellement en leurs fortunes, mais laissent encore après eux à leurs femmes cette même auctorité sur tous leurs biens, et loy d'en disposer à leur fantaisie. Et ay cogneu tel seigneur, des premiers officiers de notre couronne, ayant, par espérance de droit à venir, plus de cinquante mille escus de rente, qui est mort nécessairement et accablé de dettes, aagé de plus de cinquante ans, sa mère, en son extrême décrépitude, jouissant encore de tous ses biens par l'ordonnance du père, qui avait, de sa part, vescu près de quatre-vingts ans. Cela ne me semble aucunement raisonnable ; pourtant trouvé-je peu d'avancement à un homme de qui les affaires se portent bien, d'aller chercher une femme qui le charge d'une grande dot : *il n'est point de dette étrangère qui apporte plus de ruine aux maisons*. Nos prédécesseurs ont communément suivy ce conseil bien à propos, et moy aussi ; mais ceux qui nous desconseillent les femmes riches, de peur qu'elles soient moins traitables et recognoissantes, se trompent de faire perdre quelque réelle commodité pour une si frivole conjecture. A une femme déraisonnable, il ne couste non plus de passer par-dessus une raison que par-dessus une aultre ; elles s'arment le mieulx où elles ont plus de tort. L'injustice les alleiche, comme les bonnes l'honneur de leurs actions vertueuses, et en sont débonnaires d'autant plus qu'elles sont riches, comme plus volontiers et glorieusement chastes de ce qu'elles sont belles. C'est raison de laisser l'administration des affaires aux mères pendant que les enfants ne sont pas en aage selon les loix, pour en manier la charge ; mais le père les a bien mal nourris, s'il ne peut en espérer qu'en leur maturité ils auront plus de sagesse et de suffisance que sa femme, *veu l'ordinaire faiblesse du sexe*. Bien serait-il toutefois, à la vérité, contre nature de faire despendre les mères de la discrétion de leurs enfants ; *on leur doit donner largement de quoy maintenir leur estat, selon la condition de leur maison et de leur aage*, d'autant que la nécessité et l'indigence est beaucoup plus méaisante et malaysée à supporter à elles qu'aux mâles, il faut plutôt en charger les enfants que les mères."

(89) Capit. de Louis-le-Débonnaire, 5, 300 : Sine causâ interfectâ.

(90) Du Cange, v^o *Maritus dominus*.

Marculf, *form.* 1, 12 ; 2, 7, 8, 17.

(91) L. Rotharis, 205.

(92) Cauciani, 2, 476.

(93) Dissert. 22.

(94) Chap. 21, n^o 2.

V. la tr.-anc. cout. de Bretagne, art. 40.

(95) 37, C, 2.

(96) V. 295.

n'est pas un droit de communauté. La femme qui ne survit pas ne transmet aucun droit sur les acquêts à ses héritiers.

Jusqu'à présent, nous n'avons pas encore trouvé la communauté. Pour la découvrir dans son berceau, il faut descendre des hauteurs du droit germanique, où elle n'existe pas, et étudier d'autres situations. Comme tant d'autres choses excellentes que nous devons au moyen âge, la communauté est sortie d'usages latents, de coutumes intimes, qui, dans le silence de l'histoire et à travers les transformations des races et des mœurs, se sont emparées de la société (97). Le droit romain et les lois barbares sont loin d'expliquer toute cette époque et d'avoir présidé à tous ses développements. L'originalité humaine n'a jamais été plus indépendante, plus féconde et plus variée ; jamais elle ne s'est répandue en jets plus imprévus et plus nouveaux. La communauté conjugale est une de ses créations spontanées.

Il est un fait que j'ai eu l'occasion de signaler ailleurs : c'est le goût du moyen âge pour l'association (98). Il me suffira de citer les communes et les bourgeoisies, qui sont l'esprit d'association appliqué à l'émancipation des personnes dans le domaine des droits privés ; les associations du baronnage, qui sont la forme de résistance politique aux rois et au clergé ; les corporations marchandes et ouvrières, par lesquelles l'industrie se procure la sécurité dans les moyens de travail ; les ordres monastiques et les congrégations, qui sont l'énergique réalisation de l'esprit d'association dans la religion, et qui, sous cette forme, rendirent de si grands services à la civilisation dans ces temps de barbarie, etc., etc. Telle est la physionomie générale de la société au moyen âge.

Si maintenant l'on passe de ce coup d'œil d'ensemble à l'examen de la gestion des intérêts domestiques, qu'y voyons-nous ? trois faits remarquables d'association, trois situations qui sont comme un reflet de l'esprit véritablement caractéristique de cette curieuse époque.

D'abord, les communautés de serfs et gens de mainmorte, par lesquelles les membres d'une même famille servile vivaient en société perpétuelle sur le domaine qu'ils tenaient du seigneur, y formaient une espèce de corps moral entretenu de lui-même par subrogation de personnes, mettant en commun leurs meubles et conquêts (99), demeurant et vivant dans le même ménage, du même pain et sel (100), travaillant ensemble, et mêlant les bénéfices de leur industrie. J'ai donné ailleurs la description de ces sociétés (101) ; j'ai montré leur utilité, soit pour le seigneur qui, au moyen de la perpétuelle communauté de ses sujets, n'avait pas à craindre *la confusion et le dérèglement des redevances* (102), soit pour les sujets eux-mêmes, qui, en restant étroitement unis dans un ménage indivisible, conservaient l'intégrité de la concession, et y succédaient en génération (103). Ces associations, que les auteurs du 16^e siècle appellent quelquefois des *iraternités* (104), pour peindre le sentiment de famille qui les anime, furent très-utiles au progrès de la classe servile ; elles montrent surtout la direction de l'esprit de famille vers la communauté et l'association.

(97) *Infrà*, n° 38, Coquille dit que la communauté a été établie par *coutume de nos ancêtres*.

(98) Mon comm. *de la Société*, préface, p. 1.

(99) Nivernais, t. 6, *des Badelages*, art. 18. Coquille sur cet article.

(100) Coquille, *loc. cit.*

(101) Préface de mon comm. *de la Société*.

(102) Coquille sur l'art. 13.

(103) Nivernais, *loc. cit.*, art. 18.

(104) Coquille sur le titre 22, art. 3.

Ce n'est pas tout : dans les familles libres, il suffisait que deux frères, majeurs de vingt ans, eussent demeuré en ménage commun par an et jour, tenant leurs biens ensemble, et se faisant communication des gains, pour que la coutume présumât entre eux une communauté tacite ou faisible (105). J'ai exposé, dans la préface de mon commentaire *de la Société*, l'étendue et la popularité de ces communautés, répandues presque partout dans les campagnes, où la culture sentait davantage le besoin de commun efforts. Elles étaient également fréquentes dans les villes. On les voit en pleine vigueur à Paris à la fin du 13^e siècle (106).

Quand les mœurs présument et multiplient à ce point la communauté tacite entre frères, combien, à plus forte raison, entre mari et femme, qui, à la communauté d'habitation, de ménage et de travaux, joignent celle du lit nuptial et le lien d'une affection indissoluble ? La communauté entre mari et femme, qui est la plus naturelle de toutes, était aussi la plus logique parmi celles que le moyen âge favorisait. Quel régime d'ailleurs aurait été donné aux époux ? La dot ? mais le droit romain, créateur de la dot, n'était pas la pensée inspiratrice des coutumes. Presque effacé de la mémoire des peuples, il ne vivait que dans les souvenirs des savants, et c'était à d'autres sources que le droit coutumier puisait ses règles. L'association, la communauté, voilà la combinaison populaire ; elle prenait place entre les époux par la puissance de la coutume, qui la mettait partout.

Réfléchissons d'ailleurs à un point important.

Dans les pays coutumiers, la grande masse de la population est serve d'origine ; c'était du sein de la mainmorte que sortaient successivement, et peu à peu, les familles qui, après avoir obtenu ou conquis leur liberté, recrutaient les classes libres des campagnes et les bourgeoisies des villes (107).

Or, dans les mariages des serfs, la dot n'était pas admise, ni le douaire.

"Le prêtre fut appareillé ;
A leur entrée les a signé.
Ainsi n'y fut douaire nommé,
Ne serement un seul juré,
Fiance faite, ne pluvie.
Mais le seul vassal reçut sa mie (108)."

Comment donc le régime dotal n'aurait-il pas péri ? comment n'aurait-on pas avisé à une autre combinaison ? comment la communauté ne se serait-elle pas présentée à l'esprit au milieu de tant de communautés reçues dans d'autres situations, sans d'aussi graves motifs ? quel régime aurait-on mis à la place de la dot ? la séparation ? mais entre gens vivant de leur travail et confondant leur labeur, elle eût été un non-sens ou une fausseté. Les époux ne sont pas séparés de biens quand ils mettent en commun leurs bras, leurs fatigues, leur économie. La communauté est le seul régime raisonnable, logique, juridique. Elle résulte des faits les plus constants et des présomptions les plus concluantes.

(105) Nivernais, *des Communautés*, t. 22, art. 2. Bourbonnais, art. 267. Poitou, art. 231. Sens, art. 280. Auxerre, art. 201. Troyes, art. 101. Berry, *des Mariages*, art. 10.

(106) Mon comm. *de la Société*, p. 47.

(107) Delaurière sur Loisel, 1, 1, 8.

(108) Du Cange, v^o *Dos*. - Roman d'Artus.

Et puis, voyez comme la communauté est dans les instincts de la famille ! Non-seulement il y a les communautés et fraternités de ménages rustiques ; non-seulement il y a les communautés taisibles entre frères et entre époux ; mais il y a aussi la communauté des enfants avec celui de leur auteur qui survit après la dissolution du mariage (109), celle du gendre et de la bru avec son beau-père et sa belle-mère, après l'an et jour de demeure en commun (110). N'est-ce pas là un système complet, expression d'un même esprit, fruit des mêmes besoins et de dispositions pareilles ? Aussi Coquille, le judicieux appréciateur des usages du moyen âge, n'a pas manqué de faire remarquer que la communauté conjugale n'est qu'un cas de communauté tacite prévu par les mœurs coutumières (111) ; aussi les coutumes traitent-elles de la communauté conjugale immédiatement après les communautés taisibles, comme si elle ne fût qu'une communauté taisible appliquée à une autre situation (112).

Veut-on voir mieux encore l'analogie ? Il y a une foule de coutumes où la communauté conjugale ne s'acquiert que par l'an et jour, de même que la communauté taisible entre frères et autres parents. Sans le laps d'an et jour, il n'y a pas de communauté conjugale, de même qu'entre frères et parents il n'y en aurait pas sous cet indice de société. Notez que ces coutumes sont celles qui, étant le plus éloignées du mouvement des villes, reflètent le mieux le vieil esprit primitif. Ne peut-on pas conclure de là (113) que la communauté conjugale n'est qu'une société taisible appliquée au mariage ? Je sais que, dans d'autres localités, on se contentait de la célébration conjugale (114), ou bien, suivant d'autres, de la célébration suivie de la cohabitation et du coucher (115). On peut raisonnablement penser que la cohabitation a paru, dans ces contrées, un fait assez grave pour dispenser de l'an et jour.

Tel était donc le régime des classes laborieuses, depuis l'homme de mainmorte jusqu'à la bourgeoisie des villes et à la roture des campagnes. La communauté d'entre mari et femme est proclamée, par nos plus anciens jurisconsultes, comme un droit établi, non contesté, fondé sur la tradition. "Chacun sait, dit Beaumanoir (116), que compeignie se fait par mariage ; car, si tôt comme mariage est fait, les biens de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage. Mais voires est que, tant comme ils vivent ensemble, l'homme est mainbournessières (117)."

(109) Grand coutumier, 2, 40. Coquille sur Nivernais, t. 22, art. 3 et 4.

(110) Nivernais, t. 23, art. 21.

(111) *Loc. cit.*

Junge Beaumanoir, chap. 21, n° 2 et suiv.

(112) Nivernais, t. 22 et 23.

(113) *Infrà*, n° 329.

(114) *Infrà*, n° 325.

(115) *Infrà*, n° 326.

(116) Chap. 21, n° 2.

(117) Le recueil des *Olim* joint à ces autorités celle de la jurisprudence ; en voici un exemple :

Le roi saint Louis avait donné à Gauthier Saveric, son cuisinier, en récompense de ses services, vingt livres de rente annuelle et perpétuelle *pour lui et ses héritiers*. Saveric mourut laissant une veuve et deux enfants, un fils et une fille ; ceux-ci prétendirent que les vingt livres de rente leur appartenaient en totalité, puisqu'elle avait été constituée au profit de leur père et de ses héritiers, et qu'ils étaient seuls héritiers. La mère soutint au contraire que la moitié de la rente était sa propriété, car elle était un conquêt de communauté, fait pendant le mariage, *ratione conquestus, cum ipsi marito suo concessa fuissent, constante matrimonio, inter ipsos*. La question ayant été portée devant le roi et son conseil, il fut jugé que la rente, étant un conquêt, appartenait pour moitié à l'épouse (an 1265, *Olim*, t. 1, p. 565, n° 24).

Pour l'intelligence de cette décision, il faut remarquer que les fils de Saveric ne mettaient pas en doute que leur mère ne fût commune en biens ; mais ils soutenaient que la donation était un avantage tout personnel fait à leur père, pour lui seul et pour ses héritiers, et qu'ainsi la rente ne tombait pas en communauté : ils échouèrent dans ce procès.

Mais, deux ans après, la question se présenta dans d'autres circonstances, et elle reçut une solution différente. Voici les faits :

(Suite page 320)

Par ces derniers mots, l'on voit que la communauté s'était alliée à la puissance maritale, et que, malgré l'égalité qui est de la nature des sociétés, celle du mariage avait un chef investi d'un grand pouvoir sur la femme et sur les biens. Le *mundium* des Germains avait pénétré dans la classe des vilains et des roturiers. Originellement cependant, et lorsque la mainmorte était l'état le plus général de la population des villes et des campagnes, la femme serve était plus en puissance de son seigneur qu'en puissance de son mari (118) ; l'autorité du mari était plus de fait que de droit. Mais, lorsque les serfs furent devenus francs, la puissance maritale, ou *mundium*, fut considérée comme un privilège de leur liberté (119). Le *mundium* se combina donc avec la communauté, et lui donna un chef dont les attributions étaient beaucoup plus hautes que celles d'un maître ou gérant de société ordinaire, précisément parce que ce pouvoir s'étendait non-seulement aux biens, mais encore à la personne. Si ce pouvoir se propagea dans la France coutumière, tandis qu'il était inconnu dans la France de droit écrit, ce fut par le développement naturel de l'idée germanique dans une contrée où l'élément germanique avait coulé en canaux plus abondants. Cette puissance de l'homme sur la femme est d'ailleurs innée dans le droit des peuples barbares, et le *mundium*, devenu la *mainbournie* du droit coutumier, fut conservée avec d'autant plus de persistance qu'il flattait les préjugés auxquels la femme est en butte dans les sociétés peu avancées. Le mari, *mainbournessier* de sa femme, avait sur elle une autorité tutélaire qui allait jusqu'à la correction (120). Le bourgeois pouvait battre sa femme. "Il loist à l'homme battre sa femme, sans mort et sans mehaing, quand elle le meffet. Si comme quand elle est en voie de faire folie de son corps, ou quand elle dement son baron, ou maudist ; ou quand elle ne veut obéir à ses raisnables commandements que prude femme doit faire. En tels cas et en semblables, est bien mestiers que li mari soit castierres de sa femme resnablement." Ainsi parle Beaumanoir (121), et ce Code durait encore au 16^e siècle, du temps de d'Argentré, qui dit : "*Retinere et castigare uxorem debet* (122)." Le mari avait, à plus forte raison, une autorité spéciale sur les biens de la communauté ; il en était *seigneur et maître* ; il pouvait en disposer sans le consentement de sa femme ; il pouvait seul vendre, aliéner tout ce qui en constituait l'actif. Il eût répugné à son pouvoir de mari, à son droit de tutelle, que le consentement de son épouse fût nécessaire pour ces actes de sa souveraineté domestique. Pendant que durait le mariage, il était comme propriétaire de la communauté ; ce n'était qu'à la dissolution du mariage que le droit de société de la femme se montrait avec énergie, dégagé qu'il était de la compression de l'autorité maritale : aussi disait-on que "le mari vit comme maître, et

(Suite de la note 117)

La fille de G. Saveric avait épousé Jean Bigue jeune, citoyen de Paris ; elle en eut des enfants, et la veuve Saveric donna à ces derniers la moitié de la rente que nous venons de lui voir adjuger à titre d'acquêt. Jean Saveric, autre fils de Gauthier Saveric et aussi son héritier, attaqua cette donation, prétendant que sa mère n'avait pu disposer de la moitié de la rente ; que c'est en vain qu'elle disait y avoir à titre d'acquêt ; qu'elle n'en avait que l'usufruit à titre de douaire. Le procès ayant été discuté et les pièces examinées, il fut reconnu que la donation faite à Gauthier Saveric par le roi avait été déterminée *intuitu personæ* ; que ce n'était pas un conquêt ; que, dès lors, elle ne pouvait jouir de la moitié qu'à titre de douaire et d'usufruit, et que la donation qu'elle en avait faite à sa fille était nulle (an 1267, t. 1^{er}, p. 708, n°30).

Cette décision, toute de fait, toute d'espèce, n'est pas en harmonie avec la précédente, et l'on pourrait peut-être y trouver quelque chose à redire, au moins en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée. Il est évident que les juges ont été mus par un sentiment d'équité en faveur du fils déshérité par sa mère. Quoi qu'il en soit, remarquons-le bien, les juges ne voient pas le moindre doute au droit de communauté. Seulement, ils en éludent l'application, en se fondant sur l'intention qui avait présidé à la donation.

(118) Delaurière sur Loisel, 1, 2, 20.

(119) Loisel, 1, 2, 20.

(120) *Flagellando uxorem*. - Baluze, t. 2, cité par M. Michelet, *Origine du droit*, p. 48. Houard, *Anciennes Lois des Français*, t. 1, p. 332.

(121) Chap. 57, 6, t. 2, p. 333.

(122) Art. 423, glose 2, n° 5.

meurt comme associé (123)." C'est ainsi que la coutume avait concilié la société avec la puissance du mari ; c'est ainsi, pour me servir des expressions du vieux Desmares, "que les biens, dettes et créances d'homme et de femme, conjoints par mariage, sont communs ensemble entre eux durant leurdit mariage, *combien que le mari en ait le bail, gouvernement et autorité* (124)." Ces idées n'ont pas toujours été exprimées avec exactitude par les rédacteurs des coutumes, qui furent coupables de tant d'erreurs grossières que Dumoulin leur reprocha. Ils n'ont pas toujours aperçu la conciliation de l'élément social dans le ménage, avec l'élément de l'autorité souveraine domestique. On peut citer la coutume de Reims, qui, se préoccupant à l'excès du pouvoir du mari pendant le mariage, nie et supprime la communauté, et ne la montre qu'au décès de l'un des époux (125). Les époux n'en étaient pas moins communs par le mariage et pendant le mariage. "Et ainsi puet s'y entendre, disent *les Établissements, que les meubles sont communs* (126)." Seulement, le droit de la femme n'était qu'*in habitu* et non pas *in actu* ; il sommeillait pendant le mariage, pour se réveiller à la dissolution (127).

Je n'ai pas encore parlé de la communauté dans le mariage des nobles. Quant et comment ce régime, issu des mœurs des classes sujettes, s'introduisit-il dans la vie domestique de la noblesse ?

Nous avons dit que, d'après le droit germanique, la femme noble n'avait que le tiers des acquêts à titre de veuve et de gain de survie seulement (128). Ce n'était pas la communauté ; mais c'était du moins un principe de société introduit dans les intérêts des époux ; société imparfaite et irrégulière, qui ne donnait pas à la femme un droit égal à celui du mari, mais qui, enfin, prenait pour son point de départ la collaboration de la femme, et qui l'en récompensait dans une certaine mesure. Pour passer de là à la communauté, il n'y avait qu'un pas à faire : c'était de convertir le droit conditionnel de la femme en un droit pur et simple. Tout conspirait pour faire franchir cet intervalle peu considérable : le respect dont la femme était environnée dans les mœurs de chevalerie ; la hauteur de certaines prérogatives politiques dont elle était capable ; le sentiment d'égalité qui, grâce à ces tendances, relevait sa personne ; l'exemple de la bourgeoisie, qui, en traitant la femme comme une associée dans la fortune du ménage, semblait reprocher à la noblesse de moins favoriser l'épouse du gentilhomme, etc.

Aussi, lorsque les premiers monuments de notre droit coutumier se forment sous la main de nos plus anciens légistes, voit-on la femme noble appelée à prendre sa moitié dans les biens communs (129). Les *Olim* en font pleine foi : on y voit le droit de la femme noble à la moitié des acquêts, reconnu et consacré de la manière la plus expresse (130). M. Laboulaye pense que ce n'est pas là un droit de communauté, mais un gain de survie et un droit de succession ; il croit que, si la femme précédait, son droit ne passait pas à ses héritiers, et il cite l'ordonnance de

(123) *Infra*, t. 2, n° 834.

(124) Décis. 163.

(125) Homme et femme conjoints par mariage *ne sont uns et communs* ; ainsi le mari seul, sans l'avis et le consentement de sa femme, en peut disposer comme et à qui lui semble. *Elle partit néanmoins* (partage) *après le décès du mari* (art. 239).

(126) Liv. 1, chap. 137 et 139.

(127) *Infra*, n° 854 et suiv. *Les Assises de Jérusalem*, Cour des bourgeois, portent (chap. 172) : "Ce il arrive que l'homme et la femme ont ensemble conquis vignes ou terres, ou maisons ou jardins, le droit de commande que la femme doit avoir la moitié de tout par droit et par l'Assise de Jérusalem." V. aussi chap. 165.

(128) Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 48.

(129) Bouteiller, *Somme rurale*, t. 98. *Assises des bourgeois*, chap. 172. *Établiss.*, liv. 1, chap. 15.

(130) T. 1, p. 261, n° 8, an 1267, sous saint Louis.

Philippe-Auguste de 1219 (131). Mais cette ordonnance n'est faite que pour la Normandie, qui n'était pas un pays de communauté (132) ; elle ne s'appliquait pas ailleurs. Par une disposition des *Établissements de saint Louis*, qui paraît n'avoir trait qu'aux nobles (133), on voit que, quand la femme précédait, le mari avait bien l'usufruit des acquêts sa vie durant, mais qu'à son décès il devait les rendre au lignage de la femme (134). La coutume d'Anjou a conservé des traces de cet usage (135). Il prouve bien que les acquêts étaient communs, et qu'à la dissolution du mariage une division par moitié s'opérait par un partage légal.

M. Laboulaye croit trouver une preuve de la non-existence de la communauté, chez les nobles de cette époque, dans le droit que la veuve noble avait, suivant certaines coutumes, de prendre la totalité des meubles en payant les dettes (136). Mais j'y vois, au contraire, une preuve de l'existence de la communauté ; non pas d'une communauté ordinaire, mais de la communauté avec un préciput, de la communauté se rapprochant des art. 1515 et 1516 du Code civil (137) : car, il faut bien le remarquer, ce droit était réciproque ; il appartenait au mari survivant, comme à la femme survivante. C'était un pacte aléatoire de communauté. Au reste, la coutume de Lorraine en offre un exemple incontestable. Dans ce pays, qui était autant qu'un autre un vrai pays de communauté, le survivant gagnait les meubles, même dans les mariages des bourgeois (138).

A Blois (139), à Clermont en Argonne (140), le survivant des époux nobles gagnait les meubles et conquêts. C'était une combinaison aléatoire plus étendue que la précédente ; mais ce n'en était pas moins un pacte de communauté. Ce point résulte évidemment des combinaisons de la coutume de Clermont, qui, après avoir établi la communauté, à titre de droit commun, entre toutes personnes (141), règle partage entre nobles par le mode exceptionnel dont nous venons de parler.

Quant à Blois, je dois faire remarquer que lors de la réformation de la coutume, les commissaires ayant substitué le droit commun au droit aléatoire du survivant, les nobles réclamèrent, et prouvèrent, avec le témoignage des praticiens, que tous les meubles et conquêts appartenaient au survivant ; que cette coutume avait toujours été suivie dans les maisons de

(131) Ord. 1^{re}, p. 38, art. 39.

(132) Delaurière, sur cette ordonnance. M. Klimrath, *Revue de législation*, t. 4, p. 60.

(133) M. Genouillac, p. 305.

(134) 1, chap. 134 et 136.

(135) Art. 288.

(136) Grand Coutumier, 2, 29. Anc. cout. de Champagne, art. 12. Touraine, art. 247. Lodunois, *des Successions de fiefs*, 27, art. 14. Clermont en Beauvoisis, art. 189. Laon, art. 20 et 21, - L'art. 20 parle du droit du mari, l'art. 21 du droit de la femme. Sentis, art. 146. Chauny, art. 15, 16 et 132. Péronne, art. 126, appelle cela privilège de noblesse. Dreux, art. 75. Reims, art. 279 et 281. Bourgogne, art. 25, mais ici le droit n'était pas réciproque ; il n'existait qu'au profit du mari. Châteauneuf, art. 66.

Ce droit existait, s'il n'y avait pas d'enfants, dans certaines coutumes (Paris, art. 238, et plusieurs autres).

Loisel a fait de ce dernier point un cas de droit commun : "Entre nobles, le survivant *sans enfants* gagne, *quasi partout*, les meubles (2, 5, 23)." Et comme cette règle est placée au titre *des Successions*, il s'ensuit que Loisel voit là une succession et non un bénéfice de communauté. C'est aussi ce que faisait la coutume de Valois, art. 62. Mais, en réalité, ce n'est qu'un préciput de communauté.

(137) *Infra*, t. 3, n° 2107 et 2143.

Ferrières sur Paris, art. 238, donne à cela le nom de préciput.

(138) T. 2, art. 1.

Vitry n'admettait ce droit entre non nobles, que s'il n'y avait pas d'enfants (art. 74).

(139) Coutumier général, t. 3, p. 1060, art. 182, et p. 1111.

(140) Chap. 5, art. 8.

(141) Chap. 5, art. 1.

Chaumont, Ouzain, Saint-Aignan, et *autres infinies* (142). L'art. 181 n'en ordonna pas moins le partage égal, comme coutume nouvelle, afin de remédier aux inconvénients dont l'ancienne coutume était la source pour les mineurs et la chose publique (143). Ne suit-il pas de là que, dans la pensée des rédacteurs, la réformation ne portait que sur une matière de communauté, sur un mode secondaire de partage, sur un accident de société particulier à une classe de personnes ; mais qu'au fond il y avait entre les époux un régime de communauté faisant masse des meubles et acquêts, et soumettant à un événement aléatoire l'attribution, après décès, des bénéfices de la collaboration. A la vérité, je vois les nobles soutenir, sur un autre article de la réformation, que la communauté, n'avait pas lieu parmi eux (144). Mais, si l'on se met à leur point de vue, on n'a pas à s'étonner de cette proposition. De quoi s'agissait-il lorsqu'ils tenaient ce langage ? de leur imposer la continuation de communauté, si le survivant ne faisait pas inventaire. Or, ils avaient raison de dire que ce droit était nouveau pour eux, puisque le survivant gagnait la totalité des meubles et acquêts ; ils avaient raison de dire que la communauté n'existait pas pour eux, c'est-à-dire la communauté qui se traduit par un partage égal préparé par un bon et loyal inventaire ; ils avaient raison de dire que leur régime n'était pas le régime de la communauté des bourgeois et celui de la coutume.

Après tout, quand même la coutume de Blois et quelques autres, auraient conservé certaines traces d'un droit matrimonial distinct de la communauté, il n'y aurait rien à en conclure contre le système qui considère ce régime comme étant devenu la loi générale coutumière de la noblesse. En effet, une preuve bien certaine que la communauté existait dans ces temps reculés dont nous parlons, et que, malgré certains modes spéciaux de partage, c'était bien le système de société qui en faisait le fond, c'est que, du temps des croisades, les femmes nobles furent admises à y renoncer, et que ce n'est que plus tard que le privilège de la renonciation fut étendu jusqu'aux roturières, par imitation de ce qui était permis à la femme noble (145).

Le savant auteur avec lequel nous sommes en dissentiment sur ce point ne se rend pas à cet argument. Voyez en effet, dit-il : le passage du *Grand Coutumier*, qu'on cite ordinairement comme le plus ancien témoignage d'une renonciation à la communauté, ne parle que de la renonciation aux meubles, permise à la veuve survivante (146) : "*Item*, l'on dit communément que la femme noble a l'élection de prendre tous les meubles et payer toutes les dettes, ou de renoncer aux meubles pour être quitte des dettes ; de l'homme noble, il n'est mie ainsi (147)." Mais il me semble facile de répondre à cette objection par cette seule remarque : si la femme n'eût eu qu'un droit de succession, comme le droit de renoncer à une succession n'a rien d'exorbitant, que c'est là le droit commun, on n'aurait pas considéré l'introduction du bénéfice de renonciation comme une nouveauté insolite, comme un de ces privilèges qui ne s'accordent qu'en vue de grandes raisons d'équité. Pourquoi cette innovation date-t-elle des croisades

(142) P. 1111.

(143) *Id.*

(144) P. 1111, opposition à l'art. 183.

(145) V. *infra*, n° 1487 et suiv.

(146) P. 78.

(147) *Junge* Beaumanoir, chap. 13, 9, et Monstrelet, liv. 1, chap. 18, qui dit : "Et là la duchesse Marguerite, sa femme (du duc de Bourgogne), *renonça à ses biens meubles* pour le doute qu'elle ne trouvât trop grandes dettes, en mettant sur sa représentation sa ceinture avec sa bourse, et les clefs, *comme il est de coutume*, et de ce demanda instrument à un notaire public qui là était présent."

V. aussi chap. 139, la mort du comte de Saint-Pol.

Loysel, 2, 2 30, et Delaurière.

seulement ? pourquoi fut-elle *donnée* (148) aux veuves des gentilshommes, obérés dans les guerres de la Terre-Sainte ? pourquoi le *Grand Coutumier* l'appelle-t-il un *privilège de renonciation* (149) ? parce que la femme était commune, parce qu'en effet il fallait faire violence à toutes les notions du contrat de société pour dégager l'épouse, liée par un pacte et par le fait du mari, son représentant.

Voilà ce que nous avons à dire sur l'origine de la communauté, et sur son développement dans les pays coutumiers à titre de droit commun. Nous croyons avoir exprimé les seules idées vraies et admissibles.

Quelques écrivains allemands d'une science incontestable ont cru trouver ailleurs le berceau de cette forme si répandue du contrat de mariage (150) ; ils font sortir la communauté du *mundium* germanique, et non des habitudes d'association et des communautés taisibles, qui avaient tant d'énergie dans les bas siècles. Cette opinion ingénieuse, mais hasardée, a été reprise par M. Genouillac, et défendue avec une incontestable habileté (151). Mais ce sont là des systèmes ; ce n'est pas la vérité. Nous pensons avec M. Laboulaye (152) qu'il est impossible de faire sortir l'association d'un régime d'autorité, et nous disons que c'est malgré la puissance maritale que la communauté a régné entre les époux. Quelle vraisemblance y aurait-il d'ailleurs à regarder la communauté comme corollaire du *mundium*, lorsque les classes dans lesquelles elle régna dans l'origine, vouées qu'elles étaient à la mainmorte, ne connaissaient pas ce *mundium* du mari, apanage exclusif du mari de franche condition (153) ? J'admets bien (et du reste tous les auteurs coutumiers l'ont enseigné depuis longtemps) que c'est le *mundium* qui explique certaines anomalies de la communauté conjugale, et donne la raison de certains droits exorbitants du mari. Mais il n'est pas vrai que les droits de la femme sortent de son assujettissement même ; il n'est pas vrai que le *mundium* soit, pour elle, la source d'une association qui, à un jour donné, la met sur un pied d'égalité avec son mari. M. Genouillac a parfaitement raison quand il enseigne que c'est en vertu de l'autorité maritale que le mari a la jouissance des propres de la femme (154), et la disposition des meubles et conquêts. Mais ce qui m'embarrasse dans sa doctrine, c'est de comprendre comment le droit de la femme, à partager sur le pied d'égalité, entre comme effet dans cette cause. Les législations qui, pareilles aux législations anglaise et hollandaise, sont restées fidèles à la pureté des principes germaniques, ne sont jamais arrivées à la communauté ; elles ne donnent de droits à la femme que comme héritière (155). C'est ainsi qu'à Rome, et du temps de la *manus*, la femme avait part dans la succession de son mari. Le *mundium* n'a pas plus engendré la communauté que la *manus*.

Après avoir parlé du droit des pays de droit écrit et du droit des pays de coutume, il nous reste à dire quelques mots du droit normand, qui se distingue de tous deux par son caractère exceptionnel.

(148) Expression du Grand Coutumier.

(149) *Et pour ce, ont le privilège de renonciation.*

(150) Mittermaier, Phillips, Eichhorn.

(151) P. 283 à 320.

(152) P. 375.

(153) *Suprà.* - V. Loisel, 1, 2, 20.

(154) P. 294, 297 et 298.

(155) M. Laboulaye, *loc. cit.*

Les Normands, arrivant quatre siècles après la conquête des Francs, apportaient avec eux toute l'énergie de l'esprit germanique, déjà affaiblie, sur le sol des Gaules, chez les premiers vainqueurs. La Neustrie, concédée à Raoul, chef de ces barbares scandinaves, par Charles-le-Simple (156), devint le théâtre de cette nouvelle importation du génie des peuples du Nord. Après de grandes cruautés et d'horribles barbaries, après la ruine des cloîtres et la fumée des incendies, les Normands, fixés dans cette riche contrée, sous le sceptre justicier de Raoul (157), firent succéder les établissements aux pirateries dévastatrices ; et, tout en tenant compte des usages de la population neustrienne (158), ils développèrent leurs mœurs natives dans le système des successions, des mariages, des procédures, de la pénalité. Le caractère normand se montre, dès l'origine, prévoyant (159), avisé, parcimonieux et formaliste. "Jamais coutume, je cite Basnage (160), ne s'est plus défiée de la sagesse et de la bonne conduite de l'homme que celle de Normandie ; elle l'a presque mis en curatelle générale et perpétuelle." Elle se défiait à plus forte raison de la sagesse des femmes. Aussi les femmes y furent-elles beaucoup plus dépendantes de leurs maris que partout ailleurs. C'est une remarque qu'a faite Dumoulin : "In Neustriâ, mulieres sunt ut ancillæ, multùm viris subditæ, qui sunt avari." L'exclusion de communauté devait être la conséquence de cette situation (161). C'est en effet ce qui arriva : la coutume prohibait formellement la communauté entre époux (162) ; toutes les maximes du droit normand étaient contraires à ce régime (163). Jusqu'au dernier moment, l'esprit exclusif des légistes et des magistrats normands, fidèles interprètes de la coutume, lutta pour empêcher la province d'être envahie par le contact des idées de communauté qui régnaient à ses portes avec tant d'autorité.

Quel était donc le régime primitif de la Normandie ? c'était celui que les nations germaniques avaient porté avec elles partout où s'étaient dirigées leurs migrations ; c'était le régime de la dot du mari (164), cette dot qu'après la conversion des barbares au christianisme, le mari promettait ad *ostium ecclesiæ* (165) ; c'était aussi le droit de prendre le tiers dans les acquêts (166). Le douaire ad *ostium ecclesiæ* était une convention de mariage. Le droit aux acquêts était un droit de succession (167) résultant de la loi coutumière ; il a conservé ce caractère de succession avec la ténacité propre aux institutions normandes, jusqu'à ce qu'il ait péri avec la coutume.

Quant au régime dotal, il est bon de remarquer que le mot dot n'a été appliqué, pour la première fois, au bien apporté par la femme à son mari, que dans un arrêt du parlement de Normandie de 1539 (168). Auparavant on l'appelait *mariage, maritagium* ; d'où l'action de *mariage encombré*, qui, dès une époque très-reculée, était accordée à la femme normande

(156) M. Thierry, *Hist. de la conquête de l'Angleterre par les Normands.*, t. 1, p. 199.

(157) *Id.*, p. 204.

(158) Houard, *Anciennes Loix des Français*, disc. prélim., t. 1, p. XXV.

(159) Basnage dit que les Normands étaient d'un esprit *fort provide* (sur l'art. 1, p. 6).

(160) Sur le titre de *la Succession* en propre, préface.

(161) Bouhier sur Bourgogne, t. 1, p. 717.

(162) Art. 389.

Houard, *Dict. de droit normand*, v° *Communauté*.

(163) Basnage sur l'art. 389 de la coutume.

(164) Littleton, chap. 5, dans la collection des *Anciennes Loix des Français* de Houard, t. 1, p. 43, avec les notes de ce jurisconsulte.

(165) Littleton, chap. 5, sect. 39.

(166) *Id.* p. 56 et 57.

(167) Houard, *Dict. de droit normand*, v° *Communauté*.

(168) *Id.*, loc. cit., v° *Dot*.

lorsque son bien, son mariage, avait été indûment aliéné par son mari (169). On en trouve déjà des traces en 1211 (170). Quoique le mari eût la seigneurie de sa femme et exerçât sur elle une autorité qui allait jusqu'à la maltraiter (sauf à ne pas lui crever les yeux et lui briser les bras (171)), cependant il ne pouvait lui préjudicier par des aliénations non consenties par elle et qui lui enlevaient ses propres. A la vérité, on lit dans l'ancienne coutume que la femme *ne pouvait rien avoir pour elle que tout ne fût à son mari* ; et plus bas : "De ce que la femme est à la poste de son mari, il peut faire à sa volonté d'elle, de ses choses et de ses héritages..., et ne peut (femme) rappeler ce qu'il fait (172)." Mais l'unique portée de ce texte est que, durant le mariage, la femme est sans action pour ébranler les actes de son mari ; il ne signifie pas qu'après la dissolution du mariage, la femme doit rester dessaisie. L'action de mariage *encombré* fut précisément introduite pour venir à son secours ; et, dès le commencement du 13^e siècle, la jurisprudence normande était que le mari ne pouvait vendre le bien de sa femme sans le consentement de cette dernière ; sans quoi le mari aurait été le maître de porter atteinte à la conservation des propres de famille. Or, on sait que le droit public normand considérait la conservation des propres comme une base essentielle des intérêts domestiques. Il fallait donc le consentement des deux époux pour que le bien dotal, le mariage, fût légalement aliéné (173) ; sinon, il se trouvait aliéné *moins que dûment*, pour ne servir du langage de la nouvelle coutume, et le *bref de mariage encombré* était accordé pour protéger l'épouse.

Plus tard, la vente régulière du bien dotal donna à l'épouse une action de remploi contre son mari (174). Il est permis de croire que, dans la Normandie comme ailleurs, le remploi légal n'existait pas originairement, et que le bref de mariage encombré n'avait pas lieu alors que la vente s'était dûment opérée par le consentement des deux époux (175). Mais, par la suite, le remploi légal ou de plein droit s'introduisit, pour le grand avantage des femmes, par la jurisprudence des parlements ; la Normandie participa à ce progrès. Mais elle y ajouta ceci : s'il arrivait que les biens du mari ne fussent pas suffisants pour fournir le remploi, la prévoyance conservatrice des magistrats normands (176), et ensuite de la coutume, considérait comme inutile le consentement prêté à l'acquéreur par l'épouse ; celle-ci pouvait rentrer dans ses biens, sans restitution de deniers (177). C'est en quoi la coutume de Normandie différait des statuts des pays de coutume, où l'obligation du remploi n'exerçait pas de réaction sur les tiers de bonne foi. En Normandie, au contraire, les tiers étaient tenus de veiller au remploi, s'ils ne voulaient pas s'exposer à des recherches funestes.

On aperçoit par là que le régime dotal de la Normandie n'avait rien de pareil au régime dotal du Code de Justinien. La coutume de Normandie, qui visait surtout à l'originalité, n'aurait jamais voulu se laisser défigurer par les maximes du droit romain, pas plus que par les maximes du droit coutumier (178). Son point de départ était tout opposé au droit romain, puisqu'elle

(169) V. Du Cange, v^o *Combrî*, au § *Encombratum maritagium*.

(170) *Id.*, et Brussel, *Usage des fiefs*, t. 2, p. 93.

(171) Texte de l'ancienne coutume, chap. 100, rappelé par Basnage sur la préface de l'art. 537.

(172) Chap. 100, intitulé : *du Brief de mariage encombré*.

(173) Art. 538.

(174) Art. 539.

(175) Dumoulin sur Paris, § 108. Il dit : "Il y a *arrêt de Rouen qui déclare que le profit de mariage encombré n'a lieu quand la femme vend avec son mari.*"

(176) Arrêt de 1539, qui précéda la disposition de la coutume et la prépara.

V. M. Homberg, dans son excellente dissertation sur les *Abus du régime dotal*, p. 120.

(177) Art. 540.

(178) Houard, *Anciennes Lois des Français*, préface, p. XXXI.

permettait l'aliénation du bien de la femme, tandis que Justinien la défendait absolument (179). Elle ne s'en rapprochait que dans la faculté qu'elle donnait à la femme qui ne trouvait pas de remploi d'inquiéter les tiers détenteurs. Mais il y avait cette différence que, dans le système du Code de Justinien, l'action de la femme, contre les acheteurs de son bien, était principale et directe, tandis que, dans le droit normand, elle n'était jamais que subsidiaire. En un mot, la coutume de Normandie se séparait essentiellement du droit coutumier et du droit romain. Elle avait pris une voie mitoyenne entre l'un et l'autre (180), donnant au crédit beaucoup moins que le droit coutumier, et beaucoup plus que le droit de Justinien.

Des esprits éclairés n'ont pas goûté cet éclectisme du droit normand (181) ; d'autres y ont vu un des chefs-d'œuvre qui ont fait donner à la coutume de Normandie le nom de *sage coutume*. Ce qu'il y a de sûr, c'est que le régime dotal est entré fort avant dans les préjugés de la population normande, et qu'il correspond, jusqu'à un certain point, avec ses idées de circonspection et ses habitudes de défiance. La preuve en est que même aujourd'hui, quelque déformation que le système normand ait éprouvée par le régime dotal du Code civil, on incline vers ce dernier régime plutôt que vers la communauté, sauf à se rapprocher le plus possible, par des pactes spéciaux, de l'ancien usage (182). Cette persistance est une preuve éclatante des tendances populaires : il n'y a pas de paysan normand, si illettré qu'il soit, qui ne répète comme un élève de Basnage : "Bien de femme ne doit pas se perdre." Mais ce qui se perd, c'est le crédit, c'est la facilité des affaires, c'est la sûreté des acquisitions. Les complications hérissent, en effet, les transactions les plus simples, et les tribunaux retentissent de tristes et nombreux débats qui attestent l'absence de bonne foi et une lacune dans la morale publique.

Ceci nous conduit à présenter quelques observations sur le régime dotal comparé au régime de la communauté.

Nul ne contestera que la communauté ne soit le mode d'association le mieux approprié au lien qui unit la personne des époux. S'il s'est tardivement introduit dans les mœurs des nations, c'est que l'émancipation de la femme a été une conquête lente de la civilisation, et qu'avec la servitude de la femme la communauté est absolument impossible. Le christianisme a tiré la femme de son état d'infériorité, et après l'avoir élevée jusqu'à l'homme par un rapport d'égalité, il a élevé le mariage jusqu'à Dieu par un principe de spiritualité. L'union de l'homme et de la femme dans une seule personne a pris, par le mariage chrétien, un caractère chaste et moral qu'il n'avait jamais eu auparavant. Au point de vue de la philosophie chrétienne, les rapports des sexes sont moins une satisfaction donnée à la nature brutale qu'un échange de dévouement et d'amitié, et la source d'une autre amitié non moins grande, l'affection paternelle. Les époux sont une même chair, et deux personnes en une.

Je me rappelle qu'Aristophane, dans sa discussion sur l'amour, dit que la passion, quand elle est violente, donne le désir de fondre notre existence dans celle de l'objet aimé et de ne faire qu'un seul et même être avec lui (183). Le mariage chrétien réalise ce désir en l'épurant ; et

(179) Basnage sur l'art. 538.

(180) *Id.* sur l'art. 539.

(181) M. Homberg, *loc. cit.*, p. 124 ; M. Senard, cité par lui, p. 127 et 128. La dissertation de M. Homberg est très-intéressante à lire et très-digne de méditation.

M. Marcel, notaire à Louviers, du *Régime dotal*.

(182) On stipule la faculté d'aliéner avec remploi ; mais le recours n'est plus subsidiaire comme jadis ; il a toute la rigueur d'une action directe. On stipule aussi des sociétés d'acquêts, ainsi que nous le verrons plus tard.

(183) Aristote, *Politique*, liv. 2, chap. 1, p. 99, a reproduit cette idée.

quand un choix sage et réfléchi le rend heureux, il semble que Platon ait exprimé une vérité plutôt qu'une fable ingénieuse, lorsqu'il représente, dans son *Banquet*, les deux moitiés comme n'ayant fait qu'un dans un monde primitif, et se cherchant, se reconnaissant et s'unissant dans une nouvelle union (184).

Quelle est la conséquence de cette unité ? est-ce une séparation dans les intérêts, comme le veut le régime dotal ? est-ce une société de biens, comme le veut le régime de la communauté ? la réponse n'est pas difficile : unité de personnes, identité d'intérêts, communauté de biens, ce sont là des idées qui s'enchaînent invinciblement, et l'on ne sépare les intérêts de deux être si intimement conjoints qu'en déviant de la pensée qui a rapproché leurs personnes. Le régime dotal est donc en désaccord avec la vérité quand il met, dans le régime des biens, une séparation qui répugne au régime des personnes. La communauté est le seul régime analogique à l'essence du mariage.

Mais ce n'est pas tout. Que se passe-t-il quand le mariage est contracté ? n'y a-t-il pas une collaboration de tous les instants, une œuvre incessante et commune pour s'aider, se secourir, grandir en bien-être et en honneur, et assurer le sort des enfants ? La communauté des acquêts est donc le résultat logique de cette action commune, et le régime dotal marche à rebours du vrai en donnant tous les bénéfices au mari et rien à la femme. Lorsque deux personnes s'associent pour une entreprise commerciale, tous les profits sont communs ; c'est là la règle de la justice et le bon sens. Or, voilà deux personnes qui s'unissent par des liens bien plus étroits que ceux d'une affaire de commerce, qui mettent en commun leur existence et leurs pensées, dont tous les actes réagissent de l'une à l'autre ; et ces deux personnes, placées par le régime dotal sur un pied de séparation, ne confondront pas les acquisitions recueillies par le labeur commun ! La femme aura travaillé, aura souffert, aura économisé, sans que les profits soient partagés avec elle ! pareille à une étrangère ou à une servante de la maison, il faudra qu'elle quitte tout ce qui était cher à son cœur et à ses habitudes dans les objets dont elle a joui et à l'acquisition desquels elle a coopéré ; il faudra qu'elle se contente de retirer son pécule dotal, sorte de dépôt qui doit la consoler du reste ! Est-ce là la nature ? est-ce une combinaison qui soit d'accord avec les affections de l'épouse et le rôle qu'elle a joué dans la société conjugale ? Je conviens que la femme n'est pas exposée à perdre sa fortune personnelle dans un tel système ; mais pour arriver à ce résultat, dont se glorifient les partisans de la dot, il faut isoler la femme des vicissitudes de la vie conjugale ; il faut briser le *consortium omnis vitæ* ; il faut la rendre indifférente aux revers et aux prospérités du mariage. Quelle subversion de la pensée fondamentale qui préside au mariage chrétien, à cette association de deux destinées également bénies par la main du prêtre, pour la bonne et la mauvaise fortune ! La femme est la Vesta du foyer domestique ; quand elle est absente, on sent que la maison manque de sa divinité. Que fait le régime dotal, sinon effacer son concours, paralyser son influence, annuler sa participation ?

Maintenant, cette conservation de la dot, achetée au prix de tant de contre-sens, est-elle en soi un acte approuvé par la justice et d'accord avec la conscience ? non, certainement non, au moins dans la plupart des cas. Les époux ont contracté des dettes, soit pour se livrer à une vie plus agréable, soit et plus facile, soit pour pourvoir plus largement à une meilleure éducation des enfants : la femme ne jouit-elle pas de ces douceurs ou de ces avantages ? pourquoi donc ne les payerait-elle pas ? n'est-elle pas capable d'engagements avec l'autorisation de son mari ? est-elle dans la bonne foi, quand elle résiste aux réclamations du créancier qui a loyalement prêté ses

(184) Trad. de M. Cousin, t. 6, p. 273, 274 et 275.

fonds à elle et à son mari, ou de la caution qui a répondu pour eux, ou de l'ouvrier qui a fait des fournitures pour les besoins de la maison ? Mariée en communauté, la femme se couvrirait de honte, si elle venait renier ses engagements. Mais il y a une autre morale pour la femme dotale : elle peut promettre et signer ; elle n'est pas forcée de tenir.

On ne peut donc pas dire que ce soit dans le régime dotal que réside le siège de la bonne foi. Ce régime provoque, au contraire, aux plus grands manquements de la foi promise. Voilà pourquoi, malgré son apparente simplicité, il fait surgir une foule de procès où l'on voit les pactes déchirés, l'équité vaincue par le droit strict, le bon service payé par l'ingratitude, le crédit sacrifié à la chicane. L'intérêt public exige, dit-on, que, même à ce prix, le bien dotal se retrouve toujours : je m'incline donc devant l'intérêt public. Mais on ne m'empêchera pas de penser que le régime de la communauté est bien supérieur, lui qui tient compte du crédit, qui s'arrange avec la bonne foi, qui respecte les contrats. Est-ce une bonne école pour la morale publique d'un pays, qu'un régime qui, par sa nature même, donne beaucoup plus d'appât aux mauvaises passions qu'aux sentiments honnêtes ? N'est-on pas autorisé à supposer que les pays où fleurit la communauté sont plus avancés en liberté civile, et présentent plus de loyauté dans les mœurs, plus de sûreté dans les rapports privés, plus d'égalité entre les deux époux ? La preuve en est que les choses marchent à merveille dans les pays de communauté, en laissant le mariage se régir par la liberté et la bonne foi, tandis qu'on croirait tout perdu dans les pays dotaux, si on ne cantonnait les époux dans un régime de contrainte, de prohibition et de nullités. Le régime dotal prend pour son point de départ la défiance ; la communauté prend le sien dans la confiance. Le régime dotal ne voit surtout que les maris qui se ruinent ; le régime de la communauté est plus préoccupé des bons pères de famille que le progrès vient récompenser de leur diligence. L'un est essentiellement pessimiste ; l'autre, sans être absolu dans son optimisme, espère dans la sagesse de l'homme et dans ses vertus économiques. Évidemment, les populations que le législateur juge capables de supporter le libre régime de la communauté sont, à ses yeux, supérieures en dignité à celles qu'il faut tenir en bride par des restrictions à la liberté.

Voilà le côté moral de la question... Venons au point de vue économique.

Est-il bon que la moitié des biens d'une province soient soustraits au mouvement de circulation qui, dans les pays de communauté, a donné à la terre une si prodigieuse valeur ? Est-il conforme aux intérêts des époux que des capitaux immobiliers, dont ils pourraient tirer un parti très-avantageux par une vente opportune, restent amortis dans leurs mains ? J'ai reçu en dot un bien d'agrément qui me condamne à des dépenses onéreuses ; je pourrais, en l'aliénant, me dégrever de ce passif annuel, placer le prix, augmenter le revenu de mon ménage : point du tout ; le régime dotal m'oblige, par esprit de conservation, à m'appauvrir en frais stériles, à renoncer à tout progrès, et à vivre dans le malaise, au lieu du bien-être que j'ai sous ma main. Un fonctionnaire public a des biens dotaux dans le Midi ; il accepte dans le Nord des fonctions inamovibles qui fixent son domicile loin du siège de sa fortune. Une sage économie domestique lui conseillera de vendre les immeubles dotaux, et d'en acheter d'autres dans sa nouvelle patrie. Mais non ! le régime dotal le condamne à garder malgré lui des biens qu'il ne peut surveiller ; il sera forcé de se donner un homme d'affaires, et ce qu'il connaîtra de plus clair et de plus net, ce sont les charges de la propriété et non les revenus. Un petit propriétaire a pour 4,000 fr. d'immeubles ; il éprouve un de ces accidents de force majeure qui mettent le père de famille le plus rangé dans la nécessité d'emprunter : 1,000 lui seraient nécessaires et pourraient le mettre à flot ; il travaillerait sous de meilleurs auspices ; il économiserait et pourrait réparer ses pertes en payant ses dettes. Mais la femme, créancière d'une dot de 1,500 fr., a une hypothèque légale sur les immeubles de son mari ; et comme elle n'y peut renoncer, ainsi que pourrait le faire une femme commune en biens, le mari ne trouve personne qui consente à prêter des fonds sur le

gage immobilier, lequel, y compris les frais de séparation, d'expropriation et d'ordre pour le cas extrême où il faudrait en venir à la saisie (185), n'est plus suffisant pour présenter une sécurité (186). Ainsi, voilà la ménage condamné à périr ; 1,000 francs emprunté à temps auraient pu le sauver. Mais le régime dotal, qui prétend conserver, prononce son arrêt de mort.

Que dirai-je enfin des progrès que les familles agricoles du nord de la France obtiennent tous les jours dans leurs exploitations, en offrant aux tiers le crédit simultané de l'homme et de la femme ? Que dirai-je, par contre, de l'impuissance des époux dotaux pour sortir d'une routine stérile, grâce à l'absence de crédit qui est le fruit déplorable de leur situation matrimoniale ?

Que résulte-t-il de là ?

C'est que les époux s'ingénient pour faire fraude à une loi qui les blesse si profondément. On simule des actes afin de se placer dans les cas rares où la loi permet l'aliénation du bien dotal. Par exemple, on fait apparaître un établissement menteur pour un enfant ; ou bien on arrange, avec des compères, des contraintes par corps fictives (187) ; ou bien encore on suppose des besoins d'aliments qui n'existent pas, etc., etc., et par là on surprend à la justice des autorisations d'aliéner. Nous ne disons rien ici que la suite de ce commentaire ne montre bientôt dans de tristes faits. Ces manœuvres sont usuelles, et, quoique très-fréquentes, elles s'enveloppent de tant d'artifice qu'il est presque impossible aux magistrats de les saisir.

Mais ce n'est encore qu'un des moindres maux du régime dotal. C'est surtout à l'égard des tiers que ce régime est hostile à tout crédit et fertile en déceptions.

Un bien est mis en vente ; il appartient à une femme qui s'est mariée hors pays, et qui dit avoir contracté mariage sans contrat ; elle et son mari jurent leurs grands dieux qu'ils sont communs en biens, et qu'aucun pacte dotal n'enchaîne leur liberté. Un vendeur de bonne foi achète, purge et paye ; mais quelques années après, les époux étant morts, un héritier se présente qui, au nom de sa mère, montre un contrat de constitution dotale, et fait révoquer l'aliénation. J'ai été témoin, il y a peu de temps, d'une fraude de cette espèce. Comment l'acquéreur pouvait-il se garantir de cette surprise ? quelle raison avait-il de mettre en doute un fait aussi vraisemblable et aussi fréquent qu'un mariage sans contrat ?

Maintenant supposons qu'un contrat de mariage existe, et qu'il soit loyalement produit ; sachez bien qu'il n'est pas si facile qu'on le croit d'y voir ce qui y est écrit et d'exécuter ce qu'il commande.

Et d'abord est-ce, en réalité, le régime dotal qui est dans le vœu des époux ? est-ce ce régime qu'ils ont préféré à tout autre ? Ensuite, à quoi s'étend-il ? laisse-t-il les paraphernaux en dehors de ses prévisions ? Prenez garde qu'ici tout est de la plus haute importance pour les tiers, que la moindre erreur d'interprétation est ruineuse et irréparable, et que, cependant, les écueils sont nombreux, et qu'on marche sur la pointe d'une subtilité de langage, d'un mot à double sens, d'une phrase plus ou moins correcte (188).

Mais avançons. Voilà le régime dotal clairement constitué. Il autorise l'aliénation de la dot. Gardons-nous de croire que tout est fini ; nous ne sommes encore qu'au début.

(185) On peut les évaluer à	2,500 fr.
Plus, la dot de la femme,	1,500 fr.
Total :	4,000 fr.

(186) MM. Hombert, p. 206, a très-bien exposé ces inconvénients. Marcel, *du Régime dotal*.

(187) *Infrà*, n° 3439.

(188) *Infrà*, n° 3005 et suiv.

Et d'abord, l'autorisation d'aliéner contient-elle en soi l'autorisation d'hypothéquer ? On comprend qu'il a fallu bien des procès ruineux et bien des arrêts, avant de faire entrer dans les esprits raisonnables que celui qui se réserve le droit d'aliéner ne se réserve pas la faculté d'hypothéquer.

Ce n'est pas tout : la femme s'est-elle réservée aussi le droit d'aliéner sa dot mobilière, ou de s'engager ? On verra plus tard quel œil de lynx il faut avoir, dans certains cas, pour apercevoir les pièges que, sur de telles questions, le régime dotal sème sur les pas des tiers de bonne foi. Ajoutons que la jurisprudence moderne, plus sévère que les anciens arrêts des parlements voués à la dotalité et que la loi elle-même, interprète presque toujours les clauses dans le sens le plus favorable au crédit, et que le moindre mot suffit pour renverser les opinions les plus vraisemblables et briser les engagements les plus solennels.

Assez souvent les parties conviennent que la dot sera aliénable à condition de emploi. Mais que d'embarras dans l'exécution du remplacement (189) ! que d'embûches pour les tiers ! que d'entraves aux affaires ! Dans le régime de la communauté, il n'y a rien de plus simple et de plus conciliable avec le crédit que le système du emploi. Dans le régime dotal, il n'y a rien de si compliqué et de si gênant pour les tiers. Ils sont les boucs émissaires de l'opération, si elle tourne mal ; car ils répondent des causes d'éviction existantes au moment de la vente (190), comme s'ils eussent eux-mêmes vendu ; ils sont taillables et corvéables, soit pour une insuffisance de prix dans une vente à laquelle ils sont restés étrangers (191), soit pour les loyaux coûts d'un contrat d'acquisition dans lequel ils n'ont rien à faire (192). Ce qu'il y a de plus heureux pour eux, c'est d'être obligés de garder leur argent sans pouvoir se libérer, et de détenir, pendant des années entière, des propriétés dont le sort est incertain. Pour en finir, on est presque toujours obligé de faire un procès, soit réel, soit fictif, afin de ne pas payer qu'à l'ombre d'un jugement passé en force de chose de jugée.

A tous ces inconvénients ajouterai-je que la dotalité s'oppose aux relations de bon voisinage d'héritage à héritage, qu'elle ne permet pas de recourir à des arbitres sur un procès qu'on voudrait éviter, que l'adversaire de la femme est presque toujours obligé de payer les frais du procès qu'il a gagné contre elle ?

La conclusion de tout ceci est évidente : le régime dotal immole la morale publique à l'esprit de conservation ; il sépare les époux au lieu de les réunir ; il enlève à la propriété son mouvement, son essor, sa fécondité ; il la paralyse en l'amortissant. S'il donne de la stabilité aux intérêts de la femme, il fait peser sur les tiers et sur le crédit une instabilité désastreuse. Cette stabilité, d'ailleurs, par combien de froissements et de calamités n'est-elle pas achetée ! Que de remords ne faut-il pas dévorer pour venir tourmenter des tiers qui ont fait vivre le ménage de leur argent, et fourni à la femme des valeurs dont elle a eu sa part de jouissance et de profit !

Quoiqu'il en soit, cette pensée de Pasquier sera longtemps vraie :

"Interrogez ceux qui sont nourris au pays de droit écrit, ils vous diront que la séparation des biens est, sans comparaison, meilleure que la communauté ; et ceux du pays de coutume donneront leur avis en faveur de la communauté des biens ; tant a de tyrannie sur nous un long

(189) *Infra*, n° 3403 et suiv., et 3406.

(190) N° 3424.

(191) N° 3427.

(192) N° 3428.

et ancien usage (193) !” Mais que nous importent ces vulgaires préjugés, à nous qui n'avons pas la prétention de convertir les peuples ? car nous ne parlons qu'au petit nombre de ceux qui portent dans l'étude du droit un esprit critique et philosophique. Or, nous sommes sûr de trouver de l'écho parmi eux, lors même qu'ils auraient sucé en naissant le lait des pays dotaux. En Normandie, par exemple, il est peu d'hommes réfléchis qui ne reconnaissent les maux attachés au régime dotal, regrettant que le Code civil n'ait pas été l'occasion de substituer, dans cette province, la communauté à la routine dotale. J'ai remarqué également, dans une assez longue expérience des hommes, que les juges les moins enclins à exagérer les privilèges de la dotalité sont les magistrats nés dans le Midi, qui, transplantés dans les provinces de communauté, ont pu faire une étude pratique des deux régimes, et se sont éclairés, par la comparaison, sur les inconvénients de la dot. Il suffit, en effet, d'observer de près les mariages gouvernés par la communauté, pour être convaincu qu'ils se signalent par plus d'égalité entre les époux, plus d'émulation dans le travail, de bonne foi dans les rapports extérieurs, plus de crédit auprès des tiers, plus de progrès dans la famille. Que ceux qui n'ont jamais vu fonctionner la communauté y aperçoivent des périls et des difficultés pratiques, je le conçois, et c'est ce qui m'explique certaines prédilections invétérées pour la dot. Mais quiconque aura été témoin de l'application de la communauté au mariage, dans les provinces que féconde ce régime, reconnaîtra que le mécanisme n'en est compliqué qu'en apparence, que la bonne foi et l'équité en simplifient les rouages, et qu'il vaut mieux vivre sous une loi de liberté et de confiance que sous une loi de contrainte et de défiance. Les époux qui répondent, par les vertus domestiques et par le progrès, à la confiance du législateur dans leur liberté, offrent un spectacle honnête, qui plaît à la raison, et finit par illuminer et par convaincre les consciences les plus récalcitrantes. C'est le phénomène de la forêt de Dodone, dont la fontaine sacrée avait le privilège d'allumer le flambeau qu'on en approchait à une certaine distance (194).

(193) *Recherch.*, liv. 4, p. 500.

(194) Pline, 2, 103. *Mémoires de l'Acad. des Sciences*, 1699, p. 23.

10. Des donations entre vifs et des testaments (1855).

Cette dernière préface est une espèce d'ode à la liberté de tester, et la démonstration que "le droit de tester a toujours été lié à l'état de la liberté civile, et qu'il en a suivi le développement ou la décadence. Liberté civile, propriété et testament, ce sont trois termes connexes dont les deux derniers s'obscurcissent quand le premier est voilé" (p. V).

La démonstration historique de cette proposition ne manque pas de souffle. Troplong montre d'abord à Rome "l'antagonisme du droit de l'Etat avec le droit de l'homme", puis "la lutte du sentiment de l'équité contre le matérialisme des formes" et "l'infiltration du droit naturel", "la conquête des affections de la nature et du droit du sang" sur la tyrannie du père de famille. Mais le fil de cette démonstration se perd un peu dans les marges du sujet (les lois décimaires), les controverses savantes (sur l'octroi du jus liberorum à Livie) ou les anecdotes (le testament de Platon). La partie d'Ancien droit est aussi ample - mais aussi peu construite ; pour montrer les progrès conjoints de la liberté et du droit de tester, Troplong associe le développement du testament à l'affranchissement des mainmortables, puis décrit la sécularisation du testament (grâce aux "libertés gallicanes"), les travail des feudistes en faveur des "pactes de succéder", enfin l'invention de la saisine, libérant la propriété roturière des prétentions féodales au droit de relief ("Une fois entrée dans les voies de la liberté, (la propriété) voulut échapper entièrement à ses anciennes étreintes"). Cette vaste vue des progrès de la libre transmission à cause de mort s'achève sur la question de la directe royale sur toutes les terres et "la sanglante affaire du dixième" en 1692 (où l'on voit que Troplong a lu les Mémoires de Saint-Simon), curieusement reliée aux doctrines de Mirabeau et de Tronchet contre la "légitimité naturelle du droit de tester". Mais Troplong, célèbre et parvenu au faite de sa carrière, se cite beaucoup, digresse, s'abandonne aux "tableaux piquants" (pris dans La Bruyère) et aux souvenirs personnels (l'affaire des testaments du marquis d'Aligre), et termine opportunément sur "la dernière larme versée sur la France par l'exilé de Sainte-Hélène".

On a retenu de cette préface touffue ce qui concerne le testament romain (p. XXXVI à LVIII) et le passage très caractéristique où Troplong montre, sous l'Ancien Droit, le lien de la liberté testamentaire avec la liberté civile en général (à partir de la p. XCVII).

PRÉFACE

*In publicis nihil est lege gravius ;
in privatis firmissimum sit testamentum.
(CICERON, Philipp., 2, 12.)*

Si le droit civil n'était qu'une science de texte, il aurait beaucoup moins d'attrait pour les esprits philosophiques ; l'exégèse, quelque nécessaire qu'elle soit, n'en est que la partie la plus aride et la plus rétrécie. Au-dessus d'elle s'élève, à une grande hauteur, la recherche des vérités naturelles sur lesquelles reposent les rapports privés de l'homme, ses engagements et ses droits

de famille et de propriété. C'est dans cette sphère que le droit civil se montre comme un rayon divin qui brille ou s'obscurcit dans l'humanité, suivant la marche de la civilisation. C'est là qu'on le voit se développer comme une des formes de la liberté humaine s'exerçant dans ce que l'homme a de plus sacré.

Toutes les parties de la science, cependant, ne se prête pas également à cette association intéressante de la philosophie et des textes. Il en est qui se tiennent plus éloignées que d'autres des régions sublimes aux quelles est attaché le premier anneau de la chaîne du droit. Mais le droit de tester, ce droit d'une volonté mortelle qui dicte des lois au delà de la vie, nous y transporte si naturellement que Leibnitz le faisait dériver de l'immortalité de l'âme (1). Sans aller jusque-là, il suffit que le testament se présente comme un privilège de la liberté privée et comme une juridiction du propriétaire et du père de famille, pour conduire l'esprit dans les voies les plus hautes de la jurisprudence.

Nous avons dit, dans notre petit *Traité de la propriété suivant le Code Napoléon*, que le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil (2). Le testament, en effet, est entièrement lié au sort de la liberté civile ; il est gêné ou contesté, quand la liberté civile est mal assise ; il est respecté, quand la liberté civile a, dans la société, la place qui lui appartient. La propriété étant la légitime conquête de la liberté de l'homme sur la matière, et le testament étant la plus énergique expression de la liberté du propriétaire, il s'ensuit que tant est la liberté civile dans un État, tant y est le testament. L'histoire prouve que toutes les fois que la liberté civile est comprimée ou mise en question, la propriété et par conséquent le testament sont sacrifiés à de tyranniques combinaisons.

On a beaucoup dit et toujours avec raison, que la France est amoureuse de l'égalité. Mais on n'a pas assez remarqué combien elle est passionnée pour la liberté civile. L'histoire du Tiers Etat est, en très-grande partie, une longue lutte pour la liberté civile, couronnée par le Code Napoléon. Si la féodalité a laissé dans le cœur des populations tant de souvenirs de haine, c'est à cause de ses prétentions sur les personnes, sur les terres et sur les actes et engagements de la vie civile. Le mouvement communal du XIIe siècle émancipa les personnes dans l'ordre civil ; le mouvement de 89, qui, en toutes choses, jeta la liberté à pleines mains, émancipa les terres. C'est alors que le Code Napoléon put s'élever pour constituer, dans la mesure dictée par la prudence, la souveraineté du citoyen français sur lui-même et sur sa propriété, et par suite la souveraineté de sa volonté pour disposer de ses biens. Par là, le Français a été mis en possession d'un des droits les plus chers à son caractère et à sa nature. Le Français, en effet, a dans les veines un sang qui lui rappelle et la liberté du *civis romanus* et l'indépendance individuelle du seigneur féodal. Grâce à l'égalité des conditions conquises en 89, chacun se sent suzerain chez soi par droit de naissance, autant que l'antique et noble possesseur de francs-aileux ; chacun porte haut son sceptre domestique, aussi haut que le Romain altier, dans la personne duquel la loi des Douze-Tables avait consacré la puissance du *Paterfamilias* ; de sorte que le plus humble comme le plus grand a la prétention de ne relever que de Dieu, quant à sa famille et à son bien, et sauf la loi et le droit d'autrui. Il n'y a pas chez nous de sentiment plus intime et plus profond que celui-là. Les gouvernements et les systèmes politiques qui ne l'ont pas ménagé, en voulant le subordonner à l'immixtion et à la domination de l'État, en ont fait l'épreuve ; car ils se sont rendus impopulaires, odieux et impossibles, ainsi que nous l'avons vu

(1) *Meth. nov. descendæ jurispr.*, p. 1, § 20. *Infra*, n° 13.

(2) Ch. 31.

dans ces derniers temps. La France transige quelquefois volontiers sur le chapitre de la liberté politique, dans l'intérêt de l'ordre ; mais elle est inflexible quand il s'agit de l'amointrissement de la liberté civile, qui est la liberté essentielle, fondamentale et inaliénable.

Ceci posé, et puisqu'il est vrai que le testament est le signe le plus apparent de la propriété libre et de l'autorité de la volonté individuelle, il ne faut pas s'étonner qu'il tienne une grande place dans le Code Napoléon. Ce Code est une assise fondamentale de notre liberté civile ; il a donné aux droits privés et à cette liberté du père de famille et du propriétaire, les plus amples développements. Partout, il a préféré et fait prévaloir les combinaisons les plus libérales. L'on chercherait en vain un droit plus spiritualisé, plus dégagé de l'empire des formes matérielles, de l'intervention usurpatrice de l'État, des prétentions abusives de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel, que dans une législation qui, pour tout dire d'un mot, assure à la seule parole de l'homme la puissance de transférer à titre onéreux la propriété, et à un simple écrit olographe le droit d'en disposer au delà du tombeau.

Je démontrerai plus bas (3) la légitimité du droit de tester en le considérant comme un des attributs naturels de la liberté civile ; je veux établir ici que, dans ses manifestations historiques les plus saillantes, le droit de tester a toujours été lié à l'état de la liberté civile, et qu'il en a suivi le développement ou la décadence. Liberté civile, propriété et testament, ce sont trois termes connexes dont les deux derniers s'obscurcissent quand le premier est voilé.

(...)

Mais il est temps d'entrer en Italie, dans cette patrie illustre du droit civil.

Les influences qui gouvernèrent le vieux droit italique sont ingénieusement caractérisées par Virgile, lorsqu'il représente Enée offrant en présent au roi Latinus le sceptre et la tiare sacrée de Priam (4). La religion et la politique se donnèrent, en effet, la main pour façonner les institutions italiques, et l'une et l'autre firent longtemps la force des peuples Latins et Etrusques naturellement amis du culte des dieux (5). Leurs premiers rois, tels que Latinus et Turnus, avaient tous une origine divine ; ils étaient à la fois prêtres et chefs guerriers (6), et leurs ministres allaient chercher des lois et des réponses dans les fibres des victimes, dans le vol des oiseaux et dans les éclats de la foudre (7). Quoique l'élément grec fût venu se mêler aux populations de l'Italie, comme nous l'enseigne Virgile dans les cinq derniers chants de son immortel poème, la race italique avait conservé sa trempe vigoureuse et son type original. Jupiter avait même promis à Junon que le Latium resterait le Latium malgré la victoire d'Enée, que les Ausoniens retenant leur nom, leur langage, leur costume, absorberaient les fugitifs de l'Asie, après avoir mêlé les deux cultes, et que Rome ne devrait un jour sa puissance et ses progrès qu'à

(3) T. 1, n° 12 et suiv.

(4) Hoc Priami gestamen erat, quum jura vocatis

More daret populis, sceptrumque sacerque tiaras. (*Æneid.*, VII, v. 246-247)

(5) Hinc genus, Ausonio mixtum quod sanguine surget

Supra homines, supra ire deos pietate videbis. (*Æneid.*, XII, v. 838-838)

(6) Virgile représente Picus, roi des Laurentins, portant le bâton augural et le bouclier sacré (*Æneid.*, lib. VII).

(7) Ille hominum divumque interpret Asylas

Cui peducum fibræ, cæli cui sidera parent

Et linguæ volucrum et præsagi fulminis ignes. (*Æneid.*, lib. X, v. 176-177).

Cet Asylas était un Étrusque.

la seule valeur italienne (8). L'Italien, patient agriculteur et vaillant soldat, dédaignait le luxe ; il aimait le butin de la chasse et de la guerre ; sa lance lui servait tour à tour pour percer ses ennemis et pour aiguillonner les bœufs de sa charrue (9). L'esprit italique, plus précis et plus juste que l'esprit grec, n'avait jamais connu les rêveries des Minos et des Lycurges ; et c'est avec raison que Cicéron félicitait la vieille Rome d'avoir préféré la prudence et la raison dans ses lois aux ébauches presque ridicules de ces législateurs (10). Les mœurs étaient rudes sans doute (11) ; les institutions se dessinaient sur le fond sévère de la religion et de l'autocratie. Mais elles se tinrent bien plus éloignées que les institutions grecques, de l'influence asiatique et du despotisme oriental. L'Italien cultivait la terre de ses mains libres, au lieu de l'abandonner à des esclaves comme les Lacédémoniens et la plupart des Grecs ; il rendait des honneurs divins, à cette terre d'Ausonie consacrée par les dieux et fécondée par ses travaux (12) ; la propriété y proclamait son droit par la limite des champs, objet du respect d'un peuple laboureur et religieux (13). Les fables disaient bien que du temps de Saturne toutes choses étaient communes (14). Mais l'histoire nous montre l'appropriation privée comme le fait dominant dans les siècles connus par la tradition. La propriété était immuable, et la société reposait sur le culte de la troyenne Vesta (15), gardienne du foyer domestique (16), image de la stabilité (17), protectrice de l'État (18), et sur le culte du dieu Terme qui conciliait la division des champs avec la paix de la cité (19). L'arpenteur (*agrimensor*) était un prêtre ; la terre mesurée et bornée par lui était un temple, parce qu'elle avait été touchée par son bâton augural et que les auspices avaient été pris dans son enceinte sous la voûte des cieux (20). On sait que ce même Numa qui fit le partage des terres entre les citoyens romains, avait eu soin de rappeler et d'organiser d'une manière plus complète la religion du dieu Terme (21) ; d'effroyables malédictions pesaient sur celui qui violait la borne des champs.

Nous trouvons donc ici un caractère individuel fortement imprimé dans la constitution de la propriété. Tout enveloppé qu'il est de l'élément religieux et politique, le droit du propriétaire se

(8) Sit Latium ; sint albanī per sæcula reges ;
Sit Romana potens itala virtute propago.

.....
Sermonem Ausonii patrium moresque tenebunt ;
Utque est, nomen erit. (*Æneid.*, XII, 826-827, 834-835)
Voy. aussi Tite-Live, 1, 2.

(9) At patiens operum, parvoque assueta juventus
Aut rastris terram domat, aut quatit oppida bello
Omne ævum ferro teritur, versaque juvencum
Terga fatigamus hasta. (*Æneid.*, lib. IX, v. 607 et suiv.)

(10) "Jus... inconditum ac pœne ridiculum." (*De orat.*, 1. 44).

(11) Durum ab stirpe genus (Virgile, *Æneid.*, lib. IX, v. 604).

(12) Faune, precor, miserere, inquit ; tuque, *optima*, ferrum,
Terra, tene ; *colui vestros si semper honores*.

Quos contra *Æneadæ bello fecere profanos*. (*Æneid.*, lib. XII, v. 778 et suiv.)

(13) Saxum antiquum, ingens, campo quod forte jacebat,
Limes agro positus, litem ut discerneret arvis. (*Æneid.*, lib. XII, v. 898)

(14) Justin, 43, § 1.

(15) *Iliacæ* *Vestæ*. Ovid., *Fast.*, v. 366. V. Virgile, *Æneid.*, II, v. 296-297.

(16) Cicéron, *De natura deor.*, lib. 2, § 27 : "Deaque est rerum custos intimarum." Saint-Augustin, *De civit. Dei*, lib. 4, c. 10 et 11.

(17) Ovid., *Fast.* VI, v. 299.

(18) Virgile, *Æneid.*, II, v. 295.

(19) Virgile, *loc. cit.*

(20) M. Giraud, *Droit de propriété*, p. 103.

(21) Plutarque, *Numa*, § 16, Denys, lib. 2, § 74.

dégage et se manifeste comme celui de la famille dont il est l'égal. Saint-Augustin nous apprend qu'on confondait quelquefois Vesta avec la terre (22). N'est-ce pas parce que la propriété est le complément de la famille dont Vesta était la divinité tutélaire ?

Et puisque le testament est l'expression du droit individuel de l'homme sur la chose, nous allons le rencontrer dans les pratiques de la vieille Italie, plus affranchie que les antiquités grecques des idées orientales sur la propriété.

Nous apprenons, en effet, par Tite-Live, que Procas, roi des Albains et père de Numitor et d'Amulius, légua à Numitor, qui était l'aîné, l'antique royaume de Syivius (23). Sous Ancus Martius, la courtisane Acca Laurentia, après une longue cohabitation avec Tarratius, riche citoyen, fut instituée par ce dernier héritière de tous ses biens (24). Elle-même, elle laissa par son testament la plus grande partie de ses biens au peuple romain (25). On sait encore qu'Ancus Martius, par son testament, nomma Tarquin l'Ancien tuteur de ses enfants (26). Ce même Tarquin avait hérité de tous les biens de son père Damarate, en vertu de son testament (27) ; et ce qu'il y a de remarquable, c'est que ce testament put impunément passer sous silence un petit-fils du disposant, dont sa bru, veuve de son second fils Aruns, était grosse lorsqu'il mourut (28). Le testament était donc reçu non-seulement à Rome, mais encore dans le Latium, en Etrurie, et l'on peut dire dans toute la Péninsule italique.

Le testament n'eut donc pas besoin d'attendre, en Italie, les révolutions qui l'introduisirent tardivement dans la Grèce. Il y est pour ainsi dire indigène et se montre contemporain de l'histoire la plus reculée.

Mais quelle en est la forme ?

On ne peut répondre à cette question que par les antiquités romaines. Au delà de Rome, on ne sait rien du droit italique sur ce point de droit civil. Et comme la législation intérieure du peuple romain fut marquée par ses fondateurs d'un cachet éminemment original, il ne faudrait pas conclure des pratiques de Rome aux pratiques de l'Italie. Rome ne fut si jalouse de son droit civil, elle ne s'en montra si avare pour les Italiens soumis par ses armes, que parce qu'il avait des caractères distinctifs qui en faisaient le privilège du peuple dominateur (29).

Voici donc le droit romain avant la loi des Douze-Tables. Au point de vue que nous examinons ici, il a une importance très-grande.

Il y avait deux manières de tester, l'une en temps de paix, l'autre en temps de guerre (30). En temps de paix, les testaments se faisaient dans les comices (*comitia calata*), lesquels se tenaient deux fois par an pour que les citoyens pussent user du droit de tester (31). Ces comices étaient de deux espèces, les comices par curies (*curiata*), qui étaient convoqués par le licteur, et les comices par centuries, qui étaient convoqués à son de cor. C'est là qu'en présence du collège

(22) *Loc. cit.*

(23) "Numitori, qui stirpis maximus erat, regnum vetustum Silvæ gentis, legat." (1, 3).

(24) Plutarque, *Quest. romaines*, 33, et *Vie de Romulus*, § 5.

(25) *Id.*, *Vie de Romulus*, *loc. cit.*

(26) "Tutor etiam liberis regis testamento institueretur." (Tite-Live, 1, 34).

(27) Tite-Live, 1, 34. Damarate était venu s'établir en Italie : il était de Corinthe.

(28) *Id.*

(29) Ulpien dit que les Latins ne pouvaient faire un testament romain. *Frag.*, t. XX, § 14.

(30) Caius, 2, *comm.* 101. Justin., *Instit.*, *De testamentis ordinandis*, § 1. Aulu-Gelle, *Noc. attic.*, XV, 27.

(31) Caius, *loc. cit.* : "Quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant."

des pontifes on inaugurait le roi et les flamines ; c'est là aussi que se constataient les rites sacrés attachés aux héritages de certaines familles (32) ; c'est là que se faisaient les testaments qui semblaient comme une dépendance du domaine de la religion (33).

Mais quand la guerre appelait l'armée sous les drapeaux, les soldats sortant de leurs pacifiques foyers pour marcher au combat pouvaient tester par une forme plus simple, qui consistait à nommer son héritier en présence de trois ou quatre témoins (34). C'était souvent au moment des plus grands dangers de la mêlée ou de l'assaut que le soldat pensait à son héritier et mêlait au souvenir de la patrie celui de la famille (35).

On appelait ces testaments *in procinctu Gabino* ou *in procinctu*, à cause du costume militaire que portait le disposant, ceint de sa toge, dont les pans, rejetés sur le dos, en étaient ramenés pour serrer le corps (36). Le soldat était comme dévoué aux dieux (37). L'armée tout entière était placée sous la protection des auspices qui dirigeaient ses pas (38). Elle avait sans cesse avec elle les pontifes, les augures et les auspices, qui excitaient son courage par les prières, les consécration, les prédictions et les formules sacrées du dévouement (39) ; en sorte que le testament du soldat, placé sous cette protection divine, empruntait de la présence des pontifes un caractère public aussi élevé que s'il eût été ratifié par le peuple romain (40).

Outre ces deux formes du testament, on connaissait, même avant les Douze-Tables, une troisième manière de tester qui n'avait besoin ni des comices, ni des périls de la guerre pour se manifester. C'était le testament *per æs et libram* qui reposait sur l'idée d'une mancipation et par lequel le testateur avec la solennité de la balance et de la pièce de monnaie, donnait son patrimoine à celui qu'il voulait instituer et qui était comme acheteur de la famille (*familia emptor*) (41).

M. Niebuhr n'a pas tort de croire que le testament *calatis comitiis* des patriciens se faisait dans l'assemblée des curies, et celui des plébéiens dans les comices des classes ou centuries (42). Ce n'était nullement une déclaration devant témoins. Les curies et les centuries donnaient une résolution approbative et une sanction, et cette résolution imprimait force de loi au testament (43). La raison que M. Niebuhr donne de cet usage est celle-ci : lorsqu'une *gens* patricienne s'éteignait, sa fortune revenait à la curie ; celle d'une curie éteinte revenait au *publicum* ; il fallait donc le consentement du *Populus* pour qu'un testament vint apporter une modification à l'ordre légitime des successions et par suite aux intérêts de tous les patriciens. Quant aux plébéiens, ils étaient plus isolés ; ils n'étaient pas groupés en *gentes*. Mais l'ordre entier possédait son trésor dans le temple de Cérès ; et quand les centuries, soit au champ de

(32) Aulu-Gelle, *Sacrorum detestatio* (*loc. cit.*).

(33) Aulu-Gelle, *loc. cit.* Théophile, 2, 10, § 1. Heineccius, *loc. cit.*, § 13. Beaufort, *De la république romaine*, ch. Des comices des curies. (*Infra*, n° 1430).

(34) Aulu-Gelle, *loc. cit.* Caius, comm. 101. Plutarque sur Coriolan, § 11. Heineccius, §§ 13 et 14.

(35) Plutarque, *loc. cit.* Velleius Paterculus, 2, 5. Aulu-Gelle, *loc. cit.*

(36) Virgile, *Æneid.*, VII, v. 612, et Servius sur ce passage.

(37) Cicéron, *De nat. deor.*, 2, 3.

(38) Virgile, *loc. cit.*

(39) Tite-Live VIII, IX et X, 28.

(40) Heineccius, *loc. cit.*, § 15.

(41) Caius, *loc. cit.* Justinien, *Instit.*, *De test. ordinandis*, § 1. Sur la mancipation, voy. *Influence du christianisme*, part. 1, ch. 3.

(42) T. II, p. 245.

(43) *Infra*, n° 1430. *Id.*, Bynkershoek, 2, *Observat.*, 2. Heineccius, *loc. cit.*, § 16. Beaufort, *loc. cit. Contrà*, M. Giraud, *Droit de propriété*, p. 257.

Mars, soit avant le combat, élevaient au rang des lois la dernière volonté d'un citoyen, c'était une renonciation aux prétentions de la corporation sur sa fortune (44). C'est ainsi qu'en Allemagne, il y a des localités où quiconque appartient à une parenté, ne peut tester qu'en lui payant une certaine somme en indemnité pour les droits successifs.

Cette explication peut avoir sa valeur ; elle se tire d'une solidarité de classes qui existe toujours aux époques de formation et d'organisation. Mais je crois qu'il en est une encore plus décisive, et qui cadre mieux avec les idées généralement accréditées avant M. Niebuhr.

Quoique la propriété reposât en Italie sur la consécration du droit privé par les cérémonies de la religion, il est certain qu'il y eut à Rome un moment où le droit collectif de l'État vint y imprimer son autorité transitoire ; cette époque est celle de la conquête. Romulus fonda avec le fruit de ses victoires la propriété publique. Mais, malgré des essais de distribution entre les tribus (45) et entre ses compagnons d'armes (46), ce prince ne put opérer d'une manière complète l'œuvre du partage, contrariée par les patriciens (47). C'est à Numa, le pieux et pacifique législateur, qu'il fut donné de l'accomplir (48). C'est de lui que date la fondation de la propriété privée, la pose des limites, le patronage sacré du dieu Terme, et la malédiction du violateur du droit d'autrui.

Or, ce partage dont la mémoire s'était conservée dans la postérité la plus reculée, avec son caractère politique et religieux, avait eu pour conséquence de faire considérer la propriété privée comme dérivant de l'État. C'est pourquoi l'État qui, par la conquête de l'armée victorieuse, avait été propriétaire temporaire du sol, était représenté dans tous les actes de mutation et d'investiture de la propriété (49). Voilà pourquoi surtout il fallait l'intervention de l'État dans un acte qui changeait les lois ordinaires de la transmission des biens. A Rome la succession était étroitement liée à la politique ; le droit public l'avait organisée de manière à conserver dans les *gentes* les biens, les sacrifices, les rites paternels (50). Le testament était donc une sorte d'acte législatif ; la famille ne pouvait, sans une loi publique, recevoir cette loi privée. Telle était la logique du vieux droit romain ; elle lui faisait dire avec raison que le testament était de droit public et non de droit privé (51).

Mais comme, dans l'intervalle des comices, la mort pouvait surprendre des pères de famille imprévoyants, comme d'ailleurs il n'arrivait jamais que l'assemblée du peuple contrariât les effets de la sollicitude paternelle et que sa ratification était devenue de pure forme, l'usage s'introduisit du testament *per æs et libram* (52). Ce testament était une imitation libre du testament *in calatis comitiis*. Cinq témoins y personnifiaient symboliquement (53) les cinq classes (54), et le *libripens* était dans l'origine un magistrat ou un Pontife (55).

(44) T. IV, p. 38.

(45) Varron, *De lingua latina*, V, § 55.

(46) Plutarque, *Romulus*, § 42 (Amyot).

(47) *Id.*, §§ 42, 43.

(48) Cicéron, *De republica*, lib. 2, § 14. Plutarque, *Numa*, § 28. Denys, lib. 2, § 74.

(49) *Infra*, n° 1430. *Mon petit Traité de la propriété*, ch. 17. *Influence du christianisme*, part. 1, ch. 3.

(50) *Infra*, n° 1430.

(51) Papinien, l. 3, D., *Qui test. facere possunt*. *Infra*, n° 1428.

(52) M. Niebuhr, *loc. cit.*, p. 39.

(53) M. Niebuhr, *loc. cit.*

(54) On sait que la sixième classe comptait pour presque rien. Beaufort, ch. *Distribution du peuple romain*, t. III. D'après Tite-Live, III, 30.

(55) M. Giraud, *Droit de propriété*.

Cette forme, à cause de sa commodité, fit tomber en désuétude le testament *calatis comitiis* ; ce fut un progrès considérable pour la liberté du testament. Le droit se séparait des formes politiques qui l'avaient emprisonné ; la volonté de l'homme devenait prépondérante au milieu de ces solennités dont la signification s'effaçait de jour en jour et qui plus tard devinrent vides de sens.

Telle était la situation des choses, lors de la rédaction de la loi des Douze-Tables. Cette loi trouva la propriété privée solidement assise ; elle trouva aussi en action l'autorité souveraine du père de famille, plus fortement organisée à Rome que partout ailleurs ; elle consacra cette autorité en principe : "*paterfamilias uti legassit super familia, pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (56)." Ce fut une complète émancipation ; et la famille se montre comme un royaume domestique (57) où le père, maître et justicier de sa femme, de ses enfants et de ses esclaves, conservait en quelque sorte après sa mort son pouvoir législatif dans toute sa majesté.

Le testament *per æs et libram* subsista très-longtemps dans les usages romains avec quelques légères modifications dont parle Caius (58). Car, dans le droit primitif, l'acheteur de la famille était le véritable héritier ; au lieu qu'aux époques postérieures, l'acheteur de la famille n'était nommé que pour la forme et par imitation du vieil usage ; et l'on faisait une institution véritable de l'autre personne qu'on voulait avoir pour héritière (59). Auguste testa dans cette forme ; ce fut Domitius, aïeul de l'empereur Néron, qui fut son *familix emptor* (60). Les héritiers institués en premier ordre par l'Empereur étaient Tibère et Livie : Tibère pour la moitié, plus pour un sixième, et Livie pour un tiers. Auguste appelait, à leur défaut, Drusus fils et Tibère pour un tiers, et pour le reste Germanicus et ses enfants du sexe masculin ; enfin, il nommait en troisième ordre un grand nombre de ses proches et amis ; il faisait des legs au peuple romain, aux tribus et aux soldats (61). Ses dernières volontés avaient été écrites de sa main (62) et mises en dépôt chez les Vestales, qui, après le décès d'Auguste, apportèrent les tables testamentaires pour êtres ouvertes et lues dans le sénat (63).

Le testament par la mancipation imaginaire était encore en usage du temps de Caius et d'Ulpien (64) ; il était la forme civile et nationale ; c'était le testament vraiment romain.

Mais le droit prétorien qui marchait parallèlement avec le droit civil pour adoucir son esprit rigoriste et ses formes gênantes, le droit prétorien, dis-je, qui opposait à des institutions jalouses d'autres institutions empreintes du profond sentiment de l'équité naturelle, inventa une sorte de testament moins solennel, moins formaliste et moins gênant. Ce testament prétorien rejeta la nécessité minutieuse de la mancipation ; il se contenta de l'écrit contenant la volonté du

(56) Elle est diversement rapportée. *Instit., De lege Falcidia*, nouvelle 22, c. 2. Ulpien, *Frag.*, t. XI, § 13. Caius, 2, *comm.* 224. Paul, I, 53, D., *De verb. signif.* Cicéron, *De invent.*, 2, 50. Voy. Noodt, *Observ.*, lib. 2, c. 19. Heineccius, *loc. cit.*, § 10.

(57) *Regnum domesticum*, dit Heineccius, *De Orig. test. fact.*, 12.

(58) *Comm.*, 2, 103.

(59) *Id. Junge* Ulpien, *frag.* 20, 2.

(60) Suétone, *Vie de Néron*, 4.

(61) Suétone, *Auguste*, 101.

(62) La formule du testament était, suivant Caius : "*Hæc ita ut in his tabulis cerisque scriptæ sunt, ita do, ita lego.*" (2, *comm.* 104). *Junge* Ulpien, *Frag.*, t. XX, § 9.

(63) Suétone, *loc. cit.* Le même auteur parle du testament de Tibère (Tibère, § 76). Brillon a donné plusieurs testaments romains, *De formulis*, VIII. *Junge* Mabillon, *De re diplom. append.*

(64) *Loc. cit.*

testateur attestée par la signature de sept témoins (65), dont cinq correspondaient au nombre civil, et dont les deux autres tenaient la place du *libripens* et du *familiaë emptor* (66). Comme le testament prétorien n'était pas une institution romaine, comme il dérivait non du droit civil, mais de l'équité, il n'avait pas la vertu de transférer l'hérédité. Mais il donnait droit à la possession des biens (67) ; ce qui revenait au même indirectement.

Cette équitable invention existait dès avant Verrès qui, étant préteur à Rome, fit à ce sujet un édit conforme en grande partie aux usages de ses prédécesseurs, mais dont Cicéron critique certains articles volontairement ambigus (68). Le trop célèbre préteur avait mis, en effet, dans son édit un article qui n'était qu'une tradition du droit honoraire, et d'après lequel il déclarait qu'il donnerait la possession des biens à quiconque lui présenterait un testament signé par le nombre de témoins requis (69). Mais il avait annulé cet article par le suivant, dans lequel il ajoutait que, si on ne lui présentait pas de testament, il donnerait tout de même la possession des biens, à celui qui se prétendrait héritier ; de sorte qu'il était indifférent que le testament fût produit ou ne le fût pas, et le perfide préteur restait maître de faire ce qu'il voulait, suivant qu'il serait acheté à prix d'argent.

Le testament prétorien avait surtout une grande utilité dans les provinces, et il y était amplement pratiqué (70). Il constitue un progrès dans les voies de la liberté civile ; et de même que le testament *per æs et libram* avait été une amélioration sur le testament *calatis comitiis*, de même le testament prétorien fut un perfectionnement du testament *per æs et libram*. Il se sépare davantage du vieux droit, s'épure de tout élément politique et de tout souvenir du droit de l'État. C'est la volonté, seule, du testateur qui y domine, et qui préside au règlement des affaires domestiques.

Sa destinée fut pourtant assez longtemps secondaire, et son efficacité indirecte et oblique ; il était traité comme l'équité dont il est une émanation. Les honneurs appartenaient au testament *per æs et libram*, création du droit civil.

Mais sous les empereurs chrétiens, le droit civil et le droit prétorien s'étant rapprochés par une heureuse consonnance, le testament *per æs et libram* alla se fondre dans le testament prétorien plus complètement organisé (71), et l'on n'en trouve plus aucun vestige depuis Théodose le Jeune (72). Nous en avons fait connaître les nouvelles formes dans le cours de cet ouvrage (73). C'est le droit privé définitivement victorieux du droit politique ; c'est le passage complet du testament dans l'ordre des formalités seulement requises par les nécessités de la prudence et d'une sage protection. Comme il ne restait plus rien dans la propriété d'un ancien asservissement au joug de l'État, et qu'elle reposait sur la base du droit naturel si heureusement

(65) *Instit. de Justinien, De test.*, § 2. Ulpien, *Frag.*, t. XXVIII, § 6.

(66) Pothier, *Pand.*, *Qui test. facere possunt*, § 32, note 1. *Infra*, n° 1615.

(67) L. 7 et 9, D., *De bonor. posses. sec. tab.*

(68) Cicéron, *In Verrem*, act. 2, lib. 10, § 45.

(69) L'édition de M. Pankoucke, t. VII, p. 204, porte : "*Secundum tabulas testamenti potissimum hæreditatem dabo.*" Heineccius, § 22 *loc. cit.*, et Pothier, *loc. cit.*, lisent avec plus de raison : "*Possessionem hæreditatis dabo.*" La suite prouve que c'est là qu'est la vraie leçon : "*Non des possessionem... edicto de hæreditatum possessionibus dandis.*" Voy. aussi au n° 46 de la même Verrine.

(70) Cicéron, *In Verrem*, *loc. cit.*, n° 46.

(71) *Instit. de Justinien, De testamentis*, § 3.

(72) Jacq. Godefroy sur la loi 1, C. Théod., *De test.*, discute l'époque précise ; il la place sous Théodose le Jeune.

(73) Pour le testament appelé nuncupatif, *infra*, n° 1447, et pour le testament mystique, *infra*, n° 1614 et suiv.

approprié dans le dernier âge romain aux préceptes du droit civil, le testament devait par un progrès parallèle jouir de la liberté qui est un des plus précieux attributs du droit de propriété.

Quant au testament *in procinctu*, dont il faut toucher les vicissitudes, il continua à être en usage long-temps après le loi des Douze-Tables (74). Velléius Paternulus raconte, en effet, que dans une guerre faite en Espagne, Quintus le Macédonique ayant ordonné l'assaut de la ville de Contrebia, les cinq cohortes légionnaires chargées de cette périlleuse entreprise ne marchèrent au combat qu'après avoir fait leur testament *in procinctu*.

Mais lorsque la négligence de la noblesse eut laissé perdre l'art des augures, lorsque les affaires de la république, et même ces guerres d'où dépendait le salut de l'État, eurent été conduites sans auspices ; que les auspices manquèrent à la tête des armées, au siège des villes, au passage des fleuves, alors le testament *in procinctu*, qui se liait aux pratiques religieuses, protectrices du soldat dans ses périlleuses expéditions, tomba en désuétude (75).

Toutefois le Romain, qui même au milieu des plus terribles préoccupations de la guerre, éprouvait le besoin de ne pas mourir intestat, dut rester affranchi des formalités du testament civil et obtenir une liberté qu'il n'avait pas dans le pacifique séjour de la cité. César fut le premier qui accorda aux soldats la libre faction du testament (76). Il avait pu voir à la tête de ses armées les inconvénients que le droit ordinaire avait pour des hommes simples et troublés par l'imminence des dangers (77). Plus tard, ce privilège, qui n'était d'abord concédé que pour un temps, fut consolidé par Titus, par Domitien, par Néron et Trajan ; et les constitutions impériales en firent un droit spécial (78). Le soldat fut affranchi des formes du droit civil, et les dernières volontés furent maintenues, de quelque manière qu'elles fussent exprimées (79).

Ainsi donc, soit dans le cours habituel de la vie civile, soit dans les périls extraordinaires des camps, le testament a échappé aux gênes solennelles des formes religieuses ; il est devenu un acte profane. Il appartient désormais beaucoup moins à l'ordre politique qu'à l'ordre civil ; et quoique les jurisconsultes, qui toujours lient les progrès du droit nouveau aux principes du vieux droit, continuent à dire que la faction du testament est de droit public, il est certain que le testament tombe de plus en plus dans le domaine du droit privé, et que, là, l'équité naturelle l'a notablement simplifié, facilité et affranchi. Je ne veux d'autre preuve de cette transition du testament dans le droit privé que les paroles de Cicéron : "*In publicis nihil est lege gravius ; in privatis firmissimum sit testamentum* (80)."

Du reste, ce n'était pas seulement à cause de la mouvance primitive du sol romain que le testament avait été assujéti à des formalités commémoratives. Le génie romain éminemment formaliste avait courbé de tout côté le testament sous l'empire de formes sacramentelles ; et, soit dans l'enveloppe extérieure, soit dans le fond des dispositions, cet acte important avait été primitivement conçu dans un esprit d'originalité nationale propre à graver en lui un caractère

(74) Velléius Paternulus, 2, 5. Cicéron, *De orat.*, 1, 53. *Infra*, n° 1689.

(75) Cicéron l'établit positivement, *De natura deor.*, 2, 3, quoique ailleurs il parle du testament *in procinctu* comme de quelque chose d'actuel, *De oratore*, 53.

(76) Ulpien, l. 1, D., *De test. milit.*

(77) Il cite un cas où les soldats firent leur testament : "*Vulgo totis castris testamenta obsignabantur.*" (Cæsar, *De bello gallico*, 1, 49). Florus (3, 10), raconte le même fait. Heineccius croit que ces testaments furent conformes au droit ordinaire, § 15.

(78) Caius, l. 2, D., *De test. militis.*

(79) L. 1, D., *De test. militis. Instit.* de Justinien, *De militari test.*

(80) *Philipp.* 2, 12.

exclusivement romain. Ce fut, par la suite, l'effort des Prudents, du droit prétorien et du droit impérial de le tirer de ce milieu jaloux et de le rapprocher du droit commun par la simplicité dans sa structure et par l'équité dans les combinaisons intérieures.

Essayons d'esquisser rapidement ces progrès qui, au surplus, ne sont jamais arrivés au point de perfection où en est le testament français. Dans ces nouveaux aperçus, ce n'est plus, comme tout à l'heure, l'antagonisme du droit de l'État avec le droit de l'homme : c'est la lutte du sentiment de l'équité contre le matérialisme des formes ; c'est l'adoucissement d'un droit civil essentiellement âpre, absolu et étroit, par l'infiltration du droit naturel ; c'est enfin la conquête des affections de la nature et des droits du sang sur un pouvoir domestique qui, pour ériger le père de famille en citoyen libre, en avait fait le tyran des siens.

Et d'abord, dans l'origine, le droit de tester n'appartenait qu'aux pères de famille romains ; il était refusé aux fils de famille, aux femmes et aux étrangers : aux fils de famille, car ils n'en avaient rien en propre ; ils étaient la chose de leur père ; la loi des Douze-Tables avait dit dans des termes exclusifs : *paterfamilias uti legassit* ;

Aux femmes (81), car l'accès des comices leur était fermé et elles étaient incapables des actes du droit public (82) ;

Aux étrangers, car la faveur du testament était une dépendance du droit des *Quirites* (83).

Mais sous les empereurs, les fils de famille purent tester de leurs biens castrenses et quasi-castrenses (84). Les femmes n'avaient pas même attendu ce temps pour être investies du droit de tester (85) ; il est vrai que l'autorisation de leurs tuteurs leur fut nécessaire tant que le système de la tutelle des femmes ne fut pas aboli (86). Quant aux *peregrini*, on sait que sous Caracalla tous les sujets de l'empire furent déclarés citoyens romains.

Ce n'est pas tout : au commencement, la souveraineté du père de famille avait une telle étendue qu'il pouvait faire la distribution de ses biens sans s'occuper de ses propres enfants (87). Celui qui avait sur sa famille le droit de vie et de mort, était à plus forte raison le maître de ne rendre compte à personne de l'emploi et de la destination de son patrimoine. Mais cette dureté aristocratique ne pouvait toujours résister au cri de la nature. Voici donc le biais qui fut pris par la jurisprudence pour éluder l'impitoyable rigueur de la loi. Si le père de famille, oublieux de son propre sang, passait sous silence ses enfants, on supposait qu'il était en quelque sorte atteint de démence (88), et malgré le droit strict, on déclarait inofficieux un testament si contraire aux devoirs de l'affection paternelle (89). Bien plus, il fut ordonné au testateur de ne prononcer d'exhérédation que pour des causes (90) qui purent être débattues en

(81) Heineccius. *Antiq. rom.*, De test., §§ 18, 19. Mon mémoire sur l'*Influence du christianisme sur le droit romain*, ch. 4.

(82) *Id.*

(83) *Id.*

(84) Ulpien. *Frag.*, t. XX, n° 10. Heineccius, *loc. cit.*

(85) Cicéron, *Pro Cæcina*, VI, Valère Maxime, VII, 8, 2. Pline, *epist.* 2, 2. Suétone, *Galba*, 5. Ulpien, *loc. cit.*, § 15. Voy. Heineccius. *loc. cit.*, § 19.

(86) *Influence du christianisme*, part. 2, ch. 10.

(87) Cicéron cite un fait qui avait rapport à ce droit, *De orat.*, 1, 38. Junge Valère Maxime, VII, 7, 1, L. 11 *in fine*, D., *De liberis et posthum.*

(88) Justinien, *Instit.*, *De inoff. test.* : "*Hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent.*"

(89) Justinien, *loc. cit.* Ce droit existait du temps de Cicéron, *De oratore*, 1, 38. Valère Maxime, VII, 7, 1 et suiv.

(90) Valère Maxime, *loc. cit.* Pline, *epist.* 5, 1.

justice (91). Justinien détermina ces causes avec une étroite précision (92), afin de prévenir des abus d'autorité et de fâcheuses contestations.

On alla même jusqu'à assurer une légitime aux héritiers à qui la plainte d'innocuosité avait été donnée (93) ; et par là surtout, la dictature du père de famille consacrée par la loi des Douze-Tables, fut vaincue par cette puissance du droit des enfants que Valère Maxime appelle si bien : "*Arctissimum inter homines procreationis vinculum* (94)." C'est ce qui faisait dire à Pomponius : "*Verbis legis XII Tabularum his, uti legassit suæ rei, ita jus esto ; latissima potestas tributa videtur... sed id interpretatione coangustatum est, vel legum vel auctoritate jura constituentium* (95)." Il est curieux de lire dans Valère Maxime plusieurs procès d'innocuosité dont cet auteur a conservé les détails. Tous sont jugés, non plus par la loi des Douze-Tables qui semble une lettre morte, mais par des considérations supérieures tirées de l'ordre des affections et des droits de la nature (96).

Il y avait cependant encore dans la construction du testament de sévères ordonnances. Il fallait que le testament confînt nécessairement une institution d'héritier ; l'institution était la tête et le fondement de cet acte suprême, et elle ne pouvait porter que sur des personnes reconnues capables par la loi civile. Que si le testament était nul par défaut d'institution, cette nullité entraînait fatalement et aveuglément celle des legs. Par une singularité toute romaine, nul ne pouvait mourir *partim testatus, partim intestatus*. La succession ne pouvait être à la fois gouvernée par le testament et par la loi successorale (97). Celui qui n'était institué qu'en partie attirait tout à lui par la force de l'institution, et le testament était tout ou rien. D'un autre côté, la forme des règles était sacramentelle, et leur effet était subordonné à des formules (98). Enfin, il y avait des formalités pour l'ouverture, pour l'addition, pour la dévotion des biens ; on ne connaissait pas la règle : "le mort saisit le vif", et l'intervention du juge était nécessaire afin d'opérer la transition d'un possesseur à un autre (99).

Mais la liberté civile voulant se soustraire à la plupart de ces entraves, inventa les codicilles et surtout les fidéicommis, et le génie philosophique se développant sous les empereurs permit à ces moyens plus simples ou même indirects et détournés, d'arriver au but que le droit civil atteignait avec son formalisme pesant et compliqué (100). On dut même éluder des incapacités qui blessaient des affections avouées par la nature, mais étouffées par la politique. C'est ce que nous verrons tout à l'heure en parlant de la loi Voconia et des lois décimaires.

Dès lors, la volonté de l'homme balançait la volonté du droit strict, et les hommes honnêtes se crurent liés bien plus par les dernières intentions du défunt que par les prescriptions d'une loi minutieuse et subtile (101). Pline le Jeune enseignait et pratiquait la religieuse observation de la

(91) *Infra*, n° 739. Caius, 2, § 123. Justinien, *Instit.*, *De exhæredatione liberor.* Valère Maxime, 7, 7, 3 et 4. Brillon, *De formulis*, VIII.

(92) Nov. 115

(93) Paul, *sent.* 4, 5, 5. Ulpien, l. 8, § 9, D., *de inoff. test.* Justinien, l. 31, C., *De inoff. test.*, et *Inst.*, *De inoff. test.*, § 3. Pline, *Epist.* 5, 1. Heineccius, *Antiq.*, *Quib. modis test. inf.*, § 7.

(94) VII, 7, 2.

(95) L. 120, D., *De verb. signif.*

(96) *Loc. cit.*

(97) *Infra*, t. III, n° 1689.

(98) *Infra*, n° 1793. Heineccius, *Antiq.*, *De legat.*

(99) *Infra*, n° 1815, 1823, 1824.

(100) Les fidéicommis reçurent leur sanction sous Auguste (*Instit.*, *De fideic.*, § 1), et c'est aussi à partir de ce prince que les codicilles eurent une autorité légale (*Instit.*, *De codicillis*).

(101) *Influence du christianisme*, part. 1, ch. 4.

volonté des morts ; il disait qu'il valait mieux voir ce que le testateur avait pensé que ce qu'il avait écrit (102), et Ulpien pouvait écrire sous les empereurs : "*Nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis* (103)." Caton l'Ancien, avec sa dureté républicaine, aurait frémi de ces paroles, au nom du droit strict délaissé.

(...)

Descendons maintenant au bas de la société, et voyons ce qu'était le testament pour les serfs qui formaient, dans les fiefs, la population laborieuse et productive.

Dès les VII^e et VIII^e siècles, la grande masse de la population était dans l'état de mainmorte (104). L'esclavage avait été légué au monde moderne par les anciennes sociétés, et les Germains, en conduisant dans les Gaules leurs bandes guerrières et leurs lites, c'est-à-dire, les cultivateurs forcés des terres de l'armée (105), avaient donné à la servitude un élément de plus. On connaît la misère de ces temps désordonnés où un monde tombait en ruines et où un autre monde n'était pas encore sorti du chaos. Toutes les races étaient venues payer leur tribut à l'esclavage, le Gallo-Romain ingénu et le Franc, le vainqueur et le vaincu ; et ce gouffre de la liberté avait été bien souvent un refuge pour l'homme libre, mieux protégé comme serf que comme citoyen (106). Mais en même temps l'esclavage était devenu plus doux. Une transformation s'était opérée, et le serf avait pris la place de l'esclave ancien (107). Le serf jouissait du mariage, de la paternité légitime, des droits de famille et de certains attributs du droit de propriété (108). Les maîtres, soit seigneurs, soit églises et monastères, embarrassés de l'étendue de leurs domaines, leur avaient fait de nombreuses concessions, afin de les attacher à la culture par l'intérêt personnel, et à eux-mêmes par le lien de la reconnaissance. En retour, des prestations foncières étaient imposées aux terres en signe de dépendance, et des redevances personnelles étaient perçues sur le serf comme témoignage de son assujettissement. Mais une des marques les plus caractéristiques de cette servitude du corps, c'était l'impossibilité de tester. Il y a plus, et dans la sévère logique du droit strict ce n'est pas seulement le testament qui était interdit au serf, il ne pouvait transmettre *ab intestat* à ses enfants. Initié pendant sa vie seulement à quelques-uns des actes libres du droit civil, le serf perdait au moment de sa mort ces bénéfices viagers : il vivait libre, il mourait serf. Ses biens faisaient retour à son seigneur, et le droit des enfants était vaincu par celui du maître.

Telle était la rigueur du droit féodal ; rigueur que la féodalité n'avait pas inventée, mais dont il lui était commode de profiter. - Tout finissait pour le serf avec la vie. *Mors omnia solvit*. - Le fruit du travail de ses bras retournait au seigneur ; le droit de l'homme libre, de se continuer après sa mort dans son hérité, était refusé à son état de sujétion et d'infériorité. Je ne dis pas que dans quelques localités de légers adoucissements n'aient pas été apportés, dans la suite des temps, à une incapacité si dure. Il y a des exemples de serfs qui pouvaient tester jusqu'à concurrence de cinq sols (109), et même quelquefois jusqu'à concurrence de soixante

(102) *Epist.*, 4. 10.

(103) *Frag.*, XXV, 1.

(104) Voy. des exemples de serfs possédés par des abbayes, des églises, dans l'*Histoire de Lorraine*, par dom Calmet, t. I, p. 386, 404, 408, et *Preuves*, t. I, p. 250, 264, 267. Ma préface du *Contrat de société*, p. XXXVIII. Ma dissertation sur les coutumes d'Amiens, *Revue de législat.*, t. XXV, p. 135.

(105) Préface de mon *Comm. du Louage*, p. LXIX. M. Augustin Thierry, *Lettres, etc.*, p. 116.

(106) Salvien, *de Gubernat. Dei*, lib. 5. Mon *Comm. du Louage*, préface, p. LIII, LXX, et *Société*, préface, p. XXXVIII.

(107) *Société*, préface, loc. cit.

(108) *Id.*

(109) Pasquier, *Rech.*, liv 4, p. 377. Beaumanoir *sur Beauvaisis*, ch. 12, n° 3 (édit. de Beugnot). Cout. de Troyes, art. 304, 5, 6. Mon *Comm. de la Société*, préface, p. XXXIX. Dunod, *Traité de la main morte*, p. 9.

sols (110). Quelques serfs d'une espèce particulière, et appelés serfs de formariage, avait acquis droit de tester au profit de gens de pareille condition demeurant dans la même seigneurie (111). Ces exceptions peuvent avoir été introduites à cause du prix infini que l'église attachait aux dispositions pieuses des mourants. Il n'était pas juste de priver le serf de cette consolation. On sait que la politique de l'église était favorable aux serfs ; elle inclinait à l'adoucissement de leur condition et à leur émancipation. Or, il n'est pas probable que son système en matière de testament, système poussé si loin que le Pape Innocent IV avait voulu s'attribuer les biens des clercs qui mouraient *intestat* (112), n'ait pas fait profiter les serfs de quelque participation au droit de tester.

D'un autre côté, les seigneurs ayant un grand intérêt à ne pas dissoudre le lien des familles serviles, il passa en usage de laisser les enfants jouir des biens de leur auteur décédé, à la condition qu'ils vivraient en communauté tacite, perpétuelle et de père en fils, sous la main du maître qui autorisait ainsi la continuité de la possession tant que se prolongeait l'existence de cette association, de cette espèce de corps moral.

J'ai décrit ailleurs (113) le régime de ces communautés qui ont joué un rôle digne d'attention dans le développement des classes inférieures et dans notre ancienne économie rurale. Comme le corps moral absorbait en quelque sorte les individus dont il était composé, il n'y avait pas d'inconvénient pour le seigneur à ce qu'un paronnier transmitt sa part à ses héritiers les plus proches par le sang, plutôt qu'à tous les paronniers par égale proportion ; ou bien qu'il fût au profit de ses consorts en servage des dispositions à cause de mort qui ne dérangeassent pas le régime général de l'association. Dunod constate cependant que cette dévolution par succession ou par testament éprouva des difficultés (114). C'était en effet s'écarter du principe d'association qui était la loi primitive et essentielle de ces familles de serfs : c'était introduire les privilèges du droit civil dans des relations qui devaient rester gouvernées par le pur fait de la communauté.

Mais la logique fut moins forte que le droit naturel, et ces questions reçurent une solution dictée par la faveur de la cause libérale et de l'esprit de famille (115). Du reste, il fallut beaucoup de temps avant de faire pénétrer dans la jurisprudence féodale ces adoucissements exceptionnels. Pendant des siècles, le servage fut dominant avec ses conséquences extrêmes et ses incapacités. Le serf était homme de mainmorte, c'est-à-dire que régulièrement il ne pouvait ni succéder ni tester (116). La main, instrument de travail, était censée morte chez le serf, qui

(110) Cout. du Nivernais, ch. *Des servitudes personnelles*, art. 32.

(111) Cout. de Troyes, art. 3.

(112) Mathieu Paris, *Hist.*, p. 474, an 1246, règne de Henri III.

(113) Comm. *Des Sociétés*, Préface, p. XLI.

(114) *Traité de la mainmorte*, ch. IV, sect. 2, p. 155.

(115) Loisel, *Institutes coutumières*, liv. 1, tit. 1, art. 74 : "Serfs ou mainmortables ne peuvent tester et ne succèdent les uns aux autres, sinon tant qu'ils sont demeurés communs." Ducange, v° *Manus mortua*, t. IV, p. 262 : "*Glebalis servi absque liberis (masculis) ex legitimo matrimonio procreatis decedentis, bona ac hæreditas quæ ad dominum ipso jure pertinent: cum de iis testamento minime disponere, etsi donatione inter vivos, liceat.*"

(116) *Grand coutumier de Charles VI*, ch. Du nombre des personnes, fol. 66, édit. de 1536. Cout. du comté de Bourgogne, ch. 14, art. 95 : "L'homme de mainmorte ne peut vendre aliéner n'hypothéquer l'héritage de mainmorte sans le consentement du seigneur ; et s'il est aliéné et la possession réelle prise sans le dit consentement, il est commis au dit seigneur." - Art. 96 : "L'homme de mainmorte ne peut disposer de ses biens meubles n'héritages, quelque part qu'ils soient, par ordonnance de dernière volonté, ni par donation à cause de mort ; réservé aux profit de ceux estans en biens communs avec luy, qui par droit coutumier lui pourroient et devroient succéder." - Coutumes de la Marche, art. 148 : "L'homme qui tient héritage de serve condition ne peut vendre, donner, surcharger n'autrement aliéner, sans le congé de son seigneur, le dit héritage qu'il tient de luy en droit de servitude, par contrat entre-vifs ou par disposition ayant trait à mort ; et s'il fait le contraire, ce qu'il en a aliéné doit estre déclaré acquis au dit seigneur." (Auvergne, ch. 27, art. 1).

acquerrait pour son seigneur plutôt que pour lui (117) ; elle était morte en un autre sens, puisque le signe de la puissance était paralysé en lui par son incapacité de transmettre (118).

C'est donc dans cet état que vivait l'immense majorité, soit dans les villes, soit dans les campagnes ; les serfs, qui composaient le fond de la population, ne pouvaient ni aliéner, ni succéder, ni tester.

Au XIIe siècle, un grand changement s'opéra dans cet état de la classe inférieure : l'affranchissement des serfs devint un fait dominant, auquel contribuèrent tantôt les mouvements insurrectionnels des villes, tantôt la bonne volonté des rois, des seigneurs et des églises (119). Beaucoup de chartes de communes ne furent autre chose que des traités d'abolition de la main morte, et, par suite, de petits codes des droits les plus élémentaires de la liberté civile. En abolissant la main morte, on concédait par cela même le droit de vendre, d'aliéner, de succéder et de tester (120). C'est le berceau de la liberté civile ; faible berceau (121), qui est devenu le lit d'une grande nation ! C'est la renaissance de l'équité, après la triste et mortelle époque des bas siècles ; c'est la première lueur de l'égalité, qui ne s'est montrée comme un point lumineux et un élément vital que par la crise finale du XVIIIe siècle et par le Code Napoléon, auxquels nous devons l'assiette inébranlable de la liberté privée, de l'égalité civile et de la propriété !

(...)

Nous avons dit plus haut qu'à Rome le testament avait eu à une certaine époque un caractère religieux, tellement que le *libripens* était un prêtre, et qu'il avait fallu de graves modifications successives pour que cet acte revêtît un caractère purement civil. Nous trouvons au moyen âge un retour analogue du testament à la domination de l'élément religieux. On le sait déjà, l'Église avait, dès les premiers temps, favorisé les dernières dispositions ; elle en avait tiré de grands avantages, non qu'elle eût forcé les consciences, mais les consciences venaient à elle, et elle les encourageait. Plus tard, l'usage de faire des libéralités à l'Église étant devenu général, l'autorité

(117) Dunod, *op. cit.*, p. 9 et suiv.

(118) Taisand *sur Bourgogne*, tit. IX, art. 1, p. 532.

(119) Dans l'Église, les affranchissements remontent encore plus haut. J'ai cité, dans le préface de mon *Comm. du Louage*, p. XIX, le testament de saint Remy.

(120) Mon article sur les C. d'Amiens, par M. Bouthors (*Revue de législat.*, t. XXV, p. 135 et suiv.). V. les lettres de Louis VIII qui confirment l'exemption du droit de mainmorte accordée aux habitants de Bourges et de Dom-le-Roi, en 1224 (*Ord. du Louvre*, t. IX, p. 321). Voyez la charte d'affranchissement accordée, en 1284, par Philippe III aux habitants des paroisses de Gournay et de Bussière-d'Aillac (*Ord. du Louvre*, t. XI, p. 359), dont le texte très-explicite mérite d'être rapporté : "*Concedimus quod ipsi manumisse et eorum hæredes de omnibus bonis suis, mobilibus et immobilibus, acquisitis et de cætero acquirendis, tam in vita quam in morte suam possint facere plenariam voluntatem, dando, legando, accensando, vendendo, alienando.*" etc. Voyez aussi les lettres par lesquelles Philippe IV confirme, en 1290, les privilèges accordés en 1194 aux habitants de Charot par Gauthier, leur seigneur (*ibid.*, p. 369) ; les lettres par lesquelles le même roi fixe les privilèges des habitants de l'Isle en Périgord, en 1309 (*ibid.*, p. 417) ; la charte de confirmation des privilèges et coutumes de la ville de Riom, émanée de Charles IV, en 1325 (*ibid.*, p. 494).

La charte d'Amiens accordée par Philippe Auguste en 1190 est remarquable en ce qu'elle montre les limites que l'esprit contemporain imposait à la faculté de tester, à savoir, disponibilité des seuls acquêts sans nuire aux enfants.

Art. 22 : "*Si quis vir et uxor ejus infantes habeant, et contingat mori infantes, quis eorum supervixerit, sive vir sive mulier, quicquid similiter possederunt de conquisitis, qui superstes erit, quandiu vixerit, in pace remanebit et tebit, nisi invita præmorientis donum vel legatum inde factum fuerit. Quod si antequam convenerint, vel vir vel uxor infantes habuerint, post decessum patris aut matris hæreditas infantum ad eos redibit, nisi sit teodum.*"

On peut consulter l'intéressant ouvrage publié par M. Bouthors (t. I, p. 68). Cet auteur donne la même coutume en vieux français, et la met en regard du texte latin.

Le recueil des *Ord. des rois de France* indique ces lettres comme ayant été données à Lorris en 1190, et M. Bouthors comme ayant été données à Péronne en 1209 ; mais le texte est le même.

(121) Mon article sur les Coutumes d'Amiens, *loc. cit.* p. 138.

ecclésiastique fut conduite à considérer le testament comme un acte religieux auxquels les défunts avaient attaché le salut de leur âme. Elle voulut donc en devenir la protectrice, la gardienne, le ministre et le juge. Un concile tenu à Narbonne, en 1227, décida qu'un testament ne serait pas valide s'il n'était fait en la présence du curé (122). Jusque-là tout s'explique facilement. Le mauvais état et l'ignorance des magistratures civiles devait faire place à la juridiction des ecclésiastiques, plus éclairée et mieux organisée. Les prêtres, qui furent pendant longtemps les seuls lettrés, étaient très-bien indiqués pour recevoir les testaments et pour leur donner une forme probante. Mais on ne s'en tint pas là, et lorsque le zèle des croyants eut commencé à se refroidir, on eut l'idée de prendre des mesures coercitives contre ceux qui, en décédant, avaient oublié l'Église. Nous avons dit ci-dessus ce que le pape Innocent IV avait ordonné en Angleterre : écoutons le récit que fait Loiseau (123) des exagérations auxquelles la justice ecclésiastique se laissa entraîner.

"En troisième lieu, ils (les ecclésiastiques) maintenaient par semblable raison que la connaissance des testaments leur appartenait, comme étant une matière de conscience, disant même qu'ils étoient les naturels exécuteurs d'iceux, parce que le corps du défunt testateur étant laissé à l'Église pour la sépulture, l'Église aussi étoit saisie de ses meubles, pour acquitter sa conscience et exécuter son testament. Ce qui s'observe encore à présent en Angleterre, où l'évêque, ou gens préposez de sa part, se saisissent des meubles de celui qui est décédé *intestat*, et les gardent pendant sept ans, si les héritiers ne composent avec luy (124). Même nous trouvons qu'anciennement en France les ecclésiastiques ne vouloient enterrer les morts si on ne leur mettoit leur testament en main, ou si à faute de testament on n'en obtenoit un mandement spécial de l'évêque, dont il se trouve, dans les registres du Parlement, un arrêt de l'an 1407, contre l'évêque d'Amiens et les curez d'Abeille, que les intestats seroient inhumés sans contredits et sans mandement particulier de l'évêque. Et Joan. Galli, en sa quest. 102, remarque que souvent les héritiers, pour sauver l'honneur du défunt décédé sans tester, demandoient permission de tester pour lui *ad pias causas* ; et j'ai leu ailleurs qu'il y avait des ecclésiastiques qui contraignoient les héritiers des intestats de convenir de preudhommes, pour arbitrer combien le défunt avoit deu léguer à l'Église. Bref, de cette entreprise des ecclésiastiques est encore demeuré jusqu'à ce temps que par nos coutumes, les curez et vicaires sont capables de recevoir les testaments, ainsi que les notaires."

Cet état de choses ne pouvait être en France que transitoire ; les libertés de l'église gallicane y mirent bon ordre en sécularisant la faction du testament. Les coutumes du XVI^e siècle dégagent entièrement l'hoirie du défunt de cette part que l'on attribuoit à l'Église dans certains cas de déshérence, ainsi que nous l'avons vu par la charte d'Amiens ; attribution dont l'origine se rattache évidemment à des croyances très-respectables, sans doute, en elles-mêmes, mais dont Loyseau nous a montré les envahissements ultérieurs et les côtés abusifs. Sous ce rapport, la liberté reste maîtresse dans les testaments, et on ne trouve plus que dans quelques statuts locaux une quotité disponible plus grande à l'égard de la cause pie qu'à l'égard des autres personnes (125).

(122) *Histoire de Languedoc*, liv. 24, c. 32, p. 365. *Concilia generalia Labbei*, t. XI, p. 304.

(123) *Des seigneuries et justices ecclésiastiques*, n° 64.

(124) Nous avons vu, *supra*, le principe de ceci dans l'histoire de Mathieu Paris sous le règne d'Henri III, en 1246.

(125) Clermont en Argonne, ch. 7, art. 2 : "Toutes personnes libres, franchises et saines d'entendement, usans de leurs droits, peuvent faire testament tant pour le salut de leurs âmes que pour choses pieuses, comme pour disposer de leurs meubles estant en aage, savoir la femelle à quatorze ans, le masle à dix-huit ; mais ne peuvent disposer de leurs immeubles qu'ils n'aient atteint l'aage de vingt-cinq ans, si ce n'est pour legs pieux, pour lesquels *ne* (il me semble qu'il faut supprimer cette négation ou suppléer *ne que*) pourront disposer de leurs acquêts et du tiers de leurs naissant."

Junge, Touraine, art. 233. Étampes, art. 103.

Nous disons "en quelques statuts", parce qu'en général le droit français n'accordait pas de privilèges exceptionnels à la cause pie. C'est pourquoi les coutumes qui faisaient droit commun, avaient pris soin de dire que la cause pie ne dérogeait pas aux règles sur la disponibilité des biens (126).

De ce passage momentané du droit testamentaire dans la juridiction ecclésiastique, il resta pourtant quelque chose d'utile. C'est la vulgarisation du testament ; c'est l'usage général d'un droit qui touche si essentiellement à la liberté de l'homme et de la propriété.

Mais pendant que le testament faisait ce progrès dans les habitudes nationales, le droit coutumier formulait, quoique sans esprit d'hostilité, une règle célèbre et populaire qui, s'écartant du droit romain, enlevait au testateur une portion du droit éminent qu'on lui reconnaissait dans les pays de droit écrit. La loi des Douze Tables avait dit : "*Dicat testator , et erit lex*". Le droit coutumier disait au contraire au testateur : "Il n'y a que Dieu qui puisse faire un héritier, *Solus Deus hæredem facere potest, non homo* (127)". Le testateur pouvait bien faire un légataire, même universel ; mais il ne pouvait pas faire un héritier : il n'avait pas la puissance de créer cet autre lui-même qui, pour représenter pleinement le défunt, doit avoir le même sang. Il semblait que l'homme empiétât sur le pouvoir de Dieu, en mettant sa volonté à la place de la nature. La saisine des biens appartenait donc à l'héritier naturel ; l'héritier testamentaire ne pouvait être ensaisiné que par lui. Nous verrons tout à l'heure (128) comment cette maxime servit aux légistes dans leur lutte contre la puissance féodale. Je suis fort tenté de croire qu'ils ne l'accréditèrent que pour s'en faire une machine de guerre destinée à battre en brèche les prétentions des seigneurs.

Il y avait cependant un ordre de dispositions qui avait le privilège de faire un héritier ; c'était l'institution contractuelle ou institution d'un héritier faite en contrat de mariage (129). Elle dut ce privilège exceptionnel à son caractère, qui se mélangeait d'un élément conventionnel très-marqué et qui saisissait l'institué, non pas comme un testament, mais comme le fait un contrat entre-vifs, lequel désinvestit actuellement et produit des effets présents sans attendre l'événement de la mort.

Puisque l'occasion s'en présente, nous dirons un mot de ce genre de disposition.

Les nations germaniques n'eurent pas les mêmes préventions que les Romains contre les pactes de succession future (130). A Rome, ces pactes étaient odieux (131) ; chez les peuples d'origine germanique ils jouissaient de beaucoup de faveur. A leurs yeux, la propriété ayant un caractère de solidarité pour toute la famille, la famille était naturellement appelée à prendre part aux dispositions qui l'affectaient. Longtemps les pactes de succession future furent pratiqués en France (132) ; ils furent très en vogue dans les bas siècles.

(126) Paris, art. 202. Orléans, art. 292. Normandie, 427. Bretagne, art. 199.

(127) Glanville, *De legibus Angliæ*, VII, 1. Delaurière *sur Loisel*, 2, 4. 5. Poitou, art. 272.

(128) *Infra*, p. CXXIV.

(129) *Infra*, n° 2343 et suiv.

(130) *Supra*, p. LXXXVII.

(131) Stace, *Silvarum*, lib. 4, 7, v. 33 :

Orbitas omni fugienda nisu,
Quam premit votis inimicus hæres,
Optimo poscens, pudet heul propinquum
Fusus amico.

(132) *Masuerii practica forensis*, t. XXXII, n° 16, Junge P. De Fontaines, ch. 15, § 7.

Lorsque les fiefs furent devenus patrimoniaux et héréditaires, le seigneur suzerain eut un intérêt de premier ordre à ce que le fief qui relevait de lui fût convenablement desservi. Il était par conséquent partie nécessaire au mariage des filles appelées à succéder à cette terre militaire et privilégiée ; il intervenait même au contrat de mariage des mâles successibles, parce qu'un mariage influe toujours sur la condition de l'homme : "*Quia , dit Decius, sub tali pacto matrimonii, nobiles inveniunt nobiliores per quos nobilitas crescit* (133)." Les contrats de mariage passés sous les yeux du seigneur furent donc très-spécialement l'objet de pactes relatifs à la succession du fief. C'est ce qui a fait dire à Boerius (134), cité par Montesquieu (135), que les seuls nobles eurent d'abord la liberté de disposer des successions par contrat de mariage ; ce qui me paraît vrai en ce sens que les nobles, fidèles à des souvenirs d'origine germanique, conservaient pour les pactes de succession une prédilection que n'avaient pas les autres classes de la société, mieux disposées en faveur du droit romain.

Quoi qu'il en soit, les pactes de succession future ayant été attaqués très-vivement lors de la renaissance du droit romain, les feudistes ne purent lutter contre les romanistes sur le caractère de ces conventions prises en général ; ils furent accablés par l'autorité des lois romaines, et en principe le droit franco-germanique fut forcé de reculer. Mais, en ce qui concerne les pactes de succéder faits dans les contrats de mariage, pactes si utiles à la noblesse et si nécessaires pour le service des fiefs, les feudistes se défendirent énergiquement ; ils firent valoir les privilèges du contrat de mariage, et ils obtinrent pour eux une exception.

L'institution contractuelle devint dès lors un établissement du droit français ; elle l'emporta sur le droit romain, vaincu, sous ce rapport, par le droit germanique, et elle ne tarda pas à devenir de droit commun (136).

Pendant que ce travail s'opérait en faveur de l'institution contractuelle, aux dépens du droit romain, il s'en faisait un autre aux dépens du droit féodal, en faveur de la propriété roturière. Nous avons vu tout à l'heure cette propriété sortir des mains de la servitude ; une fois entrée dans les voies de la liberté, elle voulut échapper entièrement à ses anciennes étreintes.

On sait déjà que la propriété féodale enlacée dans son réseau hiérarchique, était assujettie à payer un droit de relief pour les transmissions successorales dont elle était l'objet. Dans l'origine les censives et propriétés roturières avaient subi la même loi (137). Le seigneur était censé la source de toute propriété, il était le prince du sol (138). "Nulle terre sans seigneur", et les tenanciers devaient reconnaître cette seigneurie dans chaque mouvement de la propriété (139). Mais à côté de la règle féodale, il en existait une autre plus générale, plus populaire ; c'était la règle : "le mort saisit le vif". Elle n'était pas sortie d'une ornière, comme le dit mal à propos Cujas : *de via collecta* . Elle avait été suggérée aux légistes par les prétentions féodales sur la propriété des vassaux. Les légistes n'avaient pas seulement une science aussi étendue que le comportait l'époque ; ils savaient encore l'éclairer par le vif sentiment de la liberté privée.

(133) *Comm.* 225, n° 1

(134) *Décision* 155, n° 8. *Junge* De Laurière, *Instit. cout.*, ch. 1, n° 24.

(135) *Esprit des lois*, 31, 34.

(136) Voyez là-dessus De Laurière, *Traité des instit. cout.*, ch. 1. Merlin, Répert., v° *Instit. cout.* Coquille sur *Nivernais*, ch. *Des donat.*, art. 12 et *quest.* 149. Ducange, v° *Pactum* . Brodeau sur *Louet*, lettre 5, somm. 9. *Revue de législat.*, t. XI, p. 127.

(137) Mon art. sur les *Cout. d'Amiens* (*Revue de législat.*, t. XXV, p. 139).

(138) Très-ancienne *Cout. de Bretagne*, art. 184.

(139) *Revue*, *loc. cit.*, p. 145.

Choqués d'un système qui subordonnait à ses combinaisons les lois de la nature et l'indépendance de la propriété, ils s'efforcèrent d'anéantir cet élément parasite qui venait se glisser entre les membres de la même famille, qui rompait le lien du père au fils, des parents aux parents, et qui exigeait que tout revînt en sa main pour que tout portât le caractère de sa dépendance. La règle "le mort saisit le vif" déjà en vigueur sous saint Louis (140), fut leur point d'appui principal. Elle leur servit à conjoindre la possession du défunt à celle de l'héritier et à ne faire qu'une seule et même personne de ces deux propriétaires successifs. Vainement le seigneur, éliminé par cette unité et cette continuité non interrompue de la famille, objectait-il que le défunt était censé lui avoir remis en mourant la possession de ses biens, pour qu'il en investît le fils ou le parent le plus proche ; les légistes lui répondaient que le mourant n'avait pu se dessaisir à son profit qu'en faisant une institution d'héritier avec fidéicommiss, et que par une autre règle non moins embarrassante pour l'exigence du seigneur, "Dieu seul peut faire un héritier (141)". Les arguments juridiques étaient alors d'un grand poids ; ceux-ci fermèrent la bouche aux seigneurs, et la succession roturière fut sauvée de la souveraineté féodale. La rédaction des coutumes au XVI^e siècle consolida cette victoire du droit naturel. En cela comme en tant d'autres points, elles surent *modérer, corriger, diminuer* ce que les anciennes pratiques avaient de *dur, de rigoureux et de déraisonnable* (142).

Mais pendant que les légistes rendaient à la propriété ce service signalé, ils tombaient sans s'en apercevoir dans un piège qui faillit devenir funeste à leurs tendances libérales. Pour mieux assujettir la propriété féodale à l'unité royale, pour mieux faire planer l'autorité du roi sur les seigneurs investis de ses démembrements, pour mieux saper, en un mot, la féodalité dans sa base, en lui enlevant le fameux principe : *nulle terre sans seigneur*, ils avaient établi que le roi était le souverain fief de son royaume ; que par conséquent toutes les possessions féodales relevaient de lui, et qu'il était fondé en droit général, quoique non spécial, sur toutes les terres de son royaume. Ces jurisconsultes n'avaient pas eu le moins du monde la pensée d'attribuer au roi la propriété des terres de France ; ils avaient voulu dire seulement que le roi avait sur le territoire une autorité de souveraineté, de police, de juridiction pour le bien commun (143) ; que son domaine ne lui donnait rien de spécial sur les biens de ses sujets, mais seulement une autorité générale (144). Ces propositions n'ont rien qui s'écarte des vrais principes. Ce sont celles du chancelier Jean Juvénal des Ursins et de Loyseau (145), qui renferment l'autorité royale dans l'exercice de la puissance publique et lui refusent le droit d'entreprendre "sur la seigneurie privée des biens de particuliers (146)." Mais les romanistes en abusèrent suivant leur usage, et leurs doctrines excessives ayant passé dans la main des courtisans, il arriva que ces derniers se mirent à dire au roi "que tous les biens de ses sujets étaient à lui, et que la France estant une source inépuisable de richesses, il n'y avoit point de prodigalités qui le pût incommoder (147)."

(140) *Etablis.*, liv. 2, ch. 4. Mon article précité, p. 147.

(141) Mon article précité, p. 148.

(142) Procès-verbal de la Cout. d'Amiens, article précité, p. 150.

(143) Dumoulin, § 1, glose 2, n° 66, dit : "*Quando commune bonum et reipublicæ necessitas hoc exposcit, tunc ad hunc dantaxat finem, omnia sunt regis.*"

(144) Sainson sur la Cout. de Tours, t. *Des justices*, art. 3 : "*Licet rex christianissimus non sit fundatus de jure communi in dominio rerum in regno suo sitarum, est tamen fundatus in universo.*" Voy. Championnière, *De la Propriété des eaux courantes*, n° 176.

(145) *Mon Petit traité de la propriété*, ch. 21.

(146) Loyseau, *Seigneuries*, ch. 5, n° 42.

(147) Mézeray. C'est ce que, d'après lui, on disait à Henri III.

Sous Louis XIII, les agents fiscaux furent assez forts pour faire établir, dans l'art. 383 de l'ordonnance de janvier 1629, que le roi avait la directe de toutes les terres ; que par conséquent toutes les terres étaient réduites à l'état de fief par rapport au roi, et qu'il n'y avait pas dans le royaume de franc-alleu (148). Cette idée fut reprise sous Louis XIV, et Desmarests, en qui le roi avait remis toute sa confiance pour les finances, imagina de s'en servir pour établir, entre tant d'impôts, une dîme royale sur tous les biens de chaque communauté et de chaque particulier du royaume (149). Quelle que fût la haute idée que le roi avait de son pouvoir, il s'épouvanta de cette taxe. Sa conscience droite et son esprit naturellement juste lui faisaient douter qu'il pût prendre ainsi le bien de tout le monde ; il tomba dans une tristesse si profonde que Maréchal, son premier chirurgien, en fut frappé et lui en parla. Quelques jours après, le roi se montra plus serein, et il raconta à Maréchal la cause de cette mélancolie dont il se trouvait maintenant soulagé. Le projet de Desmarests avait contristé son âme ; mais le père Letellier l'avait mis au large en lui apportant une consultation des plus habiles docteurs de Sorbonne qui décidait nettement que tous les biens de ses sujets étaient à lui en propre, et que, quand il les prenait, il ne prenait que ce qui lui appartenait. Le roi ajouta que cette décision avait ôté ses scrupules et lui avait rendu le calme et la tranquillité (150). En conséquence, le roi tint pour la forme un conseil et fit bâcler par un édit de 1692 cette "sanglante affaire du dixième (151)".

Il faut que la consultation des docteurs de Sorbonne ait bien profondément pénétré dans l'esprit de Louis XIV pour en fausser la sincérité, puisque, dans son instruction au dauphin, il dit : "Tout ce qui se trouve dans l'étendue de nos États, de quelque nature qu'il soit, nous appartient au même titre. Vous devez être persuadé que les rois sont seigneurs absolus et ont naturellement la disposition pleine et libre de tous les biens qui sont possédés, aussi bien par les gens d'église que par les séculiers, pour en user en tout comme de sages économistes (152)". Quand on sait que c'est la fausse et complaisante science de certains docteurs qui pervertit à ce point les notions du vrai dans un cœur loyal, combien ne doit-on pas craindre de voir les bouches serviles ou mercenaires s'approcher de l'oreille des princes !

Nous avons rappelé ce fait curieux, parce que c'est cette théorie d'un droit supérieur sur la propriété privée qui, après s'être transmise des seigneurs féodaux au roi et du roi à l'État, alla infecter l'esprit de Mirabeau et de Tronchet et fut la base de leurs argumentations contre la légitimité naturelle du droit de tester. Nous discuterons ce point avec eux dans la partie dogmatique de cet ouvrage (153) ; ici nous ne voulons que raconter. Il nous suffira de dire que cette théorie du droit de l'État, qualifiée de droit social par l'école révolutionnaire, est tombée dans l'odieux devant le tribunal de l'opinion publique, et que le Code Napoléon l'a heureusement condamnée au nom de la raison et du droit naturel. Ce sera notre point de départ pour défendre le droit de tester contre ses adversaires, et nous croyons que notre démonstration sera victorieuse.

Nous ne prétendons pas dire que ce droit du père de famille n'entraîne pas à sa suite quelques abus. Tout ce qui est de l'homme n'a-t-il pas des faiblesses ? Labruyère a mis en lumière les procès, les discordes, les mécomptes qu'engendre souvent le testament.

(148) *Mon Petit traité* précité. M. Championnière, *loc. cit.*, n° 192.

(149) Saint-Simon, t. IX, p. 44 et suiv.

(150) Saint-Simon, *loc. cit.*

(151) Saint-Simon, p. 49. Voy. l'édit dans Furgole, *Traité du franc-alleu*, ch. 13, n° 185.

(152) Œuvres de Louis XIV, t. II, p. 93. Voy. mon *Petit traité de la propriété*, *loc. cit.*

(153) *Infra*, n° 12 et suiv.

"S'il n'y avait point de testaments pour régler le droit des héritiers, je ne sais si l'on aurait besoin de tribunaux pour régler les différends des hommes. Les juges seraient presque réduits à la triste fonction d'envoyer au gibet les voleurs et les incendiaires. Qui voit-on dans les lanternes des chambres, au parquet, à la porte, ou dans la salle du magistrat ? Les héritiers *ab intestat* ? Non, les lois ont pourvu à leurs partages : on y voit les testamentaires qui plaident en explication d'une clause ou d'un article ; les personnes exhérédées ; ceux qui se plaignent d'un testament fait avec loisir, avec maturité, par un homme grave, habile, consciencieux, et qui a été aidé d'un bon conseil ; d'un acte où le praticien n'a rien omis de son jargon et de ses finesses ordinaires. Il est signé du testateur et des témoins publics, il est paraphé ; et c'est en cet état qu'il est déclaré nul.

"Titius assiste à la lecture d'un testament avec des yeux rouges et humides, et le cœur serré de la perte de celui dont il espère recueillir la succession : un article lui donne la charge, un autre les rentes de ville, un troisième le rend maître d'un terre à la campagne. Il y a une clause qui, bien entendue, lui accorde une maison située au milieu de Paris, comme elle se trouve, et avec les meubles ; son affliction augmente, les larmes lui coulent des yeux : le moyen de les contenir ? Il se voit officier, logé au champs et à la ville, meublé de même ; il se voit une bonne table et un carrosse. Y avait-il au monde un plus honnête homme que le défunt, un meilleur homme ? Il y a un codicille, il faut le lire : il fait Mœvius légataire universel, et il renvoie Titius dans son faubourg, sans rentes, sans titre et le met à pied. Il essuie ses larmes : c'est à Mœvius à s'affliger. (154)"

Ces tableaux sont piquants. Un moraliste qui peint des caractères est maître de choisir son sujet et de donner la préférence à l'esquisse des travers et des ridicules de l'homme pour mieux amuser ses lecteurs. Mais le magistrat, auprès duquel le bien aboutit comme le mal, étudie sous un aspect plus général et plus complet la lutte des intérêts humains, et son impartialité sait tenir compte du bon côté des institutions. J'ai vu bien des testaments bizarres ; depuis les lois romaines jusqu'à nos jours la matière ne manque pas. L'un veut que son héritier porte sur ses épaules son cadavre frotté d'huile (155) ; l'autre que ses restes soient jetés à la mer (156) ; celui-ci que son corps soit suivi par vingt-quatre pauvres habillés de ses nippes, qui ne soient ni bossus, ni aveugles, ni borgnes, ni boiteux, ni galeux, et qui soient de belle taille et bien faits (157) ; celui-là, se complaisant dans l'idée de la mort, qui effraye les autres, fait dix-sept testaments (158). Il croit avoir tout prévu, comme feu le marquis d'Aligre ; et chacun de ses innombrables testaments, qu'on est obligé de faire relier en un volume pour s'y reconnaître, donne lieu à un procès et forme un sujet de contradiction (159). Je pourrais multiplier à l'infini les exemples de testaments singuliers et fantasques. Mais puisque le testament est l'homme lui-même, voudrait-on qu'il fût toujours sensé, lorsque l'homme est souvent peu raisonnable ? C'est précisément parce que la liberté de tester est sujette à des écarts, que la loi a dû intervenir pour en régler équitablement la forme et le fond. A ce propos, Quintilien a très-bien remarqué qu'il y a des choses qui sont de droit naturel, mais dont le droit civil a dû modérer l'excès ; telle est la liberté illimitée des testaments. Tester est de droit naturel ; mais la liberté illimitée des

(154) *Caractères*, ch. 14, *De quelques usages*.

(155) *Infra*, n° 218.

(156) *Infra*, n° 218 et 223.

(157) Testament de la veuve Roquemont (*Recueil, C. D.*, p. 142 et suiv.)

(158) Une dame Dufour de Villeneuve, audience de la cour de Paris (1ère chambre) des 18 novembre, 9 et 19 décembre 1851.

(159) Voy. les arrêts rendus à la 1ère chambre de la cour impériale de Paris, sous ma présidence, pour liquider la succession de cet homme opulent, embrouillée, par cette manie de tester.

testaments, pouvant avoir des inconvénients, a été modérée par le droit civil. C'est ce qu'exprime cet auteur par ces paroles : *Est aliquid æquum, sed prohibitum jure, ut libertas testamentorum* (160). Oui, il faut tempérer par de prudentes précautions la liberté des testaments. Mais Quintilien a grande raison de dire que le testament, en soi, tient ses droits de l'équité naturelle. Il est la conséquence et le complément du droit de propriété ; il est la consolation du père de famille, et répond aux besoins d'un cœur reconnaissant qui veut récompenser les soins d'une épouse, les mérites d'un fils, les services d'un ami. Un peuple n'est pas libre s'il n'a pas le droit de tester, et la liberté du testament est l'une des plus grandes preuves de sa liberté civile. Qui pourrait d'ailleurs ne pas respecter les dernières paroles d'un mourant ? La volonté de l'homme, quand elle a été idéalisée par la mort, est une des plus grandes puissances morales de ce monde. Nous voyons dans les livres saints que la bénédiction des patriarches s'étend sur la famille comme un décret venu de Dieu. Partout et dans tous les pays connus, civilisés ou non, les désirs exprimés par le père, dans son moment suprême, parlent plus haut aux enfants recueillis que toutes les lois de l'ordre civil. Le testament de César fit trembler ses ennemis ; celui de Louis XVI a condamné ou désarmé les siens ; et la dernière larme versée sur la France par l'exilé de Saint-Hélène touche le cœur aussi profondément que les exploits du vainqueur de l'Europe excitent l'admiration.

(160) *Instit. orat.*