

national privé. Déjà le vieux Huber disait, dans son traité du *Conflit des lois* : « La question appartient plutôt au droit des gens qu'au droit civil, parce qu'il est évident que les rapports respectifs des diverses nations entre elles rentrent dans le domaine du droit des gens. » Plus loin, Huber ajoute : « La décision de ces questions doit être cherchée, non dans le simple droit civil, mais dans la convenance réciproque et le consentement des nations. » Il faut dire plus : les lois sont impuissantes à vider le conflit. Le législateur peut bien admettre l'application du statut personnel quand il s'agit de la personne et des biens de l'étranger ; mais il ne peut pas donner à ses propres lois une action quelconque hors du territoire sur lequel s'étend son autorité. Il faut pour cela le consentement des divers peuples, il faut donc des traités. Ajoutons que des traités ne seront possibles que lorsque le droit commun, universel, dont parle le président Bouhier, aura pénétré partout et brisé les barrières que lui opposent la tradition et les préjugés. Tant qu'il y aura des nations qui répudieront le divorce comme une chose immorale, peut-on espérer que le divorce sera respecté là où il est flétri ? C'est à la science à préparer les traités qui réaliseront l'empire de la justice universelle entre les peuples, au moins dans le domaine des intérêts privés.

## CHAPITRE IV.

## DE L'EFFET DES LOIS QUANT AU TEMPS QU'ELLES RÉGISSENT.

## SECTION I. — Le principe de la non-rétroactivité.

§ 1<sup>er</sup>. Quand le législateur peut ou ne peut pas régir le passé.

141. L'article 2 du code civil porte : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. » Ce principe s'adresse-t-il au législateur ? signifie-t-il que le pouvoir législatif ne peut jamais régir le passé ? On répond d'ordinaire que l'article 2 ne lie pas le législateur (1). Cela est vrai en ce sens que l'article 2 est une loi et non une disposition constitutionnelle ; or, le législateur peut toujours déroger à une loi, il peut donc faire une loi rétroactive, quoique le code dise que la loi ne dispose que pour l'avenir. Le principe de la non-rétroactivité n'est donc pas un principe constitutionnel. Il faut dire plus : il serait contraire à l'essence du pouvoir législatif qu'il fût lié par cette règle que la loi ne dispose que pour l'avenir. En effet, il y a bien des cas où la loi doit régir le passé, soit dans un intérêt social, soit dans l'intérêt des citoyens. Dès lors le législateur ne doit pas être enchaîné par un principe absolu qui entraverait sa liberté d'action au préjudice de la société et des individus.

Il y a cependant une constitution qui a fait de la non-rétroactivité des lois un principe constitutionnel, c'est

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. II, n° 2.

celle de l'an III. Elle plaçait cette maxime parmi les droits de l'homme, droits que l'Assemblée nationale avait déclarés sacrés, inaliénables, imprescriptibles : « Aucune loi, disait l'article 14, ni criminelle ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif. » Chose remarquable ! la constitution de l'an III est l'œuvre de la Convention ; or, aucune assemblée n'avait abusé autant qu'elle de son omnipotence pour régir le passé au gré des passions politiques qui l'agitaient. Pour mettre la société à l'abri de ces excès, la Convention voulut empêcher le législateur de faire des lois qui rétroagissent. C'était tomber d'un excès dans un autre. En 1848, un membre de l'Assemblée constituante de France demanda que la nouvelle constitution proclamât le principe de la non-rétroactivité des lois, à l'exemple de celle de l'an III. On répondit que la rétroactivité pouvait être juste et nécessaire ; que dès lors il ne fallait pas empêcher le législateur de faire ce que la justice et l'intérêt général exigeaient. La proposition n'eut pas de suite.

**142.** Si le principe de la non-rétroactivité ne lie pas le législateur à titre de règle constitutionnelle, il s'adresse cependant à lui comme conseil, comme un précepte de droit naturel que le pouvoir législatif doit observer. En effet, il y a des cas où la justice éternelle défend au législateur de régir le passé ; bien que la constitution ne le lui défende pas, il ne doit pas le faire, parce que, en le faisant, il enlèverait à la loi l'autorité morale sans laquelle elle n'est plus que tyrannie. C'est bien ainsi que l'entendaient les auteurs du code. Le Tribunat objecta d'abord que la disposition de l'article 2 était inutile, parce que c'était un simple conseil pour le législateur, conseil dont il pouvait s'écarter. Portalis répondit que la règle était principalement pour les juges. Mais, ajouta-t-il, « quand elle serait pour le législateur, quel danger y aurait-il de lui voir consacrer une maxime à laquelle il est déjà lié par sa conscience, et à laquelle il se lierait encore par ses propres lois (1) ? » Ce n'est pas une règle inutile, dit

(1) Discours de Portalis, orateur du gouvernement, dans la séance du Corps législatif du 23 frimaire an X (Loché, t. I<sup>er</sup>, p. 261).

Berlier ; c'est un précepte pour le législateur et pour le juge (1). Le Tribunat finit par se ranger à cet avis ; en présentant son vœu d'adoption, le tribun Faure déclara que l'article 2 était un précepte pour les législateurs tout ensemble et une obligation pour les tribunaux (2).

Il est si vrai que, dans la pensée des auteurs du code, le principe de la non-rétroactivité s'adresse au législateur pour le moins autant qu'au juge, que les raisons données par Portalis concernent pour ainsi dire exclusivement le pouvoir législatif. « Les lois, dit-il, n'existent que quand on les promulgue, et elles ne peuvent avoir d'effet que quand elles existent. » Cela est de toute évidence ; mais une fois qu'elles existent, ne peuvent-elles pas régir le passé, en ce sens qu'elles règlent des actes qui ont pris naissance sous la loi ancienne ? Telle est la vraie difficulté que présente la question de la non-rétroactivité. Comment Portalis y répond-il ? « La liberté civile, dit-il, consiste dans le droit de faire ce que la loi ne prohibe point ; on regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu. Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions, ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure ? » Ce motif encore est à l'adresse du législateur. Portalis ajoute que le pouvoir de la loi ne peut s'étendre sur des choses qui ne sont plus. Non, certes. Cependant on conçoit que le législateur veuille défaire ce qui a été fait. Pour le juge, au contraire, cela ne se conçoit pas, car les choses qui ne sont plus n'appartiennent pas à son domaine. Donc, ce motif aussi ne concerne que le pouvoir législatif.

Ainsi le principe de la non-rétroactivité, bien que n'étant pas une règle obligatoire pour le législateur, est un précepte que moralement il est tenu d'observer. Mais comme ce n'est qu'un conseil, il peut aussi n'en pas tenir compte. Il y a un exemple fameux de cet excès de pouvoir : la loi du 17 nivôse an II fait remonter jusqu'au 14 juillet

(1) Berlier, Discours au Corps législatif, séance du 24 frimaire an X (Loché, t. I<sup>er</sup>, p. 292).

(2) Loché, *Législation civile*, t. I<sup>er</sup>, p. 317.

1789 l'égalité absolue des partages entre cosuccessibles. La Convention elle-même reconnut l'erreur dans laquelle l'avait entraînée la passion de l'égalité; un décret du 5 floréal an III suspendit la loi de nivôse, et un décret du 9 fructidor suivant la déclara non avenue. Tant qu'elle resta en vigueur, les tribunaux durent l'appliquer, quelque inique qu'elle fût. Cela fut reconnu lors de la discussion du code : les juges, dit le tribun Faure, ne pourraient se dispenser d'ordonner l'exécution d'une loi rétroactive, et les citoyens ne pourraient se dispenser d'y obéir (1). Vainement dirait-on qu'une pareille loi viole la justice; les tribunaux n'ont pas le droit de juger la loi, ils ont le devoir de l'appliquer (2).

**143.** Les termes dans lesquels le tribun Faure s'exprime semblent donner au législateur un pouvoir absolu de faire rétroagir la loi : il n'y a au-dessus de lui, dit Merlin, aucune puissance qui puisse réprimer cet abus de pouvoir. Cela veut-il dire que le législateur est omnipotent? Dans notre régime constitutionnel, il faut distinguer entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant. Le législateur est lié par la constitution; on ne peut donc pas dire, comme les Anglais le disent de leur parlement, qu'il peut tout faire, sauf un homme d'une femme. Il ne peut pas changer la constitution, il ne peut y déroger; d'où suit qu'il ne peut porter une loi rétroactive qui enlève un droit garanti par la constitution. Mais ce que le pouvoir législatif ne peut pas, le pouvoir constituant le peut. La constitution n'est pas immuable; elle peut être abrogée, modifiée par le pouvoir constituant. Le pouvoir constituant est absolu, en ce sens que les pouvoirs établis par la constitution lui doivent obéissance; non-seulement le pouvoir exécutif, non-seulement le pouvoir judiciaire, mais le législateur lui-même lui est subordonné et doit lui obéir. Une constitution nouvelle peut donc enlever aux citoyens des droits que leur garantissait la constitution ancienne. Notre constitution proclame la liberté d'enseignement;

(1) Discours de Faure dans la séance du Corps législatif du 14 ventôse an XI (Loché, t. 1<sup>er</sup>, p. 317).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. II, n° 1.

l'exercice de cette liberté touche à des intérêts privés; de nombreux établissements, produisant des revenus considérables, appartiennent à des particuliers qui les ont fondés. Néanmoins le pouvoir constituant pourrait supprimer la liberté d'enseignement et fermer toutes les écoles libres.

**144.** Est-ce à dire que la souveraineté soit une puissance absolue, qu'elle ne doive respecter aucun droit? Non, en face de la société souveraine, il y a une autre souveraineté, celle des individus; ils ont leurs droits qu'ils tiennent de Dieu, droits naturels que la société ne peut pas leur enlever puisqu'elle ne les leur a pas donnés; quand elles les consacre dans une constitution, elle ne fait que les déclarer. Mais quels sont ces droits individuels? Ont-ils un caractère absolu? Sont-ils toujours et partout les mêmes? Non certes, ils varient d'après les temps et les lieux. Ils ne sont absolus qu'en un sens, c'est que l'homme doit avoir certaines facultés pour remplir la mission qu'il a en ce monde; ces facultés augmentent avec son développement intellectuel et moral : le nombre, l'étendue de ses droits va donc en croissant. En ce sens, les droits de l'homme n'ont rien d'absolu. Une constitution nouvelle peut en déclarer de nouveaux; elle peut aussi revenir sur ceux qui ont déjà été déclarés. Si le pouvoir constituant trouvait que la liberté illimitée d'enseignement est un mal, il pourrait certainement la modifier en la soumettant à des garanties.

Il y a un écueil à ce pouvoir que nous reconnaissons à une constitution nouvelle de modifier, de supprimer même des droits reconnus à l'homme par une constitution antérieure. Le pouvoir constituant ne pourrait-il pas abuser de sa puissance souveraine pour dépouiller les hommes d'un de ces droits naturels sans lesquels le perfectionnement intellectuel et moral devient impossible? Certes, le pouvoir constituant excéderait les limites de son action, s'il enlevait aux citoyens un droit qui leur appartient à raison même des progrès qu'ils ont réalisés; il usurperait sur une souveraineté qui est aussi sacrée que la sienne. Telle est, à notre avis, la propriété. Si le pouvoir consti-

tuant l'abolissait pour établir la communauté de biens, il violerait un droit naturel des individus. En faut-il conclure que le législateur, que le gouvernement, que les tribunaux, que les citoyens ne lui devraient aucune obéissance? Si les juges et les particuliers doivent obéir à une loi qui leur enlève un droit, à plus forte raison doivent-ils obéir à la constitution qui oblige même le législateur. La garantie contre ces excès n'est pas dans la résistance individuelle, mais dans l'action légale de la souveraineté du peuple et, au besoin, dans le droit de révolution, si l'exercice régulier de la souveraineté nationale était entravé par la force.

**145.** Le pouvoir législatif n'a point l'étendue de puissance qui appartient au pouvoir constituant. Quand la constitution a déclaré les droits dont jouissent les citoyens, le législateur les doit respecter. Si ces droits sont absolus, illimités, il ne peut pas les limiter, les modifier. En ce sens, la loi ne peut pas rétroagir. Sous l'empire de notre constitution, qui proclame la liberté illimitée d'enseignement, le législateur ne pourrait pas ordonner la suppression d'une école libre. S'il se permettait cet excès de pouvoir, les citoyens devraient-ils obéissance à la loi? Nous avons déjà répondu qu'ils doivent obéir à une loi rétroactive; mais la question que nous venons de poser est plus délicate: ce n'est plus le simple précepte de la non-rétroactivité qui est violé, c'est la constitution. Néanmoins nous persistons dans notre décision. Ce n'est pas aux particuliers à juger si une loi est inconstitutionnelle ou non; en face de la loi, ils n'ont plus de droit, ils n'ont que le devoir d'obéir. Il y a plus, les tribunaux eux-mêmes ne peuvent pas refuser d'appliquer une loi par la raison qu'elle serait inconstitutionnelle. La constitution belge leur donne le droit, elle leur impose même le devoir de n'appliquer les arrêtés royaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois (art. 107). Mais elle ne leur permet pas de juger les lois (1). Un pareil pouvoir est en opposition avec la subordination dans laquelle, sous notre régime, le pouvoir judi-

(1) Voyez plus haut, n° 31.

ciaire se trouve à l'égard du pouvoir législatif. La garantie contre des lois inconstitutionnelles n'est pas dans l'intervention des tribunaux, elle est dans l'exercice régulier de la souveraineté nationale et, à la limite extrême, dans le droit de révolution.

**146.** Le législateur doit respecter tous les droits garantis par la constitution. Parmi ces droits, se trouve la liberté d'enseignement. Nous venons de dire que la loi ne pourrait pas supprimer une école libre; ce serait violer la liberté d'enseigner. Mais faut-il aussi que le législateur s'abstienne d'organiser des écoles publiques, aux frais de l'Etat, parce qu'elles nuiraient aux établissements libres et compromettraient de fait la liberté d'enseigner? Les évêques de Belgique ont soulevé cette prétention. On abuse tant du reproche de rétroactivité, qu'il importe de mettre les principes dans leur vrai jour.

En 1848, le ministère libéral présenta une loi sur l'instruction moyenne. Le projet fut adopté à une grande majorité par la Chambre des représentants. Alors les évêques adressèrent une pétition au Sénat. On y lit que « la loi donne au gouvernement le droit de créer un nombre *indéfini* de colléges; que par là il lèse les *droits acquis* des catholiques qui, en vertu de la liberté d'enseignement, ont fondé à leurs frais un grand nombre de maisons d'éducation, dignes de la confiance (1). » Ce reproche de rétroactivité, au préjudice de *droits acquis*, ne nous paraît pas sérieux. La constitution accorde des droits aux citoyens; c'est à eux à les exercer à leurs risques et périls. En vertu de la liberté d'enseignement, le premier venu peut fonder une école; mais la constitution lui assure-t-elle aussi la prospérité de son établissement? le met-elle à l'abri de la concurrence? Soutenir l'affirmative, serait chose ridicule. Nous prévoyons l'objection. Que les individus se fassent concurrence, on l'admet; mais on dénie ce droit à l'Etat. Non, l'Etat ne fait pas concurrence aux écoles libres. Son droit est plus élevé, sa mission plus grande. Il remplit un devoir en répandant l'instruction à flots. Par cela même

(1) *Journal historique et littéraire*, t. XVII, p. 74-76.

que l'Etat use d'un droit et remplit un devoir en créant des établissements d'instruction et en les multipliant, il ne peut pas léser des *droits acquis*; pas plus que les particuliers qui fondent une école ne lèsent les *droits acquis* de ceux qui ont établi des écoles avant eux. Tous usent d'un droit, et celui qui use d'un droit ne lèse personne.

**147.** Il y a un autre droit garanti par la constitution, qui touche de plus près au principe de la non-rétroactivité. L'article 11 porte : « Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité. » Cette disposition lie le pouvoir législatif; il ne peut donc pas enlever à un citoyen sa propriété; si une loi dépouillait un particulier de ses biens, elle violerait l'article 11 de la constitution. Une loi ne peut donc pas régir le passé en ce sens qu'elle prive un propriétaire d'un droit qui est dans son domaine. Il suit de là que le principe de la non-rétroactivité est un principe constitutionnel, en tant qu'il garantit la propriété contre les entreprises du législateur.

Mais quel est le droit garanti par la constitution? On répond d'ordinaire que c'est la propriété. Cela est trop vague et cela n'est pas conforme au texte de l'article 11. La constitution ne fait pas de la propriété, en général, un droit constitutionnel; elle dit seulement que personne ne peut être privé de sa propriété. Pour bien comprendre la portée de cette règle, il la faut mettre en rapport avec les articles 544 et 545 du code civil. L'article 544 définit la propriété « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue »; mais il ajoute cette importante restriction : « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements. » Ce qui permet au législateur de régler l'usage de la propriété. Vient ensuite l'article 545 qui consacre une conséquence du droit de propriété, en disposant que « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. » Qu'ont fait les auteurs de la constitution belge? Ils ont transporté l'article 545 dans la constitution, ils n'ont pas

consacré en termes généraux l'inviolabilité de la propriété; l'article 544 du code subsiste; partant le législateur conserve le droit de régler l'usage de la propriété. Donc une loi peut réglementer la propriété, même en régissant le passé, sans que l'on puisse dire qu'elle viole l'article 11 de la constitution : elle ne violerait la constitution que si, en régissant le passé, elle dépouillait les citoyens d'un bien qui est dans leur domaine.

**148.** La loi du 17 nivôse an II porte, article 1<sup>er</sup> : « Les donations entre vifs faites depuis et compris le 14 juillet 1789 sont nulles. » Une pareille disposition serait contraire à l'article 11 de notre constitution; en effet, la donation confère au donataire la propriété irrévocable des biens donnés. Donc, ces biens étaient dans le domaine des donataires, quand la loi du 17 nivôse est venue les en dépouiller. Le législateur belge ne pourrait plus faire ce qu'a fait la Convention, sans violer la constitution; il ne peut donc pas porter une loi rétroactive qui enlève aux propriétaires un droit quelconque qui est dans leur domaine. A ce point de vue, la non-rétroactivité est devenue un principe constitutionnel.

La loi du 17 nivôse établit l'égalité de partage, et elle fait rétroagir cette égalité au 14 juillet 1789; elle annule même les partages déjà faits depuis ce jour. Une pareille rétroactivité serait aujourd'hui inconstitutionnelle; car le partage attribue définitivement aux copartageants la propriété des biens qui en font l'objet; dès lors ils ne peuvent plus en être privés, aux termes de l'article 11. En ce sens, la constitution défend au législateur de faire des lois rétroactives.

**149.** Mais le législateur peut régler l'usage et l'exercice du droit de propriété. Ici il jouit d'une entière liberté d'action; il n'est plus entravé par une règle constitutionnelle, il n'a d'autre guide que l'intérêt général que lui seul a mission d'apprécier. Il peut même régir le passé, si un intérêt social l'exige; les citoyens ne peuvent pas lui opposer la constitution, dès qu'on ne les prive pas d'un bien qui est dans leur domaine. Il se peut que leur intérêt soit lésé par une loi qui vient leur enlever un mode d'user de

leur propriété qui était consacré par une loi ancienne; mais l'intérêt particulier doit plier devant l'intérêt général (1).

**150.** Un décret du 7 mars 1793 abolit la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre vifs, soit par donation contractuelle, en ligne directe. La Convention voulait assurer à tous les enfants un droit égal sur les biens de leurs ascendants. Nous ne disons pas qu'elle a bien fait; les lois qui restreignent dans des limites trop étroites le pouvoir du propriétaire de disposer de ses biens, nuisent à la société, puisqu'elles diminuent le mobile qui excite les hommes à augmenter leurs biens; elles sont donc une entrave au développement de la richesse, et la richesse est pour les nations une condition de développement intellectuel et moral. Mais le droit du législateur est incontestable, car il ne fait que régler l'usage de la propriété. Il pourrait même abolir le droit de tester d'une manière absolue. Merlin le reconnaît et n'en fait aucun doute. Le droit de tester est une faculté que les citoyens tiennent de la loi; si elle peut l'accorder, elle peut aussi la retirer (2).

Ces principes ont été reconnus, en Belgique, dans un rapport remarquable fait au Sénat par M. Gheldolf. Le rapporteur dit très-bien que la propriété est une dérivation de la liberté individuelle; mais la liberté des individus périt avec eux, en même temps que leur droit à l'égard de la société: l'individu mort n'a plus la propriété de ses biens, ni la faculté d'en disposer ou de les transmettre. C'est dire que le droit de tester a son principe dans la loi; il est une création de l'autorité sociale. Comme le dit Montesquieu, « les testaments sont plutôt des actes du droit politique que du droit civil, du droit public plutôt

(1) La cour de cassation a décidé, par de nombreux arrêts, que nul ne peut acquérir, par une possession quelconque, le droit d'user de sa chose de manière à compromettre la santé publique. En conséquence, elle a jugé qu'un règlement municipal peut prescrire que des fosses d'aisance soient établies dans les maisons déjà bâties, aussi bien que dans celles qui seront bâties à l'avenir. (Arrêt du 15 juillet 1864, dans Dalloz, *Recueil périodique*, 1865, 1, 113 et la note.)

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 2, art. 2.

que du droit privé (1). » Les droits que la société crée, elle peut aussi les abolir.

Ces mêmes principes reçoivent leur application aux successions *ab intestat*. Le législateur peut les régler comme il veut, cela va sans dire. Il pourrait donc abolir les successions collatérales ou les restreindre. Il pourrait même abolir toute succession *ab intestat*, sans violer la constitution; ce ne serait pas priver le propriétaire de ses biens, puisqu'il les conserverait jusqu'à sa mort, et à sa mort, ses droits cessent, comme le dit le rapport au Sénat. Ce serait, à notre avis, une très-mauvaise loi, mais elle ne violerait pas le principe constitutionnel de la non-rétroactivité.

Par la même raison, le législateur peut modifier les lois qui régissent les contrats, et appliquer ses dispositions au passé, pourvu qu'il n'enlève pas aux parties contractantes un bien qui est dans leur domaine. En agissant ainsi, il lésera le plus souvent des intérêts privés; mais c'est son droit de faire prévaloir l'intérêt de la société sur l'intérêt des individus. Les particuliers lésés ne peuvent pas se plaindre de cette rétroactivité, car elle ne viole pas la constitution. Il est possible que le législateur ait mal apprécié l'intérêt général; mais lui seul en est l'organe et le juge.

§ 2. *Quand le juge peut et quand il ne peut pas appliquer les lois au passé.*

**151.** Le principe de la non-rétroactivité s'adresse principalement au juge, dit Portalis. Cela veut-il dire que le juge ne puisse jamais appliquer une loi au passé? A s'en tenir aux termes du code civil, on pourrait croire que l'article 2 pose une règle absolue: « la loi n'a point d'effet rétroactif. » Mais le texte n'est pas aussi absolu qu'il en a l'air. D'abord il ne lie pas le législateur, sauf dans les

(1) Rapport de M. Gheldolf sur le projet de loi relatif aux fondations en faveur de l'enseignement public ou au profit des boursiers (Sénat, *Documents parlementaires*, 1864, session extraordinaire, p. 7).