

KM 270
-F8
t. 7
1856
V-I



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

8888

PRÉFACE.

*Inconveniens erit, illotis, ut ita dixerim,
manibus, protinus materiam interpretationis
tractare.*

(CAIUS, l. 4. 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 traités. 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 Napoléon est supérieur au droit romain. Explication de cette proposition.
4. Jugement critique sur les travaux préparatoires du Code Napoléon, et dans quel esprit il faut s'en servir.
5. Dangers des arrêts, et cependant utilité de leur étude. Observation 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 Napoléon 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 populaire en France. Pothier a eu la gloire de contribuer à la rédaction du Code Napoléon, comme Papinien, Ulpien et autres grands 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 Napoléon est à peu près trouvé

I.

1856
MAY 10 1856

d'avance, et qu'il existe tout à 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 Napoléon, rien n'est plus inexact que ce système, et des principes plus rationnels dominent 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).

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

(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.

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

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 Napoléon, 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 a 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 (1). 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

(1) V., sur ce point important, les observations que je présente au n° 4 du Commentaire.

Pothier des définitions qui, aujourd'hui, ne sont plus que de solennels démentis donnés au Code Napoléon (1).

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 enseignements de Pothier (2); la théorie de la tradition (3) et celle des fautes contractuelles (4), que le Code a refondue et épurée; le bail, qui sous la main des rédacteurs du Code Napoléon est devenu un droit réel poursuivant la chose en quelques mains qu'elle passe (5); 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 (6), etc., etc.

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

(2) *Infrà*, 107.

(3) *Infrà*, nos 267 et suiv.

(4) *Infrà*, nos 361 et suiv.

(5) Art. 1743.

(6) Par exemple, celle qui consiste à savoir si le vendeur, après avoir échoué à l'ordre, peut demander la résolution du contrat

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 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

(n° 621); si, lorsque l'immeuble a été sous-aliéné, le vendeur peut demander la résolution contre tous les sous-acquéreurs, ou seulement contre quelques-uns, ou même contre son acquéreur, saisi d'une fraction de la chose (n° 642 à 655).

assez médiocres en histoire (1) : 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 (2), et tantôt trop casuiste avec les pères de l'Église (3). J'ose donc le dire : il y a encore quelques richesses à recueillir dans les régions qu'il a parcourues (4); 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 qu'on ne se mettrait 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 préventions contre cette méthode. M. Toullier, M. Duranton et autres l'ont éludée par une forme mixte, qui ressemble assez aux interprétations ou ré citations que Voët, Perezius, etc.,

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

(2) *Infrà*, n° 413.

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

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

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* (1). Les uns ne voient dans un commentaire qu'un canevas disposé pour recevoir des gloses indigestes et de graves inutilités (2). Les autres ont repoussé le commentaire comme destructif de tout ordre et de tout méditerait lique. Enfin, il en est qui ne veulent pas! Mais prudence que celle des 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 antécédents 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 affran-

(1) Gazette des Tribunaux du 2 avril 1827.

(2) 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?

chi. 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 d'Aguesseau vint lui porter le coup de la mort par l'ordonnance de 1747? Quelle 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 enfants 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. Quelque 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 qui 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 Napoléon. 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 jugements acerbes et aux défections de M. Chabot de l'Allier.

3. En me livrant à l'examen consciencieux du Code Napoléon, 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 ou 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 (1).

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 leurs jugements, la finesse et

(1) V. *infra*, n° 5.

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 fragments que Tribonien a extraits de leurs écrits. On ne saurait trop applaudir non plus à leurs 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 longtemps 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 Napoléon, 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 Napoléon 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 développements. 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'Évangile, 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 (1), et qu'en

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

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 (1); 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 enfants, qui n'appartenaient jamais à sa famille, et dont elle ne pouvait pas être tutrice, si ce n'est par con-

(1) L. 2, C. De patrib. qui filios.

cession du prince (1)! et les femmes *sui juris*, qu'un système déraisonnable soumettait à une tutelle que Caius lui-même trouvait sans fondement légitime (2)! 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 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 Napoléon 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 prudents 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

(1) 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.

(2) 1 Com. 190.

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 enfants et petits-enfants, 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 longtemps; 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 encore loin de s'opérer: le mariage et le concubinat, la filiation et l'adoption, le testament et le codicile, 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 exagérât les devoirs (1) 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

(1) L. 35, § 8, D. *De compt. empt.*; *infra*, n° 413.

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 Napoléon offre tous les développements 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 Napoléon 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 c'était plutôt une étrangère de bonne maison qui n'avait pas encore obtenu ses lettres de naturalité (1).

(1) 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 mouvements 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,