

Université de France. Faculté de droit de Paris. Droit romain : De la Fiducie. Droit français : de la Juridiction [...]

Jacquelin, René (1865-19..). Université de France. Faculté de droit de Paris. Droit romain : De la Fiducie. Droit français : de la Juridiction administrative dans le droit constitutionnel. Thèse pour le doctorat... par René Jacquelin,.... 1891.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE LA FIDUCIE

DROIT FRANÇAIS
DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE
DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL

« Je proposerais de définir la liberté : l'affranchissement pour l'activité individuelle, de tout pouvoir qui n'est pas avoué par la justice et par la raison. »

BERTAULD. — Des limites de la liberté individuelle et de la souveraineté sociale. *Revue critique*, tome 20, 1862, p. 125.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 20 avril 1891, à 1 heure

Par **RENÉ JACQUELIN**

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. JALABERT, professeur.

Suffragants : { MM. GLASSON,
 JOBÉ-DUVAL, } professeurs.
 GIRARD, agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

A. GIARD, LIBRAIRE-ÉDITEUR
16, RUE SOUFFLOT, 16

—
1891

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

8-17

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE LA FIDUCIE

DROIT FRANÇAIS
DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE
DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL



« Je proposerais de définir la liberté : l'affranchissement pour l'activité individuelle, de tout pouvoir qui n'est pas avoué par la justice et par la raison. »

BERTAULD. — Des limites de la liberté individuelle et de la souveraineté sociale. *Revue critique*, tome 20, 1862, p. 125.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 20 avril 1891, à 1 heure

Par **RENÉ JACQUELIN**

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. JALABERT, professeur.

Suffragants : { MM. GLASSON,
 JOBÉ-DUVAL, } professeurs.
 GIRARD, agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

A. GIARD, LIBRAIRE-ÉDITEUR
16, RUE SOUFFLOT, 16

1891



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

DROIT ROMAIN

DE LA FIDUCIE

PLAN GÉNÉRAL

INTRODUCTION.

1. Idées générales : origine rationnelle de la fiducie.
2. Sources et textes principaux.
3. Définition ; — division du sujet.

PREMIÈRE PARTIE

LA FIDUCIE ENVISAGÉE EN ELLE-MÊME.

CHAPITRE I. — Origine historique de la fiducie.

CHAPITRE II. — Nature et forme, — caractères juridiques de la fiducie.

CHAPITRE III. — Effets de la fiducie.

CHAPITRE IV. — Influences de la fiducie sur l'ensemble du droit.

A. — Origine des actions de bonne foi.

B. — Origine des contrats réels.

SECONDE PARTIE

LA FIDUCIE ENVISAGÉE DANS SES APPLICATIONS.

CHAPITRE I. — A. Applications de la fiducie dans le droit des personnes.

1. Fiducie employée en vue de modifier l'état des personnes.
2. Fiducie employée en vue d'acquérir la capacité.

B. Applications de la fiducie dans le droit des choses.

CHAPITRE II. — *Fiducia cum creditore.*

CHAPITRE III. — *Fiducia cum amico.*

CHAPITRE IV. — *Mancipatio familiæ cum fiducia.*

CONCLUSION.

1. Disparition de la fiducie.
2. Les derniers vestiges de la fiducie au moyen-âge et dans les temps modernes.
3. L'idée-mère de la fiducie; — sa destinée.

INTRODUCTION

- I. Idées générales : origine rationnelle de la fiducie. — II. Sources et textes principaux. — III. Définition de la fiducie ; division du sujet.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ortolan. *Histoire de la législation romaine*, § 134, page 135 et 136.
2. Ihering. *L'esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere.
 - α. Tome 1, § 11, pag. 121 à 126.
 - β. Tome 2, § 36, pag. 161 à 191.
 - γ. Tome 3, § 50, pag. 172, 185 et 193.
 - δ. Tome 4, § 63, pag. 139.
3. Geny. *Etude sur la fiducie*, — thèse de Nancy, 1885, page 4, note 4, et page 13.
4. De Savigny. *Droit des obligations*, trad. Gérardin et Jozon, tome 2, pag. 361 à 368.
5. Lenel. *Zeitsch. der Sav. Stift.*, tome 3 ; *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*. — *Zur actio fiduciæ*, pag. 104 et suiv., 177 et suiv.
6. Gradenwitz. *Zeitsch. der Sav. Stift.*, tome 7 ; — *Interpolationen in den Pandekten*, pag. 46 à 51.
7. Gradenwitz. *Interpolationen in den Pandekten ; das Reurecht*, p. 146 à 170.
8. Lenel. *Das Edictum perpetuum*, page 232.
9. Voigt. *Die XII Tafeln* ; tome 2, *die lex fiduciæ*, § 86, pag. 166 à 187.
10. Baron. *Institutionen*, § 96, p. 171, — et § 110, page 197.
11. Dernburg. *Das Pfandrecht*, tome 1, § 2, page 9, et *Pandekten*, tome 1, § 263, page 639.

I

IDÉES GÉNÉRALES.

1. Tout à fait à l'origine, dans les sociétés naissantes, le domaine des actes juridiques se présente à nous fortement empreint du double caractère d'étroitesse et de solennité. Ils sont d'abord en très petit nombre : c'est que les besoins de la vie pratique se montrent peu exigeants. Ces actes sont, en outre, entourés dans leur accomplissement de formes rigoureusement déterminées, de façon à être rendus absolument incontestables dans les rapports des parties elles-mêmes, et sûrement reconnaissables pour le juge de ces temps encore peu éclairés. La société Romaine n'a pas échappé à cet état juridique embryonnaire : au début le même acte juridique remplit des fonctions diverses ; c'est la solennité *per aes et libram*, suivant qu'elle est la *mancipatio* ou le *nexum*, qui transfère la propriété ou qui engendre l'obligation. Mais à mesure que la vie juridique s'est développée, les nécessités du commerce entre les hommes ont fait admettre de nouvelles formes en vue de créer des obligations. Toutefois ces formes elles-mêmes ont participé encore du double caractère de la forme unique originaire ; elles ont continué à être limitées dans leur nombre et solennelles : telles sont la *stipulatio* et l'*expensilatio* (1). Ce

1. Ortolan, *L. c.*, n. 1.

n'était là que des progrès presque insensibles et tout à fait insuffisants, d'autant plus que ces actes juridiques, strictement réglementés dans leur existence, produisaient des effets qui eux aussi étaient rigoureusement déterminés : le juge à qui il fallait un criterium indiscutable pour reconnaître la source de l'obligation avait encore besoin d'une ligne de conduite toute tracée à l'avance dans la mission qui lui était confiée de déduire les conséquences légales de cette obligation (1).

2. Toutes ces rigueurs eussent rendu cette législation absolument intolérable, si elles n'avaient pas été adoucies et corrigées par les mœurs. La grossièreté intellectuelle des origines de l'humanité considérée dans son ensemble n'entraîne pas nécessairement à sa suite la grossièreté morale de l'homme envisagé individuellement. C'est cette remarque qui a pu servir à assigner leur véritable portée dans la vie sociale à un grand nombre de règles propres à la législation Romaine, qui à première vue paraissent refléter la barbarie des premiers âges et exclure toute idée de civilisation (2). C'est aussi du principe qui a suscité cette remarque que découle la fiducia.

3. Au lieu de se manifester dans des formes solennelles, la volonté des parties se traduit dans un accord purement consensuel, auquel la loyauté et la confiance réciproque servaient à la fois de base et de sanction.

1. Savigny, *L. c.*, n. 4.

2. Ihering, *l. c.*, n. 2, β.

D'ailleurs à une époque où la vie collective absorbait l'individu, personne n'eût osé violer cet engagement d'honneur, et personne ne l'eût fait impunément : une réprobation unanime aurait jailli de la conscience du peuple (1). Une sanction légale ne devait être nécessaire, que, lorsque l'individu s'étant peu à peu détaché du groupe, il devint plus facile pour lui de se faire un jeu de la confiance de son semblable. Plus tard cet accord des volontés acquit un domaine d'application très étendu, bien que jamais il ne soit parvenu à une généralisation absolue. Mais cette extension est relativement récente, et pendant de longs siècles les Romains se contentèrent des rares actes juridiques solennels qu'ils connaissaient : c'est qu'en effet ils y trouvaient des avantages ; comme l'a dit M. d'Ihering (2) : « la forme est pour les actes juridiques ce qu'est l'empreinte pour la monnaie » ; mais ce formalisme rigoureux n'était pas sans entraîner en sens inverse de graves inconvénients. Il devint gênant : dès lors il était nécessaire non pas de s'en débarrasser d'une façon complète, car de cette façon on se serait privé de ses avantages, mais de l'écarter dans certains cas afin d'échapper à ces inconvénients. C'est alors que, pour atteindre ce résultat, l'on eut pour la première fois l'idée de recourir à la convention non formaliste, basée sur la confiance réciproque. Désormais la fiducie était née : elle fut employée en vue d'atténuer

1. Ihering, *l. c.*, n. 2, α.

2. Ihering, *l. c.*, n. 2, γ.

les effets rigoureux et absolus des actes juridiques qui avaient pris naissance avant elle. C'est là le caractère intime et essentiel de la fiducie : dans chacune des ses applications nous la verrons tendre à ce but. Mais cet usage nouveau allait à l'encontre de règles anciennes, sanctionnées par la loi ; il procéda donc d'une façon timide : comme l'a dit M. d'Ihering (1) : « c'était pour ainsi dire une clause secrète », et selon l'expression de M. Geny (2), c'était une contre-lettre ; pendant longtemps la fiducie fut dépourvue de sanction légale, et jamais elle ne fut érigée en convention indépendante se suffisant de tous points à elle-même en vue de produire des effets quelconques. Ce fut toujours une convention accolée à un acte juridique solennel, en vue d'atténuer les effets de ce dernier par l'accomplissement d'un acte juridique inverse : elle tend en général à la restitution des choses à un état antérieur. Telles sont les idées qui dominent toute cette matière de la fiducie.

II

SOURCES ET TEXTES PRINCIPAUX.

1. Aucun texte ne nous présente une théorie d'ensemble sur la fiducie : ce ne sont que des détails, sur tel ou

1. Ihering, *l. c.*, n. 2, §.

2. Geny, *l. c.*, n. 3.

tel point particulier, qui nous sont fournis par nos sources. Ces textes sont ou littéraires, ou juridiques, presque tous datant d'une époque antérieure à Justinien ; c'est à peine si l'on rencontre quatre ou cinq fragments, insérés au Digeste, qui prononcent les mots « *fiducia* » « *fiduciarus* » sans donner d'ailleurs aucun développement sur les règles juridiques qui gouvernent la fiducie. Il faut en outre tenir un grand compte de documents épigraphiques, qui sont précieux pour nous, en ce qu'ils nous montrent des exemples de *pactum fiduciæ*, dans l'une de ses applications les plus importantes, la *fiducia cum creditore* : d'abord une table de bronze trouvée en Espagne dans l'ancienne province de Bétique, en 1867 ou 1868 ; ensuite des tablettes de cire découvertes en Italie à Pompéi en 1887. Mais à ces sources, il convient d'ajouter certains textes du Digeste, considérables tant par leur nombre que par leur portée juridique, dans lesquels Justinien nous expose certaines règles relatives à des institutions différentes de la fiducie, mais dans lesquels la science contemporaine a vu des interpolations, dues à la retouche des commissaires de Justinien qui, ne pouvant pas conserver ces textes classiques tels qu'ils étaient parce qu'ils concernaient la fiducie, qui de leur temps n'existait plus, voulurent néanmoins les utiliser en les rapportant à des institutions encore existantes à leur époque.

2. La découverte de ce genre la plus importante est celle qui est due à M. Lenel (1) ; cependant elle a été

1. *L. c.*, n. 5.

contestée : M. Geny (1), nous semble même avoir use d'une critique assez légère quand il se contente de nous dire que les propositions de M. Lenel ne méritent aucune attention, comme reposant sur un point de départ inacceptable, sans même avoir pris la peine d'indiquer, ni de discuter ce point de départ. Celui-ci vaut certainement qu'on s'y arrête pour qu'on l'étudie en lui-même.

Tout le système de M. Lenel est basé sur les remarques suivantes : certains textes du Digeste, empruntés par les commissaires de Justinien au livre 28 d'Ulpien *ad Edictum*, développent les règles qui régissent l'*actio pignoratitia* ; puis d'autres textes du Digeste, voisins des premiers, traitent encore du même sujet, et ils sont empruntés au livre 30 d'Ulpien *ad Edictum*. Ces derniers fragments sont beaucoup trop longs et beaucoup trop détaillés pour qu'il soit possible de les considérer comme faisant partie d'un exposé accidentel écrit à propos d'une autre matière sous forme de remarques complémentaires et comparatives ; ils ne peuvent pas non plus être regardés comme un simple appendice du livre 28 d'Ulpien *ad Edictum*, car un regard jeté sur la *Palingenesia juris* de Hommell montre qu'entre les livres 28 et 30 d'Ulpien *ad Edictum* se trouve une série de matières disparates qui à coup sûr n'ont rien de commun avec l'*actio pignoratitia*. Faut-il donc admettre qu'Ulpien a traité la même matière à deux reprises différentes dans ses livres 28 et 30 *ad Edictum*, et cela d'une façon également complète et quelquefois contradic-

1. L. c., n. 3.

toire ? Ce résultat serait absolument incompréhensible ; ce qui le rend tout à fait inadmissible, c'est que si l'on se reporte à la *Palingenesia juris* de Hommell (tome 1, pages 239 à 245 ; tome 2, pages 49 à 59 ; tome 3, pages 158 à 195), on est amené à constater les résultats suivants :

α. Le traité de l'*actio pigneraticia* se trouve dans les livres :

28 d'Ulpien *ad Edictum*.

29 de Paul *ad Edictum*.

11 de Julien *Digesta*.

β. Il est traité de matières très diverses (sénatus-consulte Velléien ; *actio de peculio*, *actio de in rem verso*, *actio quod jussu*, etc.) dans les livres :

29 d'Ulpien, *ad Edictum*,

30 de Paul, *ad Edictum*,

12 de Julien, *Digesta* ;

γ. Le traité du mandat et de la société se trouve dans les livres :

31 d'Ulpien, *ad Edictum*,

32 de Paul, *ad Edictum*,

14 de Julien, *Digesta*.

δ. Enfin les livres qui sont en discussion ici :

30 d'Ulpien, *ad Edictum*,

31 de Paul, *ad Edictum*,

13 de Julien, *Digesta*,

traitaient de l'*actio depositi*. On voit par là qu'une concordance parfaite existe chez ces trois jurisconsultes dans l'ordre même qu'ils ont adopté dans leurs écrits. Si maintenant l'on met à part les textes du Digeste, emprun-

tés aux livres 30 d'Ulpien *ad Edictum*, 31 de Paul *ad Edictum*, et 13 de Julien *Digesta*, qui nous parlent en effet de l'*actio depositi*, l'on voit qu'il y a beaucoup d'autres textes empruntés aux mêmes livres qui nous parlent de l'*actio pigneraticia*; or, cela est impossible à comprendre; comment trois jurisconsultes, n'appartenant même pas tous à la même époque, auraient-ils pu employer cette méthode défectueuse consistant à traiter pour la seconde fois d'une matière dont ils avaient déjà traité deux livres plus haut? Ces textes du Digeste sont donc interpolés. Voilà le point de départ de M. Lenel: il nous paraît très solide, quoi qu'ait pu dire M. Geny. Voici maintenant comment de ce point de départ est déduite la conclusion du système: il est certain que ces textes étant interpolés, n'avaient pas trait dans leur pureté primitive à l'*actio pigneraticia*; mais à quelle matière se rapportaient-ils donc? (D'une part il est impossible de les rapporter à l'*actio depositi* elle-même, parce qu'alors ils seraient tout à fait intelligibles); d'autre part, il est également impossible de les rapporter à d'autres matières, telles que le mandat ou le sénatus-consulte Velléien, par ce double motif que ces matières sont tout à fait différentes, et qu'elles appartiennent déjà à d'autres livres des commentaires qui sont, soit antérieurs, soit postérieurs au livre 30 d'Ulpien *ad Edictum*, 31 de Paul *ad Edictum*, et 13 de Julien *Digesta*, comme nous l'a montré la *Palíngenesia juris* de Hommell. Dès lors, c'est qu'à côté de l'*actio depositi*, dans ces livres 30, 31 et 13, Ulpien, Paul et Julien traitaient en outre d'une autre institution qui sous

Justinien a disparu : la fiducie. Le même raisonnement a conduit M. Lenel à reconnaître comme se référant en tout ou en partie à la fiducie les livres suivants : Celsus, 7 Digest. ; Gaius, 10 *ad Edic. provinc.* ; Marcellus, 6 Digest. ; Sœvola, 6 Digest (1). (Ce qui, à notre avis, donne un appui considérable à cette manière de voir, c'est la remarque que M. Lenel (2), lui-même a faite en un autre endroit, sans avoir cependant suffisamment insisté, et d'après laquelle Paul dans ses Sentences (II, 12 et 13), traite de la fiducie immédiatement à la suite du dépôt ; mais il y a plus, et il importe de connaître l'historique de ces titres 12 et 13 du livre II des Sentences de Paul : les sentences placées sous les paragraphes 1 à 5 du titre *de lege commissoria* (II, 13) dans la plupart des éditions actuelles, formaient dans le texte de la *lex Romana Visigothorum*, de laquelle émanent les Sentences de Paul, les paragraphes 4 à 8 du titre précédent qui a pour rubrique *De deposito* (II, 12) ; c'est Cujas qui en 1558 a fait l'interposition qui a été acceptée depuis (3). Mais rien absolument ne prouve que ce remaniement soit heureux, et qu'il doive être suivi ;

1. C'est en usant d'une argumentation différente que M. Lenel a démontré que tous les textes extraits du livre 35 de Pomponius *ad Sabinum* se rapportaient originairement à la fiducie : la loi 8, § 3, Dig., 13. 7. *De pign. actione*, qui est extraite de ce livre 35 contient un féminin « eam » qui montre clairement que le neutre « *pignus* » a été substitué au mot « *fiduciam* ». Cf. Lenel, *Palin-genesia juris*, tome 2, p. 146, note 1.

2. L. c., n. 8.

3. *Lex Romana Visigothorum*, édit. Hoënel, p. 360, note f.

c'est sans doute ce qu'a pensé l'un des éditeurs des Sentences de Paul, M. Krueger (1878), car il revient sinon entièrement, du moins dans une certaine mesure, à la leçon primitive de la *lex Romana Visigothorum*, et il semble ainsi indiquer que Paul dans ses Sentences traitait des deux institutions sous un titre unique, intitulé *De deposito*, en rattachant la fiducie au dépôt d'une façon en quelque sorte incidente ; toutefois M. Girard, le dernier auteur à qui nous devons un recueil de textes de droit Romain (1890), est revenu à la leçon courante et traditionnelle ; quoi qu'il en soit de ce point, il reste acquis que Paul dans ses Sentences a traité de la fiducie pour ainsi dire accessoirement ou parallèlement au dépôt). Telle est dans son ensemble la théorie de M. Lenel, que nous avons fait connaître en nous bornant la plupart du temps à une traduction, et à laquelle nous n'avons ajouté que peu de chose (1) : non seulement cette théorie, comme le dit l'auteur à la fin de son étude, offre un grand degré de vraisemblance, mais même à notre sens elle atteint un degré de certitude scientifique qui défie toute réfutation, du moins en principe. Cependant nous devons avoir constamment devant les yeux le point de départ de ce système : ce sont seulement les textes émanés des livres 30 d'Ulpien *ad Edictum*, 31 de Paul *ad Edictum*, et 13 de Julien *Digesta*, dans lesquels figure l'*actio pignoratitia*, qui sont suspects ; quant à ceux, au contraire, qui émanent des mêmes livres et qui se rapportent au dépôt,

1. Ce que nous avons ajouté a été mis entre parenthèse.

ils doivent être présumés authentiques, à moins que rapportés précisément au dépôt ils soient inintelligibles; c'est en s'écartant de ce point de départ que M. Lenel nous semble avoir été quelquefois trop loin; c'est ainsi qu'il a, à tort croyons-nous, attribué à la fiducie un fragment qui se réfère tout naturellement au dépôt; nous aurons à démontrer ce point à propos de la loi 31, Dig., 41, 1. *De acq. rerum dominio*, texte auquel l'auteur a assigné une importance qu'il ne mérite pas. Néanmoins sous cette légère réserve, les conclusions de M. Lenel nous semblent dignes d'une foi absolue dans l'immense majorité des cas.

C'est là ce qui nous permettra d'admettre comme vérifiées, indépendamment d'autres preuves spéciales, un certain nombre d'autres interpolations que le même auteur a signalées ailleurs dans un travail considérable, une *Palingenesia juris civilis*, qui distance de beaucoup un travail ancien, pourtant déjà précieux, la *Palingenesia juris civilis* de Hommell. Nous nous servirons même de cette *Palingenesia juris* de M. Lenel comme d'une pierre de touche pour mettre à l'épreuve la valeur d'interpolations proposées par d'autres savants allemands, par M. Voigt (1), et par M. Gradenwitz (2).

En ce qui touche le premier, ce sera pour nous à peu près l'unique moyen de le contrôler, car s'il a le mérite de citer un assez grand nombre de textes, il a le défaut

1. *L. c.*, n. 9.

2. *L. c.*, n. 6 et 7.

capital de n'apporter aucune espèce de preuve à l'appui de ses affirmations, de sorte que beaucoup de textes qu'il considère comme interpolés n'ont en réalité ce caractère que dans son imagination ; des interpolations qu'il a prétendu découvrir, M. Lenel en admet environ la moitié.

Il en est tout différemment du second de ces auteurs ; M. Lenel est d'accord avec lui pour admettre presque toutes les interpolations qu'il a proposées. C'est qu'en effet M. Gradenwitz a, lui aussi, démontré de la façon la plus ingénieuse et la plus séduisante l'interpolation d'un certain nombre de textes ; son procédé de recherches repose principalement sur des remarques de terminologie ; dans l'une de ses études (1), cet auteur a établi l'interpolation des quatre fragment suivants :

Africain, 8 Quæst. — Loi 50, § 1, Dig., 23, 3. *De jure dotium*. — Pomponius, 35 ad Sab. — Loi 8, Pr., Dig., 13, 7. *De pign. actione*. — Julien, 13 Digest. — Loi 16 Dig., 44, 7. *De oblig. et actionibus*. — Julien, 13 Digest. — Loi 36, Dig., 41, 2. *De. acq. vel amitt. possessione*.

Quant aux deux derniers de ces textes, l'auteur reconnaît que M. Lenel (2) avant lui avait démontré leur référence à la fiducie (3). Quant aux deux premiers, il résulte

1. *L. c.*, n. 6.

2. *L. c.*, n. 5.

3. Toutefois en ce qui concerne la loi 36, Dig., 41, 2. M. Lenel, tout en admettant que Julien avait écrit ce fragment dans le livre 13 de Ses Digestes sous la rubrique *fiduciæ*, et non sous *depositi* pensait que le jurisconsulte parlait là non de la fiducie, mais du *pignus* par comparaison avec la fiducie ; mais M. Gradenwitz ayant

aussi des hypothèses mêmes qu'ils prévoient pour les résoudre, qu'ils sont interpolés : ils visent soit un fonds de terre, soit un esclave, les deux seuls objets possibles ou tout au moins connus dans la fiducie. Mais une objection semble à première vue s'opposer à cette manière de voir ; dans ces quatre fragments en effet, ce serait les mots *pignoris causa tradere* ou *accipere* qui auraient été substitués aux mots *fiduciæ causa mancipare* ou *accipere* ; mais dans les autres passages où très certainement, comme l'a démontré M. Lenel, notamment à propos des lois 22 et 24, Dig., 13, 7. *De pign. actione*, extraites du livre 30 d'Ulpien, *ad Edictum*, les compilateurs ont effacé la *fiducia* pour lui substituer le *pignus*, ce ne sont pas les mots *pignoris causa tradere*, mais bien les mots *pignori dare* que l'on rencontre ; ne semble-t-il pas dès lors que s'il était vrai que nos quatre fragments fussent interpolés ils devraient contenir eux aussi les mots *pignori dare* ; puisqu'au contraire ce sont les mots *pignoris causa tradere* qui s'y trouvent, c'est qu'ils émanent bien des jurisconsultes classiques eux-mêmes. Voilà l'objection. M. Gradenwitz la met à néant, et cela sans aucun effort apparent, tant la solution qu'il donne semble naturelle : se basant sur l'examen des textes non contestés, M. Gradenwitz remarque qu'à l'époque de Gaius, au II^e siècle après J.-C., la seule expression employée était *fiduciæ causa mancipio dare* (Gaius, II, § 59 ; et III, § 201), tandis qu'au III^e siècle après J.-C.,

démontré que ce texte était bien relatif à la fiducie, non au *pignus*, M. Lenel s'est rangé à cet avis dans sa *Palingenesia juris*.

à l'époque de Paul, on rencontre uniquement les mots *fiduciæ dare* (Paul, II, 13, § 6 ; et III, 6, § 69) ; dès lors Julien, Africain et Pomponius, contemporains de Gaius, devaient dire *fiduciæ causa mancipio dare*, tandis que Ulpien, contemporain de Paul, devait employer l'expression *fiduciæ dare* ; les compilateurs de Justinien n'ont donc rien fait autre chose que de remplacer partout *fiducia* par *pignus* et *mancipio dare* par *tradere*. L'objection est ainsi levée très facilement ; de la remarque qui lui a servi pour cette réfutation, M. Gradenwitz tire du reste une conséquence curieuse que nous aurons à faire connaître ailleurs. Le même auteur, dans un autre travail (1) a encore établi l'existence de différentes interpolations ; mais comme elles ne se rattachent qu'à un point spécial de notre sujet, nous réservons l'examen de son argumentation pour l'étude de ce point spécial ; c'est pour la même raison que nous nous bornons à mentionner ici que certaines autres interpolations ont été démontrées ou proposées par d'autres auteurs, tels que MM. Accarias, Keller, de Savigny, Dernburg, Geib et Heck. Au contraire comme nous aurons souvent dans tout le cours de notre étude sur la fiducie à faire intervenir les textes qui précèdent sur des points nombreux de la matière, nous avons pensé qu'il y avait lieu d'apprécier dès le début d'une façon générale la valeur de ces doctrines contemporaines qui tendent à restituer aux sources leur authenticité (2).

1. *L. c.*, n. 7.

2. Nous avons du reste dressé plusieurs tables des textes rela-

III

DÉFINITION. — DIVISION DU SUJET.

1. Les auteurs ont eu presque tous le tort de donner de la fiducie une définition trop peu large, en s'attachant à une seule de ses applications, la *fiducia cum creditore*, première source du crédit réel. C'est ainsi que M. Baron (1) définit la fiducie, l'opération par laquelle un débiteur transfère à son créancier la propriété de son bien sous la condition qu'il lui retransférera cette propriété après le paiement de la dette; et cependant M. Baron lui-même indique sommairement les diverses applications de la fiducie. La plupart des autres auteurs, M. Dernburg (2) par exemple, indiquent une définition analogue. A peu près seul, M. Geny (3) a compris qu'il fallait se placer à un point de vue moins étroit; cela tient à ce qu'il est l'un

tifs à la fiducie; on les trouvera à la fin de notre étude sous les rubriques suivantes :

I. — Table des textes non contestés.

II. — Tables des textes interpolés.

Table A : Table des textes interpolés de M. Lenel.

Table B : Table de concordance Lenel-Voigt.

Table C : Table de concordance Lenel-Gradenwitz.

1. *L. c.*, n. 10.

2. *L. c.*, n. 11.

3. *L. c.*, n. 3.

des rares auteurs jusqu'ici qui aient présenté une théorie d'ensemble sur la fiducie (1). L'examen de notre travail montrera d'ailleurs que nous entendons attribuer à la fiducie un domaine d'application beaucoup plus vaste que celui qui a été assigné jusqu'à présent. La fiducie peut être définie : une convention basée sur la bonne foi, ayant pour cause un acte juridique solennel translatif d'un droit de propriété ou d'un droit de puissance, et pour objet un autre acte juridique inverse tendant à anéantir les effets du premier.

2. La division de notre sujet est indiquée d'une façon sommaire dans le plan général placé en tête de notre introduction, et d'une façon plus détaillée dans la table des matières placée à la fin de notre étude.

1. Cf. aussi M. Nouël, *De l'opération fiduciaire* (Thèse de Paris, 1890) ; et M. Oertmann, *Die Fiducia im römischen Privatrecht* ; Berlin, 1890. Le premier de ces auteurs a le mérite d'avoir mis en relief l'importance des découvertes de M. Lenel ; mais il est loin d'en tirer tout le profit désirable ; car il se borne à circonscrire ces découvertes à un très petit nombre de textes. Le second au contraire ne se contente pas de classer dans un ordre méthodique tous les textes relatifs à la fiducie, parmi lesquels un grand nombre de textes interpolés. Il les reproduit littéralement (p. 5 à 52), à ce titre il peut être précieux à consulter ; mais il a le tort grave de ne consacrer que des développements insuffisants aux diverses applications de la fiducie (p. 124 à 161).

PREMIÈRE PARTIE

La Fiducie envisagée en elle-même.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE HISTORIQUE DE LA FIDUCIE.

I. Notions préliminaires. — II. L'opinion de M. Accarias ; — sa réfutation. — III. L'opinion de M. Mommsen ; — sa réfutation. — IV. Date à assigner à l'apparition de la fiducie. — V. Première application de la fiducie.

BIBLIOGRAPHIE

1. Accarias. Précis de droit Romain, tome 2,
 α § 647, page 568, page 569, texte et notes 1 et 3,
 β § 494, pag. 196 et 197, note 1.
2. Ortolan. Histoire de la législation Romaine, § 134, pag. 135 et 136.
3. Mommsen. Zeitsch. des Sav. Stift., tome 6 ; — die römischen Anfänge der Kauf und der Miethe, pag. 273 et 274.

4. Maynz. Traité des obligations, § 26, p. 109 à 111 ; — et § 76, observ., pag. 308 à 310.
5. Lenel. Das Edictum perpetuum, pag. 232 et suiv.
6. Béchmann. Der Kauf, tome 1, § 34, pag. 287.
7. Giraud. Novum enchiridion, page 656.
8. Demelius. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 2.
Plautinische Studien, pag. 177 à 216.
3. Oertmann. Die Fiducia im römischen Privatrecht, p. 86 à 103, 215.

I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

A quelle époque remonte la fiducie ? Quand les besoins de la pratique se sont-ils fait sentir assez fortement pour engendrer l'usage de cette convention ? Aucun texte, aucun document ne viennent nous donner de renseignements précis sur ce point ; il ne peut être résolu que par des conjectures, et l'on ne peut aboutir qu'à une réponse approximative. Du reste, cette question ne doit pas être confondue avec celle de savoir à quelle époque la fiducie a été sanctionnée par un moyen de droit. Cette remarque n'est pas inutile, parce qu'elle nous mettra en garde contre la théorie de certains auteurs qui semblent s'être laissés égarer par suite d'une confusion de ces deux questions distinctes.

II

L'OPINION DE M. ACCARIAS : SA RÉFUTATION.

1. D'après une opinion assez répandue, la fiducie remonterait à la loi des Douze Tables. Examinant la question de savoir quelle force obligatoire il convient de reconnaître aux pactes adjoints à une *datio*, M. Accarias (1) commence par indiquer qu'à première vue il paraît résulter du fragment 1 de la table VI « *Cum nexum mancipiumve faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* » que c'est cette disposition qui a donné force obligatoire à ces sortes de pactes ; à la vérité il ajoute qu'une pareille conclusion serait trop absolue ; mais sa propre conclusion nous semble être en désaccord avec cette affirmation : car après avoir formé cette réserve, l'auteur distingue d'abord, « pour discerner ce que cette doctrine eut de vrai à l'origine », entre le pacte adjoint qui se borne à restreindre l'aliénation, et celui qui prétend en faire naître une obligation ; quant au pacte de la première espèce il en admet la validité ; puis venant à l'examen du pacte de la seconde espèce, M. Accarias fait une sous-distinction entre le pacte qui a pour objet d'engendrer pour l'acquéreur une obligation de donner autre chose que ce qu'il a

1. *L. c.*, n. 1, α. Cf. aussi en ce sens M. Oertmann, *l. c.*, n. 9.

reçu, et, celui qui a seulement pour objet d'engendrer pour l'acquéreur l'obligation de restituer la chose ou la quantité reçue. C'est ce dernier qui nous intéresse : M. Accarias admet que l'obligation sera créée ; voilà donc à son avis ce qu'il y a de vrai dans la doctrine qui voit déjà dans la loi des Douze Tables la sanction des pactes adjoints à une *datio*. Sur quels arguments cette opinion est-elle basée ? D'après M. Accarias « l'obligation prend naissance parce qu'elle ne contient rien qui ne soit dans la *datio* », et parce que « au fond, il n'y a pas autre chose que cela dans le *mutuum* » ; puis l'auteur nous dit que tous ces pactes adjoints à une *datio* sont sanctionnés par une *condictio sine causa*, et que, comme ce mode de sanction appartient au droit strict et qu'il exclut toute idée d'une obligation réciproque à la charge de l'aliénateur, ce sont ces deux inconvénients qui ont suscité l'usage d'un pacte spécial, appelé *fiducia*.

2. Cette théorie doit à notre avis être combattue, soit qu'on l'examine dans son ensemble qui est adopté par d'autres auteurs, soit qu'on l'examine dans ses détails qui sont l'œuvre propre de M. Accarias.

Examinée dans son ensemble, la théorie prend pour point de départ cette idée que le fragment 1 de la table VI « *Cum nexum mancipiumve faciet...* » a sanctionné les pactes adjoints à une *datio* ; dès lors ce ne serait pas seulement la fiducia elle-même, ce serait encore l'*actio fiducia*, qui daterait de cette époque. L'objection qui vient immédiatement à l'esprit, c'est que s'il en est ainsi il est impossible de s'expliquer pourquoi l'*actio fiducia* est une action de

bonne foi, car la mancipation est un acte des plus formalistes, et si c'est elle qui est la source de la sanction de la fiducie, il semble que cette sanction devrait participer du même caractère de droit strict. La vérité, c'est que ce fragment I de la table VI vise uniquement la force obligatoire qui résulte de la *nuncupatio*, ensemble de paroles solennelles prononcées dans la solennité *per æs et libram* du *nexum* ou de la *mancipatio* (Gaius, I, § 199. *Festus*, *v*^{is} *nexum et nuncupatio* ; Ortolan, *l. c.*, n° 27) : ces expressions « *Uti lingua nuncupassit* » ne sauraient donc se rapporter à une convention accessoire à une *datio*, elles se réfèrent uniquement à la *datio* elle-même. Cette doctrine n'aurait quelque vraisemblance que si le pacte de fiducie avait figuré dans la *nuncupatio* ; encore resterait-on en présence du problème suscité par le caractère de bonne foi de l'*actio fiduciæ* ; mais comme le reconnaît M. Accarias lui-même il n'en est pas ainsi ; la *nuncupatio* était muette à ce propos, la découverte de la table de Bétique en 1867 a mis ce point hors de doute.

Examinée dans ses détails, la théorie nous semble critiquable tant au point de vue juridique qu'au point de vue historique. Au point de vue juridique : l'auteur en effet fait un rapprochement malheureux, nous semble-t-il, entre la fiducie et le *mutuum*, alors que pourtant une différence fondamentale sépare le contrat réel du pacte purement consensuel ; il indique en outre la *condictio sine causa* comme sanctionnant tous les pactes adjoints à une *datio* ; au contraire, la *condictio sine causa*,

bien qu'au premier abord elle éveille une idée très générale par son nom même, paraît n'avoir été imaginée que pour combler quelques lacunes de la législation, et n'avoir été accordée que dans un nombre d'hypothèses très limitées, pour lesquelles n'existait auparavant aucune voie de recours contre celui qui s'est enrichi sans cause (Loi 3, Dig., 12, 7. *De cond. sine causa*; loi 11, § 6, et loi 24, § 1. Dig., 19, 1. *De act. empti venditi*; *Institutes*, II, 1, § 26). Au point de vue historique: car d'après M. Accarias, il semblerait que le *mutuum* et la fiducie aient existé à la même époque, ce qui du reste serait en harmonie avec l'idée qu'il paraît émettre en un autre endroit (1), et d'après laquelle tous les contrats verbaux, littéraux, réels, consensuels, pourraient peut-être bien dater de la même époque; mais ce qui nous semble encore plus difficilement admissible, c'est que M. Accarias après avoir rattaché la naissance de l'*actio fiduciæ* à la loi des Douze Tables, nous dit que ce sont les inconvénients propres à la *condictio sine causa*, qui ont suscité l'usage du *pactum fiduciæ*, de sorte qu'il semble ainsi assigner à la *condictio sine causa*, une date antérieure à la fiducie, c'est-à-dire à la loi des Douze Tables.

Il nous est, par conséquent, impossible d'adopter cette théorie. Toutefois nous croyons que la doctrine de M. Accarias contient une certaine part de vérité: nous essayerons, en effet, de démontrer que la fiducie, tout au moins dans l'une de ses applications, la *fiducia cum amico*, avant d'être sanctionnée par l'*actio fiduciæ*, a

1. *L. c.*, n. 1 β.

trouvé une sanction dans une *condictio*, différente du reste de la *condictio sine causa*, et de beaucoup postérieure en date à la loi des Douze Tables.

Nous abordons maintenant une doctrine, au premier abord plus séduisante que la précédente, mais qui elle aussi est inexacte parce qu'elle entend encore rattacher la fiducie à un acte juridique du droit strict.

III

L'OPINION DE M. MOMMSEN : SA RÉFUTATION.

1. D'après M. Mommsen (1), il est très vraisemblable que la fiducie avant le moment où elle fut sanctionnée comme telle pouvait l'être en empruntant la forme de la *stipulatio*.

A coup sûr, cette affirmation n'aurait rien d'exorbitant en elle-même si l'auteur se bornait à prétendre que la sanction ainsi donnée à la fiducie consistait dans la délivrance de l'*actio ex stipulatû* avec ses effets ordinaires d'action de droit strict. Mais M. Mommsen entend soutenir que l'*actio ex stipulatû* devenait alors, au moins dans une certaine mesure, une action de bonne foi, et il prétend expliquer ainsi une formule « *Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem* », sur laquelle nous reviendrons plus loin, et qui nous est rapportée par Cicé-

1. L. c., n. 3.

ron (*De officiis*, III, 17, § 70) ; d'après lui, « il faut penser que le contrat de *stipulatio*, au moyen de clauses adjointes expressément, a déjà pu de bonne heure d'une façon conventionnelle être rangé dans ce domaine, qui par la suite fut désigné par l'expression caractéristique de *Bona Fides*. »

2. Il semble qu'il y ait dans cette affirmation un certain rapprochement, et comme une inspiration inconsciente de la théorie vraiment extraordinaire de M. Maynz (1), pour qui, « l'action résultant de la *stipulatio* avait le caractère *stricti juris* ou *bonæ fidei*, selon que l'objet de la demande était un *certum* ou un *incertum*. » Cette doctrine n'a que le mérite de l'originalité ; elle repose sur une erreur certaine ; l'*actio ex stipulatû* a toujours été une *condictio* ; même sous Justinien, elle ne figure pas dans l'énumération limitative que les Institutes nous donnent des actions de bonne foi (IV, 6, § 28 et 29), et tous les textes nous la présentent comme une action de droit strict, ; ils sont généraux et tout à fait formels (ex. Loi 5, § 4, Dig., 12, 3. *De in litem jurando*).

Ce qui a pu jusqu'à un certain point faire illusion à M. Maynz, c'est que la stipulation dans certains cas admet la *clausula doli*, c'est encore que Justinien a fait produire à l'*actio ex stipulatû de dote* des effets analogues à ceux de l'*actio rei uxoriæ* ; ce sont en effet ces textes qui constatent ces résultats que M. Maynz cite principalement à l'appui de son opinion ; mais ils ne prouvent aucune-

1. L. c., n. 4.

ment que sous Justinien l'*actio ex stipulatû* ait dépouillé son caractère de droit strict, ce n'est que par un abus de langage que l'Empereur Byzantin nous dit qu'il donne à l'*actio ex stipulatû de dote* la forme originaire « *rudem figuram* » de l'*actio rei uxoriæ* (Loi unique, § 7, Code, 5. 13. *De rei uxoriæ*. Institutes IV, 6, § 13) ; c'est avec une exagération analogue, constituant une erreur manifeste, que le § 28 du titre 6 du livre IV des *Institutes* range parmi les actions de bonne foi la *petitio hereditatis* qui est une action réelle ; d'ailleurs le texte du Code lui-même a soin d'ajouter que c'est seulement sur un point spécial, le bénéfice de compétence au profit du mari actionné en restitution de la dot « *in hac parte...* » que la réforme est opérée ; quant à la *clausula doli*, il est évident qu'elle n'a jamais eu pour effet de transformer la stipulation en un contrat de bonne foi, car il subsista jusqu'à la fin entre les deux cette différence irréductible, à savoir que le juge de l'action de bonne foi prend en considération à la fois les droits des deux parties en cause, qui ont conclu le contrat synallagmatique, tandis que le juge de l'*actio ex stipulatû* même en vertu de la *clausula doli* ne peut se préoccuper que des droits du stipulant, de celui qui a prononcé le *spondes ne* ou autre formule analogue dans ce contrat unilatéral.

Mais c'est insister par trop sur une opinion qui est si visiblement erronée ; si nous l'avons fait, c'est que les quelques arguments qui nous ont suffi pour la réfuter, nous suffisent aussi pour détruire l'affirmation de M. Mommsen ; à la vérité cette affirmation est moins accentuée dans ses termes que la doctrine de M. Maynz, en ce qu'elle

se présente à titre de pure conjecture ; mais elle est plus exorbitante encore s'il est possible en ce qu'elle veut placer dans la stipulation l'origine même de l'idée de bonne foi, tandis qu'à la rigueur on pourrait concevoir à priori que sous Justinien la stipulation, influencée par l'exemple séculaire des contrats de bonne foi, ait fini par emprunter leur caractère. Non seulement la conjecture de M. Mommsen n'est pas très vraisemblable, comme il l'affirme à tort, mais même il est certain qu'elle est fausse : on peut bien soutenir qu'avant l'époque où la fiducia a engendré l'*actio fiduciæ*, les parties pour plus de sécurité au lieu de conclure un *pactum fiduciæ* s'engageaient par *stipulatio*, encore ne pensons-nous pas qu'il a dû en être ainsi, nous aurons à revenir sur ce point ; mais même en adoptant cette idée, la sanction ne pouvait consister que dans la *condictio* de droit strict ordinaire née de la stipulation ; jamais dans cette *condictio*, comme le soutient M. Mommsen, « le principe de la loyauté et des bons offices (ne) trouvait son application ». Ainsi la fiducia n'a pas plus son origine dans la formule solennelle, et de droit strict de la *stipulatio*, que dans la formule solennelle et rigoureuse de la *nuncupatio Mancipii* : comme nous le verrons, elle réside dans un pacte, c'est-à-dire dans une convention basée sur le seul consentement des parties.

IV

DATE A ASSIGNER A L'APPARITION DE LA FIDUCIE.

1. Mais à quelle époque cette convention devint-elle en usage ?

C'est là un point éminemment obscur, et sur lequel on ne peut découvrir qu'une solution conjecturale en remontant successivement du connu vers l'inconnu. M. Lenel (1) a démontré que la fiducie dans un cas spécial, le cas de *fiducia cum servo contracta*, se manifestant par l'*actio fiduciæ*, est antérieure aux actions *adjectitiæ qualitatis*, notamment à l'*actio de peculio*. Malheureusement l'époque de la naissance de ces actions nous est inconnue : d'une part ce sont des actions prétoriennes, d'autre part à raison de leur grande utilité pratique elles ont dû être imaginées de bonne heure ; on peut d'autant plus admettre cette solution que leur formule ne contrecarre pas directement le droit civil, ce ne sont pas des actions *in factum* mais plutôt des actions civiles complétées par le préteur. Mais cette découverte de M. Lenel, qui serait peut-être de nature à nous dévoiler la date de la naissance de l'*actio fiduciæ*, ne saurait nous être d'aucune utilité pour assigner une date à la naissance de la fiducie elle-même. Ce sont là en effet deux questions fort différentes, et

1. L. c., n. 5.

nous nous garderons bien de nous laisser en quoi que ce soit influencer par la confusion que nous avons reprochée à la doctrine qui croit voir la fiducie déjà sanctionnée par la loi des Douze Tables.

2. C'est le *Trinummus* de Plaute (acte 1, scène 2, v. 80 ; Giraud, *l. c.*, n° 7) qui est le premier texte dans lequel se trouve mentionnée la fiducie : *qui tuæ mandatus est fidei et fiduciæ*. Mais à l'époque de Plaute, au vi^e siècle de Rome, la fiducie était déjà sanctionnée par l'*actio fiduciæ* ; car, comme l'a démontré M. Demelius (1), il résulte d'un grand nombre de passages des comédies de Plaute que de son temps l'*emptio venditio* existait déjà comme contrat consensuel et de bonne foi, et il est à peu près certain que l'*actio fiduciæ* a été la première action de bonne foi. Nous sommes donc en face de la même observation que tout à l'heure : la date de l'*actio fiduciæ* ne nous offre aucune utilité pour trouver la date de la fiducie, et ici encore la source d'informations nous fait défaut.

3. Ce n'est que le raisonnement, — et en une matière purement historique, c'est un guide bien peu sûr, — qui est capable de nous fournir quelques indications pouvant nous amener à une solution. D'une part puisque l'*actio fiduciæ* est antérieure à l'*actio empti* qui remonte au vi^e siècle de Rome, on peut affirmer qu'elle existe elle aussi au vi^e siècle. Dès lors à cette époque la fiducie existait déjà, d'autant plus que, comme nous le verrons, elle a reçu une autre sanction avant d'en trouver

1. *L. c.*, n. 8.

une dans l'*actio fiduciæ*. Mais d'autre part, il est certain que la fiducie n'a pas été sanctionnée par la loi dès sa naissance : la meilleure preuve de cette affirmation réside dans ce fait qu'il y a eu un moyen indirect de la sanctionner, l'*usureceptio*. A la vérité ce moyen indirect a subsisté à côté du moyen direct, de l'*actio fiduciæ*, une fois qu'elle eut été créée, et il a duré autant que la fiducie elle-même (Gaius, II, §§ 59 et 60 ; — III, § 201) ; mais à une certaine époque, il a dû exister seul ; en effet, on comprend que, puisqu'il existait déjà, il ait été maintenu comme surcroît de sanction d'une obligation fondée essentiellement sur la bonne foi, tandis qu'il serait impossible de concevoir pourquoi il aurait été imaginé après coup, alors que la fiducie était déjà sanctionnée directement. Il y a donc eu une époque où la fiducie n'avait pour sanction directe que la conscience et la loyauté du fiduciaire : son nom même le prouve d'une façon énergique ; c'est la remarque de M. Bechmann (1) : mais à partir de quelle époque s'introduisit-elle dans l'usage avec ce caractère imparfait ? La question avancerait beaucoup sans doute, si l'on connaissait d'une façon précise la date d'origine de l'*usureceptio* : cette institution par ses caractères juridiques et par ses applications diverses paraît remonter à une très haute antiquité. Dès lors on peut dire que la fiducie elle-même est certainement antérieure au ^v^e siècle de Rome, et qu'elle date au moins du ^{iv}^e ; peut-être même est-il permis de hasarder l'opi-

1. L. c., n. 6.

nion qu'elle était déjà en usage dès l'époque de la loi des Douze Tables. Voilà, nous semble-t-il, les seules données probables : nous nous y tiendrons ; car hors de là on sort du domaine des conjectures permises pour entrer dans celui de l'imagination la plus arbitraire. Ainsi, comme la première des doctrines que nous avons combattues, nous faisons remonter la fiducie jusqu'à la loi des Douze Tables ; mais notre opinion ne se confond en aucune façon avec cette doctrine : celle-ci en effet voit la sanction de la fiducie là où nous n'apercevons que son existence ; elle la cherche dans la loi, alors que nous la trouvons seulement dans les mœurs.

V

PREMIÈRE APPLICATION DE LA FIDUCIE.

{ Dans quelle application la fiducie s'est-elle traduite pour la première fois ? C'est là une question différente, quoique voisine, de la précédente : elle est encore plus difficile à résoudre que celle-ci, car elle a en vue, étant donné que la fiducie était déjà usitée à l'époque de la loi des Douze Tables, de préciser cette idée, et de savoir quels besoins pratiques ont suscité cet usage lui-même. Il importe tout d'abord d'écarter un certain nombre d'applications pour lesquelles à notre avis il ne saurait y avoir doute : ce sont toutes celles que nous rangeons sous le titre commun de *fiducia cum amico*, la plupart ne da-

tent que d'une époque relativement récente, quant aux autres, elles n'ont jamais eu une importance pratique de premier ordre. Restent la *fiducia cum creditore*, et la fiducie employée dans le droit des personnes : à la vérité cette dernière semble, par suite des différents besoins pratiques qu'elle avait en vue de satisfaire et des divers actes juridiques à propos desquels elle intervenait, remonter à une époque lointaine ; mais nous pensons que la *fiducia cum creditore* a dû la précéder, et que de même qu'elle a été la dernière application de la fiducie à disparaître, elle a été aussi la première à naître : en effet les nécessités du commerce ont dû être particulièrement puissantes ici pour l'appeler à la vie ; en outre le moyen de sanction indirecte de la *fiducia cum creditore*, l'*usu-receptio*, qui seule existait à l'origine, et qui était étrangère, selon nous, aux diverses applications de la fiducie dans le droit des personnes nous apparaît, ainsi que nous le verrons, avec un caractère archaïque nettement prononcé.

CHAPITRE II

NATURE ET FORME. — CARACTÈRES JURIDIQUES DE LA FIDUCIE.

- I. Notions préliminaires. — II. Nature et forme de la fiducie.
1. Sa nature. 2. Sa forme. 3. Etude détaillée de ces deux points combinés. 4. Conséquences de cette nature juridique. — III. Caractères juridiques de la fiducie. 1. Son but. 2. Sa sanction. 3. Son résultat. 4. Ses modes de réalisation.

BIBLIOGRAPHIE

1. Geny. Étude sur la fiducie, thèse de Nancy, 1885, pag. 27 à 29, 49, 72.
2. Cujacii opera omnia a Fabroto disposita ; sur les Institutes, III, 2, § 1.
3. Conradi de pacto fiduciæ exercitatio prima, § 1.
4. Sigonius, de judiciis, liv., 1, ch. 5.
5. Gothofredus, ad legem unic., codex Theodosianus, III, 2.
6. Ubbelohde. Zur Geschichte der benannten Realcontracte, §§ 24 et 25.
7. Geib. Zeitsch der Sav. Stift., tome 8. Actio fiduciæ und Realvertrag, pages 113, texte et note 3, 117, 126, 131, note 7, 140, 145 à 151.
8. De Savigny. Droit des obligations, trad. Gérardin et Jozon, tome 2, pages 344 et 345, 359 à 361.

9. Bechmann. Der Kauf, tome 1, § 34, p. 292 à 294.
10. Scheurl. Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, tome 2, 15, pag. 417 et 418.
11. Huschke. Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissens. tome 14, page 246; et Ueber das Recht des Nexum, pag. 76.
12. Rudorff. Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissens. tome 13, page 183.
13. Büchel. De fiducia, pag. 20 et 21.
14. Voigt. Die XII Tafeln, tome 2, § 86, pag. 166 à 187.
15. Gide. Revue de législation, tome 1 ; Un pactum fiduciæ, pag. 79, 80, 81.
16. Girard. Nouvelle revue historique, tome 6; L'action auctoritatis, pag. 191 à 199, 211 à 218.
17. Ihering. L'esprit du droit Romain, trad. de Meulenaere, tome 3, § 52, pag. 223 et 224, et note 246, et pag. 238, tome 4, § 63, pag. 136 à 144.
18. Tardif. Nouvelle revue historique, tome 12, Les nouvelles tablettes de cire de Pompéï, page 835.
19. Mommsen. Zeitschr. der Sav. Stift., tome 6, die römischen Anfänge, von Kauf und Miethe, pag. 273 et 274.
20. Jourdan. L'hypothèque, pag. 36 et 37.
21. Muther. Sequestration, pag. 376 à 338.
22. Bekker. Die Aktionen des römischen Privatrechts, page 36.
23. Lichtenstein, De in jure cessionis origine et natura; dissertatio inauguralis, pag. 73 à 79.
24. Lenel. Zeitschr. der Sav. Stift., tome 3; Quellenforschungen in den Edictcommentaren; Zur actio fiduciæ, p. 114, 115 et 179.
25. Dernburg. das Pfandrecht, tome 1, page 9, note 5.
26. Rudorff. Zeitschr. für Rechtsgeschichte, tome 11, Ueber die bætische Fiduciartafel, page 73, note 23; pag. 74, 83, et note 45, 84 à 86.
27. Degenkolb. Zeitschr. für Rechtsgeschichte, tome 9, Ein pactum fiduciæ; pag. 171 à 179.

28. Voigt. Das jus naturale, tome 2, page 418, note 520, et pag. 674.
29. Accarias. Précis du droit Romain, tome 1, §§ 225 et 226, pag. 571 à 576, et § 243, pag. 612.
30. Walter. Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian, tome 1, § 319.
31. Keller. Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissens., tome 12, pag. 400 et suiv.
32. Eck. Zeitschr. der Sav. Stift., tome 9, Neue pompejanische Geschäftsurkunden, page 96.
33. Oertmann. Die fiducia im römischen Privatrecht.

I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

1. La question de la nature et celle de la forme de la fiducie ne se confondent pas ; mais elles sont tellement voisines l'une de l'autre qu'il est difficile de les distinguer : la forme de l'opération (1) dans laquelle se révèle la fiducie exerce une influence capitale sur la nature même de

1. Nous n'entendons pas ici désigner par là la forme du *pactum fiduciæ*, mais bien la conformation générale de l'opération fiduciaire considérée dans son ensemble. Les textes eux-mêmes nous autorisent à employer ce langage : car par l'expression *fiducia* ils désignent tantôt le *pactum fiduciæ* envisagé isolément (Gaius, II, § 59 et III, § 201), tantôt le bien donné *cum fiducia* (Paul, II, 13, § 1, 3 et 5), tantôt enfin l'opération tout entière (Gaius, II, § 60 ; Paul, II, 13, § 4 ; — Boèce sur Cicéron, Topiques, c, 10, 41 ; — Isidore de Séville, Orig., V, c. 25, § 23).

cette institution, et il est impossible de résoudre séparément ces deux questions ; une solution commande l'autre. Il est curieux et regrettable à la fois que sur un point fondamental, comme l'est celui qui va nous occuper, l'accord ne soit pas fait entre les interprètes ; de là sur tout l'ensemble de notre matière des divergences profondes qui sont autant de conséquences de ce désaccord primordial ; nous les retrouverons presque partout dans les chapitres qui suivront. C'est une raison de plus pour discuter avec le plus grand soin possible toutes les théories, même les plus invraisemblables, qui sont relatives à la nature et à la forme de la fiducie, de façon à aboutir à des notions précises et solides sur lesquelles nous puissions nous baser par la suite dans tout le cours de notre étude sur la fiducie d'une manière indiscutable.

2. L'examen des caractères juridiques de la fiducie nous donnera une connaissance anticipée et sommaire des effets et des applications diverses de la fiducie. Rechercher et trouver le but, la sanction, le résultat, les modes de réalisation de la fiducie, ce sera nous initier à son fonctionnement pratique.

II

NATURE ET FORME DE LA FIDUCIE.

1. La fiducie est une convention ; tous les auteurs sont d'accord pour le reconnaître ; mais dès le point de départ

la divergence se manifeste en présence de la question de savoir dans quelle classe de conventions il convient de ranger celle-ci.

Le principe moderne, d'après lequel le simple consentement des parties suffit à constituer le contrat obligatoire, n'a jamais été connu de la législation Romaine avec le caractère général et absolu dont il est empreint aujourd'hui ; c'est le principe opposé qui prévaut : *ex pacto actio non nascitur* (loi 6, *Dig.*, 2. 14, *De pactis*) ; et bien que par la suite des temps il ait reçu des brèches de plus en plus importantes, grâce à l'introduction successive des contrats de bonne foi, des pactes adjoints, des pactes prétoriens et des pactes légitimes, il a néanmoins subsisté jusqu'à la fin du droit Romain. D'autre part la notion du contrat implique nécessairement l'idée d'une convention entièrement indépendante de toute autre opération juridique, et se suffisant à elle-même : sans doute le pacte peut se concevoir également avec ce caractère, mais il peut aussi exister avec le caractère inverse de convention subordonnée dans son existence même à l'accomplissement d'une autre opération juridique ; au contraire il n'y a pas de contrat dans ce dernier cas (1). En un mot, si la convention réunit les deux caractères d'indépendance dans sa formation et d'obligation civile dans ses effets, c'est un contrat ; si l'un de ces caractères lui fait défaut, c'est un pacte.

1. Il n'en est autrement qu'à l'égard des contrats réels ; mais nous verrons précisément qu'il faut sans hésitation rejeter l'opinion qui trouve un contrat réel dans la fiducie.

Telles sont les données, incontestables à notre avis, qui vont nous servir à résoudre le point de savoir si la fiducie est un pacte ou un contrat. M. Geny (1) s'arrête à peine à cette question, parce qu'à ses yeux elle n'a aucune importance ; cette affirmation à notre sens constitue une erreur profonde ; l'opinion que l'on adopte sur ce sujet exerce au contraire une influence considérable sur toute l'étude de la fiducie ; ce n'est qu'au fur et à mesure de cette étude que nous pourrons constater cette vérité ; elle est féconde en conséquences théoriques et pratiques ; l'examen même de ce chapitre en fournira des preuves.

α. Les anciens auteurs qui ont traité de la fiducie agitaient déjà la question : pour les uns, la fiducie est un pacte ; pour les autres, elle est un contrat. Aujourd'hui la grande majorité des interprètes se prononce dans le premier sens ; cependant quelques-uns qualifient encore la fiducie par l'expression *contractus fiduciæ* (2), notamment M. Ubbelohde et M. Geib (3). Cette dénomination est la base de théories propres à ces auteurs : pour le premier, en effet, la fiducie a été un contrat réel à une certaine époque du droit ; pour le second, la fiducie devint aussi à une certaine époque une convention indépendante et munie d'une sanction juridique, basée sur un élément analogue à celui qui engendre la force obligatoire du contrat réel ; on le voit, entre ces deux auteurs la diffé-

1. *L. c.*, n. 1.

2. L'expression contrat de fiducie est aussi celle de M. Accarias, dans tous les passages où cet auteur parle de cette convention.

3. *L. c.*, n. 6 et 7.

rence n'existe guère que dans les mots ; nous montrerons en un autre endroit (1) la fausseté de ces théories, mais il importe avant tout d'examiner la base même sur laquelle elles prétendent s'appuyer. Sur quels arguments est-il donc possible de fonder cette dénomination *contractus fiduciæ* ? M. Geib (2) semble dire que les textes emploient cette expression ; mais c'est là une affirmation erronée, aucun texte ne fait usage de ces mots. Tout ce qu'il est permis de remarquer c'est qu'on rencontre les termes « *contrahitur fiducia ; contracta fiducia ; contrahere fiduciam* » dans Gaius (II, § 60), dans les Institutes de Justinien (III, 2, § 8), et même dans un texte du Digeste, emprunté à Ulpien, 13 *ad Sabinum* (Loi 2, § 15, Dig., 38. 17. *Ad. sn. co. Tertul. et Orphit.*) ; ces termes sont en effet invoqués dans cette opinion : voilà pour la terminologie. A un autre point de vue, celui des principes, on se prévaut encore de ce que la fiducie est sanctionnée par une action civile, l'*actio fiduciæ in jus* : c'est même cette dernière considération qui semble avoir fait hésiter quelque peu M. Geny à reconnaître à la fiducie la nature d'un pacte. Enfin MM. Ubbelohde et Geib qui font de la fiducie, un contrat, sont logiques en allant jusqu'au bout de leur opinion, et en lui assignant le caractère de convention indépendante, qu'ils croient pouvoir déduire de certains textes.

1. Cf. *Influences de la fiducie sur l'ensemble du droit. Origine des contrats réels nommés.*

2. *L. c.*, n. 7, p. 131, note 7.

β. Cette opinion n'a pour elle aucun argument sérieux. Tout d'abord c'est à tort qu'elle invoque la terminologie des sources : l'emploi du verbe *contrahere* à propos de la fiducie ne prouve aucunement qu'elle soit un contrat, ce terme sert simplement à désigner la conclusion d'un acte juridique quelconque : il en est également ainsi du mot *contractus*, à supposer même qu'il se rencontre dans les textes, comme le veut M. Geib. En effet, suivant la remarque de M. de Savigny (1), l'expression *contractus* présente des sens très divers ; c'est ainsi qu'elle est employée pour indiquer la source des obligations en général, y compris même les délits (Loi 52, Digeste, 42. 1. *De re judicata* ; loi 22, Dig., 48. 2. *De accusationibus* ; loi 15, Dig., 39. 5. *De donationibus*) ; il y a plus ; un fragment de Papinien range le testament, acte unilatéral de volonté parmi les *contractus* (Loi 9, Princ., Dig., 45. 2. de *Duobus reis*) ; enfin la loi 20. Dig., 5. 1. *De judiciis* pose un principe tout à fait large qui embrasse parmi les *contractus* tous les actes juridiques susceptibles d'engendrer une obligation. C'est donc ailleurs que dans cette terminologie qu'il faudrait chercher la preuve que la fiducie est un contrat. On prétend la trouver dans ce fait que la fiducie est sanctionnée par une action civile, l'*actio fiduciæ* (Gaius, IV, § 62) ; mais c'est aussi par une action civile que sont sanctionnés les pactes adjoints à un contrat de bonne foi, dans tous les cas si ce sont des pactes adjoints *in continenti* (Loi 7, § 5, Dig., 2. 14. *De*

1. L. c., n. 8.

pactis), suivant certaines distinctions si ce sont des pactes adjoints *ex intervallo* (Loi 72. Dig., 18. 1. *De contrahenda emptione*) ; la *condictio ex lege* qui sanctionne les pactes légitimes est encore une action civile, au sens large du mot (Loi unique, Dig., 13. 2. *De condictione ex lege*) ; ainsi à l'inverse de l'opinion que nous combattons et d'après laquelle le pacte serait la convention non munie d'une sanction civile, nous pouvons dire que tous les pactes sont pourvus d'une action civile, sauf les pactes prétoriens que protègent des moyens de droit prétorien, et les pactes nus qui ne reçoivent aucune sanction. L'opinion qui voit dans la fiducie un contrat ne trouve aucun appui sur ce point.

Les principes lui sont encore plus défavorables que la terminologie. Pour que la fiducie fût un contrat, il ne suffirait pas qu'elle fût pourvue d'une sanction civile, il faudrait en outre qu'elle fût une convention indépendante et se suffisant à elle-même ; c'est précisément ce dernier caractère que MM. Ubbelohde et Geib cherchent à établir en essayant de démontrer que la fiducie a pu exister à titre de convention du *jus gentium* rendue obligatoire par une *traditio* ; que faut-il penser de ce point ? C'est ici que la nature de la fiducie se relie intimement à la conformation de l'opération juridique dans laquelle elle intervenait. L'étude de cette question va nous forcer à abandonner la méthode que nous avons suivie jusqu'ici et qui consistait à exposer d'abord l'opinion de MM. Ubbelohde et Geib pour la discuter ensuite ; suivant une marche inverse nous allons commencer par établir quelle est la forme de la fiducie,

la solution de cette question une fois connue nous permettra de dégager d'une façon indiscutable la nature de la fiducie, c'est en étudiant ensuite cette nature dans ses détails et dans ses conséquences que nous nous retrouverons pour la combattre en présence de la doctrine, suivant laquelle la fiducie est un contrat, doctrine qui nous arrêtera de nouveau par des objections plus spécieuses que solides. Toutefois dans l'examen même de la question que nous allons aborder, c'est la méthode précédente qui sera suivie, en vue de discuter une autre opinion relative à la conformation de l'opération juridique dans laquelle intervenait la fiducie (1).

2. La fiducie n'est pas une convention indépendante et isolée de tout autre acte juridique. Les textes nous la montrent toujours comme accompagnant une *mancipatio* ou une *in jure cessio*, et ils qualifient cette dernière par l'épithète *fiduciaria*. Isidore de Séville nous dit (Orig., V. C. 25, § 23) : « *fiducia est, cum res aliqua... mancipatur, vel in jure ceditur.* » D'après Boèce (*In Ciceronis Topica*, l. 4, c. 10, 41 ; Bruns, *Fontes juris Romani*, 5^e édit., page 400) : « *fiduciam accepit, cuicumque res aliqua mancipatur...* ». Gaius s'exprime ainsi (II, § 59, et III, § 201) : « *nam qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit vel in jure cesserit...* », et « *debitor rem quam fiduciæ causa creditori mancipaverit, aut in jure cesserit...* ». Paul dit aussi (II, 13, § 3) : « *atque ita remancipatam sibi rem...* » ; et Ulpien (11, § 5) : « *qui*

1. Cf. M. Oertmann, *l. c.*, n. 33, p. 103 à 108.

liberum caput mancipatum sibi... » Dans les passages que les commissaires de Justinien ont interpolés en remplaçant le mot *fiducia*, qu'avaient écrit primitivement les jurisconsultes classiques, par d'autres termes tels que *pignus* et *depositum*, ils n'ont pas manqué de remplacer en même temps les expressions *mancipare* ou *in jure cedere* qui n'avaient plus de raison d'être de leur temps par l'expression *tradere*, ne laissant subsister que le terme *dare* là où il se trouvait déjà ; c'est ce qu'a démontré M. Gradenwitz, comme nous l'avons vu. Ainsi la fiducie est un pacte qui a pour objet de limiter les effets de la *datio* solennelle résultant de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* ; mais quelle est la nature de ce pacte ? est-il inséré dans la formule même de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio*, ou bien est-il simplement adjoint à la *datio* solennelle ?

α. En face et tout à fait à l'opposé de la conception d'après laquelle la fiducie est une convention entièrement indépendante tant dans sa formation que dans ses effets, se trouve une conception d'après laquelle au contraire la fiducie dépend complètement de la mancipation ou de l'*in jure cessio* à ces deux points de vue. Nous avons déjà envisagé cette théorie dans l'une de ses branches, qui se relie à la question de l'origine historique de la fiducie : nous avons vu combien elle se trompe en faisant dériver la sanction juridique de la fiducie du principe de la loi des Douze Tables « *Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* » ; les auteurs qui adoptent cette théorie sont logiques en admettant que le pacté de

fiducie figurait dans la formule même de la *datio* solennelle. M. Scheurl (1) qui se rallie à cette opinion croit pouvoir la fonder sur le § 50 *Fragmenta Vaticana* : ce texte émané de Paul est relatif à la *deductio ususfructus*, il nous montre que cette dernière figurait à titre de *lex dationi dicta* dans la formule de la *datio*, il doit dès lors, dit cet auteur, en être de même du *pactum fiduciæ*. Se basant sur ce point de départ, des auteurs en assez grand nombre ont cherché à reconstituer la formule de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* fiduciaire. Voici les principaux essais de ce genre relatifs à la *mancipatio*, ils émanent de M. Huschke et de M. Rudorff (2). D'après M. Huschke, la formule de la *mancipatio* fiduciaire était ainsi conçue :

« Hanc ego rem tibi fiduciæ causa, quo tutius, »
 « ea apud te esset, mancipio dedi, eamque tu »
 « mihi ita remancupato, uti ne propter te »
 « fidemque tuam captus fraudatusve siem. »

M. Rudorff donne une formule analogue :

« Mancipio do ea lege uti mihi remancipes »
 « ita uti ne propter te fidemve tuam »
 « captus fraudatusve siem. »

Voyons maintenant les essais de formule de l'*in jure cessio* fiduciaire; ils ont été tentés par M. Büchel et par

1. *L. c.*, n. 10.

2. *L. c.*, n. 11 et 12. Cf. aussi M. Oertmann, *l. c.*, n. 33, p. 86 à 103, 222 à 237.

M. Voigt (1); voici la formule proposée par le premier de ces auteurs :

« Hanc rem ex jure Quiritium meam esse aio »
« ita ut illam in jure tibi cedam, ne propter »
« me fidei meam captus fraudatusque sies. »

M. Voigt indique une formule qui se rapproche de celle-ci :

« Hunc ego hominem fidei fiduciæ causa »
« ex jure Quiritium meum esse aio ea lege »
« uti eum hominem — manumittam »
« (ou) tibi (ou) Lucio Titio remancipem. »

β. M. d'Ihering (2) a parfaitement montré la fausseté de cette théorie. Comme il l'a dit, tous ces essais qui ont pour caractère commun d'insérer le *pactum fiduciæ* dans la formule de la *datio* solennelle constituent autant de monstruosités juridiques. La *datio* solennelle avait pour but le transfert de la propriété, et le *pactum fiduciæ* la restitution de cette propriété; ces deux buts étaient diamétralement opposés; dès lors ces deux actes ne pouvaient pas se confondre dans une seule et même formule; le simple bon sens se refusait à admettre qu'il y eût acquisition là où il était convenu que la chose devait être restituée; comment aurait-on pu concevoir une mancipation qui aurait eu pour effet d'une part de transférer la propriété, et d'autre part de ne pas la

1. L. c., n. 13 et 14.

2. L. c., n. 17.

transférer d'une façon incommutable ? N'était-il pas de même impossible de comprendre une *in jure cessio*, revendication fictive dans laquelle le revendiquant aurait affirmé solennellement que la chose est à lui d'après le droit des *Quirites*, mais qu'elle ne lui appartient pas pour toujours ? L'insertion du *pactum fiduciæ* dans la *mancipatio* ou dans l'*in jure cessio* eût constitué une *contradictio in adjecto* ; elle était impossible. A la vérité on invoque en sens contraire le § 50 des *Fragmenta Vaticana* : mais Paul lui-même qui admet comme possible l'insertion des mots : « *deducto usufructu* » dans la formule de la *datio* solennelle, nous indique que cette solution est de date relativement récente, car elle était repoussée par Pomponius jurisconsulte qui ne vivait qu'un siècle environ avant Paul ; la solution admise par ce dernier à propos de la *deductio usufructus* ne saurait donc être étendue à la fiducie, d'autant plus que les deux opérations juridiques s'analysent d'une façon très différente : dans la *mancipatio* ou dans l'*in jure cessio* avec *deductio usufructus*, il y a en quelque sorte deux objets distincts qui peuvent être soumis chacun à un droit, les jurisconsultes romains se sont élevés jusqu'à la notion du démembrement du droit de propriété ; il est facile de concevoir que celui qui mancipie ou cède *in jure* sa chose à un tiers, puisse ne lui transférer que la nue-propriété, en se réservant l'usufruit à son profit ; il n'y a là aucune *contradictio in adjecto* ; au contraire dans la *mancipatio* ou dans l'*in jure cessio* fiduciaire c'est le même objet qui serait soumis à deux droits distincts ayant pour titulaires deux personnes dif-

férentes; l'esprit se refuse à admettre comme contradictoire la conception d'après laquelle la même chose serait transférée en propriété, sans l'être d'une manière complète et définitive.

Cette théorie qui fait du *pactum fiduciæ* un pacte inséré dans la formule de la *datio* a comme conséquence de donner pour base à la force obligatoire de la fiducie la force obligatoire de la *mancipatio* elle-même, or, nous avons vu que cette conséquence est inadmissible; jamais la *mancipatio* n'est capable d'engendrer une obligation; même dans les cas où l'on pourrait être le plus disposé à l'admettre, il en a été autrement: c'est ce qu'a démontré M. Girard (1), à propos de l'*actio auctoritatis* qui est basée non pas sur l'idée d'une obligation contractuelle engendrée par la *mancipatio*, mais sur l'idée d'une obligation délictuelle. Le principe de la simplicité des actes juridiques, posé par M. d'Ihering (2), est incontestable, il devrait être universellement reconnu: l'acte, qui transfère la propriété ne peut pas engendrer l'obligation, celui qui engendre l'obligation ne saurait transférer la propriété. La théorie que nous combattons viole ouvertement ce principe; elle doit donc être repoussée. L'opinion de M. d'Ihering pour qui le *pactum fiduciæ* n'était pas inséré dans la formule de la *datio* solennelle, a été pleinement confirmée par la découverte des documents épigraphiques relatifs à la fiducie, la table de bronze

1. *L. c.*, n. 16. Cf. aussi M. d'Ihering, *l. c.*, n. 17. tome 4, p. 138.

2. *L. c.*, n. 17, tome 4, p. 136.

trouvée en Bétique en 1867, et les tablettes de cire trouvées à Pompéi en 1887. Le premier de ces documents se divise en deux parties bien distinctes : la première partie constate l'accomplissement d'une *mancipatio fiduciæ causa*, la seconde relate le pacte de fiducie lui-même. La table de Bétique a été principalement commentée par MM. Degenkolb, Gide, et Rudorff (1) :

M. Degenkolb est l'auteur auquel nous avons emprunté la plupart des considérations que nous venons d'exposer, c'est lui qui le premier a constaté la confirmation que la table de Bétique venait apporter à l'opinion de M. d'Ihering : il fait remarquer notamment que cette inscription désigne le *pactum fiduciæ* par l'expression *pactum conventum*, ce qui indique que tandis que la *datio* solennelle dépend dans son existence de l'accomplissement de formes rigoureuses, la fiducie est une simple convention dénuée de toute forme, de même que tout accord de volontés. M. Gide (2) arrive à la même constatation, en présentant cependant une doctrine un peu moins sûre que celle de l'auteur précédent : il regarde comme vraisemblable l'insertion des mots *fidi fiduciæ causa* dans la *nuncupatio* ; en outre d'après lui la mancipation et la fiducie ne se confondent pas ; mais celle-ci doit nécessairement suivre celle-là d'une façon immédiate et se faire devant les mêmes témoins : sans doute il devait en être fréquemment ainsi en pratique, surtout quand il s'agissait de la *fiducia cum*

1. *L. c.*, n. 17, 15 et 26.

2. *L. c.*, n. 15, p. 79 et 81.

creditor ; mais rien ne conduit à penser que ce résultat dût se produire toujours et nécessairement, et même il est permis de croire qu'il devait en être presque toujours autrement dans le cas de *fiducia cum amico* ; alors la fiducie ne se révélait pas au dehors, c'était une clause secrète, la *datio* n'était fiduciaire que par le but auquel elle tendait, et qui n'était connu que des parties et d'elles seules. M. Rudorff (1), ne s'est pas résigné à reconnaître son erreur ; malgré le témoignage si puissant de la table de Bétique, cet auteur maintient son opinion d'après laquelle le *pactum fiduciæ* serait un pacte inséré dans la formule de la *mancipatio* ; comment a-t-il pu raisonner pour résister à une preuve contraire aussi concluante que celle qui résulte de notre inscription ? D'après lui, l'expression *pactum conventum* ne désignerait que les clauses accessoires de la fiducie, notamment le *pactum de vendendo* établi en faveur du créancier fiduciaire ; l'auteur tire en outre argument de ce que les lignes 3 et 4 de la table, contenues au contraire dans le premier alinéa de celle-ci, indiquent l'expression « *fidi fiduciæ causa mancipio accepit* », c'est pour M. Rudorff la preuve de son opinion et la justification de son maintien.

Ce raisonnement ne présente aucune valeur sérieuse : et d'abord que les mots *pactum conventum* désignent le *pactum fiduciæ* lui-même, c'est ce qui est absolument indéniable ; en effet M. Rudorff paraît croire que le premier alinéa de l'inscription espagnole relate la mancipa-

1. *L. c.*, n. 26, p. 83, note 45, et p. 84 à 86.

tion et le *pactum fiduciæ* qui l'accompagne, tandis que son second alinéa contiendrait seulement les clauses accessoires du *pactum fiduciæ*, mais c'est là une erreur certaine : car les clauses accessoires du *pactum fiduciæ* telles que le *pactum de vendendo* et la *lex commissoria*, ne sont-elles pas inhérentes à ce pacte lui-même ? au lieu d'en être séparées, elles se confondent avec lui ; sans quoi, comment expliquer qu'elles puissent être sanctionnées ? Le *pactum fiduciæ* tirerait sa sanction de bonne foi de la loi elle-même comme faisant partie inhérente de la *nuncupatio*, acte du plus pur formalisme, résultat déjà assez inexplicable, et les clauses accessoires du *pactum fiduciæ* seraient exécutoires bien qu'étant en dehors de ce pacte ? Voilà la théorie : l'exposer et la condamner, c'est tout un ; d'ailleurs s'il était vrai que le *pactum fiduciæ* ne fût pas contenu dans le second alinéa de la table, comment pourrait-on comprendre que celui-ci contienne l'énumération détaillée des diverses créances garanties par la mancipation fiduciaire ? Cette énumération n'a certainement rien de commun avec le *pactum de vendendo*, ce n'est pas non plus une clause accessoire du *pactum fiduciæ* ; c'est le *pactum fiduciæ* lui-même ; ainsi le second alinéa de la table de Bétique relatait la conclusion du *pactum fiduciæ* tout entier, envisagé en lui-même et dans ses clauses accessoires ; si nous n'y voyons pas notamment que l'obligation de *remancipare* soit imposée au créancier après le paiement de la dette par le débiteur, c'est que nous ne possédons que la première table d'un diptyque, forme revêtue par notre inscription, et que cette

obligation devait être mentionnée, avec d'autres clauses, dans la seconde table qui n'a pas été retrouvée. Quant à l'argument tiré par M. Rudorff des mots : « *fidi fiduciæ causa mancipio accepit* », il mérite à peine d'être réfuté : ces mots ne font que désigner le but de la *mancipatio*, ils n'étaient pas plus insérés dans la *nuncupatio* que les mots « *donationis causa* » ne l'étaient dans la formule de la *mancipatio* faite dans une intention libérale (Bruns, *Fontes juris Romani*, 5^e édit., pages 252 à 256 ; Loi 1. Princ. Dig., 39,5. *De donationibus*).

La découverte des tablettes de cire de Pompéi en 1887 est venue anéantir encore plus complètement s'il est possible la théorie de M. Rudorff, en confirmant au contraire la doctrine opposée : ce document est dans son état matériel fortement endommagé par le temps, il a été l'objet de plusieurs essais de restitution ; mais soit que l'on adopte l'essai de restitution italien, comme l'a fait M. Tardif (1), soit que l'on préfère l'essai allemand, tel qu'il émane de M. Eck (2) dans sa forme la plus parfaite, dans un cas comme dans l'autre on est amené à constater les résultats suivants : deux tablettes de cire font partie d'un même diptyque ; l'une relate la *mancipatio*, sans même indiquer qu'elle a eu lieu *fiduciæ causa* ; l'autre mentionne le *pactum fiduciæ* tout entier, considéré dans ses clauses accessoires telles que le *pactum de vendendo*, et dans ses clauses essentielles telles que l'obligation pour

1. *L. c.*, n. 18.

2. *L. c.*, n. 32.

le créancier de *remancipare* s'il est payé à l'échéance; ainsi s'évanouissent absolument les arguments que M. Rudorff invoquait pour maintenir l'opinion d'après laquelle le pacte de fiducie est inséré dans la *nuncupatio*; la découverte des tablettes de Pompéi à notre avis met désormais à l'abri de toute discussion l'opinion d'après laquelle le *pactum fiducie* est séparé de la formule de la *datio* solennelle et ne fait pas corps avec elle.

Telle est la forme de l'opération juridique dans laquelle intervenait la fiducie; nous pouvons maintenant reconnaître d'une façon facile et certaine la nature de celle-ci. Nous plaçant au milieu de deux doctrines opposées, l'une d'après laquelle la fiducie serait entièrement indépendante de toute autre opération, tant dans son existence même que dans sa forme et dans ses effets, l'autre qui voit au contraire dans la fiducie un *pactum insertum* entièrement subordonné à une autre opération à ces trois mêmes points de vue, nous disons : autant la fiducie est essentiellement subordonnée dans son existence à l'accomplissement d'une *datio* solennelle, autant elle en est indépendante dans sa forme et dans ses effets. Le principe de cette nature de la fiducie une fois posé, il convient à présent de l'examiner tour à tour dans ses détails, puis dans ses conséquences. C'est à propos de cet examen que nous allons nous retrouver pour la combattre, en face de la première doctrine, dont nous avons déjà réfuté quelques-uns des arguments.

3. Envisagée dans son ensemble, l'opération dans laquelle intervient la fiducie, et que l'on peut qualifier

d'opération fiduciaire, comme l'ont fait plusieurs auteurs, M. Geib entre autres, se décompose en deux éléments profondément distincts : une *datio* solennelle et un *pactum conventum*. La *datio* qui résulte de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*, exige pour son accomplissement les conditions de validité requises d'ordinaire pour ces actes juridiques. Ce n'est pas ici le lieu d'insister sur ce point ; il suffira de donner un exemple : Ulpien (XIX, § 6) nous dit qu'on ne pouvait pas manciper à la fois plus d'objets mobiliers qu'on n'en pouvait saisir avec la main ; les documents épigraphiques indiquent des applications de ce principe ; les tablettes de Pompéi en mentionnant expressément qu'une mancipation fiduciaire spéciale a été opérée relativement à chacun des deux esclaves, Simplex et Petrinus, qui sont donnés au créancier pour sûreté de sa créance ; la table Espagnole en mentionnant un prix distinct pour chacun des objets donnés en mancipation fiduciaire, un esclave et un fonds de terre : cette remarque a été faite par tous les auteurs qui ont étudié nos deux inscriptions. Mais une particularité de la mancipation fiduciaire est précisément relative à ce prix : celui-ci est toujours fictif, il est toujours représenté par un seul sesterce ; c'est là la seule marque extérieure par laquelle se révèle le but de l'opération, par laquelle le *pactum fiduciæ* exerce une influence directe sur la *datio* solennelle ; c'est que ce résultat était nécessaire pour que la commune intention des parties qui s'est manifestée dans le *pactum conventum* pût trouver sa satisfaction ; l'examen des buts variés de la fiducie nous fera comprendre entièrement la raison de cette

règle générale ; qu'il nous suffise ici de donner deux exemples : dans la *fiducia cum amico*, le but commun des parties s'analyse dans la prestation d'un service d'ami à rendre au fiduciaire par celui qui lui mancipe sa chose, ou inversement ; il ne saurait donc être question d'un prix sérieux ; de même dans la *fiducia cum creditore*, le prix pour lequel le créancier reçoit en *mancipatio* la chose de son débiteur doit être nécessairement fictif, sans quoi la *mancipatio* fiduciaire n'atteindrait pas son but de sûreté réelle.

A côté de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* fiduciaire se tient le *pactum fiduciæ* : reposant essentiellement sur l'intention des parties, il ne requiert aucune forme, et peut être conclu tacitement. Ainsi ces deux éléments de l'opération fiduciaire se trouvent entre eux dans une antithèse nettement caractérisée : c'est la bonne foi accolée au droit strict. Il va nous falloir rechercher si l'opération fiduciaire ne pourrait pas se concevoir autrement : d'une part le *pactum conventum* ne pouvait-il pas être remplacé dans la pratique par une *stipulatio* qui eût accompagné la *datio* solennelle ; d'autre part, ce genre de *datio* était-il seul possible *cum fiducia*, la fiducie était-elle toujours hors de cause en cas de *traditio* ? Telles sont les deux questions que suscite l'examen détaillé de la nature de la fiducie.

α. Et d'abord à la *datio* solennelle une *stipulatio* pouvait-elle être adjointe, au lieu et place du *pactum fiduciæ* ? M. Mommsen (1) l'a soutenu, en prétendant même que la fiducie avait son origine dans une *stipulatio* dont la

1. *L.c.*, n. 19.

formule aurait donné satisfaction aux principes de la loyauté et des bons offices ; nous avons réfuté cette opinion ; mais sans aller aussi loin que M. Mommsen qui est amené à reconnaître à la *stipulatio* des effets de bonne foi, n'est-il pas permis de croire que celle-ci pouvait intervenir au lieu du *pactum fiduciæ* avec ses effets ordinaires de droit strict ? C'est avec raison, croyons-nous, que M. Geib (1) repousse cette opinion, bien qu'il ne donne lui-même aucun motif à l'appui de son affirmation. Celle-ci cependant nous semble juste ; en effet, elle peut s'appuyer sur deux considérations dont la seconde vient confirmer la première : la mancipation ou l'*in jure cessio*, acte solennel, transfère la propriété ; et c'eût été un acte solennel, à un égal degré, qui fût venu contredire par son but le but même de l'acte précédent en voulant en restreindre les effets ; une telle opération, qui se serait analysée en deux éléments empreints du même caractère de solennité, n'aurait pas pu aboutir à un résultat qu'aurait démenti la nature même de ces éléments, elle était en opposition manifeste avec le sentiment juridique des Romains : l'esprit romain se serait refusé à concevoir un acte solennel, dont les effets eussent été immédiatement limités par un autre acte participant du même caractère et adjoint au premier ; une telle opération aurait semblé tout simplement ridicule, il n'était pas d'usage de se faire un jeu des effets produits par l'accomplissement des solennités en tournant celles-ci l'une par l'autre ; à ce compte

1 *L. c.*, n. 7, p. 113.

il eût été plus simple et plus logique d'insérer la convention de fiducie dans la formule de la *datio* solennelle pour lui faire revêtir le même caractère de solennité, mais nous venons de voir que l'esprit romain se refusait précisément à admettre cette conception, qui à ses yeux constituait une *contradictio in adjecto* ; la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* avait pour effet de transférer la propriété pleine et entière et pour toujours ; cet effet, dans sa première application, finit par la suite des temps par être mis en échec ; le § 50 des *Fragmenta Vaticana* nous en a fourni la preuve ; dans sa seconde application, au contraire, il subsista intact jusqu'à la fin ; s'il put être atténué, ce n'est pas au moyen d'un acte juridique quelconque trouvant sa sanction solennelle dans la loi, mais ce fut seulement grâce à un acte extra-légal qui n'eût à l'origine d'autre base que la loyauté des parties, parce qu'il était une clause secrète.

Cette manière de voir n'est-elle pas entièrement confirmée par ce fait, d'une part que les textes ne nous fournissent aucun exemple de cette opération s'analysant en deux éléments solennels, et d'autre part que, si l'opinion, ainsi atténuée de M. Mommsen était exacte, il serait impossible de comprendre comment les parties n'usèrent pendant longtemps que d'un simple pacte non sanctionné par la loi au lieu d'employer un acte jouissant d'une sanction légale énergique, et comment en tous cas, précisément à cause de cette certitude dans la sanction, elles ne continuèrent pas à en profiter, au moins entre temps, même après que la fiducie eut reçu une sanction

plus conforme à la bonne foi, il est vrai, mais aussi et par cela même moins sûre, si l'on se représente les avantages et les inconvénients réciproques du droit strict et de la bonne foi (1).

Enfin l'opinion erronée de M. Mommsen lui-même peut bien rendre compte de la naissance de l'*actio fiduciæ* de bonne foi, car cet auteur entend soutenir que la *stipulatio* adjointe à la *datio* solennelle tenait compte du principe de la loyauté et des bons offices, mais c'est pour cette dernière raison qu'elle est inadmissible ; au contraire, avec l'opinion qui prétendrait que la *stipulatio* ordinaire de droit strict a pu remplacer le *pactum fiduciæ*, la question de savoir comment la fiducie a pu engendrer l'*actio fiduciæ* de bonne foi, resterait à l'état de problème indéchiffrable. Pour tous ces motifs, cette doctrine, si elle venait à se produire, devrait donc, elle aussi, être repoussée : le *pactum fiduciæ* est un acte essentiel de l'opération fiduciaire, il ne peut être suppléé par aucun autre acte juridique.

β. La seconde question, qui consiste à savoir si l'opération fiduciaire est limitée à l'emploi d'une *datio* solennelle, ou si, au contraire, elle n'est pas possible aussi dans le cas où une simple *traditio* est effectuée, est beaucoup plus importante que la précédente, non seulement parce qu'elle offre un plus large champ à la discussion au point

1. Cette remarque comporte toutefois une exception que nous aurons à justifier à propos de la *dotis recepticiæ datio* (Loi 29, § 1. Dig., 24, 1. *Solutio matrimonio...*).

de vue de la recherche de sa solution elle-même, mais encore parce qu'elle présente de graves difficultés au point de vue du motif juridique capable d'expliquer cette solution une fois trouvée.

Quant à la solution elle-même, elle paraît à première vue résulter très clairement des textes que nous avons cités plus haut que des documents épigraphiques : ces sources nous présentent toujours la fiducie comme accompagnant une *mancipatio* et une *in jure cessio*, jamais ils ne nous la font voir dans un rapport quelconque avec la *traditio*. Néanmoins la solution contraire compte un assez grand nombre de partisans, MM. Jourdan, Muther, Bekker, Ubbelohde et Geib (1). MM. Jourdan et Bekker ne donnent aucune raison à l'appui de leur opinion : M. Bekker, du reste, bien qu'il pose en principe que la nature de la tradition ne formait pas un obstacle à l'admission de la fiducie, reconnaît qu'en fait celle-ci n'était en usage que dans le cas où une *datio* solennelle était effectuée ; d'après lui en effet les *res nec Mancipi* ne rentraient pas dans le cercle du vieux commerce des affaires, parce qu'elles sont des choses fongibles et faciles à déperir, et comme telles impropres à faire l'objet d'une opération fiduciaire ; pures conjectures que tout cela ! Comme elles ne reposent sur aucun fondement, elles ne méritent pas d'être réfutées : à peine était-il besoin de les mentionner. Quant à M. Muther, qui pense au contraire que la fiducie pouvait intervenir effectivement en cas de *traditio*, il

1. L. c., n. 20, 21, 22, 6, 7.

s'appuie d'abord sur un argument rationnel tiré des nécessités de la pratique, et il invoque ensuite principalement les §§ 59 et 60 du Commentaire II de Gaius : ces textes qui nous parlent de l'*usureceptio* sont interprétés par l'auteur en ce sens que l'*usureceptio* ne pourrait s'appliquer qu'à des *res Mancipi* qui ont été simplement tradées par celui qui, ayant reçu le bien en *mancipatio* ou *in jure cessio* fiduciaire, exécute la convention de restitution. M. Lichtenstein (1) a pris le soin de réfuter cette opinion bizarre : pour ce qui est d'abord de l'argument rationnel, on peut dire que les nécessités de la pratique recevaient une satisfaction suffisante grâce à une *datio* solennelle ; le contraire n'aurait quelque chance d'être exact, que s'il résultait d'un argument de texte ; or, où est-il donc parlé de tradition dans les passages de Gaius dont se prévaut l'auteur ? La vérité, c'est au contraire que Gaius ne mentionne que la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, et que d'après lui la seule condition requise pour l'accomplissement de l'*usureceptio* est la prise de possession du bien par celui qui l'a donné fiduciairement d'une façon solennelle. MM. Ubbelohde et Geib admettent eux aussi la théorie que nous combattons ; à la vérité, aucun de ces auteurs ne dit formellement que la fiducie était possible dans le cas où une simple *traditio* était effectuée ; mais cette conséquence résulte de théories plus larges, propres à ces jurisconsultes, et que nous aurons à examiner à propos de l'étude des effets de la fiducie, et de l'influence

1. L. c., n. 23.

qu'elle a exercée sur l'ensemble du droit romain des obligations; elle résulte en outre de ce qu'à leur avis la fiducie devint à une certaine époque une convention du *jus gentium*, opinion sur laquelle nous allons revenir tout à l'heure pour la réfuter; enfin, ce qui trahit l'incertitude et le défaut de conviction de M. Geib lui-même, ce sont les hésitations et les contradictions qui se rencontrent dans son étude : en effet, dans un passage (1), M. Geib nous dit qu'il se prononce contre la doctrine d'après laquelle la *traditio cum fiducia* est possible; mais il admet que la fiducie pouvait intervenir à la suite d'une *mancipatio* nulle parce qu'elle a été employée par des pérégrins ou relativement à des *res nec Mancipi*; or, comme l'a observé justement M. Dernburg (2), ce n'est là qu'une forme différente de l'opinion que M. Geib prétend repousser; en réalité elle se confond avec elle, car elle attribue à la *mancipatio* nulle les mêmes effets qu'à la *traditio*; du reste, il y a plus, et dans un autre passage (3), l'auteur reconnaît que la fiducie pouvait accompagner un transfert de propriété non solennel; qu'est-ce à dire, sinon que la *traditio* pouvait se combiner avec la fiducie? C'est donc bien sur ce terrain que nous avons à combattre cet auteur : il croit en effet, pouvoir tirer argument dans le sens de son opinion d'un texte émané de Papinien, la loi 9, §. 2, Dig., 33, 10. *De suppellectile*

1. *L. c.*, n. 7, p. 147, note 1.

2. *L. c.*, n. 25.

3. *L. c.*, n. 7, p. 140, texte et notes 1 et 2.

legata ; « *acceptum argentum pignori...* » tels sont les mots que l'on rencontre dans ce fragment ; M. Geib suivant en cela l'exemple de M. Voigt admet l'interpolation de *pignori* au lieu de *fiduciæ*, dès lors il se prévaut de l'expression *acceptum* qui désignerait la simple remise de possession résultant de la *traditio*, et non le transfert de propriété qui dérive de la *datio* solennelle, dans l'espèce de l'*in jure cessio*, puisque la chose dont il s'agit, l'*argentum*, est une *res nec Mancipi*. Mais M. Geib, pas plus que M. Voigt d'ailleurs, ne tente aucune preuve en vue d'établir cette interpolation, nous verrons en un autre endroit s'il convient de l'adopter ; M. Lenel lui-même dans sa *Palin-genesia juris* semble ne l'admettre qu'avec une extrême hésitation, qui se révèle par un point d'interrogation (1). Mais en tous cas et à supposer même qu'il faille reconnaître le changement de *fiduciæ* en *pignori*, rien absolument ne prouverait que les commissaires de Justinien en faisant cette interpolation ne l'aient pas faite d'une manière complète, et n'aient pas en même temps remplacé le mot *in jure cessum*, qu'aurait dû écrire Papinien, par l'expression *acceptum* seule appropriée à leur époque, puisque l'*in jure cessio* avait déjà depuis longtemps disparu de la pratique. Dès lors le fragment de Papinien devrait être ainsi reconstitué « ...*in jure cessum argentum fiduciæ* », et il ne prouverait absolument rien en faveur de M. Geib. Ainsi cette théorie ne saurait être admise : aucun des interprè-

1. Cf. notre Table des textes interpolés, table A, n. 26, et notre Table de concordance, Lenel-Voigt, table B, §, n. 7.

tes qui la soutiennent n'est parvenu, nous ne dirons pas à détruire, mais seulement à effleurer l'ensemble imposant des preuves qui résultent tant des nombreux textes juridiques que des documents épigraphiques en faveur de la théorie adverse : l'opération fiduciaire a toujours été essentiellement limitée à l'emploi d'une *datio* solennelle, *mancipatio* ou *in jure cessio*.

Quel motif convient-il d'assigner à cette règle ; pourquoi donc l'opération fiduciaire était-elle exclue en cas de simple tradition ? Comment expliquer que l'emploi d'une *datio* solennelle ait nécessité l'adjonction d'un pacte ne faisant pas corps avec elle, et constituant par cela même la fiducie, tandis que l'emploi de la *traditio* ait laissé le champ libre à la convention qui pouvait se combiner, et se confondre avec elle, en sorte que l'opération au lieu d'être fiduciaire restait simplement un transfert de propriété opéré par tradition ? Tel est en effet, le résultat indiqué par un texte émané de Gaius, la loi 48, Dig., 2, 14, *De pactis* : « *In traditionibus rerum, quodcumque pactum sit valere manifestissimum est* » ; quelle est la raison de cette règle ? M. Geny (1) se contente d'invoquer ce texte lui-même ; c'est là un procédé tout à fait insuffisant, car ce passage de Gaius ne fait que nous indiquer la solution elle-même sans en donner l'explication. La même observation peut s'appliquer à l'affirmation de M. d'Ihering (2), lorsqu'il nous dit qu'en cas de tradition, « les conventions

1. *L. c.*, n. 1.

2. *L. c.*, n. 17, t. 3, p. 224.

des parties, en tant qu'elles étaient juridiquement possibles, prenaient toutes place dans l'acte même, et ne formaient pas un pacte à côté de celui-ci, mais une partie intégrante de son contenu » ; l'auteur ne fait pas avancer la question d'un seul pas : loin de là, il la recule ; car il ne suffit pas de reconnaître que la nature de la tradition formait un obstacle à l'adjonction d'un *pactum fiduciæ* ; il faut, en outre, trouver la raison intime de cette nature, il convient d'approfondir une idée, qui, juste en elle-même, n'est que superficielle. C'est ce qu'a tenté M. Lenel (1). Il invoque un argument de principe qu'il croit pouvoir corroborer par un argument de texte : d'après cet auteur, la tradition, à la différence de la *datio* solennelle, ne peut pas transférer la propriété si elle n'est précédée d'une *justa causa*, c'est-à-dire d'un acte juridique impliquant chez les parties la double volonté de transmettre et d'acquérir la propriété ; or, la fiducie qui n'est qu'un simple pacte, n'est pas une *justa causa*, c'est pour cela que la *traditio fiduciæ causa* est à considérer comme une *nuda traditio*. M. Lenel pense trouver l'application de ce principe dans un texte, émané du livre 31 de Paul *ad Edictum*, qu'il rapporte à la fiducie ; comme dans ce livre 31 Paul n'a pu traiter que du dépôt et de la fiducie, il est nécessaire de choisir entre deux partis : rapporter ce texte, la loi 31, Dig., 41, 1. *De acquirendo rerum dominio*, au dépôt, ou bien l'appliquer à la fiducie. M. Lenel n'hésite pas à se prononcer dans ce dernier sens ; à son avis la

1. *L. c.*, n. 24.

référence de la loi 31, Dig., 41, 1, au dépôt, est déjà rendue très invraisemblable par le *principium* du fragment, et elle est rendue tout à fait impossible par le § 1 : en effet, dans cette dernière partie il est probable que Paul examinait une discussion sur le sort juridique du trésor trouvé par le créancier fiduciaire ; il n'y a pour s'en convaincre, ajoute l'auteur, qu'à rapprocher notre texte de la loi 63, § 4, Dig., 41, 1, où Triphoninus traite la même discussion à propos du trésor trouvé par le créancier hypothécaire. Cette doctrine nous paraît inadmissible ; et la loi 31, Dig., 41, 1, est l'un des rares textes dont nous ne puissions adopter la référence à la fiducie bien qu'elle soit proposée par M. Lenel. Tout d'abord nous sommes en désaccord avec lui sur le principe lui-même ; à notre avis la tradition, aussi bien que la *datio* solennelle, transférait la propriété sans aucune *justa causa* ; cette question à la vérité est vivement controversée entre les interprètes ; mais l'opinion que nous embrassons peut se baser sur un assez grand nombre de considérations tirées des textes mêmes : tout d'abord il est certain que la tradition, opérée en vertu d'une cause illicite ou d'une cause indue, en un mot d'une cause qui aux yeux de la loi n'existe pas, transfère néanmoins la propriété, car le *tradens* cessant d'être propriétaire n'a dans ces divers cas qu'un seul recours possible, une action personnelle (Digeste, liv. 12, tit. 5. *De condictione ob turpem vel injustam causam* ; et liv. 12, tit. 6, *De conditione indebiti*) ; il est vrai que certains textes, tels que la loi 31, Dig., 41, 1 en discussion ici, et le § 7 du titre 19

des Règles d'Ulpien, semblent contraires à cette théorie. On les a réfutés de deux manières différentes : d'après les uns, au nombre desquels se trouve M. Accarias (1), la *justa causa* aurait en matière de tradition un sens différent de celui qu'elle a en matière d'usucapion, ce ne serait pas ici l'acte juridique impliquant chez les parties la double volonté d'acquérir et de transférer la propriété, ce serait simplement cette double volonté exigée dans la tradition elle-même, sans qu'elle résulte d'aucun acte juridique antérieur. Pour d'autres, cet essai de réfutation est lui-même inadmissible : en effet, dit-on en s'appuyant sur un fragment du jurisconsulte Javolenus (Loi 55, Dig., 44, 7, *De obligationibus et actionibus*), la *justa causa* a toujours eu le même sens ; dans tous les cas elle a désigné l'acte juridique qui implique chez les parties la double volonté d'acquérir et de transmettre la propriété, et jamais elle n'a servi à indiquer simplement cette double volonté ; à ce compte, en effet, il serait également vrai de dire que la *justa causa*, entendue en ce dernier sens, est requise en matière de *mancipatio* et d'*in jure cessio*, puisque ce sont des modes de transférer et d'acquérir volontaires, or aucun texte ne se sert dans ce cas de cette expression ; dès lors dans cette doctrine, pour réfuter les textes invoqués par la théorie à laquelle M. Lenel donne son adhésion, on se contente de dire que ces textes se réfèrent au cas le plus ordinaire où une *justa causa* est en fait intervenue, sans poser pour cela une règle absolue. S'il est permis de

1. *L. c.*, n° 29.

risquer sur ce point une opinion personnelle, nous dirons que chacun de ces deux essais de réfutation contient une part de vérité sans cependant qu'aucun d'eux soit entièrement exact : en examinant attentivement les textes et le nom des auteurs desquels ils émanent, on sera sans doute très fortement porté à croire qu'au temps de Javolenus et de Julien au II^e siècle ap. J.-C. (Loi 55, Dig., 44, 7 ; loi 36, Dig., 41, 1), la *justa causa* était l'acte juridique qui précédait tout mode d'occupation et qui impliquait la double volonté d'acquérir et de transmettre la propriété, tandis qu'au III^e siècle, au temps de Paul et d'Ulpien (Loi 31, Dig., 41, 1 ; Ulpien, XIX, § 7 ; et loi 18, § 1, Dig., 12, 1), cette notion de la *justa causa* se modifia et désigna simplement cette double volonté dans la tradition elle-même. Quoi qu'il en soit, il nous paraît absolument certain que jamais à aucune époque la tradition n'a eu besoin d'être basée sur une *justa causa*, entendue dans son sens ordinaire d'acte juridique antérieur impliquant la double volonté d'acquérir et de transmettre la propriété, pour pouvoir transférer cette propriété : la meilleure preuve de ce principe réside dans ce fait que nous avons déjà indiqué, à savoir que celui qui a opéré une tradition en vertu d'une cause illicite ou d'une cause indue cesse d'en être propriétaire et ne jouit pour recouvrer son bien que d'une action personnelle ; c'est là un résultat qui s'est maintenu jusqu'à la fin du droit romain, et l'on n'a même pas tenté de l'expliquer dans la théorie que nous combattons ; la vérité c'est qu'il la contredit et la condamne directement. Il y a, en outre, un texte, qui

est fort embarrassant pour cette théorie (Loi 36, Dig., 41, 1) : comme le reconnaît M. Lenel lui-même, ce fragment tiré du livre 13 des *Digestes* de Julien « ne se rattache au dépôt en aucune façon ; au contraire les conceptions erronées sur la *causa* n'étaient nulle part plus faciles à commettre qu'à propos des mancipations fiduciaires ; dès lors Julien a pu saisir cette occasion pour traiter à cet endroit de l'importance de telles erreurs » ; ce qui à notre avis prouve qu'en effet notre texte figurait dans le livre 13 des *Digestes* de Julien sous la rubrique relative à la fiducie, et non sous la rubrique relative au dépôt, c'est que le jurisconsulte discute à cet endroit le point de savoir si la tradition est translatrice de propriété, bien que l'une des parties entende transférer celle-ci à titre de donation, tandis que l'autre croit la recevoir à titre de prêt ; il ne peut s'agir là que du prêt qui est la raison d'être préalable de l'opération fiduciaire ; en tous cas, on ne saurait trouver dans ce passage aucune relation avec le dépôt ; Julien résout la question en ce sens que, malgré ce dissentiment sur la *causa* entre les parties, la tradition est néanmoins translatrice de propriété, et il nous présente cette solution comme étant universellement reconnue, car il nous dit : « ...constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus ». Devant un texte aussi formel et aussi contraire à sa théorie, M. Lenel n'a qu'une ressource : c'est d'admettre, sans oser cependant être très affirmatif, l'interpolation du mot *traditio*, que les commissaires de Justi-

nien auraient substitué au mot *mancipatio* écrit par Julien ; mais son opinion n'est appuyée d'aucune preuve (1) ; du reste la preuve de cette interpolation eût elle-même été faite victorieusement par M. Lenel, sa théorie d'après laquelle la tradition ne peut être translatrice de propriété que si elle est opérée en vertu d'une *justa causa*, viendrait encore se heurter de front à l'existence incontestable de la *condictio indebiti* et de la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Le soi-disant principe de M. Lenel n'en est donc pas un en réalité : la tradition, de même que la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*, est translatrice de propriété indépendamment de toute *justa causa*.

Comment cependant convient-il d'expliquer la loi 31, Digeste, 41, 1, tirée du livre 31 de Paul *ad Edictum* ? A coup sûr c'est sur ce terrain que M. Lenel pourrait se retrancher avec le plus de chance de succès, s'il était vrai que ce texte se rapportât, comme il le dit, à la fiducie ; mais précisément il n'en est rien à notre avis ; il convient, au contraire, de le rapporter au dépôt. Tout d'abord il faut remarquer que ce fragment dans son contexte tout au moins ne présente rien de suspect ; tel qu'il est sorti des mains des compilateurs de Justinien, il ne se réfère pas au *pignus*, pourquoi dès lors ne

1. Du reste, cette loi 36, Dig., 41, 1, bien qu'à notre avis elle ait dû figurer sous le titre *Fiduciæ*, et non sous le titre *Depositi* du livre 13 des Digestes de Julien ne devait pas se rapporter à l'opération fiduciaire elle-même, — car alors, elle serait contraire à l'idée que la *traditio cum fiducia* est impossible, — mais bien au prêt préalable supposé par cette opération.

pas croire tout simplement qu'il se rapporte au dépôt ? Cette observation doit déjà mettre en garde contre l'opinion de M. Lenel : à la vérité, nous avons admis avec lui à propos d'un texte, la loi 36, Dig., 41, 1, qui se trouve dans les mêmes conditions extérieures que le fragment 31, en discussion ici, que le jurisconsulte avait dû le faire figurer dans son livre sous la rubrique relative à la fiducie ; mais c'est que, comme nous l'avons montré, l'espèce prévue par ce texte formait un obstacle insurmontable à ce qu'il fût rapporté à la rubrique du dépôt ; y a-t-il donc des raisons spéciales pour qu'il en soit de même ici ? M. Lenel estime que la référence du *principium* de notre loi 31 au dépôt est tout à fait invraisemblable ; cette opinion nous étonne, car elle ne dérive même pas de la fausse théorie d'après laquelle la *traditio* pour être translatrice de propriété suppose une *justa causa* préalable. Nous croyons au contraire que la référence du *principium* de notre loi 31 au dépôt est toute naturelle. Le *principium* peut s'expliquer facilement dans une opinion quelconque, quelle que soit celle que l'on adopte à propos de la question de la *justa causa*. Pour nous, Paul a voulu dire simplement que dans le dépôt, la tradition manquant de l'élément intentionnel, ne peut pas transférer la propriété, puisque telle n'est pas la volonté des parties ; mais ce qui est particulièrement curieux c'est que dans aucune doctrine ce *principium* appliqué au dépôt ne peut trouver une meilleure explication que dans celle que M. Lenel lui-même adopte sur la *justa causa* considérée dans ses rapports avec la tradition : dans le dépôt, en effet, la tradition qui sert à

le réaliser n'est jamais précédée d'une *justa causa*, c'est-à-dire d'un acte juridique impliquant chez les parties la double volonté d'acquérir et de transmettre la propriété. La vérité, selon nous, c'est que Paul, commençant à traiter du dépôt, a dû dire à ce propos que jamais dans ce cas la tradition n'était translatrice de propriété, parce que l'élément intentionnel lui fait défaut; puis que, étendant davantage cette question du transfert opéré par la tradition, il a dit que ce transfert se produisait toutes les fois qu'au contraire cet élément intentionnel se manifestait, soit dans la tradition elle-même, soit dans un acte juridique la précédant: à l'époque de Paul, en effet, il nous semble que ces deux notions se sont confondues, ou plutôt que l'une peut fonder l'autre d'une manière certaine; la *justa causa* s'est ainsi modifiée; c'est là la seule opinion, croyons-nous, qui puisse lever entièrement l'apparence de contradiction que l'on trouve entre les textes des jurisconsultes du II^e siècle, et ceux des jurisconsultes du III^e, c'est elle seulement qui peut mettre tous ces textes d'accord avec ce principe incontestable, parce qu'il trouve la base dans l'existence même de deux titres entiers insérés au Digeste (liv. 12, tit. 5 et 6), d'après lequel la tradition a toujours pu transférer la propriété sans acte juridique qui la précède et qui implique chez les parties l'intention de l'acquérir et de la transmettre. Quoi qu'il en soit, nous avons vu que même dans la théorie adverse la référence du *principium* de la loi 31 au dépôt s'impose d'elle-même. La référence du § 1 de la loi 31 à la fiducie n'est pas mieux justifiée à notre avis que celle du *principium* à cette même

institution. Il est de toute impossibilité d'après M. Lenel de rapporter ce § 1 au dépôt ; d'après lui, nous aurions là les éléments d'une discussion qui se présentait aussi dans les rapports du débiteur et du créancier hypothécaire, comme le montre la loi 63, § 4, Dig., 41, 1. Cette opinion nous paraît encore inadmissible. En effet, il ne nous semble pas que notre loi 31 puisse être rapprochée de la loi 63 : là Triphoninus s'explique très clairement et spécifie avec détails tous les éléments de la discussion qui pouvait en effet s'élever entre le débiteur et le créancier hypothécaire sur le sort juridique du trésor trouvé par ce dernier ; dans notre texte, où donc est-il fait la moindre allusion à la découverte du trésor par le créancier fiduciaire ? Notre loi 31 a une portée beaucoup plus générale que la loi 63, § 4 ; elle règle le sort du trésor trouvé par une personne quelconque, autre que le propriétaire, « *sic enim fit ejus qui invenerit* » ; elle ne se réfère aucunement à la fiducie, c'est donc qu'elle figurait sous la rubrique *Depositum* du livre 31 de Paul *ad Edictum* ; mais comment comprendre ce résultat ? Tout simplement par ce fait que le trésor est une « *vetus quædam depositio* » comme le définit notre fragment ; il était tout naturel que Paul saisît l'occasion de ce qu'il s'occupait du dépôt pour donner à ce propos la définition du trésor. Ainsi la théorie de M. Lenel succombe sur tous les points ; elle est donc impuissante à expliquer pourquoi une *traditio cum fiducia* ne pouvait pas intervenir (1).

1. M. Oertmann, *l. c.*, n. 33, p. 72 à 82, combat aussi cette théorie.

C'est ailleurs qu'il faut chercher cette explication : M. Bechmann (1), nous semble l'avoir trouvée ; c'est cet auteur, à notre avis, qui a le mieux analysé juridiquement l'opération fiduciaire, en faisant de la sorte fort bien ressortir la différence qui existe entre le contrat et la fiducie qui n'est qu'un simple pacte (2). L'opération fiduciaire, dit-il, pourrait être regardée comme un contrat réel nommé si on ne l'envisageait que dans ses effets et dans son but : en effet, la remise de la chose engendre des obligations réciproques, et le but de la remise est une contre-remise ; mais cette conception doit s'effacer devant le point de vue de la conformation même de cette opération ; sa structure juridique, en effet, se dédouble, d'un côté un transfert de la propriété, d'un autre un *pactum conventum* ; « nous pouvons, dit M. Bechmann, appeler la *fiducia* un contrat réel resté inachevé dans sa structure juridique ; au contraire, la *traditio cum fiducia* était impossible parce qu'elle se serait traduite par une structure toute différente : on n'aurait pas commencé à donner son bien en propriété sauf à conclure ensuite une convention, mais on aurait d'abord conclu une convention pour la réalisation de laquelle la tradition était nécessaire. » Nous exprimerons la même idée sous une autre forme, qui nous semble plus saisissante : l'opération fiduciaire

1. *L. c.*, n. 29.

2. M. Oertmann, *l. c.*, n. 33, p. 108 à 113, qui combat cette explication n'est pas parvenu, nous semble-t-il, à la détruire ; en outre, il n'en indique aucune autre susceptible de la remplacer.

est de sa nature une *datio ob rem*, qui à la différence des autres *dationes ob rem* a été sanctionnée par une action de bonne foi parce que le *pactum fiduciæ*, sorte de *lex dationi dicta*, parvint à l'engendrer ; si donc cette opération est exclusive de la tradition, c'est parce qu'elle n'est pas un contrat : la fiducie est un pacte adjoint à une *datio* solennelle préexistante, et contenant la détermination juridique de celle-ci par suite du but et de l'intention des parties, ce n'est pas une convention indépendante (1), se suffisant à elle-même, et préalable à une tradition qui servirait à la réaliser. Dès lors tout s'explique, et, comme le dit M. Bechmann, « l'obstacle que la nature de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* oppose à l'idée d'une structure une dans toutes ses parties s'efface ici très simplement, et au contraire de la nature de la tradition résulte que cette structure à double face est impossible. » Ainsi l'esprit romain se refusait absolument à concevoir une *traditio cum fiducia*, c'est-à-dire un transfert non solennel de propriété pourvu d'un pacte adjoint, il n'aurait pu comprendre qu'une *fiducia cum traditione*, c'est-à-dire un contrat réel, puisant sa force exécutoire dans sa réalisation. Les auteurs, qui admettent comme possible la combinaison de la fiducie avec la tradition, ne s'y sont pas trompés eux-mêmes, et c'est pour cela qu'ils se servent de l'expression *contractus fiduciæ*. — Mais nous avons démontré que la fiducie est un pacte, et qu'elle ne se con-

1. Que cette convention soit ou non une *justa causa*, peu importe du reste au point de vue de l'effet translatif de propriété.

çoit pas en dehors d'une *datio* solennelle. Nous aurons complètement réfuté cette théorie en prouvant que l'opération fiduciaire n'est pas une opération du *jus gentium*, comme le soutiennent les mêmes auteurs. — Tel est, en effet, le premier point qui va s'offrir à nous dans l'étude des conséquences de la nature de la fiducie.

4. La fiducie est un pacte ; ce n'est pas un pacte adjoint à un contrat ; c'est au contraire un pacte adjoint à une *datio* : telles sont les trois propositions qui résument la nature de la fiducie, il convient de les examiner en elles-mêmes et d'en déduire les conséquences.

α. De ce que la fiducie est un pacte, c'est-à-dire une convention adjointe à une *datio* solennelle, il s'ensuit que le *pactum fiduciae* participe de certains des caractères de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio* : comme celles-ci, il n'est accessible qu'aux seuls citoyens Romains, ou tout au moins aux personnes jouissant du *commercium* (Gaius, I, § 119 ; II, § 65 ; Ulpien, XIX, § 4), et lorsque l'opération fiduciaire se traduit dans une *mancipatio*, elle se restreint aux *res Mancipi* (Ulpien, XIX, § 3), ou tout au moins aux choses qui profitent du *jus Italicum* : aussi la mancipation fiduciaire qui nous est rapportée par les tablettes de Pompéï a-t-elle pour objet deux esclaves ; et celle que relate la table de Bétique s'applique à un esclave et à un fonds de terre situé dans le territoire d'Hasta, qui était une colonie jouissant du *jus Italicum* et qui comme telle était régie par le *jus civile* ; telle est la remarque de M. Hübner (1) qui a été reproduite par presque

1. *Corpus Inscriptionum Latinarum*, tome 2, p. 700, n. 5042.

tous les auteurs qui ont commenté la table fiduciaire espagnole, et par M. Gide (1) en particulier. Cependant ce principe lui-même est contesté, et des auteurs comme MM. Ubbelohde et Geib (2) soutiennent au contraire que la fiducie qui, à la vérité eut d'après ces auteurs eux-mêmes le caractère que nous lui avons reconnu pendant une certaine phase de son développement, finit par acquérir la qualité d'acte du *jus gentium* accessible aux pérégrins et applicable aux fonds provinciaux dépourvus du *jus Italicum* ; cette manière de voir se concilie à merveille avec la doctrine suivant laquelle la fiducie est un contrat, elle n'en est même à vrai dire que la conséquence logique. On prétend la fonder principalement sur un texte de Cicéron (*Pro Flacco*, c. 21, § 51) ; nous voyons dans ce passage que le Romain Decanius créancier du grec Lysanias reçoit en fiducie de ce dernier pour sûreté de sa créance un *fundus paternus* situé sur le territoire de Temnos en Eolie, ville qui à coup sûr n'avait pas le *jus Italicum* en l'année 694 de Rome, date du *Pro Flacco*, car il est certain, comme l'a démontré M. Walter (3), que les premières concessions du *jus Italicum* ne remontent pas au delà de l'année 705 de Rome. Ainsi la fiducie serait un contrat, pouvant se réaliser par tradition, puisqu'elle apparaît avec la nature d'opération du *jus gentium* : voilà toutes les conséquences qui résulteraient de ce texte uni-

1. *L. c.*, n. 15.

2. *L. c.*, n. 6 et 7.

3. *L. c.*, n. 30. Cf. aussi M. Mommsen, *Le Droit public Romain*, trad. M. Girard, tome 6, 2, p. 456 et suiv.

que ; s'il fallait le prendre à la lettre, il suffirait à lui seul à ruiner toute la théorie à laquelle nous nous sommes ralliés à propos de la nature à assigner à la fiducie. M. Rudorff (1) repousse cette conséquence, mais sans donner aucun motif, sinon qu'il semble dire d'une façon vague qu'il pouvait bien s'agir là d'une opération analogue à l'opération fiduciaire, mais non d'une opération fiduciaire proprement dite. M. Voigt (2) pense que Cicéron sous l'expression *fiducia* a voulu désigner ici l'hypothèque, pacte prétorien, qui, à ce titre, rentrait essentiellement dans le cercle du *jus gentium*. M. Geny (3), repousse cette explication, parce que Cicéron sait quand il le veut, désigner l'hypothèque par son nom (*Ad familiares*, XIII, 56); d'après lui, Cicéron, dans le passage du *Pro Flacco* qui nous intéresse, a entendu désigner une institution analogue, mais non identique à la fiducie, et qui était en vigueur dans les provinces grecques de l'Asie, la *περσεία ἐπὶ λύσει* : c'est pour se faire plus facilement comprendre des Romains auxquels il s'adressait et pour frapper davantage leur imagination que Cicéron aurait substitué à l'institution grecque une institution romaine.

Cette explication ingénieuse nous semble très vraisemblable ; on se rend ainsi aisément compte de ce fait que l'opération en question a pu être réalisée au moyen d'une simple remise de la possession, telle que celle que semble

1. *L. c.*, n. 26, p. 74.

2. *L. c.*, n. 28.

3. *L. c.*, n. 1, p. 72.

indiquer notre texte par ces expressions : « *Tenes hodie ac possides* ». L'opinion de M. Geny nous semble donc devoir l'emporter sur l'essai de M. Voigt (1). Cet auteur mentionne cependant (2) un texte d'Ulpien, 1 *Opinionum* (Loi 52, § 2, Dig., 2, 14), qu'il rapporte à la fiducie en soutenant l'interpolation de *pignori* au lieu de *fiduciæ*, et que l'on pourrait être tenté à première vue d'invoquer dans le sens de l'opinion que nous combattons en cet endroit : il s'agirait, en effet, d'une convention accessoire du *pactum fiduciæ* relative au *tributum* imposé au fonds de terre qui fait l'objet de la fiducie ; il semblerait donc que ce soit un fonds provincial. L'auteur ne fait rien pour prouver l'interpolation ; M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* (3) ne l'a admise qu'avec hésitation ; quoi qu'il en soit, cette interpolation fût-elle admise, ne prouverait rien en faveur de la doctrine d'après laquelle la fiducie devint un acte du *jus gentium* : en effet, dans la pensée de M. Voigt lui-même, ce texte ne peut pas avoir ce résultat, car nous venons de le voir combattre cette doctrine ; même en admettant comme lui l'interpolation, la loi 52, § 2. Dig., 2, 14, pourrait s'expliquer ; à une certaine époque, tous les fonds provinciaux furent soumis à un *tributum* réognitif du domaine supérieur de l'État Romain, et cela alors même qu'ils jouissaient du *jus Italicum*, et

1. Tel est aussi l'avis de M. Oertmann, *l. c.*, n. 33, p. 113 à 118.

2. *L. c.*, n. 14.

3. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. Table A, n. 59 ; et Table de concordance, Lenel Voigt ; Table B, n. 8 β.

peut-être même avant l'époque où le sol italique fut lui aussi soumis à l'impôt foncier par suite des exigences toujours croissantes du fisc (Loi 8, § 7, Dig., 50, 15. *De censu*; et Aurelius Victor, *De Cæsar.*, 39); dès lors on pourrait concevoir notre texte comme se rapportant à une opération fiduciaire sans être forcé de conclure que celle-ci appartenait au domaine du *jus gentium*; d'ailleurs, nous le répétons, il n'est pas bien certain que ce fragment se rapporte à la fiducie. Ainsi la fiducie ne saurait exister que si la *datio* solennelle existe et est elle-même valable; elle en dépend entièrement dans son existence.

β. Le pacte de fiducie n'est pas un pacte adjoint à un contrat.

M. Voigt (1), qui se prononce pour l'insertion du *pactum fiduciæ* dans la formule de la *datio* solennelle émet pour établir cette opinion une série de considérations parmi lesquelles se trouve celle-ci : si le *pactum fiduciæ* n'était pas une opération solennelle, mais était simplement adjoint à l'*in jure cessio* ou à la *mancipatio*, ce serait un *pactum de retrovendendo* du droit commun, dès lors l'action qui devrait sanctionner ce pacte serait celle de l'opération principale, c'est-à-dire l'*actio præscriptis verbis*, on ne comprendrait pas que ce fût l'*actio fiduciæ*. Indépendamment des raisons que nous avons déjà données pour repousser cette opinion, il en est une autre : M. Voigt raisonne constamment sur l'idée d'un pacte adjoint à un contrat; or, telle n'est pas la nature de la

1. *L. c.*, n. 14.

fiducie ; nous l'avons vu, le *pactum fiduciæ* est une *lex dationi dicta*, ce qui est bien différent. Le pacte adjoint *in continenti* à un contrat est sanctionné par l'action qui naît de ce contrat, s'il s'agit d'un contrat de bonne foi, ou peut-être même d'une *stipulatio* (Loi 7, § 5, Dig., 2, 14, *De pactis* ; loi 40, Dig., 12, 1, *De rebus creditis*) par la raison que le pacte fait en quelque sorte partie intégrante du contrat lui-même ; au contraire, lorsque le pacte est adjoint à une *datio* solennelle, il ne saurait emprunter l'action qui en naît, par ce double motif qu'il ne fait pas corps avec la *datio*, et que celle-ci n'engendre aucune action personnelle.

Tels sont les principes : leur application pure et simple au *pactum fiduciæ* eût conduit à reconnaître en celui-ci un *pactum nudum* dépourvu de toute sanction, en vertu de la règle posée dans la loi 6, Dig., 2, 14. *De pactis* « *ex pacto nudo actio non nascitur* » ; c'est donc à tort à notre avis que M. Gide (1) a dit : « le pacte de fiducie s'appuie sur la mancipation, et c'est pour cela qu'il est obligatoire ; mais il ne se confond point avec elle, et c'est pour cela qu'il produit non une action de droit strict mais une action de bonne foi » ; pas plus que sa sanction de bonne foi, la force obligatoire du *pactum fiduciæ* ne peut dériver de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* ; c'est ailleurs qu'il faut chercher la racine de ces deux effets de la fiducie ; du reste, ils ne doivent pas ainsi être séparés l'un de l'autre, à vrai dire ils se confondent ; la

1. L. c., n. 15.

sanction du *pactum fiduciæ* ne va pas sans sa force obligatoire, et réciproquement ; ces deux effets découlent d'une même idée, l'idée de *bona fides* qui, comme nous le verrons, a fait sa première apparition dans le droit romain des obligations à propos de la fiducie ; c'est là seulement que l'on peut chercher l'explication de ce fait, d'une part que le *pactum fiduciæ*, tout en n'étant qu'une *lex dationi dicta*, ait été rendu obligatoire, et d'autre part que l'opération fiduciaire, sorte de *datio ob rem*, ait à la différence des autres *dationes ob rem*, reçu une sanction au moyen d'une action de bonne foi. Comment et pourquoi en a-t-il été ainsi ? C'est ce que nous aurons à examiner en un autre endroit.

γ. La fiducie est un pacte adjoint à une *datio* ; ce n'est pas une opération une dans sa structure, elle se décompose en deux éléments : la *datio* solennelle et le *pactum conventum*.

De là résulte entre ces deux éléments une antithèse nettement marquée au point de vue des effets que l'un et l'autre sont appelés à produire ; nous aurons à développer ces effets dans le chapitre suivant, à propos de l'étude des effets de la fiducie ; mais il importe dès maintenant d'indiquer l'idée directrice qui domine toute cette question : le premier élément de l'opération fiduciaire, la *datio* qui se réalise dans la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* engendre un droit réel, dès lors celui qui reçoit le bien en mancipation ou en cession *in jure* fiduciaire devient propriétaire, et il a en principe tous les droits qu'implique cette qualité, tandis qu'en sens inverse celui

qui mancipe ou cède *in jure* son bien fiduciairement cesse d'en avoir la propriété, ainsi que tous les droits qui y sont attachés ; au moyen de la *datio* l'aliénation est opérée (Ulpien, XIX, § 2, 3 et 9). Le second élément de l'opération fiduciaire, la convention qui se révèle dans le *pactum fiduciæ*, n'engendre qu'un droit de créance au profit du *fiduciæ dans*, auquel correspond à la charge du fiduciaire une simple obligation personnelle de restitution. Ainsi se trouve justifiée l'idée que nous avons émise plus haut : autant le *pactum fiduciæ* est subordonné dans son existence à l'accomplissement de la *datio* solennelle, autant il en est indépendant dans sa forme et dans ses effets.

III

CARACTÈRES JURIDIQUES DE LA FIDUCIE.

1. *Son but.* — La fiducie a des applications très variées, mais toutes présentent un caractère commun : l'adjonction du *pactum fiduciæ* à une *datio* solennelle a pour but, soit de remédier aux lacunes de la législation, soit d'éluider les dispositions restrictives de la loi ; dans tous les cas le but cherché est extralégal. Quelque variées que soient les applications de la fiducie, il est possible de les classer en deux catégories distinctes, sauf à subdiviser ensuite ces dernières : la fiducie trouve ses applications, tantôt dans le droit des personnes, tantôt dans le droit des choses.

Envisagée dans le droit des personnes, elle tend à modifier leur état (Gaius, I, § 134, 135, 140; — *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, tit. 2, ch. 3, § 1), ou à leur faire acquérir la capacité (Gaius, I, § 114 et 115). résultats pour l'obtention desquels la loi n'avait organisé aucun moyen.

Envisagées dans le droit des choses, les applications de la fiducie peuvent se classer sous la division caractéristique de *fiducia cum creditore* et de *fiducia cum amico*. La *fiducia cum creditore* a eu pour objet de donner à un créancier une sûreté réelle, alors que le contrat de *pignus* et le pacte prétorien d'hypothèque étaient encore inconnus : le débiteur transfère en propriété à son créancier un de ses biens, avec la convention que le bien lui sera retransféré en propriété à l'échéance de la dette si elle est payée (Paul, II, 13 ; Gaius, II, § 59 et 60 ; Isidore, Orig. V, 25, § 23) ; à la vérité, il eût été plus conforme à l'intention des parties que le débiteur ait pu ne transférer au créancier la propriété de son bien que sous condition résolutoire ; de cette façon les intérêts réciproques des deux parties eussent été mieux sauvegardés : le créancier aurait eu la propriété du bien jusqu'au paiement de la dette ; une fois le paiement opéré, le débiteur aurait recouvré cette propriété et aurait même été réputé l'avoir toujours conservée ; mais, à notre sens, ce fut jusqu'à Justinien un principe du droit romain que la transmission de la propriété *ad tempus* était impossible' (*Fragmenta Vaticana*, § 283; loi 2, Code 8, 55, *De donationibus*) ; dès lors l'adjonction

d'un *pactum fiduciæ* qui n'engendrait qu'un droit de créance à une *datio* qui créait un droit réel apparut comme un moyen de tourner cette règle, en amoindrisant dans la mesure du possible les inconvénients qu'elle entraînait pour le commerce.

Dans la *fiducia cum amico*, il convient de faire rentrer non seulement les opérations fiduciaires par lesquelles celui qui donne son bien *cum fiducia* se propose de rendre ou de recevoir un service d'ami, et qui ont alors pour fonction économique un dépôt ou un prêt à usage, mais encore toutes celles dont l'inspiration est un motif d'affection, et qui jouent alors le rôle de la donation, de la *dotis datio*, de la *mancipatio servi cum fiducia*, etc. L'opération fiduciaire, lorsqu'elle joue le rôle du *commodat*, avait pour but, comme la *fiducia cum creditore*, de tourner la règle d'après laquelle la propriété ne pouvait pas être transférée *ad tempus* (Loi 6, Dig., 45, 3, *De stip. servor.*, Paul, II, 4). Envisagée dans sa fonction de dépôt la *fiducia cum amico* avait deux buts, ainsi que le reconnaît M. Ubbelohde (1) : tourner la règle en vertu de laquelle la représentation en justice était repoussée d'une façon générale sous le système des *legis actiones* « *nemo alieno nomine lege agere potest* » (Gaius, IV, § 82 ; loi 123, Dig., 50. 17. *De rég. juris*), et fournir la sécurité aux faibles dans les temps troublés « *cum amico quo tutius nostræ res apud eum sint* » (Gaius, II, § 60 ; Boèce, *in Ciceronis Topica*, § 340, IV c. 10, 41 ; Bruns, *Fontes juris Romani antiqui*,

1. L. c., n. 6, p. 87.

5^{me} édition, 1887, page 400). Dans la *datio dotis*, le *pactum fiduciæ* avait pour but de faire échec, à l'époque où il existait, au principe ancien en vertu duquel le mari propriétaire de la dot la gardait d'une façon incommutable sans être grevé d'aucune charge de restitution, principe dont le souvenir nous a été conservé par le témoignage formel du vieux jurisconsulte *Servius Sulpicius* rapporté par Aulu-Gelle (*Nuits Attiques*, IV, ch. 3), et dont l'écho se fait encore entendre à une époque où il avait depuis longtemps déjà disparu, dans cette maxime émanée de Paul « *dotis causa perpetua est* » (Loi 1, Dig., 23, 3. *De jure dotium*); cette application de la fiducie résulte d'un texte du Digeste, la loi 29, § 1, Dig., 24, 3. *Solutio matrimonio dos...*, que M. Voigt (1) est seul à admettre comme se référant à ce sujet (2), et à propos duquel nous aurons à établir qu'en effet cette référence peut être admise. Dans la *donatio mortis causa*, la fiducie tendait encore à remédier à la règle d'avec laquelle la propriété ne pouvait pas être transférée *ad tempus*, en faisant l'office d'une sorte de condition résolutoire, c'est ce qui a été démontré par M. Keller (3) (Loi 42, Pr., Dig., 39, 6. *De mortis causa donat. Frag. Vatic.*, § 252) (4).

Jusqu'ici nous avons vu la fiducie employée en vue de combler le mieux possible les lacunes de la législation ;

1. *L. c.*, n. 14.

2. Cf. Table de concordance Lenel-Voigt, table B, β. n. 17.

3. *L. c.*, n. 31.

4. Cf. Table de concordance Lenel-Voigt. Table B, β. n. 18.

nous allons la voir maintenant en usage en vue d'éluder les restrictions gênantes édictées par la loi : tantôt intervenant dans la donation, elle tendait à éluder la prohibition des donations entre époux qui dérivait de la coutume (Loi 49, Dig., 24, 1, *De donat. inter virum et uxorem* (1) ; tantôt intervenant dans la mancipation qu'un maître faisait à autrui de son esclave avec une clause d'affranchissement au profit de ce dernier (Lois 27 § 1, — et 30, Dig., 17, 1. *Mandati* (2) ; — *Frag. Vat.*, § 334 ; — Lois 2, § 2 ; 3 ; et 5, Dig., 12, 4. *De condict. causa data* (3), — elle tendait à soustraire ce maître aux incapacités d'affranchir édictées par les lois *Ælia Sentia* (757 de R.) et *Fuffia Caninia* (761 de R.) ; à la vérité deux textes (Loi 7, § 1, Dig., 40. 9. *Qui et a quibus manumissi liberi...* ; loi 4, Dig., 18. 7. *De servis export.*) cités par M. Geny (4) semblent contraires à notre affirmation ; mais nous verrons qu'ils ne la contredisent qu'en apparence. Ainsi le désir d'atteindre un but extralégal : tel est le premier caractère de la fiducie.

2. *Sa sanction.* — Pendant longtemps la fiducie ne fut pas sanctionnée par une action ; elle était uniquement protégée par la loyauté et par la confiance réciproques ; le nom même de notre institution est caractéristique : *fiducia*

1. Table de concordance Lenel-Voigt. Table B, β. n. 16.

2. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; — Table A, n. 8 et 30.

3. Cf. Table de concordance Lenel-Gradenwitz ; — Table C. n. 5 et 6.

4. *L.c.* n. 1, p. 49.

veut dire confiance, bonne foi. Un pur devoir d'honneur abandonné à la conscience du fiduciaire : tel a été, en effet, pendant plusieurs siècles le caractère juridique de la fiducie. Ce qui le prouve par dessus tout, c'est qu'une usucapion favorable, l'*usureceptio* fut imaginée avant la création de l'*actio fiduciæ* au profit du *fiduciæ dans*, contre le fiduciaire qui se refusait à exécuter la convention de restitution (Gaius, II, § 59 et 60). Comment expliquer ce caractère de la fiducie ? Si la fiducie n'eut pour base que la loyauté réciproque, cela tient, croyons-nous, au but même vers lequel elle tendait : ce but était extra-légal ; dès lors, à une époque reculée où le respect de la loi s'imposait à tous d'une façon impérieuse, on ne pouvait même pas songer à chercher dans la loi elle-même un moyen de la tourner ; l'acte qui seul pouvait être employé vers ce but devait nécessairement rester une clause secrète ne trouvant aucune sanction dans la loi, mais uniquement dans le respect que les parties elles-mêmes voulaient bien avoir pour la convention. Mais comment peut-on comprendre que les besoins pratiques n'aient pas de très bonne heure suscité une sanction plus énergique, partant plus sérieuse ; pourquoi la loi ne vint-elle pas plus tôt sanctionner elle-même la convention, au lieu de s'en remettre à l'entière bonne volonté des particuliers ? Ce sont là des faits de nature à surprendre au premier abord ; ils sont susceptibles de plusieurs explications historiques, nous aurons à opter entre elles ; pour le moment, il suffit de poser le principe de ce second caractère juridique de la fiducie, et d'indiquer les questions qu'il suscite,

en renvoyant la solution de celles-ci à un chapitre postérieur.

3. *Son résultat final.* — La fiducie, avons-nous dit déjà, a pour résultat la restitution des choses à leur état antérieur. Voilà l'idée générale; toutefois il importe de la préciser dans son principe même, puis d'indiquer les diverses modifications que comporte ce principe. Et d'abord il est bien entendu que ce principe ne produit son effet qu'entre les parties, il est complètement étranger aux tiers : le fiduciaire a le droit réel de propriété; les tiers à qui il aliène ce droit de propriété ou des droits réels qui en sont démembrés sont absolument à l'abri contre une revendication du *fiduciæ dans*, car celui-ci, en vertu du *pactum conventum*, n'a qu'un droit de créance contre le fiduciaire en vue d'obtenir la restitution du bien donné fiduciairement; comme tous les droits de créance, celui-ci peut rester inefficace, ou tout au moins il se peut qu'il n'agisse que par équivalent. Telle est la portée du principe. Comment est-il appliqué, et quelles modifications subit-il? Dans le cas le plus ordinaire, la restitution est imposée au fiduciaire au profit du *fiduciæ dans* lui-même; de nombreux textes en font foi; c'est la règle absolue dans la *fiducia cum creditore*; cette règle s'applique aussi dans la *fiducia cum amico* envisagée dans sa fonction économique de dépôt et de *commodat*; qu'il nous suffise ici de citer Boèce qui est tout à fait explicite (*In Ciceronis Topica*, l. 4, c. 10, 41; Bruns, *Fontes*, 5^e édit., page 400). Mais il y a certains cas dans lesquels la restitution au lieu d'être

imposée au fiduciaire au profit du *fiducia dans* lui-même, lui est imposée au profit d'une autre personne; c'est ce qu'a fort bien remarqué M. Voigt (1) : dans ces différentes hypothèses, il est vrai, l'*actio fiduciæ* ne pourra pas appartenir au tiers, car la règle de la non-représentation contractuelle qui a subsisté jusqu'à la fin dans son ensemble s'y oppose formellement, mais l'*actio fiduciæ* appartiendra au *fiduciæ dans* pourvu toutefois que les principes généraux relatifs à la fiducie ne résistent pas à sa délivrance; en effet, envisagée dans cette seconde branche, la règle de la non-représentation a subi un échec, incontestable à notre avis, toutes les fois qu'il s'agit d'une action de bonne foi « *placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam* », tel a été l'avis des meilleurs prudents au dire de Papinien (Loi 54, Dig., 17, 1. Mand.). Il y a plusieurs cas dans lesquels la restitution est imposée au fiduciaire au profit d'un autre que le *fiduciæ dans*, ou même au profit d'un véritable tiers : dans l'adoption et dans la *coemptio fiduciæ causa*, deux applications de la fiducie dans le droit des personnes (Gaius, I, §§ 134, 135, 114 et 115); dans la *donatio mortis causa sub modo* (Loi 49, Dig. 24, 1. *De donat. inter virum et uxorem*), et dans la *dotis recepticiæ datio* (Loi 29, § 1, Dig., 24, 3. *Solutio matrimonio dos...*), deux applications de la fiducie dans le droit des choses. Enfin il y a plus, et le principe en vertu duquel le résultat final de la fiducie consiste dans

1. L. c., n. 14, p. 171, texte et note 12.

la remise des choses à l'état antérieur subit une sorte de dérogation dans l'une des applications de la fiducie dans le droit des choses, la *mancipatio servi cum fiducia* (Lois 27, § 1 et 30, Dig., 17, 1. *Mandati*; *Frag. Vat.* § 334; Lois 2, §§ 2 et 3, et 5, Dig., 12, 4. *De cond. causa data...*) : un maître mancipe à l'un de ses amis un esclave pour qu'il soit affranchi; ici il y aura donc au contraire changement apporté dans la condition juridique de l'esclave; au moment où il a été mancipé, il n'était qu'une chose, lorsque le *pactum fiduciæ* aura été exécuté, il sera devenu une personne, mais il faut remarquer que c'est seulement après cette exécution que la qualité d'affranchi lui appartiendra; s'il est vrai par conséquent que le résultat final de l'opération fiduciaire concerne une personne, il n'est pas moins vrai que cette opération envisagée en elle-même au moment où elle est conclue et jusqu'à ce qu'elle soit exécutée n'a qu'une chose pour objet, aussi la *mancipatio servi cum fiducia* doit-elle être rangée parmi les applications de la fiducie dans le droit des choses. Ainsi, si l'on fait abstraction de cette application, la fiducie a pour résultat une restitution à l'état antérieur, avec cette réserve que cette restitution n'est sanctionnée que par un droit de créance, non par un droit réel : c'est pourquoi M. Rudorff (1) nous paraît avoir exagéré la notion du résultat de la fiducie lorsqu'il parle du caractère provisoire de la propriété du créancier dans la *fiducia cum creditore*, qu'il compare au caractère provisoire de la propriété du mari sur la dot,

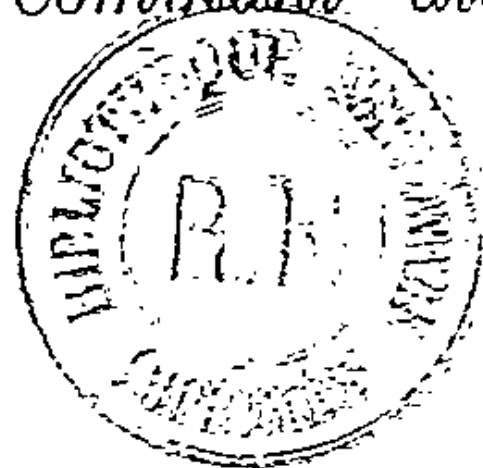
1. *L. c.*, n. 26, p. 73, note 23.

en rapportant du reste à la fiducie un texte (Gaius, II, § 64), qui se réfère uniquement au *pignus*; dans les deux cas la propriété est définitive, la preuve en est que les tiers sous-acquéreurs sont entièrement à l'abri; la propriété n'est pas le moins du monde limitée en elle-même et dans son essence, elle reçoit seulement une limitation dans un simple droit de créance.

4. *Ses modes de réalisation.* — Comment l'obligation de restitution est-elle exécutée? L'acte juridique qui intervient en vue de ce résultat est approprié à l'intention commune des parties: s'agit-il d'une véritable restitution à opérer soit au profit du *fiduciæ* dans lui-même, soit au profit d'un tiers, une *datio* solennelle issue de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* sera employée en vue d'anéantir dans la mesure du possible, les effets de la *datio* solennelle, issue des mêmes actes juridiques, qui a transféré la propriété au créancier ou à l'ami; à la *datio* solennelle originaire correspond exactement une *datio* solennelle finale: « *fiduciam accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet* » nous dit notamment Boèce (*In Ciceronis Topica*, l. 4, c. 10, 41); s'agit-il non plus d'une vraie restitution, mais d'un dessaisissement à opérer, dans la *mancipatio servi cum fiducia*, c'est un mode solennel d'affranchissement (Gaius, II, §, 17), qui vient détruire l'effet de la *mancipatio* qui a transféré à l'ami la propriété de l'esclave. D'reste, comme l'obligation de restitution ou de dessaisissement n'est sanctionnée que par un droit de créance, il se pourra qu'au lieu d'être exécutée en nature, elle le soit seulement par équivalent:

c'est un point sur lequel nous reviendrons ailleurs. Mais indépendamment de ce moyen direct d'exécution, l'obligation du fiduciaire peut trouver un moyen indirect de réalisation dans l'*usureceptio ex fiducia* : cette institution, dont l'existence n'était même pas soupçonnée avant la découverte des Institutes de Gaius, a été mise en pleine lumière, par quelques lignes de ce jurisconsulte (Gaius, II, § 59 et 60); elle consiste en une usucapion favorable au profit du *fiduciæ dans* contre le fiduciaire qui se refuse à exécuter volontairement l'obligation qui pèse sur lui en vertu du *pactum fiduciæ*. Toutefois à notre avis l'*usureceptio* n'est applicable qu'à la fiducie considérée dans le droit des choses et non à la fiducie envisagée dans le droit des personnes : à la vérité, aucun auteur jusqu'ici n'a pris la peine de se poser la question, ni par suite de la résoudre ; c'est tout à l'heure en étudiant les effets de la fiducie dont nous allons aborder à présent l'examen, que nous apporterons la preuve de ce que nous avançons ici. Quoi qu'il en soit du reste de ce point, l'application de l'*usureceptio* dans le droit des choses est certaine ; la découverte des Institutes de Gaius n'a pas seulement dévoilé l'existence et la fonction de l'*usureceptio*, elle a en outre, comme le dit M. Accarias (1), rendu leur sens à plusieurs textes devenus inintelligibles dans l'œuvre de Justinien ; tel est précisément le cas d'un texte d'Ulpien, 20 *ad Edictum*, qui a été inséré au Digeste (loi 7, § 3, Dig. 10, 3. *Communium dividundo*) ; à la suite de

1. L. c., n. 29.



M. Keller, tous les auteurs admettent l'interpolation des mots *indebiti soluti res*, qui sont incompréhensibles ; l'un des éditeurs les plus récents du Digeste, M. Mommsen, est du même avis ; c'est « *ex causa debiti soluti fiducia* » qu'Ulpien avait écrit ; ainsi reconstitué, le texte s'explique de lui-même.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA FIDUCIE.

- I. Notions préliminaires. — II. Effets de la fiducie dans le droit des personnes. 1. Le défaut de sanction légale. 2. La *cognitio extra ordinem*. 3. Discussion. 4. Discussion. 5. Discussion. — III. Effets de la fiducie dans le droit des choses. — A. Première période. 1. Le défaut de sanction légale. 2. La sanction de fait. 3. La sanction indirecte : l'*usureceptio*. — B. Seconde période. 1. Création d'une sanction légale. 2. Rédaction de la formule de l'*actio fiduciæ*. 3. Résultats de l'*actio fiduciæ*. — IV. Effets des deux éléments combinés de l'opération fiduciaire.

BIBLIOGRAPHIE

1. Bechmann. Der Kauf, tome 1, § 34, p. 285 à 287.
2. Geny. Etude sur la fiducie ; thèse de Nancy, 1885, pages 16, 17, 39 à 41, 44, 57, 102.
3. Rudorff. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 11, Ueber die hætische Fiduciartafel, pages 60, 61, 66, 85, 86.
4. Pernice. Marcus Antistius Labeo, tome 1, pages 408 à 416.
5. Danz. Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr.
6. Ihering. L'esprit du Droit Romain, trad. de Meulenaere, tome 1, § 11, pag. 121 à 125,
tome 3, §§ 44 et 52, pag. 121 à 123, et 223, note 244,
tome 4, § 63, page 138,

7. Huschke. Zeitsch. für geschichtliche Rechtswissenschaft, tome 14 ; Ueber die usucapio pro herede, fiducia, und ex prædiatura.
8. Mommsen. Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa med Malaca in der Provinz Bœtica, pag. 466 et suiv.
9. Jourdan. L'hypothèque, pages 50, 57 et 58.
10. Walter. Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian, chap. 15, pag. 645 et 646.
11. Hugo, Histoire du droit romain, trad. Jourdan-Poncelet, tome 1, § 208, pag. 384 et 385.
12. Stintzing. Das Wesen der Bona Fides und Titulus in der römischen Usucapionslehre, § 6, pag. 14 à 24.
13. Scheurl. Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, tome 2, § 6, pag. 36 à 44.
14. Dernburg. Das Pfandrecht, tome 1, pag. 14 à 16, 24 et 25.
15. Ihering. De la faute en droit privé, trad. de Meulenaere, pag. 33, note 62, — page 34, texte et note 64.
16. Voigt. Die XII Tafeln, tome 2, § 86 et 121 ; — et das Jus naturale, tome 3, 541.
17. Lenel. Das edictum perpetuum, § 107, pag. 232 et suiv.
18. Lenel. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 3, Quellenforschungen in den Edictcommentaren, Zur actio fiducia, p. 106 à 113, 118 et 119.
19. Eck. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 9, Neue pompejanische Geschäftsurkunden, page 84.
20. Geib. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 8, Actio fiducia und Realvertrag, pag. 128 à 151.
21. Rudorff. Edicti perpetui quæ reliqua sunt, § 100, texte et note 9.
22. Ubbelohde. Zur Geschichte der benannten Realcontracte, § 24, 25 et 28.
23. Mommsen. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 6, Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe, pag. 274.

24. Büchel. De fiducia, pages 20, 21 et 38.
25. Keller. De la procédure civile et des actions chez les Romains, trad. Capmas, page 102, texte et note 297.
26. Bethmann — Holweg, Der Civilprocess des gemeinen Rechts, tome 2, page 281.
27. De Savigny. Traité de droit romain, trad. Guenoux ; —
tome 5,
appendice 13, n° 12, pag. 498 à 501,
appendice 14, n° 5, pag. 523 et 524,
n° 8, pag. 529, texte et note d,
n° 19, page 558, note b., et page 559.
28. Accarias. Précis de droit romain, tome 2, § 647, p. 569 ;
— § 663, page 613, note 3 ; et § 795, pag. 951 et 952.
29. Girard. Nouvelle revue historique, tome 6, L'action auctoritatis, pag. 214 et 215.
30. Puchta. Kursus der Institutionen, tome 3, § 272.
31. Demelius. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 2, —
Plautinische Studien, pag. 224 et 225.
32. Desjardins. Revue historique de droit français et étranger, tome 13, pag. 122 à 141.
33. Sohm. Institutionen, pag. 36.
34. Gide. Revue de législation, tome 1, Un pactum fiduciæ, pag. 81 et 86.
35. Degenkolb. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 9 ;
Ein pactum fiduciæ, pag. 133, et 169 à 171.
36. Gothofredus. In tit. De diversis regulis juris.
37. Conradi de pacto fiduciæ exercitatio II, § 28.
38. De Bassewitz. De Romanorum fiducia, pag. 80 et suiv.
39. Pernice. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 9 ; — Parerga ; —
Zur Vertragslehre der römischen Juristen, pag. 228, texte
et note 3.
40. Oertmann. Die Fiducia im römischen Privatrecht.

I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

Les textes qui se réfèrent aux effets de la fiducie sont très nombreux, autant ceux qui n'ont jamais été contestés que ceux à propos desquels les auteurs modernes ont démontré ou tenté de démontrer des interpolations. Bien que les textes relatifs aux effets de la fiducie soient en grand nombre, nous serons loin de les examiner tous dans ce chapitre; et cela pour deux raisons distinctes : d'une part il y a certains fragments prétendus interpolés et pour l'interpolation desquels aucune espèce de preuve n'a même été tentée; ce sont, en général, des interpolations qui sont admises par M. Voigt et repoussées par M. Lenel, nous nous contenterons de constater le fait (1), sans le discuter; d'autre part, il se trouve d'autres textes qui bien que se référant aux effets de la fiducie, ne se réfèrent à ces effets que dans certaines des applications de notre institution. C'est seulement dans l'étude de ces applications que nous les retrouverons ; car ils n'ont pas une portée générale. — Ce sont seulement les textes présentant ce dernier caractère qui nous arrêteront ici. Tel est le principe qui va guider nos développements ;

1. Il suffira de se reporter à nos tables de concordance aux numéros que nous indiquerons.

il doit toutefois être tempéré par une double remarque : tout d'abord certains textes qui paraissent ne se rapporter qu'aux effets de la fiducie dans certaines de ses applications se rapportent au contraire en réalité à ces effets dans tous les cas où la fiducie est employée ; en outre, si générale que doive être notre étude dans ce chapitre, il convient dès le début de tenir compte d'une division fondamentale : à notre avis les effets de la fiducie sont profondément différents suivant qu'elle intervient dans le droit des personnes ou dans le droit des choses. — Voici donc quelle sera la délimitation exacte de notre cadre : étudier les effets généraux de la fiducie dans le droit des personnes, puis ses effets généraux dans le droit des choses, voilà qui comprendra l'étude des effets de la fiducie au sens technique du mot, c'est-à-dire du *pactum fiduciæ* ; enfin sortant de cet ordre d'idées, et prenant la fiducie dans son sens large d'opération fiduciaire, nous aborderons l'examen des effets combinés des deux éléments de cette opération, la *datio* solennelle, et le *pactum fiduciæ*.

II

EFFETS DE LA FIDUCIE DANS LE DROIT DES PERSONNES.

1. A l'origine la fiducie, pas plus ici qu'ailleurs, n'a reçu une sanction légale ; elle était basée uniquement sur la bonne foi et la loyauté réciproques ; ce fut là la seule

protection qui pendant longtemps fut accordée au respect de la convention. Ce qui prouve qu'il en a été de même en notre matière, c'est d'abord le nom même de notre institution, comme le remarque M. Bechmann (1) ; c'est ensuite et surtout que le seul consentement des parties était à une époque reculée impuissant à engendrer l'obligation civile : d'ailleurs cet accord des volontés avait un but caché ; à la différence de l'acte solennel dont il avait pour but de déterminer les effets il ne se révélait souvent par aucune marque extérieure, résidant tout entier dans la commune intention des parties. Un texte de Gaius nous fournit un exemple frappant de cette idée précisément à propos de l'une des applications de la fiducie dans le droit des personnes, à propos de l'adoption (Gaius, I, § 132 à 135) et comme l'a dit M. d'Ihering (2) : « Ce n'est pas par oubli que Gaius dans la description de la triple mancipation du fils, ne mentionne pas le *pactum fiduciæ* ; ce pacte n'apparaissait pas dans l'acte lui-même ; le *criterium* de l'acte conclu *fiduciæ causa* était uniquement dans son but, et non dans sa forme. » Voilà des vestiges de l'époque où le *pactum fiduciæ* n'était pas sanctionné par un moyen de droit.

2. Mais lorsqu'il fut protégé par une sanction légale, quelle fut-elle ? Les auteurs qui ont examiné cette question sont rares, mais ils admettent tous sans difficulté, sans discussion, que la sanction légale de la fiducie a été

1. *L. c.*, n. 1.

2. *L. c.*, n. 6, tome 3, p. 223, note 244.

la même dans le droit des personnes et dans le droit des choses. Seul M. Bechmann (1) effleure la discussion ; sur quel argument base-t-il son opinion ? Sur un texte qui dit le contraire, et qu'il trouve pour cette raison favorable à sa doctrine ; c'est un fragment de la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (tit. 2, cap. 3, §. 1) qu'il importe de reproduire en entier :

« *Per hominem liberum noxae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a prætore, qui noxae deditum accepit : sed fiduciæ iudicio non tenetur.* »

Un père a donné un de ses *filiifamilias* en abandon noxal à une personne pour réparation d'un préjudice subi, et les parties ont conclu un pacte de fiducie d'après lequel lorsque le préjudice sera réparé la personne qui a reçu en abandon noxal le *filiusfamilias* devra affranchir ce dernier. La solution du texte est claire : si celui qui a subi le préjudice se refuse à l'affranchissement une fois qu'il a été satisfait, il y aura lieu à un recours *extra ordinem*. Tous les auteurs sont forcés de reconnaître cette solution ; mais M. Bechmann prétend qu'il en résulte précisément *a contrario* que dans tous les autres cas, c'est l'*actio fiduciæ* qui sanctionne la fiducie qui intervient dans le droit familial ; nous pensons en sens inverse qu'il faut tirer de ce texte un argument *a pari*, et dire que dans toutes les autres applications de la fiducie dans le droit des personnes la sanction réside dans une *cognitio*

1. *L. c.*, n. 1.

extra ordinem. Il y a d'abord un autre cas que celui de la *noxæ deditio cum fiducia* pour lequel notre solution ne peut guère faire de doute; elle est en effet admise par M. Ubbelohde (1) et par M. Geny (2), deux auteurs qui cependant se prononcent en principe pour la doctrine de M. Bechmann: c'est le cas de *coemptio fiduciæ causa* (Gaius, I, §137); les mots « *cogere potest* », selon la remarque de M. Geny, qui apparaissent à deux reprises dans ce passage, sont très significatifs, si on les rapproche du « *cogendus est a prætore, sed fiduciæ iudicio non tenetur* » de la *Collatio*. Il y a encore un texte qui nous semble favorable; il est emprunté à Paul 11 *Quæstionum* (Loi 34, Dig., 1, 7. *De adoptionibus*); ce texte, visant un autre cas spécial, nous dit qu'aucune action ne sera délivrée; n'est-ce pas indiquer par contre que la *cognitio extra ordinem* pourra procéder? Voilà les textes qui se rapportent à notre question: on voit qu'ils sont loin d'être favorables à l'opinion universellement admise. Il s'agit donc d'examiner en elle-même la valeur de l'argument *a contrario* que l'on prétend tirer du fragment de la *Collatio*; c'est après avoir reconnu sa faiblesse que, nous appuyant sur les principes généraux du droit, et sur des motifs rationnels invoqués par nos adversaires eux-mêmes, nous pourrions établir solidement notre opinion.

3. Le fragment de la *Collatio*, dit-on, doit être considéré comme une exception, il ne saurait être étendu à

1. *L. c.*, n. 22, p. 55, note 58.

2. *L. c.*, n. 2, p. 57.

toutes les applications de la fiducie dans le droit des personnes, mais il faut le restreindre au seul cas qu'il a visé. Si donc il décide pour ce cas spécial que la sanction de la fiducie se trouve dans une *cognitio extra ordinem*, c'est que en sens inverse pour les autres cas cette sanction se trouve dans l'*ordo privatorum judiciorum*; en effet, peut-on dire, celui-ci est la règle, tandis que la *cognitio extra ordinem* est l'exception; lors donc que les textes sont muets ce n'est pas elle qui peut être admise. Cette argumentation de notre texte principal nous rappelle involontairement la façon de raisonner qui était autrefois employée par une certaine doctrine à propos d'un autre texte (*Frag. Vat.*, § 99), qui jouait son rôle dans une controverse analogue dans ses éléments à celle qui nous occupe: il s'agissait de savoir si la *filiafamilias* était ou non capable de s'obliger; dans le § 99 *Frag. Vat.*, Paul répond que la *filiafamilias* ne pouvait pas s'obliger par *dotis dictio*; certains auteurs soutenaient néanmoins la capacité de la *filiafamilias*, en considérant que le § 99 *Frag. Vat.* devait être restreint à l'hypothèse qu'il prévoyait, la capacité étant la règle, l'incapacité l'exception; d'autres au contraire généralisaient la décision du § 99 *Frag. Vat.* à tous les cas où la *filiafamilias* voulait s'engager; la dernière lecture du § 104 *Com: III* de Gaius leur a donné pleinement raison; d'ailleurs d'autres textes étaient en jeu de part et d'autre (Loi 9, *Dig.*, 14, 6; *De senat. Macedon*; Loi 141, § 2, *Dig.*, 45, 1. *De verbor. obligationibus*; Loi 3, § 4, *Dig.*, 13, 6 *Commodati*; Loi 11, *Code*, 4. 26. *Quod cum eo...*;

c'est là une différence avec notre controverse qui n'est influencée d'une façon certaine que par un seul texte, celui de la *Collatio* ; mais on voit que l'argument *a contrario* tiré du § 99 des *Frag. Vat.* était sans valeur. Il en est de même à notre avis de celui que l'on veut tirer du texte de la *Collatio* ; d'ailleurs pourquoi voulait-on restreindre la décision du §. 99 *Frag. Vat.* au seul cas qu'il prévoyait ? Parce que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception ; mais, la doctrine adverse prétendait précisément que lorsqu'il s'agissait de la *filiafamilias*, l'incapacité était la règle, et la capacité l'exception ; la dernière révision du manuscrit de Vérone par M. Studemund a prouvé que là en effet était la vérité ; dans notre controverse pourquoi prétend-on restreindre la décision de la *Collatio leg. Mosaïc. et Roman.* tit. II, cap. 3, § 1, au seul cas qu'elle prévoit ? Parce que l'*ordo privatorum judiciorum* est la règle et la *cognitio extra ordinem* l'exception ; mais nous croyons précisément que lorsqu'il s'agit de l'état des personnes c'est la *cognitio extra ordinem* qui est la règle, et l'*ordo privatorum judiciorum* l'exception. L'examen des principes généraux du droit et des motifs rationnels invoqués par la doctrine adverse elle-même pour justifier notre fragment de la *Collatio*, qui à ses yeux n'est qu'une exception, va prouver que c'est de notre côté que se trouve la vérité.

4. Les exemples de cas dans lesquels la *cognitio extra ordinem* est le seul recours possible, en matière d'état des personnes, sont, à la vérité, assez rares (loi 5, Dig., 25, 3. *De agnoscendis et alendis liberis*) ; — le plus souvent l'in-

téressé agit par voie de *præjudicium*; — il est possible, comme le dit M. Accarias (1), que presque tous les *præjudicia* relatifs à l'état des personnes aient leur base originaire dans une *cognitio extra ordinem*; en tous cas il est certain que la *cognitio extra ordinem* a toujours pu être employée concurremment avec le *præjudicium*, et que dans certaines hypothèses elle était seule possible, tandis qu'en sens inverse il n'y a pas de cas dans lesquels le *præjudicium* ait été le seul recours admis à l'exclusion de la *cognitio extra ordinem*. Le texte fondamental sur ce point nous paraît être la loi 1, § 2, Dig., 6. 1. *De rei vindicatione*; il nous dit que l'état des personnes ne peut pas être réclamé par une action ordinaire, par l'action en revendication par exemple, mais au contraire, « *petuntur aut præjudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria* ». Telles sont les trois voies de recours seules admissibles. — Mais la doctrine que nous combattons ne reste même pas sur ce terrain : elle ne se borne pas à dire qu'au lieu de la *cognitio extra ordinem*, un *præjudicium* ou un interdit pourra être intenté; elle prétend que c'est une action personnelle, l'*actio fiduciæ*, qui fera l'office de la *cognitio extra ordinem*; telle est la conséquence logique à laquelle doit aboutir ce système; or, la loi 1, § 2, Dig., 6, 1, nous paraît absolue, elle n'admet qu'une légère exception dans sa partie finale, en indiquant que dans certaines circonstances, « *adjecta causa* », la *rei vindicatio* pourra être employée pourvu que la formule soit modifiée, de

1. *L. c.*, n. 28, tome 2, § 795.

telle sorte qu'elle se rapproche alors du *præjudicium* ; telle est, en dehors du *præjudicium* et de l'interdit, la seule exception à la règle suivant laquelle la *cognitio extra ordinem* est le seul recours possible quand il s'agit de l'état des personnes, règle qui a fini par devenir absolue par suite d'une décision de Marc-Aurèle qui ne faisait que donner satisfaction à une tendance de plus en plus accentuée de la pratique Romaine (Loi 4, Dig., 40, 14. *Si ingenuus esse dicetur*). Dès lors notre fragment de la *Collatio* n'est-il pas conforme aux principes lorsqu'il nous dit : « *cogendus est a prætore... sed fiduciæ judicio non tenetur* », et s'il est conforme aux principes, pourquoi donc ne doit-il pas être généralisé ? — Du reste, dans la doctrine que nous combattons, comment fonctionnerait le système de sanction ordinaire de la fiducie ? ce système est un dans son ensemble, bien qu'il se décompose en plusieurs éléments ; il suffirait que l'un d'eux seulement fût inapplicable pour que la théorie fût déjà fort suspecte ; mais si aucun de ces éléments n'est d'une application possible ici, cette théorie est irrémédiablement condamnée.

Examinons donc de plus près cette question : comment le système de sanction que la fiducie reçoit dans le droit des choses au moyen des actions *fiduciæ directa et contraria*, de la *condictio* (Loi 4, § 1, Dig. 12, 1, *De rebus creditis*) ainsi que l'a découvert M. de Savigny (1), enfin de l'*usureceptio*, peut-il fonctionner dans le droit des

1. L. c., n. 27.

personnes? Et d'abord l'*actio fiduciæ directa* est-elle admissible? le seul texte qui vise directement la question, notre fragment de la *Collatio*, repousse l'*actio fiduciæ directa*, et nous venons de voir que les principes généraux imposent la même solution pour toutes les autres applications de la fiducie dans le droit des personnes. Quant à l'*actio fiduciæ contraria*, elle a en général pour objet de réparer le préjudice subi par le fiduciaire à l'occasion de la chose qui lui a été donnée en fiducie; l'esprit ne se refuse-t-il pas à concevoir l'exercice de cette action à propos de la fiducie dans le droit des personnes lorsqu'elle tend à l'adoption, ou à l'émancipation, ou qu'elle se manifeste dans la *coemptio fiduciæ causa*? toutes ces hypothèses sont par essence exclusives de l'exercice d'une *actio fiduciæ contraria*; à la rigueur celui-ci pourrait se concevoir dans la *noxæ deditio cum fiducia*, mais précisément pour ce cas notre fragment de la *Collatio* écarte l'*ordo privatorum judiciorum*, car bien qu'il ne s'explique expressément que sur l'*actio directa*, il est certain que la solution doit être étendue à l'*actio contraria*; comment en effet pourrait-on comprendre un système dans lequel à une *actio contraria* ne correspondrait aucune *actio directa*, mais une *cognitio extra ordinem*? Ce serait là une anomalie sans exemple à l'époque classique. L'exercice d'une *condictio* est lui aussi inadmissible: le principe absolu posé par la loi 1, § 2, Dig. 6, 1, y apporte un obstacle insurmontable; le principe opposé écrit dans la loi 9, Pr. Dig., 12, 1, doit être ainsi limité à notre avis. Enfin l'*usureceptio* appliquée aux personnes est assez

difficilement concevable ; elle ne peut s'appliquer qu'aux choses : en effet, c'est une espèce d'usucapion ; or, celle-ci réside dans une possession prolongée pendant un certain délai et sous certaines conditions ; la possession est le pouvoir de fait sur un objet avec la volonté de s'en comporter comme propriétaire ; or, on ne peut pas être propriétaire d'une personne, on peut seulement avoir sur elle un certain droit de puissance, qui ne se confond pas avec le droit de propriété ; c'est la puissance patriarcale ou tutélaire ou le *mancipium*, droits qui sont insusceptibles de possession et par suite d'usucapion : à la vérité, l'exemple de l'*usus* de la femme par l'homme pendant un an suffisant à engendrer le mariage (Gaius, I, § 111) semblerait apporter un démenti à notre affirmation ; mais cette institution appartient à une époque fort reculée, alors que la barbarie primitive considérait encore la femme non comme une personne, mais comme un meuble ; elle subsistait encore à l'époque de la loi des Douze Tables, mais elle a dû disparaître de bonne heure ; à supposer même dès lors que l'*usureceptio* ait jamais pu s'appliquer aux personnes, il faut dire qu'elle a dû avoir une destinée identique à l'*usus* de la femme ; sa disparition daterait sans doute des premiers développements de la civilisation. Ainsi le système de sanction de la fiducie dans le droit des choses est entièrement inapplicable à la fiducie dans le droit des personnes ; on comprend donc que les nécessités pratiques en aient engendré un autre, consistant dans une *cognitio extra ordinem*.

5. Du reste, comment M. Bechmann (1) justifie-t-il la solution de la *Collatio leg. Mos. et Rom.*, tit. 2, cap. 3, § 1, qui à ses yeux constitue une décision exceptionnelle? S'il y a lieu, dit-il, à une *cognitio extra ordinem* en cas de *noxæ deditio cum fiducia*, c'est parce qu'alors il n'y a aucun intérêt pécuniaire en jeu, et parce qu'au contraire il s'agit de l'intérêt de la liberté. Eh bien ! ne sont-ce pas les mêmes motifs qui se retrouvent dans toutes les applications de la fiducie dans le droit des personnes : dans l'adoption, dans l'émancipation, dans la *coemptio fiduciæ causa*, y a-t-il donc un intérêt pécuniaire quelconque ? La *patria potestas* et la *manus* ne sont-elles pas au contraire de pur intérêt moral ? Il faut même aller plus loin, et dire que s'il y a, parmi les applications de la fiducie dans le droit des personnes, un cas dans lequel apparaisse un intérêt pécuniaire, c'est bien le cas de *noxæ deditio cum fiducia*, car elle a en vue de réparer un préjudice causé ; et c'est précisément pour ce cas que nous avons un texte formel venant nous dire que la sanction de la fiducie a lieu *extra ordinem* ; à plus forte raison ne doit-il pas en être de même dans toutes les autres hypothèses où la fiducie intervient dans le droit des personnes, et qui à coup sûr sont beaucoup moins empreintes du caractère pécuniaire ?

6. Ainsi les textes, les principes généraux relatifs à l'état des personnes et à la fiducie elle-même : l'identité des motifs, tout nous pousse à donner une solution contraire à celle qui a prévalu universellement jusqu'ici : la

1. *L. c.*, n. 1.

cognitio extra ordinem est la seule sanction de la fiducie dans le droit des personnes. Mais à quelle époque cette sanction de la fiducie dans le droit des personnes est-elle apparue ? A première vue on pourrait être tenté de croire qu'elle a dû précéder la sanction de la fiducie dans le droit des choses, parce que le préteur, qui bien que magistrat et administrateur, ne craignit pas de se faire législateur, ne dut pas hésiter à accorder, dès qu'il le put, sa protection aux intéressés dans tous les cas où cette protection lui semblait juste et où le droit ne donnait aucune sanction ; ensuite parce que précisément dans notre hypothèse le droit civil refusait une sanction quelconque, même l'*usureceptio* qu'il accordait dans le droit des choses, et qui si elle existait tout à fait à l'origine, a dû disparaître de très bonne heure dans le droit des personnes. Toutefois nous pensons au contraire que l'emploi de la *cognitio extra ordinem* est de date assez récente, et relève seulement de l'époque où la procédure formulaire ayant été substituée à la procédure des actions de la loi, le préteur abandonna le rôle purement passif qu'il s'était contenté de garder jusque-là : cette sanction de la fiducie dans le droit des personnes a donc été postérieure à la sanction de la fiducie dans le droit des choses ; jusque-là, l'*usureceptio* appliquée aux personnes ayant disparu sans doute de bonne heure, les mœurs seules supplèrent à ce défaut total de sanction légale.

III

EFFETS DE LA FIDUCIE DANS LE DROIT DES CHOSES.

A. — *Première période.* — 1. Le *pactum fiduciæ* à l'origine subit le sort de tous les autres *pacta nuda*. C'était un pacte adjoint à une *datio*, destiné à engendrer une obligation personnelle ; il ne pouvait pas emprunter la force obligatoire de la *datio* dont il était l'accessoire, et qui créait un droit réel : c'est la conséquence du principe de la simplicité des actes juridiques, qui a été mis en lumière par M. d'Ihering. « *Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur* », telle est la maxime générale que nous rapporte Paul (loi 6, Dig., 2, 14. *De pactis* ; Sentences, II, 14, § 1) ; elle s'appliqua au *pactum fiduciæ*. C'est la remarque que fait M. Rudorff (1) ; elle constitue du reste dans sa bouche une inconséquence de plus : car d'après cet auteur le *pactum fiduciæ* était inséré dans la formule même de la *mancipatio* ; dès lors à ce titre, il aurait dû participer de la force exécutoire de cet acte solennel. Néanmoins la solution est certaine, elle résulte sans contestation possible et du nom même de la fiducie et de l'existence de l'*usureceptio* (Gaius, II, §§ 59 et 60), sanction indirecte qu'il n'eût jamais été nécessaire d'imaginer si de tous temps avait existé une sanction directe.

1. L. c., n. 3, p. 85.

Cette solution s'explique d'ailleurs à merveille dans la théorie que nous avons adoptée et d'après laquelle le *pactum fiduciæ* était une convention placée en dehors de la *datio* et ne faisant pas corps avec elle. Mais comment cet état de choses donnait-il satisfaction aux exigences de la pratique : comment se fait-il que pendant longtemps l'on dut se contenter d'une convention basée essentiellement et exclusivement sur la loyauté réciproque, et dépourvue de sanction directe ?

2. Cette question se confond avec celle de savoir comment dans les temps primitifs la bonne foi a été respectée. Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître qu'à ces époques reculées, si le simple accord des volontés ne jouissait d'aucune sanction légale, c'est qu'il pouvait s'en passer : la convention était respectée en fait, dès lors le droit n'avait pas à intervenir. Mais il ne suffit pas de constater un fait, il faut en outre en trouver la raison intime, quelle est-elle donc ? M. Geny (1) la trouve dans la crainte religieuse des peuples qui sont encore dans l'enfance : la Fides était une divinité qui avait à Rome plusieurs temples (Festus, v° Romam ; et Plutarque, Numa, 16), c'est elle qui présidait à toutes les conventions dont l'exécution était abandonnée à la confiance que les parties avaient l'une pour l'autre ; c'est de la sorte qu'on peut s'expliquer ces paroles d'Aulu-Gelle (Nuits Attiques, XX, 1, 39) : « *Populus Romanus omnium virtutum maxime atque præcipue fidem coluit, sanctamque habuit*

1. L. c., n. 2, pp. 16 et 17.

tam privatim quam publice ». Cette opinion s'inspire de celle de MM. Pernice et Danz (1) : M. Pernice semble admettre qu'il y avait dans la fiducie un serment dont la violation était une atteinte portée à la déesse Fides (Cicéron, *De officiis*, III, 104 ; et Isidore de Séville, *Orig.*, V, 24). C'est ainsi d'après lui que peut s'expliquer l'exemple bien connu, que nous rapporte Cicéron (*De domo*, 66 ; *Pro Balbo*, 10 ; *De officiis*, III, 111), de *Regulus* retournant à Carthage pour observer la foi donnée ; M. Pernice admet en outre une opinion de M. Danz qui a trouvé de nombreux adhérents et d'après laquelle la *sponsio* elle-même aurait été inspirée par la crainte religieuse de la déesse Fides (Festus, v° *Spondere*). Ainsi si la fiducie pendant longtemps put se passer d'une sanction légale, c'est qu'elle trouvait une sanction religieuse ; c'est seulement quand le culte de la religion se fut affaibli que la loi dut intervenir pour la remplacer.

Cette opinion nous paraît tout à fait inadmissible : elle ne pourrait avoir quelque vraisemblance que si la fiducie reposait sur un serment ; c'est ce qu'a fort bien vu M. Pernice, aussi va-t-il jusqu'à soutenir qu'il en a été ainsi ; mais en réalité nulle part les textes ne nous présentent la fiducie avec ce caractère ; à notre avis il faut chercher sa base autre part que dans la religion. Celle-ci à la vérité a dû exercer une grande influence sur les mœurs du peuple romain : ce qui en fait foi, ce sont les textes d'Aulu-Gelle et Cicéron, et notamment l'exemple

1. *L. c.*, n. 4 et 5.

de Régulus qui nous est rapporté par ce dernier ; mais c'est uniquement à cela que se réduit la part de vérité qui se trouve contenue dans la doctrine que nous combattons ; de même la manière de voir que cette doctrine professe à l'égard de la *sponsio* nous semble constituer une exagération outrée ; s'il était vrai que le respect de la *sponsio* ait reposé exclusivement sur la crainte des dieux, comment pourrait-on comprendre d'une part que cet acte juridique ait toujours été si rigoureusement limité dans sa forme, et d'autre part qu'il ait constamment repoussé l'idée de bonne foi dans ses effets ; ne faut-il pas plutôt attribuer ces résultats tout simplement à la grossièreté intellectuelle des premiers âges ? C'est aussi dans les mœurs antiques, et non dans la religion, que réside à notre sens la base de la fiducie ; du reste l'explication que nous allons donner n'est pas nouvelle ; elle est tout entière empruntée à M. d'Ihering (1). Dans les sociétés naissantes, l'individu ne compte pas, le groupe s'absorbe tout, c'est le règne de la vie collective ; le simple bon sens conduit d'abord à une remarque facile : c'est que dans une famille patriarcale le délit, et même l'infraction à la foi promise, sont plus difficiles à commettre par un membre de cette famille que dans un Etat organisé par un individu isolé de tout groupe ; car plus les liens de la collectivité sont resserrés, plus la surveillance du chef sur chacun de ceux qui la composent est active et facile à exercer ; en outre à toutes les époques, si reculées que

1. *L. c.*, n. 6, tome 1, p. 121 à 125.

l'esprit puisse les concevoir, l'homme a été un être doué d'une conscience lui permettant de distinguer le bien du mal ; le droit a toujours existé, il n'a fait que se transformer sous l'influence du changement des mœurs : tout à fait à l'origine il s'est confondu avec la force légitime, c'est-à-dire avec la force que la coutume, cette conscience de la nation, consacrait comme juste ; la violation de la convention conclue blessait le sentiment du droit, elle réclamait un châtiment de la justice privée ; et comme le sentiment du juste était profondément enraciné dans la conscience de chacun, sa violation devait entraîner une répression énergique ; c'est la crainte de celle-ci et non la crainte des dieux qui était tout à fait efficace pour contraindre au respect de la convention. Il faut lire à ce propos les belles pages de M. d'Ihering : « le sentiment du droit, dit-il, a par lui seul l'instinct de se réaliser ; une violation de ce sentiment n'atteignit-elle même immédiatement qu'un individu isolé, réveille cet instinct non seulement chez cet individu, mais chez tous les autres ;... lorsqu'on se trouvait en présence d'un droit complètement indubitable, on devait s'attendre à l'assaut de toutes les forces unies pour en poursuivre le redressement, non seulement des forces de l'intéressé, mais de celles de ses parents et de ses amis, tandis qu'on ne pouvait soi-même aucunement compter sur un pareil secours en cette occurrence. » Voilà pourquoi pendant longtemps l'intervention de la loi fut inutile ; ce n'est que lorsque l'individu s'étant peu à peu détaché du groupe familial pour se placer sous la protection de l'Etat, collectivité moins étroite, qu'il lui

fut facile de tromper la confiance de son semblable, et qu'alors la sanction de droit parut indispensable. Telle est l'explication qui nous semble seule vraisemblable : la sanction première de la fiducie réside dans les mœurs, non dans la religion ; celle-ci n'a dû avoir pour rôle que de former celle-là, de même qu'elle a exercé une influence incontestable sur le droit lui-même ; c'est de la sorte que l'on peut s'expliquer les expressions « *fidem suam obligare, ... fidem sequi* » dont se servent certains textes (loi 27, § 2, Dig., 16, 1, *Ad senat. Velleianum* ; loi 1, § 1, Dig., 12. 1. *De rebus creditis*) pour désigner des actes du droit strict ; les auteurs dont nous repoussons la théorie, invoquent ces textes, en exagérant leur portée. Ainsi se trouve développée l'affirmation que nous avons déjà émise, à savoir que la grossièreté intellectuelle n'a pas nécessairement pour corollaire la grossièreté morale d'un peuple. Les violations de la foi donnée furent donc très rares dans cette première période ; c'est pour cette raison que pendant longtemps l'*usureceptio* parut une sanction suffisante.

3. L'*usureceptio ex fiducia* (Gaïus, II, § 59 et 60) peut se définir une usucapion favorable au profit du *fiduciæ dans* contre le fiduciaire qui s'est refusé à exécuter le *pactum fiduciæ*. Celui qui a donné son bien en fiducie a cessé d'en être propriétaire ; la restitution dépend du bon vouloir du fiduciaire qui, lui, a été rendu propriétaire par la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* ; s'il s'y refuse, le *fiduciæ dans* ne pourra pas l'y contraindre ; il pourra seulement usucaper à des conditions avantageuses le bien qui appartient à autrui ; c'est la remarque de

Gaius, II, § 59 : «... *sciens quisque rem alienam usucapit* ». Quelle est l'origine de l'*usureceptio* : quelles sont les règles qui la régissent ; comment est-il possible d'expliquer celles de ces règles qui sont favorables, en comparaison du droit commun ? Telles sont les questions que comprend l'examen de l'*usureceptio*.

α. Quelle origine convient-il de lui assigner ? Gaius à côté de l'*usureceptio ex fiducia* nous parle brièvement de l'*usureceptio ex prædiatura* (II, § 61) : celle-ci se produisait en cas de *prædiorum subsignatio* ; qu'était cette dernière ? C'était une sûreté que l'État exigeait de ses débiteurs ; voilà tout ce que nous pouvons savoir grâce à la *lex municipalis Malacitana*, ch. 64 et 65 (Bruns, *Fontes juris*, 5^e édit., pages 146 et 147) ; mais quel était ce genre de sûreté, à quel but tendait-elle ? Question éminemment obscure et qui divise les interprètes : pour les uns, comme MM. Huschke et Mommsen (1), la *prædiorum subsignatio* avait pour objet d'établir que les débiteurs de l'État étaient solvables ; pour les autres, comme M. Jourdan (2), c'était l'affectation de biens à la sûreté de la créance de l'État, comme le fut plus tard l'hypothèque. Comment se réalisait cette *prædiorum subsignatio* ? Voilà encore une question à peu près indéchiffrable : d'après MM. Hugo et Walter (3), la *prædiatura* aurait résulté d'une mancipation fiduciaire ; dès lors l'origine de l'*usureceptio ex fiducia* se trouverait tout naturellement

1. *L. c.*, n. 7 et 8.

2. *L. c.*, n. 9, p. 57 et 58.

3. *L. c.*, n. 10 et 11.

dans l'*usureceptio ex prædiatura* ; mais il semble que la conjecture de MM. Hugo et Walter doive être repoussée par l'examen des textes ; en effet, tandis que celui qui a mancipé son bien fiduciairement cesse d'en être propriétaire (Gaius, II, § 59), les textes qualifient de *dominus* celui qui a fait la *prædiorum subsignatio* (Gaius, II, § 61). Il est néanmoins permis à notre avis de croire que l'*usureceptio ex fiducia* a eu pour origine l'*usureceptio ex prædiatura* : tout d'abord le nom même paraît l'indiquer très fortement ; en outre et surtout les règles qui régissent ces deux sortes d'*usureceptio* sont presque identiques ; d'ailleurs la remarque que nous avons faite après M. Geny (1), et d'après laquelle Gaius (II, § 61) désigne par *dominus* celui qui a fait la *prædiorum subsignatio*, n'est pas absolument concluante contre l'opinion qui voit dans cette institution une mancipation fiduciaire ; en effet, quelques lignes plus haut Gaius (II, § 59) dit : « *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit.* » Le jurisconsulte romain dans tout ce passage s'occupe de trois usucapions favorables très anciennes, l'*usucapio pro herede* et les deux sortes d'*usureceptio* dont nous parlons.

C'est à propos de l'*usucapio pro herede* qu'il commence par dire (II, § 527 : « *rursus ex contrario accidit ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat* » ; puis au § 59 il nous dit qu'il y a encore d'autres cas où il en est de même, c'est-à-dire où l'on peut usucaper, sans bonne

1. L. c., n. 2 p. 102.

foi la chose d'autrui, ces autres cas « *ex aliis causis* », c'est d'une part l'*usureceptio ex fiducia*, développée aux §§ 59 et 60, et d'autre part l'*usureceptio ex prædiatura* développée au § 61 ; ainsi Gaius aurait lui-même indiqué comme ayant cessé d'être propriétaire celui qui a fait la *prædiorum subsignatio* dans son § 59, tandis que dans son § 61 il l'aurait appelé *dominus* ; le jurisconsulte se serait ainsi contredit de la façon la plus manifeste ; cela est-il donc admissible ? Pour nous c'est le § 59 qui doit prévaloir au point de vue purement juridique, dès lors on comprendrait que la *prædiorum subsignatio* ait pu avoir lieu par mancipation fiduciaire, et que les deux sortes d'*usureceptio* dérivent l'une de l'autre ; quant à l'expression *dominus* qui se trouve dans le § 64, elle peut s'expliquer même dans notre opinion : Gaius a dû ici se laisser guider par le sentiment populaire plutôt que par l'inspiration juridique ; si en droit celui qui a mancipé son bien fiduciairement a cessé d'en être propriétaire, en fait la conscience du peuple le considère presque comme n'ayant jamais cessé de l'être lorsque le fiduciaire se refuse à exécuter le *pactum fiduciæ*. C'est même cette remarque, nous l'allons voir, qui peut servir à expliquer l'existence des règles favorables de l'*usureceptio* ; d'ailleurs en droit si celui qui a fait la *prædiorum subsignatio* est resté *dominus*, comment comprendrait-on qu'il jouisse de l'*usureceptio* ? à coup sûr il n'en aurait aucun besoin, car on n'usucap pas sa propre chose. Pour toutes ces raisons nous pensons que l'*usureceptio ex fiducia* a une racine très ancienne dans l'*usureceptio ex prædiatura*.

β. Quelles sont les règles qui régissent l'*usureceptio ex fiducia* ? Et d'abord à partir de quel moment le *fiduciæ* dans peut-il recouvrer son bien par *usureceptio* ; dans quels cas celle-ci est-elle possible ? Gaius répond à la question par des distinctions (II, § 60) : s'agit-il de la *fiducia cum amico*, l'*usureceptio* peut procéder dans tous les cas et à toute époque « *si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio* » ; s'agit-il de la *fiducia cum creditore*, le principe est que l'*usureceptio* peut procéder dans tous les cas dès que la dette a été payée, mais seulement à partir de ce moment, « *si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit* » ; pourtant que décider pour l'époque antérieure au paiement de la dette ? L'*usureceptio* ne sera alors possible que si le *fiduciæ* dans n'a pas reçu du fiduciaire le bien qu'il lui a transféré en propriété *cum fiducia*, à titre de *locatio* ou de *precarium* ; que si au contraire une *locatio* ou un *precarium* est intervenu, l'*usureceptio* sera rendue impossible ; en effet, l'*usureceptio* est une *usucapio* ; or, celle-ci exige la possession, et, celui qui a une chose en qualité de locataire ou de précariste ne possède pas, il a seulement la détention ; dès lors c'est parce que l'*usureceptio* manque d'un élément essentiel qu'elle ne peut pas alors procéder, « *nondum vero soluta ita demum competit si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit ut eam rem possidere liceret ; quo casu lucrativa usucapio competit* ». Ce dernier point sera développé dans l'étude ultérieure de la *fiducia cum creditore*. Il se résume dans cette maxime « *Nemo ipse sibi causam posses-*

sionis mutare potest (Loi 33, § 1, Dig., 41,3. *De usurpart. et usucapion*).

Ainsi l'*usureceptio* pourra procéder à tous les cas et à toute époque, même avant le paiement de la dette, à moins qu'une *locatio* ou un *precarium* ait été concédé. Quelles sont les faveurs dont jouit l'*usureceptio*? Elles résultent du rapprochement entre les § 42 à 44 d'une part et le § 59 du Commentaire II de Gaius d'autre part : l'*usucapio* ordinaire exige pour son accomplissement la *justa causa* et la *bona fides* ; l'*usureceptio* est dispensée de ces deux conditions de validité, le débiteur pourra *usurecipere* bien qu'aucun acte juridique impliquant chez les parties la volonté d'acquérir et de transférer la propriété ne soit intervenu, et bien qu'il sache que le bien est la propriété d'autrui, *sciens quisque rem alienam usucapit* ; dans ces conditions celui qui voudrait profiter de l'*usucapio* ordinaire, outre qu'il lui serait impossible d'atteindre ce résultat, commettrait le délit de *furtum* ; au contraire le *fiduciæ dans* qui se proposera d'*usurecipere* sans *justa causa* et sans *bona fides* atteindra son but, sans commettre aucun *furtum* (Gaius, III, § 200 et 201). Enfin, tandis que l'*usucapio* du droit commun ne s'accomplit que par une possession prolongée pendant un an s'il s'agit d'un meuble, pendant deux ans s'il s'agit d'un immeuble ; l'*usureceptio* n'a jamais besoin que d'un délai d'un an, alors même qu'il s'agit d'un immeuble, « *si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etiam soli si sit* ».

1. L. c., n. 7.

γ Comment expliquer toutes ces faveurs qui entouraient l'*usureceptio*? M. Huschke (1) a émis à ce propos une conjecture bizarre, qui n'a trouvé d'autre adhérent que son auteur lui-même : d'après lui l'aliénateur fiduciaire transférait une partie de sa *familia* qui tout à fait à l'origine devait être inaliénable, elle devait être ainsi dans une sorte de captivité dont l'*usureceptio* avait précisément pour objet de la faire sortir. D'après MM. Stintzing et Scheurl (2), celui qui aliène son bien *fiduciæ causa* ne transfère que le *nudum jus Quiritium*, il conserve l'*in bonis*, et se trouve dès lors *in causa usucapiendi* (Gaius, II, § 41); mais cette théorie est tout d'abord impuissante à expliquer les règles favorables de l'*usureceptio*, tout au plus serait-elle capable de rendre compte de l'existence d'une *usucapio* soumise aux règles du droit commun, si elle était exacte, en outre elle repose sur une erreur certaine : celui qui aliène son bien *fiduciæ causa*, l'aliène entièrement, et la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* rend le fiduciaire *dominus ex jure Quiritium*; les textes en effet sont tout à fait formels, Gaius qualifie l'objet dont la propriété est transférée *cum fiducia de res aliena* (Gaius, II, § 59 et 220; et III, § 201). C'est la théorie qui a été soutenue par M. Dernburg (3), et par M. Jourdan (4), qui nous semble seule admissible : en droit la chose a cessé d'appartenir au *fiduciæ dans*, mais à côté et à l'encontre de la rigueur

1. L. c., n. 7.

2. L. c., n. 12 et 13.

3. L. c., n. 74.

4. L. c., n. 9, p. 50.

du droit il y a la conscience publique, l'instinct pratique comme dit M. Jourdan, qui lui est favorable : sans doute cet instinct pratique ne peut pas heurter de front la vérité juridique en reconnaissant que la propriété est restée sur la tête du *fiduciæ dans*, mais il se manifeste en lui permettant de recouvrer cette propriété à des conditions faciles. Telle est la théorie qui rend le mieux compte des règles favorables de l'*usureceptio*, toutefois il convient d'examiner celles-ci de plus près. L'*usureceptio* n'exige pas de *justa causa* : mais cette absence de titre n'est qu'apparente ; sans doute on ne pourra pas dire que le *fiduciæ dans* possède *Pro emptore*, *Pro dato*, *Pro dote*, etc., puisqu'aucune *justa causa* n'est intervenue, mais en réalité l'*usurecipiens* a l'*animus domini*, il possède *Pro suo* (Dig., 41. 10, *Pro suo*).

L'*usureceptio* ne réclame pas non plus la *bona fides* : peut-être faut-il voir là une preuve de plus pour admettre qu'elle remonte à une haute antiquité ; car à l'origine l'*usucapio* (1) ordinaire n'exigeait probablement pas non plus cette condition.

L'*usureceptio* s'accomplit toujours par un an, alors même qu'elle s'applique à une *res soli* : c'est la conséquence d'une interprétation littérale donnée par la jurisprudence Romaine aux termes de la loi des XII Tables, celle-ci disait d'une manière générale que les *res soli* s'usucapent par

1. Ihering, *l. c.*, n. 6, t. 3, p. 121 à 123 ; et M. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris, 1886 ; sur l'histoire de l'*usucapion*, p. 171 et suiv.

deux ans, et les *cælerae res* par un an (Gaius, II, § 54) ; c'est ainsi que l'*usucapio pro herede* s'accomplit par un an, parce que l'*hereditas* était une *cælera res*, le même raisonnement fut admis à propos de la *res fiduciaria* ; telle est l'explication que donnent presque tous les auteurs et notamment M. Dernburg.

B. *Seconde période.* — 1. La période que nous venons de quitter était celle où la fiducie manquait de sanction légale ; celle que nous abordons est la période de création d'une sanction légale ; mais elle comporte elle-même plusieurs phases dans son développement. La première phase consista dans la reconnaissance d'une obligation délictuelle à la charge du fiduciaire ; dans la seconde, cette obligation passa dans le droit prétorien en commençant à revêtir le caractère contractuel bien qu'en restant encore fortement empreinte de son caractère originaire ; enfin dans une dernière phase l'obligation dépouillant à peu près entièrement le caractère délictuel passa dans le droit civil dans lequel elle se trouvait déjà depuis quelque temps sous une autre forme, contractuelle mais unilatérale, pour devenir contractuelle et synallagmatique. Telle est l'évolution historique qu'il convient d'examiner d'abord pour établir son existence, ensuite pour envisager les motifs naturels et sociaux qui l'ont amené à se produire ; dans l'une comme dans l'autre des deux branches de cette étude, nous allons rencontrer tantôt des points fort discutés par de nombreux auteurs, tantôt des points presque complètement inexplorés. Ces discussions une fois tranchées et ces lacunes une fois comblées, nous quitterons ce terrain qui

est plutôt historique que juridique, pour entrer sur un terrain qui présente au contraire un intérêt plus juridique qu'historique : l'étude de la formule de l'*actio fiduciæ* d'une part, l'étude de ses effets d'autre part.

z. La première sanction légale du *pactum fiduciæ* consista dans une obligation délictuelle à la charge du fiduciaire qui se refusait au respect de la convention. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point ; et pourtant il n'y a relativement à la fiducie aucun texte formel ; mais on rapproche notre institution de plusieurs autres pour lesquelles le fait est absolument certain ; MM. d'Ihering, Ubbelohde, Girard, Demelius et Rudorff (1), ont montré que le rapport délictuel avait précédé le rapport contractuel à propos de l'*actio de rationibus distrahendis*, de l'*actio auctoritatis*, et de l'*actio depositi in duplum* dont nous parle la loi des douze Tables (Paul, II, 12, § 11 ; *Collatio legum. Mos. et Rom.*, X, 7, § 11) ; c'est uniquement sur cette dernière que nous allons raisonner, parce qu'à notre avis c'est avec le dépôt que le rapprochement de la fiducie est tout à fait frappant ; nous aurons à constater cette vérité au fur et à mesure de toute notre étude de la fiducie. Les textes cités mentionnent une *actio depositi in duplum* dès l'époque de la loi des Douze Tables ; faut-il donc croire que l'*actio depositi* existait dès cette époque ? MM. Voigt (2) et Puchta (3) l'ont soutenu ; d'après ces

1. *L. c.*, n. 15, 22, 29, 31, et 3, p. 60 et 61.

2. *L. c.*, n. 16.

3. *L. c.*, n. 30.

auteurs cette *actio depositi in duplum* aurait résulté précisément d'une *mancipatio cum fiducia* ; ils partagent en effet l'opinion d'après laquelle la fiducie faisant corps avec la *datio* solennelle aurait été sanctionnée en vertu du principe « *Cum nexum mancipiumve faciet, uti lingua nuncupasset, ita ejus esto* » ; c'est de la même façon que ces auteurs expliquent la condamnation au double de l'*actio auctoritatis* ; sur ce dernier point, M. Girard, après M. d'Ihering (1) a démontré que la base de l'*actio auctoritatis* était un délit ; nous avons reconnu en outre la fausseté de la théorie qui voit dans la loi des Douze Tables la sanction de la fiducie et qui fait de celle-ci un pacte inséré dans la formule de la *datio* solennelle. Mais il y a une autre preuve, directe celle-là, que l'*actio depositi* est très postérieure à l'*actio fiduciæ* elle-même : la table d'Héraclée qui rapporte la *lex Julia municipalis*, an 709 de Rome, ne mentionne pas encore l'*actio depositi* parmi les actions de bonne foi infamantes (*Bruns, Fontes juris Romani*, 5^e édit., lignes 112 et 113, page 107), et Cicéron n'en parle pas non plus (*De natura deorum*, III, 30, 74 ; *pro Roscio com.*, c. 6, 16 ; et *pro Cæcina*, c. 3, 7) ; l'*actio depositi in duplum* dont nous parle Paul n'est donc autre que l'*actio furti* qui est *pœnalis*. Des vestiges du caractère délictuel de l'*actio depositi* ont subsisté dans les textes, même après que cette action eût cessé de se confondre avec l'*actio furti* ; elle est rapprochée de l'*actio injuriarum* (Loi 9, Dig., 44, 7, *De oblig. et actionibus*) ; les jurisconsultes classiques emploient à son

1. L. c., n. 3, tome 4, p. 138.

égard les expressions « *de fide rupta agitur* », et « *crimen perfidiæ* » (loi 5, Pr. Dig., 16, 3, *Depositi*, et loi 1, § 4, Dig., 16, 3, *Depositi*). C'est ce *crimen perfidiæ* qui a dû sanctionner le dépôt à une certaine époque, et aussi toutes les opérations qui plus tard ont engendré une obligation contractuelle de bonne foi; en effet, comme l'a dit M. d'Ihering (1) le *crimen perfidiæ* consiste dans le fait d'avoir grossièrement déçu une confiance toute particulière.

Cicéron nous dit (*Pro Roscio com.*, c. 6, 16): « *si qua enim sunt privata judicia summæ existimationis et pœne dicam capitis sunt; tria sunt hæc: fiduciæ, tutelæ, societatis. Æque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quæ continet vitam....* »; et il qualifie le *crimen perfidiæ* « *delictum... judicium turpe* » (*Pro Cæcina*, c. 3, § 7). Voilà des vestiges certains de l'époque où la *fiducia* n'engendrait qu'un rapport délictuel, sanctionné par le *crimen perfidiæ*. Comment maintenant s'expliquer que la *fiducia* qui, tout à fait à l'origine, était abandonnée à la seule loyauté des particuliers ait par la suite fait l'objet d'une réglementation énergique de la part du législateur? Lorsque l'Etat se fut substitué au groupe familial, l'individu acquit plus d'indépendance et plus de liberté, il en abusa, c'est le sort des meilleures choses d'ici-bas de pouvoir devenir les maux les plus grands par suite de l'abus qu'en font les hommes; c'est dès lors un devoir pour l'Etat qui représente la société, non pas de supprimer les institutions qui envisagées en elles-mêmes constituent

1. L. c., n. 15.

peut-être des biens incomparables, mais de réprimer le mauvais usage auquel elles donnent lieu, et de forcer les particuliers à accomplir ce qu'ils refusent de faire spontanément et de leur plein gré ; ce fut ici le cas : quand l'individu se sentit exonéré du contrôle sévère et incessant du petit groupe auquel il était autrefois soumis, il se crut assez maître de lui-même pour pouvoir impunément tromper la confiance de celui qui avait placé sa foi en lui ; c'est alors, que l'intervention de la loi parut indispensable pour édicter la répression, et celle-ci fut d'autant plus énergique qu'un plus long espace de temps s'était écoulé pendant lequel aucune sanction n'avait été nécessaire parce qu'on n'avait eu à constater que de très rares infractions à la foi donnée. Il ne faut voir là du reste qu'un effet habituel d'une loi naturelle qui est d'une application générale : la loi des réactions, qui ne marche jamais à pas lents et par étapes successives, mais qui va toujours au contraire par sauts bondissants et exagérés.

β. De purement délictuelle qu'elle était, la sanction se transforma pour devenir contractuelle, bien qu'en restant encore mélangée de son caractère primitif. Le *crimen perfidice* qui avait été d'abord imaginé ne fut très vraisemblablement qu'une action spéciale de dol, inventée bien avant l'*actio doli* elle-même ; mais plus tard le préteur tint compte de la convention des parties : le *crimen perfidice* ne pouvait pas être intenté contre les héritiers du fiduciaire qui avait violé la convention ; le préteur ac-

1. L. c., n. 32.

corda au *fiduciæ* dans une *actio fiduciæ in factum* en vue de recouvrer son bien ; cette *actio in factum* était donc *rei persécutoire*, c'était un progrès ; mais elle continua sans doute à être pénale et probablement elle fut annale et entraîna une condamnation au double, tout au moins à l'époque de son apparition. Sur quelles bases pouvons-nous appuyer ces affirmations ? Il y a depuis longtemps un fait reconnu, et qui a été mis en lumière par M. Desjardins (1) en ce qui concerne le *commodat* et le dépôt : c'est que le droit prétorien a frayé la voie au droit civil ; c'est ce qui résulte de ce fait qu'encore à l'époque classique le commodant et le déposant pouvaient choisir entre une formule d'action *in factum* et une formule d'action *in jus* (Gaius, IV, § 47) ; n'est-il pas impossible d'expliquer logiquement la coexistence de ces deux actions, l'une prétorienne, l'autre civile ? Le simple bon sens ne condamne-t-il pas l'opinion d'après laquelle cette coexistence s'expliquerait par ce fait que le préteur en créant l'*actio depositi in factum* aurait eu l'intention de permettre, au *filiusfamilias* d'intenter lui-même l'action ? Si cette explication était exacte, pourquoi donc le choix entre la *formula in factum* et la *formula in jus* se restreindrait-il aux actions *depositi et commodati* ? Le préteur aurait dû laisser la même possibilité d'option entre deux formules pour toutes les actions, quelles qu'elles fussent ; or, il n'en est rien et le paragraphe 47 du Commentaire IV de Gaius semble constater un phénomène à peu près isolé

1. L. c., n. 32.

dans l'histoire générale du droit romain (1) ; dès lors, la difficulté ne peut être résolue qu'historiquement : c'est que l'*actio depositi* avant d'avoir été reconnue par le droit civil dans une *formula in jus* a été sanctionnée par le droit prétorien dans une *formula in factum*.

Voilà qui est certain. Toutefois est-il bien vrai, comme nous venons de le dire, que le phénomène qui s'est certainement produit à propos des actions *depositi et commodati* soit absolument isolé dans l'histoire générale du droit romain ? Le préteur à notre avis n'en était pas à son premier essai lorsqu'il créa l'*actio depositi in factum* ; c'est de la même façon qu'il avait déjà dû procéder à propos de l'*actio fiduciæ*, et cela probablement pour le cas où la *mancipatio cum fiducia* avait pour fonction économique un dépôt. Développons les deux propositions qui se trouvent contenues dans notre affirmation.

Qu'une *actio fiduciæ in factum* ait précédé l'*actio fiduciæ in jus*, c'est ce qui résulte notamment de textes classiques insérés au Digeste (loi 24, § 1, Dig., 13, 7 ; loi 12, Dig., 46, 2. *De novation.* loi 32, Dig., 46, 3. *De solut. et liberation.* ; loi 40, Dig., 12, 2, *jurejurando* ; loi 10, Dig., 18, 2. *De in diem addict.*), grâce auxquels M. Lenel (2) a pu reconstituer d'une façon indiscutable la *formula in factum* ; il y a même plus, et il faut dire qu'encore à l'é-

1. Sans doute le *filiusfamilias* a pu exercer les actions *in factum*, mais les textes ne prouvent pas du tout qu'il ait pu les exercer toutes en son propre nom. Cf. à ce sujet, loi 18, § 1, Dig., 5. 1. *De jud.*, loi 19, Dig., 16, 3. *Depos.*, loi 9, Dig., 44, 7. *De oblig. et act.*, loi 13, Dig., 44, 7. *De oblig. et act.*

2. *L. c.*, n. 17 et 18.

poque classique le *fiduciæ dans* pouvait choisir entre une *formula in factum* et une *formula in jus* : sans quoi, comment pourrait-on comprendre que des jurisconsultes comme Julien et Ulpien, qui écrivaient à un siècle d'intervalle, se soient préoccupés d'une formule d'action qui depuis longtemps aurait disparu ?

Que ce soit précisément pour le cas où la *mancipatio cum fiducia* avait pour fonction économique la réalisation d'un dépôt, que le préteur ait créé l'*actio fiduciæ in factum*, c'est que, comme l'a démontré M. Lenel, cette formule, ainsi que la *formula in jus* elle-même, était placée dans l'édit à la suite de la formule de l'*actio depositi* : l'opinion est rendue à peu près incontestable par la constatation de ce fait que les commentateurs de l'édit suivent le même ordre d'exposition (Ulpien, 30 *ad Edict.*, Paul, 31 *ad Edict.* ; Julien, 13 *Digestor.* ; et surtout Paul, Sentences, II, 12, 13) ; ainsi l'*actio depositi* avait suivi une marche historique postérieure, mais exactement identique à l'*actio fiduciæ*, et l'une avait pendant longtemps servi à exécuter les mêmes opérations que l'autre fut plus tard appelée à réaliser ; enfin sur un très grand nombre de points, comme nous aurons à le constater de plus en plus, l'*actio depositi* présentait des ressemblances saillantes avec l'*actio fiduciæ*, de telle sorte que les jurisconsultes romains avaient à les rapprocher souvent l'une de l'autre pour les comparer.

Cette théorie d'après laquelle une *actio fiduciæ in factum* a précédé l'*actio fiduciæ in jus*, et qui n'est autre, sinon dans tous ses détails, du moins dans son ensemble,

que la théorie de M. Lenel a été appréciée diversement par deux auteurs, qui depuis ont, eux aussi, étudié la fiducie, M. Eck (1) et M. Geib (2). Le premier de ces auteurs adopte sans modification et sans réserve la théorie de M. Lenel (3), mais M. Geib la combat fortement, quoiqu'à notre avis ses efforts soient vains : il reconnaît bien, lui aussi, l'existence d'une *actio fiduciæ in factum*, tant sont solides les bases sur lesquelles s'est appuyé M. Lenel ; mais il prétend que c'est l'*actio fiduciæ in jus* qui a été la première imaginée ; comment et pourquoi donc, dans son système, la formule *in factum* aurait-elle pris naissance ? Elle aurait été créée pour le cas où le droit civil n'accordait aucune action parce que la *mancipatio fiduciæ causa* était irrégulière ; l'*actio in factum* aurait donc remplacé l'*actio in jus* dans les cas où celle-ci ne pouvait pas compéter à l'intéressé, par suite de la nullité de la mancipation qui résultait par exemple de son emploi par des pérégrins et relativement à des fonds provinciaux ; tandis que le juge de l'*actio in jus* aurait eu uniquement à se demander s'il y avait eu *mancipatio* ou *in jure cessio fiduciæ causa*, celui de l'*actio in factum* aurait pu se poser la question plus large de savoir si l'avantage de l'opération fiduciaire (Fiduciageschaft) avait été procuré au fiduciaire d'une façon quelconque, par *mancipatio*, *in jure cessio*, ou par toute autre voie ; un élément réel se serait ainsi dégagé de l'opération ; c'est cet

1. L. c., n. 19.

2. L. c., n. 20.

3. Il en est de même de M. Pernice (L. c., n. 39).

élément et lui seul que le juge de l'*actio in factum* aurait eu à prendre en considération. Quels sont les motifs allégués à l'appui de ce système pour prouver la préexistence de l'*actio in jus*. M. Geib invoque son âge reculé, ses caractères de perpétuité et de bonne foi qui nous sont signalés par Cicéron (*Pro Roscio com.*, c. 6, § 16), l'existence simultanée d'une *actio contraria*, la désignation de la *fiducia* comme *contractus*. Toutes ces raisons, à supposer qu'elles soient exemptes de tout reproche, ne sont capables de prouver qu'un point ; c'est que l'*actio fiduciæ in jus* existait à l'époque de Cicéron ; M. Geib parvient ainsi, sans grande peine il est vrai, à détruire l'erreur de M. Sohm (1) qui ne parle que d'une *formula in factum* ; mais il ne démontre aucunement que la *formula in jus* soit antérieure à la *formula in factum*. D'ailleurs les bases mêmes de son système constituent des erreurs capitales à nos yeux : nulle part, les textes ne désignent la *fiducia* comme étant un *contractus* ; et, en effet, elle est de sa nature un pacte ; en outre, ce pacte n'est valable que s'il est adjoint à une *datio* solennelle valable elle-même ; enfin l'opération fiduciaire n'a jamais été une opération du *jus gentium* ; ce sont des points que nous avons déjà établis et sur lesquels il est inutile de revenir ici ; il suffit de les rappeler pour conclure à la condamnation de la doctrine de M. Geib. Ainsi l'*actio fiduciæ in factum* naquit la première : elle tendait non plus seulement à une peine comme le *crimen perfidiæ*,

1. *L. c.*, n. 33.

mais au recouvrement du bien par le *fiduciæ dans*, et comme telle elle constituait déjà un progrès. Mais par suite de la condamnation au double, que sans doute elle entraînait, et de son caractère d'annalité qu'elle présentait probablement, elle était encore rigoureuse ; enfin elle n'engendrait d'obligation que d'un seul côté ; pour ces différents motifs elle appelait à sa suite un système de sanction plus complet et plus conforme à l'intention des parties.

γ. — Il consista dans l'introduction de l'*actio fiduciæ in jus*. De prétorienne qu'elle était d'abord, l'*actio fiduciæ* devint une action civile. Ce qui le prouve d'une façon incontestable, c'est que les textes la désignent comme étant une action de bonne foi ; car une action ne saurait être telle que si elle réunit les trois caractères d'action civile, *in personam, in jus*. C'est en outre que le caractère contractuel s'accuse de plus en plus fortement, au point de devenir pour ainsi dire synallagmatique ; car à l'*actio fiduciæ directa* correspond une *actio fiduciæ contraria* qui a toujours été civile sous la forme d'une *formula in jus*. Ainsi des droits et des devoirs réciproques naissent de la fiducie. Avant de rechercher comment ces phénomènes ont pu se produire historiquement, il convient d'établir leur existence par des textes, en partant des plus récents pour remonter aux plus anciens. — Au dernier siècle de l'âge classique, c'est-à-dire au III^e siècle après J.-C., Ulpien et Paul (Lois 22, 24, 25, Dig., 13. 7. *De pign. actione* : — Sentences, II, 13, § 7) nous parlent des effets des actions de fiducie *directa* et *contraria*, effets conformes à ceux des

autres actions *bonæ fidei*. Au II^e siècle après Jésus-Christ, l'*actio fiduciæ in jus* coexiste à côté de l'*actio fiduciæ in factum*, car tandis que Julien (loi 32, Dig. 46. 3. *De solutionibus et liberat.*) fait allusion à une partie de la *formula in factum*, comme M. Lenel l'a démontré, ainsi que nous le verrons en étudiant cette formule elle-même; Gaius (IV, § 62 et 182) range expressément l'*actio fiduciæ* parmi les actions *bonæ fidei*. Elle figure aussi dans l'énumération de ces actions, telle qu'elle nous est rapportée par la table d'Héraclée qui contient la *lex Julia municipalis*, an 709 de Rome; dans les derniers temps de la République, Cicéron connaissait aussi les deux formules, la *formula in factum* nous est rapportée en effet par lui dans certaines de ses parties (Topiques, c. 17, § 66; *De officiis*, III, 15, § 61, et 17, § 701; *Ad familiares*, VII, 12; *Ad Atticum*, VI, 1, § 15); mais d'autre part, il cite, lui aussi, l'*actio fiduciæ* parmi les actions *bonæ fidei* (*Pro Roscio com.*, c. 6, § 16). Enfin à notre avis il faut reconnaître l'existence de l'*actio fiduciæ in jus bonæ fidei* dès le VI^e siècle de Rome, dès l'époque de Plaute; c'est là un point dont nous réservons l'étude pour un chapitre ultérieur; qu'il nous suffise pour le moment de dire que Plaute est le premier auteur à nous parler de la fiducie (*In Trinummo*, acte 1, scène 2, vers 80).

Comment maintenant est-il possible d'expliquer historiquement le passage de l'*actio fiduciæ* du droit prétorien dans le droit civil? Voilà un problème qui n'a été approfondi, ni même posé jusqu'ici par aucun interprète du droit Romain; il est pourtant de nature à éveiller la curiosité

de l'historien et du jurisconsulte ; la conjecture suivante est peut-être capable de conduire à une solution : M. de Savigny (1) a admis l'interpolation d'un fragment d'Ulpien 31 *ad Sabinum* (loi 4, § 1, Dig., 12, 1. *De rebus creditis*) ainsi conçu : « *Res pignori data, pecunia soluta, condici potest* » ; les commissaires de Justinien ont substitué *pignori* à *fiduciæ* ; il ne peut pas s'agir ici de la *condictio generalis*, destinée à remplacer une action quelconque, dont nous parle la loi 9, Princ., Dig. 12, 1, qui émane aussi d'Ulpien ; car celle-ci pose le principe en termes généraux et tout à fait larges, et on ne voit guère pourquoi le jurisconsulte aurait fait l'application de ce principe pour un cas particulier, la dation fiduciaire, et pour ce cas particulier seulement ; de quelle autre *condictio* peut-il donc bien s'agir dans la loi 4, § 1 ? A notre avis, Ulpien a voulu parler là de la *condictio ob rem dati* (2). Cette action semble remonter à une haute antiquité ; elle existait probablement au profit du fiduciaire déjà à l'époque où le *pactum fiduciæ* reçut une sanction dans l'*actio fiduciæ in factum* et même dans le *crimen perfidiæ* ; ce point de vue ne peut-il pas trouver sa base dans cette considération que l'opération fiduciaire envisagée dans son ensemble est une *datio ob*

1. *L. c. n.* 27. — Cf. aussi Oertmann, *l. c. n.* 40, p. 47, 238 à 241.

2. Cf. Influence de la fiducie sur l'ensemble du droit. Origine des contrats réels innommés : c'est là que l'on trouvera la discussion de cette loi 4, § 1, Dig., 12, 1, et la justification de notre théorie.

rem ? La *datio ob rem*, quelle qu'elle soit, a donné lieu à l'exercice de la *condictio ob rem dati*. Mais comment une seule de ces *dationes ob rem* a-t-elle, de très bonne heure relativement, pu engendrer une *actio bonæ fidei*, l'*actio fiduciæ* ? Voilà la question délicate ; ce point de départ étant donné et la référence de la loi 4, § 1, Dig. 12, 1, à la *condictio ob rem dati* une fois admise, voici comment on peut concevoir l'ordre historique des idées.

La *condictio ob rem dati* apparaît à l'origine avec un caractère de droit strict nettement accentué : d'une part, elle compète à la partie qui a fait la *datio* contre l'autre partie qui n'a pas encore rempli son engagement, alors même que celle-ci n'est pas en faute de ne pas l'avoir encore fait (Loi 16, Dig., 12, 4. *De conditione causa data*) ; d'autre part, la partie contre qui est intentée la *condictio ob rem dati* n'est tenue qu'à opérer une *datio* en sens inverse ; dès lors si elle s'est mise même par sa faute hors d'état d'opérer celle-ci, elle n'est plus tenue à aucune prestation ; la *condictio* reste inefficace. Voilà les principes originaires ; voyons leur application à la fiducie, en nous plaçant avant l'époque où le *crimen perfidiæ* fut créé : en cas de *fiducia cum amico*, le *fiduciæ dans* était entièrement à la discrétion du fiduciaire qui étant propriétaire *ex jure Quiritium* de la *res fiduciaria* pouvait l'aliéner et rendre ainsi la *condictio* inefficace ; mais d'un autre côté le fiduciaire qui suivant les cas rendait au *fiduciæ dans* ou recevait de lui un service d'ami, se trouvait sous le coup immédiat d'une *condictio ob rem dati*, ce qui était pleinement conforme à l'intention des parties ; aussi au-

rons-nous à constater ailleurs que, dans cette hypothèse, la *condictio ob rem dati* s'est conservée avec le même caractère, quoique sous un autre nom (Lois 27, § 1 ; et 30, Dig., 17, 1, *Mandati*). Mais allait-on étendre ce même système de sanction dérivant de la *condictio ob rem dati* à la *fiducia cum creditore* ? C'est dans la *fiducia cum creditore* que l'application des principes primitifs relatifs à la *condictio ob rem dati* serait apparue dans toute sa rigueur ; là les deux parties auraient été abandonnées à la discrétion réciproque l'une de l'autre : en effet, le créancier rendu propriétaire par suite de la dation fiduciaire aurait pu à son gré aliéner ou dégrader la *res fiduciaria*, et de cette façon anéantir ou diminuer l'efficacité de la *condictio ob rem dati* ; contre ce danger le débiteur n'aurait toujours eu comme remède que l'antique moyen de l'*usureceptio* ; mais, d'autre part, le débiteur aurait pu intenter la *condictio* avant même d'avoir payé sa dette, et recouvrer son bien, s'il existait encore entre les mains du créancier ; celui-ci contre ce danger n'aurait eu aucune espèce de remède à sa disposition. Aussi est-il permis de penser qu'un pareil système ne fut jamais appliqué ; sans quoi la *fiducia cum creditore* n'aurait pas pu atteindre son but de sûreté réelle, et jamais un débiteur n'aurait pu trouver un créancier assez naïf pour consentir à traiter dans ces conditions ; dès lors la *condictio ob rem dati* n'a jamais dû dans cette première phase de son histoire sanctionner la *fiducia cum creditore*.

A la vérité, la perfidie de l'ami, qui trompait gravement la confiance que l'on avait placée en lui, avait occasionné

la naissance du *crimen perfidiæ* et de l'*actio in factum*, qui une fois créés en vue de sanctionner la *fiducia cum amico* furent sans doute aussitôt étendus à la *fiducia cum creditore* elle-même ; mais pas plus que la *condictio ob rem dati* ces sanctions successives n'établissaient un rapport synallagmatique entre les parties ; en outre elles présentaient le caractère délictuel ou tout au moins pénal, de sorte qu'elles étaient limitées à une courte durée dans leur exercice, et qu'elles ne pouvaient pas procéder contre les héritiers du fiduciaire ; au contraire, la *condictio ob rem dati* était une véritable action contractuelle ou quasi-contractuelle, et à ce titre elle sanctionnait la *fiducia cum amico*, mais précisément en cas de *fiducia cum creditore* elle ne pouvait pas fonctionner. Comment donc allait-on sortir d'embarras ? Les inconvénients réciproques pour les deux partis qui seraient nés de la *condictio ob rem dati* si elle avait été étendue à la *fiducia cum creditore*, et que les autres sanctions successives n'avaient pas réussi à faire disparaître, et qui précisément pour cette cause mirent un obstacle à cette extension de la *condictio ob rem dati* elle-même à la *fiducia cum creditore*, engendrèrent du même coup deux actions du droit civil, rédigées *in jus* l'une et l'autre : l'*actio fiduciæ directa* et l'*actio fiduciæ contraria* ; désormais des droits de créance et des obligations réciproques sanctionnèrent les rapports respectifs des parties ; le créancier n'aurait plus eu à craindre l'exercice anticipé d'une *condictio ob rem dati*, si elle avait pu procéder contre lui ; car une exception tirée de l'existence de l'*actio fiduciæ contraria* qu'il aurait pu lui-même intenter l'au-

rait paralysé; et, d'autre part, le débiteur ne se serait plus vu dans la nécessité d'intenter la *condictio ob rem dati*, si elle lui avait été accordée, de crainte de voir le créancier aliéner ou détériorer la *res fiduciaria*; car il pouvait maintenant en pareil cas recevoir satisfaction en intentant à son choix l'*actio fiduciæ in factum* ou l'*actio fiduciæ in jus*.

C'est alors que le droit civil put en quelque sorte réagir sur lui-même : l'extrême rigueur de la sanction, qui seule aurait pu exister primitivement, la *condictio ob rem dati*, avait suscité la création d'actions de bonne foi, les actions *fiduciæ directa* et *contraria*; car la création successive du *crimen perfidiæ* et de l'*actio fiduciæ in factum* ne doit être considérée que comme une étape de cette évolution; l'*actio in jus bonæ fidei* une fois née réagit à son tour sur le système antérieur, qui n'avait pas pu fonctionner en matière de *fiducia cum creditore*, en introduisant l'idée de bonne foi dans les effets de la *condictio ob rem dati*, celle-ci se transforma dès lors sous cette heureuse influence; on conçoit donc que cette *condictio* ait été soumise à des règles plus douces et plus en harmonie avec l'intention des parties; désormais elle ne pourra plus d'une façon générale être intentée avant le terme qui a été convenu pour l'exécution de la convention (Loi 3, pr., Dig., 12, 4. *De conditione causa data...*), et dans l'hypothèse spéciale de la *fiducia cum creditore* le débiteur ne pourra plus s'en prévaloir avant d'avoir payé la dette; dès lors c'est dans cette seconde phase de son histoire que la *condictio ob rem dati* put sanctionner la *fiducia cum creditore*; — ainsi

s'explique la décision, relativement récente à notre avis, qui nous est rapportée dans la loi 4, § 1, Dig., 12,1, « *res fiduciæ data, pecunia soluta, condici potest.* »

En résumé la *fiducia cum amico* avait été sanctionnée la première par la *condictio ob rem dati*, par le *crimen perfidie*, et par l'*actio fiduciæ in factum*; ces deux dernières actions avaient été étendues à la *fiducia cum creditore*; il n'avait pas pu en être de même de la première, c'est pour ce motif que fut imaginée l'*actio fiduciæ in jus*; la création de cette dernière eut un double effet: d'abord la *condictio ob rem dati* s'étant transformée sous son influence, elle put désormais servir de sanction à la *fiducia cum creditore*; ensuite cette *actio fiduciæ in jus* fut elle-même étendue à la *fiducia cum amico*.

Certes, ces considérations ne peuvent valoir qu'à titre de pure conjecture capable de nous rendre compte d'un phénomène très obscur, la sanction de bonne foi accordée à une *datio ob rem* et d'une façon plus générale l'introduction de la *Bona fides* dans le droit des obligations; mais cette conjecture nous semble rendue vraisemblable par ce double fait, incontestable à notre avis, d'une part que l'opération fiduciaire s'analyse en une *datio ob rem*, — c'est ce que nous avons déjà vu, — et d'autre part que cette *datio ob rem* a été à une certaine époque sanctionnée par une *condictio*, — c'est ce que nous aurons à démontrer plus amplement dans un chapitre ultérieur.

D'ailleurs, même après que la sanction de la fiducie se fut ainsi transformée au point de devenir complète et pour ainsi dire parfaite, la sanction indirecte continua

à subsister. Gaius (II, §§ 59 et 60) nous parle en effet de l'*usureceptio* comme existant encore à son époque ; des textes du Digeste qui sont interpolés, et sur lesquels nous reviendrons, y font aussi allusion (Loi, 16, Dig., 44, 7. *De obligationibus et actionibus* ; et loi 36, Dig., 41, 2. *De acq. vel amitt. possessione*). On n'aurait certes pas compris sa création après la naissance des différentes actions qui sanctionnent le *pactum fiduciæ* ; mais lorsque ces sanctions furent imaginées, l'*usureceptio* existait déjà, elle se maintint donc en vigueur ; c'est là l'un des nombreux exemples de l'esprit traditionnel et conservateur des Romains qui créaient toujours sans jamais détruire.

2. L'étude de la formule de l'*actio fiduciæ* confine à l'étude de ses effets. Néanmoins elle en est distincte au même titre que l'effet est distinct de la cause ; c'est parce que l'*actio fiduciæ* est rédigée de telle ou telle façon qu'elle produit tels ou tels effets ; il est donc absolument faux de dire, comme l'a fait M. Geny (1), que l'examen de cette formule ne présente aucun intérêt ; tout au contraire il est de la plus haute importance de pouvoir la reconstituer. C'est ce que M. Lenel (2) a su faire d'une façon très heureuse en ce qui touche la formule *in factum concepta*, mais il a laissé un peu dans l'ombre la formule *in ius concepta* ; notre effort devra donc se porter principalement vers cette dernière, après que nous aurons rendu compte de la façon dont M. Lenel

1. *L. c.*, n. 2.

2. *L. c.*, nn. 17 et 18.

est parvenu à restituer la formule *in factum*. Nous aurons du reste à constater ici, une fois de plus, une divergence profonde entre les auteurs.

α. Indiquons d'abord quelle est, suivant M. Lenel, la rédaction de la *formula in factum*, pour l'examiner ensuite en détail.

« Si paret *A^m A^m N^o N^o qua de agitur, ob pecuniam debitam fiducia causa mancipio* (ou *injure cessione*) *dedisse, eamque pecuniam debitam solutam, eove nomine satisfactum esse, aut per N^m N^m stelisse quominus solveretur, negotiumve ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemna; si non paret, absolve.* »

Sur quelles bases cette *formula in factum* est-elle établie. « *Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* » : voilà une phrase qui nous est rapportée par Cicéron relativement à la fiducie dans plusieurs passages de ses œuvres (*Topiques*, ch. 17, § 66 ; *De officiis*, III, 15, § 61 ; et 17, § 70 ; *Ad familiares*, VII, 12, § 2 ; *Ad Atticum*, VI, 1, § 15). M. Mommsen (1), nous l'avons vu, a prétendu sans raison voir là une formule de stipulation fiduciaire, qui aurait subi l'influence de l'idée de Bona Fides. MM. Büchel, Rudorff, Huschke et Voigt (2) ont fait rentrer cette phrase dans la formule de la *datio* solennelle qui d'après eux aurait contenu le *pactum fiduciae* lui-même : c'est encore une erreur. M. Le-

1. *L. c.*, n. 23.

2. *L. c.*, nn. 24, 37 et 16.

nel assigne à ces mots leur véritable place, en les faisant figurer dans la *formula in factum* de l'*actio fiduciæ* : c'est du reste ce que dit lui-même Cicéron : « *Reliquorum... judiciorum post illa, in quibus additur EX FIDE BONA, hæc verba maxime excellunt : in arbitrio rei uxoriæ, MELIUS ÆQUIUS; in fiducia UT INTER BONOS BENE AGIER* » (*De officiis*, III, 15), et encore : « *ILLA FORMULA fiduciæ UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET* »; en outre, M. Lenel cite un texte du Digeste, la loi 10, Digeste 18, 2. *De in diem additione*, émané du livre 13 des Digestes de Julien et se rapportant dès lors à la fiducie (1); par suite d'une reconstitution du texte et de la substitution du mot *fiducia* à *pignus* interpolé par Justinien, et qui fait clairement allusion à cette formule : nous aurons l'occasion de revenir sur ce texte à propos de la *formula in jus*. — « *Negotiumve ita actum non esse, ut inter bonos bene...* » : voilà encore des mots que nous rapporte Cicéron (*Ad Atticum*, VI, 1, § 15); à n'en pas douter ils faisaient partie de la *formula fiduciæ in factum*. Des textes que nous retrouverons en un autre endroit (Loi 24, § 1, Dig., 13, 7, *De pig. actione*; loi 32, Dig. 46, 3, *De solution. et liberat.*; loi 12, Dig. 46, 2. *De novation*; loi 40, Dig. 12, 2. *De jurejurando*), qui sont extraits des livres 30 d'Ulpien *ad Edictum*, 31 de Paul *ad Ed.*, et 13 *Digestor.* de Julien, et qui par suite sont interpolés et

1. Comme nous l'avons montré, en rendant compte du procédé de recherches des interpolations employé par M. Lenel, dans notre introduction générale, à propos des sources et textes principaux.

se réfèrent en réalité à la fiducie, bien qu'en apparence pris à la lettre ils se rapportent au *pignus*, ont encore permis à M. Lenel de reconstituer ces premiers mots de la *formula in factum* : « *Ob pecuniam debitam, qua de agitur... eamque pecuniam solutam, eove nomine satisfactum esse, aut per Numerium Negidium stetisse quominus solveretur* » ; mais tout ce membre de phrase n'est pas d'une application générale ; il ne pouvait convenir qu'au cas de *fiducia cum creditore* et devait au contraire faire défaut au cas de *fiducia cum amico* ; dans cette dernière hypothèse la formule devait contenir des mots analogues, tels que ceux-ci : « *eamque rem redditam non esse* », ou autres appropriés au but de l'opération fiduciaire.

β. Comment était rédigée la *formula* de l'*actio fiduciae in jus* ? M. Rudorff (1), qui a le tort grave de ne pas admettre une *formula in factum* à côté de la *formula in jus* conçoit cette dernière de la façon suivante, qui est analogue à la façon dont il conçoit l'*actio pignoratitia* :
 « *Quod A^{us} A^{us} N^o N^o (contraria : Quod N^{us} N^{us} A^o A^o)*
 « *ob pecuniam, qua de agitur, illam rem pignori (fiduciae)*
 « *dedit, eaque omnis pecunia A^o A^o soluta, eove nomine*
 « *satisfactum, aut per N^m N^m factum est quominus solve-*
 « *retur, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere*
 « *repromittere oportet, ex fide bona, ejus judex N^m N^m*
 « *A^o A^o condemna ; si non paret, absolve.* »

Ainsi M. Rudorff applique cette *demonstratio* de la formule de l'*actio pignoratitia* à la formule de l'*actio fidu-*

1. L. c., n. 21.

ciæ : d'après M. Lenel (1), comme il est évident que le seul moment qui doit engendrer l'obligation du fiduciaire est celui de l'abandon de la chose en fiducie, l'*intentio* « *Quidquid ob eam rem...* » a dû être précédée de cette simple *demonstratio* se suffisant à elle-même « *Quod A^m A^m N^o N^o fiduciæ causa mancipio dedit, quidquid ob eam rem...* » Cette opinion de M. Lenel nous paraît difficilement acceptable : la *formula in fac tum* à son avis aurait été beaucoup plus compliquée et plus circonstanciée que la *formula in jus* ; à la vérité ce résultat serait conforme aux principes ; mais nous pensons que la rédaction de la *formula fiduciæ in factum* a dû exercer sur la *formula fiduciæ in jus* une influence analogue à celle que la *formula depositi in factum* a exercé sur la *formula depositi in jus*, ainsi que cela résulte certainement du § 47, IV de Gaius ; sur ce point par conséquent cette *demonstratio* proposée par M. Rudorff nous paraît devoir être admise, du moins en principe, de préférence à la *demonstratio* imaginée par M. Lenel.

Mais il y a un second point sur lequel au contraire M. Lenel (2) nous paraît avoir triomphé, contrairement à la doctrine soutenue par MM. de Savigny, Keller, Bethmann, Holweg et Rudorff (3). M. Lenel a démontré victorieusement que la *formula in jus* de l'*actio fiduciæ* n'a jamais admis les mots « *ex fide bona* », et a toujours conservé les mots « *ut inter bonos bene agier, et sine*

1. *L. c.*, n. 18, p. 112.

2. *L. c.*, n. 18, p. 118 et 119.

3. *L. c.*, n. 27, 25, 26, 21.

fraudatione » : en effet, la loi 10, Dig., 18, 2, qu'il invoque en ce sens, nous semble formelle ; dans ce texte Julien nous dit « *non potest videri bona fide negotium agi, nisi adjectio recipiatur* » ; ce texte ne peut être rapporté au *pignus*, puisqu'il émane du livre 13 des Digestes de Julien. Il est donc interpolé et se réfère à la fiducie ; dès lors quelle serait donc cette *adjectio*, sinon précisément le « *ut inter bonos bene agier* », qui seul est capable de faire de l'*actio fiduciæ* un *judicium bonæ fidei* ? Et, comme le remarque si bien M. Lenel, il n'y a aucunement à argumenter en sens contraire de ce que tous les textes et notamment Gaius (IV, § 62) énumèrent l'*actio fiduciæ* parmi les actions de bonne foi ; car l'*actio rei uxoriæ* qui, elle aussi, est un *judicium bonæ fidei*, et qui figure dans cette même énumération du § 62, IV de Gaius, comme l'a prouvé la dernière lecture du manuscrit de Vérone, a conservé la vieille formule basée sur le *melius æquius*, et cela sans aucun doute, car les textes le démontrent (Loi 8, Dig. 4, 5, *de cap. mim.*). Ainsi la formule de l'*actio fiduciæ* n'a jamais admis les mots « *ex fine bona* » en remplacement des mots « *ut inter bonos bene agier* » ; ceux-ci se sont maintenus jusqu'à la fin, et se sont appliqués tout aussi bien à la *formula* de l'*actio fiduciæ in jus*, qu'à la *formula* de l'*actio fiduciæ in factum*. Nous sommes donc amenés à modifier déjà sur un point la *formula in jus* proposée par M. Rudorff.

Il en est un autre qui n'est pas moins important et qui cependant n'a guère été examiné jusqu'ici : c'est le point de savoir si l'*actio fiduciæ* n'était pas une action

arbitraire, et par suite si sa *formula in jus* ne contenait pas les mots « *nisi restituat arbitrato tuo* ». Un seul auteur, M. Geny (1), a résolu cette question affirmativement ; cette solution nous paraît exacte ; mais sur quelles bases l'auteur qui la met au jour pour la première fois la fait-il reposer ? M. Geny invoque par analogie plusieurs exemples, tels que ceux de l'*actio negotiorum gestorum* (Loi 80, § 7, Dig. 47, 2, *de furtis*), de l'*actio præscriptis verbis* (Loi 9, Dig. 19, 5. *De præsc. verb.*), de l'*actio depositi* (Gaius IV, § 47), et de l'*actio rei uxoriæ* (Loi 7, § 1, Dig., 23, 5. *De fundo dotali*) ; ce dernier exemple est assez concluant, parce que l'*actio fiduciæ* présente une certaine ressemblance avec l'*actio rei uxoriæ* : de même que celle-ci a conservé son antique formule basée sur l'*œquius mælius*, de même celle-là, nous venons de le voir, n'a pas non plus abandonné sa formule caractéristique fondée sur le « *ut inter bonos bene agier*. » Mais l'exemple qui est tout à fait décisif à nos yeux c'est celui de l'*actio depositi* : l'*actio fiduciæ* figurait dans l'édit à la suite de cette dernière ; Ulpien dans son commentaire sur l'Édit (liv. 30, *ad Edict.*), Paul dans son commentaire sur l'Édit (liv. 31, *ad Edict.*), Julien dans ses Digestes (liv. 13, *Digestor.*), suivaient le même ordre d'exposition. Enfin Paul dans ses Sentences (liv. 2, tit. 12 et 13) présentait l'étude de la fiducie comme un appendice à l'étude du dépôt : voilà des faits que nous avons eu plusieurs fois déjà l'occasion de constater ; pourquoi

1. *L. c.*, n. 2, p. 41. Il en est de même cependant de M. Oertmann, *l. c.*, n. 40, p. 242 et 243.

donc tous ces rapprochements entre l'*actio depositi* et l'*actio fiduciæ*, entre le dépôt et la fiducie? C'est d'abord que ces deux institutions juridiques, bien que différentes, avaient l'une et l'autre pour but de réaliser un même rôle économique, un dépôt confié à un ami; c'est ensuite que le dépôt avait dans sa sanction suivi une marche historique identique, bien que postérieure à celle de la fiducie, c'est encore que chacune de ces institutions était encore à l'époque classique sanctionnée à la fois par une action *in factum* et par une action *in jus*. C'est enfin que celle-ci était rédigée à peu près de la même façon dans les deux cas, parce que le droit de créance né du dépôt présentait dans ses effets de grandes analogies avec le droit de créance né de la fiducie, et notamment ce caractère commun d'engendrer une action arbitraire : ce fait est rendu certain pour le dépôt par le § 47 du commentaire IV de Gaius ; les remarques que nous venons d'exposer ne le rendent-ils pas au moins très vraisemblable pour la fiducie? On le voit, les points de comparaison ne faisaient pas défaut entre ces deux institutions ; et les jurisconsultes Romains suivant en cela l'exemple du préteur ne manquèrent pas de les rapprocher le plus qu'ils purent. Une seconde correction à la formule *in jus* proposée par M. Rudorff s'impose donc à nous ; et de cette façon nous sommes nous-mêmes conduits à proposer la formule suivante de l'*actio fiduciæ directa in jus* :

« *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio ob pecuniam qua*
 « *de agitur illam rem fiduciæ causa mancipio dedit eaque*
 « *omnis pecunia soluta, eove nomine salisfactum, aut per*

« *Numerium Negidium factum est quominus solveretur,*
 « *quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere ut inter*
 « *bonos bene agier oportet, et sine fraudatione, condemna*
 « *nisi restituat; si non paret absolve.* »

Cette formule *in jus* ainsi reconstituée n'emprunte à la formule *in jus* de M. Rudorff que ce qui est essentiel à constituer la *formula concepta in jus*, mais elle se rapproche bien plus par les mots qu'elle contient de la *formula in factum* de M. Lenel; c'est, qu'en effet, il en est ainsi pour le dépôt; d'après le § 47, IV de Gaius, la *formula depositi in jus* reproduit presque entièrement les mots contenus dans la *formula depositi in factum*; que l'on prenne donc la peine de comparer d'une part la *formula in pactum* et la *formula in jus depositi*, telle que Gaius nous les rapporte, et d'autre part la *formula fiduciæ in factum* établie si solidement par M. Lenel et la *formula fiduciæ in jus* que nous proposons, et l'on verra que le parallèle entre la fiducie et le dépôt continue à se poursuivre d'une façon saisissante.

γ. N'y avait-il jamais lieu à apporter une *adjectio* à la formule? Cicéron (*De officiis*, III, 17, § 70), prononce les paroles suivantes en les rapportant à la fiducie: « *Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusque siem* »; mais quel est le rapport exact de ces mots de la fiducie? D'après une opinion défendue par MM. Huschke Rudorff, et Dernburg (1), ils constitueraient une *clausula doli* qui aurait été insérée dans la formule de la *mancipatio fiduciæ*.

1. L. c., n. 6, 3, 14.

causa; mais cette opinion est tout à fait insoutenable; elle émane d'auteurs qui admettent l'insertion du *pactum fiduciæ* dans la formule de la *datio* solennelle; nous avons déjà examiné cette doctrine pour la réfuter; or, une *clausula doli* n'aurait pu figurer dans la *mancipatio* ou dans l'*in jure cessio fiduciæ causa* que comme accessoire du *pactum fiduciæ* lui-même, si celui-ci avait pu aussi y figurer; nous avons vu qu'au contraire il en était séparé, une *clausula doli*, aurait dû elle aussi en être distincte. C'est ailleurs qu'il faut chercher la portée de cette clause; où donc la trouver sinon dans une *adjectio* de la formule de l'action? Tous les auteurs, dont nous allons maintenant passer en revue les opinions, sont d'accord sur ce point; c'est M. Lenel (1), qui l'a encore mis en lumière: cette clause se rapporte sans aucun doute au cas où il s'agit d'une *fiducia cum servo contracta*; cela résulte de la loi 36, Digeste, 15, 1. *De peculio* qui est empruntée à Ulpien, 2, Disputation; ce texte est certainement interpolé (2): il nous dit que dans le cas où un pécule a été constitué à un esclave *cui res pignori data est*, il est nécessaire pour que la fraude du maître qui se refuse à restituer le bien donné en gage puisse être poursuivie non seulement *de peculio*, mais encore *in solidum*, d'apporter à l'action une *adjectio* ainsi conçue: « *Et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est* »; mais ailleurs (Loi 3, § 5, Dig., 13, 6, *Commodati*), le même Ulpien à propos de la même

1. *L. c.*, n. 17.

2. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel, n. 47.

question cite Julien « *libro undecimo circa pigneraticiam actionem* », au livre onze de ses Digestes. Julien traite eu effet de l'*actio pigneraticia*, il suffit pour le constater de se reporter à la *Palingenesia juris* de Hommell ; la loi 3, § 5, Dig., 13, 6 n'est donc pas interpolée, cela est certain ; dès lors, si elle nous donne une solution contraire à celle de la loi 36, Dig., 15, 1 ; c'est que c'est cette dernière qui est interpolée : or, tel est précisément le cas : à la différence de la loi 36, Dig., 15, 1, la loi 3, § 5, Dig., 13, 6, nous montre qu'aucune clause relative au dol du chef de famille n'est nécessaire pour que celui-ci soit atteint *in solidum* dans l'*actio pigneraticia*, pas plus que dans toute autre action de bonne foi qui est intentée par celui qui a contracté avec l'esclave ou avec le *filiusfamilias*. Ainsi dans la loi 36, Dig., 15, 1, le mot *pignori* a été substitué par Justinien à *fiduciæ* qu'avait dû écrire Ulpien ; et la clause *Uti ne propter te fidemve tuam caplus fraudatusque siem* devait figurer à titre d'*adjectio* dans la formule de l'*actio fiduciæ*.

M. Voigt (1), cite comme interpolé un texte se référant au dépôt, qu'il faudrait d'après lui rapporter à la fiducie ; si cette opinion était exacte, nous serions en présence de textes contradictoires, la loi 36, Dig., 15, 1, qui, nous venons de le voir, est interpolée et indique comme indispensable une *adjectio* à apporter à la formule de l'*actio fiduciæ*, en cas de *fiducia cum servo contracta*, et ce texte en question, la loi 1, § 42, Dig. 16, 3 *Depositum* qui vien-

1. L. c., n. 16.

draît dire le contraire : ce fragment émane d'Ulpien, 30 *ad Edictum* ; mais dans ce livre de son commentaire sur l'Édit ; Ulpien traitait à la fois et de l'*actio depositi* et de l'*actio fiduciæ*, il est donc naturel de penser que ce texte se rapporte en réalité au dépôt et non à la fiducie, d'autant plus que M. Voigt ne fait pas la moindre tentative en vue de prouver l'interpolation ; inutile d'ajouter que celle-ci est repoussée par M. Lenel (1). Ainsi dans le cas de *fiducia cum servo contracta*, une *adjectio* à la formule était nécessaire : voilà un point certain. Mais de quelle formule s'agit-il ici ? C'est là que les hésitations deviennent possibles. M. Lenel dit que notre clause constituait une *adjectio* de la formule de la *legis actio fiduciæ* : le maître ou le *paterfamilias* en refusant la restitution de l'objet donné en fiducie à son esclave ou à son *filiusfamilias* commettait lui-même le délit, mais comme il ne s'était pas engagé lui-même par *pactum fiduciæ*, il était impossible de formuler l'action contre lui, comme cependant il fallait le condamner *in solidum* et non pas seulement de *peculio*, on usa d'un détour en vue de ce résultat en insérant notre *adjectio* dans la formule ; un peu plus tard d'après M. Lenel, les actions *adjectitiæ qualitatis* elles-mêmes auraient admis par extension la même clause, lorsqu'il s'agit de punir *in solidum* le dol du préposant ; c'est en effet ce que tendent à prouver deux textes, la loi 1, § 42, Dig. 16, 3, et la loi 5, Princ., Dig., 15, 1. *De peculio*. Voilà une idée qui sans doute nous semble

1. Lenel, Table B, n. 3, α.

juste en elle-même, mais qui a besoin d'être précisée : quelle était cette *legis actio fiduciæ*? M. Geny (1), qui adopte ici l'opinion de M. Lenel, bien qu'en général il se montre rebelle à l'admission des interpolations du Digeste, nous dit que la clause se rapportait à la formule d'une *legis actio* délictuelle : voilà qui pour paraître plus exact est encore aussi vague. C'est M. Ubbelohde (2) qui a apporté le plus de précision sur ce point : d'après lui, la clause qui nous occupe est une *adjectio* du *crimen perfidiæ*; nous repoussons cette opinion; l'auteur, en effet, nous paraît avoir été beaucoup trop loin en prétendant qu'à côté de l'*actio fiduciæ* une *actio in duplum de perfidia* avait subsisté jusqu'à la fin, de même qu'à côté de l'*actio tutelæ* se maintint jusque sous Justinien l'*actio de rationibus distrahendis* (Loi 2, Dig. 27, 3. *De tut. et rat. distr.*) : à la vérité, on comprendrait, comme le dit M. Ubbelohde, que les compilations de Justinien fussent muettes sur cette *actio in duplum de perfidia*, puisqu'elles ne parlent pas non plus de l'*actio fiduciæ*; mais l'auteur ne peut s'appuyer sur aucun autre document pour admettre l'existence de cette *actio de perfidia*, et à coup sûr si elle avait subsisté à côté de l'*actio fiduciæ*, on en trouverait encore quelques traces, soit dans les Commentaires de Gaius, soit dans les Sentences de Paul, deux ouvrages qui eux mentionnent expressément l'*actio fiduciæ* (Gaius, IV, § 62 et 182, Paul II, 13). Le *crimen perfidiæ*

1. L. c., n. 2, p. 42 et 43.

2. L. c., n. 22, p. 61 et 95.

a donc dû disparaître peu de temps après la naissance de l'*actio fiduciæ in factum* ou tout au moins de l'*actio fiduciæ in jus*. D'ailleurs il y a un reproche commun à adresser à toutes ces explications : l'*actio fiduciæ*, et pas plus qu'elle le *crimen perfidiæ* n'ont jamais dûs pouvoir être intentés sous la forme d'une *legis actio* ; car la *legis actio* était l'action qui dérivait de la loi, ou du moins l'action dont les termes étaient adaptés à ceux de la loi (Gaius, IV, § 11). Nous sommes donc amenés à proposer nous-mêmes une nouvelle explication : sans doute l'*adjectio* « *uti ne propter te captus...* » se rapportait à une *legis actio* sanctionnant la fiducie ; c'est là la part de vérité qui se trouve contenue dans la découverte de M. Lenel ; mais nous pensons que cette *legis actio* a été, non pas l'*actio fiduciæ* ou le *crimen perfidiæ*, mais la *conditio ob rem dati* qui, nous essayerons de le démontrer, a servi de sanction à la fiducie ; la *condictio* en effet est la seule action sanctionnant la fiducie qui ait pu être intentée sous la forme d'une *legis actio* ; ce fait lui-même, lié à la découverte de M. Lenel, suffirait déjà peut-être à prouver que cette sanction de la fiducie, dérivant de la *condictio*, a effectivement existé.

3. L'étude de la formule de l'*actio fiduciæ* va nous permettre d'examiner maintenant quels ont été les effets de cette action, qu'on l'envisage comme *actio directa* ou comme *actio contraria*, en ne retenant naturellement ici que ceux de ces effets qui sont d'une application générale. C'est d'ailleurs l'étude des effets de l'*actio directa* qui va nous occuper surtout, comme étant de beaucoup

la plus importante : les éléments de la condamnation, et la façon dont celle-ci est exécutée, voilà deux questions intimement unies, et qu'il est impossible de disjoindre. D'ailleurs l'examen de cette sanction de la fiducie, l'*actio fiduciæ*, va nous montrer par voie de conséquence quelles sont d'une part les obligations engendrées par le *pactum fiduciæ* à la charge du fiduciaire envers le *fiduciæ dans*, et d'autre part les obligations engendrées par la même convention à la charge du *fiduciæ dans* envers la fiduciaire ; les premières trouvent leur sanction dans l'*actio fiduciæ directa*, les secondes la trouvent dans l'*actio fiduciæ contraria*. Au reste, les effets communs à toutes les actions ne devront aucunement nous occuper ; nous n'avons à étudier que les effets propres à l'*actio fiduciæ* : c'est ainsi que cette action est patrimoniale et transmissible comme toutes les autres ; un texte, le § 8, du chap. 6 de la *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti*, semble au premier abord devoir conduire à une solution contraire ; mais il peut s'expliquer par l'effet propre d'une clause spéciale du *pactum fiduciæ*, le *pactum de vendendo*, dans la *fiducia cum creditore* ; c'est donc là que nous le retrouverons.

a. De l'*actio fiduciæ directa*. — Deux idées dominent l'étude de ses effets : c'est une action arbitraire et c'est une action de bonne foi. Du premier caractère résultent le *jusjurandum in litem* qui offre au *fiduciæ dans* un large équivalent de la restitution en nature (Loi 1, § 26, Dig., 16, 3. *Depositi* ; et loi 5. Princ., Dig., 12, 3. *De in litem jurando*) et même l'emploi de la *manus militaris* en

exécution de l'*arbitrium judicis*, d'après une opinion qui à la vérité tend à être abandonnée de plus en plus (Loi 68, Dig., 6, 1. *De rei vindicat*).

C'est le caractère de bonne foi de l'*actio fiduciæ directa* qui doit attirer particulièrement notre attention. Il est indiqué par les textes que nous avons déjà cités (Cicéron, *Pro Roscio com.*, c. 6, § 16 ; Gaius IV, § 62) ; si dans l'énumération des actions de bonne foi, contenue dans le § 28 du livre 4 des Institutes ne figure pas l'*actio fiduciæ*, c'est qu'elle n'existait plus du temps de Justinien. La conséquence la plus grave entraînée par le caractère de bonne foi de l'*actio fiduciæ*, c'est l'infamie : elle nous est attestée par Cicéron, qui qualifie cette action *turpe iudicium* (*Pro Cæcina*, ch. 3, § 8), par la *lex Julia municipalis* (ligne 112) qui rapproche l'*actio fiduciæ* de l'*actio injuriarum* et de l'*actio de dolo*, et par Gaius (IV, 182) qui est tout à fait formel. L'infamie, voilà le dernier vestige du temps où l'action était purement délictuelle ; désormais elle est devenue purement contractuelle, néanmoins une peine viendra encore venger la foi rompue. Si l'infamie est la conséquence la plus grave qu'entraîne le caractère de bonne foi de l'*actio fiduciæ*, ce n'est pas la plus importante au point de vue juridique ; celle-ci réside dans l'appréciation de la faute du fiduciaire.

Le fiduciaire est tenu vis-à-vis du *fiduciæ dans* de sa faute *in concreto*, c'est-à-dire qu'il doit pour éviter une condamnation résultant de l'*actio fiduciæ directa*, apporter à la conservation de la *res fiduciaria*, non pas les soins d'un

administrateur diligent, d'un *bonus paterfamilias*, mais des soins égaux à ceux qu'il prend de ses propres affaires. Le texte fondamental sur ce point est un fragment de la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (tit. X, ch. 2, § 2) ; il s'exprime ainsi « *sic enim et in fiduciæ judicium, et in actionem rei uxoriæ dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit* ».

Comme le remarque M. Accarias (1), lorsque l'on rencontre inséré au Digeste (Loi 18, Princ., 13. C. *Commodati*), un fragment de Gaius qui mesure de la même façon la faute *in rebus pignori datis et dotalibus*, il est légitime de croire à une interpolation et de penser que Gaius avait écrit *fiduciæ* et non *pignori* (2). Cette interpolation en effet nous semble très vraisemblable ; si les jurisconsultes romains aimaient à faire la comparaison entre la *fiducia* et le *depositum*, ils avaient aussi tendance à rapprocher et à combiner entre elles la *fiducia* et la *dos*, l'*actio fiduciæ* et l'*actio rei uxoriæ* ; nous voyons se réaliser ici cette tendance dans la loi 18, Pr. Dig., 13, 6, comme dans le fragment de la *Collatio*. Nous avons déjà eu à la constater dans Cicéron (*Ad familiares*, VII, 12, § 2), et nous aurons à retrouver des applications de cette idée dans un assez grand nombre de textes (Loi 49, § 1, Dig. 24. 3. *Solutio matrimonio dos...*, et *Frag. Vatic.* § 94 ; loi 4, § 1, D. 12. *De rebus creditis* ; loi 29, § 1, et loi 58, Dig. 24, 3, *Sol. matr. dos...*). Comment expliquer tous ces rapprochements ?

1. *L. c.*, n. 28, tome 2, page 613.

2. M. Dernburg (*L. c.*, n. 14) admet une interpolation analogue à propos de la loi 5, § 2, Dig., 13, 6. *Commodati*.

C'est que l'*actio fiduciæ* et l'*actio rei uxoriæ*, actions de bonne foi l'une et l'autre, excluaient de leur formule la clause *ex fide bona*, pour admettre l'une la clause *ut inter bonos bene agier*, l'autre la clause *æquius melius*; c'est que dans les deux la faute était appréciée *in concreto* de la même façon; c'est enfin que la *fiducia* jouait des rôles variés et quelquefois importants dans la constitution et dans l'administration de la *dos*. Comment convient-il maintenant d'expliquer la solution de la *Collatio legum Mos. et Roman* (lit. X, ch. 2, § 2)? Cette solution semble en effet soulever deux sortes de difficultés juridiques en sens opposé l'une de l'autre : le texte de la *Collatio* est général, il s'applique à l'appréciation de la faute du fiduciaire aussi bien dans le cas où la fiducie a pour fonction économique un dépôt confié à un ami que dans le cas où elle a pour rôle de donner une sûreté réelle à un créancier; dès lors comment se fait-il d'une part que dans le premier cas le fiduciaire soit tenu de sa faute *in concreto*; il semble qu'il ne devrait être tenu que de son *dol* et de sa *culpa doli proxima* comme Modestin le dit au § précédent à propos du dépositaire proprement dit « *in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum præstat* », car dans ce cas le fiduciaire aussi bien que le dépositaire rend un service d'ami; et d'autre part comment expliquer en sens inverse que le créancier fiduciaire ne soit tenu qu'au même titre que le fiduciaire qui reçoit la *res fiduciaria* en dépôt, seulement de sa *culpa in concreto*; il semble, puisque la convention est intéressée de part et d'autre, que le créancier fiduciaire

devrait être tenu de sa *culpa in abstracto*. Cette double anomalie, si elle existait en réalité, pourrait s'expliquer par l'histoire : c'est dans la fiducie qu'a pris naissance l'idée de la faute contractuelle, dès lors il ne fallait pas s'attendre dès le début à une théorie parfaitement élucidée, on pouvait ne pas distinguer, et apprécier dans tous les cas la faute *in concreto* là où plus tard les progrès du droit conduisirent à repousser complètement cette idée en l'amoindrissant dans un cas pour ne tenir compte que du dol du dépositaire, en l'augmentant dans l'autre pour estimer *in abstracto* la faute du gagiste. Mais cette anomalie n'existe même pas en réalité, elle est purement apparente, et elle peut trouver sa justification dans le raisonnement juridique lui-même ; c'est pourquoi la faute du fiduciaire continua à être appréciée *in concreto*, même après que l'on sut estimer différemment et la faute du dépositaire et celle du gagiste : c'est que la situation juridique du fiduciaire, quel que soit le rôle économique joué par la fiducie, est profondément différente de celle qui résulte d'un *depositum* et d'un *pignus* ; l'un ne confère que la simple détention, l'autre donne la possession *ad interdicta* ; au contraire le fiduciaire est toujours propriétaire de la *res fiduciaria*, cette propriété résulte pour lui de la *datio* solennelle que suppose toujours nécessairement l'existence d'un *pactum fiduciæ*, dès lors il est naturel d'apprécier la faute du fiduciaire relativement à la *res fiduciaria* comme on apprécierait sa faute relativement à ses propres biens, il est juste de considérer sa faute *in concreto* parce qu'il est juste de prendre le

fiduciaire pour ce qu'il est, pour un propriétaire. Nous nous trouvons là en présence de l'une des influences exercées par la *datio* sur les effets du *pactum fiduciæ*. C'est une étude sur laquelle nous allons revenir tout à l'heure.

M. Voigt (1) a d'ailleurs indiqué comme interpolés et comme devant être rapportés à la faute du fiduciaire un certain nombre de textes du Digeste (Loi 32, loi 13, § 1, Dig., 16, 3 *Depositi*) ; mais il n'essaye aucune justification de sa théorie, qui est restée isolée (2) ; toutefois il admet comme M. Accarias l'interpolation de la loi 18, Princ., Dig., 13, 6.

β. *De l'actio fiduciæ contraria*. — C'est une action de bonne foi, qui est essentiellement contractuelle. Tels sont les caractères qui résument ses effets. De là résulte d'abord qu'à la différence de l'*actio fiduciæ directa*, l'*actio fiduciæ contraria* n'entraîne pas l'infamie, à moins toutefois qu'elle soit fondée sur un dol. C'est d'ailleurs la règle générale qui s'applique à toutes les actions contraires ; Ulpien nous dit en effet « *non de perfidia agitur, sed de calculo* » (Loi 6, § 5 et 7, Dig., 3. 2. *De his qui not.*) L'*actio fiduciæ contraria* ne tend qu'à indemniser le fiduciaire du préjudice que lui a causé, involontairement le plus souvent, le *fiduciæ dans* par la translation de la *res fiduciaria* ; toutefois le fiduciaire ne doit pas non plus faire en sorte par l'effet de sa propre volonté de mettre le

1. *L. c.*, n. 16.

2. Cf. *Table de concordance* Lenel-Voigt ; Table B, β, n. 2, 4 et 6.

fiduciæ dans le cas de se voir forcé de payer des indemnités considérables ; c'est alors au juge à prendre un juste milieu sans écouter un *fiduciæ* dans trop sensible à la dépense ni un fiduciaire qui cherche à le surcharger. Ces principes résultent d'abord de la loi 31, Dig., 13, 7. *De pign. actione* empruntée à Africain, 8. *Quæst.* (1) et qui s'applique aussi bien à la *fiducia cum amico* qu'à la *fiducia cum creditore* ; ils résultent, en outre, d'autres documents qui, à la vérité, ne s'expliquent littéralement que sur le cas de *fiducia cum creditore*, mais qui doivent sans difficulté être étendus par analogie à la *fiducia cum amico* : les Sentences de Paul, II, 13, § 7 et la loi 25, Dig., 13, 7. *De pign. actione*, que M. Lenel (2) considère comme émanée du livre 31 de Paul *ad Edictum*, et qui par suite serait interpolée ; à la vérité, la loi 25, Dig., 13, 7 est inscrite au Digeste sous le titre *Idem libro 31 ad Edict.*, elle serait donc émanée de la plume d'Ulpien, à qui est emprunté le fragment précédent, la loi 24, Dig., 13, 7 ; mais comme la matière et la décision de la loi 25 ne peuvent être rattachées à aucune des matières dont traite Ulpien dans son livre 31 *ad Edict.*, il est hors de doute pour M. Lenel que cet *Idem libro 31* repose sur l'erreur d'un copiste qui avait dans son imagination considéré étourdiment Paul comme étant l'auteur du fragment 24 ; la loi 25, Dig., 13, 7, est donc extraite du livre 31 de Paul *ad Edictum* ; dès lors elle a été inter-

1. Cf. *Table des textes interpolés* de M. Lenel ; table A, n. 2 et 28.

2. *L. c.*, n. 18, p. 107.

polée, et il faut la rapporter à l'*actio fiduciæ contraria*.

Il y a un autre texte relatif à l'*actio fiduciæ contraria* qui doit être étendu à tous les cas de fiducie, bien qu'il ne prévoie expressément que la *fiducia cum creditore*; à la vérité même il parle de l'*actio pignoratitia contraria*, non de l'*actio fiduciæ*; mais l'interpolation a été mise en évidence par M. Lenel et M. Gradenwitz (1); il s'agit de la loi 8, Princ., Dig, 13, 7. *De pign. act.*, qui est empruntée à Pomponius. 35 *ad Sabinum* presque tous les interprètes ont reconnu dans le § 3 de cette loi la trace d'une interpolation grossièrement faite : en effet on y trouve la phrase : « Si acceperim pignus. ut vendere *eam* mihi liceret »

Il est impossible de rapporter cet *eam* à *pignus*, il devait se référer à *fiduciam* que Pomponius avait dû écrire; mais la plupart des interprètes, M. Voigt notamment, bornent l'interpolation à ce § 3; M. Gradenwitz a eu le mérite de découvrir l'interpolation dans le *principium* à l'aide du procédé de recherches que nous avons fait connaître dans notre introduction générale; M. Lenel a admis cette interpolation du *principium*, mais il va plus loin et se montre plus hardi en admettant que tout le livre 35 de Pomponius *ad Sabinum* est relatif exclusivement à la fiducie.

1. Note. cf. *Table de concordance*. Lenel-Gradenwitz; Table A, n. 39; et Tab. C. n. 4.

IV

EFFETS DES DEUX ÉLÉMENTS COMBINÉS DE L'OPÉRATION FIDUCIAIRE.

Comme l'opération fiduciaire s'analyse en deux éléments tout à fait distincts, la *datio* solennelle et le *pactum fiduciæ*, il en résulte deux sortes d'effets profondément différents : du premier de ces éléments naît un droit de propriété au profit du fiduciaire, le second engendre un droit de créance au profit du *fiduciæ dans*. Cette situation suscite une série de conséquences qui sont conformes aux principes, soit dans les rapports des parties entre elles, soit dans leurs rapports avec les tiers. Mais à côté de ces conséquences logiques, et en opposition avec elles, il se trouve une série de solutions de faveur au profit du *fiduciæ dans* et au détriment du fiduciaire, soit qu'on envisage leur situation respective, soit que l'on considère leurs relations avec les tiers. Ce sont ces deux séries de décisions opposées qui se présentent à notre examen.

1. *Conséquences logiques.* — *a.* Examinons-les d'abord dans les rapports des parties entre elles.

Le fiduciaire qui acquiert la propriété par suite de la *datio* solennelle, acquiert aussi la possession de la *res fiduciaria*. C'est sans aucun motif que M. Geib (1) a

1. *L. c.*, n. 0, p. 114.

songé à prétendre le contraire (1) ; aucun texte, il est vrai, n'est formel en notre faveur, mais notre opinion est conforme aux principes, et il n'y a non plus aucun document dans le sens de l'opinion contraire : à la vérité la table de bronze trouvée en Bétique en 1867, qui rapporte un exemple de mancipation fiduciaire, ne contient pas la mention d'une remise de la possession, d'une *vacuæ possessionis traditio*. M. Gide (2) explique ce silence par ce fait que la mancipation fiduciaire n'étant qu'une sorte d'affectation hypothécaire, le créancier fiduciaire n'avait pas besoin de posséder le bien qui lui était donné à titre de sûreté ; mais nous pensons plutôt, avec M. Degenkolb (3), que la seconde table de diptyque Espagnol qui a été perdue devait contenir la mention de cette clause ou mieux la mention d'un *precarium* ou d'une *locatio* qui la rendait inapplicable ; car si la *vacuæ possessionis traditio* avait eu lieu, elle aurait été mentionnée, dans la partie de l'inscription qui relate l'accomplissement de la *datio* plutôt que dans celle qui énumère les clauses du *pactum fiduciæ*.

De ce que l'opération fiduciaire engendre un droit réel au profit du fiduciaire, il résulte qu'elle offre le caractère de l'indivisibilité ; ce résultat nous est attesté par la loi 10, Dig., 20.2. *In quibus causis pignus... tacite...*, et par la loi 8, § 2, Dig., 13, 7. *De pig. actione* : le premier de ces textes

1. Nous aurons à revenir sur cette opinion et sur les textes qu'elle invoque dans l'étude de la *fiducia cum creditore*.

2. *L. c.*, n. 34, p. 81.

3. *L. c.*, n. 35, p. 133, 169 à 171.

est tiré du livre 6 des *Digestes de Scævola*, et le second du livre 35 de Pomponius *ad Sabinum*, deux livres que M. Lenel (1) considère comme devant être rapportés exclusivement à la fiducie ; ils sont donc interpolés. La loi 10, Dig., 20, 2, suppose qu'une transaction étant intervenue entre l'héritier d'un tuteur et l'héritier d'un pupille, le premier après avoir payé la plus grande partie de la dette a donné pour sûreté du reste au créancier un bien en fiducie ; le consultant demandait si dans le cas où il ne serait point satisfait à la transaction, la *res fiduciaria* était valablement obligée pour assurer l'exécution du contrat originaire qui avait affecté les biens du tuteur au paiement du pupille : Scævola a répondu que la *res fiduciaria* était valablement obligée pour toute la dette du tuteur. Dans la loi 8, § 2, Dig., 13, 7, Pomponius remarque que, dans le cas où la dette pour sûreté de laquelle une fiducie a été constituée n'a été payée qu'en partie, le bien donné en fiducie reste engagé tout entier pour le reste : la fiducie est donc indivisible « *est tota in toto, et tota in qualibet parte* ».

Un texte important se rapporte encore à la situation respective que l'opération fiduciaire fait aux parties ; c'est la loi 45, Dig., 50, 17. De *reg. juris* qui est extraite du livre 30 d'Ulpien *ad Edictum* ; — il est impossible de la rapporter raisonnablement au dépôt, dès lors elle

1 Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. — Table A, n. 43 39 ; et 51 et 57.

se réfère à la fiducie, comme l'a démontré M. Lenel (1) ; d'ailleurs l'application de ce texte à la fiducie a été depuis longtemps reconnue par les vieux auteurs (2). Ce fragment nous donne une solution certaine parce qu'elle est reproduite dans un texte non contesté (Paul, II, 13, § 3) : le *fiduciæ dans* ne peut pas vendre la *res fiduciaria* au fiduciaire. La raison de cette règle n'est pas que le *fiduciæ dans* a cessé d'être propriétaire de la *res fiduciaria* ; car la vente de la chose d'autrui est valable (loi 28, Dig., 18, 1 De *contrat. emptione*) ; et ce principe conduit même Paul (II, 13, § 3) à décider que le *fiduciæ dans* peut vendre la *res fiduciaria* à un tiers ; mais le motif réside dans cette règle qu'on ne peut pas acheter une chose dont on est déjà propriétaire ; c'est à la nullité de cette vente de la *res fiduciaria* au fiduciaire par le *fiduciæ dans*, ou peut-être à l'inefficacité du *pactum de non distrahendo* dans la *fiducia cum creditore*, que M. Lenel rapporte le § 1 de notre loi 45 Dig., 50, 17 ainsi conçu : « *Privatorum conventio juri publico non derogat.* » — Ainsi la vente que le *fiduciæ dans* ferait au fiduciaire de la *res fiduciaria* est nulle.

Il y a cependant un texte qui semble à première vue contredire ce principe : c'est la loi 34, Dig., 13. 7 De *pign. actione*, qui est empruntée au livre des Réponses de Marcellus ; ce fragment raisonne sur l'hypothèse d'un *pignus*, mais M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* (3) re-

1. L. c., n. 18, p. 113.

2. L. c., n. 36, 37 et 38.

3. Cf. Table des textes interpolés de Lenel, Table A, n. 23.

marque qu'il y a une preuve certaine que ce mot a été interpolé et substitué par Tribonien à *fiducia* que Marcellus avait dû écrire; en effet, une ligne à peine après le passage où figure le mot *pignus* on trouve les mots « *ut distraheret eam creditor* »; ce féminin ne peut être rapporté qu'à la *fiducia*. Ce texte suppose que Titius qui est créancier de Sempronius a reçu de lui une *res fiduciaria*; Titius n'étant pas payé à l'échéance se disposait à la vendre pour se venger sur le prix, mais le débiteur a invité le créancier à acheter lui-même le fonds qu'il avait en fiducie moyennant un certain prix, et lui a écrit une lettre dans laquelle il marquait à Titius qu'il lui vendait ce fonds; on demandait si le débiteur pouvait faire annuler cette vente en offrant le capital et les intérêts de sa dette; Marcellus a répondu qu'il ne le pouvait pas. Cette solution ne se trouve-t-elle pas en opposition directe avec le principe posé par Ulpien dans la loi 45, Dig., 50, 17 et par Paul dans ses Sentences, II, 13, § 3? En aucune façon: en effet le principe « *debitor creditori vendere fiduciam non potest* » n'a pas pour motif, comme l'a dit à tort M. Rudorff (1), l'impossibilité juridique dans laquelle se trouve le débiteur qui a déjà cessé d'être propriétaire de la *res fiduciaria*, d'opérer une seconde mancipation; la preuve que ce motif est inexact, c'est que le débiteur peut consentir une vente de la *res fiduciaria*, à un tiers; la raison d'être du principe repose sur une règle de bon sens formulée par Pomponius « *suæ rei emptio non*

1. L. c., n. 3, p. 60.

valet » ; le fiduciaire ne peut pas acheter une chose dont il est déjà propriétaire ; or, dans l'hypothèse prévue par la loi 34, Dig., 13. 7 le créancier non payé était prêt à vendre la *res fiduciaria* à un tiers et à se dessaisir de la propriété à son profit ; dès lors peu importe qui sera l'acheteur de cette *res fiduciaria*, pourquoi ne pourrait-ce pas être le fiduciaire lui-même ? Voilà une considération de fait qui devait conduire en équité à repousser la demande de nullité émanée du débiteur : l'accueillir dans cette demande, ç'eût été favoriser sa mauvaise foi ; du reste en droit l'opération pouvait s'analyser et se dédoubler de la façon suivante : par suite de l'accord des parties le *fiducio* dans était censé avoir recouvré sinon la propriété, qui ne peut dériver ici que d'une *datio* solennelle, mais du moins la possession de la *res fiduciaria*, il y avait là dès lors un élément de la vente qu'il pouvait consentir au fiduciaire comme à un tiers quelconque ; la possibilité de cette vente rendait ainsi inutile une *impe-tratio possessionis* de la part du créancier fiduciaire.

Examinons maintenant les conséquences des principes dans les rapports des parties avec les tiers.

Comme c'est le fiduciaire qui est propriétaire, c'est lui qui peut exercer contre les tiers les actions relatives à la *res fiduciaria*, notamment l'action en revendication (Paul, V, 26, § 4) ; Paul nous présente cette solution qu'il donne à propos du créancier fiduciaire comme une différence de situation entre ce créancier et le créancier gagiste ; en effet, celui-ci n'a pas la propriété, mais seulement la possession *ad interdicta*.

Le fiduciaire a seul la *condictio furtiva* : M. Voigt (1) cite à ce propos plusieurs textes (loi 12, § 2, Dig., 13, 1. *De condict. furt.*; loi 1, Dig., 13, 1 ; loi 14, § 16, Dig. 47, 2, *De furtis*; loi 18, Dig., 25, 2. *De act. rerum amotar*); à la vérité, les solutions données par ces textes sont conformes aux principes, mais M. Voigt est seul à admettre qu'ils se rapportent à la fiducie par exclusion, de toute autre institution (1), et il ne fait rien en vue de justifier son opinion. Mais nous avons un texte qui se réfère à ce sujet parce qu'il est certainement interpolé : en effet, il émane du livre 30 d'Ulpien *ad Edictum*, et il est absolument impossible de le rapporter au dépôt ; c'est la loi 22, Princ., Dig., 13, 7. *De pign. act.* ; ici d'ailleurs M. Lenel et M. Voigt sont d'accord pour la rapporter à la fiducie. Ce texte nous montre mises en mouvement par le fiduciaire l'*actio furti* et la *condictio furtiva* ; puis supposant que c'est le débiteur, le *fiduciæ dans*, qui a lui-même volé la *res fiduciaria*, Ulpien le traite comme un véritable tiers, et donne à ce propos une solution intéressante que nous allons faire connaître dès maintenant, bien qu'elle se rattache peut-être mieux à l'étude de la *fiducia cum creditore* : notre loi 22 prévoit d'abord l'hypothèse où la *res fiduciaria* a été volée par un tiers ; le créancier fiduciaire intente l'*actio furti* contre le voleur ; Papinien décide qu'il doit imputer tout ce qu'il a touché à cette occasion sur ce qui lui est dû ; il en est de même quand, au lieu d'avoir intenté l'*actio furti*, le créancier a

1. *L. c.*, n. 16. Cf. Table de concordance Lenel-Voigt, Table B, §. n. 13, 14, 19, 20.

intenté la *condictio furtiva* et cela à plus forte raison, « *multo magis* », puisque cette action est *rei persécutoire*, tandis que l'*actio furti* est pénale ; puis le jurisconsulte envisage le cas où c'est le *fiduciæ dans* lui-même qui a volé la *res fiduciaria* ; dans ce cas ce que le fiduciaire aura pu toucher du *fiduciæ dans* en intentant l'*actio furti* ou la *condictio furtiva* devra-t-il être imputé sur la dette ? tout le monde, nous dit Ulpien, est de l'avis de Papinien pour décider la négative. Il semble donc qu'il y ait là une contradiction ; cependant la différence qui est faite entre les deux hypothèses peut s'expliquer : si, dans le cas où c'est le *fiduciæ dans* lui-même qui a volé la *res fiduciaria*, le montant de la condamnation devait être précompté sur le paiement de la dette, le *fiduciæ dans* échapperait ainsi à la peine qu'il doit subir parce qu'il l'a méritée, il n'y a aucune raison pour qu'il soit traité plus favorablement qu'un tiers quelconque ; il doit donc, comme ce dernier, subir la condamnation ; seulement il résulte de cette idée et de la solution logique qui en découle et qui nous est indiquée par le texte que le fiduciaire aura avantage à ce que la *res fiduciaria* soit volée par le *fiduciæ dans* lui-même plutôt que par un tiers quelconque, car dans ce cas il obtiendra plus. Le § 1 de notre loi 22, Dig., 13, 7 contient une décision analogue pour le cas où le créancier fiduciaire, qui de bonne foi a reçu du débiteur un bien en fiducie, a été contraint par la violence à lui remettre ce bien et a intenté pour le recouvrer l'*actio quod metus causa* qui lui a fait obtenir le quadruple à titre de peine pesant sur l'auteur de la violence. Telles sont les conséquences logi-

ques que le fiduciaire retire de sa situation de propriétaire.

Considérons maintenant les solutions que nous donnent les textes en ce qui concerne la situation du *fiduciæ dans* qui a perdu la propriété par l'effet de la *datio*.

Tout d'abord, comme nous l'avons déjà vu, il peut vendre la *res fiduciaria* à tout autre qu'au fiduciaire (Paul, II, 13, § 3); seulement la vente ne produira son effet complet, ainsi que le remarque Paul, qu'à partir du moment où le *fiduciæ dans* ayant payé sa dette au créancier fiduciaire aura obtenu de lui une *remancipatio* qui le mettra à même d'opérer lui-même la livraison de la chose vendue à son acheteur.

Une *dos æstimata* est aussi possible, comme le remarque M. Rudorff (1), elle vaudra au même titre qu'une vente. Ce fait nous est attesté par la loi 49, § 1, Dig., 24,3. *Solutio matrimonio dos...*; ce texte, il est vrai, nous parle d'un « *fundus æstimatus in dotem datus qui..... ex causa pignoris ablatus est* »; mais tous les interprètes sont d'accord pour reconnaître l'interpolation de *pignoris* pour *fiduciæ* (2); en effet, notre loi 49 est reproduite littéralement du § 94 des *Fragmenta Vaticana*, extrait lui aussi du livre des Réponses de Paul, sauf précisément en ce qui concerne le mot *pignoris*; le § 94 *Frag. Vatic.* nous parle d'un *fundus æstimatus in dotem datus qui..... ex causa fiduciæ ablatus est*; l'interpolation du *pignoris* dans notre

1. *L. c.*, n. 3, page 60.

2. Cf. Table des textes interpolés de Lenel. Table A, n. 34. Cf. aussi M. Mommsen, édition du Digeste, 1886, page 324, note 15.

loi 49, Dig., 24,3, est donc évidente. Un père a donné en dot à sa fille un fonds avec estimation de sa valeur ; le mari en a été évincé par un créancier antérieur à la constitution de dot à qui le père l'avait donné en fiducie ; on demandait si la fille, qui dans l'espèce n'était pas héritière de son père, et n'était pas par suite tenue de ses obligations, était recevable à répéter l'estimation de ce fonds à son mari ; Paul a répondu que si le fonds a été évincé sans fraude ni faute du mari, celui-ci pouvait repousser la prétention de sa femme par une exception fondée sur la mauvaise foi, attendu que le fait du père qui a constitué à sa fille une dot sujette à éviction, ne peut nuire qu'à cette fille.

De ce que le *fiduciæ* dans a perdu la propriété de la *res fiduciaria*, il résulte qu'il ne peut pas la léguer *per vindicationem*, c'est ce que nous apprend Paul (III, 6, § 69), « *his scilicet exceptis qui fiduciæ dati sunt* ».

De ce qu'il en a perdu la possession, il résulte que c'est le fiduciaire qui a seul droit aux fruits : mais telle n'est pas l'opinion de tous les auteurs, la question met en jeu un assez grand nombre de textes, et elle ne pourra être examinée qu'à propos de la *fiducia cum creditore*.

2. *Des solutions déroatoires aux principes.* — Les décisions que les textes viennent de nous donner sont en opposition avec certaines autres solutions qui nous sont aussi fournies par les sources. Il y a même des documents qui paraissent les contredire formellement.

De ce nombre se trouve notamment la loi 181, Dig., 50, 16, *De verb. signif.*, qui émane du livre 35 de *Pomponius ad*

Sabinum, et qui dès lors, suivant l'opinion de M. Lenel (1), doit être rapportée à la fiducie : d'après ce texte, le terme *pertinere*, appartenir, est d'une signification très étendue ; il ne s'étend pas seulement aux choses qui font partie de notre domaine et à celles que nous possédons à quelque titre que ce puisse, quoiqu'elles ne soient pas en notre domaine, mais aussi à tout ce qui n'étant pas encore en notre domaine ni en notre possession, est néanmoins susceptible d'y venir. Ainsi la *res fiduciaria* continuerait à appartenir au *fiduciæ dans*. C'est dans ce sens que Gaius (II, § 61) qualifie aussi de *dominus* celui qui a fait la *prædiorum subsignatio* par mancipation fiduciaire. Sans doute cette manière de voir n'est pas complètement erronée ; car c'est de cette façon seulement que l'on peut expliquer l'existence et le fonctionnement de l'*usu-receptio*, mais cette conception dérive bien plutôt du sentiment pratique de la conscience publique que du sentiment du droit ; en réalité, elle est même contraire à la vérité juridique : ce qui le prouve ce sont d'abord les principes ; c'est en outre Gaius (II, § 59) qui nous dit « *adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit* » ; c'est enfin la loi 181 Dig., 50, 16 elle-même, car elle range parmi les choses desquelles on peut dire qu'elles nous appartiennent, *pertinere*, même celles dont nous n'avons pas la propriété « *quamvis non sint nostri domini* », mais dont nous avons l'espoir de pouvoir un jour recouvrer cette propriété « *sed esse possint* » ; le *fiduciæ dans* est précisément dans ce cas.

1. Cf. Table des textes interpolés de Lenel, Table A. n. 42.

Un passage de la table fiduciaire Espagnole semblerait pourtant faire croire à première vue qu'à l'arrivée du paiement de la dette la propriété repassera de plein droit sur la tête du débiteur qui a mancipé son bien *cum fiducia*, « *usque eo is fundus... pecunia persoluta...* » ; mais il n'en est rien, et comme le remarque M. Gide (1), « pour détruire les effets de la première mancipation, il ne faudra rien moins qu'une mancipation nouvelle ; le débiteur n'aura donc que l'action personnelle de fiducie pour obtenir du créancier cette remancipation ».

Cette vérité juridique nous est apparue dans toutes les conséquences que nous venons d'étudier ; c'est elle aussi qui nous a fait comprendre pourquoi la faute du fiduciaire était appréciée seulement *in concreto*, même après que la conception de la faute *in abstracto* avait été connue de la jurisprudence Romaine. C'est au contraire l'instinct et la tendance de la pratique à considérer le *fiduciæ dans* comme ayant conservé un certain droit sur la *res fiduciaria* qui nous a expliqué l'*usureceptio*, et qui va encore nous expliquer les solutions suivantes, qui sont des solutions de faveur, ou qui lorsqu'elles ne sont pas telles en réalité semblent du moins en apparence présenter ce caractère ; du reste s'il est vrai, comme nous l'avons déjà dit, que le plus souvent elles interviennent dans l'intérêt du *fiduciæ dans*, il faut reconnaître aussi que quelquefois le jeu des principes contraint à les faire fonctionner dans l'intérêt du fiduciaire.

1. L. c., n. 34, page 86.

α. C'est précisément ce qui se présente à propos de la question de savoir qui, du fiduciaire ou du *fiduciæ dans*, supporte les risques de perte ou de détérioration de la *res fiduciaria*, le seul point qui se présente ici comme solution dérogatoire au droit commun dans les rapports des parties entre elles. Cette question est d'ailleurs controversée : M. Büchel (1) fait supporter les risques au fiduciaire en vertu du principe, « *casum sentit dominus*, » mais M. Dernburg (2) se prononçait déjà contre cette opinion, ainsi que M. Pernice (3). M. Lenel (4) a démontré depuis que les risques n'étaient pas à la charge du fiduciaire ; cette solution résulte incontestablement de la loi 22, *Princ. Dig.*, 13, 7. *De pign. act.*, qui émane du livre 30 d'Ulpien *ad Edictum*, et qui se rapporte à la fiducie, ainsi que nous venons de le voir : le jurisconsulte nous dit dans ce fragment que le créancier fiduciaire doit imputer sur la dette le produit de l'*actio furti* alors même que le vol est arrivé par sa faute ; cette décision ne peut avoir de sens que si au cas de vol qui n'est pas arrivé par la faute du créancier le risque est supporté par le *fiduciæ dans* ; le fiduciaire n'a donc à sa charge que les risques qui proviennent de sa faute, et non les risques proprement dits qui résultent des cas fortuits ; tel est le raisonnement, irréfutable, pensons-nous, que tient M. Lenel.

1. *L. c.*, n. 24, page 38.

2. *L. c.*, n. 14, page 14.

3. *L. c.*, n. 4, tome II, 265.

4. *L. c.*, n. 18, pages 109 et 110.

β. Envisageons à présent la situation des parties vis-à-vis des tiers. Nous trouvons à ce propos dans les textes des décisions de faveur pour le *fiduciæ dans*.

Paul (III, 6, § 69) nous a fait savoir que le *fiduciæ dans* ne pouvait pas léguer la *res fiduciaria per vindicationem* ; mais dans un autre passage (III, 6, § 16) le même jurisconsulte se place en présence d'une hypothèse un peu différente : tandis que tout à l'heure il supposait que le legs était fait après que la *res fiduciaria* avait déjà été donnée en fiducie, ici au contraire il prévoit le cas inverse où la *res fiduciaria* avait déjà fait l'objet d'un legs avant d'être donnée en fiducie, et il décide que la *datio cum fiducia* de la chose léguée ne doit pas être considérée comme entraînant la révocation du legs, « *rem legatam testator si postea pignori vel fiduciæ dederit ex eo voluntatem mutasse non videtur* » ; cette solution ne peut s'expliquer que par la conception d'après laquelle le *fiduciæ dans* est regardé comme ayant conservé un certain droit sur la *res fiduciaria* ; elle est en harmonie avec la loi 181, Dig., 50, 16, qui répute comme nous appartenant encore même les biens qui ne sont plus en notre domaine, mais qui sont susceptibles d'y revenir un jour ; tel est bien le cas ici, celui qui a donné en fiducie le bien qu'il avait déjà légué a l'espoir de pouvoir tôt ou tard en recouvrer la propriété ; la *datio* de ce bien *cum fiducia* n'est donc pas suffisante pour indiquer un changement de volonté et une révocation de la part du testateur. Ce texte de Paul (III, 6, § 16) pourrait peut-être s'entendre uniquement du legs *per damnationem* ; il s'expliquerait alors très simplement, car il

serait conforme aux principes généraux : le *fiduciæ dans*, en effet, peut léguer *per damnationem* la *res fiduciaria*, de même qu'il pourrait également léguer toute autre chose appartenant à autrui. Mais il est tout à fait large, et doit être appliqué à toute espèce de legs, même au legs *per vindicationem* : d'ailleurs le § 16 n'est pas en contradiction manifeste avec le § 69, III, 6 ; Paul, en effet, dans le § 16 nous dit seulement que la *datio cum fiducia* de la chose léguée ne révoque pas le legs, voilà tout ; mais il ne se prononce pas sur le point de savoir si ce legs sera valable ; cette question recevra une solution que dicteront les circonstances, ici les principes reprennent leur empire ; si donc le *fiduciæ dans* a recouvré avant sa mort la propriété du bien donné en fiducie, le legs produira tous ses effets, il suffit en effet pour que le legs *per vindicationem* soit valable que le testateur ait été propriétaire de la chose léguée à l'époque de la confection du testament et à l'époque de sa mort, « *media tempora non nocent* » (Gaius, II, § 196) ; si, au contraire, le *fiduciæ dans* n'a pas recouvré la propriété de la *res fiduciaria* avant sa mort, le legs *per vindicationem* bien que n'ayant pas été révoqué sera nul en définitive.

Une autre solution en faveur du *fiduciæ dans* nous est encore indiquée en matière de legs (Gaius, II, § 220) : le *fiduciæ dans* peut léguer valablement la *res fiduciaria per præceptionem*, bien qu'il s'agisse d'une *res aliena* ; et ce legs peut être fait au profit d'un cohéritier d'après l'opinion des Sabinien, ou même au profit d'un tiers quelconque d'après l'opinion des Proculien (Gaius, II, § 218 et 219).

Voilà des décisions qui sont extensives des droits du *fiduciæ* dans. En sens opposé, les sources ne nous font connaître aucune solution restrictive des droits du fiduciaire. Puisqu'il est propriétaire en vertu de la *datio solennelle*, il peut vendre la *res fiduciaria*, la donner en dot, la léguer, l'aliéner, en un mot se comporter en maître à son égard. Certains auteurs ont voulu cependant lui refuser le droit de la léguer ; ils prétendent s'appuyer sur la loi 9, § 2, Dig., 33. 10. *De suppellect. legata*, qui est extraite du livre 7 des Réponses de Papinien, le jurisconsulte nous dit « *suppellectili sua omni legata acceptum argentum pignori non continebitur, quia suppellectilem suam legavit...* » MM. Voigt (1) et Geib (2) considèrent ce texte comme interpolé et comme se rapportant non au *pignus*, mais à la *fiducie* ; M. Lenel n'admet cette interpolation qu'avec une grande réserve ; quant à nous, nous la repoussons absolument ; tout d'abord ce meuble d'argent qui ne serait pas compris dans le legs de tout le mobilier, ne peut pas avoir été donné en *fiducie* par suite d'une *mancipatio*, car il est une *res nec mancipi* ; à la vérité on pourrait à la rigueur songer à une *in jure cessio*, mais celle-ci est bien peu concevable, les mots *acceptum argentum*.... indiquent eux-mêmes qu'il n'y a eu qu'une remise de la possession ; M. Geib (3) l'a si bien compris qu'il

1. Cf. Table de concordance Lenel-Voigt, et Table des textes interpolés de Lenel, Table B, β. n, 7 ; et Table A, n. 26.

2. *L. c.* n. 16 et 20.

3. *L. c.* n. 20, p. 140, note 2.

en tire argument pour admettre comme possible la *traditio eum fiducia*, théorie dont nous avons déjà démontré la fausseté ; en outre, le motif de la décision donné par Papinien serait incompréhensible si on rapportait celle-ci à un meuble donné en fiducie, car le jurisconsulte nous dirait que si le meuble n'est pas compris dans le legs de tout le mobilier, c'est parce que le testateur a légué les meubles et non ceux d'un autre, cette raison ne peut se comprendre que relativement à un meuble que le testateur avait, pour sûreté d'une créance, reçu en gage, et non en fiducie ; enfin MM. Voigt et Geib n'indiquent aucun argument pour établir l'interpolation et leur opinion est en contradiction avec les principes : toutes ces raisons nous conduisent à reconnaître que cette loi, 9, § 2, telle qu'elle est insérée au Digeste, est un texte authentique.

Il y a encore un texte relatif au même sujet, et qui semblerait à première vue restreindre aussi les droits du fiduciaire en ce qui touche son droit de disposition de la *res fiduciaria* par voie de legs ; c'est la loi 68, pr. Dig. 32. *De legatis et fideicom.*, extraite du livre 1 des Réponses d'Ulpien, que M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* rapporte à la fiducie, non toutefois sans hésitation (1) : Ulpien commence par nous dire que le créancier peut léguer ou laisser à titre de fidéicommiss la *res fiduciaria*, mais il ajoute « *salvo scilicet jure debitoris* » ; cependant ce texte n'a pas, croyons-nous, la portée qu'il semble avoir ; il est susceptible de deux significations différentes ; par

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 60.

les mots *salvo scilicet jure debitoris* Ulpien a pu vouloir dire simplement que le *fiduciæ dans* pourra, en intentant l'*actio fiducie directa*, demander compte aux héritiers du fiduciaire de l'aliénation par voie de legs qu'il a opérée, et qui a ainsi engagé sa responsabilité ; ou bien ces expressions peuvent être entendues en ce sens que le *fiduciæ dans*, malgré le legs pourra *usurecipere* la *res fiduciaria*, de telle sorte que le legs bien que parfaitement valable en droit, sera complètement inefficace en fait ; quelle que soit l'interprétation préférée, ce « *salvo scilicet jure debitoris* » ne fait à notre avis allusion qu'aux rapports du débiteur avec son créancier fiduciaire, nullement à ses rapports avec les tiers.

Telle est la situation que l'opération fiduciaire fait aux parties. Comment expliquer les solutions qui s'écartent des principes, telles que l'*usureceptio*, la théorie des risques, et les décisions de faveur pour le legs fait par le *fiduciæ dans* ? Sans doute par l'idée que nous avons déjà indiquée, et d'après laquelle le sentiment de la conscience publique a servi à tempérer la rigueur du droit à une époque où celui-ci abandonnait toute la sanction à la loyauté des particuliers ; mais comment concevoir que cette idée ait pris naissance, et surtout qu'elle ait persisté avec ses diverses conséquences dérogatoires du droit commun, même après que la fiducie eut reçu une sanction légale ? C'est que dans cette opération toute d'intention on se laissa entraîner par un penchant naturel en considération du but matériel de l'acte conclu *fiduciæ causa* à reconnaître des solutions appropriées à ce but, plutôt qu'à

la vérité juridique ; c'est qu'en effet la fiducie est un acte qui repose essentiellement sur la bonne foi. C'est ce caractère qui a exercé une si grande influence sur l'ensemble du droit romain qui va maintenant être l'objet de notre examen.

CHAPITRE IV

INFLUENCE DE LA FIDUCIE SUR L'ENSEMBLE DU DROIT.

A. — Origine des actions de bonne foi.

B. — Origine des contrats réels.

A. — Origine des actions de bonne foi.

I. Notions préliminaires. — II. Age de l'*actio fiduciæ*. — III. Influence de l'*actio fiduciæ* sur l'origine des actions de bonne foi.

BIBLIOGRAPHIE

1. Girard. Nouvelle revue historique, tome 7. Les stipulations de garantie, p. 539, note 1.
2. Keller. De la procédure civile et des actions chez les Romains, trad. Capmas, § 17, pag. 67 à 73.
3. Ihering. L'esprit du droit romain, trad. de Meulenaere ; tome 4, § 64, pag. 195 à 199.
4. Voigt. Das jus naturale, tome 3, pag. 221.
5. Bernhöft. Staat und Recht der römischen Königszeit, pag. 173.
6. Bekker. Die Aktionen. tome 1, pag. 157, 311 et suiv.
7. Bechmann. Der Kauf, tome 1, pag. 467, 468, texte et note 2, — 505 et suiv.

8. Demelius. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 2, Plautinische Studien, pag. 177 et suiv.
9. Rudorff. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 11, Ueber die bætische Fidurciartafel, pag. 61.

I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

C'est dans la fiducie qu'est née l'idée de *Bona fides*; aussi est-ce là que l'on trouve l'origine des actions *bonæ fidei*. Mais il convient d'établir et de justifier ce point. Cette question se divise en deux branches: quel est l'âge exact de l'*actio fiduciæ* et quelle influence a-t-elle exercé sur l'origine des actions *bonæ fidei*? Ainsi notre étude sera dédoublée. Une remarque commune s'applique à chacun de ces deux points de vue: c'est que dans la recherche de la vérité pour l'une ou pour l'autre branche de cette étude, nous trouverons un guide très sûr dans un rapprochement constant entre la fiducie et la vente: celle-ci est de l'avis de tous les interprètes le premier contrat consensuel de bonne foi qui ait été connu des Romains; la fiducie n'est pas un contrat, mais seulement un pacte adjoint à une *datio*; mais nous verrons que c'est elle qui a engendré dans le droit l'idée de *Bona fides*; puis nous demandant pourquoi il en a été ainsi et pourquoi cette idée ne pouvait pas trouver ailleurs sa première racine, nous aurons à rechercher comment la fiducie a pu susciter la naissance des contrats de bonne foi,

en luttant contre l'idée du droit strict qui avait seule régné en maîtresse jusque-là.

II

AGE DE L'*actio fiduciæ*.

1. — *A quelle date l'ACTIO FIDUCIÆ est-elle apparue dans l'histoire?* — Le premier élément de solution de cette question, c'est l'accord dans lequel sont tous les interprètes pour reconnaître que l'*actio fiduciæ* est la première action de bonne foi. On justifie en général cette opinion par la remarque que la formule de l'*actio fiduciæ* contient, au lieu des mots relativement récents « *ex bona fide* », une phrase antique « *Ut inter bonos bene agier* » ; on pourrait peut-être en outre tirer argument dans le même sens de ce fait que les documents les plus anciens qui donnent l'énumération des actions de bonne foi placent au premier rang l'*actio fiduciæ* (Cicéron, *Pro Roscio com.*, ch. 6, § 16 ; *Lex Julia municipalis*, ligne 112 ; Bruns, *Fontes juris Romani*, 5^e édit., page 107). D'un autre côté on est aussi d'accord pour reconnaître dans l'*emptio venditio* le premier contrat de bonne foi. De ces deux propositions à peu près certaines, il résulte que l'*actio fiduciæ* a précédé l'*actio empti* et l'*actio venditi* ; mais ces remarques sont encore impuissantes à nous faire assigner une date à l'*actio fiduciæ*. Celle-ci existait dès l'époque de la loi des Douze Tables pour la doctrine qui voit dans cette loi l'origine en

même temps que la sanction de la fiducie ; mais nous avons démontré que cette opinion était fausse. Dès lors le seul procédé de recherches que nous puissions employer en vue de découvrir l'âge de l'*actio fiduciæ*, c'est de résoudre le point de savoir quand et comment est née l'*actio empti* ; de là par voie de conséquence nous arriverons à trouver l'époque à laquelle il convient de placer, tout au moins d'une façon approximative, la naissance de l'*actio fiduciæ*, puisqu'elle a précédé toutes les autres actions comme *judicium bonæ fidei*. C'est grâce au même procédé de recherches qu'il nous sera possible de nous rendre compte de la façon dont l'*actio fiduciæ* a exercé son influence sur la création des autres actions de bonne foi.

2. *A quelle époque la vente a-t-elle donc été connue des Romains?* — Deux opinions principales sont en présence. Pour certains auteurs la vente a été connue dès l'époque des actions de la loi et de la loi des Douze Tables ; cette théorie cadrerait à merveille avec la doctrine que nous avons repoussée et d'après laquelle la fiducie daterait, elle et sa sanction, de cette même époque ; elle est soutenue notamment par M. Keller (1) qui la défend au moyen de sa distinction célèbre, mais fausse, des *judicia* et des *arbitria* ; d'après cet auteur la *judicis seu arbitri postulatio* aurait sanctionné toutes les actions qui par la suite furent rangées parmi les *judicia bonæ fidei* ; ce système est tout à fait insoutenable, il échoue complètement

1. *L. c.*, n. 2.

devant le § 20, IV de Gaius, dans lequel le jurisconsulte nous dit qu'on cherche en vain le motif pour lequel les lois *Silia* et *Calpurnia* ont introduit la *condictio*, puisqu'avant ces lois on pouvait déjà agir par la voie du *sacramentum* ou de la *judicis postulatio*; ainsi s'exprime Gaius, c'est donc que la *judicis postulatio* ne sanctionnait que des actions du droit strict, puisque comme nous l'apprend ce texte, elle a vu s'établir à côté d'elle et en vue de sanctionner les droits, qu'elle sanctionnait déjà une action qui à coup sûr a toujours appartenu au droit strict le plus pur, la *condictio*.

On est donc amené forcément à se ranger du côté de la seconde opinion, qui a pour elle des interprètes importants par leur nombre et leur autorité : la vente n'a été connue qu'à une époque relativement récente; telle est notamment la doctrine de M. d'Ihering (1). Mais avant qu'elle fut connue comme vente proprement dite, on usa de procédés différents de ceux qui furent plus tard connus pour satisfaire aux exigences pratiques. Tels sont les principes de cette théorie; mais ses partisans se divisent eux-mêmes gravement dès qu'il s'agit d'envisager ces principes dans leur application. Nous sommes donc en face de deux questions qu'il convient d'examiner uniquement pour indiquer la solution qui doit être donnée à chacune d'elles sans nous arrêter du reste à la discussion, parce qu'en effet elles nous écartent un peu de notre sujet, bien qu'elles ne soient ni l'une ni l'autre indifférentes à la

1. *L. c.*, n. 3.

question traitée ici : l'âge de l'*actio fiduciæ*, et son influence sur l'origine des actions de bonne foi. Tout d'abord comment, avant que la vente proprement dite, l'*emptio venditio*, ait été connue, fut-il pourvu aux besoins du commerce ? Et ensuite quand l'*emptio venditio* en vint-elle comme telle à l'état de conception juridique ?

α. Comment donc fut-il satisfait aux nécessités de la pratique, avant l'introduction de l'*emptio venditio* dans la vie juridique ? Ce point donne lieu à de graves dissentiements entre les auteurs. D'après M. Voigt (1), tout reposait sur la loyauté des mœurs avant l'époque où vint la sanction légale. Pour d'autres, comme M. Bernhöft (2), la vente aurait été un contrat réel avant de devenir un contrat consensuel : la vente Romaine aurait eu de la sorte une destinée historique analogue à celle de la vente Germanique. Enfin d'après une doctrine plus répandue, à laquelle nous nous rallions, la vente a été d'abord réalisée au moyen de deux stipulations réciproques : tel est notamment l'avis de M. Girard (3) qui indique les diverses opinions et leurs différents adhérents, et auquel nous empruntons le résumé de toutes ces discussions. C'est aussi l'opinion de M. Bekker (4) et de M. d'Ihering (5) : ce dernier auteur démontre que la simplicité élémentaire

1. *L. c.*, n. 4.

2. *L. c.*, n. 5.

3. *L. c.*, n. 1.

4. *L. c.*, n. 6, tome 1, p. 157.

5. *L. c.*, n. 3.

des corps juridiques était un principe du très ancien droit romain ; et spécialement pour ce qui concerne les contrats, les Romains des premiers temps ne connurent que le principe de l'unilatéralité et ignorèrent complètement celui de la bilatéralité, celui-ci marque dans le droit un progrès relativement récent. Cependant les besoins de la vie et du commerce ne manquaient pas de recevoir leur satisfaction, et cela d'une façon très simple : grâce à l'emploi de deux contrats unilatéraux, on put pendant longtemps se passer de l'opération unique, qui plus tard constitua un contrat synallagmatique ; « le promettant, dit M. d'Ihering, pouvait empêcher que l'adversaire, profitant du caractère unilatéral de sa promesse, ne s'avisât d'en réclamer l'accomplissement avant de s'être exécuté lui-même ; il n'avait pour cela qu'à ajouter une condition à cette promesse, « *centum dare spondes, si equum dederim? equum dare spondes, si centum dederim?* » C'est uniquement de cette façon, et non de la façon que conçoit M. Mommsen à propos de sa prétendue *stipulatio fiduciæ*, que la violation de la foi donnée pouvait être empêchée légalement. Néanmoins ce n'était pas encore là une *emptio venditio* ; le nom de celle-ci dénote bien par lui-même qu'à une époque reculée il se décomposait en deux éléments unilatéraux ; partant l'introduction de l'*emptio venditio* devait réaliser un progrès considérable : les deux éléments unilatéraux devaient se fondre en un seul élément synallagmatique ; dès lors tandis que jusque-là on n'avait su qu'empêcher la mauvaise foi des contractants, on exigea désormais leur bonne foi ; auparavant la bonne foi était en

quelque sorte négative, dorénavant elle fut positive par suite des développements qu'elle engendra. Donnons quelques applications de cette idée, pour montrer l'importance du progrès réalisé : tout d'abord avec le système des deux stipulations réciproques, dans le cas où les parties avaient omis chacune de leur côté d'ajouter à leur promesse la condition dont parle M. d'Ihering, une *exceptio* était nécessaire pour paralyser la prétention de l'adversaire qui réclamait en refusant la prestation à laquelle il s'était engagé ; cette exception ne pouvait être que l'*exceptio doli* ; mais celle-ci est elle-même de date assez récente, soit qu'on la considère comme postérieure à l'*actio doli* qui est de 688 de Rome, soit même qu'on la tienne pour antérieure à cette action ; en outre, le juge de l'*actio ex stipulatu* ne pouvait tenir compte que de la faute *in faciendo*, et nullement de la faute *in omittendo* (Loi 91, Princ. Digeste, 45. 1. *De verbo obligationibus*) ; enfin le stipulant n'avait aucune espèce de réclamation à faire valoir du moment que l'exécution promise avait eu lieu, alors même que par suite de la mauvaise foi du débiteur, il n'avait en réalité retiré aucune utilité de l'exécution de l'obligation (Loi 7, § 3, Dig., 4. 3. *De dolo malo*). C'est l'introduction de l'idée de bonne foi dans les rapports juridiques qui a mis un terme à toutes ces conséquences fâcheuses de l'idée du droit strict.

β. Quand donc l'*emptio venditio* des Romains fut-elle connue comme contrat consensuel et de bonne foi, et par suite synallagmatique ? Plaute est le premier auteur qui nous parle de l'*emptio venditio* dans de nombreux

passages de ses comédies ; faut-il donc penser qu'elle remonte à son époque, au vi^e siècle de Rome ? Tel n'est pas l'avis de M. Bekker (1). D'après lui, l'*emptio venditio* est encore complètement inconnue à cette époque, elle est beaucoup plus récente ; et Plaute dans tous ses passages ne fait jamais allusion qu'à l'antique usage des stipulations réciproques. M. Bechmann (2) enseigne une doctrine intermédiaire : suivant cet auteur, Plaute aurait bien connu la vente comme contrat consensuel, mais non comme contrat synallagmatique et de bonne foi. L'auteur qui a le plus approfondi cette question est M. Demeilius (3) à l'opinion duquel nous nous rangeons : d'après cette opinion, Plaute a connu la vente à la fois comme un contrat consensuel et de bonne foi ; c'est donc au vi^e siècle de Rome que l'on peut placer la naissance de l'*emptio venditio* ; on peut invoquer en ce sens, outre les passages qui pourraient être extraits de presque toutes les comédies de Plaute, la loi 38, § 1, Dig. 19, 4, *De actionib. empti vend.* dans laquelle il nous est fait mention, à propos d'une question concernant la vente, d'une solution qui affirme hautement le caractère de bonne foi de ce contrat et qui émane des deux vieux jurisconsultes, Sextus Ælius et Drusus.

3. Dès lors, l'âge de l'*actio fiduciæ* peut être facilement trouvé. — Puisqu'elle est la première action de bonne foi,

1. *L. c.*, n. 6.

2. *L. c.*, n. 7.

3. *L. c.*, n. 8.

elle doit être antérieure aux *actiones empti venditi*, et pour ne pas hasarder une conjecture que l'on puisse accuser de témérité l'on peut dire que l'*actio fiduciæ* date au moins du temps de Plaute. Ce qui ne permet guère d'hésiter, c'est que Plaute est en effet le premier auteur qui nous parle de cette action (*Trinummus*, Acte 1, scène 2, vers 80),.. « *qui tuæ mandatus est fidei et fiduciæ...* »

Comment expliquer maintenant d'une part qu'il a dû en être nécessairement ainsi, que l'idée de *Bona Fides* ait trouvé sa source première dans la fiducie, et d'autre part que l'*actio fiduciæ* une fois créée ait pu aussi rapidement faire passer cette idée de bonne foi dans les autres rapports juridiques, et notamment dans l'*emptio venditio* qui fut connue presque à la même époque, puisque c'est le même auteur littéraire qui mentionne à la fois ce contrat et la fiducie ? C'est ce que nous allons voir ; mais il importait avant tout de poser les bases de la théorie que nous allons développer : si nous nous sommes écartés à dessein de la discussion qui nous aurait peut-être permis d'établir plus solidement ces bases, c'est d'abord que celles-ci ont été posées par d'autres, et notamment par M. Demelius, c'est ensuite que tout en ces matières repose plus ou moins sur des conjectures, et pour en sortir en vue de parvenir à une vérité vraiment scientifique, il nous aurait fallu pénétrer dans une étude qui eût de beaucoup dépassé le cercle de notre travail.

III

INFLUENCE DE L'ACTIO FIDUCIÆ SUR L'ORIGINE DES ACTIONS
DE BONNE FOI.

1. — *Comment se fait-il que ce soit dans la fiducie que soit née l'idée de Bona Fides?* — L'usage des stipulations réciproques avait suppléé à l'*emptio venditio*, avant l'époque où celle-ci fut connue comme contrat consensuel et de bonne foi. Mais c'était encore là du droit strict. Au contraire, l'usage de pareilles stipulations, nous l'avons vu, n'a jamais trouvé d'applications dans la fiducie, M. Mommsen est seul à émettre une opinion erronée qui ferait de la *stipulatio fiduciæ* une sorte de contrat de bonne foi ; que la *stipulatio* fasse partie du droit strict, et que la fiducie soit par nature, par essence même, un pacte et non un contrat, voilà deux points incontestables à nos yeux et qui suffisent pour condamner cette théorie. Le dernier de ces points suffirait aussi à lui seul à tenir en échec une opinion qui pourrait se produire et d'après laquelle la fiducie aurait pu se réaliser, comme la vente au moyen de stipulations du droit strict : la fiducie est un pacte, et d'ailleurs pourrait-on comprendre dans ce système qu'un pareil usage de stipulation n'ait laissé aucune trace ; pour la vente, son nom double, *emptio venditio*, indique clairement que le contrat avant d'être synallagmatique a été dédoublé en deux éléments unila-

téraux ; rien de semblable pour la fiducie, son nom est simple, et au lieu de révéler une origine historique analogue à celle de l'*emptio venditio*, il éveille au contraire au plus haut degré l'idée d'absence de toute sanction légale, puisqu'il signifie confiance. C'est en effet à propos de la fiducie que peut s'appliquer la théorie que M. Voigt (1) a proposé en ce qui touche la vente : la fiducie avant de recevoir une sanction légale a toujours uniquement reposé sur la loyauté des mœurs. Mais pourquoi les parties ne préférèrent-elles pas recourir à l'usage de stipulations réciproques qui leur eût procuré l'avantage de la sanction légale ? Elles l'eussent peut-être préféré, mais elles ne l'osèrent pas : la fiducie avait pour but de tourner les règles de la loi ; dès lors cette convention devait procéder timidement, à titre de contre-lettre et de clause secrète ; voilà quel dut être le point de vue des Romains à l'époque où la convention de fiducie apparut, et où le respect des lois était encore profondément enraciné dans les mœurs ; plus tard, la fiducie étant née avec ces caractères, on ne songea pas à la dénaturer par l'usage de contrats du droit strict, parce que la sanction de fait et la sanction indirecte parurent suffisantes ; mais peu à peu l'individu put plus facilement se faire un jeu de la confiance de celui avec qui il avait traité ; c'est que l'Etat s'était substitué au groupe familial ; on pouvait dès lors édicter une sanction légale ; celle-ci dut nécessairement s'inspirer de la bonne foi ; car la civilisation était en

1. L. c., n. 4.

progrès, les mœurs influèrent sur la législation : en effet, pendant longtemps les particuliers respectèrent spontanément la clause de fiducie ; lorsque la bonne foi quitta le domaine des mœurs parce que les liens de groupe familial s'étaient relâchés, elle entra dans le domaine de la loi parce que l'Etat avait remplacé le groupe ; en réalité, l'ensemble du système social et juridique n'avait subi que des transformations assez légères : la sanction avait conservé sa nature de bonne foi ; mais la collectivité s'était élargie ; aussi la sanction au lieu d'être infligée par le groupe des parents et des amis de l'offensé qui prenaient soin de la justice populaire, fut-elle prononcée par un juge chargé de faire respecter la loi ; seul l'individu par suite du relâchement des liens de la collectivité et de la surveillance avait gagné une liberté, dont il abusait quelquefois. Ainsi naquit l'*actio fiduciæ*.

2. Dès lors l'idée de *Bona Fides*, issue de la fiducie, devait constituer un contraste dans l'ensemble du droit, dans lequel tous les rapports juridiques étaient satisfaits par des actes du droit strict, dans lequel des contrats qui par essence devaient être foncièrement bilatéraux se réalisaient au moyen de stipulations réciproques juxtaposées. Cette idée exerça sur le droit des obligations une influence importante et rapide. C'est qu'en effet elle était toute bienfaisante par les conséquences qu'elle engendrait : le juge de l'*actio fiduciæ* saisi par l'une des parties pouvait prendre en considération non seulement les droits de celle-ci, mais encore ceux de son adversaire, sans que pour cela celui-ci eût besoin d'intenter à son

tour une action, ou de paralyser la prétention de l'autre partie par une exception ; en outre, la faute du fiduciaire qui était obligé à restituer fut appréciée comme telle, bien qu'elle ne résidât que dans une abstention ; enfin tout dol qui empêchait à l'exécution de l'obligation de se produire avec son entière efficacité put être réprimé. Telles furent les heureuses conséquences qu'engendra la bonne foi.

De la fiducie, où elle avait trouvé sa source, cette idée devait donc pénétrer plus avant dans le droit. Elle se manifesta notamment dans la création de l'*emptio venditio*. Des deux courants qui se trouvaient en présence et qui dérivait de sources opposées, l'un du droit strict et l'autre de la bonne foi, le second finit par l'emporter sur le premier ; mais ce ne fut ni sans peine, ni d'une façon immédiate et absolue. En effet, comme le dit M. Rudorff (1), ce sont seulement les jurisconsultes du dernier temps de la République qui ont développé la théorie des actions et des obligations de bonne foi ; et l'on reconnaît des traces très visibles de l'idée du droit strict dans l'*emptio venditio*, même après que ce contrat eut subi l'influence de l'idée de bonne foi qui se trouvait essentiellement contenue dans la fiducie. Bien que la vente, et en général tous les contrats de bonne foi soient nés spontanément comme tels en subissant cette influence, et en se séparant dès lors profondément des contrats de droit strict, il n'y a eu qu'une introduction successive de la bonne foi dans le droit, ou plutôt qu'une disparition

1. L. c., n. 9.

successive dans les contrats de bonne foi des derniers vestiges de l'idée du droit strict. Donnons quelques exemples, tirés de l'*emptio venditio*, de ce phénomène juridique qui est reconnu par presque tous les auteurs à l'heure actuelle : l'*actio empti* en garantie fut postérieure à l'*actio empti* en délivrance ; la garantie avant d'être sanctionnée par l'*actio empti* trouva sa satisfaction pratique dans l'*actio ex stipulatu duplæ* ; l'usage de la *stipulatio* se maintint sur ce point particulier, même après qu'il eut disparu pour engendrer l'obligation principale née de la vente, la délivrance ; lorsque la jurisprudence eut étendu l'*actio empti* à l'obligation de garantie, l'acheteur n'eut d'abord pour faire valoir son droit à la garantie le choix entre cette *actio empti* et l'*actio ex stipulatu* que si la *stipulatio duplæ* avait eu lieu effectivement ; ce n'est que plus tard, par un nouveau progrès de la jurisprudence qui considéra la *stipulatio duplæ* comme une clause de style, que l'*actio empti* fut capable de faire obtenir celle-ci dans le cas où en réalité elle avait été omise ; la vente romaine, à la différence de notre vente française et de la *locatio conductio* n'a jamais admis la résolution pour inexécution des obligations ; enfin l'*exceptio mercis non traditæ* et l'*exceptio non adimpleti contractus* durent longtemps encore être insérées dans la formule de l'action bien que l'*emptio venditio* fût un contrat de bonne foi. Voilà autant de marques certaines de l'idée du droit strict, qui prouvent que l'idée de bonne foi fut impuissante à triompher immédiatement et d'une façon complète.

Pourtant cette idée avait déposé dans le droit des germes féconds, qui allèrent toujours en se développant : issue de la *fiduciā* qui n'était qu'un simple pacte adjoint à une *datio*, elle avait pu influencer assez heureusement des conventions qui, absolument indépendantes de toute autre opération juridique dans leur existence, formaient par leur nature des contrats, pour faire naître en vue de les sanctionner des actions de bonne foi à l'image de l'*actio fiduciæ* ; La théorie des fautes qui était apparue pour la première fois dans la fiducie parvint à une conception juridique très élevée ; dans notre pacte, la faute n'était appréciée que *in concreto*, et ce fait tenait précisément à cette nature de pacte que présentait la fiducie ; la *datio* qui rendait le fiduciaire propriétaire devait nécessairement exercer son influence sur certains effets de l'obligation engendrée par le *pactum fiduciæ* ; mais lorsque l'idée de bonne foi fut transplantée de ce pacte dans les contrats, rien n'empêcha plus d'envisager la faute même *in abstracto*, dans les cas où la justice commandait qu'il en fût ainsi ; enfin les derniers éléments du droit strict qui subsistaient dans les différents contrats de bonne foi finirent peu à peu par disparaître, sinon tous, du moins pour la plupart. Sans doute l'influence de la fiducie sur ces conceptions nouvelles fut alors nulle, mais c'est elle qui avait engendré l'idée dont elles dérivèrent. Tel est l'un des rôles considérables qu'a joué la fiducie sur l'ensemble du droit.

B. - Origine des contrats réels.

I. Notions préliminaires. — II. Influence de la fiducie sur l'origine des contrats réels nommés. — III. Influence de la fiducie sur l'origine des contrats réels innommés.

BIBLIOGRAPHIE

1. Desjardins. Revue historique de droit français et étranger, tome 13, pag. 137 et 138.
2. Ubbelohde. Zur Geschichte der benannten Realcontracte, § 24, p. 56 à 58, et § 28, p. 87 à 95.
3. Huschke. Jurisprudentiæ antejustinianæ quæ supersunt, — pag. 375.
4. Rudorff. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 11. Ueber die hætische Fiduciartafel, p. 63.
5. Geib. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 8, Actio fiduciæ und Realvertrag, pag. 146 à 151.
6. Bechmann. Der Kauf, tome 1, § 34, pag. 292 et 294.
7. Gradenwitz. Interpolationen in den Pandekten; — das Reurecht, § 18, pag. 146 à 169.
8. De Savigny. Traité de droit romain, trad. Guenoux; — tome 5;
appendice 13, n° 12, pag. 498 à 501.
appendice 14, n° 5, pag. 523 et 524.
n° 8, pag. 529, texte et note d.
n° 19, page 558, note b., et page 559.
9. Accarias. Précis de droit romain, tome 2, pages 569, — 572, note 4, — et 574.
10. Lenel. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 9. Litteratur, p. 181 et 182.

11. Dirksen. Manuale latinitatis, pag. 985.
12. Lenel. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 3. Quellenforschungen in den Edictcommentaren, Zur actio fiducia, p. 177, note 37.
13. Dernburg. Das Pfandrecht, tome 1, page 13, note 17.
14. Heck. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 10, — die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann; pag. 82 à 138.

I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

Dans la fiducie réside l'origine des actions de bonne foi. Elle a joué dans l'histoire du droit un autre rôle qui n'est guère moins important : elle est l'origine des contrats réels, nommés et innommés. Cette question se présente sous un double aspect : tout d'abord la fiducie n'a-t-elle pas précédé les contrats réels en réalisant la fonction économique qu'ils eurent plus tard pour objet de réaliser eux-mêmes ? Ensuite au point de vue juridique n'est-ce pas la fiducie qui a suscité la création des contrats réels de bonne foi ? L'idée qui influe sur la solution de cette dernière question, c'est que l'opération fiduciaire envisagée dans son ensemble constitue une *datio ob rem* : il y a là un élément réel qui alla en se développant. Quant à la première question elle ne peut se résoudre que par des observations de fait et des comparaisons. Elle ne se pose même pas à l'égard des contrats réels innommés ; il est certain que la *datio cum fiducia* n'a

jamais eu pour objet de remplir les mêmes fonctions économiques que la *permutatio*, que l'*æstimatum*, et les autres *nova negotia*, comme les appellent les textes; nous n'aurons donc à envisager que la seconde question en ce qui les touche. C'est seulement à propos des contrats réels nommés que nos deux questions se posent à la fois.

II

INFLUENCE DE LA FIDUCIE SUR L'ORIGINE DES CONTRATS RÉELS NOMMÉS.

1. La *mancipatio* ou l'*in jure cessio eum fiducia* a-t-elle précédé le *pignus*, le *depositum* et le *commodatum* dans le rôle économique qu'ils réalisaient? L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui touche les deux premiers de ces contrats. Pour le *pignus*, cette opinion résulte d'une façon très certaine de plusieurs textes. Tout d'abord Isidore de Séville, Orig. V, c. 25, § 21 à 24 nous donne une définition comparative du *pignus*, de la *fiducia* et de l'*hypotheca*, trois institutions dont l'objet était d'assurer à un créancier une sûreté réelle; voici comment s'exprime cet historien juriste qui écrivait au VII^e siècle ap. J.-C. :

§ 21. — *Item inter pignus et fiduciam, et hypothecam hoc interest.*

§ 22. — *Pignus est quod propter rem creditam obligatur, cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, dominium pænes debitorem est.*

§ 23. — *Fiducia est cum res aliqua, sumendæ mutuæ pecuniæ gratia, vel mancipatur, vel in jure ceditur.*

§ 24. — *Hypotheca est cum res commendatur, sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente.*

C'est peut-être ce texte qui a permis à Cujas (Livre 1, titre 29, *De feudis*; tome 2, page 1225) de constater dans la loi 9, § 2, Dig. 13, 7, *De pign. act.* un retranchement opéré par les commissaires de Justinien; ce fragment s'exprime ainsi : « *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem*; » ainsi remanié par Tribonien, ce texte est à peu près inintelligible; il doit être restitué de la façon suivante qui s'inspire des paroles d'Isidore de Séville, lequel n'a peut-être fait que reproduire Ulpien, de qui émane cette loi 9, § 2, Dig. 13, 7 : « *proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit possessio; fiduciam, cum ad creditorem transit dominium; hypothecam, cum non transit nec possessio nec dominium ad creditorem.* » Ainsi avant la naissance du *pignus* et de l'*hypotheca*, c'était la *fiducia* qui servait d'instrument de crédit réel : c'est la première sûreté réelle. Ce fait nous est encore attesté par Gaius (II, § 60) qui nous dit « *... fiducia contrahitur... cum creditore pignoris jure* » ; et enfin par tous les textes insérés au Digeste et à propos desquels M. Lenel dans ses différents travaux a démontré l'interpolation et la référence à la *fiducia cum creditore*; ces textes émanent des livres 30 d'Ulpien *ad Edictum*, 31 de Paul *ad Edictum*; 13 de Julien *Digesta*; 10 de Gaius *ad Edictum provinciale*; 5 de Paul *ad Plautium*, dans lesquels ces juricon-

sulles traitaient de l'*actio fiduciæ* à côté de l'*actio depositi* et des livres 7 de Celsus *Digesta*, 6 de Scaevola *Digesta*, 35 de Pomponius *ad Sabinum*, 6 de Marcellus *Digesta*, et du livre des Réponses de Marcellus, livres dans lesquels ces jurisconsultes traitaient uniquement de la *fiducia* en la plaçant sous un titre ayant cette rubrique ; on peut de la sorte se faire une idée de la richesse des documents qui concernent la fiducie ; on peut ajouter à cette liste le titre 13 du livre II des Sentences de Paul, qui est relatif à la *fiducia cum creditore*.

Que la *fiducia* ait précédé le *depositum* pour satisfaire aux mêmes besoins pratiques auxquels il répondit quand il fut imaginé, le fait n'est pas moins certain. C'est ce que nous disent Boëce (*In Ciceronis Topica*, c. 10, § 41), et Gaius (II, § 60) « ... *fiducia contrahitur... cum amico, quo tutius nostræ res apud eum sint* » ; certains textes du Digeste extraits des livres que nous venons de citer sont dans le même sens, mais ils sont assez rares ; mais la place que l'*actio depositi* occupait dans l'édit à côté de l'*actio fiduciæ*, l'ordre suivi par les commentateurs de l'Édit et par Paul dans ses Sentences, les nombreuses ressemblances que nous avons signalées entre la formation historique et les effets juridiques de nos deux institutions et de leur sanction respective, tout nous prouve que la *fiducia*, en même temps qu'elle a précédé le *pignus* à titre de sûreté réelle, a précédé aussi le *depositum* à titre de service rendu à un ami.

C'est à propos du *commodatum* que le doute a été

élevé; M. Desjardins (1) pense même qu'en cette matière la *mancipatio* ou l'*in jure cessio fiduciaria* a toujours été inapplicable : c'est qu'en effet, les documents nous font à peu près défaut ici; toutefois Paul (II, 4) donne pour rubrique à l'un des titres de ses Sentences « *De commodato et deposito pignore fiduciario* »; ce seul intitulé nous montre clairement le rapport étroit qui existait entre nos trois contrats réels et la fiducie; et ce fait nous semble à lui seul suffisant pour nous faire pencher vers une opinion contraire à celle de M. Desjardins; la *datio cum fiducia* a dû suppléer au *commodat* avant qu'il fût connu; autrement on ne conçoit pas quel autre procédé juridique aurait pu être employé pour satisfaire aux désirs de la pratique; ceux-ci auraient donc été laissés en souffrance jusqu'à l'époque où s'introduisit le *commodat* comme contrat réel de bonne foi : c'est ce qui nous paraît inadmissible.

Qu'il nous suffise de signaler la doctrine si bizarre de M. Heck (2), sur la discussion de laquelle nous aurons à revenir dans l'étude de la *fiducia cum amico*, et d'après laquelle cette dernière n'aurait jamais pu avoir aucune des applications que nous venons de lui reconnaître, et n'aurait été qu'une variété de la *fiducia cum creditore*.

2. La fiducie a-t-elle engendré au point de vue juridique les contrats réels nommés. Des différences capitales ont subsisté jusqu'à la fin entre ces contrats et la fiducie; la *datio cum fiducia* transfère la propriété, tandis

1. *L. c.*, n. 1.

2. *L. c.*, n. 14.

que le *pignus*, le *depositum* et le *commodatum* ne donnent que la possession ou la détention ; en outre, la fiducie est un pacte accessoire à une *datio* qui la précède nécessairement ; au contraire, le *pignus*, le *depositum* et le *commodatum* sont des contrats qui tirent leur force obligatoire d'une *traditio* qui est opérée en exécution d'une convention préexistante ; c'est en quelque sorte l'opération renversée dans ses deux éléments, l'élément consensuel et l'élément réel. Néanmoins comme celui-ci existait certainement dans l'opération fiduciaire qui était une *datio ob rem* sanctionnée par la *condictio ob rem dati* (Loi 4, § 1, Dig. 12, 1. *De reb. cred.*), il exerça son influence ; d'autre part le caractère de bonne foi qui était contenu dans l'élément consensuel, le *pactum fiduciæ*, joua aussi son rôle. Comment s'accomplit ce phénomène ? Peu à peu le créancier au lieu d'exiger la propriété d'un bien de son débiteur à titre de sûreté se contenta de la possession ; le débiteur trouvait lui-même dans cet arrangement son avantage, mais la fiducie ne pouvait que transférer la propriété, il fallait donc imaginer le *pignus* ; en outre, il est possible que les exemples de cas où l'ami qui avait reçu un bien en fiducie trompait la confiance du déposant se soient beaucoup multipliés, sans doute le *fiduciæ dans* trouvait alors un recours dans l'*actio fiduciæ*, mais celle-ci n'était qu'une action personnelle, outre qu'elle risquait d'être totalement inefficace, elle ne pouvait jamais en tout cas agir que par équivalent ; or, le *fiduciæ dans* attachait peut-être à la *res fiduciaria* qu'avait aliénée le fiduciaire un grand prix d'affection qu'il n'était guère facile de

représenter par une somme d'argent, il désira donc pour éviter ces fâcheuses conséquences rester propriétaire du bien confié, mais ici encore il fallait trouver un acte juridique nouveau, le *depositum*; car la fiducie était incapable de ne transférer que la possession. Par quel procédé allait-on satisfaire les exigences pratiques? Au lieu de manciper le bien ou de le céder *in jure*, il suffisait d'en opérer la tradition; celle-ci, nous l'avons vu, ne pouvait pas intervenir *cum fiducia*, elle ne transférait que la possession, lorsque telle était la volonté des parties; dès lors l'idée du contrat réel de bonne foi était née: on ne commença plus comme autrefois, à transférer la propriété de son bien, sauf à conclure accessoirement un pacte engendrant pour l'acquéreur l'obligation de restitution; au contraire on commença par conclure la convention de *pignus*, de *depositum* ou de *commodatum*, sauf à l'exécuter par une *traditio* qui ne transférait que la possession et qui engendrait l'obligation de restitution; ainsi l'opération était retournée; l'élément réel avait pris la place de l'élément consensuel, jadis l'obligation de restitution dérivait de l'élément consensuel contenu dans le *pactum fiduciæ* qui était la détermination du but juridique de la *datio* préexistante; maintenant cette obligation découle de l'élément réel contenu dans la tradition qui est opérée en vertu de la convention préexistante. Telle est, au fond, nous semble-t-il, la théorie de M. Bechmann (1), que nous n'avons fait que développer; c'est cette théorie que nous adoptons sans aller plus loin, et sans exagérer davantage l'idée de

1. L. c., n. 6.

l'élément réel impliqué dans la fiducie, comme l'ont fait MM. Geib et Ubbelohde (1).

Pour M. Geib, la fiducie aurait été un véritable contrat réel ; et en effet, il la désigne par l'expression *contractus fiduciæ* ; d'après lui la fiducie aurait pu être adjointe à la *traditio*. C'est dès lors celle-ci qui aurait engendré la force obligatoire du contrat ; cette opinion n'est que la conséquence d'erreurs que nous avons déjà signalées ; elle se réfute donc d'elle-même. Quant à M. Ubbelohde, à la vérité, il nous paraît ou s'être contredit sans avoir assez pesé la portée des idées qu'il émet, ou avoir abouti à la théorie suivante, qui résulterait de la combinaison de deux passages de son ouvrage (2) ; cette théorie peut se résumer dans deux propositions distinctes, et presque opposées l'une à l'autre : d'une part, il serait bien exact que l'expression *fiducia* a continué à désigner seulement la *datio cum fiducia*, en se séparant dès lors des contrats réels de bonne foi, puisqu'à la différence de ceux-ci elle transférerait la propriété ; mais d'autre part, la *fiducia* aurait en même temps servi dans une autre acception à désigner le *pignus*, le *depositum* et le *commodatum* ; elle se serait ainsi confondue avec ces contrats, et en effet, M. Ubbelohde, lui aussi, parle d'un *contractus fiduciæ*. Cet auteur s'appuie sur certains textes : il invoque principalement la rubrique du titre 4 du livre II des Sentences de Paul, à laquelle il fait subir la

1. L. c., n. 5 et 2.

2. L. c., n. 2, §§ 24 et 28.

correction proposée par M. Huschke (1) et qu'il reconstitue de la manière suivante : « *De commodato, et deposito, item de pignore, — fiduciae*, ce *fiduciae* qui vient à la suite de l'énumération de nos trois contrats réels de bonne foi indiquerait que la fiducia sert à elle seule à les désigner ; ce mot *ve* serait pris dans le sens de *id est*, mais Dirksen (2) qui signale les significations variées du mot *ve* signale entre autres le sens *æque ac*, ce qui est synonyme de *et* ; c'est précisément ce dernier mot qui figurerait à la place du mot *ve* dans la *lex romana Burgondorum*, ainsi que le remarque l'un des éditeurs des Sentences de Paul, M. Krueger. M. Ubbelohde a donc exagéré la portée de cette rubrique : elle montre seulement que la fiducia a pu suppléer aux contrats réels de bonne foi à une époque où ils n'existaient pas encore, mais elle ne prouve pas qu'elle se soit jamais confondue avec eux au point de vue juridique. C'est ce que remarque M. Rudorff (3), qui combat la correction proposée ; c'est aussi la théorie que M. Ubbelohde lui-même semble avoir adoptée en un autre endroit (§ 28) ; mais ici il nous paraît s'être contredit.

Il invoque d'ailleurs d'autres textes à l'appui de son opinion, et dans le même sens à son avis que la rubrique dont nous venons de parler. C'est d'abord Gaius (II § 60) qui dit : « *fiducia... contrahitur pignoris jure* » ; voilà en-

1. *L. c.*, n. 3.

2. *L. c.*, n. 11.

3. *L. c.*, n. 4.

core une exagération analogue à la précédente : Gaius ne veut pas dire que la *fiducia* a été un véritable *pignus* ; mais seulement qu'elle l'a précédé au point de vue économique à titre de sûreté réelle ; n'est-ce pas du même point de vue que s'inspirent les nombreux textes qui désignent l'hypothèque par l'expression *pignus*, sans cependant confondre ces deux institutions au point de vue juridique ? Enfin M. Ubbelohde se prévaut d'un passage de Cicéron (*Pro Flacco*, c. 21, § 51) qui en réalité d'après lui s'appliquerait à un *pignus*, mais qui nous l'avons vu, ne se rapporte même pas à la *fiducia* des Romains.

Ainsi cette opinion ne peut trouver aucun appui dans les textes ; elle est aussi contraire aux principes, car elle aboutit aux conséquences suivantes : la fiducie serait devenue un vrai contrat réel, au lieu d'être une convention adjointe à une *datio* solennelle, elle serait une convention entièrement indépendante qui puiserait sa force obligatoire dans la tradition opérée en exécution de l'obligation contractée. De pareilles conclusions suffisent à condamner une telle doctrine.

III

INFLUENCE DE LA FIDUCIE SUR L'ORIGINE DES CONTRATS RÉELS INNOMMÉS.

1. C'est l'idée de *datio ob rem* qui a été l'idée première des contrats réels innommés : c'est elle qui réside aussi dans l'opération fiduciaire.

Celle-ci devait donc être sanctionnée par la *condictio ob rem dati* ; elle le fut. Comme le dit très bien M. Accarias (1), on appelle *datio ob rem* toute translation de propriété *ut aliquid sequatur*, c'est-à-dire en vue d'un but à atteindre... ; ce but n'étant pas atteint, la *condictio ob rem dati* peut toujours être exercée contre l'acquéreur. Et cependant M. Accarias reconnaît pour sanction de la *datio ob rem* engendrée par l'opération fiduciaire non la *condictio ob rem dati*, mais la *condictio sine causa* ; or, celle-ci nous semble avoir été imaginée à une époque infiniment plus récente ; et l'on peut dire qu'elle a été pour les obligations formées sans convention à peu près ce qu'a été la *condictio ex lege* pour les obligations dérivant de la convention. Nous avons vu comment ce sont les rigueurs excessives qu'aurait entraînées l'application de la *condictio ob rem dati*, si elle avait pu être intentée, qui ont suscité la naissance simultanée de l'*actio fiduciæ directa* et de l'*actio fiduciæ contraria* : autrefois le *fiduciæ dans* aurait pu intenter la *condictio* même avant que le but recherché dans l'acte eût été atteint ; cette faculté eût été contraire à l'intention des parties dans la *fiducia cum creditore* ; mais elle était conforme à cette intention dans la *fiducia cum amico* parce que là l'appréciation du point de savoir si le but avait été atteint était abandonné à l'arbitraire du *fiduciæ dans* ; aussi, tandis que l'introduction de l'*actio fiduciæ*, sans faire disparaître la *condictio*, la modifia dans un

1. L. c., n. 9.

sens conforme à l'intention des parties lorsqu'il s'agissait de *fiducia cum creditore*, de sorte qu'alors elle put sanctionner cette dernière, elle la laissa subsister au contraire à côté d'elle telle qu'elle était auparavant lorsqu'il s'agissait de *fiducia cum amico*. On rencontre dans les textes des traces très visibles de ces résultats.

Tout d'abord en ce qui touche la *fiducia cum creditore*, l'interpolation que M. de Savigny (1) a découverte, sans pourtant l'avoir démontrée suffisamment dans la loi 4, § 1, Dig., 12. 1. *De rebus creditis* : « *res fiduciæ data pecunia soluta condici potest* », prouve que le *fiduciæ dans* a à son choix, après avoir payé son créancier, l'*actio fiduciæ* et la *condictio* ; à notre avis la condition du paiement préalable mise à la délivrance de la *condictio* n'existait pas à l'origine lorsque s'appliquaient les anciens principes ; c'est cette rigueur qui, mettant précisément obstacle au fonctionnement pratique de la *condictio ob rem dati*, a par là même suscité la naissance de l'*actio fiduciæ* ; mais celle-ci une fois créée a elle-même réagi sur les conditions dans lesquelles la *condictio* pouvait être intentée ; même avec cette transformation la *condictio* pouvait encore à l'époque classique présenter au *fiduciæ dans* de préférence à l'*actio fiduciæ* des avantages tenant à son caractère le droit strict et à sa procédure. Mais la référence de notre loi 4, § 1 Dig., 12, 1 à la fiducie doit-elle, en effet, être admise ? M. de Savigny (2) qui a proposé cette inter-

1. *L. c.*, n. 8.

2. *L. c.*, n. 8.

polution a fait peu de chose pour justifier son opinion, et même il n'a pas osé se montrer très affirmatif; il faut en dire autant de M. Dernburg (1) et de M. Voigt (2) qui se sont ralliés à cette proposition; aussi M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* s'est-il prononcé pour l'opinion contraire, et maintient-il l'application du texte au *pignus*.

Cependant nous pensons fermement que la loi 4, § 1, Dig., 12, 1, doit être restituée : *res fiduciae data, pecunia soluta, condici potest*. Tout d'abord cette solution elle-même, si le texte nous la donnait d'une façon certaine, ne serait nullement de nature à nous étonner, parce qu'elle serait en conformité avec ce principe, que toutes les *datationes ob rem* sont sanctionnées par une *condictio*. En outre, ce qui prouve qu'en effet le texte parlait de la *fiducia* et non du *pignus*, c'est ce détail, en apparence insignifiant, mais en réalité tout à fait décisif, à savoir que notre loi 4, § 1, Dig., 12, 1, est extraite du livre 34 d'Ulpien *ad Sabinum*; ce livre avait pour titre : *De jure dotium*; c'est précisément ce qui surprend M. Lenel, qui dans sa *Palingenesia juris* avoue ne pouvoir s'expliquer pourquoi à propos des matières dotales Ulpien a parlé du *pignus*; à coup sûr cette surprise de M. Lenel serait très légitime, et toute explication de ce rapprochement serait impossible s'il était vrai que dans la loi 4, § 1, Dig., 12, 1, Ulpien ait parlé du *pignus*. Tout au contraire, si, comme nous le pen-

1. *L. c.*, n. 13.

2. Cf. Table de concordance Lenel-Voigt; Table B, n. 9, §.

sons, il traitait là de la fiducie, tout s'explique très facilement ; en effet, n'avons-nous pas vu déjà que les textes nous présentent des comparaisons et des rapprochements très fréquents entre la dot et la fiducie, de même qu'ils nous présentent des comparaisons et des rapprochements analogues entre la fiducie et le dépôt ? L'une comme l'autre, la dot et la fiducie, sont sanctionnées par des actions de bonne foi très anciennes, qui ont jusqu'à la fin conservé leurs vieilles formules, basées l'une sur le *melius æquius*, l'autre sur le *ut inter bonos bene agier oportet* (Cicéron, *De officiis*, III, 15, § 61) ; dans les deux cas la faute est appréciée *in concreto* (*Collatio legum Mosaiicarum et Romanarum*, tit. X, ch. 2, § 2 ; loi 18, pr., Dig., 13, 6, — et loi 5, § 2, Dig. 13, 6, *Commodati vel contra*) ; enfin de même que la fiducie a précédé le dépôt au point de vue économique, de même, nous le verrons, elle a joué un rôle important dans la constitution et dans l'administration de la dot ; ainsi les ressemblances et les points de contact entre les deux institutions étaient loin de faire défaut, et ce sont en général les mêmes textes qui font tous ces rapprochements : dès lors dans son livre 34 *ad Sabinum*, Ulpien n'a pas fait autre chose ; suivant cette même méthode, il a comparé la fiducie et la dot au point de vue de leur double sanction ; c'est qu'en effet l'une et l'autre étaient sanctionnées à la fois par une action de bonne foi et par une *condictio* ; en ce qui touche la dot, M. de Savigny (1) lui-

1. *L. c.*, n. 8.

même cite un texte tout à fait précis, la loi 67, Dig., 23, 3. *De jure dotium*, « *aut dotis jure, aut per condictionem repetere recte potest* » ; quant à la fiducie, nous pouvons bien, il nous semble, invoquer maintenant notre loi 4, § 1, Dig., 12, 1, mais en outre, M. Lenel lui-même dans sa *Palingenesia juris* (1) rapporte à la fiducie un texte qu'il considère avec raison, à notre avis, comme interpolé, et qui nous paraît dire d'une façon très claire que le *fiduciæ dans* a le choix entre l'*actio fiduciæ* et la *condictio*, c'est la loi 5, Dig., 27, 3, *De tutelæ et rationibus distrahendis* qui émane d'Ulpien, 43, *ad Sabinum*, et qui nous dit : « *plerisque placuit eam pecuniam vel fiduciæ actione repeti vel condicti posse.* » Il y avait donc là, entre la fiducie et la dot, une nouvelle ressemblance ; c'est ce qui explique très simplement pourquoi Ulpien dans son livre 34 *ad Sabinum*, *De jure dotium*, a parlé, non pas du *pignus* comme le veut M. Lenel, mais de la fiducie. Et maintenant que cette *condictio*, sanction de la fiducie, soit la *condictio ob rem dati*, et non la *condictio generalis* de la loi 9, Dig., 12, 1, comme on a voulu le soutenir, c'est ce qui nous paraît certain : ce résultat est en effet en harmonie avec le caractère de *datio ob rem* que présente la fiducie, et par suite avec les principes généraux ; en outre, lui seul à notre avis peut nous faire comprendre pourquoi la création de l'*actio fiduciæ*, et en général l'imixtion de la *bona fides* dans le droit, apparurent comme nécessaires à côté de la *condictio* et du *jus strictum*.

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. Table-A, n. 61.

2. Quant à la *fiducia cum amico*, qui admit aussi l'*actio fiduciae*, elle continua à être régie par les principes anciens en ce qui touche la *condictio* : celle-ci put encore être intentée par le *fiduciae* dans aussitôt qu'il le voulut en vue de recouvrer le bien donné *cum fiducia*. Les textes du Digeste qui nous montrent la *condictio* sous cet aspect sont assez nombreux, ils ne visent pas seulement le cas de la *fiducia cum amico*; et cette action, qui en réalité n'est que la *condictio ob rem dati* du droit ancien prend le nom de *condictio propter pœnitentiam* (Lois 3 et 5, Dig., 12, 4. *De cond. causa data*). Mais M. Gradenwitz, reprenant une opinion d'Antoine Fabre, a démontré que cette *condictio propter pœnitentiam* n'était qu'une pure invention des commissaires de Justinien (1). Voici notamment comment il prouve l'interpolation de la loi 3, § 3, et de la loi 5, § 1, Dig., 12, 4, qui émanent toutes deux d'Ulpien : dans la loi 3, § 3, le sentiment de ce jurisconsulte serait en opposition avec celui de Proculus et de Julien (Loi 19, Princ., Dig., 12, 1. *De reb. credit.*), ce qui doit déjà nous mettre en garde contre l'authenticité du fragment; de plus la solution donnée par le texte est contraire aux principes du droit classique; d'après cette solution la *condictio ex pœnitentia* pourrait procéder avant l'expiration du délai de restitution, tandis qu'après l'expiration de ce délai, ce serait la *condictio ob rem dati*; cela est inadmissible; écarter une *condictio* pour en donner une autre est un résultat impossible en soi, car les con-

1. *L. c.*, n. 7.

dictiones sont des actions abstraites : faut-il donc croire à un changement de législation intervenu entre l'époque de Julien et l'époque d'Ulpien ? L'auteur discute encore cette tentative d'explication, et montre qu'elle est impuissante à rendre compte des textes du Digeste ; le texte législatif invoqué serait une constitution de Marc-Aurèle à Aufidius Victorinus d'après laquelle l'esclave vendu sous la condition d'être affranchi devenait libre *ipso jure* lorsque l'acheteur ne l'avait pas affranchi dans le délai convenu, à moins que le vendeur se repentît et déclarât ne plus consentir à l'affranchissement ; il y avait donc là une *pœnitentia* à son profit, mais celle *pœnitentia* est complètement différente dans ses effets de celle dont nous parle Ulpien dans les textes du Digeste ; elle constitue une limitation à une conséquence juridique défavorable à l'*accipiens*, l'acquisition de la liberté par l'esclave, tandis que l'autre, celle du Digeste, constitue une limitation à un principe favorable pour l'*accipiens*, la conservation de l'argent reçu ; l'une est *in favorem libertatis*, l'autre est *in necem libertatis* ; enfin M. Gradenwitz remarque toute la défectuosité que présentent la terminologie et le sens de ce § 3 de la loi 3, Dig., 12, 4 : « *Inhibenda erit repetitio, nisi pœniteat* » est synonyme de « *Semper admittenda repetitio* ; » ainsi ce texte est interpolé. Quant à la loi 5, § 1, *huj. tit.*, bien que, dit M. Gradenwitz, d'après les circonstances qu'elle mentionne, un droit de repentir soit très concevable ici, elle est néanmoins interpolée ; et l'auteur pour le démontrer fait des remarques de terminologie ; c'est ainsi que la phrase « *super hoc cum certiorave-*

rit » n'est pas classique ; le mot *super* dans le sens de *de* apparaît à la vérité dans Cicéron ; mais chez lui, comme chez les jurisconsultes des Pandectes, le pronom régime de *super* est *is, ea, id*, et non pas *hic, hæc, hoc* ; celui qui donne la préférence à ce dernier, c'est Justinien ; c'est lui aussi et lui seul qui se sert du verbe *certiorare*, car Ulpien emploie les expressions *certiorem facere et notum facere* (Loi 29, Dig. ; 17, 1. *Mandati*). Voilà une idée sommaire de la façon dont M. Gradenwitz a démontré que la *condictio ex pænitentia* n'était qu'une invention Tribonienne ; cette opinion a été admise sans réserve par M. Lenel (1).

Mais comment les compilateurs de Justinien ont-ils eu l'idée d'imaginer cette *condictio ex pænitentia* ? C'est que dans la plupart des applications de la *fiducia cum amico*, et particulièrement dans la *mancipatio servi cum fiducia*, le *fiduciæ* dans a droit à une *pænitentia* (Loi 27, § 1 ; loi 30. Dig., 17, 1. *Mandati* ; *Frag. Vatic.*, § 334) ; c'est bien ce que reconnaissent et M. Gradenwitz (2) et M. Lenel (3). Mais ce dernier auteur, revenant sur une opinion qu'il avait émise auparavant (4) et d'après laquelle avec l'*actio fiduciæ* concourt la *condictio* pense aujourd'hui que pour un jurisconsulte classique, cette *pæni-*

1. *L. c.*, n. 10, cf. Table des textes interpolés de M. Lenel, Table A, n. 46 et 50, et Table de concordance Lenel-Gradenwitz, Table C, n. 5 et 6.

2. *L. c.*, n. 7 page 169.

3. *L. c.*, n. 10.

4. *L. c.*, n. 12.

tentia ne pouvait s'exercer que par l'*actio fiduciæ* ; nous croyons au contraire que l'intéressé pouvait agir à son gré soit par cette *actio fiduciæ*, soit aussi par la *condictio ob rem dati* qui avait conservé pour le cas de *fiducia cum amico* son antique caractère. Cette opinion ne rend-elle pas encore mieux compte des interpolations découvertes par M. Gradenwitz ? Les compilateurs de Justinien trouvant dans le droit classique une *pænitentia* qui pouvait s'exercer au cas de *fiducia cum amico* n'auraient fait qu'étendre cette théorie à d'autres hypothèses plus générales en se contentant de dénommer *condictio ex pænitentia* dans la loi 3, § 2 et 3 et dans la loi 5, Dig. 12, 4, une action que des textes du droit classique qui ne nous ont pas été conservés appelaient simplement *condictio*, en mentionnant qu'elle était engendrée par la *datio ob rem* impliquée dans l'opération fiduciaire : à la vérité la loi 5, § 1, Dig. 12, 4, nous parle non pas d'une *condictio propter pænitentiam*, mais d'une *actio propter pænitentiam* et MM. Gradenwitz et Lenel pensent qu'Ulpien a pu en réalité dans ce texte nous parler d'une *actio fiduciæ* ; mais l'étude de la *fiducia cum amico* nous apprendra que l'hypothèse visée dans ce passage ne pouvait même pas faire l'objet d'un *jus pænitendi* ni par suite d'une *actio fiduciæ* à exercer ; force nous sera donc ou bien de reconnaître qu'une négation émanée d'Ulpien, a dû être supprimée, ou bien même, comme l'a fait M. Lenel lui-même dans sa *Palengenesia juris* à propos du § 2 de cette même loi 5, de reconnaître que tout le § 1 de cette loi est dû à Tribonien. D'ailleurs tous les autres textes, et

par exemple la loi 3, §§ 2 et 3, Dig., 12, 4, nous parlent bien d'une *condictio* dérivant de la *pœnitentia* : est-il donc possible de croire que Tribonien ait pu songer à inventer une *condictio* plutôt qu'une *actio propter pœnitentiam*, s'il n'avait pas eu devant les yeux l'exemple d'une *condictio ob rem dati*, mais seulement celui d'une *actio fiduciæ* ? En un mot à notre avis ce n'est pas uniquement l'idée d'un *jus pœnitendi*, c'est encore l'idée d'une *condictio* servant à le faire valoir en justice que les compilateurs ont empruntée au droit classique ; ils n'ont rien fait autre chose que de combiner ces deux notions sous la forme d'une *condictio propter pœnitentiam*, nom ignoré des classiques, qu'ils ont indiquée comme sanction d'opérations juridiques différentes par leur nature, mais voisines par leur objet de la *fiducia cum amico* qui avait disparu.

Ainsi la *fiducia cum amico*, aussi bien que la *fiducia cum creditore*, admettait la *condictio ob rem dati* comme sanction à côté de l'*actio fiduciæ* : telle est la conclusion, en ce qui touche notre sujet, à tirer de la découverte de M. Gradenwitz.

On aperçoit dès lors comment la fiducie a pu influencer sur la naissance des contrats réels innommés : ceux-ci dérivent de l'idée de la *datio ob rem*, et la fiducie a été l'une des premières *dationes ob rem*. Cette influence alla toujours se développant, et elle se laisse presque percer à jour dans un texte émané d'Ulpien, livre 4 *ad Edictum* (loi 7, § 2, Dig., 2, 14. *De pactis*) qui sanctionne par l'*actio præscriptis verbis* une espèce très voisine de la *mancipatio servi cum fiducia*.

SECONDE PARTIE

La fiducie envisagée dans ses applications

A. — APPLICATIONS DE LA FIDUCIE DANS LE DROIT DES PERSONNES.

CHAPITRE I

1. Fiducie employée en vue de modifier l'état des personnes.
2. Fiducie employée en vue d'acquérir la capacité.

I. Notions préliminaires. — II. Fiducie employée en vue de modifier l'état des personnes. — III. Fiducie employée en vue d'acquérir la capacité.

BIBLIOGRAPHIE

1. Geny. Etude sur la fiducie ; — thèse de Nancy, 1885 ; pag. 47 à 57.
2. Accarias. Précis de droit romain, tome 1, § 121 a., pag. 312 et 313, — et § 134, pag. 342 et 343 ; tome 2, § 888, pag. 1203, note 2.
3. Ihering. L'esprit du droit romain, trad. de Meulenaere, tome 4, § 67, pag. 258, texte et note 385 ; tome 4, § 68, pag. 275 à 279, et 284 à 292.
4. Lange. Ueber die transitio ad plebem, pag. 10 à 16.

I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

1. L'étude des applications de la fiducie dans le droit des personnes, qui à la vérité devaient occuper une grande place dans la pratique journalière de Rome, est sans doute curieuse en ce qu'elle nous fait connaître tout un côté des mœurs et du caractère romains, mais elle n'est pas très importante au point de vue juridique : en effet, les textes relatifs à cette matière ne sont pas très nombreux ; et les difficultés d'interprétation sont rares. Nous avons établi que la sanction de la fiducie dans le droit des personnes résidait dans la *cognitio extra ordinem* ; dans l'étude que nous abordons maintenant, nous n'aurons à revenir sur ce point que pour le contrôler par des remarques particulières. Quelle est la nature de l'acte juridique employé, quels sont ses effets, quel est son but ? Telles sont les questions que nous aurons à examiner à propos de chacune des applications de la fiducie.

2. La dernière de ces questions, le but de l'opération, a une importance capitale ; c'est elle qui nous donne l'idée dominante de cette étude : le but de l'opération exerce une influence considérable sur les effets de l'acte juridique employé ; tantôt cet acte produira sans exception tous les effets qu'il est destiné à produire d'une façon normale ; tantôt au contraire, il se restreindra à l'un de

ces effets seulement, parce qu'ainsi l'auront voulu les parties ; comme l'a dit M. d'Ihering (1), « la logique du but primait celle des moyens. » Ce but est d'ailleurs très varié, mais il peut être rangé en deux grandes catégories principales : ou bien il a en vue de modifier l'état des personnes, et alors l'acte juridique produit tous ses effets réguliers ; lorsqu'il en est autrement, ce n'est que par exception ; ou bien il tend seulement à faire acquérir la capacité à une personne ou à la décharger de ses obligations, et c'est alors que l'acte employé produit exclusivement l'un de ses effets, celui qu'ont visé les parties.

II

FIDUCIE EMPLOYÉE EN VUE DE MODIFIER L'ÉTAT DES PERSONNES.

1. *Acquisition de la cité.* — Jusqu'à la constitution d'Antonin Caracalla, Rome se montra toujours peu large de la concession du *jus civitatis* aux *pérègrins*. Toutefois les Latins furent mieux traités que les autres peuples ; ils eurent entre autres privilèges, sinon toujours, du moins à une certaine époque, la faculté d'acquérir la cité Romaine en venant s'établir à Rome et en laissant dans leur patrie un ou plusieurs descendants (Tite-Live, 41, 8). Mais beaucoup de Latins ne se contentèrent pas de

1. *L. c.*, n. 3.

ce privilège ; non satisfaits d'en profiter eux-mêmes, ils voulurent en faire bénéficier aussi leurs enfants ; pour cela il fallait tourner la loi ; quel moyen pouvait donc être employé vers ce but ? Il n'y en avait qu'un : la fiducie. Le Latin avant d'aller s'établir à Rome avait soin de manciper les enfants qu'il laissait chez lui à un Romain, avec un pacte d'affranchissement fiduciaire qui ne devait recevoir son exécution qu'après l'acquisition du *jus civitatis* par le Latin lui-même. Grâce à ce *mancipium cum fiducia* le but voulu était atteint : les enfants du Latin qui avait acquis la cité étaient affranchis et devenaient eux aussi citoyens Romains ; dans cette hypothèse l'affranchissement produisait tous ses effets ordinaires. Cette application de la fiducie ne vient-elle pas nous confirmer dans l'idée que la fiducie dans le droit des personnes n'était jamais sanctionnée que par une *cognitio extra ordinem* ? Comment une sanction dérivant de l'*ordo judiciorum privatorum* aurait-elle pu fonctionner ici, alors que l'ensemble de l'opération était si manifestement contraire à la loi ? Seul le préteur était assez puissant et assez hardi pour se mettre quelquefois au-dessus d'elle, et pour faire respecter la convention.

2. *Emancipation*. — Au lieu d'intervenir dans une opération dont l'objet était l'acquisition de la cité, la fiducie pouvait figurer dans l'émancipation, une opération qui avait un double objet, d'abord faire sortir de sa famille une personne *alieni juris*, ensuite la rendre *sui juris*. Le premier de ces buts trouvait sa satisfaction dans la constitution par le *paterfamilias* d'un *mancipium* du *filius*-

familias au profit d'un tiers. D'après la loi des Douze Tables, il suffisait d'une seule mancipation, lorsqu'il s'agissait d'un enfant autre que le *filiusfamilias*, tandis qu'il fallait trois mancipations successives lorsqu'il s'agissait d'un *filiusfamilias* pour que la *patria potestas* pût s'éteindre (Gaius, 1, § 132 ; Ulpien, X, § 1). Quant au second but, il était réalisé par une *manumissio vindicta*, qui avait pour effet de dissoudre le *mancipium* (Gaius, 1, § 138). Mais comment le tiers allait-il être obligé de tenir sa promesse d'affranchissement ? La *mancipatio* du *filiusfamilias* avait lieu *cum fiducia*, c'est le pacte de fiducie qui faisait au tiers une obligation d'affranchir. Quelquefois les choses se passaient en effet ainsi ; mais le plus souvent il en était autrement ; c'était encore un *pactum fiduciæ* qui était le procédé employé, mais il avait une portée différente : il était convenu entre les parties que le tiers, une fois l'extinction de la *patria potestas* opérée, au lieu d'affranchir le fils ou la fille de famille sur qui il avait acquis le *mancipium*, le remanciperait à son ancien *paterfamilias*, à son père par le sang ; c'était alors ce dernier qui réalisait l'affranchissement et rendait ainsi *sui juris* son ancien *filiusfamilias* sur lequel il avait encore un *mancipium*.

Dans le premier cas le *pactum fiduciæ* apparaît avec le caractère de pacte de dessaisissement, dans le second cas il se montre sous la forme d'un pacte de restitution. L'emploi de l'un ou l'autre procédé était loin d'être indifférent : c'était toujours en effet le *pater emancipator*, celui qui avait réalisé l'affranchissement définitif, qui ac-

quérât les *jura tutelæ ac successionis* ; on conçoit que le *paterfamilias* devait recourir de préférence au dernier procédé pour se réserver ces droits à son profit, plutôt que de les voir passer à un tiers par suite de l'emploi du premier mode d'émancipation. A la vérité le texte fondamental sur ce point, le § 132 du commentaire 1 de Gaius n'est pas très explicite, il est en partie illisible ; mais on s'accorde en général à le restituer dans le sens que nous avons indiqué (Cf. Edition de Gaius, 1884. MM. Krueger et Studemund) ; en outre, nous avons sur la tutelle et la succession fiduciaire des textes assez nombreux, sur lesquels nous reviendrons et qui ne peuvent s'expliquer que de cette façon (Gaius, I, §§ 172, 175, 195 a ; Ulpien, X, § 5).

L'affranchissement une fois accompli produisait tous ses effets ordinaires, en rendant *sui juris* celui qui en avait été l'objet et notamment d'après le droit civil le *filiusfamilias* émancipé perdait tout droit sur la succession de son ancien *paterfamilias* ; la réforme sur ce point ne dérive que du droit prétorien. M. d'Ihering (1) semble s'étonner de ce fait qu'il croit avoir été contraire à l'intention des parties ; et il en est d'autant plus surpris lorsqu'il le compare avec le résultat de la *coemptio fiduciæ causa*, qui, elle, pouvait n'être employée qu'en vue d'un effet déterminé et unique ; comment expliquer cette différence ? D'après cet auteur la raison s'en trouve dans cette remarque que le *paterfamilias* trouvait dans le testament le moyen d'assurer dans une autre forme le droit d'hérédité

1. L. c., n. 3.

ab intestat de l'enfant, que la *capitis deminutio* lui avait fait perdre ; le père aurait ainsi recouru à une sorte de palliatif en vue de corriger des résultats contraires à son intention lorsqu'il avait opéré l'émancipation. Ce motif nous paraît certainement vraisemblable pour l'époque où l'émancipation devint une institution de bienfaisance ; et c'est ce qui explique que le droit prétorien n'ait pas tardé à venir ici corriger le droit civil en s'inspirant des mœurs ; mais à coup sûr cette raison est inexacte pour l'époque ancienne : pendant longtemps l'émancipation romaine a revêtu le caractère d'une peine ; faire sortir une personne de sa famille, c'était la mettre à l'écart de la société ; l'individu détaché du groupe et abandonné à ses seules forces était réduit à l'impuissance, la privation des droits successoraux devait se produire comme les autres effets de l'émancipation, car elle était en réalité dans l'intention de celui qui opérait l'émancipation ; il n'y avait là qu'un moyen commode d'exhérédation. Le résultat était donc ici encore en concordance avec le but : l'état de la personne était entièrement changé ; c'est précisément ce qu'avaient voulu les parties.

Mais pour que ce but ait pu être atteint, n'a-t-il pas fallu nécessairement la sanction de la *cognitio extra ordinem* ? Comment admettre que le *paterfamilias* qui voulait infliger une peine à son subordonné en le rendant *sui juris* ait pu se contenter d'une somme d'argent, résultat de l'*actio fiduciæ* intentée contre celui qui gardait le *mancipium* en se refusant à l'exécution du *pactum fiduciæ* ?

3. *Adoption*. — α. La fiducie jouait aussi un rôle dans l'adoption. Cette institution présente dans sa forme de grandes ressemblances avec l'émancipation ; comme elle, en effet, l'adoption a un double but : faire d'abord sortir l'enfant de la famille à laquelle il appartient, lui donner ensuite un rang dans une autre famille. Le premier de ces buts était donc le même dans les deux cas : aussi était-il réalisé par des moyens identiques ; le *paterfamilias* accomplissait trois mancipationes s'il s'agissait d'un *filiusfamilias* et une seule s'il s'agissait d'une autre personne *alieni juris*, pour éteindre sa *patria potestas*. Quant au second but visé dans l'adoption, il différait un peu de celui qui se trouvait dans l'émancipation : au lieu de rendre une personne *sui juris*, on voulait la laisser avec sa qualité d'*alieni juris*, mais lui faire changer de famille ; aussi ce but n'était-il pas satisfait par un moyen complètement semblable à celui qui était employé dans l'émancipation. toutefois il l'était par un moyen sensiblement analogue ; et c'est dans cette partie de l'opération qu'intervenait encore le *pactum fiduciæ* ; cette seconde partie de l'opération pouvait ici aussi s'effectuer grâce à l'un de deux procédés voisins, mais différents. Comme tout à l'heure, le *pactum fiduciæ* se présente ici tantôt avec le caractère de pacte de dessaisissement, tantôt avec celui de pacte de restitution. C'est ce qui résulte du § 134 du Commentaire 1 de Gaius, tel qu'il a été lu lors de la dernière révision du manuscrit de Vérone. Le plus souvent, nous dit Gaius dans ce texte, le *paterfamilias* avait recours au procédé suivant : il mancipait son enfant soit à l'adoptant

lui-même, soit à un tiers quelconque ; s'il s'agissait d'un *filiusfamilias*, l'acquéreur l'affranchissait, et la *patria potestas* subsistait, une seconde mancipation suivie d'un second affranchissement intervenait avec le même résultat ; ces affranchissements successifs étaient effectués en exécution d'un *pactum fiduciæ* adjoint à la *mancipatio*. Ce pacte de fiducie dans ce cas avait donc le caractère de pacte de restitution ; la *patria potestas* n'était pas éteinte puisque la troisième mancipation exigée par la loi des Douze Tables n'avait pas été accomplie ; le *paterfamilias* l'opérait, et l'acquéreur au lieu d'affranchir cette fois la personne sur laquelle il avait le *mancipium* la remancipait à son ancien *paterfamilias* en vertu d'un nouveau *pactum fiduciæ* de restitution ; c'est alors que le père adoptif réclamait la *patria potestas apud prætorem* ; là l'ancien *paterfamilias* lui cédait l'enfant *in jure*. Mais, d'autres fois, nous dit toujours Gaius, et c'est ce passage qui a été lu par M. Studemund, la troisième mancipation qui éteignait la *patria potestas* n'était suivie d'aucun affranchissement ni d'aucune autre mancipation ; le tiers était donc investi du *mancipium* ; ici c'est avec le caractère de pacte de dessaisissement au profit d'un tiers que se présente à nous le *pactum fiduciæ* : c'est en effet au tiers lui-même que le père adoptif devait s'adresser pour obtenir l'*in jure cessio* de l'enfant, *in jure cessio* que le titulaire de *mancipium* sur cet enfant était tenu d'accomplir en exécution d'un *pactum fiduciæ*.

L'intervention d'un *pactum fiduciæ* dans l'adoption est un point universellement admis, et pourtant Gaius n'en

dit pas un mot dans son § 134 : mais il n'y a là rien qui doive nous surprendre ; le *pactum fiduciæ* pouvait être tacite, il était une clause secrète qui ne figurait même pas d'une façon apparente dans l'acte solennel auquel il était adjoint ; Gaius, dans le § 132 du *Commentaire* 1, où il parle de l'émancipation ne fait pas allusion non plus au *pactum fiduciæ*, et pourtant il est certain que là il intervenait, les textes qui mentionnent la tutelle et la succession fiduciaire en font amplement foi ; dès lors le *pactum fiduciæ* devait figurer aussi dans l'adoption, puisque celle-ci comme l'émancipation a pour objet de faire sortir une personne de sa famille, et que ce sont les mêmes procédés, des mancipationes et des affranchissements successifs, qui sont employés dans ce but.

L'adoption se produisait avec tous ses effets logiques qui dérivait de la situation créée et voulue par les parties : la sortie de l'enfant de son ancienne famille, et son entrée dans une nouvelle ; notamment l'enfant acquérait de nouveaux droits successoraux, et perdait ceux qu'il avait auparavant ; cette situation féconde en injustices lorsqu'elle se combinait avec une émancipation de l'enfant postérieure à son adoption, suscita à titre de remèdes quelques réformes prétoriennes, mais elle ne fut tranchée définitivement dans un sens équitable que sous Justinien, lorsque l'idée du groupe familial se fut effacée devant l'idée de la parenté par le sang.

β. Cependant n'y avait-il pas certains cas dans lesquels l'adoption pouvait se produire seulement avec des effets limités dans leur durée et restreints dans leur nombre ?

Et d'abord le *paterfamilias* pouvait-il ne donner son subordonné en adoption que pour un temps déterminé, en se réservant par *pactum fiduciæ* adjoint à l'*in jure cessio* qui avait réalisé l'adoption, une sorte de droit de retour à son profit de la *patria potestas* ? M. Geny (1) répond négativement : à la vérité, il y a un texte qui à première vue semble lui donner raison ; c'est la loi 34, Dig., 1. 7 *De adoption.*, dans laquelle Paul, livre 11 *Quæstion.*, reproduisant une solution de Labeo, décide que dans ce cas il n'y aura lieu à la délivrance d'aucune action « *Labeo putat nullam esse actionem* » ; mais nous pensons que le recours *extra ordinem* était possible ; Paul et Labeo n'ont même pas voulu dire qu'ici l'*actio fiduciæ* était écartée, ce résultat ne pouvait pas être dans leur pensée, car l'*actio fiduciæ* est complètement inapplicable dans le droit des personnes, il était donc inutile de le constater ici ; ce que les jurisconsultes ont entendu faire dans cette loi 34, c'est écarter soit le *præjudicium*, soit l'interdit, deux actions relatives à l'état des personnes et dont nous parle la loi 1, § 2, Dig., 6. 1, *De rei vind.* à côté de la *cognitio extra ordinem*, qui, elle, ne constitue certainement pas une action au sens propre du mot. Cette simple remarque pourrait donc déjà nous suffire pour admettre cette *cognitio extra ordinem*, malgré les termes généraux du texte ; mais il y a pour nous faire pencher dans le même sens, une autre remarque, peut-être plus décisive : c'est que les Romains chaque fois qu'ils en eu-

1. *L. c.*, n. 1, page 53.

rent le désir, surent se faire un jeu des modifications que l'adoption apportait à l'état des personnes ; c'était une paternité artificielle, dès lors malgré la règle « *Adoptio imitatur naturam* » il était naturel qu'elle pût être modelée et accommodée dans ses effets à l'intention des parties. Et en effet le motif que donne la loi 34, Dig., 1, 7 pour décider qu'aucune action ne sera délivrée « *Nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere* », est un motif qui à coup sûr est inexact ; tout au contraire les mœurs romaines se prêtaient merveilleusement à l'idée d'une paternité purement temporaire, alors qu'elle ne résultait que de l'adoption ; l'*adoptio regia* et la *transitio ad plebem* n'en sont-ils pas des exemples tout à fait frappants ? Que devenait alors la règle « *Adoptio imitatur naturam* » ? Le patricien Clodius se faisant adroger par le plébéien Fonteius afin de pouvoir devenir tribun était plus âgé que son *adrogator*. Et la règle de l'indivisibilité de l'état des personnes qui eût voulu que l'adoption produisit toujours tous ses effets n'était-elle pas aussi entièrement méconnue ? L'*adoptio regia* n'avait qu'un but, faire acquérir le droit à l'Empire, et la *transitio ad plebem* n'intervenait que dans une seule vue, faire acquérir le droit aux magistratures plébéiennes ; mais ni dans l'un ni dans l'autre cas les relations de paternité et de filiation n'étaient engendrées, et jamais notamment les droits successoraux ne dérivèrent de ces adoptions que personne ne prenait au sérieux (Capitolin ; *Antonin le Pieux* ; ch. 7).

Comment donc au point de vue juridique ces adoptions

étaient-elles accomplies? Quant à l'*adoptio regia* tout dépendait du bon plaisir du prince; elle était placée en dehors du droit; mais la *transitio ad plebem* se réalisait au moyen d'une *adrogatio fiduciæ causa*: un *pactum fiduciæ* obligeait l'adoptant après l'adoption à émanciper l'adopté et à lui restituer ses biens, c'est ce qu'a démontré M. Lange (1) et son opinion a été admise par M. d'Ihering; ces deux auteurs rapprochent l'*adrogatio fiduciæ causa* de la *cæemptio fiduciæ causa* pour constater entre elles une double ressemblance, ressemblance dans leurs effets qui répondaient à la satisfaction d'un but déterminé et unique, ressemblance dans leur fonctionnement juridique issu du *pactum fiduciæ*.

4. *Noxæ deditio cum fiducia*. — Jusqu'ici dans les diverses opérations fiduciaires que nous avons examinées, le moyen employé en vue d'atteindre le but voulu est un moyen fictif; dans tous les cas le *mancipium*, qu'il intervienne en vue de l'acquisition de la cité, en vue de l'émancipation ou en vue de l'adoption, est un droit de puissance non sérieuse. Au premier abord on pourrait même être tenté de trouver là l'élément d'une autre différence fondamentale, à côté de celle qui résulte de la diversité de sanction, entre les applications de la fiducie dans le droit des personnes et ses applications dans le droit des choses; mais cette règle si elle était posée subirait une double exception; d'une part dans le droit des choses la *mancipatio familiæ cum fiducia*, qui, nous le verrons, a

1. L. c., n. 4.

joué plusieurs rôles importants dans le droit testamentaire, n'est qu'un moyen fictif employé en vue d'un résultat voulu par celui qui l'accomplit, et d'autre part dans le droit des personnes la *noxæ deditio cum fiducia* engendre un *mancipium* sérieux. Toutefois cette dernière exception à la règle n'est pas en réalité aussi grave qu'elle peut paraître tout d'abord : en effet la *noxæ deditio cum fiducia* peut s'appliquer à un subordonné quelconque du *paterfamilias*, notamment à un esclave ; dans ce cas la constitution d'un *mancipium* sérieux rentrerait dans la règle, puisqu'alors la *noxæ deditio* appliquée à un esclave fait partie du domaine de la fiducie dans le droit des choses ; et à ce titre elle pourrait être considérée comme une variété de la *fiducia cum creditore*. Du reste le seul texte qui vise formellement la *noxæ deditio cum fiducia* *Collatio legum Mosaicar (et Romanarum)*, tit. 2, ch. 3), suppose qu'elle s'applique à une personne libre *alieni juris*. Nous avons déjà rencontré ce fragment ; c'est lui principalement qui nous a permis d'établir comme étant la seule sanction possible de la fiducie dans le droit des personnes la *cognitio extra ordinem* ; c'est en effet la solution qu'il donne en termes clairs et précis. On peut donc en conclure qu'au contraire lorsque la *noxæ deditio cum fiducia* a pour objet un esclave, l'*actio fiduciæ* retrouve son entière application : ce qui est logique, puisqu'alors nous sommes en présence d'une application de la fiducie dans le droit des choses, l'esclave n'ayant jamais été considéré comme une personne juridique capable de droits et passible d'obligations, « *servi pro nullis habentur* » (Loi 32, Dig., 50. 17. *De reg. juris*). Tel-

les sont les conséquences légitimes que l'on peut tirer du texte. Mais les auteurs n'estiment pas que la fiducie dans le droit des personnes soit sanctionnée par le recours *extra ordinem*, et ils n'admettent même pas tous que la *noxæ deditio cum fiducia* appliquée à une personne libre *alieni juris* reçoive cette sanction dans tous les cas ; de ce nombre sont M. Accarias (1) et M. Geny (2), qui ne fait que reproduire son opinion. Comment donc dans cette doctrine explique-t-on le fragment de Papinien inséré dans la *collatio*?

D'après M. Accarias, les derniers mots « *fiduciæ judicio non tenetur* » signifieraient que le père ne peut pas exiger de celui à qui il a abandonné noxalement son enfant que celui-ci lui soit remancipé après avoir réparé par son travail le préjudice causé, afin de l'affranchir lui-même et de se procurer ainsi les *jura patronatus* ; suivant l'auteur une pareille convention serait nulle. Voilà une explication du texte qui est peut être ingénieuse pour l'interprète qui veut de parti pris repousser l'idée de la *cognitio extra ordinem* comme seule sanction possible de la fiducie dans le droit des personnes, mais qui à coup sûr ne résulte aucunement du texte et va même se heurter à des motifs de bon sens : tout d'abord pourquoi si la personne abandonnée noxalement a réparé entièrement le préjudice causé, celui qui a eu le *mancipium* ne se déclarerait-il pas satisfait ; et pourquoi le *paterfamilias* ne pour-

1. *L. c.*, n. 2.

2. *L. c.*, n. 1. page 47.

rait-il pas avoir les *jura patronatus* si le tiers en recevant le *filiusfamilias* en *noxæ deditio* a consenti librement à le remanciper? On veut, dit l'auteur, que l'enfant abandonné noxalement ne puisse à aucun titre retomber sous la puissance de son père. Eh bien! si ce motif était vrai, le moyen employé, la *manumissio apud prætorem* dont nous parle Papinien, ne serait-il pas tout à fait insuffisant pour empêcher le *paterfamilias* de recouvrer la *patria potestas*, s'il s'agit d'un *filiusfamilias* qui n'a pas encore été mancipé trois fois (Gaius, IV, § 79), ? Peu importe alors que l'affranchissement qui fait retomber le *filiusfamilias* sous la *patria potestas* de son *paterfamilias* soit opéré en vertu d'une *cognitio extra ordinem* ou de l'*actio fiduciæ*.

Dès lors il n'y a aucune raison pour restreindre la validité du *pactum fiduciæ* adjoint à la *noxæ deditio* au cas où il présente le caractère de pacte de dessaisissement; le *pactum fiduciæ* adjoint à la *noxæ deditio* est valable même s'il présente le caractère de pacte de restitution; et maintenant si le fragment de Papinien nous dit: « *fiduciæ iudicio non tenetur, sed manumittere cogendus a prætere, qui noxæ deditum accepit* », c'est qu'il y a là un principe tout à fait général relatif à la sanction que doit nécessairement recevoir la fiducie lorsqu'elle intervient dans le droit des personnes. Il y a du reste un texte de Gaius (I, § 140) qui nous semble tout à fait décisif pour condamner l'opinion que nous combattons: le jurisconsulte prévoit d'abord le cas où un *paterfamilias* a donné en *mancipium* un de ses *filiifamilias* en ajoutant à cette dation un *pactum fiduciæ* de dessaisissement, et Gaius nous dit que

dans ce cas c'est celui qui est soumis au *mancipium* et non pas son *paterfamilias* lui-même qui peut exiger sa *manumissio censu* « *quia etiam invito quoque eo cuius in mancipio sunt censu libertatem consequi possunt* » : puis Gaius passe à l'hypothèse où il y a eu une dation fiduciaire du *filiusfamilias* avec un pacte de restitution au *paterfamilias*, et le jurisconsulte ne nous dit pas du tout qu'ici c'est l'*actio fideiæ* qui sera intentée, tandis que tout à l'heure la *cognitio extra ordinem* était seule possible, mais il nous dit que le recours sera exercé non plus par le *filiusfamilias*, mais par le *paterfamilias*; enfin examinant le cas de *noxæ deditio cum fiducia*, Gaius donne la même solution que pour le cas où le *pactum fideiæ* apparaît avec le caractère de pacte de restitution; c'est donc que dans la *noxæ deditio* le *pactum fideiæ* pouvait intervenir aussi avec ce caractère. Ainsi je trouve à notre avis condamnée l'explication que M. Accarias a voulu donner du chap. 3, tit. 2 de la *Collatio*. La *fideiaria noxæ deditio* était donc sanctionnée par la *cognitio extra ordinem* quand elle rentrait dans le domaine de la fiducie dans le droit des personnes.

A une certaine époque, cette *noxæ deditio* rentra toujours dans le droit des choses, car l'abandon fiduciaire des personnes libres en puissance fut prohibée par la loi, et le créancier qui accepta l'une de ces personnes en fiducie s'exposa à la peine de la déportation; c'est ce que nous apprend Paul dans ses Sentences (V; 1, § 1); dès lors la *noxæ deditio servi cum fiducia* fut seule possible. Il est évident du reste que nous n'entendons parler

ici que de la *noxæ deditio* fiduciaire, et non pas de la *noxæ deditio* ordinaire : car celle-ci subsista, même à l'égard des personnes libres, jusqu'à Justinien (Institutes, IV, 8, § 7) ; on conçoit facilement que la coexistence de ces deux sortes d'abandon noxal ait présenté une utilité incontestable.

APPENDICE.

Des droits de tutelle et de succession fiduciaires.

Dans toutes les applications de la fiducie examinées jusqu'ici, nous avons trouvé une personne en affranchissant une autre du *mancipium* auquel elle est soumise : que le *mancipium* soit sérieux ou fictif, dans tous les cas ce *manumissor* est assimilé à un patron ; il acquiert donc les *jura patronatus* (Gaius, I, §§ 166, 172, 194 et 195 ; Ulpien, XI, § 5 ; Institutes, I, 9, Princ. ; et III, 9, § 3). Ces *jura patronatus* se décomposent en un droit de tutelle et en un droit d'hérédité *ab intestat*, deux institutions qui vont le plus souvent ensemble.

La tutelle porte d'ailleurs un nom différent suivant le procédé qui a été employé dans l'opération juridique dans laquelle a figuré le *pactum fiduciæ* : est-ce le tiers qui a affranchi la personne *alieni juris* du *mancipium*, ce *manumissor extraneus* n'a qu'une tutelle fiduciaire pour lui et pour ses enfants, tandis que lorsque c'est l'ancien *paterfamilias* qui a opéré l'affranchissement, ce *pater emancipator* a une tutelle légitime ; mais même dans ce dernier cas ses enfants n'ont qu'une tutelle fidu-

ciaire (*Institutes*, I, 18 et 19). Quelle est la raison de cette différence de dénomination ? que la tutelle du *manumissor extraneus* ne soit que fiduciaire, tandis que celle du *pater emancipator* est légitime, on le conçoit sans peine à notre avis, et il est faux de dire, comme le fait M. Accarias (1), que la logique eût dû conduire à reconnaître seulement aussi une tutelle fiduciaire au *pater emancipator* : en effet, l'affranchissement opéré par le *manumissor extraneus* n'est que l'exécution du *pactum fiduciæ* ; on comprend donc que les conséquences de cet affranchissement soient elles aussi fiduciaires ; au contraire, l'affranchissement accompli par le *pater emancipator* ne dérive que de son plein gré ; dans l'émancipation par exemple le *paterfamilias* après l'accomplissement de la troisième mancipation du *filiusfamilias* qui lui a fait perdre la *patria potestas*, et après la restitution de l'enfant accomplie par le tiers à son profit en exécution du *pactum fiduciæ*, serait libre de conserver un *mancipium* par son ancien *filiusfamilias* ; s'il l'affranchit, c'est qu'il le veut bien ; dès lors les conséquences de cette *manumissio* ne sauraient être fiduciaires. Mais ce qui constitue véritablement une anomalie, c'est que la tutelle des enfants du *pater emancipator* ne soit pas légitime comme celle de leur *paterfamilias* ; aussi bien est-ce à ce point de vue que se placent les textes pour expliquer cette différence. Justinien dans ses *Institutes* (I, 19) en donne pour raison que le *filiusfamilias*, s'il n'avait pas été émancipé, serait devenu *sui juris* à la

1. L. c., n. 2.

mort de son *paterfamilias*, et n'aurait été soumis à aucun droit de patronat, tandis que l'esclave, s'il n'est pas affranchi par son maître, appartient certainement après la mort de celui-ci à ses propres enfants. Gaius (I, § 172) indique ce motif qu'en donnant une tutelle légitime au *pater emancipator*, on a voulu l'honorer autant que le patron lui-même ; c'est une explication qui n'explique absolument rien ; puisqu'elle se borne à résoudre la question par la question.

Quoi qu'il en soit, cette différence de dénomination donnée à la tutelle n'est pas une pure affaire de mots, elle engendre des conséquences pratiques assez importantes : Gaius (I, § 172) nous dit que d'après une certaine doctrine, qui du reste paraît avoir été abandonnée à son époque « *quidem putaverunt* », le tuteur fiduciaire à la différence du tuteur légitime ne pouvait pas faire *cessio in jure* de la tutelle ; de même le père lorsqu'il est tuteur légitime peut être dispensé de fournir la *satisfactio rem pupilli salvam fore* (Loi 5, § 1, Dig., 26, 4. *De legit. tutoribus*).

Quant à la succession, le droit civil reconnaissait à celui qui a affranchi du *mancipium* la personne qui s'y trouvait soumise les mêmes droits qu'à un patron ; le préteur laissa subsister cette législation pour le cas où le *manumissor* était le *pater emancipator* lui-même, mais il la modifia lorsqu'il s'agit d'un *manumissor extraneus* en rendant ses droits à peu près illusoires, par la création de la *bonorum possessio unde decem personæ* (*Institutes*, III, 2, § 8 ; et III, 9, § 3). Enfin dans le droit de Justi-

nien il n'est plus question des droits de tutelle et de succession fiduciaire du *manumissor extraneus* : en effet, le *mancipium* a disparu et l'affranchissement final est toujours réputé fait par le père qui émancipe son fils ; on peut dire que dans le dernier état du droit l'émancipation implique toujours sous-entendu un *pactum fiduciæ* de restitution, et repousse absolument l'idée d'un *pactum fiduciæ* de dessaisissement : c'est ce que veulent exprimer les *Institutes* en disant que l'émancipation est toujours censée faite *contracta fiducia*. Mais tout cela n'est que fiction, et ne repose que sur une subtilité byzantine : en réalité, sous Justinien la fiducia a disparu avec toutes ses conséquences. C'est donc à une mégarde de Tribonien qu'il faut attribuer la mention de la *fiducia* dans un texte du Digeste (Loi 2, § 15, Dig., 38. 17, *ad Senat. cons. Tertull. et Orphit.*) dans lequel Ulpien nous apprend que dans la succession d'un fils ou d'une fille la mère, qui se trouve primée par le père, prime à son tour l'aïeul et le bisaïeul, alors même que ceux-ci joindraient à leur qualité celle d'émancipateurs, « *quamvis fiduciam contraxerint* ».

III

FIDUCIE EMPLOYÉE EN VUE D'ACQUÉRIR LA CAPACITÉ :

DE LA *coemptio fiduciæ causa*.

1. Dans cette application, comme dans les précédentes, le but visé par les parties, dans le *pactum fiduciæ* influe

sur le résultat de l'opération dans laquelle il intervient; c'est pourquoi ce résultat est différent ici de ce qu'il était tout à l'heure: tandis que dans les opérations juridiques, qui tendaient à modifier l'état des personnes, tous les effets normaux de l'acte juridique étaient produits; ici en sens inverse l'effet seul produit par l'acte juridique employé sera celui qu'auront voulu les parties; la *coemptio fiduciæ causa* n'intervient jamais qu'en vue d'un effet unique et déterminé.

Les textes nous signalent trois buts différents auxquels elle pouvait donner satisfaction; l'un d'entre eux seulement peut être atteint sans que les autres soient produits. Ce sont Cicéron (*Pro Murena*, c. 12) et Gaius (I, § 114 et 115) qui nous font connaître le rôle joué par la *coemptio fiduciæ causa* dans la société romaine: elle pouvait avoir lieu *sacrorum interimendorum gratia*, *tutelæ evitendæ gratia*, ou enfin *testamenti faciendi gratia*. Comme le remarque M. d'Ihering (1) à qui nous empruntons la plupart des développements qui vont suivre, « les buts mêmes que le monde féminin de Rome cherchait à atteindre par son intermédiaire: affranchissement des *sacra*, changement de la tutelle, droit de tester, marquent l'heure de la décadence des institutions religieuses, et annoncent la période de l'émancipation sociale de la femme ». L'acte juridique employé et dans lequel figurait le *pactum fiduciæ* se décompose en trois parties; la *coemptio fiduciæ causa*, c'est-à-dire la conclusion d'une *coemptio* avec *manus* purement fictive, et con-

1. *L. c.*, n. 3.

tenant ou impliquant une clause de dessaisissement au profit d'un tiers, ou d'affranchissement au profit de la femme elle-même ; la *remancipatio fiduciæ causa*, c'est-à-dire la dation de la femme en *mancipium*, contenant ou impliquant une clause fiduciaire d'affranchissement ; enfin l'affranchissement.

Il est important de remarquer que c'est la femme elle-même qui conclut le *pactum fiduciæ* ; c'est elle qui avant d'avoir fait *coemptio* convient avec son *coemptionator* qu'il devra l'affranchir ; comment une fois qu'elle s'est soumise à la *manus*, la femme devenue incapable par suite de la *capitis deminutio* qu'elle a subie, pourrait-elle agir par la voie de l'*actio fiduciæ* pour réclamer l'exécution du *pactum fiduciæ* ? La *capitis deminutio* l'atteignant (Gaius, I, § 162), la femme ne doit plus avoir qu'un seul recours possible : la *cognitio extra ordinem*. M. Geny (1) pense à la vérité que l'*actio fiduciæ* pouvait, de même que l'*actio rei uxoriæ* (Lois 8 et 9, Dig., 4, 5. *De capite minutis*), survivre à la *capitis deminutio* ; mais les textes ne disent rien de semblable, et l'auteur ne nous semble avoir rien fait pour tenter de justifier l'analogie qu'il prétend établir entre l'*actio fiduciæ* et l'*actio rei uxoriæ* sur ce point particulier ; d'ailleurs M. Geny, suivant en cela l'exemple de plusieurs autres auteurs, finit par admettre la sanction de la *cognitio extra ordinem* comme seule possible pour cette application spéciale de la fiducie, la *coemptio fiduciæ causa*, ce qui n'est guère logique dans son système. Ces remarques ne nous sollicitent-elles pas une fois de plus à

1. *L. c.*, n. 1, p. 56 et 57.

reconnaître que la fiducie dans le droit des personnes ne trouvait pas sa sanction dans le *jus privatorum judiciorum* ?

Telles sont les idées dominantes sur la *coemptio fiducia causa* ; un dernier trait suffira à la caractériser : les différents buts auxquels elle vise ont tous pour objet d'éluder la loi dans les institutions gênantes qu'elle édicte ; les précédentes opérations dans laquelle figurait la fiducie au contraire n'avaient en général pour objet que de suppléer à la loi pour satisfaire à des besoins qu'elle n'avait pas prévus. Envisageons maintenant de plus près la *coemptio fiducia causa* dans son rôle et dans son fonctionnement pratique.

2. *De la coemptio fiducia causa sacerorum interimendorum gratia.* — Le texte relatif à ce sujet est le *Pro Murena*, de Cicéron, ch. 12. La *coemptio matrimonii causa*, constitutive d'une *manus* sérieuse, avait pour effet d'affranchir la femme de l'obligation aux *sacra* : car elle les transférait à son mari, et c'est lui qui en restait chargé si plus tard la femme venait à sortir de sa puissance par suite d'une *capitis deminutio*. Lorsque le sentiment religieux commença à s'effacer et que le culte des *sacra* fut devenu un fardeau, les femmes mirent à profit la *coemptio* pour se débarrasser d'un culte aussi gênant, en l'accomplissant d'une façon purement fictive : la femme en vue de ce résultat se choisissait un *senex coemptionalis* ; c'était un vieillard qui jouait le rôle de *coemptionator* et qui recevait de la femme de quoi subvenir à l'entretien des *sacra* jusqu'à sa mort prochaine ; quelquefois la femme

achetait à vil prix un vieil esclave, lui donnait la liberté, faisait *coemptio* avec lui et se déchargeait ainsi du culte des *sacra*, sans cependant avoir à subir les conséquences du mariage ; car la *coemptio* était accompagnée expressément ou tacitement d'un *pactum fiduciæ* en vertu duquel le *coemptionator* après avoir fait *coemptio* devait affranchir la femme de sa *manus*, ou devait la remanciper à la personne que la femme lui avait désignée d'avance. C'est ce qui résulte du § 137, du *Commentaire* I de Gaius, tel qu'il a été restitué par M. Studemund, ainsi que du § 118 du même ouvrage. Cette *manus* ne produisait donc qu'un seul effet : l'extinction de l'obligation de la femme aux *sacra* ; son effet habituel, qui était de faire considérer la femme comme une *filiafamilias* de son *coemptionator* et de lui faire acquérir le droit de succession était écarté (Gaius, I, § 115, 6). Quelques incertitudes pouvaient encore planer sur tous ces points avant la dernière révision du manuscrit de Vérone ; celle-ci a donné raison à la doctrine qui était déjà adoptée par beaucoup d'auteurs notamment par MM. Accarias et d'Ihering (1), et que nous n'avons fait que reproduire.

3. *De la coemptio fiduciæ causa, tutelæ evitandæ gratia.*— Le texte capital émane de Gaius (I, §§ 114 et 115). Le droit civil établissait une tutelle perpétuelle de la femme pubère *sui juris* au profit de ses agnats ; ceux-ci exerçaient un contrôle sérieux sur la gestion du patrimoine de la femme, car cette dernière ne pouvait accomplir aucun acte

1. *L. c.*, n. 2, et 3.

important sans leur *auctoritas*. Lorsque l'individualisme commença à se substituer à la vie collective, la femme désira éluder la nécessité de l'*auctoritas* d'un agnat gênant en le remplaçant par un autre tuteur qu'elle pût choisir à son gré et jouissant de toute sa confiance de façon à rendre illusoire et vaine la nécessité de l'*auctoritas*. Mais comment allait-elle pouvoir atteindre ce résultat ? Si l'agnat y consentait, il pouvait faire l'*in jure cessio* de la tutelle à celui que la femme lui désignait ; mais bien peu d'agnats durent consentir de leur plein gré à abdiquer ainsi leurs droits ; la femme n'avait-elle donc aucun moyen en vue de parvenir à son but ? Elle usa de la *coemptio fiduciae causa* : cependant elle ne pouvait pas non plus faire *coemptio* sans l'*auctoritas tutoris* (Ulpien, II, § 22) ; mais, comme le dit M. d'Ihering (1), « la *coemptio fiduciae causa* doit avoir fait partie des cas où, d'après Gaius (I, § 190), le tuteur d'une femme « *sæpe etiam invitus auctor fieri a prætore cogitur* ». L'agnat était donc forcé de consentir à la *coemptio fiduciae causa* : la femme fait *coemptio* avec un tiers en convenant fiduciairement qu'il la remancipera à celui ; qu'elle lui désignera elle est remancipée à cette personne avec la clause fiduciaire d'affranchissement, la femme est affranchie et dès ce moment elle commence à avoir pour tuteur celui qui a procédé à la *manumissio* : de cette façon la loi qui établit la tutelle perpétuelle des agnats est éludée très simplement. Désormais cette tutelle devenait une dérision ; elle fut abolie par l'empereur Claude (Gaius, I, § 171).

1. *L. c.*, n. 3.

4. *De la coemptio fiduciae causa testamenti faciendi gratia.* — C'est encore Gaius (I, § 115 a) qui nous renseigne à ce propos. Le droit civil ancien refusait à la femme la capacité de tester : en effet, le testament primitif est analogue à l'adoption, il a en vue la continuation des *sacra* et du nom ; or, comme la femme est la fin de sa famille, elle n'a pas à tester ; en outre, elle n'aurait pas pu pénétrer dans les *comices* pour faire le testament *calatis comitis* ; enfin de même que la femme soumise à la tutelle de ses agnats eût fait tort à ce droit de tutelle en pouvant changer de tuteur, de même en pouvant tester elle aurait nui aux droits de succession *ab intestat* de ses agnats. Quand le testament, dépouillant son caractère politique, devint un acte de pure bienfaisance, et quand le droit de la famille agnatique eut fait place au droit de l'individu, les principes devaient nécessairement changer. Ils furent d'abord écartés en ce qui touché la femme affranchie à qui son patron qui est son tuteur a accordé la liberté de tester (Tite-Live, liv. 9, ch. 9 ; Gaius, I, § 192, et II, § 122). Quant à la femme ingénue elle restait en droit incapable de tester ; mais elle sut bientôt mettre à profit la faculté que le droit lui-même reconnaissait à la femme affranchie, en se plaçant fictivement dans la même situation que cette dernière : dans ce but, elle usa de la *coemptio fiduciae causa*. Forçant comme tout à l'heure son tuteur à donner son *auctoritas* à la *coemptio*, la femme se soumet à la *manus* d'un tiers, le mari fictif s'engageant par *pactum fiduciae* à manciper immédiatement la femme à une autre personne, cette *mancipatio* est en effet accom-

plie, le nouvel *accipiens* affranchit la femme du *mancipium* qu'il a sur elle, et la femme ingénue se trouve ainsi transformée en affranchie ; désormais elle pourra tester avec le consentement de son patron. Dès lors ce jeu de la *coemptio fiduciæ causa* n'était qu'une comédie puérile : aussi un sénatusconsulte voté sous Adrien vint-il la supprimer en décidant que la femme était capable de tester avec l'*auctoritas tutoris* sans avoir besoin de recourir à la *coemptio fiduciæ causa* ; dès ce moment les femmes atteignant l'âge de la puberté à douze ans purent tester plus tôt que les hommes ; c'est ce que nous dit Gaius (II, § 112) dans un texte qui n'a été lu définitivement que par M. Studemund.

B. — APPLICATIONS DE LA FIDUCIE DANS LE DROIT DES CHOSSES

CHAPITRE II

FIDUCIA CUM CREDITORE.

I. Notions préliminaires. — II. La *fiducia cum creditore*, envisagée en général. 1. Les différentes clauses accessoires du *pactum fiduciæ*. α . Dans l'intérêt du débiteur. β . Dans l'intérêt du créancier. 2. Du non paiement de la dette à l'échéance. 3. Du paiement de la dette à l'échéance. 4. Des actions *fiduciæ directa et contraria*. — III. La *fiducia cum creditore*, considérée dans deux exemples. 1. Notions. 2. La table de Bétique. 3. Les tablettes de Pompéi.

BIBLIOGRAPHIE

1. Dernburg. Das Pfandrecht, tome 1, pag. 7 à 26.
2. Geny. Etude sur la fiducie, — thèse de Nancy, 1885 ; — pag. 68, 90, 94, 95, 101.
3. Accarias. Précis de droit romain, tome 1, pag. 695, note 3.
4. Lenel. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 3. Quellenforschungen in den Edictcommentaren ; Zur actio fiduciæ, p. 104 et suiv.

5. Voigt. Die XII Tafeln, tome 2, die lex fiduciæ, § 86, p. 166 à 187.
6. Ihering. De la faute en droit privé, trad. de Meulenaere, pag. 40, texte et note 86.
7. Degenkolb. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 9. Ein pactum fiduciæ, pag. 117 à 179.
8. Rudorff. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 11. Ueber die hætische Fiduciartafel, pag. 52 à 107.
9. Gide. Revue de législation, tome 1. Un pactum fiduciæ, pag. 74 à 92.
10. Tardif. Nouvelle revue historique, tome 12. Les nouvelles tablettes de cire de Pompéi, pag. 472 à 478, 832 à 835.
11. Eck. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 9. Neue pompejanische Geschfätsurkunde, pag. 60 à 97, 151 et 152.
12. Geib. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 8. Actio fiduciæ und Realvertrag, pag. 114, note 1.
13. Gradenwitz. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 7. Interpolationen in den Pandekten, pag. 46 à 49.
14. Cujas. In libro XIII Digestorum Salvii Juliani; — tome 6, pag. 84 et 85.
15. Chesius. De differentiis juris, chap. 89; — Jurisprudentia romana et attica Heineccii, tome 2, p. 872 à 874.
16. Ubbelohde. Zur Geschichte der benannten Realcontracte, pag. 151.
17. De Petra. Notizie degli scavi di antichità comunicate alla R. Academia dei Lincei, 1887, pag. 415 et suiv.
18. Scialoja. Bulletino del Istituto di diritto romano, tome 1, pag. 5 à 15.
19. Alibrandi. Bulletino del Istituto di diritto romano, tome 1, pag. 16 à 20.
20. Girard. Nouvelle revue historique, tome 6. L'action auctoritatis, pag. 198, note 1.
21. Girard. Nouvelle revue historique, tome 7. Les stipulations de garantie, pag. 548 à 550, note 1.

22. Jourdan. L'hypothèque, pag. 45, note 1.
23. Bechmann. Der Kauf, tome 1, pag. 370, note 3.
24. Mommsen. Hermès, tome 23, pag. 157 à 159.
25. Gradenwitz. Bulletino del Istituto di diritto romano, tome 2, pag. 122.
26. Oertmann. Die Fiducia im rômischen Privatrecht, pag. 243 à 245.

I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

1. La *fiducia cum creditore* a eu dans la société romaine une importance pratique très considérable, aussi est-ce à propos de cette application de la fiducie que l'on rencontre le plus grand nombre de textes interpolés. Alors que d'une part le crédit réel était encore dans l'enfance parce que le *pignus* et l'*hypotheca* étaient inconnus, et que d'autre part le *dominium ex jure Quiritium* n'était pas susceptible d'être transféré sous condition résolutoire (*Fragmenta Vaticana*, § 283; loi 2, Code, 8, 55. *De donationibus...*), la *fiducia cum creditore* servit à satisfaire les nécessités du commerce juridique en procurant une sûreté réelle au créancier qui ne consentait à mettre sa confiance que dans un bien, et non dans la personne de son débiteur. La *fiducia cum creditore* suppose donc toujours une dette antérieure préexistante, telle par exemple que celle qui résulte d'un prêt : c'est ce qui nous explique qu'à propos de la *fiducia cum cre-*

ditore les jurisconsultes romains indiquaient les conditions auxquelles le prêt était réalisé; en ce sens se trouve la loi 30, Dig., 12, 1. *De rebus creditis*, qui est extrait du livre 5 de *Paul ad Plautium*, et que M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* (1) rapporte à la fiducie, parce que dans ce livre Paul traitait à la fois du *depositum* et de la *fiducia*. C'est dans un esprit analogue, nous l'avons vu, qu'est conçue la loi 36, Dig., 41, 1. *De acq. rerum dominio*, empruntée au livre 13 des Digestes de Julien : ce fragment se rapporte non à la mancipation fiduciaire, comme le pense M. Lenel (2), mais à la tradition qui réalise le prêt.

2. Mais la *fiducia cum creditore*, même après qu'elle eut été sanctionnée par une action, présentait d'assez graves inconvénients : en principe, elle impliquait la dépossession, et en tous cas le dessaisissement de la propriété du bien de la part du *fiduciae dans*; en outre le bien ayant été une seule fois donné en fiducie, le crédit du *fiduciae dans* était épuisé, car la fiducie n'est pas susceptible de se fractionner au profit de plusieurs créanciers titulaires de créances différentes. Le premier de ces inconvénients suscita la naissance du *pignus*, qui tout en maintenant la possession du bien au créancier conserva la propriété au débiteur; quant au second, il engendra l'idée de l'*hypotheca*, droit réel susceptible de fractionnement. Néanmoins, même après la création du *pig-*

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. Table A, n. 31.

2. *L. c.*, n. 4,

nus et de l'*hypotheca*, la *fiducia cum creditore* subsista, tous les auteurs sont d'accord pour constater ce fait : c'est que, malgré ses défauts, elle offrait certains avantages sur les deux autres instruments de crédit réel ; c'est elle, en effet, qui constituait la sûreté la plus grande au profit du créancier, puisqu'elle le rendait propriétaire ; en outre, comme elle intervenait toujours et nécessairement liée à une *mancipatio* ou à une *in jure cessio*, elle participait de deux caractères de ces opérations qui étaient précieux pour la vie des affaires, la publicité et la spécialité (Gaius, II, § 24 ; et I, § 119 ; Ulpien, XIX, § 6), deux qualités indispensables d'un bon système de crédit réel, aux yeux de presque tous les législateurs modernes.

3. Du reste, les inconvénients eux-mêmes de la *fiducia cum creditore*, ou tout au moins le premier d'entre eux, pouvaient être dans une certaine mesure atténués par la convention des parties, par suite des diverses clauses accessoires du *pactum fiduciæ*. C'est l'étude de ces clauses, qui interviennent tantôt dans l'intérêt du débiteur, tantôt dans celui du créancier, qui fixera tout d'abord notre attention. Les premières ont en vue de régler la situation des parties au point de vue de la possession et de la jouissance intérimaires jusqu'à l'échéance de la dette ; les secondes envisageant au contraire cette époque visent le dénouement des rapports nés de la fiducia. A côté du cas où ces questions ont été prévues par des clauses spéciales du *pactum fiduciæ*, se trouve celui où la convention est muette : c'est donc lui qui devra

ensuite nous occuper, mais seulement en tant qu'il se réfère à l'époque de l'échéance de la dette, que celle-ci soit ou non payée ; car, à propos de l'étude des effets de l'opération fiduciaire, nous avons eu l'occasion d'examiner quelle situation le *pactum fiduciae* fait aux parties pendant la période intérimaire. Enfin nous devons nous arrêter quelques instants sur les applications et les particularités des actions *fiducia directa* et *contraria* dans la *fiducia cum creditore*. Tels sont les divers points qui constituent l'étude de cette application de la fiducie, envisagée d'une façon générale. Mais cette application mérite en outre d'être considérée dans deux exemples pratiques qui nous ont été révélés par la découverte successive de deux documents épigraphiques : c'est l'examen de ces documents qui formera la seconde partie de notre étude de la *fiducia cum creditore*.

II

LA *fiducia cum creditore* ENVISAGÉE EN GÉNÉRAL.

1. Les différentes clauses du *pactum fiduciae*.

α. Dans l'intérêt du débiteur.

a). Un usage qui se maintint en vigueur à propos du *pignus* lorsqu'il eut été imaginé consista dans la *fiducia cum creditore* à insérer dans la convention une clause accessoire de *locatio* ou de *precarium*. Leur caractère dominant était d'intervenir dans l'intérêt du débiteur, car celui-ci au lieu de se dessaisir entièrement du bien au

profit du fiduciaire, le conservait par devers lui; mais d'un autre côté le créancier lui-même trouvait aussi dans ces clauses accessoires la satisfaction de son intérêt personnel; à la vérité, il doit en être nécessairement ainsi de toutes les conventions, quelles qu'elles soient; sans quoi jamais elles ne seraient conclues; mais tels sont bien les caractères opposés des deux effets engendrés par une *locatio* ou par un *precarium*.

b) Le premier de ces effets consiste dans le droit aux fruits et à la jouissance de la chose au profit du *fiduciæ dans*; les textes sont tout à fait formels sur ce point; c'est donc que de droit commun et sans ces clauses accessoires le fiduciaire a seul droit à la jouissance et aux fruits de la *res fiduciaria*. En ce qui touche le *precarium*, nous avons un texte très clair, qui est emprunté à Isidore de Séville (Orig., V, cap. 25, § 17): « *Precarium est dum prece rogatur creditor permitti debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.* » Quant à la *locatio*, il y a dans le même sens un texte du Digeste qui est peut-être plus explicite encore; c'est la loi 4, § 1, Dig., 12-1. *De reb. credit.* dont l'application à la fiducie est admise par quelques auteurs, depuis M. de Savigny; dans ce fragment, Ulpien 34 *ad Sabinum* nous dit que le locataire a droit aux fruits tant que dure le bail, mais seulement tant qu'il dure; lorsqu'il est terminé, le locataire ne peut plus percevoir les fruits, à moins toutefois que le propriétaire y consente.

c) Le second effet de ces conventions accessoires, qui se produit au profit du fiduciaire, est celui qui donne lieu

aux difficultés juridiques les plus graves : il consiste dans l'obstacle que mettent ces clauses à l'accomplissement de l'*usureceptio* au profit du débiteur. Posons d'abord des principes absolument certains parce qu'ils reposent sur des textes non contestés, de façon à pouvoir les invoquer pour démêler ce que les textes du Digeste présentent de contradictoire. Un texte parfaitement irrécusable, ce nous semble, c'est le § 60 du Commentaire II de Gaius; il importe au plus haut degré d'insister sur les distinctions qu'il fait à propos de la question de savoir quand l'*usureceptio* compète au débiteur dans la *fiducia cum creditore* ; « *Si vero cum creditore, soluta quidem pecunia, omni modo competit (usureceptio) ; nondum vero soluta, ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit ut eam rem possidere liceret...* » Ainsi pour répondre à la question de savoir quand, dans la *fiducia cum creditore*, l'*usureceptio* compète au *fiduciæ* dans, il faut se placer à deux époques successives ; à l'époque antérieure au paiement de la dette, le débiteur peut *usurecipere*, mais seulement s'il n'a été convenu d'aucune *locatio* ou d'aucun *precarium* entre les parties ; car au cas contraire, si ces conventions ont été conclues, l'*usureceptio* est inapplicable ; à l'époque postérieure au paiement de la dette, l'*usureceptio* compète au débiteur dans tous les cas sans distinction, même lorsqu'il avait été convenu d'une *locatio* ou d'un *precarium*. Voilà, les principes certains ; voyons maintenant comment ils ont été présentés dans les textes du Digeste. Ces textes sont assez nombreux (Lois 37, Dig., 13, 7. *De pign. act.* ; 13, Dig., 41, 3. *De usur-*

pat. et usuc.; 11, Dig., 43, 26. *De precario*; 18, Dig., 43, 26, *eod. tit.*, 16, Dig., 44, 7. *De oblig. et act.*; 36, Dig., 41, 2. *De acq. vel amitt. possessione*), et pourtant bien peu d'auteurs ont songé à les étudier : c'est que la référence de ces fragments à la fiducie a été découverte assez récemment, par M. Lenel principalement.

Nous avons relativement à la *locatio* un texte entièrement conforme aux principes, dont il donne même le motif rationnel et juridique, c'est la loi 37, Dig., 13, 7, *De pig. act.*; elle est extraite de Paul, 5 *ad Plautium*, livre dans lequel ce jurisconsulte traitait à la fois du dépôt et de la fiducie sous deux rubriques juxtaposées *depositi vel contra, fiduciae vel contra*; le fragment résiste énergiquement à toute application au dépôt, aussi M. Lenel le rapporte-t-il à la fiducie (1). Dans cette loi 37, Paul visant le cas où une *locatio* a été concédée au débiteur par le créancier, et se plaçant avant le paiement de la dette nous dit : si j'ai loué au débiteur le bien qu'il m'avait mancipé en fiducie, je conserve par là ma possession, parce que cette possession n'appartenait pas au débiteur avant qu'il la tint de moi à loyer, et que j'ai intention de la conserver sans que celui à qui j'ai loué puisse avoir celle de l'acquérir. Telles sont les paroles de Paul; elles contiennent la justification théorique et rationnelle de la règle d'après laquelle la concession d'un *precarium* ou d'une *locatio* met obstacle à l'*usureceptio* : celle-ci est une espèce particulière d'*usucapio*; or, l'*usucapio* exige

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel, Table A, n. 32.

pour son accomplissement la possession, mais celui à qui un *precarium* ou une *locatio* a été consenti n'a pas la possession, il a seulement la détention précaire, la possession reste à celui qui a donné le bien en *precarium* ou en *locatio*, au créancier ; il y a dans l'acceptation de pareilles conventions de la part du débiteur une renonciation implicite à la faculté de pouvoir posséder.

Comment donc expliquer que l'*usureceptio* compète au débiteur après le paiement de la dette dans tous les cas, même quand il a accepté un *precarium* ou une *locatio*? Très simplement : c'est que ce *precarium* ou cette *locatio* ne subsistent que tant que la dette n'a pas été payée ; aussitôt le paiement effectué, ils s'effacent ; voilà ce que nous dit la loi 11, Dig., 43, 26 : « *Si debitor rem pigneratam (fiduciæ datam) precario rogaverit, soluta pecunia, precarium solvitur : quippe id actum est, ut usque eo precarium teneret* » ; ce texte dérive du livre 7 des Digestes de Celsus ; dans ce livre le jurisconsulte traitait de matières très diverses sous des rubriques y correspondant, et parmi lesquelles se trouvait la rubrique *fiduciæ*, aussi est-ce sous ce titre que M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* (1), a rangé notre loi 11, Dig., 43, 26, *De precario*.

Un texte, la loi 13 ; Pr. Dig., 41, 3. *De usurpat. et usucap.*, qui émane de Paul, 5 *ad Plautium* et qui dès lors se rapporte à la fiducie, constate les mêmes résultats, en supposant sans le dire, la concession d'un

1. Cf. Tables des textes interpolés de M. Lenel. Table A., n. 5 et 33.

precarium ou d'une *locatio*, et en envisageant l'époque antérieure au paiement de la dette : « *Pignori (fiduciæ) rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus* ». Il n'y a rien d'impossible ici, à notre avis, à ce que les commissaires de Justinien désirant accommoder ce passage de Paul au droit de leur époque, l'ait modifié de cette façon, alors que primitivement il était ainsi conçu : « *(Fiduciæ) rem (datam) (precario) acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus* ». Quoi qu'il en soit, le fragment, alors même que dans sa pureté primitive il se serait rapporté au *pignus*, et aurait été rédigé tel qu'il se trouve au Digeste, ne contredirait en rien les principes relatifs à l'*usureceptio ex fiducia* : il y serait étranger, tout simplement.

La concession d'un *precarium* ou d'une *locatio* apportant un obstacle à l'*usureceptio* doit être d'une grande utilité pour le fiduciaire ; aussi sommes-nous portés à croire que lorsque le *fiduciæ dans* avait acquis la possession et commencé l'*usureceptio*, le fiduciaire s'en apercevant proposait la concession d'un *precarium* au *fiduciæ dans*, et que celui-ci y consentait plutôt que de subir les conséquences de l'action en revendication, qui elle aussi, une fois la condamnation prononcée, eût arrêté l'*usureceptio* ; c'est ainsi que nous paraît devoir être interprétée une loi 18, Dig., 43, 26, *De precario*, qui est empruntée au livre 13 des Digestes de Julien et qui dès lors se rapporte certainement à la fiducia, et qui est conçue de la manière suivante : « *Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei qui possi-*

deat » ; chacun est donc libre, lorsqu'il a perdu la possession de la *res fiduciaria*, de consentir un *precarium* à son débiteur, afin d'empêcher l'*usureceptio* ; de cette façon le débiteur n'a plus le droit de se comporter en maître de la *res fiduciaria*, car il a renoncé à l'*animus domini* par l'acceptation du précaire ; si donc il accomplissait sur la *res fiduciaria* des actes de propriétaire, une aliénation par exemple, il commettrait un *furtum* ; c'est ainsi que s'explique la loi 22, Pr. Dig., 13). *De pig. act.* déjà examiné à propos des effets de l'opération fiduciaire ; c'est ainsi que ce fragment d'Ulpien, 30 *ad Edictum* se concilie parfaitement avec la règle d'après laquelle l'*usureceptio* ne constitue pas un *furtum* (Gaius III, § 201) : il ne saurait y avoir *furtum* de la *res fiduciaria* par le fait de l'*usureceptio* ; mais il peut y avoir *furtum* de la *res fiduciaria* en dehors de l'*usureceptio*, et lorsqu'elle est inapplicable.

Il y a encore un texte qui est conforme aux principes relatifs à l'*usureceptio*, tels qu'ils nous sont indiqués par Gaius (II, § 60) ; c'est la loi 16, Dig. 44, 7. *De obligat. et action.* ; l'interpolation de ce fragment est admise par tous les auteurs à l'heure actuelle, par MM. Lenel (1) Gradenwitz (2), Voigt (3), et même par M. Geny (4) :

1. *L. c.*, n. 4, p. 119.

2. *L. c.*, n. 13, p. 46.

3. *L. c.*, n. 5.

Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; — Table A, n. 1.

Cf. Table de concordance Lenel-Gradenwitz ; — Table C, n. 1.

Cf. Table de concordance Lenel-Voigt ; — Table B, n. 2, β.

Cf. aussi édition du Digeste de M. Mommsen.

4. *L. c.*, n. 2, p. 101.

rapportée au *pignus*, cette loi 16 se refuse à tout essai d'interprétation raisonnable; aussi les vieux auteurs tels que Cujas et Chesius (1), tentaient-ils de la rapporter à une *res hereditaria*, à propos de laquelle ils voulaient appliquer les mots de la loi 133, Dig. 50, 7. *De regulis juris* : « *Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest* » ; l'interpolation et la référence du texte à la fiducie ont été démontrés par M. Lenel, car notre fragment est emprunté au livre 13 des Digestes de Julien, et par M. Gradenwitz qui a confirmé l'opinion de l'auteur précédent en s'appuyant sur une base fondée sur la terminologie, que nous avons eu déjà l'occasion d'apprécier. Il s'agit dans cette loi 16, d'un cas de *fiducia cum servo contracta* : un esclave d'une hérédité vacante a contracté un prêt pour l'administration de son pécule; l'emprunteur de l'esclave lui a donné pour sûreté de sa créance un fonds de terre ou un esclave en fiducie, et il a gardé ce même bien par devers lui à titre de précaire; Julien nous dit qu'en donnant ce bien en précaire l'esclave empêche qu'il puisse être usucapé, car le débiteur n'a que la détention, l'esclave créancier au contraire conserve la possession au profit de l'hérédité vacante.

Jusqu'ici nous n'avons pas rencontré de difficulté pour reconnaître que les textes du Digeste concordent avec le texte capital de Gaius (II, § 60); mais il y a un texte émané du livre 13 des Digestes de Julien, la loi 36 Dig., 41, 2. *De acq. vel amitt. possessione*, qui, au premier

1. L. c., n. 14 et 15.

abord tout au moins, apparaît comme étant en contradiction avec les principes. Mais ce fragment qui statue expressément sur le cas où un fonds de terre a été donné par le débiteur *pignoris causa*, est-il interpolé, et doit-il être en réalité rapporté à la fiducie ? Bien qu'il soit extrait du livre 13 des Digestes de Julien, M. Lenel (1) ne l'a pas pensé : d'après lui, Julien, bien que traitant dans ce livre 13 de la fiducie à côté du dépôt, aurait dans ce passage parlé par exception et incidemment du *pignus* pour le rapprocher et le mettre en opposition avec la fiducie. Mais M. Gradenwitz (2) est venu démontrer l'application de notre loi 36, Dig., 41, 2, à la fiducie : en effet, les compilateurs de Justinien n'ont eu, pour adapter les textes classiques à la législation de leur temps, qu'à substituer partout le mot *pignus* au mot *fiducia* ; car tandis qu'à l'époque de Gaïus (II, § 59. III, § 201) l'expression en usage était *fiduciæ causa dare*, à l'époque de Paul (II. 13, § 6 ; III, 6, § 69) l'expression employée était *fiduciæ dare*. Aussi M. Lenel est-il revenu sur sa première opinion, et dans sa *Palingenesia juris* (3) il admet la référence à la fiducie de la loi 36, Dig., 41, 2. Toutefois un autre auteur, M. Geib (4), a contesté la découverte de M. Gradenwitz : d'après M. Geib, il faudrait considérer le fiduciaire com-

1. *L. c.*, n. 4, page 119.

2. *L. c.*, n. 13

3. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. Table A, n. 13. Cf. Table de Concordance Lenel-Gradenwitz. Table C, n. 2. Cf. aussi édition du Digeste de M. Mommsen.

4. *L. c.*, n. 12

me un non-possesseur, et il cite en ce sens la loi 18, Dig., 43, 26, *De precario*, dont nous avons donné une interprétation tout à fait différente ; à l'appui de son opinion M. Geib aurait pu, à première vue du moins, invoquer notre loi 36, Dig., 41, 2 ; car là Julien nous dit « *qui pignoris (fiduciæ) causa fundum creditori tradit (mancipio dedit) intelligitur possidere* », et il ajoute que si le débiteur a obtenu la concession d'un précaire il peut néanmoins usucaper, mais c'est cette dernière partie du fragment, qui semble être en contradiction avec les principes, qui a conduit M. Geib à repousser l'interpolation de la loi 36. D'après lui ce texte se rapporte effectivement au *pignus* ; rapporté à la fiducie, il serait inintelligible, dit l'auteur, puisqu'il contredit le principe connu d'après lequel le débiteur qui possède *precario* ne peut pas *usurecipere*, tandis que si on l'applique au *pignus* il se comprend très bien ; *intelligitur possidere* signifierait que le débiteur gagiste conserve la possession *ad usucapionem*, et les paroles suivantes de Julien seraient d'accord avec la loi 33, § 6, Dig., 41, 3. *De usurpat. et usucapion*, d'après laquelle la concession d'un précaire au débiteur gagiste n'est pas un obstacle à sa possession *ad usucapionem* ; M. Geib cherche en outre à détruire l'argument que M. Gradenwitz tire de la terminologie en faisant remarquer qu'à côté du *Pignori dare* et du *Pignoris causa dare*, apparaissent beaucoup d'autres expressions telles que *Jus pignoris contrahere* (loi 3, § 1, Dig., 27, 9. *De rebus eorum qui sub tutela...*), *Pignoris titulo obligare* (Loi 26, Code, 8, 13, *De pignoribus*), *Jure pignoris obligare* (Loi 10, Pr., et loi 12, Code,

8, 27. *De distractione pignor.*), *Pignoris nomine obligare* (Loi 1, Code, 8, 25. *De remissione pignor*), *Pignoris nomine dare* (Loi 37, Dig., 41. 2, *De acq. vel amitt. pos.*), *Pignoris nomine teneri* (Loi 9, Dig. 39, 1, *De operis novi nunciat*). Cette remarque est sans aucune valeur : les textes du Code tout d'abord ne prouvent rien parce qu'ils datent des années 290, 293 et 294, c'est-à-dire tout à fait de la fin de l'époque classique. Restent donc les textes du Digeste : le *Jus pignoris contrahere* de la loi 3, § 1, Dig. 27, 9, n'est pas non plus concluant, parce que ce fragment émane d'Ulpien, et pour que l'argument de M. Geib ait une portée, il faudrait qu'il apporte la preuve que les jurisconsultes du II^e siècle, tels que Julien, Pomponius, Gaius, Marcien employaient indifféremment *Pignoris causa* ou toute autre expression ; or, dans cet ordre d'idées M. Geib est parvenu seulement à établir qu'à côté de l'expression *Pignoris causa*, l'expression *Pignoris nomine* était aussi en usage, c'est elle qui figure en effet dans la loi 37, Dig., 41, 2, qui émane de Marcien, et dans la loi 9, Dig., 39, 1, qui est empruntée à Gaius ; or, il faut en convenir, le *Pignoris nomine dare* est sensiblement analogue au *Pignus causa dare* ; à vrai dire même, il se confond avec lui. Quant à l'argument purement juridique avancé par M. Geib pour maintenir l'application de notre loi 36, Dig., 41, 2, au *pignus*, est-il donc si décisif ? Est-il vrai qu'appliqué au *pignus* ce texte soit bien intelligible ? Rapporté à la possession *ad usucapionem*, comme le veut M. Geib, il se comprendrait, en effet, très bien ; mais n'est-il pas manifeste que dans notre passage Julien n'a

voulu viser que les rapports des parties entre elles, et non les rapports du débiteur avec les tiers ? Comment imaginer que dans le livre 13 de ses Digestes où il traitait de la fiducie et non du *pignus*, Julien ait pu avoir en vue les rapports du débiteur avec les tiers en parlant de la possession *ad usucapionem* ? Il ne pouvait pas même le faire à propos du *pignus* par comparaison et par opposition à la fiducie ; car dans la *fiducia cum creditore*, cette question des rapports du débiteur vis-à-vis des tiers au point de vue de l'usucapion ne se présente jamais : dans la *fiducia cum creditore* l'usucapion se produit toujours sous la forme de l'*usureceptio* contre le fiduciaire, et uniquement contre lui, parce que c'est lui qui est propriétaire. Il faut donc de toute nécessité reconnaître que dans la loi 36, Julien n'a pu viser que les rapports des parties entre elles : mais alors, rapporté au *pignus*, ce texte ne présente plus aucun sens ; comment concevoir en effet que dans ses rapports avec son créancier gagiste, le débiteur soit considéré comme possesseur du gage ? Une trace très visible du remaniement opéré par Tribonien à propos de notre texte réside dans le mot *sed*, qui commence la seconde phrase ; celle-ci est en harmonie d'idées avec la première ; pourquoi dès lors une opposition ? Un jurisconsulte classique eût été certainement incapable d'une pareille inconséquence ; le mot *sed* est une transition que Tribonien a ajouté là, probablement parce qu'il venait de changer ou de retrancher un autre mot. Ainsi la référence de la loi 36 au *pignus* ne se justifie d'aucune manière, au contraire les considérations émises

par M. Gradenwitz en sens inverse subsistent intactes ; et puisque ce passage est extrait du livre 13 des Digestes de Julien, et que d'un autre côté il est tout à fait impossible de concevoir qu'il puisse se rapporter au *depositum*, il est naturel de conclure à son application à la *fiducia*. Toutefois un point subsiste vrai de toute l'argumentation de M. Geib : c'est que cette loi 36 nous apparaît comme constituant une méconnaissance flagrante de principes qui sont certains ; comment peut-on comprendre que Julien ait dit : « *qui fiduciæ causa fundum creditori mancipio dedit, intelligitur possidere* » ; et comment peut-on s'expliquer qu'il ait reconnu au *fiduciæ* dans à qui a été concédé un *precarium* le droit de profiter de l'*usureceptio* ? A coup sûr il y a là une difficulté sérieuse ; cependant aucun auteur ne semble s'en être préoccupé ; comment donc convient-il de la lever ? A notre avis, la loi 36, Dig. 41, 2 n'est qu'en apparence contraire aux principes ; en réalité elle est conforme à ceux-ci ; nous pensons que Julien a parlé ainsi en envisageant l'époque postérieure au paiement de la dette ; peut-être même les mots « *pecunia soluta* » se trouvaient-ils originairement dans ce passage du jurisconsulte classique. Mais il n'est pas nécessaire qu'il en ait été ainsi, car Julien avait peut-être dans une précédente phrase qui n'a pas été reproduite par les commissaires de Justinien annoncé en forme de préambule qu'il allait s'occuper de cette question. Si à cette remarque qui tend à l'addition dans la loi 36 des mots *pecunia soluta* nous joignons cette observation que le mot *sed* doit être supprimé, non pas parce que l'expression,

« *sed et si* » envisagée en elle-même n'est pas classique, — car elle se rencontre dans d'autres textes émanés de jurisconsultes du II^e siècle, par exemple dans la loi 8, § 4, Dig. 13. 7. *De pign. act.* empruntée à Pomponius 35 *ad Sabinum*, — mais parce que ce mot *sed* constitue une opposition inconséquente, nous arrivons à l'essai suivant de reconstitution du texte :

« *Qui pignoris (fiduciæ) causa fundum creditori tradit (mancipio dedit) (pecunia soluta) intelligitur possidere, etsi eundem precario rogaverit : æque usucapiet : nam cum possessio, etc...* »

Après le paiement de sa dette, le débiteur qui avait donné un bien en fiducie pourra jouir de la possession indispensable pour l'accomplissement de l'*usureceptio*, et cela alors même qu'un *precarium* lui avait été concédé ; c'est donc à juste titre « *æque* » qu'il usucapera. Voilà ce que Julien a dû écrire : dès lors notre loi 36 se conçoit à merveille, elle est en harmonie avec ce que nous dit Gaius (II, § 60) : *Si vero cum creditore (fiducia contrahitur), soluta quidem pecunia, omni modo competit (usureceptio)*. Ainsi se trouve levée toute difficulté.

La concession d'un *precarium* ou d'une *locatio* était aussi précieuse pour les intérêts bien entendus du créancier que pour ceux du débiteur, puisqu'elle avait pour effet de déplacer la responsabilité en ce qui touche la *res fiduciaria* : la mettant tout entière du côté du *fiduciæ* dans, elle en déchargeait complètement le fiduciaire et le plaçait de la sorte hors d'atteinte de l'*actio fiduciæ directa*.

β — *Dans l'intérêt du créancier.*

a). Le créancier peut d'abord stipuler les clauses que le droit commun relatif à une créance quelconque met à sa disposition. Il se peut par exemple qu'il ait été convenu d'une clause pénale, pour le cas où la dette ne serait pas payée à l'échéance. C'est à cette hypothèse que se réfère un texte extrait du livre 13 des Digestes de Julien qui dès lors s'applique sans aucun doute à la fiducie ; la loi 15, Dig., 46. 2. *De novat. et delegation.*, dans laquelle le jurisconsulte appliquant les principes généraux du droit nous dit que la clause pénale n'est pas encourue si une novation est intervenue. Mais le créancier peut aussi convenir avec le débiteur de clauses spéciales qui à la vérité se maintinrent à propos du *pignus* quand il apparut, mais qui se révèlent pour la première fois dans la *fiducia cum creditore* : le *pactum de vendendo*, et la *lex commissoria*.

b). Du *pactum de vendendo*. — Le créancier non payé à l'échéance n'a pas toujours eu de plein droit la faculté de vendre le bien que son débiteur lui avait donné pour sûreté de sa créance, et de se payer sur le prix : pendant longtemps il fallut à cet effet une convention entre les parties. Pourtant dans la *fiducia cum creditore*, le créancier est propriétaire de la *res fiduciaria* ; de quelle utilité est donc le *pactum de vendendo* ici, le créancier n'est-il pas libre de vendre et d'aliéner le bien qu'il a reçu en fiducie, indépendamment de toute clause ? A la vérité si le créancier aliène la *res fiduciaria* au profit d'un tiers, en dehors de toute clause l'autorisant à opérer cette aliéna-

tion, celle-ci vaudra néanmoins comme telle, car le fiduciaire est propriétaire de la *res fiduciaria*, tandis qu'au contraire par la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* le *fiduciæ* dans a perdu sur elle tout droit réel ; mais le débiteur pourra intenter l'*actio fiduciæ directa* et la responsabilité du créancier sera engagée. L'effet du *pactum de vendendo* est de dégager le créancier de cette responsabilité vis-à-vis du débiteur. Comme le dit M. Gide (1), le droit que cette clause confère au créancier n'est point un droit réel sur le gage, c'est un droit personnel vis-à-vis du débiteur.

Toutefois ce droit personnel ou droit de créance était-il intimement attaché à la personne du créancier fiduciaire ? Son héritier ne peut-il pas au contraire profiter du *pactum de vendendo* ? Il y a sur ce point des documents dont la contradiction ne peut être expliquée qu'historiquement : à notre avis le *pactum de vendendo* à l'origine et même encore à l'époque d'Auguste ne profitait qu'au créancier lui-même, et non à son héritier ; au contraire au II^e siècle après J.-C., à l'époque de Pomponius, le *pactum de vendendo* est devenu de plein droit transmissible à l'héritier du fiduciaire. Cette opposition résulte incontestablement d'après nous d'une part de l'examen des inscriptions relatées sur la table de Bétique et sur les tablettes de Pompéï ; et d'autre part de l'examen de la loi 8, § 4, Dig., 13, 7. *De pign. act.*, qui est empruntée à Pomponius 35 *ad Sabinum* et qui se rapporte à la

1. L. c., n. 9, page 86.

fiducie ainsi que l'a démontré M. Lenel (1) dans sa *Palin-genesia juris* : tandis que les deux inscriptions mentionnent expressément que la faculté de vendre en cas de non paiement à l'échéance est réservée au profit du créancier et de son héritier, clause qui eût été inutile si cette faculté avait appartenu de plein droit à l'héritier, Pomponius dans la loi 8, § 4, Dig., 13, 7, nous dit : « *de vendenda fiducia in rem pactio concipienda est ut omnes contineantur ; sed et si creditoris dumtaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres ejus jure vendet, si nihil in contrarium actum est* ». Au II^e siècle après J.-C. le *pactum de vendendo* est donc de plein droit transmissible à l'héritier du créancier ; c'est que la clause de transmissibilité au profit de l'héritier est devenue de style, et est toujours sous-entendue, alors même qu'elle n'est pas exprimée. — C'est une évolution historique analogue que nous aurons bientôt à constater à propos de la destinée générale du *pactum de vendendo* lui-même, et à propos d'une clause de non garantie qu'insérerait le créancier dans la vente qu'il faisait à un tiers de la *res fiduciaria*.

Le *pactum de vendendo* est conclu exclusivement en faveur du créancier ; tel est le principe : de là résulte que s'il le préfère, le créancier peut ne pas l'invoquer et rester nanti de la *res fiduciaria* jusqu'à ce qu'il soit payé ; c'est le parti qu'il prendra lorsque la *res fiduciaria* n'aurait aucune chance d'être vendue, ou lorsque la vente ne produirait qu'un prix de beaucoup inférieur à la créance

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 39.

garantie. Un texte du Digeste, émané du livre 35 de *Pomponius ad Sabinum*, et que M. Lenel dans sa *Palingsenesia juris* (1) applique pour ce motif à la fiducie constate ce principe ; c'est la loi 6, Princ., Dig., 13, 7. *De pign. act.*, qui s'exprime ainsi : « *Quamvis convenerit ut fundum pignoratitium (fiducie datum) tibi vendere liceret nihilominus cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus (fiduciam) dederit, quia tua causa id caveatur* ». Mais le même fragment ajoute une restriction que Pomponius nous présente comme empruntée à l'opinion du jurisconsulte Attilicus : on devra en connaissance de cause forcer le créancier à vendre la *res fiduciaria*, car il peut se faire que la dette soit moins considérable que la valeur du bien qui la garantit, et qu'on trouve occasion de vendre celui-ci plus cher aujourd'hui qu'on ne trouverait à le vendre par la suite ; le texte nous présente alors deux moyens de satisfaire tous les intérêts en jeu : le débiteur pourra vendre la *res fiduciaria* et payer son créancier sur le prix, c'est déjà ce que Paul nous avait appris (II, 13, § 3) ; mais dans ce cas l'acheteur ne pourra pas devenir immédiatement propriétaire de la *res fiduciaria*, car le débiteur ne peut lui transmettre que les droits qu'il a, et il a perdu la propriété par l'effet de la mancipation fiduciaire ; l'acheteur devrait donc s'en rapporter à la bonne foi du débiteur qui ne peut lui transférer la propriété du bien vendu qu'après l'avoir lui-même recouvrée en désintéressant le créancier avec le prix ; il est donc possible que

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; table A, n. 36.

l'acheteur pour plus de sécurité entende devenir tout de suite propriétaire ; pour cela il est nécessaire que la vente lui soit consentie par le créancier fiduciaire qui seul a la propriété ; le créancier pourra en effet être obligé de consentir à cette vente « *invitum enim creditorem cogi vendere* » ; mais alors le créancier aura la faculté de se faire donner par son débiteur une autre sûreté jusqu'à ce qu'il soit payé « *cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda.* » Telle est la nature, tels sont les caractères du *pactum de vendendo*.

Comment fonctionne-t-il ; quand peut-il être invoqué par le créancier ? A l'époque de l'échéance en cas de non paiement de la dette ou même de l'un seulement de ses accessoires. La loi 8, § 3, Dig., 13, 7. *De pign. act.*, nous fournit quelques détails à ce sujet ; elle est empruntée à Pomponius, 35, *ad Sabinum*, et les auteurs modernes, MM. Lenel (1) et Voigt (2), admettent son application à la fiducie ; c'est qu'en effet ici il y a une trace indéniable de l'interpolation. Le texte après avoir parlé d'un *pignus*, contient le membre de phrase « *vendere eam mihi liceret* » ; ce féminin ne peut pas se rapporter au neutre *pignus*, aussi Haloandre avait-il proposé l'addition du mot *rem* ; aujourd'hui tous les auteurs s'accordent à reconnaître que le mot *pignus* a été substitué

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 39.

2. Cf. Table de concordance Lenel-Voigt ; table B, n. 5, β. *L. c.*, n. 5.

au mot *fiduciam* qu'avait dû écrire Pomponius; et M. Lenel a conclu de là à la référence à la fiducie du livre 35 *ad Sabinum* de Pomponius dans son entier. Ce fragment nous montre que le *pactum de vendendo* variait suivant la convention des parties : si ayant stipulé trente en trois paiements, dit Pomponius, le créancier a reçu un bien en fiducie et qu'il ait été convenu qu'il pourra vendre la *res fiduciaria* dans le cas où chaque paiement ne serait pas fait à son terme « *ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset* », il est décidé que le créancier ne peut pas procéder à la vente avant l'échéance du dernier terme, parce que cette clause paraît comprendre tous les paiements; mais si on a fait cette convention : si un seul paiement n'est pas fait à son terme « *si qua pecunia sua die soluta non erit* », alors le créancier peut invoquer cette clause pour dégager sa responsabilité en ce qui touche la vente à laquelle il a procédé dès l'époque où un seul des paiements n'a pas été opéré à son terme.

D'ailleurs il suffit que les parties aient convenu entre elles d'un *pactum de vendendo* sans même y adjoindre aucune autre clause accessoire pour que le créancier puisse vendre valablement la *res fiduciaria* non-seulement à défaut de paiement du principal de la créance, mais encore à défaut de paiement des intérêts et des impenses faites en vue de la conservation du bien donné en garantie : c'est ce que nous apprend le même Pomponius dans le § 5, de cette même loi 8, Dig., 13, 7; comme ce texte est extrait du livre 35 *ad Sabinum* de ce jurisconsulte, il s'applique à la fiducie, et non au *pignus*.

La loi 10, Dig., 18, 2. *De in diem additione*, qui est extraite du livre 13 des Digestes de Julien, et qui dès lors se rapporte à la fiducie parce qu'il est de toute impossibilité de l'appliquer au dépôt, et que dans ce livre Julien ne traitait que de ces deux institutions (1), nous montre une autre espèce de clause accessoire du *pactum de vendendo* ; les parties réglaient d'une façon minutieuse la faculté pour le créancier de vendre à l'échéance au cas de non-paiement ; de cette façon la responsabilité du créancier était plus sûrement mise à couvert, et les intérêts du débiteur étaient mieux protégés ; c'est ainsi que notre loi 10, Dig., 18, 2, nous indique un cas dans lequel il a été convenu dans le *pactum de vendendo* que le créancier ne devrait procéder à la vente de la *res fiduciaria* qu'en réservant une clause d'*addictio in diem*. C'est un texte que nous avons déjà rencontré à propos de l'étude de la formule de l'*actio fiduciæ directa* ; c'est ce fragment qu'invoque M. Lenel pour soutenir que cette formule n'a jamais admis l'insertion des mots « *ex fide bona* » et a toujours impliqué la phrase « *ut inter bonos bene agier* » ; Julien qui écrit au II^e siècle après Jésus-Christ nous dit en effet : « *non potest videri bona fide negotium agi, nisi adjectio recipiatur.* » Nous aurons encore l'occasion de retrouver cette loi 10, Dig., 18, 2 à propos de l'examen de l'*actio fiduciæ directa* dans la *fiducia cum creditore*.

L'étude complète du *pactum de vendendo* suscite encore

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; table A, n. 12.

d'autres questions relatives tant aux rapports du créancier avec le débiteur qu'à ses rapports avec le tiers acheteur; mais elles se présentent avec le même intérêt à propos du droit de vendre de droit commun que l'on finit par reconnaître au créancier non payé à l'échéance; aussi est-ce là que nous les retrouverons.

c) De la *lex commissoria*. — La *lex commissoria* qui se rencontre aussi dans l'*emptio venditio* et dans le *pignus* est une clause de déchéance d'après laquelle le débiteur se trouve privé de la faculté de payer ce qu'il doit s'il ne l'a pas fait dans un certain délai fixé par la convention. Quelle était l'utilité de la *lex commissoria*? De droit commun, aucun terme n'était fixé dans le *pactum fiduciæ* pour le paiement de la dette : lors donc que le débiteur venait à s'acquitter, le créancier fiduciaire devait lui retransférer la propriété de la *res fiduciaria*. Nos vieux auteurs, Cujas entre autres, avaient pensé le contraire; mais, comme le remarque M. Dernburg (1), l'usage de la *lex commissoria* prouve précisément leur erreur; c'est une clause qui fixe un délai passé lequel le débiteur ne pourra plus payer, ni par suite intenter l'*actio fiduciæ directa*. Pourtant de droit commun le créancier n'a-t-il aucun moyen de se décharger de la responsabilité de la *res fiduciaria* qui pèsera sur lui jusqu'à la restitution causée par le paiement du débiteur; ne peut-il pas s'affranchir de cette obligation de restitution? On pourrait avoir la pensée de dire que si le débiteur tarde trop à se

1. L. c., n. 1, p. 19.

libérer, le créancier n'aura qu'à le faire condamner par son action personnelle dérivant du prêt qu'il lui a consenti, dès lors il exécutera son débiteur et fera vendre ses biens parmi lesquels le bien donné en fiducie : tel serait le parti que prendrait le créancier lorsque le prix des biens vendus serait supérieur ou au moins égal à la valeur de la créance. Mais cette idée est inadmissible, puisque la *res fiduciaria* a cessé d'être la propriété du débiteur. Quoi qu'il en soit, la *lex commissoria* a pour utilité de fixer un terme de paiement, dont l'expiration met obstacle à tout paiement ultérieur de la part du débiteur et rend le créancier propriétaire incommutable et définitif du bien qui lui a été donné en fiducie.

Quelles différences existent entre la *lex commissoria* et le *pactum de vendendo*? Tandis que la première met fin aux rapports des parties, le second a seulement pour objet de les régler : aussi est-ce seulement le *pactum de vendendo* qui a lui-même pour effet d'engendrer de nouveaux rapports entre le fiduciaire et le *fiduciæ dans*; nous aurons à nous en occuper bientôt ; rien de semblable ne se produit au contraire à propos de la *lex commissoria*. Pourtant ces deux clauses présentent un caractère commun, sur lequel les textes insistent énergiquement : comme le *pactum de vendendo* et à un plus haut degré que lui encore, la *lex commissoria* offre le caractère d'une convention en faveur du seul créancier ; aussi celui-ci est-il à son gré libre de l'invoquer ou non. C'est ce que nous apprennent plusieurs fragments : la loi 2, Dig., 18, 3 *De lege commissoria*, et la loi 3, Dig., 18, 3, *eod.*

tit.; la première émane du livre 35 de Pomponius *ad Sabinum* et la seconde du livre 30 d'Ulpien *ad Edictum*; M. Lenel considère donc l'une et l'autre comme étant interpolés et comme se rapportant à la fiducie (1). Dans ces passages les deux jurisconsultes rapprochaient la *lex commissoria* dans la fiducie de la *lex commissoria* dans la vente.

Quels sont les effets de la *lex commissoria*? L'exercice de la *lex commissoria* met fin aux rapports juridiques qui existaient entre les parties; il y a extinction de la dette et par suite de la créance; en effet l'opération s'analyse en une sorte de *datio in solutum*: le créancier reste définitivement propriétaire du bien donné en fiducie; comme c'est lui qui est le maître de se prévaloir ou non de la *lex commissoria*, il n'y a rien d'inique à cette combinaison; le créancier l'invoquera si ses intérêts bien entendus le veulent ainsi; quant au débiteur, comme il a donné son consentement anticipé à cette *datio in solutum*, et comme ce n'est peut-être qu'à cette condition qu'il a réussi à trouver l'argent qui lui était nécessaire, il y a aussi trouvé son intérêt. Cet effet important de la *lex commissoria*, un terme apporté aux rapports des deux parties, est constaté par presque tous les interprètes, notamment par M. Rudorff (2) et par M. Dernburg (3). Il nous est en effet attesté par

1. Cf. Tables des textes interpolés de M. Lenel. Table A, n. 137 et 56.

2. *L. c.*, n. 8, page 67.

3. *L. c.*, n. 1, page 20.

Cicéron d'une façon très formelle : « *Ut aut decedat, au pecuniam solvat* » (*ad Familiares*, XIII, 56, § 27).

La *lex commissoria* présentait-elle des inconvénients ? Nous venons de la justifier au point de vue purement rationnel par ce motif qu'elle repose tout entière sur ce principe moderne d'après lequel la convention fait la loi des parties. Pourtant M. Dernburg reconnaît à la *lex commissoria* deux sortes d'inconvénients : d'une part, elle était d'une rigueur extrême pour le débiteur, puisque la moindre négligence lui faisait perdre son droit ; la réponse est fort simple : le débiteur avait consenti par avance à cette rigueur ; et s'il y avait consenti, c'est sans doute qu'il la préférait à celle où il eût été réduit par suite du défaut de ressources pécuniaires ; d'autre part, le créancier en invoquant la *lex commissoria* pouvait, lui aussi, être lésé dans ses intérêts ; car par l'exercice de cette clause il déclarait préférer la *res fiduciaria* à sa créance, et il se pouvait que la valeur du bien fût en réalité inférieure à celle de la créance, par exemple parce que les intérêts accumulés excédaient la valeur de la chose, ou parce que celle-ci avait diminué considérablement de valeur par suite de cas fortuits ; mais à vrai dire ce n'est pas là un inconvénient puisque le créancier est à son gré libre d'invoquer la *lex commissoria* ou de conserver sa créance : il n'a qu'à consulter ses intérêts. Quoi qu'il en soit, ce sont ces prétendus défauts de la *lex commissoria* et surtout le premier d'entre eux qui suscitèrent l'immixtion de l'Etat dans les conventions des particuliers ; en l'année 326 après J.-C. Constantin prohiba d'une façon absolue l'usage de

la *lex commissoria*, comme étant trop désastreuse pour le débiteur (Loi 3, Code 8, 35. *De pactis pignori*.); cette prohibition a passé dans l'article 2078 de notre Code civil; le débiteur n'est plus maintenant à la merci de son créancier, car il n'en trouve pas: voilà, semble-t-il, de singulières conceptions économiques.

Telles sont les différentes clauses que le *pactum fiduciæ* pouvait contenir à titre de conventions accessoires: mais quels étaient les effets de la *fiducia cum creditore* lorsque la convention ne comprenait aucune de ces clauses? c'est ce que nous allons examiner maintenant en envisageant seulement l'époque de l'échéance de la dette, et en distinguant suivant qu'elle n'a pas été payée, ou au contraire suivant qu'elle l'a été.

2. *Du non paiement de la dette à l'échéance.* — a. A l'origine le créancier non satisfait à l'échéance ne pouvait vendre la *res fiduciaria* sans engager sa responsabilité envers le débiteur que si un *pactum de vendendo* avait été conclu. Mais celui-ci passa bien vite à l'état de cause de style; dès lors comme il était adjoint au *pactum fiduciæ* qui reposait essentiellement sur la bonne foi, il fut bientôt sous-entendu: le but de la *fiducia cum creditore* exerça ici encore son influence sur les conséquences que la nature même de l'opération aurait dû entraîner. Le droit de vendre au profit du créancier non satisfait à l'échéance devint désormais de l'essence de la *fiducia cum creditore*: ainsi le *pactum de vendendo* eut une destinée historique diamétralement opposée à la *lex commissoria*. En effet, à l'époque classique, au temps de Paul (II, 13,

§ 5) les parties ne peuvent pas convenir efficacement que le créancier non payé à l'échéance n'aura pas le droit de vendre la *res fiduciaria* pour se payer sur le prix ; le *pactum de non vendendo* fut sans doute obligatoire à l'origine, et sa violation eût entraîné la condamnation du créancier actionné par l'*actio fiduciæ directa* ; telle est du moins l'opinion de M. Dernburg (1) ; mais au III^e siècle après J.-C. le créancier pouvait malgré cette clause passer outre et procéder à la vente, sans craindre d'engager sa responsabilité, « *nec enim in tali conventionē fiduciæ actio nasci potest.* » C'est à cette nullité de cette convention que fait peut-être allusion, suivant M. Lenel (2), le § 1 de la loi 45, Dig., 50, 17. *De regulis juris* : « *Privatorum conventio juri publico non derogat* », qui émane du livre 30 d'Ulpien *ad Edictum*, et qui dès lors doit être rapporté à la fiducia.

Toutefois même au temps de Paul, le *pactum de non vendendo* avait une portée, qui, bien que fort légère, doit être signalée : dans le cas où les parties avaient conclu cette convention, le créancier non payé à l'échéance devait, avant de procéder à la vente, en avertir son débiteur. Suffisait-il d'un seul avertissement ou au contraire le créancier fiduciaire devait-il, comme le créancier gagiste (Paul, II, 5, § 1 ; loi 4, Dig., 13, 7, *De pign. act.*) recourir à la formalité de trois avertissements successifs ? Le texte de Paul (II, 13, § 5) a donné lieu, à propos de ce détail, à une difficulté : quelques auteurs restituent ce

1. L. c., n. 1, page 22.

2. L. c., n. 4, page 113.

fragment « *creditor denuntiare ter solemniter potest et distrahere* » mais il est préférable de restituer avec M. Dernburg (1), et avec M. Krueger, éditeur des *Sentences* de Paul (1878), « *creditor denuntiare ei solemniter potest et distrahere* » : il suffisait donc d'un seul avertissement ; en effet, il n'y a aucune analogie à tirer de ce qui se passait en matière de *pignus*, puisque le créancier fiduciaire à la différence du créancier gagiste est propriétaire du bien donné en garantie de la dette.

Plusieurs textes se placent dans l'hypothèse où la *res fiduciaria* a été vendue par le créancier sans spécifier si cette vente a été opérée en vertu d'un *pactum de vendendo*, ou en l'absence de toute convention de ce genre. C'est tout d'abord la loi 14, Dig., 20, 5, *De distract. pignorum* ; elle est tirée du livre 6 des Digestes de Sœvola, dans lequel ce jurisconsulte traitait de la fiducie (2) ; elle a donc été interpolée par Tribonien : des arbitres nommés pour faire le partage d'une succession entre des cohéritiers, après avoir divisé entre eux les biens de l'hérédité, ont adjugé ensuite à chacun des créances qui étaient dues par plusieurs débiteurs ; on demandait si faute de paiement de la part du débiteur assigné à un héritier, ce dernier pouvait vendre la *res fiduciaria* donnée par ce débiteur en garantie de sa dette ; Sœvola a répondu qu'il le pouvait. Le texte ne dit pas qu'un *pactum de vendendo* ait été conclu, et pourtant le créancier a le droit de vendre lorsqu'il n'a pas été satisfait à l'échéance.

1. *L. c.*, n. 1, page 22.

2. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel, Table A, n. 44.

Un autre fragment nous montre encore que le bien donné en fiducie peut être aliéné par le créancier ; c'est la loi 7, § 3, Dig., 10, 3. *Communi dividundo* qui émane du livre 20 d'Ulpien *ad Edictum*, et que M. Lenel (1) et M. Mommsen dans son édition du Digeste considèrent comme interpolée ; les mots « *si ex causa indebiti soluti res possideatur* » ont été substitués par les commissaires de Justinien aux mots « *si ex causa debiti soluti fiducia possideatur* ». Ce texte suppose plusieurs créanciers d'une même dette, garantie par une *res fiduciaria* ; ils ne peuvent pas intenter les uns contre les autres la *rei vindictio* puisque tous sont copropriétaires, mais ils peuvent intenter l'*actio communi dividundo* pour faire partager ce bien qu'ils possèdent *ex justa causa* ; et c'est à titre d'exemple que le jurisconsulte dit « *utputa si ex causa debiti soluti fiducia possideatur* ». Il ne peut pas s'agir ici d'un bien donné en fiducie que les créanciers possèdent à titre définitif en vertu d'une *lex commissoria*, car s'il en était ainsi le texte devrait constater que la dette n'a pas été payée « *si ex causa debiti non soluti...* » ; or, c'est le contraire qui nous est indiqué : c'est donc que, sans doute, la dette a été payée, mais probablement elle ne l'a été qu'en partie ; et, comme la fiducie est indivisible, elle continue à garantir tout entière la partie de la dette non payée ; c'est ce que nous avons vu exprimé par Pomponius, 35 *ad Sabinum* dans la loi 8, § 2, Dig., 13, 7. *De pign. act.* ; dès lors chaque créancier réclame la part de la *res fiduciaria*.

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 49.

à laquelle il a droit afin de la vendre et de se payer ensuite sur le prix pour ce qui lui reste dû. Toutefois, il n'est pas certain que ce texte doive recevoir cette interprétation ; il se peut fort bien, au contraire, qu'il vise l'hypothèse suivante : plusieurs codébiteurs d'une même dette l'ont payée ; ils possèdent la *res fiduciaria* sans en avoir obtenu la remancipation du créancier, ils sont donc dans le cas de l'*usureceptio*, chaque débiteur n'étant pas encore propriétaire, ne peut pas intenter la *rei vindictio*, mais il jouit de l'*actio communi dividundo* qui lui donne le moyen de profiter de l'*usureceptio* exclusivement sur la part qui lui revient. Ainsi la loi 7, § 3, Dig., 10, 3 *Communi dividundo* devrait être rapportée à l'*usureceptio* qui profite au débiteur plutôt qu'à la faculté de vendre dont jouit le créancier non payé à l'échéance.

Un autre fragment la loi 26, Dig., 46, 3. *De solutionibus et liberatione*, qui émane du livre 35 de *Pomponius ad Sabinum*, et qui pour ce motif doit être considéré comme interpolé et comme se référant à la fiducie, ainsi que l'enseigne M. Lenel (1) dans sa *Paltingenesia juris*, nous parle encore de la vente du bien donné en fiducie par le créancier non payé sans nous dire que cette vente a eu lieu en exécution d'un *pactum de vendendo*. Les solutions données par ce texte sont du reste intéressantes à connaître : si un créancier, nous dit Pomponius, a vendu un fonds qu'il avait reçu en fiducie, et qu'il ait retiré de cette vente tout ce qui lui était dû, le débi-

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 41.

teur est libéré ; s'il avait consenti à son acheteur une acceptation pour le prix de la vente, ou s'il avait stipulé de lui ce prix au lieu d'exiger un paiement immédiat, le débiteur serait néanmoins libéré ; mais si le créancier vend un esclave qui lui a été donné en fiducie par son débiteur, celui-ci n'est pas libéré tant que cet esclave est soumis à l'action rédhibitoire, de même que dans toute vente de la *res fiduciaria* tant que cette vente peut être résolue. Ainsi la vente du bien donné en fiducie libère en principe le débiteur.

M. Voigt (1) rapporte encore à la vente de la *res fiduciaria* par le créancier un texte du Code, la loi 4, Code 8, 27. *De distractione pignorum*, une constitution d'Alexandre Sévère, en date de l'année 225 après J.-C. ; mais l'auteur se contente d'une affirmation pure et simple, il ne fait aucune tentative de démonstration (2) ; aussi son opinion est-elle restée isolée ; en outre, cette constitution nous parle d'une *proscriptio pignoris* (*fiduciæ*, selon M. Voigt) ; or, la *proscriptio* ne devait pas, nous semble-t-il, trouver son application en ce qui touche la vente du bien donné en fiducie ; en effet, la *proscriptio bonorum* n'était que l'annonce publique de la *missio* obtenue, et le créancier fiduciaire n'avait nullement besoin de solliciter la *missio* du prêteur, car il n'était pas un créancier ordinaire ; à ce titre de créancier, il en joignait un autre plus important, celui de propriétaire ; il pouvait donc vendre

1. *L. c.*, n. 5.

2. Cf. Table de concordance, Lenel-Voigt ; Table B, β. n° 12.

quand et comment il l'entendait, même avant l'échéance de la dette ; l'aliénation était toujours valable ; mais dans ce cas, il engageait sa responsabilité envers le *fiduciæ dans*, tandis que s'il vendait seulement après l'échéance, en cas de non-paiement, il n'avait pas à redouter les conséquences de l'*actio fiduciæ directa*. Ainsi la loi 4, Code 8, 27, ne s'applique pas à la fiducie ; sa référence au *pignus* doit être maintenue.

Quoi qu'il en soit, à l'époque classique, le créancier non payé avait le droit de se venger sur le prix de la *res fiduciaria* qu'il pouvait vendre nonobstant toute convention contraire : cette vente engendre des rapports entre le créancier vendeur et le tiers acheteur d'une part, et d'autre part entre le créancier vendeur et le débiteur exécuté.

β. — *Rapports entre le créancier vendeur et le tiers acheteur.* — Le créancier devait-il à son acheteur la garantie contre l'éviction ? Nous avons à ce sujet plusieurs sources qui viennent nous renseigner : la table de Bétique mentionne que dans le *pactum fiduciæ* les parties ont convenu que le créancier non payé à l'échéance pouvait vendre la *res fiduciaria* en insérant dans la vente des clauses de non-garantie ; d'un autre côté la loi 22, § 4, Dig., 13, 7. *De pign. act.*, qui doit être rapportée à la fiducie, ainsi que l'a démontré M. Lenel (1), puisqu'elle émane du livre 30 d'Ulpien *ad Edictum*, nous montre qu'en principe le créancier fiduciaire ne doit pas la garantie à son acheteur, et qu'il ne la doit que lorsqu'une clause formelle de

garantie a été insérée dans la vente. Ainsi ces deux sources nous apparaissent comme étant en contradiction flagrante : d'après la Table de Bétique, le créancier fiduciaire doit toujours garantie, à moins d'une clause formelle de non-garantie ; c'est la remarque qui a été faite par M. Degenkolb (2) et reproduite par M. Gide (3). C'est à tort que M. Rudorff (4) a soutenu le contraire ; car si une clause spéciale de non garantie est nécessaire, c'est que de droit la garantie est due. Au contraire, la loi 22, § 4, Dig., 13, 7 nous apprend que le créancier fiduciaire ne doit jamais garantie, à moins d'une clause formelle de garantie ; c'est la découverte qui a été faite par M. Lenel. Aucun auteur jusqu'ici n'a songé à relever cette contradiction ; il convient cependant de s'en préoccuper. A notre avis elle ne peut être expliquée que par l'histoire : la table fiduciaire Espagnole est un document qui remonte au premier siècle de l'ère chrétienne, au temps d'Auguste ; Ulpien auquel est empruntée notre loi 22, § 4. Dig., 13, 7, écrivait au III^e siècle après J-C ; dans cet intervalle de temps, un mouvement d'idées se produisit en ce qui touche notre question, en même temps qu'en ce qui touche d'autres points que nous avons déjà examinés. A l'origine, la solution était en conformité avec les principes et la nature de la fiducie : le créancier vendeur devait garantie puisqu'il était propriétaire et qu'il vendait

1. *L. c.*, n. 4, page 110.

2. *L. c.*, n. 7, pages 165-169.

3. *L. c.*, n. 9, page 89.

4. *L. c.*, n. 8, page 103.

comme tel, c'est dans le sens de cette législation qu'est conçue l'inscription de la table de Bétique ; mais il est probable que la clause de non garantie devint bien vite une clause de style ; de là à être sous-entendue, alors même qu'elle avait été omise, il n'y avait qu'un pas ; il était franchi au III^e siècle et même au II^e siècle ; la non-garantie était devenue de droit dès cette époque : en effet la loi 8, § 1. Dig., 13, 7. *De pign. act.*, qui émane de Pomponius 35 *ad Sabinum*, et que pour cette raison M. Lenel (1) rapporte à la fiducie, indique que la garantie n'est due par le créancier vendeur que si une clause formelle de garantie a été exprimée ; cette loi 8, § 1. Dig., 13, 7, est donc conçue identiquement dans le même esprit que notre loi 22, § 4. Dig., 13, 7 ; il en est de même d'une loi 36, § 1. Dig., 50, 1. *Ad municipalem*, qui émane du livre 1 des Réponses de Modestin, contemporain d'Ulpien, et que M. Lenel (1) dans sa *Palíngenesia juris* rapporte aussi à la fiducie. Le créancier fiduciaire était donc désormais assimilé sur ce point à un créancier hypothécaire ; ici encore le but de l'opération avait influé sur les effets qui auraient dû dériver de sa seule nature ; c'est ainsi que le droit relatif à la fiducie, de purement conventionnel qu'il était à l'origine, devint peu à peu légal.

γ. — *Rapports entre le créancier vendeur et le débiteur exécuté.* — Le créancier qui a vendu le bien donné en fiducie a le droit de se désintéresser sur le prix pour toute la somme qui lui est due, mais seulement pour cette somme : tel est le principe absolu.

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 39 et 25.

Il se peut que le prix atteint par la vente de la *res fiduciaria* soit supérieur à la valeur de la créance garantie ; il y a alors un excédant, c'est le *superfluum* ; le créancier doit le restituer au débiteur, et s'il tarde à faire cette restitution, il lui doit de ce chef des intérêts (Paul, II, 13, §§ 1 et 1. a) : peut-être à l'origine une convention formelle de restitution du *superfluum* était-elle aussi indispensable, c'est sans doute ce qu'a pensé M. Eck (1), dans son essai de reconstitution des tablettes de Pompéi ; en tous cas l'obligation pour le créancier de restituer le *superfluum* au débiteur était une obligation légale à l'époque de Paul, au III^e siècle après J.-C. Il y a un texte intéressant qui se réfère au *superfluum* ; c'est la loi 6, § 1, Dig. 13, 7, *De pign. act.*, tirée du livre 35 de *Pomponius ad Sabinum*, et que pour cette raison M. Lenel (2) dans sa *Palíngenesia juris* rapporte à la fiducie : si le créancier vend la *res fiduciaria* plus que la dette, nous dit *Pomponius*, et qu'il place ce surplus à intérêts, il doit compte des intérêts de ce surplus à son débiteur ; s'il a lui-même employé cet argent à son usage, il en doit aussi l'intérêt au débiteur ; s'il l'a gardé à titre de dépôt, il ne doit pas d'intérêt. Nous avons vu cependant dans les Sentences de Paul (II, 13, § 1. a) (3) la solution contraire même pour cette dernière hypothèse lorsque le créancier a trop tardé à restituer le *superfluum* à

1. *L. c.*, n. 11.

2. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. Table A, n. 38.

3. Cf. Loi 7, Digeste, 13, 7. *De pign. act.* Paul. 2. Sentent.

son débiteur qui le lui réclamait : « *Si autem tardius superfluum restituat creditor in quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine præstare cogendus est* » ; c'est qu'alors en réalité on se trouve dans la seconde hypothèse, celle où le créancier a employé l'argent à son usage. D'ailleurs le créancier non payé à l'échéance peut préférer garder le bien donné en fiducie comme sûreté de sa créance jusqu'à ce que son débiteur puisse se libérer, plutôt que de vendre à un prix désavantageux qui ne suffirait pas à le désintéresser : dans ce cas le créancier, s'il a prêté sans stipuler d'intérêts, pourra continuer à jouir des fruits de la *res fiduciaria* à titre d'intérêts ; c'est là du moins ce que nous semble avoir voulu dire Paul (II, 13, § 1. b), si tant est toutefois que ce passage qui nous parle des fruits « *rei pignoratæ* » doive être rapporté à la fiducie, ainsi que l'a pensé M. Krueger, dans son édition des Sentences de Paul.

δ. *De la domini ou de la possessionis impetratio.* — Lorsque le créancier ne trouve pas à vendre la *res fiduciaria*, ou qu'il n'en trouve qu'un prix dérisoire, ne peut-il pas à l'instar du créancier gagiste s'adresser à l'Empereur pour lui demander à conserver le bien donné en fiducie pour se désintéresser, en mettant fin à ses rapports avec le *fiduciæ dans* et en attendant le moment opportun pour la vente ? Cette demande est inutile lorsque les parties ont convenu d'une *lex commissoria*, car elle a précisément cet effet (Cicéron, *ad Familiares*, XIII, 56, § 2), ou lorsque le débiteur consent de lui-même à se libérer en faisant à son créancier *datio in solutum* de la *res fiducia-*

ria elle-même (Loi 34, Dig., 13, 7. *De pign. act.*) ; mais il est possible que le *pactum fiduciæ* ne contienne aucune *lex commissoria*, et que le débiteur ne consente pas à cette *datio in solutum*, en espérant toujours pouvoir se libérer un jour et recouvrer son bien ; que faut-il donc décider dans ce cas ? M. Rudorff (1) pense que le créancier pouvait alors recourir à une *domini impetratio* ; il aurait donc été assimilé sur ce point au créancier gagiste ; sans doute le créancier fiduciaire a la propriété de la *res fiduciaria*, on se demande dès lors pourquoi il aurait besoin de demander à l'acquérir ; mais c'est que cette propriété n'est que provisoire, le créancier fiduciaire en réalité n'est qu'un créancier qui a une sûreté réelle ; par la *dominii impetratio*, il demande que cette sûreté se transforme en une propriété définitive à son profit. Telle est la théorie de M. Rudorff ; elle nous paraît inexacte ; car il est faux que la propriété du créancier fiduciaire ne soit pas une propriété ordinaire ; la preuve, c'est que s'il aliène la *res fiduciaria* au profit d'un tiers, cette aliénation est valable et le tiers n'a pas à craindre d'être inquiété par le *fiduciæ dans*.

C'est ce qu'a pensé M. Lenel (2). Cet auteur a du reste découvert l'interpolation d'un texte qui condamne l'opinion précédente : c'est la loi 24, *Princ.* Dig., 13, 7. *De pign. act.* (3) qui est extraite du livre 30 d'Ulpien *ad Edic-*

1. *L. c.*, n. 8, pages 67 et 68.

2. *L. c.*, n. 4, page 111.

3. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 54.

tum, et qui s'applique par conséquent à la fiducie ; Ulpien nous parle là non pas d'une *dominii impetratio*, mais d'une *possessionis impetratio*, ce qui se comprend à merveille. M. Geny (1) repousse l'opinion de M. Lenel autant que celle de M. Rudorff, par ce motif que la *dominii* ou la *possessionis impetratio* serait une institution de date récente, inconnue à l'époque classique ; mais alors comment les besoins pratiques eussent-ils été satisfaits ? c'est ce que l'auteur ne nous dit pas ; en outre, la loi 24, *Princ.*, Dig., 13. 7 nous semble tout à fait formelle, puisqu'elle se rapporte à la fiducie ; il est vrai que M. Geny n'admet en principe aucune des interpolations découvertes par M. Lenel, mais il ne nous dit pas pourquoi, il se contente d'affirmer sans discuter ; au contraire, la démonstration de M. Lenel nous paraît irréfutable.

3. *Du paiement de la dette à l'échéance.* — Les textes qui concernent la libération du débiteur dans la *fiducia cum creditore* sont assez nombreux : ils sont presque tous interpolés. Les règles relatives à ce sujet sont du reste conformes aux principes généraux du droit : tantôt la dette est payée par un tiers, tantôt elle est payée par le débiteur lui-même (Institutes, III, 29. *Princ.*) Les modes d'extinction de l'obligation sont d'ailleurs aussi variés que de droit commun.

a. *Du paiement par un tiers.* — Paul dans ses Sentences (II, 13, § 8) nous apprend que si le débiteur a deux créanciers, au premier desquels il a donné un bien en

1. *L. c.*, n. 2, page 79.

fiducie pour sûreté de sa créance, le second créancier pourra le désintéresser afin de devenir lui-même créancier fiduciaire, de créancier purement chirographaire qu'il était auparavant ; mais si le créancier premier en date préfère conserver la *res fiduciaria* plutôt que de recevoir le montant de ce qui lui est dû, peut-être parce qu'il a prêté à gros intérêts ou parce que les fruits qu'il retire de la *res fiduciaria* sont pour lui une source de gain, il pourra satisfaire son désir en désintéressant lui-même le second créancier, en prenant sa place de créancier simplement chirographaire vis-à-vis du débiteur en ce qui concerne cette seconde créance. C'est ainsi que nous semble devoir être interprété ce passage de Paul : il ne peut pas s'agir en effet de deux créanciers successifs qui seraient l'un et l'autre créanciers fiduciaires du même bien ; car la fiducie n'est pas susceptible de fractionnement ; comme elle accompagne toujours un transfert de propriété, le débiteur ne peut pas donner à un second créancier ce qu'il a perdu en le donnant déjà à un premier. Deux textes viennent à l'appui de notre opinion ; ce sont la loi 15, Dig. 20, 6. *Quibus modis pignus... solvitur*, et la loi 4, Dig. 20. 4. *Qui potiores in pignore* ; le premier de ces fragments émane du livre 6 des Digestes de Sœvola, et le second est extrait du livre 35 de *Pomponius ad Sabinum* ; comme dans ces deux livres ces jurisconsultes traitaient de la fiducie ainsi que le montre la *Palingenesia juris* de M. Lenel (1), ces textes sont

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. Table A, n. 45 et 40.

interpolés, ils s'appliquent à la fiducie, et non au *pignus*.

Une seule et même personne, nous dit Scœvola dans la loi 15, Dig., 20, 6, a hérité et du premier créancier à qui certains fonds avaient été donnés en fiducie, et du second créancier à qui quelques-uns de ces mêmes fonds avaient aussi été donnés en fiducie ; le débiteur offre de payer à cette personne ce qu'il a emprunté du second créancier ; Scœvola a répondu qu'elle devait être forcée à recevoir le paiement, en conservant intact son droit de créancier fiduciaire relativement à la première créance. Le semblant de raison que l'héritier de ces deux créanciers successifs pouvait trouver à la résistance qu'il mettait à recevoir son paiement était le suivant : il était devenu le créancier unique du débiteur, dès lors il lui semblait qu'il pouvait invoquer l'indivisibilité de la fiducie pour soutenir que celle-ci garantissait à la fois les deux créances ; mais l'indivisibilité ici était hors de cause, car il s'agissait de deux créances successives ; la seconde opération fiduciaire était même nulle, puisqu'elle portait sur des fonds dont le débiteur avait déjà perdu la propriété ; seulement comme le débiteur n'avait payé que la seconde créance, Scœvola a répondu que l'héritier conservait ses droits de créancier fiduciaire pour la première créance qui, elle, avait toujours été garantie valablement par la fiducie ; c'est la solution inverse que le jurisconsulte aurait certainement donnée si le débiteur au lieu de commencer par payer la seconde créance s'était acquitté d'abord de la première créance envers l'héritier.

Écoutons maintenant Pomponius dans la loi 4, Dig., 20,

4 : si un débiteur, nous dit-il, avant de libérer une *res fiduciaria* donnée à un premier créancier, la donne à un autre pour argent prêté, et qu'avant de payer aucun des deux créanciers, il vende au premier une chose différente de celle qu'il lui a engagée, en compensant ce qui lui est dû à titre de vente avec ce qu'il lui doit d'ailleurs, on peut dire que cette compensation a le même effet que si le premier créancier avait été payé; car peu importe que le débiteur ait payé son créancier ou qu'il ait compensé ce qu'il lui devait avec ce qui lui était dû par lui; c'est pourquoi dans ce cas le second créancier commencera à voir sa situation s'améliorer, puisqu'il aura une sûreté qu'il n'avait pas jusque-là, « *et ideo posterioris creditoris causa est potior* ». Nous voyons ici une pratique analogue à celle qui nous est signalée par Paul (II, 13, § 3) : le débiteur a emprunté à un taux désavantageux, il trouve ensuite une personne qui aurait consenti à lui prêter à de meilleures conditions pourvu qu'elle reçût un bien en fiducie, cette personne a confiance dans le débiteur, elle lui avance les fonds nécessaires pour désintéresser le premier créancier, le débiteur obtient dès lors la remancipation du bien qu'il avait engagé, et désormais il lui est possible de faire au profit de son nouveau créancier ce que le droit aurait empêché d'accomplir valablement auparavant : il peut maintenant lui constituer une fiducie, tandis que l'opération fiduciaire eût été nulle si elle était intervenue au profit du second créancier avant que le premier eût été désintéressé. On ne saurait donc trouver à propos du passage des Sentences de Paul (II, 13, § 8),

une interprétation différente de celle que nous avons donnée.

γ. *Du paiement par le débiteur lui-même.* — Il y a d'abord un texte relatif au paiement proprement dit, à la *solutio*, qui applique les principes généraux au paiement dans la *fiducia cum creditore* : c'est la loi 32, Dig., 46, 3. *De solutionibus et liberationibus* qui est empruntée au livre 13 des Digestes de Julien, et qu'il faut dès lors rapporter à la fiducie, ainsi que l'a fait M. Lenel (1). Si un esclave est devenu créancier par suite de l'administration de son pécule, et que le débiteur ignorant la mort du maître, ait payé avant que l'hérédité ait été acceptée, il sera néanmoins libéré; la même règle s'applique si même après l'affranchissement de l'esclave le débiteur le paye, ignorant qu'on ne lui a pas laissé son pécule; et peu importe que l'argent lui ait été compté du vivant du maître ou après sa mort, même dans ce dernier cas le débiteur est libéré; c'est de même que celui qui a reçu l'ordre de son créancier de payer une somme d'argent à Titius paye valablement à ce Titius, même après la mort du créancier duquel il a reçu cet ordre, pourvu qu'il ait été dans l'ignorance de cette mort.

Le paiement de la dette en espèces est encore visé par la loi 24, § 1. Dig., 13, 7. *De pigner. actione*; ce texte est extrait du livre 30 d'Ulpien *ad Edictum*, où il était traité de la fiducie à côté du *depositum*; comme il est impossible de trouver son application au

1. *L. c.*, n. 4, p. 117.

depositum, il faut avec M. Lenel (1) le rapporter à la fiducie : on demande, nous dit Ulpien dans ce fragment, si le débiteur qui a payé son créancier fiduciaire en mauvaises espèces peut intenter l'*actio fiduciæ directa* pour réclamer la remancipation de la *res fiduciaria* en invoquant son paiement ; il est certain, nous répond le jurisconsulte, que le débiteur ne peut pas intenter cette action, et qu'il n'est pas libéré, car le paiement fait en mauvaises espèces ne libère pas celui qui paye de cette façon, et cet argent doit lui être rendu. C'est surtout ce passage qui a permis à M. Lenel de reconstituer les mots de la formule « *Eamque pecuniam solutam esse* » : « lorsque Ulpien, nous dit l'auteur, se pose la question de savoir si l'*actio fiduciæ* n'est pas fondée même par le paiement de *nummi reprobi quasi soluta pecunia*, ces derniers mots montrent clairement que comme condition mise à la condamnation, la formule contenait la phrase « *Eamque pecuniam solutam esse* ». — C'est aussi sans doute cette loi 24, § 1, Dig., 13, 7 qui a inspiré M. Eck (2) dans son essai de reconstitution du diptyque de Pompéi ; il restitue, en effet, de la façon suivante les lignes 2 et 3 de la table II, dont l'état matériel est fort endommagé :

« *mi, ea (dem) pro duobus (mancipiis probis nummis o)* »
 « *mnis mihi ere (dive meo soluta, ... etc.)* ».

1. *L. c.*, n. 4, p. 111. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel, table A, n. 11 et 55.

2. *L. c.*, n. 11.

La *datio in solutum* intervenait aussi dans la *fiducia cum creditore* ; nous en avons déjà trouvé un exemple dans la loi 34, Dig., 13, 7 ; nous en trouvons une autre application dans la loi 50, § 1, Dig., 23, 3. *De jure dotium*, dont l'interpolation et la référence à la fiducie, mises en pleine lumière par M. Gradenwitz (1), sont admises à peu près par tous les auteurs, par M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* (2), par M. Ubbelohde (3), et même par M. Geib (4). Si le débiteur a donné en fiducie le fonds Cornélien, et qu'ensuite il ait donné le fonds Titien, Africain nous dit qu'il est hors de doute que le débiteur peut à l'instant « *statim* » intenter contre son créancier l'*actio fiduciae directa*, pour le contraindre à lui rendre le fonds Cornélien.

Une délégation ou une novation pouvaient aussi être employées en vue d'éteindre l'obligation. Ce fait nous est attesté pour la novation par la loi 15, Dig., 46, 2. *De novation. et delegationibus* et pour la délégation par la loi 12, Dig., 46. 2, *eod. tit.* ; ces deux fragments doivent, selon la découverte de M. Lenel (5), être considérés comme interpolés et comme s'appliquant à la fiducie, puisque le premier est extrait du livre 13 des Digestes de

1. *L. c.*, n. 13.

2. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. Table A, n. 1.

Cf. Table de concordance Lenel-Gradenwitz. Table C, n. 3.

3. *L. c.*, n. 16.

4. *L. c.*, n. 12.

5. *L. c.*, n. 4, p. 116. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 9, 10 et 30.

Julien et le second du livre 31 de Paul *ad Edictum*, livres dans lesquels ces jurisconsultes traitaient de la fiducie à côté du *depositum*, et puisque d'autre part toute référence de ces textes au *depositum* est impossible à concevoir. Julien dans la loi 15. Dig., 46, 2 nous dit que la novation éteint toute possibilité de réclamation de la part du créancier qui avait stipulé une clause pénale pour retard apporté dans le paiement de la dette. Paul de son côté dans la loi 12, Dig., 46, 2, fait aussi l'application des principes : Si quelqu'un a délégué son débiteur qui savait pouvoir se défendre par l'exception de dol, ce délégué est considéré comme agissant dans une intention libérale s'il ne se prévaut pas de l'exception ; mais si c'est en ignorant l'existence de l'exception en sa faveur qu'il s'engage vis-à-vis du nouveau créancier, à la vérité il ne pourra user d'aucune exception contre ce créancier, parce que celui-ci reçoit ce qui lui est dû ; il a seulement un recours contre son délégataire, celui-ci est soumis à la *condictio incerti* si c'est autre chose que de l'argent qui a été payé par le délégué, à la *condictio certi* si c'est de l'argent qui a été payé par le délégué ; celui-ci dans ce dernier cas peut agir en vertu du mandat qu'il a reçu d'avoir à payer.

Enfin un texte, la loi 40, Dig., 12, 2. *De jurejurando*, qu'il faut encore avec M. Lenel (1) rapporter à la fiducie, parce qu'il émane du livre 13 des Digestes de Julien, nous dit que la dette peut aussi être éteinte par le serment du

1. L. c., n. 4, p. 117.

débiteur. Le serment par lequel le débiteur affirme ne rien devoir, libère la *res fiduciaria*, nous dit Julien, car il a la même force qu'une remise de dette consentie par le créancier ; il est certain, ajoute le jurisconsulte, que l'exception engendrée par ce serment est perpétuelle ; ainsi si le créancier voulait se prévaloir d'une clause pénale qu'il avait stipulée, le débiteur pourrait l'écarter par une exception, il pourrait même répéter la somme qu'il aurait payée au créancier parce que le serment intervenu met fin à toute contestation, « *utpote cum interposito eo ab omni controversia discedatur* ».

Tels sont les divers modes d'extinction de la dette garantie par une fiducie dont nous parlent les textes : comme le dit M. Lenel (1), c'est à propos de l'examen des mots de la formule de l'*actio fiduciæ directa* « *Eamque pecuniam debitam solutam, eove nomine satisfactum esse* », et en vue de développer leur signification que les prudents Romains s'en sont occupés.

Quels sont les effets produits par la libération de la dette ? De même qu'elle met fin aux rapports établis entre le créancier et le débiteur, de même elle apporte un terme aux rapports établis entre le fiduciaire et le *fiduciæ dans* ; ce second effet n'est que la conséquence du premier ; c'est ainsi que le débiteur après avoir payé son créancier peut exiger de lui une remancipation de la *res fiduciaria* ; c'est ce que constatent tous les auteurs et notamment M. Rudorff (2), qui s'exprime d'une façon

1. *L. c.*, n. 4.

2. *L. c.*, n. 8, p. 65.

générale, et M. Lenel (1), qui s'en explique à propos de la novation et du serment ; en un mot le paiement de la dette donne ouverture à l'exercice de l'*actio fiduciae*. C'est l'étude de cette action dans la *fiducia cum creditore* que nous abordons maintenant.

4. *De l'actio fiduciae dans la fiducia cum creditore.* — Cette action qui sanctionne la fiducie dans cette application ne présente-t-elle aucune particularité dans sa nature ? Telle est la première question qui s'offre à notre examen. Quant aux effets de l'*actio fiduciae* dont l'étude suivra, ils peuvent être divisés en deux catégories assez distinctes : les uns ne sont pas en réalité propres à la *fiducia cum creditore*, ce sont ceux qui dérivent, du but même de la *fiducia* dans le droit des choses, appliqués par les textes à la *fiducia cum creditore* ; les autres au contraire sont propres à cette application de la fiducie, ils ne se rencontrent nulle part ailleurs. Telle est donc la division qui s'impose à nous dans l'étude successive de l'*actio fiduciae directa* et de l'*actio fiduciae contraria*.

a) *De l'actio fiduciae directa.*

α. *Sa nature.* — L'*actio fiduciae directa* est-elle transmissible ? Cette question semble au premier abord bizarre : puisque l'*actio fiduciae directa* est contractuelle, elle doit être transmissible. Elle ne se pose pas du reste au point de vue de la transmissibilité passive, l'obligation du créancier fiduciaire passe à ses héritiers (Paul, II, 13, § 6). C'est au sujet de la transmissibilité active que la dis-

1. L. c., n. 4, p. 116 et 117.

cussion s'est élevée : les héritiers du *fiduciæ dans* ont-ils comme l'avait leur auteur, le droit d'intenter l'*actio fiduciæ directa*? Il y a, se référant à ce sujet, un texte qui a reçu bien des interprétations différentes ; c'est le chapitre 6, § 8, de la *Consultatio cujusdam veteris jurisconsulti* qui est ainsi conçu : « *Hereditibus debitoris adversus creditorem qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa est* ».

Ce passage qui est présenté comme émanant de Paul, semble donc au premier abord refuser aux héritiers du débiteur l'*actio fiduciæ directa* d'une manière tout à fait générale : c'est en ce sens que l'entend en effet M. d'Ihering (1) ; d'après lui, il y aurait là un vestige du caractère délictuel de l'*actio fiduciæ*, caractère qui aurait subsisté sur ce point ; l'*actio fiduciæ* serait refusée aux héritiers du *fiduciæ dans*, de même que l'*actio injuriarum* aux héritiers de la victime de l'injustice (Gaius, IV, § 112). Mais il est certain que l'*actio fiduciæ* était contractuelle ; son caractère de bonne foi nettement accentué par les textes (*Lex Julia municipalis*, ligne 112 ; Cicéron *Pro Roseio Com.*, ch. 6, § 16 ; Gaius, IV, §§ 62 et 182) suffit amplement à le prouver ; en outre la comparaison faite par M. d'Ihering entre l'*actio fiduciæ* et l'*actio injuriarum* est malheureuse parce qu'elle est inexacte, car tandis que Gaius (IV, § 112) nous dit que l'*actio injuriarum* n'est donnée ni aux héritiers de la victime, ni contre les héritiers de l'auteur du délit, Paul (Sentences, II, 13, § 6) est très explicite pour dire

1. *L. c.*, n. 6.

que l'*actio fiduciæ* atteint les héritiers du fiduciaire eux-mêmes; c'est uniquement la transmissibilité active de l'action qui est en question ici; il y a même plus: s'il était vrai, comme le pense M. d'Ihering, que le passage de la *Consultatio* doive être expliqué par le caractère délictuel de l'*actio fiduciæ directa*, il serait bien curieux que cette même action puisse être intentée contre les héritiers du fiduciaire; le caractère délictuel aurait dû entraîner une intransmissibilité totale, et même passive plutôt qu'active.

Le chapitre 6, § 8 de la *Consultatio* ne statue donc pas d'une manière générale; il vise un cas tout à fait spécial; c'est ce que n'a pas compris non plus M. Geny (1), qui veut expliquer notre texte d'après une opinion spéciale attribuée à Paul sur l'intransmissibilité de certaines actions telles que la pétition d'hérédité et l'action en délivrance d'un legs (*Consultatio veteris cuj. jurisc.*, ch. 6, §§ 5 et 6).

Quel est donc le cas particulier que le jurisconsulte a eu en vue dans notre § 8? M. Dernburg (2) a émis une explication séduisante: d'après cet auteur, il s'agit du cas où il y a eu au profit du créancier une *lex commissoria* subordonnée au prédécès du débiteur avant l'exercice de l'action; les parties ont convenu que si le débiteur mourait avant de s'être acquitté et par suite d'avoir pu intenter l'*actio fiduciæ directa* pour obtenir la *remancipatio*, le créancier deviendrait propriétaire définitif de

1. *L. c.*, n. 2, p. 44.

2. *L. c.*, n. 1, p. 15 et 16.

la *res fiduciaria* sans que les héritiers du débiteur puissent avoir le droit de lui offrir son paiement (1).

Malgré son apparence de vraisemblance, cette opinion nous paraît cependant devoir être repoussée : en effet, il ne peut pas s'agir là d'une *lex commissoria*, le texte nous parle d'un créancier « *qui fiducias distraxit* » ; or, tel n'est pas l'effet de la *lex commissoria*, elle ne donne pas simplement au créancier le droit de vendre, elle le rend propriétaire incommutable en éteignant la dette. A notre avis, le jurisconsulte a voulu prévoir l'hypothèse suivante, qui est d'ailleurs très simple : les parties ont convenu d'un *pactum de non vendendo* ; le débiteur ne s'acquitte pas à l'échéance et il meurt ; le créancier vend la *res fiduciaria* nonobstant la clause contraire ; les héritiers du débiteur ne pourront pas lui en faire un reproche en intentant de ce chef l'*actio fiduciæ directa*, pas plus que le débiteur ne l'aurait pu lui-même de son vivant ; car le *pactum de non vendendo* est inefficace ; cette manière de voir nous semble, outre sa vraisemblance intrinsèque, trouver un appui dans le rapprochement du § 8 du ch. 6 de la *Consulatio* avec le passage des Sentences de Paul (II, 13, § 5) où il nous est parlé de l'inefficacité de cette convention : « *nulla actio datur* », est-il dit dans le premier passage ; et Paul dans le second ajoute « *nec enim in tali conventionē fiduciæ actio nasci potest* ». Une objection pourtant vient tout de suite à l'esprit : s'il est vrai qu'il s'agit d'une vente de la *res fiduciaria* par le

1. Cette explication a été admise par M. Oertmann, *L. c.*, n. 26.

créancier nonobstant un *pactum de non vendendo*, le débiteur lui-même ne pourrait pas de ce chef intenter l'*actio fiduciæ* ; or, comment se fait-il que le texte dans sa partie finale semble dire le contraire, puisque l'action passera aux héritiers si elle a été intentée par leur auteur « *nisi a testatore inchoata ad eos transmissa est* » ? la contradiction n'est qu'apparente : si, dans le cas où l'action a déjà été intentée par le débiteur de son vivant, elle passe à ses héritiers, c'est qu'alors le débiteur qui intente cette action l'intente à bon droit parce qu'il a payé sa dette avant la vente du bien donné en fiducie, et que dès lors le créancier est en faute d'avoir procédé à cette vente. En réalité le passage de la *Consultatio* vise une hypothèse à deux branches : un *pactum de non vendendo* a été conclu ; le débiteur est mort après l'échéance de la dette ; a-t-il payé cette dette de son vivant et avant l'échéance, l'*actio fiduciæ* qu'il a intentée pour réprimer la mauvaise foi du créancier, qui a vendu la *res fiduciaria* après avoir été payé est transmissible à ses héritiers ; au contraire, s'il n'a pas payé la dette avant l'échéance, le créancier a pu vendre la *res fiduciaria* à bon droit, malgré le *pactum de non vendendo* ; ni le débiteur de son vivant, ni ses héritiers après sa mort ne pourront intenter l'*actio fiduciæ* en se fondant sur ce chef. Telle nous semble avoir été la pensée du jurisconsulte.

β. Ses effets.

Effets dérivant du but de la fiducie dans le droit des choses appliqués à la *fiducia cum creditore*. — Le but de la fiducie est toujours d'obtenir la retrans-

lation de propriété de la *res fiduciaria*; le premier effet de l'*actio fiduciæ directa* est de satisfaire ce but. Nous avons relativement à ce sujet deux textes, qui l'un et l'autre sont interpolés et se réfèrent à la fiducie, ainsi que l'a démontré M. Lenel (1), puisqu'ils émanent l'un du livre 13 des Digestes de Julien, et l'autre du livre 30 d'Ulpien *ad Edictum* : ce sont la loi 23, Dig., 19, 1. *De actionib. empti vend.*, et la loi 24, § 3, Dig., 13, 7. *De pign. act.*

Dans le premier de ces fragments Julien nous dit que celui qui, ayant vendu un esclave, l'a affranchi avant de le livrer à l'acheteur est tenu de rendre à ce dernier non seulement le pécule de l'esclave, mais encore tout ce que ce dernier a acquis même après son affranchissement, et tout ce qu'il aurait aussi fait acquérir à son maître, notamment l'hérédité de cet affranchi que le vendeur a recueillie comme patron, en un mot, comme le dit Marcellus cité par Julien, tout ce que l'acheteur eut acquis si l'affranchissement n'avait pas eu lieu « *illa præstare venditor ex empto debet, quæ haberet emptor, si homo manumissus non esset.* » Comme le dit M. Lenel (2), le motif pour lequel Julien applique ici par analogie les règles juridiques de la vente est clair : l'un des cas les plus ordinaires du manque de bonne foi dans la *fiducia* est certainement celui où le fiduciaire a rendu impossible

1. *L. c.*, n. 4, pages 111 et 120. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel, Table A, n. 19 et 55.

2. *L. c.*, n. 4, p. 120.

la *remancipatio* de l'esclave mancipé *fiduciæ causa* en l'affranchissant.

Le créancier fiduciaire n'est pas seulement tenu de restituer la *res fiduciaria* en la remancipant, il est en outre obligé de la restituer en bon état ; c'est ce que nous dit Ulpien dans la loi 24, § 3, Dig., 13, 7 : le créancier est soumis à l'*actio fiduciæ directa* relativement aux mauvais traitements qu'il a fait subir à la *res fiduciaria*, par exemple s'il a altéré la santé des esclaves donnés en fiducie ; cependant s'il les a corrigés, mis aux fers, ou livrés au magistrat pour les punir des délits qu'ils avaient commis, il n'est pas soumis à cette action ; ainsi s'il prostitue une *ancilla* qui lui a été donnée en fiducie ou s'il la force à accomplir quelque action illicite, l'action *fiduciæ directa* peut être intentée. Voilà des effets de cette action dont les textes nous parlent à propos de la *fiducia cum creditore*, et qui sont communs à toutes les applications de la fiducie dans le droit des choses.

Effets propres à la *fiducia cum creditore*. — Les uns sont engendrés par les conventions accessoires du *pactum fiduciæ*, les autres par la loi, lorsque le droit commun s'applique à défaut de conventions accessoires. Parmi les premiers figure un effet engendré par le *pactum de vendendo* ; celui-ci même après que la faculté de vendre fut devenue légale dut continuer à être d'un usage assez fréquent ; car les parties y réglaient d'une façon détaillée les conditions de la vente ; l'intérêt à écarter ainsi le droit commun était réciproque, pour le débiteur le *pactum de vendendo* continua à être avantageux en ce sens qu'il lui

permet toujours de mettre certains obstacles à la vente du bien par le créancier non payé à l'échéance, de façon à gagner ainsi du temps et à pouvoir se libérer; quant au créancier, il lui importait aussi de voir sa responsabilité nettement délimitée à l'avance par une convention, il ne sera obligé envers le *fiduciæ* dans que s'il viole ce pacte. C'est précisément en ce sens que se trouve la loi 10, Dig., 18, 2. *De in diem addictione*, qui est extraite du livre 13 des Digestes de Julien, et qui dès lors se réfère à la fiducie, ainsi que nous l'avons déjà vu : les parties ont convenu que le créancier, s'il n'était pas payé à l'échéance, ne pourrait vendre la *res fiduciaria* qu'en ajoutant à cette vente une clause d'*addictio in diem*; si le créancier ne se conforme pas à cette condition, il encourt les effets de l'*actio fiduciæ directa*; mais que faut-il décider, dit Julien, si un nouvel acquéreur plus offrant n'est pas solvable et ne s'est présenté que pour empêcher la vente? dans ce cas, répond le jurisconsulte, le créancier ne courra aucun risque d'adjuger la chose au premier acheteur. Cette solution se comprend très bien si on la rapproche du principe posé dans la loi 26, Dig., 46, 3. *De solutionib. et liberationib.* déjà examinée, et d'après lequel c'est le créancier qui court le risque de l'insolvabilité de son acheteur, du moment qu'il a vendu la *res fiduciaria* à un prix supérieur ou au moins égal à sa créance, ce qui libère le débiteur; dans notre hypothèse d'*addictio in diem*, il doit donc être permis au créancier d'opter pour celui des acheteurs qu'il croit solvable.

Un autre fragment emprunté aux Sentences de Paul

(I, 9, § 8) prévoit ainsi le cas où le créancier a violé les conditions du *pactum de vendendo* : Paul dans ce passage suppose que c'est un *minor XXV annis* qui réclame contre la vente des biens donnés en fiducie par son père à un créancier qui a vendu mal à propos « *non ita ut oportuit* : » le *minor XXV annis* pourra obtenir du magistrat une *restitutio in integrum*. C'est l'application des principes généraux.

Dans le même sens se trouve la loi 16, *Princ.*, Dig., 13, 7. *De pign. act.* qui est extraite du livre 6 des *Digestes de Marcellus* et qui dès lors se rapporte à la fiducie, puisque, comme le montre la *Palingenesia juris* de M. Lenel (1), Marcellus dans ce livre traitait de notre institution sous un titre *De fiducia* : si le tuteur dans les cas permis par la loi, dit-il, a donné en fiducie le bien du pupille, l'opération doit être déclarée valable, pourvu que la dette qu'il a contractée ait tourné au profit du pupille; il en est de même du curateur d'un *minor XXV annis* ou d'un fou.

Arrivons maintenant aux effets propres à la *fiducia cum creditore*, qu'engendre le droit commun. — La vente opérée par le créancier non payé peut produire un *superfluum*. La loi 24, § 2, Dig., 13, 7. *De pign. act.* qui, nous l'avons vu, se réfère à la fiducie, raisonne sur cette hypothèse : si le créancier, nous dit Ulpien 30 *ad Edictum*, a vendu la *res fiduciaria* pour un prix plus considérable que ce qui lui est dû, mais qu'il n'ait pas encore exigé le prix de l'acheteur, le débiteur pourra-t-il intenter contre lui l'*actio fiduciæ directa*

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel; Table A, n. 22.

pour l'obliger à rendre ce dont le prix excède la dette? ou bien le débiteur doit-il attendre que le prix soit payé par l'acheteur, ou se contenter du transport que le créancier est prêt à lui faire de son *actio venditi* contre l'acheteur? Je pense, répond le jurisconsulte, que le débiteur ne peut pas forcer le créancier à lui payer l'excédant du prix, mais qu'il doit attendre ou prendre le parti de se faire céder l'*actio venditi* aux risques du créancier vendeur; mais si le créancier a déjà reçu le prix, il doit restituer le *superfluum* au débiteur. Ce texte est en harmonie avec la loi 26, Dig., 46, 3, que nous citons tout à l'heure pour la rapprocher de la loi 10, Dig., 18, 2 : la solvabilité du tiers-acheteur est aux risques du créancier vendeur; mais cette loi 10, Dig., 18, 2 et notre loi 24, § 2, Dig., 13, 7, nous montrent que dans la fiducie qui présente au plus haut degré le caractère de bonne foi les jurisconsultes Romains ont donné des solutions de nature à concilier à la fois tous les intérêts en jeu.

A côté du *superfluum* qui doit être rendu par le créancier, il y a les fruits de la *res fiduciaria* dont le créancier ne peut plus jouir en principe dès qu'il a été satisfait par la vente du bien, à moins toutefois qu'il ait prêté sans intérêts : c'est ainsi du moins que nous avons cru devoir interpréter un passage de Paul (II, 13, § 1. b, édit. Krueger). C'est donc seulement à partir du moment où le créancier a reçu satisfaction qu'il cesserait d'avoir droit aux fruits de la *res fiduciaria* : en ce sens se trouverait la loi 22, § 2, Dig., 13, 7. *De pign. act.* qui est extraite du livre 30 d'Ulpien *ad*

Edictum (1), et qui se rapporte à la *fiducia cum creditore* : au contraire, tant que la dette n'est pas éteinte, le créancier à notre avis a la jouissance des fruits. Cependant les auteurs qui ont étudié la fiducia enseignent le contraire : M. Dernburg (2) notamment pense qu'il n'est pas invraisemblable qu'à l'origine on ait vu dans l'acquisition par le créancier des fruits du bien mancipé *cum fiducia* l'équivalent de la jouissance du capital et des revenus qu'il peut produire au profit du débiteur, mais que, quand la *fiducia* fut sanctionnée, les fruits perçus par le créancier diminuèrent le capital à rendre par le débiteur ; il y aurait eu du reste une corrélation dans le droit pour le créancier de se faire indemniser des dépenses nécessaires et utiles en intentant l'*actio fiduciæ contraria* ; en un mot, d'après M. Dernburg, ici encore le but de l'opération fiduciaire aurait influé sur les conséquences logiques qui auraient dû dériver de sa nature ; le créancier fiduciaire était propriétaire en même temps que créancier ; c'est cette dernière qualité qui aurait fini par prédominer ici comme sur beaucoup d'autres points. L'auteur entend citer à l'appui de son opinion un texte des Sentences de Paul (II, 13, § 2), mais ce passage est loin d'être convaincant ; car Paul nous dit « *Quidquid creditor per fiduciarium servum quæsiit, sortem debiti minuit* » ; la dette se trouve diminuée par les acquisitions de l'esclave, mais il n'y a là rien qui doive

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 52.

2. *L. c.*, n. 1, p. 180.

nous étonner, nous voyons ici quelque chose d'analogue à ce qui se passe dans la *noxæ deditio* (*Collatio legum Romanarum et Mosaicarum*, tit. 2, chap. 3); mais cette décision ne saurait être étendue aux fruits; car les acquisitions de l'esclave donné en fiducie, telles par exemple qu'une hérédité qu'il recueille, ne sont pas des fruits, ce sont des produits accidentels et imprévus, non des produits périodiques et conformes à la destination de la chose. Le créancier fiduciaire est propriétaire: à ce titre il a droit aux fruits aussi longtemps qu'il a droit à la propriété; pour qu'il en fût autrement il faudrait un texte formel qui dît le contraire. M. Voigt (1) croit sans doute le trouver dans une constitution d'Alexandre Sévère de l'année 222, la loi 3, Code 4. 24 *De act. pignorat.* qu'il considère comme interpolée, et qui en effet serait tout à fait favorable à l'opinion que nous combattons; mais cet auteur ne fait aucune espèce de tentative pour démontrer ou même pour expliquer cette prétendue interpolation. Il se borne à une pure affirmation, et sa doctrine est restée complètement isolée. Ainsi le débiteur par l'*actio fiduciæ directa* ne peut réclamer que les fruits que le créancier a perçus depuis qu'il a été satisfait; quant à ceux dont il a joui auparavant ils ne diminuent en aucune façon le capital de sa créance, et ils lui restent acquis définitivement. Indépendamment de la logique des principes et de l'absence

1. *L. c.*, n. 5. Table de concordance Lenel-Voigt., Table B, β. n. 11.

de tout document en faveur de la doctrine adverse, nous pouvons dans le sens de la nôtre invoquer des textes aussi formels qu'irrécusables. Ulpien 34 *ad Sabinum*, dans la loi 4, § 1, Dig., 12. 1. *De rebus creditis*, dont l'interpolation et l'application à la fiducie sont reconnues depuis M. de Savigny, et en tous cas Isidore de Séville, dans un texte non contesté qui est d'une clarté parfaite (Orig. V, ch. 25, § 17) nous disent que le débiteur n'a droit aux fruits que si un *precarium* ou une *locatio* lui a été consentie par le créancier; c'est donc que sans cela, de droit commun, la jouissance de la *res fiduciaria* est réservée à ce dernier; cette conclusion nous paraît inévitable.

b). *De l'actio fiduciæ contraria.*

a. *Sa nature.*

Nous ne trouvons ici aucune discussion analogue à celle que nous avons rencontrée à propos de la nature de l'*actio fiduciæ directa*. L'*actio fiduciæ contraria* est à coup sûr transmissible aux héritiers aussi bien au point de vue actif qu'au point de vue passif. C'est le principe commun à toutes les actions de bonne foi (Loi 7, § 1, Dig., 16, 3. *Depositum vel contra*; loi 49, Dig., 44, 7. *De obligationibus et actionibus*). Du reste l'*actio fiduciæ contraria* est essentiellement contractuelle; jamais elle n'a présenté le caractère délictuel.

β. *Ses effets.*

Effets dérivant du but de la fiducie dans le droit des choses, appliqués à la *fiducia cum creditore*. — Comme la fiducie est fondée sur la bonne foi, celle-

ci doit être observée aussi bien de la part du *fiduciæ dans* que de la part du fiduciaire. De même que celui-ci est tenu de l'obligation de restitution, de même le *fiduciæ dans* est obligé de transférer la propriété de la *res fiduciaria* ; et cette translation opérée par le *fiduciæ dans* pas plus que la retranslation accomplie par le fiduciaire ne doit intervenir dans des conditions telles qu'elle fasse subir un préjudice à l'intéressé.

Le créancier a donc le droit de réclamer le montant des dépenses nécessaires qu'il s'est vu forcé de faire pour la conservation de la chose, alors même qu'en définitive cette conservation n'aurait pas été atteinte. C'est ce que nous dit Pomponius 35 *ad Sabinum* dans la loi 8, Princ., Dig., 13, 7. *De pig. act.*, que M. Lenel (1) dans sa *Palinogenesia juris* rapporte à la fiducie : si le créancier fait des dépenses nécessaires pour un esclave ou pour un fonds de terre qu'il a reçu en fiducie, il a non seulement le droit de les retenir, mais encore le droit de les réclamer par l'*actio fiduciæ contraria* (2), par exemple s'il a payé les médecins qui ont soigné l'esclave dans la maladie dont il est mort ou s'il a réparé une maison qui par la suite a été brûlée en sorte qu'il ne puisse plus retenir le montant de ses dépenses par devers lui.

L'*actio fiduciæ contraria* servira même au créancier à

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 39.

2. Dans le même sens se trouve une constitution de Gordien de l'année 241, la loi 7, Code, 4, 24. *De act. pig.* D'après M. Girard,

recouvrer les dépenses simplement utiles qu'il a faites relativement à la *res fiduciaria*, c'est ce que nous dit Paul d'une façon très claire (II, 13, § 7). — La loi 31, Dig., 13, 7. *De pig. act.*, qui est empruntée au livre 8 des Questions d'Africain et que M. Lenel (1) rapporte à la fiducie est conçue dans le même sens : l'esclave donné en fiducie commet un *furtum* au détriment du créancier ; il est loisible au débiteur de consentir à son abandon noxal, mais le créancier conserve l'*actio fiduciæ contraria* pour se faire indemniser complètement ; Julien cité par Africain nous dit formellement que cette solution est générale et qu'elle s'applique aussi bien au cas où la fiducie réalise un *commodat* ou un dépôt.

Effets propres à la *fiducia cum creditore*. — Le créancier à la différence du fiduciaire dans la *fiducia cum amico* peut intenter l'*actio fiduciæ contraria* si la *res fiduciaria* appartenait déjà à autrui, à moins qu'il n'ait eu lui-même connaissance de ce vice juridique. C'est ce que nous apprend Marcellus au livre 6 de ses Digestes, qui est cité par Paul dans la loi 16, § 1, Dig. 13, 7 *de pign. act.* qui,

ce texte doit être considéré comme interpolé ; en effet il parle des « *res pigneraticias* » ; or, cette expression ne se rencontre nulle part ailleurs que dans les textes extraits du livre 35 de Pomponius *ad Sabinum* qui précisément sont interpolés et se rapportent à la fiducie. — C'est là du reste à notre avis le seul texte du Code que l'on puisse légitimement appliquer à la fiducie, par suite d'une interpolation. — *Contrà* M. Oertmann, *l. c.*, n. 26, p. 50 et 51 ; et M. Voigt, *l. c.*, n. 5.

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 2.

nous l'avons vu tout à l'heure, est interpolée. Les conditions dans lesquelles le créancier non payé à l'échéance opère la vente de la *res fiduciaria* peuvent aussi donner lieu à l'exercice de l'*actio fiduciæ contraria* : à ce sujet se rattachent la loi 22, § 4, dig. 13. 7 *De pign. act.* et la loi 8, § 1, dig. 13, 7 *eod. tit.* deux fragments qui sont interpolés, puisqu'ils sont extraits du livre 30 d'Ulpien *ad Edictum* et du livre 35 de Pomponius *ad Sabinum* : si un créancier en vendant la *res fiduciaria*, nous est-il dit dans le premier de ces textes, s'est soumis à rendre le double du prix en cas d'éviction, et qu'il ait été actionné et condamné en vertu de cette clause, pourra-t-il intenter contre le débiteur l'*actio fiduciæ contraria*? il le pourra, répond Ulpien, s'il a inséré cette clause dans la vente sans mauvaise foi et sans faute, et s'il s'est conduit à cet égard comme un bon père de famille ; mais si cette clause n'a pas rendu la vente plus avantageuse et qu'il eût pu vendre la chose aussi cher et sans cette garantie, il n'aura aucun recours. Ainsi avant de délivrer l'*actio fiduciæ contraria* au créancier dans ce cas le magistrat se livrera à une appréciation minutieuse de sa conduite suivant les circonstances : telle aussi sera la mission du juge de l'*actio fiduciæ contraria* avant de condamner le débiteur. Quant à Pomponius, il s'exprime ainsi dans le second passage : si l'on a donné plusieurs esclaves en fiducie et que le créancier en ait vendu quelques-uns un certain prix avec la clause de garantie en cas d'éviction, et qu'il soit ainsi payé de sa dette, le créancier peut néanmoins se refuser à restituer les autres esclaves au débiteur jusqu'à ce que

celui-ci lui donne caution de l'indemniser de l'obligation qu'il a contractée par la clause de garantie. Ce dernier texte, la loi 8, § 1, Dig. 13, 7, montre qu'au II^e siècle après J.-C. la non garantie du créancier vendeur était déjà devenue de droit, puisqu'il n'est soumis à cette garantie que s'il y est engagé par une clause spéciale. Ce résultat nous est encore attesté dans la loi 7, Dig., 21, 2. *De eviction. et duplæ stipulat.* qui se réfère à la fiducia parce qu'elle émane du liv. 13 des Digestes de Julien (1).

Dans un ordre d'idées différent, la loi 24, Princ., Dig., 13, 7. *De pign. act.*, tirée du livre 30 d'Ulpien *Ad Edictum*, nous donne une solution intéressante. Le créancier a fait l'*impetratio possessionis*, et sa demande a été favorablement accueillie, puis il a été évincé, aura-t-il l'*actio fiduciæ contraria*? à la vérité, remarque Ulpien, du moment que le créancier a ainsi obtenu une propriété incommutable, l'obligation est éteinte, et tout rapport a cessé d'exister entre les parties « *a contractu recessum* » ; mais on a décidé que le créancier aurait dans ce cas une *actio ex empto utilis*, comme si le bien engagé lui avait été donné en paiement par son débiteur ; et si le débiteur actionne le créancier par l'*actio fiduciæ directa* ou à l'occasion de quelque autre obligation ce dernier pourra demander la compensation.

Tels sont les effets propres à la *fiducia cum creditore*, sanctionnée par l'*actio fiduciæ contraria*, lorsque le droit commun s'applique, à défaut de conventions

1. Cf. Table des textes interposés de M. Lenel. Table A, n. 17.

accessoires. Les rapports engendrés par celles-ci peuvent aussi occasionner l'exercice de l'*actio fiduciæ contraria*. Ce fait nous est attesté par Ulpien, 30, *Ad Edictum*, dans la loi 22, § 3, Dig., 13, 7. *De pign. act.* Si après la vente de la *res fiduciaria* par le créancier non payé à l'échéance, le débiteur à qui un *precariūm* ou une *locatio* a été consentie se refuse à restituer le bien qu'il détient, il peut y être contraint par l'*actio fiduciæ contraria*.

III

LA FIDUCIA CUM CREDITORE ENVISAGÉE DANS DEUX EXEMPLES

1. *Introduction*. — Ces deux exemples pratiques sont relatés par des documents épigraphiques, que nous avons déjà mentionnés : une table de bronze trouvée en Espagne dans la province de Bétique en 1867 ou 1868 (Hübner, *Corpus inscriptionum latinarum*, tome 2, page 700, n° 5042 ; Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, page 251 ; Giraud, *Novum enchiridion*, pages 655 et 656 ; Girard, *Textes de droit romain*, pages 706 à 707), et des tablettes de cire trouvées en Italie à Pompéi en 1887 (*de Petra*, *Scialoja*, *Alibrandi*, *Tardif*, *Eck*, *Gradenwitz* (1) ; Girard,

1. L. c. n. 17, 18, 19, 10, 11 et 25

Textes de droit romain, pages 704 à 706). Ces sources nous sont déjà en partie connues: en effet, chacune de ces inscriptions se décompose en deux sections, dans la première desquelles se trouve relaté l'accomplissement de la dation fiduciaire, tandis que c'est la seconde qui contient la mention du *pactum fiduciæ* et de ses clauses accessoires; nous avons donc eu l'occasion de nous en occuper soit à propos de la nature et des effets de la fiducie, soit à propos de la *fiducia cum creditore*. Les différents et assez nombreux auteurs (1) qui ont étudié ces inscriptions ont usé de l'une des deux méthodes suivantes: les uns, comme M. Rudorff (2) ont élargi le cercle de leur étude et présenté une théorie générale de la fiducie à propos de la table de Bétique; les autres, comme MM. Degenkolb, Gide et Eck (3), s'en tenant à l'examen de nos deux inscriptions, ont suivi pour ainsi dire pas à pas chacune de leurs pressions pour les creuser dans tous leurs détails paléographiques historiques et juridiques. Ni l'un ni l'autre de ces procédés ne saurait nous convenir, parce que l'un comme l'autre attribue à l'examen de ces documents et à la *fiducia cum creditore* une importance hors de proportions, avec l'ensemble d'une étude générale de la fiducie. Les questions qui doivent nous occuper sont de deux sortes: les unes sont des questions générales, telles par exemple que celles qui concernent la nature de l'inscrip-

1. *L. c.*, n. 7, 8, 9, 10, 11, 17, 18, 19.

2. *L. c.*, n. 8.

3. *L. c.*, n. 7, 9 et 11.

tion ; les autres sont relatives à la reconstitution exacte et complète du texte du document ; c'est à ce sujet que nous aurons à toucher à quelques points spéciaux. Ces deux ordres de questions se présentent également pour les deux inscriptions : mais tandis que c'est le premier qui domine dans l'étude de la table de Bétique, parce que, le bronze ayant résisté à l'action du temps, cette table nous est parvenue à peu près intacte, au contraire c'est le second ordre d'idées qui est de beaucoup le plus important en ce qui touche les tablettes de cire de Pompéi parce que dans leur état matériel elles sont très mutilées.

2. *La table de Bétique.* — Il convient avant tout de présenter une reproduction de l'inscription fiduciaire espagnole telle qu'elle nous a été conservée, en mettant en regard la reconstitution exacte du texte du document telle qu'elle est adoptée par la plupart des auteurs à quelques détails près que nous aurons à examiner.

L'INSCRIPTION TRANSMISE

Dama L. Titi ser fundum Baianum (1) qui est in agro qui Vereniensis vocatur pago Olbensi uti optimus maximusq
esset HS n I et hominem Midam HS n I fidi fiducia causa man
cipio accepit ab L. Baiano (2) libripendl antest ad fines eundo
5. dixit L. Baianus (2) L. Titium et C. Seium et populum et siquos di-
[cere oportet

1. A notre avis il faut lire *Baianus* au lieu de *Baianus*.

2. A notre avis il faut lire *Baianus* au lieu de *Baianus*.

- pactum conventum factum est inter Damam L. Titi ser et L. Baian
 quam pecuniam L. Baiano dedit dederit credidit crediderit ex
 pensumve tulit tulerit sive quid pro eo promisit promiserit
 spopondit fideve quid sua esse jussit jusserit usque eo is fundus
 10. eaque mancipia fiduciae essent donec ea omnis pecunia fides
 ve persoluta L. Titi soluta liberataque esset si pecunia sua qua
 que die L. Titio h ve ejus data soluta non esset tum uti eum
 fundum eaque mancipia sive quæ mancipia ex is vellet L. Titi
 us h ve ejus vellet ubi et quo die vellet pecunia præsent
 15. venderet mancipio pluris HS n I invitus ne daret neve sa-
 tis secundum mancipium daret neve ut in ea verba quæ in ver-
 ba satis s m dare solet repromitteret neve simplam neve...

RECONSTITUTION DE L'INSCRIPTION.

- Dama L. Titii servus fundum Baianum qui est in agro qui
 Vereniensis vocatur, pago Olbensi, uti optimus maximusq(ue)
 esset, sestercio nummo uno, et hominem Midam, s. n. uno, fidi
 [fiduciæ causa man-
 cipio accepit ab L. Baiano libripend(e) antest (ato) adfines(f) undo
 5. dixit L. Baianus L. Titium et C Seium et populum, et si quos
 [dicere oportet.
 Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi(i) servum et
 [L. Baian(ium) :
 quam pecuniam L. (Titius) L. Baiano dedit dederit, credidit cre-
 [diderit, ex-
 pensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit,
 spopondit (spoponderit), fide quid sua esse jussit jusserit, usque
 [eo is fundus
 10. eaque mancipia fiduci(æ) essent, donec ea omnis pecunia (per-
 [soluta) fides-
 ve L. Titi soluta liberataque esset. Si pecunia sua qua-
 que die L. Titio h(eredi)ve ejus data soluta non esset, tum uti eum

fundum eaque mancipia, sive quæ mancipia ex is vellet L. Titius h(eres)sve ejus vellet, ubi et quo die vellet, pecunia præsentibus 15. venderet, mancipio pluris sestercio nummo uno invitus ne daret, [neve satis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba quæ in verba satis (secundum mancipium) dari solet repromitteret, neve [simplam neve duplam...

a. Questions générales. — Tous les auteurs sont d'accord sur les points suivants : tout d'abord la table de bronze qui nous a été conservée faisait partie d'un diptyque dont elle formait la première table ; les mots « *neve simplam, neve duplam...* » qui commencent une autre phrase ainsi que nous le verrons en font foi ; complète en elle-même la table de Bétique ne nous relate qu'une inscription incomplète, dont la seconde table a été perdue. En outre, il est certain que notre inscription mentionne une opération fiduciaire, les mots « *fidi fiduciæ causa* » (ligne 3) et « *usque... fiduciæ essent* » (lignes 9 et 10) en témoignent suffisamment : c'est un exemple de *fiducia cum creditore*, et une application de la *fiducia cum servo contracta* ; c'est Dama, l'esclave de Titius, qui reçoit en fiducie des esclaves et un fonds de terre de Baianus (1), pour garantie des créances dont son maître est titulaire envers ce dernier. Mais quelle est la nature exacte de notre document ? Les auteurs sont en désac-

1. Et non pas Baianius ; c'est un point que nous examinerons plus loin.

cord sur ce point : pour M. Mommsen (*Corpus inscriptionum latinarum de Hübner*, tome 2, page 700, n° 5042, note), dont l'opinion a été adoptée par M. Girard (1), l'inscription espagnole contient un modèle envoyé à un esclave par son maître en province pour y passer des contrats garantis par une mancipation fiduciaire ; d'après M. Rudorff (2), il s'agit d'un modèle général de *fiducia cum creditore* servant à un praticien ; M. Jourdan (3) pense qu'il s'agit d'un modèle général de *fiducia cum creditore* à l'usage des habitants d'une ville ou d'une colonie ; au contraire, M. Degenkolb (4) émet l'opinion que la table de Bétique est un document analogue à l'ὄρος οἰκίας πεπραμένης ἐπὶ λύσει connu des Grecs, et destiné à constater la constitution d'une sûreté réelle sur un immeuble, et M. Gide (5) incline aussi à croire que notre inscription relate une mancipation fiduciaire déjà réellement accomplie.

En somme, ces différentes doctrines se ramènent à deux : pour les uns l'inscription Espagnole contient un modèle en vue d'une mancipation fiduciaire à accomplir ultérieurement ; pour les autres elle mentionne une opération préexistante et déjà accomplie. Quels sont les arguments invoqués de part et d'autre ? Des deux côtés l'on a mis des motifs qui sont légèrement futiles, ou qui

1. *L. c.*, n. 20.

2. *L. c.*, n. 8, pages 76 à 82.

3. *L. c.*, n. 21.

4. *L. c.*, n. 7, pages 120 et 124.

5. *L. c.*, n. 9, pages 77 et 78.

sont même de nature à compromettre l'opinion soutenue parce qu'ils peuvent être avancés dans les deux sens (1); plutôt que de reproduire toutes les raisons alléguées, nous nous en tiendrons donc seulement à celles qui nous paraissent concluantes. Dans le sens de la première opinion qui voit dans notre inscription un modèle on se prévaut par dessus tout de l'emploi de noms purement fictifs et conventionnels, tels que Dama, Seius, Titius (Dirksen, *Manuale Latinitatis*, pages 240, 873 et 958); on invoque en outre ce fait que les noms du *libripens* et de l'*antestatus* qui ont figuré à la mancipation ont été laissés en blanc; enfin on fait remarquer que les nombreuses incorrections et que le défaut de symétrie qui caractérisent notre document eussent rendu inintelligible un *instrumentum* réel; c'est ainsi que la partie de la table qui relate l'accomplissement de la mancipation ne parle que d'un esclave donné en fiducie « *hominem Midam* » tandis que la partie qui contient les clauses du *pactum fiduciæ* en suppose plusieurs « *eaque mancipia* » (lignes 3, 10 et 13); c'est de même que les lignes 10 et 11 de la table contiennent la rédaction vicieuse « *donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset* » au lieu de « *donec ea omnis pecunia persoluta fidesve L. Titi soluta liberataque esset* »; c'est encore de même que dans la ligne 7 l'omission des mots « *L. Titius* », indispensables pour le sens, est le résultat d'une inadvertance. En sens opposé dans l'opinion qui voit dans la table de Bétique la

1. Geny. *L. c.*, n. 2, page 89.

relation d'un acte effectivement accompli, le seul argument sérieux, c'est que les désignations « *ager Vereniensis, pago Olbensi* » ne ressemblent en rien à des désignations imaginaires ; mais cet argument, s'il est seul, a néanmoins une force considérable, car ce sont ces désignations qui ont permis surtout à M. Hübner de placer cet *ager Vereniensis pago Olbensi* dans le territoire d'Hasta, une colonie Romaine (aujourd'hui San Lucar de Barrameda), située non loin de Gabès (aujourd'hui Cadix), et dans les environs de laquelle la table de bronze a été trouvée (Carte géographique de la Bætica, *Corpus inscriptionum latinarum*, tome 2, *in fine*).

Nous sommes donc ici en présence de deux doctrines contraires qui l'une et l'autre s'appuient sur des arguments également solides ; pour laquelle convient-il donc d'opter ? A notre avis, c'est l'opinion de M. Mommsen qui doit l'emporter en principe, elle nous paraît incontestable dans son ensemble ; cependant l'opinion de MM. Degenkolb et Gide contient certainement une part de vérité car il est impossible de voir des noms purement fictifs dans les noms de Baianus, d'*ager Vereniensis* et de *pago Olbensis* ; à ce propos pour le dire en passant parce que cette digression est indispensable pour la suite de notre raisonnement, il est permis de croire que le scribe chargé de graver la table de bronze a commis une nouvelle incorrection lorsqu'il a désigné le débiteur par Baianus et le fonds donné en fiducie par *fundus Baianus* ; c'est le contraire qu'il aurait dû écrire, et nous sommes d'autant plus autorisés à le penser, ainsi que nous remar-

quons dans l'inscription elle-même une trace très visible de cette erreur du scribe ; en effet, dans la ligne 7 de la table le débiteur se trouve bien réellement désigné sous le nom de *Baianus* et non pas de *Baianius* ; il faut donc dans tout le cours de l'inscription, sauf dans cette ligne 7 lire *Baianus* au lieu de *Baianius* et inversement ; dès lors le *fundus Baianius* serait tout simplement le fonds de *Baianus*, ce fonds dont *Baianus* est propriétaire est l'*ager Vereniensis*, situé dans le *pagus Olbensis* ; nous le répétons, ces dénominations ne sauraient être purement fictives. Mais comment est-il possible de concilier deux opinions, absolument contraires, qui présentent pourtant l'une et l'autre un degré de vérité ?

A notre avis cette conciliation peut se trouver dans notre inscription elle-même : il est remarquable, en effet, que dans l'énumération qui est faite des diverses créances garanties, le futur soit constamment employé à côté du passé « *dedit dederit, credidit crediderit, expensum tulit tulerit, etc.* » ; les créances garanties seraient donc des créances à naître aussi bien que des créances déjà nées ; cette énumération de créances futures à côté de créances déjà existantes nous indique donc qu'il s'agissait de relations d'affaires entre le débiteur et le créancier ; c'est ce que remarquent la plupart des commentateurs de la table de Bétique, et notamment M. Gide (1) ; mais il y a plus, toutes les créances énumérées sont des créances pécuniaires et déterminées, ce sont des créances *certæ pecu-*

1. *L. c.*, n., 9, p. 85.

niæ : ce fait ne nous conduit-il pas à décider que nous nous trouvons en face des relations d'affaires entre un banquier et son client engendrées par une ouverture de crédit consentie par le premier au second, et réalisées par la tenue d'un compte courant ? Une fois admise cette donnée, il n'est pas impossible de reconstituer la série des opérations qui ont dû intervenir de la manière suivante : un banquier, Titius, est en compte-courant avec un de ses clients, Baianus, qui possède dans la colonie d'Hasta un fonds de terre, l'*ager Vereniensis pago Olbensi* ; le banquier est déjà créancier de ce Baianus et il pourra par la suite acquérir contre lui de nouvelles créances, il donne donc à l'un de ses esclaves, Dama, un modèle de *mancipatio cum fiducia* grâce auquel l'esclave pourra accepter du client la mancipation fiduciaire du fonds de terre et d'esclaves comme sûreté des créances dont son maître est déjà ou pourra par la suite être titulaire. Mais Titius, maître de l'esclave, Dama l'esclave, et Seius, voisin limitrophe du fonds de Baianus, sont des noms fictifs ; ce fait ne va-t-il pas à l'encontre de notre opinion ? En aucune façon : quant à Seius indiqué comme voisin du *fundus Baianius*, il est mis là comme serait mis un mot quelconque ; le banquier n'est pas bien au courant des voisins du fonds de Baianus, ce qui le prouve c'est qu'après avoir dit « *et populum* » ce qui marque que le fonds borde la voie publique, il ajoute « *et si quos dicere oportet* » expressions qui indiquent que dans sa pensée il faudra vérifier, au moment où la mancipation sera effectivement accomplie, quels sont les véritables voisins limi-

trophes du *fundus Baianus*. Mais Titius lui aussi est un nom fictif ; comment expliquer ce fait d'autant plus surprenant que, quelque opinion que l'on adopte, on est bien forcé de reconnaître que quelqu'un a dû remettre l'inscription à l'esclave en question ? Nous pensons qu'il s'agissait non d'un banquier, mais d'une société de banquier, qui était propriétaire en Espagne, non pas d'un esclave, mais de plusieurs esclaves ; dès lors on s'est servi de ces noms fictifs, Titius, Dama, comme de noms d'attente, sauf à les remplacer, au moment de l'accomplissement effectif de la mancipation fiduciaire, par les noms véritables de l'esclave et du banquier, membre de la société, qui lui donnera l'ordre de jouer pour son compte le rôle d'*accipiens* dans cette mancipation.

Ainsi d'après nous la table de Bétique suppose des relations d'affaires préexistantes et réelles entre une société de banquier et un de ses clients Baianus propriétaire d'un fonds situé dans l'*ager Vereniensis, pago Olbensi* ; telle est la part de vérité contenue dans l'opinion de MM. Degenkolb et Gide ; mais elle ne relate pas une mancipation fiduciaire déjà accomplie ; elle mentionne seulement un modèle de mancipation fiduciaire à l'usage d'un esclave appartenant à cette société de banquiers en vue d'une opération de cette nature à intervenir ultérieurement ; c'est la reproduction dans son principe de la doctrine de M. Mommsen.

β. *Questions relatives à la reconstitution du document.* — Il y a certaines corrections que tous les auteurs s'accordent à faire subir à l'inscription : nous en avons déjà

signalé deux dans la ligne 7, et dans les lignes 10 et 11; il s'en trouve d'autres analogues dans cette même ligne 10 et dans la ligne 4; c'est de même que nous avons proposé de convertir Baianius en Baianus, et *vice-versa*, en nous inspirant de la ligne 7, qui porte « Baiano » pour désigner le débiteur, alors qu'au contraire les auteurs sont d'accord pour corriger ce « Baiano » en « Baianio » pour le mettre en harmonie avec le Baianio et le Baianius des lignes 4 et 5; nous pensons au contraire, qu'il est plus conforme à la vraisemblance juridique et philologique d'adapter ces lignes 4 et 5 à la ligne 7, et par voie de conséquence de lire Baianius au lieu de Baianus dans la ligne 1. Les derniers mots de la table de Bétique qui nous a été conservée « *neve simplam neve duplam* » suscitent une question discutée : celle-ci, on peut le dire, repose tout entière sur une virgule.

Le document relate les diverses conditions auxquelles le *pactum de vendendo* subordonne la faculté pour le créancier non payé de vendre la *res fiduciaria* à l'échéance. « *Titius heresve ejus vellet* »; la désignation formelle de l'héritier du créancier comme profitant du *pactum de vendendo* indique qu'à l'époque à laquelle la table a été gravée, au temps d'Auguste, ce *pactum de vendendo* était attaché à la personne du créancier. « *Ubi et quo die vellet* » : voilà une clause en faveur du créancier. « *Pecunia præsenti* » : comme le remarque M. Gide (1), cette clause peut s'interpréter en faveur du créancier qui a intérêt à vendre au

1. *L. c.*, n. 9, page 87.

comptant, ou en faveur du débiteur qui a intérêt à interdire au créancier la vente à crédit comme lui étant plus onéreuse, puisqu'elle le priverait « de l'espoir de rentrer dans son bien sans le libérer de sa dette ». M. Geny(1) admet même cette dernière interprétation. Elle doit être repoussée à notre avis, non seulement parce que, comme le dit M. Gide, notre clause « *pecunia presenti* » fait partie d'un ensemble de clauses qui sont toutes en faveur du créancier, mais encore parce que cette interprétation de M. Geny, signalée déjà comme possible par M. Gide, nous semble reposer sur une erreur juridique : du moment que le créancier vend, même à crédit, la *res fiduciaria* à un prix au moins égal à sa créance, le débiteur est libéré ; c'est le créancier vendeur, en effet, qui supporte les risques de l'insolvabilité du tiers-acheteur ; c'est ce que nous a appris la loi 26, dig., 46, 3. *De solution. et liberation.* qui émane de Pomponius 35 *ad Sabinum*. A la suite de ces clauses notre inscription en relate une autre qui est encore en faveur du créancier : elle l'autorise à vendre la *res fiduciaria* en cas de non-paiement à l'échéance en insérant dans la vente une clause de non-garantie ; nous sommes toujours ici sous l'empire de la législation applicable au premier siècle ap. J.-C. Sans cette clause de non-garantie insérée dans la vente, le créancier eut été garant envers le tiers acheteur non seulement de son titre de créancier, mais même de son titre de propriétaire ; mais cette question de garantie ou de non-garantie ne se pose que dans les rapports du créancier avec le tiers acheteur, elle

1. L. c., n. 2, page 94.

est étrangère à ses rapports avec le débiteur, comment donc se fait-il qu'elle trouve sa place dans le *pactum fiduciæ*? C'est que de même qu'à l'époque où la non garantie devint de droit pour le créancier vendeur, une clause spéciale de garantie devait être convenue dans le *pactum fiduciæ* lui-même pour écarter la responsabilité du créancier envers son débiteur, ainsi que nous l'a fait voir notamment la loi 22, § 4, Dig., 13, 7. *De pign. act.*; de même et en sens inverse à l'époque où la garantie du créancier vendeur était de droit, le *pactum de vendendo* devait nécessairement contenir une clause spéciale de non garantie pour mettre d'une façon certaine le créancier hors d'atteinte de l'*actio fiduciæ directa*; à l'époque d'Auguste, le créancier vendant sans garantie pouvait nuire aux intérêts du débiteur et manquer à la bonne foi, parce qu'alors il vendait moins cher; dès le II^e siècle au contraire, le créancier vendant avec garantie se soumettait par là de lui-même aux conséquences de l'*actio fiduciæ directa* si cette clause formelle de garantie était inopportune et si sans elle il eût vendu la *res fiduciaria* à un prix aussi avantageux.

Quelles sont les clauses de non garantie prévues par l'inscription? « *Mancipio pluris sestercio nummo uno invitus ne daret* » : le créancier ne sera pas tenu à manciper à plus d'un sesterce; dès lors il se placera hors d'atteinte de l'*actio auctoritatis* qui tend au double du prix (Paul, II, 17, § 3). Telle est l'interprétation donnée par M. Gide (1) et par M. Rudorff (2). M. Degen-

1. *L. c.*, n., 9 p. 88.

2. *L. c.*, n. 8, pages 87 à 94.

kolb (1) donne, non cependant sans quelque hésitation, une explication différente : d'après lui la faculté pour le créancier de manciper à un seul sesterce se rapporterait uniquement aux rapports de ce créancier avec son débiteur ; elle aurait en vue de mettre obstacle aux réclamations que pourrait faire valoir le débiteur en reprochant au créancier la disproportion considérable entre la valeur réelle de la *res fiduciaria* et le montant de la vente opérée par le créancier, à moins toutefois que cette disproportion ne provienne du dol et du mauvais vouloir du créancier ; ainsi cette clause « *mancipio pluris sestercio nummo uno invitatus ne daret* » serait complètement étrangère aux rapports du créancier vendeur avec le tiers acheteur. Mais cette opinion est restée isolée, et il devait en être ainsi ; car les clauses suivantes qui, elles, ont certainement en vue la non garantie du créancier, montrent qu'il doit en être de même de notre clause : aussi M. Girard (2) a admis sans aucune hésitation la doctrine de M. Gide. — « *Neve satis secundum mancipium daret* » : c'est la seconde clause de non garantie mentionnée par notre inscription ; le créancier en opérant la mancipation qui est la conséquence de la vente ne sera pas tenu à *satisdare secundum mancipium*. — « *Neve ut ni ea verba quæ in verba satis secundum mancipium dare solet repromitteret* » : il ne sera pas obligé non plus à *repromittere* dans la formule dans laquelle a coutume de s'opérer la *satisfactio*

1. L. c., n. 7, pages 149 à 152.

2. L. c., n. 21.

secundum Mancipium. — « Neve simplam, neve duplam (*promitteret*) » : enfin le créancier ne sera pas tenu de s'engager par la *stipulatio duplæ vel simplæ*. C'est ainsi que nous semblent devoir être complétées ces derniers mots de la table « *neve simplam neve duplam...* » ; ils sont le commencement d'une autre phrase, et le mot « *promitteret* » devait sans doute se trouver le premier inscrit sur la seconde table qui a été perdue. Telle est la doctrine admise et défendue par MM. Girard (1), Bechmann (2), et Bruns (*Fontes juris Romani antiqui*, 5^e édit., 1887, page 251) : car ce dernier auteur qui ne fait que reproduire le texte de notre inscription en le reconstituant, place une virgule après le mot « *repromitteret* », et avant les mots « *neve simplam...* », ce qui dans sa pensée indique que ces derniers commencent une autre phrase (3). Mais une opinion contraire est soutenue par M. Degenkolb (4), qui dans sa reconstitution de l'inscription place la virgule après « *solet* » et avant « *repromitteret* », et fait ainsi des mots « *neve simplam neve duplam* » le complément direct de « *repromitteret* » ; par M. Rudorff (5), et par M. Gide (6) : à la vérité, cet auteur dans la reconstitution du document (p. 76) place, comme M. Bruns, la virgule à la suite de « *repromitteret* »

1. *L. c.*, n. 21.

2. *L. c.*, n. 23.

3. M. Girard, *Textes de droit romain*, p. 707.

4. *L. c.*, n. 7, p. 119, 156 à 163.

5. *L. c.*, n. 8, p. 36, 97 à 104.

6. *L. c.*, n. 9, p. 76, et 90, 91.

et avant « *neve simplam neve duplam* », ce qui semblerait repousser la doctrine de M. Degenkolb ; mais l'auteur met un point après « *neve duplam* », ce qui rend absolument incompréhensibles les quatre derniers mots de notre table ; du reste dans ses développements (1) M. Gide adopte nettement la théorie de M. Degenkolb, d'après laquelle les mots « *neve duplam, neve simplam* » seraient le complément direct de « *repromitteret* ». Cette opinion doit être repoussée : s'il fallait l'admettre, on serait en présence d'une grossière incorrection de langage, puisqu'on aurait deux négations dans le même membre de phrase : « *neve... repromitteret neve simplam neve duplam* » ; cette observation, qui émane de M. Girard, semblera peut-être peu concluante au premier abord si l'on se rappelle les nombreuses incorrections de l'inscription déjà signalées ; il n'y en aurait qu'une de plus ici ; mais ces incorrections diffèrent profondément de celle que M. Girard signale ici, elles consistent presque toutes dans un mot mal écrit ou omis, « *fiducia* » au lieu de « *fiducia* » (ligne 10), « *eundo* » au lieu de « *fundo* » (ligne 4), « *Baianus* » au lieu de « *Baianius* » et *vice-versa* (lignes 1, 4, 5 et 7), « *Titius* » omis dans la ligne 7 ; mais jamais elles ne constituent un solécisme ; l'observation de M. Girard conserve donc toute sa force. Le même auteur remarque que la leçon que nous combattons va contre l'harmonie naturelle de l'inscription elle-même :

1. *L. c.*, n. 9, p. 90 et 91.

1. « *Mancipio pluris sestercio nummo uno invitus ne daret,*
2. *Neve satis secundum mancipium daret,*
3. *Neve ut in ea verba, quæ in verba s.s. m. dari solet,*
repromitteret,
4. *Neve simplam neve duplam (promitteret) ».*

A ces arguments philologiques et paléographiques, il faut ajouter un motif juridique indiqué par M. Bechmann (1), et qui nous paraît décisif : la *repromissio secundum mancipium* a toujours pour objet le double; dès lors les mots « *neve simplam neve duplam* » ne sauraient être applicables. Ainsi la virgule doit être placée après « *repromitteret* » et avant « *neve simplam neve duplam* » ; ces derniers mots étaient gouvernés par « *promitteret* », un autre mot qui devait être le premier inscrit sur la seconde table.

On peut encore se demander ce que devait contenir cette dernière. Comme le remarque M. Gide (2) nous ne trouvons relaté complètement dans l'inscription espagnole que l'accomplissement de la mancipation ; au contraire, le *pactum fiducie* devait comprendre trois chefs distincts, d'abord l'objet de la convention est l'énumération, des créances garanties, ensuite l'indication des droits conférés au créancier, tels que le droit de vendre en cas de non paiement à l'échéance, enfin l'indication des droits du débiteur soit pendant la période intérimaire, soit après le paiement de la dette. Les deux premières parties du *pactum fiducie* sont mentionnées dans la table de Bétique, qui nous

1. *L. c.*, n. 23.

2. *L. c.*, n. 9, p. 82 et 83.

reste, sauf peut-être, selon l'opinion de M. Degenkolb (1) dans la seconde partie l'exemption du créancier vendeur de la garantie pour vices cachés; au contraire, la troisième partie du *pactum fiduciæ* nous fait entièrement défaut; c'est elle que devait mentionner la seconde table qui a été perdue: comme le pense M. Degenkolb (2), celle-ci devait constater la concession d'un *precarium* ou d'une *locatio* au profit du débiteur pendant la période intérimaire; car la partie de la table de Bétique qui relate l'accomplissement de la *mancipatio* ne fait pas mention d'une *vacuæ possessionis traditio*; la seconde table devait en outre imposer formellement au créancier l'obligation de *remancipare* en cas de paiement à l'échéance.

3. *Les tablettes de Pompéï.* — Comme pour la table de Bétique, il importe avant tout de donner une reproduction des inscriptions relatées sur ces tablettes en mettant en regard leur reconstitution. Celle-ci a été l'objet de deux essais principaux: l'un est un essai Italien, l'autre est un essai Allemand; le premier qui émane de M. de Petra (3) a été adopté, à quelques modifications près qui sont sans grande importance, par MM. Scialoja et Alibrandi (4) et par M. Tardif (5); le second est dû à M. Eck (6) et a été adopté, en principe tout au moins, par M. Girard (Textes de droit Romain, pages 705 et 706).

1. *L. c.*, n. 7, p. 170.

2. *L. c.*, n. 7, p. 133 et 169 à 171.

3. *L. c.*, n. 17.

4. *L. c.*, n. 18 et 19.

5. *L. c.*, n. 10.

6. *L. c.* n. 11.

Le triptyque de Pompéi.
d'après la lecture de M. de Petra (l. c., n° 17), adoptée par tous
les interprètes.

TAB. I.

HS. n. ∞ LD argentum
 probum recte dari
 stipulata est Dicidadia
 Margaris sponndit Poppæa
 Prisci liberta Note.

TAB. II.

Actum Pompeis VIII..
 L. Junio Cæsennio Pœto
 P. Calvisio Rusone Cos.

TAB. III.

. m
 r
 Actum Pompeis

Le diptyque de Pompéi. — L'inscription transmise.

TAB. I.

Poppæa Prisci liberta Note juravit pueros Simplicem
 et Petrinum sive ea mancipia alis nominib
 sunt sua esse seque possidere neque ea mancipia
 ali ulli obligata esse neque sibi cum ullo com
 5. esse eaque mancipia singula sestertis nu.
 gulis Dicidadia Margaris emit ob sester
 mancipio accepit de Poppæa Prisc
 tutore auctore D. Caprasio A
 libripende in singula P. C
 10. testata est in sin
 Poppæa Prisci li
 uti ea mancipia.

TAB. II.

did
 mi ea pro duobus

- mnis mihi eredi
 atisve p. at si ea pecunia
 5. K. novem. primis soluta
 ea mancip. d. bus D.
 Pompeis i. foro luce pala
 tibi eg. neve heres me
 a si m. de dolo malo ea ve
 10. tatur.
 Si quo minoris ea mancipia d d venier
 cem d. bebun . ur mihi eredi.
 ea mancipia ad a venier
 ered.

 15. ea pecunia.
 utique ea mancipia sumtu imp.
 id mihi tecum convenit
 a Margaris Poppæa risci lib. Note tuto.
 Supra hæc inter eas convenerunt
 20. inter se sunt. Ac. Pompeis . X. K
 L. Junio Cæsennio P. Calvisio Rusone Cos.

**Le diptyque de Pompéi.
 Sa reconstitution : l'essai italien.**

TAB. I

- Poppæa Prisci liberta Note juravit pueros Simplicem
 et Petrinum, sive ea mancipia alis nominibus
 sunt, sua esse seque possidere, neque ea mancipia
 ali ulli obligata esse, neque sibi cum ullo com(munia
 5. esse; eaque mancipia singula sestertis nu(mmis sin-)
 gulis Dicitia Margaris emit, ob sester(tios DL)
 mancipio accepit de Poppæa Prisc(i liberta Note,)
 tutore auctore D. Caprasio A.
 libripende in singula P. G. (an-)
 10. testata est in sin(gula).
 Poppæa Prisci lib. (Note dixit eos pueros ita se mancipio dare)
 uti ea mancipia (tradidit venditione quæ infra scripta est.

L. Junio Cæsemnio Pæto, P. Calvisio Rusone Cos.

Pueros Simplicem et Petrinum, sive ea mancipia alis

TAB. II.

nominibus sunt, Poppæa Prisci liberta Note ven-) didi (et tradidi Dicidadæ Margaridi, et Dicidadia Margaris e-) mi)t ea pro duobus (millibus sestertiis, cujus pecuniæ o-) mnis mihi heredi(ve meo fenora debentur, donec solvatur s-) atisve (fi)at. Si ea pecunia (omnis mihi heredive meo)

5. K. novem(b) primis soluta (non erit, mihi heredive meo liceat) ea mancipia (id)ibus D(ecem. primis sub præcone vendere) Pompeis i(n) foro, luce, pala(m, neve quid ob eam rem præstare) tibi eg(o) neve heres me(us teneamur, nec ulla sit controversi-) a si m(ihi) de dolo malo eave (de re invicem tibi non repromit-) 10. tatur.

Si quo minoris ea mancipia d. d. venier(int, sestertii de-) cem d(e)bebun(t)ur mihi herediv(e meo, præter id quo minoris ea) mancipia ad a. venier(int.

Si vero ante K. Novem. primas mihi h)ered(ive meo omnis)

15. ea pecunia (solvetur, ea mancipia tibi mancipio dabuntur.) Utique ea mancipia sumtu, imp(ensa, periculo tuo exhinc sint,) id mihi tecum convenit. (Act. Pompeis. Dicidi-) a Margaris Poppæa (P)risci lib. Note, tutor(e auctore. . . .) Supra hæc inter eas convenerunt, (et stipulatæ) 20. inter se sunt. Act. Pompeis IX. K(al. Novembr.) L. Junio Cæsennio (Pæto), P. Calvisio Rusone Cos.

**Le diptyque de Pompéi.
Sa reconstitution : l'essai allemand.**

TAB. I.

Poppæa Prisci liberta Note juravit pueros Simplicem et Petrinum, sive ea mancipia alis nominibus sunt, sua esse seque possidere, neque ea mancipia ali ulli obligata esse, neque sibi cum ullo com(munia)

5. esse; eaque mancipia singulis sestertis nu(mmis sin-)

- gulis Dicidadia Margaris emit ob sester(tios n. ∞ LD et)
 mancipio accepit de Poppæa Prisc(i liberta Note,)
 tutore auctore, A. Caprasio A.
 libripende in singula P. C..(an-)
 10. testata est in sin(gula et Dicidadia Margaris cum)
 Poppæa Prisci li(berta Note pactum fecit in hunc modum :)
 uti ea mancipia (apud me heredemve meum, usque eo)

TAB. II.

- (f)id(uciæ sint, pecunia suprascripta ob quam e-)
 mi, ea(dem) pro duobus (mancipiis probis nummis o-)
 mnis mihi heredi(ve meo soluta et puer uterque redemptus liber-)
 atus (erit.) Si ea pecunia (omnis mihi heredive meo)
 5. K Novem(br. primis soluta (non erit, ut mihi heredive meo liceat)
 ea mancipia (i)d(ibus) D(ecembr. primis pecunia præsentij
 Pompeis, i(n) foro, luce, pa(ganis præsentibus vendere, neve)
 tibi eg(o), neve heres me(us teneamur proptere-)
 a si m(ecum) de dolo malo ea ve(nditione commissio lis contes-)
 10. tatur.
 Si quo minoris ea mancipia d(i)d. venier(int id deducetur de sorte,
[invi-]
 cem d(e)bebun(t)ur mihi (h)erediv(e meo quæ reliqua erunt.
 Quod si pluris) ea mancipiada venier(int, id quod super-
 fluum erit reddetur tibi h)ered(ive tuo)
 15. ea pecunia
 Utique ea mancipia sumtu imp(utato in debitum luantur
 id mihi tecum convenit (u. . . . Præsentes fuerunt Dicidi-)
 a Margaris, Poppæa (Prisci lib. Note, tuto(r A. Caprasius Aper.)
 Supra hæc inter eas convenerunt, (quæ separatim pactæ)
 20. inter se sunt. Act. Pompeis IX K. (Cos.).
 L. Junio Cæsennio (Poeto) P. Calvisio Rusone.

a. Questions générales. — Comme la table de Bétique, les tablettes de Pompéi relatent des inscriptions qui datent du premier siècle de l'ère chrétienne, la date est

même connue d'une façon précise : elle est du consulat de L. Junius Cœsennius Poetus et de P. Calvisius Ruso, c'est-à-dire de l'an 61 après J.-C.

A la différence de la table de Bétique, ces tablettes relatent des actes juridiques qui se sont réellement accomplis ; aucun des arguments que l'on fait valoir pour montrer que l'inscription de la table Espagnole n'est qu'un modèle ne peut être avancé ici : les noms des parties en cause, et ceux des esclaves, Dicidadia Margaris, Poppœa Note affranchie de Priscus, Simplex et Petrinus, ne sont nullement des noms fictifs ; le nom du *libripens* n'est pas non plus laissé en blanc, il est désigné par les lettres P. C., enfin la désignation exacte des noms des consuls, et de Pompéi lieu de la rédaction des inscriptions, tout indique que nous sommes ici en présence d'un acte effectivement accompli.

Mais quelle est l'opération juridique qui se trouve mentionnée dans nos documents ? L'interprétation du triptyque ne présente aucune difficulté : Dicidadia Margaris a stipulé une somme de 1450 *sesterces* de Poppœa Note affranchie de Priscus. Mais il en est tout autrement de l'explication du dyptyque ; elle a divisé les interprètes : tous étaient d'accord pour admettre qu'il mentionnait l'accomplissement d'une vente consentie à Dicidadia Margaris par Poppœa Note affranchie de Priscus, avec l'assistance de son tuteur ; mais ils se séparaient sur le point de savoir comment cette vente s'était réalisée ; pour les uns la vente aurait été immédiatement convertie en un prêt par suite de la stipulation in-

tégrale du prix, pour d'autres c'est au contraire le prêt qui aurait précédé la vente ; et chacune de ces deux opinions principales se subdivisait en plusieurs branches. Il nous semble inutile d'examiner ces différentes doctrines parce que toutes prennent pour point de départ un faux point de vue : aucun auteur n'avait encore songé à rapporter les tablettes de Pompéi à une mancipation fiduciaire ; cette manière de voir a été aperçue par M. Tardif (1) en France, en même temps que par M. Eck (2) en Allemagne ; mais c'est ce dernier auteur qui l'a développée en apportant une démonstration complète. Tout d'abord le diptyque de Pompéi présente dans la suite des idées une grande analogie avec la table de Bétique ; dans les deux cas il s'agit d'une *mancipatio nummo uno* (table I, lignes 5 à 7) signe caractéristique d'une mancipation fiduciaire ; l'emploi de la locution « *ob sestercios* » paraît en outre être une expression technique surtout usitée en matière de sûreté réelle ; la loi 8, § 5, Dig., 13, 7, extraite du livre 35 de *Pomponius ad Sabinum*, nous a montré cette expression employée à propos de la *fiducia cum creditore* ; au contraire, s'il s'était agi d'une vente comme l'avaient cru jusque-là les différents commentateurs du diptyque de Pompéi, l'inscription aurait dû contenir la simple énonciation du prix à l'ablatif ; enfin l'expression « *si qua pecunia sua die soluta non erit* » était fréquemment insérée dans le *pactum de vendendo ex fiducia*, c'est ce que nous a appris

1. L. c., n. 10, page 477.

2. L. c., n. 11.

Pomponius 35 *ad Sabinum* dans la loi 8, § 3, Dig., 13, 7. *De pign. actione* ; c'est cette même expression que nous avons rencontrée dans la table de Bétique (lignes 11 et 12), « *si pecunia sua quaque die L. Titio heredive ejus data soluta non esset* », et c'est encore elle que nous trouvons dans la table II (lignes 4 et 5), du diptyque de Pompéi ; car les auteurs tant Italiens qu'Allemands sont ici d'accord pour restituer le texte de cette façon : « *Si ea pecunia omnis mihi heredive meo K. Novembr. primis soluta non erit* ». Une seule objection milite contre ce système, et plaide en faveur de la thèse d'après laquelle l'opération juridique relatée par notre inscription serait en réalité une vente et non une mancipation fiduciaire : c'est l'emploi du verbe « *emere* » dans deux passages du diptyque (table I, ligne 6 ; et table II, lignes 1 et 2) ; mais, comme le remarque encore M. Eck, s'il s'agissait d'une vente, il serait difficile de comprendre le rôle effacé que joue dans l'acte Poppœa Note, la prétendue venderesse, tandis que Dicipia Margaris parle à la première personne, « *ego* » (table II, ligne 8) ; en outre, le terme « *emere* » était pris non seulement dans le sens étroit d'acheter, mais encore dans le sens large d'acquérir ; « *nam antiquitus emere pro accipere* », nous dit Festus (v. *Redemptores* ; Bruns, *Fontes juris Romani antiqui*, 5^e édit. 1887, page 360) ; « *quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur* », nous dit Pomponius dans la loi 29, § 1, Dig., 40, 7. *De statuliberis* ; enfin la preuve qu'il n'est pas question d'une vente, c'est que les tablettes de Pompéi ne mentionnent même au-

cune des clauses usuelles en matière de vente et relatives à la garantie, telles par exemple que la *stipulatio duplæ*; à la place de ces clauses ils renferment un serment promissoire par lequel Poppœa Note, affranchie de Priscus, qui engage ses esclaves à Dicidadia Margaris, jure à celle-ci que ces esclaves ne sont ni déjà engagés à aucune autre personne ni possédés par indivis (table I, lignes 1 à 5). La démonstration de M. Eck est donc complète : l'opération juridique relatée par les tablettes de Pompéi est bien une mancipation fiduciaire.

β. *Questions relatives à la reconstitution du document.* — Comme c'est à M. Eck que revient le mérite d'avoir démontré d'une façon certaine la référence de notre inscription à la *fiducia cum creditore*, c'est son essai de reconstitution qui doit sans hésitation être préféré en principe à l'essai Italien. C'est ainsi que nous admettons sans difficulté la restitution des mots suivants dans la table II : du groupe de lettres : « did » (ligne 1) M. Eck a fait « *fiduciæ* » ; déjà avant lui M. Mommsen (1) avait lu « *didu* » et non pas « *didi* » ou « *did* », selon la leçon des auteurs italiens ; d'ailleurs M. Girard (*Textes de droit Romain*, page 705) émet une conjecture très vraisemblable qui serait de nature à tout concilier, c'est que le scribe qui a gravé les tablettes a pu écrire « *fidi fiduciæ* », c'est le premier de ces deux mots dont la trace nous aurait été conservée ; en tous cas la restitution du mot « *fiduciæ* » proposée par M. Eck doit être admise sans aucune dif-

1. *L. c.*, n. 24.

ficulté, si l'on adopte la lecture que M. Gradenwitz (1) a donnée de la rubrique qui se trouve en tête de notre inscription ; en effet cet auteur la restitue de cette façon « *Fiducia et fœnorum cautio* » ; à la vérité cette restitution est repoussée par les auteurs italiens qui lisent au contraire « *firmata fœnorum cautio* », et c'est cette dernière leçon qui a été admise par M. Girard (2). Comme nous nous trouvons en présence de deux affirmations en sens opposé émanées de savants qui prétendent avoir lu un mot différent, nous devons, croyons-nous, nous décider uniquement d'après la vraisemblance juridique ; or, la leçon de M. Gradenwitz à ce point de vue est certainement préférable, étant donné que l'on ne fait aucune difficulté, comme M. Girard, à voir dans notre diptyque un exemple de mancipation fiduciaire, non plus qu'à restituer le mot « *fiduciæ* », dans la ligne 1 de la table II ; la restitution « *Fiducia et fœnorum cautio* » nous paraît donc pouvoir être adoptée. Ainsi voilà un premier point sur lequel l'essai de M. Eck doit être préféré à l'essai Italien.

De même dans la ligne 2 de la table II la restitution des mots « *pro duobus mancipiis probis nummis* » nous paraît, parce qu'elle est en harmonie avec les principes déjà connus de nous (Loi 24, § 1, Dig., 13, 7, *De pign. act* ; Ulpien, 30, *ad Edictum*), de beaucoup préférable à la restitution Italienne « *pro duobus millibus sestertiis* »

1. *L. c.*, n. 25.

2. *L. c. Supra.*

qui suppose sans aucune utilité dans cette ligne 2 de la table II une somme de 2000 *sesterces* alors que la ligne 1 de la table I du triptyque ne parle que d'une somme de 1450 *sesterces*; la même erreur nous semble avoir été commise dans cet essai Italien à propos de la ligne 6 de la table I du diptyque.

C'est de la même façon et toujours en nous plaçant au point de vue des principes juridiques que nous devons adopter les propositions suivantes de M. Eck : l'expression « *pecunia præsentī* » clause du *pactum de vendendo ex fiducia* doit figurer dans la ligne 6 de la table II du diptyque ; nous avons dès lors ici une nouvelle analogie avec la table de Bétique (ligne 14). La mention de l'obligation pour *Dicidia Margarī*, la créancière qui a vendu les esclaves donnés en fiducie parce qu'elle n'est pas payée à l'échéance, de restituer le *superfluum* à la débitrice *Poppæa Note* (table II, lignes, 13 et 14) est encore d'accord avec les règles générales de la *fiducia cum creditore* (Paul, II, 13, § 1). Enfin le mot « *stipulatæ* » (table II, ligne 19) proposé par M. de Petra doit être absolument repoussé, seul le mot « *pactæ* » proposé par M. Eck peut convenir en vue de constater la conclusion d'un *pactum fiduciæ*.

Cependant sur quelques points de détail, c'est la reconstitution Italienne qui nous semble devoir être admise : tout d'abord dans la ligne 5 de la table I, M. Eck restitue « *eaque mancipia singulis sestertiis nummis singulis* », le même adjectif « *singulis* » serait donc répété deux fois comme qualificatif de « *sestertiis nummis* » ; n'est-il pas mieux de lire comme M. de Petra « *eaque*

mancipia singula sestertiis nummis singulis » ? nous avons ainsi une application de la règle de la spécialité, applicable à la *mancipatio*, qui se retrouve encore dans les lignes 9 et 10 de la même table (Ulpien, 19, § 6).

De même à notre avis la restitution des mots « *paganis praesentibus* » proposée par M. Eck dans la ligne 7 de la table II doit être rejetée ; comme le dit en effet M. Tardif (1) « quelle qu'ait pu être l'importance des *pagani* à Pompéi, leur intervention n'était vraisemblablement pas nécessaire dans une question de droit privé, où certaines conditions de publicité seulement étaient exigées » ; en outre la leçon de M. de Petra est très probable, car les mots « *foro, luce, palam* » semblent dépendre d'une formule consacrée, ainsi que nous l'atteste la *Lex latina tabulae Bantinae* (lignes 17 et 24 ; Bruns. *Fontes juris Romani antiqui*, pages 52 et 53).

De même encore c'est la leçon Italienne qui doit être préférée dans les lignes 14, *in fine*, et 15 de la table II ; car elle nous semble conforme aux principes, et M. Eck au contraire a laissé ce passage en blanc, semblant ainsi reconnaître son impuissance à le reconstituer.

C'est encore ainsi qu'il faut, avec M. Girard (2), à la restitution de M. Eck dans la ligne 16 de cette même table « *Utique ea Mancipia sumptu imputato in debitum luan-tur* » préférer la restitution Italienne « *Utique ea Mancipia sumptu impensa periculo...* » par ce motif que ces mots ont été lus d'une façon certaine.

1. *L. c.*, n. 10, p. 833.

2. *L. c.*, *Supra*.

Enfin dans la ligne 40 de la table II M. Eck propose le groupe de lettres « *did.* » tandis que M. de Petra écrit « *d. d.* » ; mais il n'y a ici aucun intérêt à choisir entre les deux leçons, car dans les deux cas le sens reste le même, ces lettres sont l'abrégé des mots « *dicta die* ». C'est aussi parce que l'intérêt juridique fait complètement défaut que nous laisserons de côté la question fort discutée de savoir s'il est possible de retrouver le nom d'Aper comme désignant le tuteur de *Poppæa Note* ainsi que le veulent MM. Mommsen et Eck (1).

Nous sommes ainsi amenés à corriger l'essai de restitution de M. Eck par celui de M. de Petra, et en combinant l'un et l'autre à en proposer nous-mêmes un nouveau : de cette façon nous ne craignons pas d'encourir le reproche de témérité au point de vue paléographique, puisque nous ne faisons rien autre chose qu'emprunter à des savants, qui, comme le dit M. Tardif (2), sont tous deux de grand mérite, ce qui nous paraît le plus conforme à la vraisemblance juridique.

Le diptyque de Pompéi.

Essai de restitution, basé sur une combinaison de l'essai italien et de l'essai allemand.

TAB. I

Fiducia et fœnorum cautio.

Poppæa Prisci liberta Note juravit pueros Simplicem
et Petrinum, sive ea mancipia aliis nomini(bus)
sunt, sua esse seque possidere, neque ea mancipia

1. *L. c.*, n. 24 et 41.

2. *L. c.*, n. 10, page 835.

- ali ulli obligata esse, neque sibi cum ullo com(munia)
 + de P. 5. esse, eaque mancipia singula sesteritiis nu(mmis sin-)
 gulis. Dicia Margaris emit ob seste(rtiis nummos ∞ LD, et)
 mancipio accepit de Poppæa Prisc(i liberta Note,)
 tutore auctore A. Caprasio A.
 libripende in singula P. C(an-)
 10. testa est in sin(gula. et Dicia Margaris cum)
 Poppæa Prisci li(berta Note pactum fecit in hunc modum :)
 uti ea mancipia (apud me heredemve meum usque eo)

TAB. II.

- (f)id(uciæ sint pecunia suprascripta ob quam e-)
 mi, ea(dem) pro duobus (mancipiis probis nummis o-)
 mnis mihi (h)eredive (meo soluta, et puer uterque redemptus
 [liber-)
 atusve (erit.) Si ea pecunia (omnis mihi heredive meo)
 5. K. Novembr. primis soluta(non erit, ut mihi heredive meo
 [liceat)
 ea mancipia(i)d(ibus) D(ecembr. primis, pecunia præsentī,)
 + de P. Pompeis in foro, luce, pa(lam vendere, neve quid ob eam rem
 [præstare)
 tibi eg(o) neve heres me(us teneamur, proptere-)
 a si m(ecum) de dolo malo ea ve(nditione commissolis contes-)
 10. tatur.
 Si quo minoris ea mancipia d. d. venier(int, id deducetur de
 [sorte; invi-)
 cem d(e)bebun(t)ur mihi (h)erediv(e meo quæ reliqua erunt.
 Quod si pluris) ea mancipia ad a venier(int, id quo super-
 + de P. fluum erit reddetur tibi heredive tuo. Si vero ante K. N.)
 + de P. 15. ea pecunia(solvetur, eamancipia tibi mancipio debuntur.)
 + de P. Utique ea mancipia sumptu imp(ensa periculo.)
 id mihi tecum convenit. (Præsentes fuerunt Dicipi-)
 a Margaris, Poppæa(P)risci lib. Note, tut(or A. Caprasius A
 [per.)
 Supra hæc inter eas convenerunt, (quæ separatim pactæ)
 20. inter se sunt. Act. Pompeis IX K.
 L. Junio Cæsennio Pœto, P. Calvisio Rusone Cos.

CHAPITRE III

FIDUCIA CUM AMICO

I. Notions préliminaires. — II. Applications normales de la *fiducia cum amico*. — III. Applications anormales de la *fiducia cum amico*. — IV. La doctrine de M. Heck.

BIBLIOGRAPHIE

1. Lenel. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 3, Quellenforschungen in den Edictcommentaren ; Zur actio fiducia, pag. 177 et 178.
2. Lenel. Zeitschr. der Sav. Stift., tome 8, Kritisches und Exegetisches ; Zu Fr. Vatic. § 334, p. 205 et 206.
3. Keller. Zeitsch. für geschichtliche Rechtswissenschaft, tome 12, p. 400 et suiv.
4. Pellat. Textes choisis des Pandectes, pag. 141 à 160.
5. Gradenwitz. Interpolationen in den Pandekten ; das Reurecht, § 18, pag. 146 à 169.
6. Dernburg. Das Pfandrecht, tome 1, p. 10, note 10.
7. Geny. Etude sur la fiducie, thèse de Nancy, 1885 ; p. 49.
8. Ihering. L'esprit du droit romain, trad. de Meulenaere ; t. 4, § 67, p. 265 et note 414.
9. Voigt. Die XII Tafeln, tome 2, § 86, die lex fiducia, p. 178 à 180.
10. De Savigny. Droit des obligations. Trad. Gérardin et Jozon, tome 2, § 52, pag. 145 et 146.
11. Heck. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 10 ; die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann, pag. 82 à 138.

12. Gradenwitz. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 9 ; das neue aufgefundene Fragment ueber die Formula Fabiana, p. 402.
13. Oertmann. Die Fiducia im römischen Privatrecht, pag, 146 à 152.

I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

1. *Définition de la fiducia cum amico.* — A la différence de la *fiducia cum creditore*, qui n'a qu'une fonction économique, celle de procurer une sûreté réelle au créancier fiduciaire, la *fiducia cum amico* a des rôles multiples ; car la découverte de certains textes interpolés due à plusieurs savants modernes démontre que le rôle assigné par Gaius (II, § 60) à la *fiducia cum amico*, à savoir le rôle de dépôt, n'est pas le seul qu'aient connu les Romains. Il convient donc de définir la *fiducia cum amico* : c'est l'opération fiduciaire qui, supposant entre les parties des relations d'affection, a pour objet de procurer un service d'ami, soit au *fiduciæ dans*, soit au fiduciaire, que cette opération fiduciaire intervienne elle-même à titre principal dans une intention libérale, ou qu'elle intervienne seulement à titre accessoire dans l'exécution d'une libéralité.

2. *Division des applications de la fiducia cum amico.* — Tous les cas de *fiducia cum amico* ne présentent pas le même caractère, tant au point de vue juridique qu'au point de vue économique. Il y a ce qu'il est permis d'appeler le droit commun de la *fiducia cum amico*, à côté duquel

se rencontrent des applications qui s'en écartent. Les applications normales de la *fiducia cum amico* se subdivisent elles-mêmes, par ce fait qu'elles n'interviennent pas toujours dans le même but; les unes ont en effet pour but de suppléer à l'insuffisance de la loi, tandis que les autres tendent à éluder ses prohibitions. Quant aux applications anormales, elles se séparent des premières en ce qu'elles ne sont pas soumises aux mêmes principes juridiques, ce phénomène tient à ce qu'elles sont plus ou moins voisines par leur nature du domaine de la *fiducia cum creditore*, bien que par leur essence elles rentrent dans le domaine de la *fiducia cum amico*; d'ailleurs, tandis que l'une de ces applications anormales forme à elle seule une classe à part, parce que, comme les applications normales, elle intervient encore à titre principal, les autres doivent être rangées dans une autre catégorie parce qu'elles n'interviennent qu'à titre d'opérations fiduciaires accessoires dans l'exécution de libéralités préexistantes; du reste, nous aurons à nous demander si ces dernières doivent être admises, car leur authenticité ne nous paraît pas incontestable. Enfin nous aurons à apprécier une doctrine récente qui nie l'existence même de la *fiducia cum amico*, en entendant en faire une variété de la *fiducia cum creditore*.

II

APPLICATIONS NORMALES DE LA FIDUCIA CUM AMICO.

α. Applications ayant pour but de suppléer à l'insuffisance

de la loi. — 1. Les deux premières fonctions de la *fiducia cum amico* qui se présentent à nous avec ce caractère nous sont déjà en partie connues : ce sont le dépôt et le commodat. Le droit ancien, qui se maintint sur ce point pendant de longs siècles, n'admettait pas que la propriété pût être transférée *ad tempus* (*Frag. Vat.*, § 283 ; loi 2, Code, 8, 55. *De donat quæ sub modo*) : c'est cette insuffisance de la législation en vue de satisfaire les besoins pratiques qui avait engendré l'idée de la *fiducia cum creditore* ; c'est elle encore qui suscita l'idée de la *fiducia cum amico* dans son rôle de commodat ; avant que ce contrat réel de bonne foi fût connu comme tel, celui qui voulait prêter à usage l'un de ses biens à son ami n'avait qu'une ressource, c'était de recourir à la *fiducia cum amico*. Ce fait, nous l'avons déjà vu, n'est pas admis par tous les auteurs, pour ce motif que les textes ne font pas mention de la *fiducia cum amico* dans ce rôle : toutefois les auteurs principaux qui ont recherché les textes du Digeste interpolés et relatifs à la fiducie, M. Voigt (1), et M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* (2), sont d'accord pour reconnaître l'interpolation de la loi 6, Dig., 45, 3. *De stipul. servor.* ; dès lors la substitution par les commissaires de Justinien des mots « *deponendo commodandoque* » aux mots « *fiduciæ causa mancipio dando* » ou autres analogues, qu'avait dû écrire Pomponius de qui émane ce fragment, prouverait clairement que la *fiducia*

1. *L. c.*, n. 9.

2. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; table A ; n. 4 et 35. Cf. Table de concordance Lenel-Voigt ; Table B. α. n. 1.

cum amico en même temps qu'elle pouvait réaliser un dépôt pouvait aussi remplir le rôle de prêt à usage.

La *fiducia cum amico* réalisant un commodat avait en vue de rendre un service d'ami au fiduciaire ; au contraire la *fiducia cum amico* dans son rôle de dépôt visait à un service à rendre au *fiduciæ dans*. Ce rôle nous est attesté non seulement par la loi 6, Dig, 45. 3, mais encore par des textes irrécusables. C'est d'abord un passage de Boèce (*In Ciceronis Topica* ex. l. 4, c. 10, 41 ; § 340) : « *velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet ut ei, cum tempus quod suspectum est præterierit, reddat* » : M. Voigt (1) se refuse à considérer ce texte comme visant la *fiducia cum amico* dans son rôle de dépôt par ce motif que celui-ci se limite aux meubles et qu'il est question d'un immeuble dans Boèce : mais l'auteur commet ici une erreur certaine ; car s'il est vrai que le contrat réel de *depositum* ne s'appliquait qu'aux meubles, il n'est pas moins exact que la mancipation fiduciaire qui a satisfait aux mêmes besoins économiques que ce contrat avant qu'il fût connu pouvait avoir pour objet des immeubles aussi bien que les meubles. Un autre texte atteste encore ce rôle de la *fiducia cum amico* : c'est le § 60 du Commentaire II de Gaius, « *cum amico quo tutius nostræ res apud eum sint* ». Sous l'empire de quelles nécessités pratiques naquit l'idée d'employer la *fiducia cum amico* dans cette fonction ? Le droit ancien admettait une règle qui alla toujours en s'atténuant de

1. L. c., n. 9.

plus en plus, mais qui ne disparut jamais complètement du droit Romain, c'est la règle de la non représentation ; la *fiducia cum amico* servit à la tourner ; c'est en ce sens que M. Voigt (1) entend le passage de Boèce ci-dessus examiné ; d'après lui, ce texte ferait allusion non au rôle de dépôt de la *fiducia cum amico*, mais à son rôle de mandat ; nous avons vu sur quel fondement repose cette méprise. Aucun texte ne nous dit donc formellement que la *fiducia cum amico* avait pour but de tourner la règle de la non représentation, cependant tous les auteurs admettent ce fait, c'est qu'en effet il est extrêmement probable, et il faut même à notre avis penser que la *fiducia cum amico* était employée non seulement en vue de tourner la règle de la non représentation judiciaire (Gaius, IV, § 82; loi 123, Dig., 50. 17. *De reg. juris*), comme le disent tous les auteurs, mais encore en vue de tourner la règle de la non représentation contractuelle, qui subsista plus longtemps intacte que la précédente (Loi 126, § 2, Dig., 45. 1. *De verbor. obligationibus*).

Cependant ce détour en vue de remédier à l'insuffisance de la loi semble n'avoir été employé que dans les cas extrêmes ; il semble que dans les temps ordinaires la pratique trouvait, soit dans le droit civil lui-même, soit dans le droit prétorien, d'autres ressources en vue de donner satisfaction aux besoins qu'elle engendrait : en effet, les textes de Boèce et de Gaius supposent des époques de troubles intérieurs ; sans doute c'est à l'époque des guer-

1. L. c., n. 9

res civiles et lorsque des listes de proscriptions forcaient les vaincus d'un parti à prendre la fuite, que la *fiducia cum amico* dut apparaître comme un procédé précieux en vue de mettre à l'abri tout son bien en le confiant pour un temps à un ami puissant à qui l'on ne craignait pas de transférer la propriété de tout son patrimoine ; le passage de Boèce surtout paraît tout à fait conforme à cette manière de voir. De là résulte une conclusion sur laquelle, selon nous, l'on n'a pas encore insisté jusqu'ici ; c'est que dans cette fonction économique de dépôt la *fiducia cum amico*, bien qu'ayant présenté une utilité incontestable à certaines époques, n'a pas dû tenir une très grande place dans la pratique romaine ; car bien que très importante dans ses effets, elle a été tout à fait éphémère dans son application.

2. C'est encore pour remédier aux lacunes de la législation que la *fiducia cum amico* était employée en vue de réaliser une *donatio mortis causa*, subordonnée à une condition résolutoire.

Cette modalité ne pouvait pas affecter la donation, quand celle-ci consistait en un transfert de propriété ; c'est même à propos de la *donatio mortis causa*, que le principe, qui subsista jusqu'à Justinien, et d'après lequel la propriété ne pouvait pas être transférée *ad tempus*, est énoncé par les textes (*Frag. Vatic.*, § 283 ; loi 2, Code 8, 55. *De donationis*). Cette rigueur du droit civil avait engendré la *fiducia cum creditore* et la *fiducia cum amico* réalisant un prêt à usage ; elle engendra aussi l'application qui nous occupe. Celle-ci résulte de la loi 42, (Pr.

Dig., 39, 6. *De mortis causa donationib.*), et elle a été démontrée par M. Keller (1), qui a donné de ce texte une interprétation, admise à l'heure actuelle par beaucoup d'auteurs, parmi lesquels se trouvent MM. Voigt (2) et Lenel dans la *Palingenesia juris* (2) ; le texte emprunté au livre 13 des Réponses de Papinien a d'ailleurs subi de la part des commissaires de Justinien des remaniements de nature diverse, des interpolations et des suppressions : Séia ayant cédé *in jure* (deux mots supprimés dans le texte), et mancipés (*traditionibus factis* dans le texte), tous ses biens pour cause de donation à Titius son *cognat*, s'est réservé l'usufruit, et il a été convenu « *convenit* » que si Titius mourrait avant elle, la propriété lui reviendrait à elle, et que si ensuite elle mourait, les enfants de Titius lui survivant alors, les biens leur appartiendraient ; Titius est mort, et les héritiers intentent la *rei vindictio*, Seia pourra les écarter de cette prétention, par une *exceptio doli*, et l'instance étant constituée de bonne foi, « *bonæ fidei autem iudicio constituto* », on demandait si Seia devait promettre qu'elle restituerait les biens aux héritiers de Titius à sa mort ; Papinien a répondu qu'elle n'y était pas obligée. Dans ce fragment, un mot important a été supprimé par Tribonien, c'est le mot « *fiduciæ* » ; le texte doit être reconstitué, « *bonæ fidei autem fiduciæ iudicio constituto* » ; à la revendication intentée par les

1. *L. c.*, n. 3.

2. *L. c.*, n. 9. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 27. Cf. Table de concordance Lenel-Voigt, Table B, β. n. 18.

héritiers de Titius, Seia oppose l'*actio fiduciæ* qu'elle intente elle-même contre eux, en vertu du *pactum fiduciæ* qu'elle avait conclu avec leur auteur ; c'est cette interprétation et cette restitution du texte qui sont seules capables d'expliquer les mots « *bonæ fidei autem iudicio constituto* » ; car il est impossible d'admettre que la *rei vindicatio* intentée par les héritiers de Titius a été revêtue du caractère d'action de bonne foi uniquement par l'insertion de l'*exceptio doli* dans sa formule ; telle n'est pas en effet la conséquence produite par l'insertion d'une *exceptio doli* dans la formule d'une action de droit strict, et d'ailleurs la *rei vindicatio*, par sa nature d'action réelle, échappe même à la division des actions en actions de droit strict et en actions de bonne foi ; en outre, l'expression « *convenit* » ne fait-elle pas clairement allusion au *pactum conventum*, à la fiducie ? Enfin il est certain que le *pactum fiduciæ* intervenait dans la pratique romaine en vue de remédier à la règle du droit civil d'après laquelle la condition résolutoire ne pouvait pas affecter un transfert de propriété ; c'est ce qui résulte des *Fragmenta Vaticana*, § 252 ; car bien que fort endommagé, ce passage contient encore intact le mot « *fiduciæ* » ; dès lors le rapprochement de ce § 252 *Frag. Vatic.* avec notre loi 42, Princ., Dig., 39, 6 n'est-il pas tout à fait décisif ? Quant à nous, la démonstration nous paraît complète. Telle n'est pas cependant l'opinion de tous les auteurs ; cette référence de la loi 49, Pr. Dig., 39, 6 à la fiducie, est notamment repoussée par M. Peilat (1). L'auteur semble s'é-

1. L. c., n. 4.

tonner de ne pas trouver les mots « *fiduciæ iudicio* » dans le texte, en admettant pour un instant comme vraie l'interprétation de M. Keller ; mais il est facile de comprendre pourquoi les commissaires de Justinien ont supprimé ce mot ; de leur temps la fiducia avait disparu, ils tenaient donc à mettre les fragments des classiques en harmonie avec le droit de leur époque ; M. Pellat objecte encore que l'interprétation que nous adoptons fait violence au sens naturel de la phrase en supposant que c'est Seia qui intente elle-même une action alors que le jurisconsulte nous dit que ce sont les héritiers de Titius qui intentent la *rei vindicatio* ; aussi à son avis est-ce à cette dernière qu'il faut rapporter les mots « *bonæ fidei autem iudicio constituto* », et il cite à l'appui une scholie des Basiliques (livre 47, tit. 3, ch. 42 ; Schol. q. édit. Fabrot, VI, p. 258) ; mais celles-ci ne peuvent manifestement rien prouver pour ce qui concerne le droit classique, de même que les compilations de Justinien, les Basiliques s'adaptent à la législation de leur époque ; et, en définitive, l'auteur pour expliquer notre membre de phrase, aboutit à imprimer, sinon dans toute son étendue habituelle, du moins dans une certaine mesure, le caractère de bonne foi à la *rei vindicatio*, ce qui est absolument inadmissible ; enfin il ne paraît pas se préoccuper d'une possibilité quelconque de rapprochement entre notre loi 42, Pr., Dig., 39, 6, et le § 252 des *Fragmenta Vaticana*.

β. Applications ayant pour but d'éluder les prohibitions de la loi.

1. De même que la *fiducia cum amico* pouvait réaliser une

donatio mortis causa sous condition résolutoire, de même elle pouvait aussi remplir le rôle de *donatio mortis causa sub modo*, en vue d'éluder la prohibition des donations entre époux. C'est ce que nous montre Marcellus au livre 7 de ses Digestes, dans la loi 49, Dig., 24. 1. *De donat. int. vir. et uxor.* que M. Voigt (1) considère comme interpolée et comme se référant à la fiducie. Il est vrai que M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* repousse cette donnée (2) ; mais celle-ci nous paraît tout au moins très vraisemblable : la coutume prohibitive des donations entre époux comportait certaines exceptions, notamment les donations à cause de mort étaient permises entre époux (Loi 9, § 2, Dig., 24, 1, *eod. tit.*) par ce motif que leur perfection suppose le mariage dissous « *quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt* » (Loi 10, Dig., 24, 1, *eod. tit.*) ; dès lors la *donatio mortis causa* ne pouvait jamais produire son effet et le transfert de propriété ne pouvait jamais avoir lieu du vivant de l'époux donateur (Loi 52, § 1, Dig., 24. 1, *eod. tit.*), de pareilles donations restaient sous le coup de la prohibition ; une femme cependant a le désir de gratifier son mari non après sa mort, mais de son vivant ; à quel procédé va-t-elle recourir à cet effet ? C'est dans cet esprit qu'est conçue la loi 49, Dig., 24, 1 : la femme donne un de ses fonds de terre en fiducie à son mari à la charge fiduciaire de le rendre après sa mort à leur fils commun ; de cette façon la femme paraît ne s'être servi de

1. *L. c.*, n. 9.

2. Cf. Table de concordance Lenel-Voigt, Table B, β. n. 16.

son mari que comme d'un exécuteur de ses volontés; grâce à ce prétexte « *color* », l'opération sera valable et le mari aura en fait joui pendant sa vie du bien dont sa femme a voulu le gratifier; telle est en définitive la solution à laquelle aboutit le jurisconsulte; à la vérité cependant, il nous dit que s'il apparaît que la femme a voulu prendre en considération non pas l'avantage de son fils, mais celui de son mari, et qu'elle ait ainsi cherché à éluder la coutume qui prohibe les donations entre époux (Lois 1, et 23 Pr., Dig., 24, 1), l'opération sera nulle « *nihil valebit (traditio) mancipatio* », mais c'est là une question fort délicate d'intention à approfondir; les apparences sont loin d'être défavorables à la femme; elle paraît n'avoir en vue que les intérêts de son fils, car si elle mancipe un de ses biens à son mari à la charge de le restituer à son fils après sa mort, c'est, semble-t-il, afin de le confier à un administrateur diligent qui pourra en tirer tout le produit dont il est susceptible, et de cette façon l'améliorer, chose que ni elle ni son fils ne seraient capables de faire; pourquoi dès lors ne pourrait-elle pas valablement conclure cette opération fiduciaire avec son mari aussi bien qu'elle pourrait la conclure avec une personne quelconque, avec un étranger, pourvu qu'il fût doué de grandes connaissances en ce qui touche l'administration d'un patrimoine « *ac si cum extraneo tale negotium contraxisset* » ? Il semble d'après ces apparences que l'opération ne soit qu'une sorte de dépôt analogue à celui qui est réalisé par la *fiducia cum amico*, et tel que l'indique Gaius « *quo tutius nostræ res apud eum sint* » (II, § 60), alors qu'en réalité

elle est une *donatio mortis causa sub modo*; la femme aura donc chance de voir son stratagème réussir, presque toujours il réussira. Ainsi dans notre hypothèse, la remancipation, au lieu d'être imposée au fiduciaire au profit du *fiduciæ dans* lui-même comme dans la *fiducia cum amico* réalisant un dépôt, est imposée au fiduciaire au profit d'une autre personne que le *fiduciæ dans* : mais comme ce fils est l'héritier de ce *fiduciæ dans*, en vertu du sénatus-consulte Orphitien rendu au II^e siècle après J.-C. sous Marc-Aurèle (*Institutes*, III, 4, Princ.) et sous le règne duquel écrivait Marcellus (Loi 3, Dig., 28, 4. *De his qui in testam.*), il recueillera dans la succession de sa mère l'*actio fiduciæ* dont celle-ci était titulaire, et il pourra afin d'obtenir la remancipation l'intenter contre les héritiers du mari, à moins toutefois qu'il ne soit lui-même l'héritier de son père, cas dans lequel toute sanction tirée de l'*actio fiduciæ* serait superflue et même impossible en droit.

2. La *mancipatio servi cum fiducia* : telle est la dernière application dans laquelle la *fiducia cum amico* avait pour but de tourner les restrictions gênantes apportées par la loi ; en vertu des lois *Ælia Sentia* (757 de R.) et *Fuffia Caninia* (761 de R.) le maître d'esclaves se trouvait frappé de certaines incapacités d'affranchir ; en mancipant l'esclave à l'un de ces amis, il parvenait à éluder ces dispositions formelles de la loi ; tel est le sentiment émis par M. d'Ihering (1). Cependant M. Geny (2) sem-

1. *L. c.*, n. 8.

2. *L. c.*, n. 7.

ble nier ce but de l'opération fiduciaire, parce que les textes (loi 66, Dig., 45, 1. *De verborum obligationibus*; loi 4, Dig., 18. 7. *De servis export.*; loi 7, § 1, et loi 16, Dig., 40, 9. *Qui et a quibus...*) déclarent cette opération nulle lorsqu'elle a en vue de violer la loi; mais il y a ici quelque chose d'analogue à ce que nous avons vu dans l'application précédente: le maître essaye de procéder indirectement à un affranchissement pour lequel la loi lui refuse une capacité directe; il espère que la fraude ne sera pas découverte, et en fait elle devait l'être assez rarement, car le maître choisissait précisément en vue de la cacher un ami en qui il avait confiance; c'est donc seulement quand cet ami se refusait à l'affranchissement promis que le maître voyait échouer sa ruse. D'ailleurs les textes qui donnent cette solution ne visent que le cas où c'est un *minor viginti annis* qui a conclu cette opération fiduciaire: la nullité ne s'applique donc qu'à l'opération accomplie en vue d'éluder les dispositions restrictives de la loi *Ælia Sentia*; au contraire, lorsqu'elle intervenait en vue d'éluder les restrictions édictées par la loi *Fuffia Caninia*, cette nullité était alors inapplicable, et l'opération fiduciaire était toujours valable: cette loi défendait à un maître d'affranchir par testament des esclaves au delà d'un certain nombre qu'elle fixait elle-même proportionnellement au chiffre total des esclaves dont le maître était propriétaire, mais il n'était nullement interdit au maître de procéder de son vivant à la mancipation de l'un de ses esclaves consentie à un ami en lui imposant par *pactum fiduciæ* la charge de

l'affranchir après sa mort « *ut post mortem meam manumitteres* » ; c'est l'héritier du *fiduciæ* dans qui pourra exercer l'*actio fiduciæ* contre le fiduciaire qui se refuse à procéder à l'affranchissement après la mort de l'ancien maître de l'esclave ; aussi est-ce à ce propos que Julien dans le livre 13 de ses Digestes examinait la question de savoir s'il était possible que ces opérations fussent subordonnées à la mort des parties, de manière que l'héritier eût une action que son auteur n'aurait pas pu exercer ; c'est ce qui résulte de la loi 84, Dig., 35, 2, *ad legem Falcidiam* (1) : il y a, nous dit Julien, un cas où l'héritier peut avoir une action que n'avait pas le défunt ; par exemple, si un tuteur qui paye au nom de son pupille des legs dont il est chargé n'a pas soin de faire donner caution aux légataires de restituer ce qu'ils se trouveront avoir reçu au delà de la Falcidie si la substitution vient à avoir lieu, cette omission ne donne point d'action au pupille contre son tuteur néanmoins ce tuteur se trouve obligé à cet égard envers l'héritier du pupille.

C'est sans doute en se basant sur les mêmes principes que les jurisconsultes n'hésitaient pas à déclarer valable la *mancipatio servi cum fiducia* « *ut post mortem meam manumitteres* ». Cette application de la *fiducia cum amico* nous est révélée par un certain nombre de textes, et notamment par la loi 27, § 1, Dig., 17, 1. *Mandati*, tirée du livre 10 de Gaius *ad Edictum provinciale*, et que M. Lenel dans sa *Paligenesia juris* (2) rapporte à la

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. Table A, n. 18.

2. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. Table A, n. 8.

fiducie, parce que dans ce livre Gaius traitait de cette institution à côté du mandat; telle est aussi l'opinion de M. Gradenwitz (1). Ainsi à la différence de la *fiducia cum amico* dans sa fonction de commodat ou de *donatio mortis causa*, la *mancipatio servi cum fiducia* avait pour objet de rendre un service d'ami au *fiduciæ dans* comme la *fiducia cum amico* réalisant un dépôt. Cependant la *mancipatio servi cum fiducia* réunissait quelquefois les deux caractères et le *fiduciæ dans* pouvait, en y procédant, vouloir gratifier le fiduciaire, tout en entendant recevoir de lui un service d'ami: ce résultat se produisait par exemple quand le maître donnait à l'un de ses amis son esclave en fiducie à la charge de l'affranchir au bout d'un certain nombre d'années; car dans ce cas l'ami profitait des acquisitions et du travail de l'esclave jusqu'à l'époque convenue pour l'affranchissement; dans cette hypothèse on pourrait être tenté de dire qu'il s'agit d'une *fiducia cum amico* à double face, mais en réalité et d'après la vérité juridique cette opération se rapproche bien plutôt de la *fiducia cum creditore* que de la *fiducia cum amico*; car elle est empreinte du caractère onéreux, puisque chacune des parties reçoit quelque chose en retour de la prestation qu'elle fournit; il y a là une donation mêlée à une obligation, « *mixtum negotium cum donatione* » comme dit Ariston, cité par Ulpien 71 *ad Edictum* dans la loi 18, Pr., Dig., 39, 5. *De donationibus*, un texte que M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* (2)

1. *L. c.*, n. 5, p. 168 et 169.

2. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel. Table A, n. 3.

rapporte encore à la fiducie; toutefois Ulpien dans le § 1 de cette même loi rapporte que même dans ce cas où la charge de l'affranchissement n'est imposée au fiduciaire qu'au bout d'un certain laps de temps Pomponius pensait qu'il se pouvait qu'il n'y eût aucune donation; il faudra avant tout consulter l'intention des parties et les termes du *pactum fiduciæ*. Quoi qu'il en soit, ce caractère mixte de la *mancipatio servi cum fiducia*, lorsqu'il existe, doit être soigneusement retenu: c'est lui qui servira à nous expliquer certaines solutions dérogatoires que les textes donnent à propos du *jus pœnitendi* qui peut appartenir au *fiduciæ dans*. Ce droit de révocation apparaît dans toutes les applications de la *fiducia cum amico* examinées jusqu'ici; c'est surtout à propos de la *mancipatio servi cum fiducia* qu'il se trouve accentué dans les textes. Son étude doit nous retenir quelques instants.

γ. *Le caractère commun aux applications normales de la fiducia cum amico.* — L'opération fiduciaire était une *datio ob rem*; dès lors à l'origine elle était sanctionnée par la *condictio ob rem dati*, que le *fiduciæ dans* pouvait intenter dès qu'il le voulait, aussitôt après l'accomplissement de la *datio fiduciæ causa*, pourvu que la *res fiduciaria* subsistât entre les mains du fiduciaire. Lorsque l'*actio fiduciæ* eut été imaginée, la *condictio* se maintint en vigueur à côté d'elle, et le *fiduciæ dans* put à son choix intenter l'une ou l'autre de ces deux actions, mais chacune d'elles exerça une influence sur l'autre; dans la *fiducia cum creditore*, la *condictio* à l'instar de l'*actio fiduciæ*,

ne put désormais être intentée qu'après l'entière satisfaction du créancier (loi 4, § 1, Dig., 12, 1. *De rebus creditis*) ; dans la *fiducia cum amico*, au contraire, la *condictio* conserva son ancien caractère, en l'imprimant même à l'*actio fiduciæ* ; le *fiduciæ dans* put à son gré intenter l'une ou l'autre en vue de recouvrer dès qu'il le désirait la propriété de la *res fiduciaria* qu'il regrettait d'avoir transférée à autrui. En définitive, ce double résultat en sens inverse auquel on avait abouti était pleinement conforme à l'intention commune des parties : c'est même ce qui explique qu'il se soit produit. Tel est le fondement historique et rationnel du *jus pœnitendi* qui appartient au *fiduciæ dans* dans la *fiducia cum amico*.

Ce droit de révocation nous est affirmé d'abord par la plupart des textes que nous avons déjà examinés ; dans la *fiducia cum amico* réalisant une *donatio mortis causa*, Marcellus dans la loi 49, Dig., 24, 1, nous dit « *mulieri potestas datur, si noluerit, cum repetere* » et « *revocare sibi liceret* » ; et la loi 42, Dig., 39, 6, est conçue dans le même esprit, car si Papinien décide que Seïa n'est pas obligée de donner aux héritiers de Titius caution de leur restituer les biens à sa mort comme cela avait été convenu originairement avec Titius, c'est par application du droit de révocation qui appartient à Seïa, le *fiduciæ dans*.

S'il en est ainsi dans cette application de la *fiducia cum amico* qui a en vue de procurer un service d'ami au fiduciaire, il doit en être de même dans la *fiducia cum amico* réalisant un commodat qui tend en effet au même but.

C'est surtout dans la *mancipatio servi cum fiducia* que

les textes accentuent et développent le principe du *jus pœnitendi* dont jouit le *fiduciæ dans*. Dans la loi 27, § 1, Dig., 17, 1. *Mandati*, déjà citée, Gaius nous dit : Si je vous ai mancipé un esclave à la charge fiduciaire de l'affranchir après ma mort l'obligation est valable ; mais je puis même trouver en moi-même la cause génératrice de l'*actio fiduciæ* « *potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire* », je n'ai en effet qu'à changer de volonté et à vouloir recouvrer mon esclave pour pouvoir exercer cette action « *veluti si pœnitentia acta servum recipere velim* ». Voilà le principe posé.

Il se trouve développé dans la loi 30, Dig., 17, 1. *Mandate* (1), un fragment qui est extrait du livre 13 des Digestes de Julien, et qui dès lors doit être considéré comme interpolé et comme se référant à la fiducie, selon la découverte de M. Lenel (2) : Si je vous ai mancipé un esclave à la charge fiduciaire de l'affranchir, dit Julien, et qu'ensuite mon mandataire vous l'ait défendu, puis-je intenter contre vous l'*actio fiduciæ*, si vous avez procédé à l'affranchissement ? j'ai répondu : si le mandataire a eu de justes raisons pour s'opposer à l'affranchissement de l'esclave qui n'avait été mancipé que sous cette condition, par exemple parce qu'il a appris depuis la mancipation qu'il avait commis un faux dans les comptes qu'il a rendus ou qu'il avait cherché les moyens d'attenter à la vie de son ancien maître, vous serez obligé envers moi par l'*actio fiduciæ* si vous n'avez pas eu d'égard à la som-

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel ; Table A, n. 16.

2. *L. c.*, n. 1.

mation que vous a faite mon mandataire ; mais si ce mandataire n'a eu aucune juste raison de s'opposer à l'affranchissement, et que vous y ayez procédé, vous ne serez point soumis à l'*actio fiduciæ*. Ce passage nous montre que *fiduciæ* dans pouvait faire valoir son *jus pœnitendi*, non-seulement par lui-même, mais encore par un préposé. De cette loi 30, Dig., 17, 1, empruntée à Julien, livre 13 de ses Digestes, il convient de rapprocher le § 334 des *Fragmenta Vaticana* ; c'est M. Lenel (1) qui a eu cette heureuse idée ; ce texte dans le manuscrit ne contient que les lambeaux suivants :

« Julianus et si m.
 « rator denuntiet n.
 « fiduciæ actionem. »

Après avoir démontré, d'une manière irréfutable à notre avis (2), que la loi 30, Dig., 17, 1, se référait à l'*actio fiduciæ*, M. Lenel a remarqué que le § 334 des *Fragmenta Vaticana* émanait de Julien de même que cette loi 30 ; dès lors il a été amené tout naturellement à reconstituer le § 334 *Frag. Vatic.* de la façon suivante qui est pour ainsi dire certaine :

« Julianus, et si m(ancipaverim tibi hominem ut eum »
 « manumitteres, et postea ex justa causa procu-
 « rator denuntiet n(e manumittas, respondit »
 « nisi pareas denuntiationi, competere mihi) »
 « fiduciæ actionem (3). »

1. L. c., n. 2.

2. L. c., n. 1.

3. La référence du § 334, *Frag. Vatic.* a été admise avec une ré-

Dès lors le § 334 *Frag. Vatic.* n'est qu'une sorte de reproduction de la loi 30, Dig., 17, 1 : comme elle, il vise l'exercice du *jus pœnitendi* par le *fiduciæ* dans par l'intermédiaire d'un mandataire.

Le droit de révocation est encore l'objet de la loi 18 § 1, Dig., 39, 5 *De donationibus*, que nous avons déjà examinée ; voici ce que nous dit dans ce texte le jurisconsulte Ulpien, qui combine ici les opinions d'Ariston et de Pomponius : d'après Ariston si une personne avait mancipé à son ami un esclave sous la condition qu'il l'affranchirait dans cinq ans, cette personne ne pouvait pas agir par l'*actio fiduciæ* pour se faire rendre l'esclave avant les cinq ans, parce que pour ce temps elle a fait en quelque sorte donation de l'esclave ; mais il n'en serait pas de même, dit-il, si cette personne avait mancipé l'esclave à son ami sous la charge de l'affranchir immédiatement « *continuo* », car alors il n'y aurait aucune donation en faveur de l'ami, et il ne resterait que son obligation ; d'ailleurs même dans le cas précédent il faut suivant Pomponius examiner l'intention des parties, car il se peut que le terme de cinq ans n'ait pas été apposé en vue de gratifier le fiduciaire. Ce fragment contient donc deux solutions : l'une conforme aux principes qui se trouvent déjà posés dans les lois 27, § 1 et 30, Dig., 17, 1, et dans le § 334 *Frag. Vatic.*, pour le cas où la mancipation a été faite à l'ami sous la charge d'affranchir immédiatement l'esclave ; l'autre contraire, en apparence du moins, à cette daction quelque peu différente par M. Mommsen dans son édition des *Frag. Vatic.* (1891).

mêmes principes, pour le cas où l'affranchissement ne doit avoir lieu que cinq ans après la mancipation intervenue. Comment expliquer cette sorte de dérogation? C'est que dans ce cas, la *mancipatio servi cum fiducia* a une nature toute particulière; ce n'est pas une *fiducia cum amico* ordinaire; l'opération conclue présente même le caractère onéreux puisqu'elle est intéressée de part et d'autre: si celui qui a reçu l'esclave en fiducie a consenti à s'obliger à l'affranchir, ce n'est pas gratuitement, mais c'est en retour des acquisitions et du travail de l'esclave dont il profitera jusqu'à l'expiration des cinq années fixées par la convention; dès lors il n'y a rien de surprenant à ce que le *fiduciæ dans* ne puisse pas intenter l'*actio fiduciæ* avant ce délai afin de recouvrer la propriété de l'esclave qui n'a pas été affranchi.

Ces données nous fournissent un argument de plus à ajouter à ceux que M. Gradenwitz (1) a indiqués avec tant de force, pour reconnaître que les mots « *si pœnituerit eum qui tradiderit* » insérés dans la loi 5, § 1 Dig., 12, 4. *De cond. causa data...* sont uniquement dûs à une retouche des commissaires de Justinien: car l'hypothèse visée par ce texte « *si servum quis mancipaverit* (au lieu de *tradiderit*) *alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur* » est précisément celle où le *jus pœnitendi* est en principe refusé au *fiduciæ dans*; à la vérité Pomponius cité par Ulpien dans la loi 18, § 1, Dig., 39, 5, ajoute que même dans cette hypothèse le *jus pœnitendi* pourra appar-

1. *L. c.*, n. 5.

tenir au *fiduciæ dans* lorsque telle est l'intention des parties ; mais c'est une exception, et la loi 5, § 1, Dig., 12, 4 formule la règle qu'elle édicte d'une manière générale.

Tels sont les divers textes relatifs au *jus pœnitendi* dans la *fiducia cum amico*. Le caractère de révocabilité au gré du *fiduciæ dans* : tel est le caractère commun que présentent toutes les applications normales de la *fiducia cum amico*. Qu'advint-il de ce caractère, lorsque par la suite ces différentes applications furent érigées en contrats ou en actes juridiques distincts de la *fiducia* ? Il subsista dans le *depositum* ; lorsque ce contrat réel de bonne foi eut été imaginé, le déposant conserva le droit d'obtenir la livraison du bien qu'il avait confié au dépositaire, et cela sur sa première réquisition avant même l'arrivée du terme fixé par la convention (loi 1, §§ 22, 45 et 46, Dig., 16, 3. *Depositi* ; Paul II, 12, § 7) : aussi cette remarque nous conduit-elle nécessairement à cette conclusion, que ce droit de repentir devait exister dans la *fiducia cum amico*, réalisant un dépôt bien que les textes n'en fassent pas mention ; à la vérité M. Voigt (1) cite un texte, la loi 13, § 1, dig., 16, 3. *Depositi*, comme faisant allusion à l'exercice de ce droit au moyen de la *condictio* ; mais cet auteur est seul à admettre la référence de ce passage à la fiducie, et il n'avance aucun argument à l'appui de son opinion ; celle-ci toutefois ne nous paraît pas invraisemblable, car la loi 13, § 1, Dig., 16, 3 est tirée du livre 31 de Paul *ad Edictum*, dans lequel ce jurisconsulte traitait à la fois du *depositum* et de la *fiducia*, il n'est donc pas impossible

1. L. c., n. 9.

qu'il ait entendu rapporter ce fragment à cette dernière ; cependant M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* n'a pas admis cette opinion (1). Le droit de libre révocation existe aussi dans la *donatio mortis causa*, alors même qu'elle n'est pas réalisée par une *mancipatio cum fiducia* (loi 1, Princ., et loi 35, § 2, Dig., 39, 6. *De mort. causa donation...*). Au contraire, dans le *commodatum*, érigé en contrat réel de bonne foi, le commodant n'a pas le droit de changer de volonté, il lui est impossible d'intenter l'*actio commodati directa* contre le commandataire pour reprendre le bien qu'il lui a prêté à usage, avant l'époque fixée par les parties pour la restitution (loi 5, Princ, Dig., 13, 6. *Commodati*). De même dans le contrat innommé par lequel une personne a donné de l'argent à une autre pour que celle-ci procédât à l'affranchissement d'un esclave dans un certain délai, celui qui a donné cet argent ne peut pas le réclamer en se rétractant avant l'expiration du délai fixé pour l'affranchissement : les textes, il est vrai, nous parlent dans cette hypothèse d'un *jus pœnitendi* (loi 3, §§ 2 et 3 ; et loi 5, Dig., 12, 4. *De cond. causa data...*), mais M. Gradenwitz (2), ainsi que nous l'avons déjà vu, a démontré de la manière la plus concluante l'interpolation de ces fragments ; la *condictio ex pœnitentia* sur laquelle ils raisonnent n'est qu'une pure invention Tribonienne.

1. Cf. Table de concordance Lenel Voigt. Table B., α n. 4.

2. *L. c.*, n. 5.

III

APPLICATIONS ANORMALES DE LA FIDUCIA CUM AMICO.

1. *Opération fiduciaire principale.* — L'application de la *fiducia cum amico* qui a ce caractère a été signalée par un seul auteur, M. Voigt (1), et son opinion est restée isolée ; il rapporte à ce sujet la loi 29, § 1, Dig., 24, 3, *Solutio matrimonio dos...* Dans ce fragment Ulpien s'exprime ainsi : si quelqu'un a constitué une dot à une fille, sous la clause « *conveneritque* » qu'elle lui sera rendue lors de la dissolution du mariage et qu'ensuite le mari paye la dot à sa femme, on décidera avec raison que celui qui a constitué la dot n'en a pas moins le droit de se la faire rendre par le mari. Ainsi un ami de la femme aurait donné quelque bien en dot au mari en procédant à une mancipation fiduciaire ; la mancipation aurait transféré la propriété au mari et le *pactum fiduciæ* aurait été adjoint à la mancipation en vue d'imposer au mari une restitution à laquelle le droit primitif ne l'obligeait pas (Aulu-Gelle, *Nuits Attiques*, IV, ch. 3) ; la loi 29, 1, Dig., 24, 3 montrerait d'ailleurs que la restitution du bien donné en fiducie au mari pouvait lui être imposée non seulement au profit du *fiduciæ dans* lui-même, mais encore au profit d'un tiers ; car ce texte, tout en prévoyant le cas ordinaire, ferait clairement allusion au cas inverse ; si le *fiduciæ dans* peut réclamer le bien au mari, même

1. *L. c.*, n. 9: Cf. Table de concordance Lenel-Voigt. Table B, § n. 17.

lorsque celui-ci l'a déjà restitué à la femme, c'est que le mari ne s'est pas conformé à la convention qui réservait le droit à la restitution au *fiduciæ dans* lui-même, à celui qui a constitué la dot ; la solution eût donc été tout autre, et le *fiduciæ dans* n'aurait pas pu réclamer la restitution du bien au mari qui l'a déjà rendu à la femme, si la convention avait contenu un droit de restitution au profit d'un tiers, au profit de la femme elle-même.

Cependant un grand nombre d'objections se dressent contre cette théorie : tout d'abord M. Voigt ne donne aucun motif à l'appui de son opinion ; en outre, les principes relatifs à la nature de la fiducie paraissent s'opposer, ainsi que nous l'avons vu, à ce que le *pactum fiduciæ* adjoint à une mancipation puisse être remplacé par une *stipulatio* ; or, tel est précisément le cas de la *dos recepticia* ; enfin à supposer même que ce principe ait subi un échec en notre matière, il y a lieu, semble-t-il, de s'étonner que le *pactum fiduciæ*, subsiste encore au temps d'Ulpien à côté de la *stipulatio* en vue d'imposer une obligation de restitution de la dot à la charge du mari ; cette coexistence envisagée en elle-même a de quoi surprendre ; car pourquoi deux moyens différents en vue de satisfaire le même besoin pratique ?

Aucune de ces raisons, si elles venaient à être alléguées, ne nous paraîtrait décisive ; la loi 29, § 1, Dig., 24, 3 doit, à notre avis, être considérée comme se rapportant à la fiducie : M. Voigt, il est vrai, se contente d'affirmer ; mais il y a, croyons-nous, un indice contenu dans le texte qui montre que celui-ci visait une

fiducia cum amico réalisant une *dotis recepticiæ datio* ; c'est l'emploi de l'expression « *convenerit* » ; ce mot ne fait-il pas implicitement, mais très clairement, allusion au *pactum conventum*, à la *fiducia* ? Certains auteurs comme de M. de Savigny (1) qui pensent que la fiducie a été reconnue et pourvue d'action par la loi des Douze Tables, pourraient même, en vue de corroborer le langage d'Ulpien dans notre loi 29, § 1, Dig., 24, 3, invoquer le langage de Paul dans la loi 6, Dig., 2, 14.

De pactis : « *legitima conventio est quæ lege aliqua confirmatur* ». Mais outre que la fiducie n'a pas son origine dans le principe « *Cum nexum Mancipiumve faciet, uti lingua nuncupasset, ita jus esto* » de la loi des Douze Tables, le texte de Paul a une portée entièrement différente de celle que lui attribue M. de Savigny ; quoi qu'ait pu dire cet auteur, ce passage vise les *pacta legitima* qui ont reçu une sanction en vertu de sénatus-consultes ou de constitutions impériales ; ce qui prouve, à l'encontre de l'affirmation émise par M. de Savigny, que Paul a fort bien pu avoir en vue les *pacta legitima*, c'est que c'est ce même jurisconsulte qui pose le principe de la *condictio ex lege*, comme sanction de ces conventions (loi 1, Dig., 13. 2. *De cond. ex lege*), c'est aussi qu'à son époque de pareilles conventions existaient déjà, tel était en effet depuis Antonin le Pieux le caractère que présentait la donation entre ascendants et descendants (*Frag. Vat.* § 314) ; la loi 6, Dig., 2, 14, ne peut donc pas être invoquée en vue d'appuyer notre loi 29, § 1, Dig., 24, 3. Néanmoins

1. *L. c.*, n. 10.

le mot « *convenerit* » employé dans ce passage nous semble suffisamment technique pour ne pouvoir être applicable qu'au *pactum fiduciæ*.

Le *pactum fiduciæ* a donc été adjoint à la *datio dotis* : n'est-il pas dès lors facile de s'expliquer les ressemblances entre l'*actio fiduciæ* et l'*actio rei uxoriæ*, et les rapprochements faits par les jurisconsultes entre les effets de ces deux actions ? Dans les deux cas une formule d'action basée sur la bonne foi, qui pourtant excluait les mots « *ex fide bona* » pour admettre des expressions beaucoup plus archaïques (Cicéron, *Ad familiares*, VII, 12. § 2) ; dans les deux actions, la faute appréciée de la même façon, *in concreto* (*Collatio legum Romanarum et Mosaiicarum*, X, 2, § 2 ; loi 18, Princ ; Dig., 13, 6. *Commodati*), l'une et l'autre enfin sanctionnant l'obligation pour le mari de restituer la dot. Mais comment expliquer que nous trouvions ici une dérogation aux principes relatifs à la nature de la fiducia ? En réalité, cette dérogation est moins importante qu'elle ne semble l'être au premier abord : en effet, ce n'est pas l'usage de la *stipulatio* adjointe à la *datio dotis* qui a précédé l'usage du *pactum fiduciæ* adjoint à cette *datio* ; tout au contraire, c'est la *datio dotis cum fiducia* qui a dû être la première employée à une époque où l'esprit romain se refusait à admettre l'emploi d'une *stipulatio* solennelle adjointe à une *datio* également solennelle et destinée à en limiter les effets, comme constituant une sorte de *contradictio in adjecto* ; puis avec le temps, les idées finirent par se modifier, les praticiens s'enhardirent et ne craignirent plus d'employer

en notre matière au lieu d'un simple *pactum fiduciæ*, même pourvu d'action, une *stipulatio* de nature à renforcer l'obligation de restitution qui pesait sur le mari ; si d'ailleurs cette possibilité de substitution de la *stipulatio* au *pactum fiduciæ* ne se rencontre que dans notre hypothèse, c'est qu'elle apparut particulièrement nécessaire ici tandis que dans les autres applications de la fiducie la pratique sut se satisfaire autrement : dans la *datio dotis recepticiæ*, la *stipulatio* présentait, à raison de sa nature de droit strict, des avantages sur le *pactum fiduciæ* ; voilà déjà une raison pour laquelle son emploi s'introduisit en droit romain ; mais le motif principal pour lequel il en fut ainsi, c'est que l'usage du *pactum fiduciæ* dans la constitution de dot dut paraître nécessairement insuffisant à une certaine époque ; car il n'était possible que lorsque la dot était constituée au moyen d'une dation, au contraire la *stipulatio* pouvait intervenir, quel que fût le mode de constitution de la dot.

Quant à l'usage de la *datio dotis cum fiducia*, s'il se maintint en vigueur à côté de celui de la *stipulatio* qui avait pour effet d'imprimer à la dot le caractère de *dos recepticia*, c'est que l'*actio fiduciæ* présentait dans ses effets des différences qui constituaient, soit des avantages, soit des inconvénients, tant avec les effets produits par l'*actio ex stipulatû* qu'avec ceux produits par l'*actio rei uxoriæ*. En effet, quand la *dos recepticia* devait ce caractère à l'intervention d'une stipulation, le mari ne pouvait prétendre à aucune *retentio dotis*, la réforme sur ce point ne date que de Justinien (Loi unique, § 5, Code, 5, 13.

De rei uxor. act. in ex stip. act. transfusa) ; au contraire dans la *datio dotis cum fiducia*, le mari pouvait sans doute grâce à l'*actio fiduciæ contraria* jouir des *retentiones propter impensas, propter res donatas, et propter res amotas* (Loi 8, Princ., Dig., 13, 7. *De pig. act.*, Pomponius 35 *ad Sabinum*) ; il est également probable que les autres conséquences que l'*actio ex stipulatû* repoussait à cause de son caractère de droit strict, telles que la faculté pour le mari de jouir d'un délai de restitution des corps certains estimés, et d'un bénéfice de compétence (Ulpien VI, § 8 ; loi unique, § 7, Code, 5, 13), étaient admises dans l'*actio fiduciæ* qui était de bonne foi ; à tous ces points de vue il se peut que l'*actio fiduciæ* n'ait pas été étrangère à la formation même de l'*actio rei uxoriæ*. Mais à d'autres égards, elle se sépara toujours de cette dernière, une fois qu'elle eût été imaginée : l'*actio rei uxoriæ* seule entraînait pour le mari le droit à des *retentiones dotis* fondées sur une cause purement morale, telles que la *retentio propter mores*, et la *retentio propter liberos* (Ulpien VI, §§ 10 et 12) ; en outre, l'*actio rei uxoriæ* ne pouvait appartenir qu'à la femme, à tel point même qu'elle était intransmissible à ses héritiers (Ulpien, VI, § 7). En un mot, le système de sanction, par lequel le mari se trouvait obligé à la restitution de la dot, comprenait des moyens variés qui présentaient tous des avantages et des inconvénients réciproques ; on s'explique dès lors facilement leur coexistence encore au temps d'Ulpien : l'*actio rei uxoriæ* était une action de bonne foi reposant avant tout sur une base morale ; l'*actio ex stipulatû* était une action de droit strict

et essentiellement pécuniaire; entre les deux et dans une place intermédiaire se tenait l'*actio fiduciæ*, action de bonne foi comme la première, action pécuniaire comme la seconde.

M. Voigt (1) cite encore, à propos de la *datio dotis cum fiducia*, deux textes du Code (Loi 6, Code, 5, 12, *De jure dotium*; loi 7, Code, 5, 14, *De pactis conventis*) qui tendraient à prouver qu'un simple pacte suffisait pour mettre une obligation de restitution à la charge du mari; nous admettons bien qu'en effet ces textes contiennent cette solution, mais ce simple pacte ne saurait être le *pactum fiduciæ*: dans la loi 6, Code, 5, 12, en effet, qui est une constitution d'Alexandre Sévère en date de l'année 236, l'action accordée à l'intéressé, est non pas l'*actio fiduciæ*, mais l'*actio præscriptis verbis*; quant à la loi 7, Code, 5, 14, outre qu'elle ne mentionne pas formellement non plus l'*actio fiduciæ*, cette constitution de Dioclétien en date de l'année 294 nous semble s'appliquer à une hypothèse beaucoup plus générale que la *datio dotis* proprement dite: elle vise non seulement cette *datio dotis*, le seul mode de constitution qui soit susceptible d'admettre l'adjonction d'un *pactum fiduciæ*, mais encore tout mode quelconque de constitution de la dot, dans lequel un simple pacte de restitution, autre que le *pactum fiduciæ*, pouvait intervenir (Loi 24, Code, 5, 12. *De jure dotium*).

2. *Opérations fiduciaires accessoires.* — M. Lenel dans

1. *L. c.*, n. 9.

sa *Palingenèsia juris* (1) rapporte à la fiducie un certain nombre de textes, qui doivent, pensons-nous, être considérés comme rentrant dans une théorie dont la valeur nous laisse beaucoup de doutes. Ces textes sont la loi 47, § 3, Dig., 40, 5 De *fideicom. libertat.*, qui est extraite du livre 42 des Digestes de Julien, la loi 40, Dig., 40, 4 De *manumissis testamento*, empruntée à Pomponius, livre 5 ex *Plautio*, et la loi 58, Digeste, 24, 3. *Solutio matrimonio dos...* extraite du livre des Conseils de Modestin.

Les deux premiers de ces fragments visent la même hypothèse, donnent la même solution et s'expriment en termes identiques : lorsque la liberté est laissée sous condition à un esclave légué, il ne doit être donné au fidéicommissaire qu'à charge pour ce dernier de promettre que, la condition venant à s'accomplir, il le rendra à l'héritier grevé de façon que celui-ci l'affranchissant jouira des *jura patronatus*, ou qu'il l'affranchira lui-même de façon que les *jura patronatus* profiteront à ce fidéicommissaire « *quam ut caveatur existente condicione libertati eum restitutum iri* ». Cette promesse de restitution, d'après M. Lenel, tirera sa force obligatoire d'un *pactum fiduciæ* adjoint à la mancipation que l'héritier a faite de l'esclave au fidéicommissaire.

La loi 58, Dig., 24, 3, vise une hypothèse sensiblement analogue, mais elle s'exprime en des termes un peu différents « *reddendus est a marito servus uxori ea condicione, ut, cum jussu ejus adierit, rursum marito remancipetur* ».

1. Cf. Table des textes interpolés de M. Lenel, Table A, n. 21 et 24.

Ces applications de la *fiducia cum amico* nous paraissent fort douteuses : tout d'abord l'opération fiduciaire dans ce cas a un but difficile à découvrir puisque la *stipulatio* remplirait entièrement l'attente des parties ; sans doute l'expression « *cavere* » est souvent prise dans un sens très large, mais pourquoi la promesse du fidéicommissaire ne consisterait-elle pas ici dans la *promissio* proprement dite, qui fait partie du contrat solennel de *stipulatio* ? Nous n'en apercevons aucun motif ; en outre, cette sorte d'opération fiduciaire s'écarterait beaucoup de la *fiducia cum amico* ; car envisagée en elle-même elle repousse toute intention libérale, celle-ci ne se rencontre que dans l'opération principale en exécution de laquelle elle intervient ; à vrai dire, ce ne serait donc ni une *fiducia cum creditore*, ni une *fiducia cum amico*, mais une *fiducia* intermédiaire. Il nous paraît donc difficile d'admettre une application de la fiducie avec une nature si particulière sans pouvoir s'appuyer sur des textes plus précis : toutefois nous devons reconnaître que les termes employés par Modestin dans la loi 58, Dig., 24, 3, ne sont pas défavorables à M. Lenel ; car ils semblent viser une restitution qui dérive plutôt d'un *pactum fiduciæ* que d'une *stipulatio*. Voici en effet comment s'exprime le jurisconsulte : si l'esclave dotal est institué héritier par quelqu'un, il ne peut accepter ou répudier la succession que par l'ordre du mari ; mais si le mari ne veut pas s'exposer à tenir compte à sa femme d'une acceptation téméraire ou d'une répudiation inconsidérée, il fera sagement en interrogeant sa femme devant témoins pour lui faire déclarer

si elle entend accepter ou répudier l'hérédité déferée à l'esclave dotal; si la femme déclare qu'elle entend répudier, rien de plus simple, l'esclave répudiera l'hérédité sur l'ordre du mari; si la femme préfère l'accepter, le mari rendra à la femme l'esclave dotal, pour qu'elle lui donne elle-même l'ordre d'accepter la succession à la charge qu'elle retransférera à son mari l'esclave après cette acceptation. Cette *mancipatio servi cum fiducia* se comprend aisément: elle permet au mari de se décharger de toute responsabilité, tout en laissant à la femme la faculté de profiter d'une libéralité; chaque époux trouve là son avantage; l'usage du *pactum fiduciæ*, reposant essentiellement sur la bonne foi, était plus conforme dans ce cas aux rapports juridiques entre mari et femme que l'usage de la *stipulatio* basée sur le droit strict. Aussi inclinons-nous à admettre cette dernière application de la *fiducia cum amico*, tandis que nous croyons devoir repousser la première.

3. *Caractère commun aux applications anormales de la fiducia cum amico.* — Ces applications s'écartent du droit commun de la *fiducia cum amico*, en ce qu'elles ne présentent pas le caractère de révocabilité au gré du *fiduciæ* dans: aucun texte en effet ne fait ici allusion à ce caractère; c'est donc qu'il fait défaut. Ce résultat s'explique d'ailleurs aisément; il tient à ce que dans ces applications de la *fiducia cum amico*, comme dans la *mancipatio servi cum fiducia intra certum tempus*, qui rejette aussi en principe le caractère de révocabilité (Loi 18, Dig., 39, 5. *De donationibus*), l'intention libérale n'existe pas seule,

elle apparaît liée à un intérêt purement pécuniaire. Dans la *dotis recepticiæ datio*, la dot est constituée moins en vue de gratifier le mari, qu'en vue de subvenir aux charges du mariage; c'est d'une manière générale que le mari est réputé acquérir la dot à titre onéreux (Frag. Vatic., § 105; loi 9, § 1, Dig., 12, 4, *De cond. causa data...*; loi 69, § 6, et loi 78, § 5, Dig., 23, 3, *De jure dotium*; loi 19, Dig., 44, 7, *De obligat. et actionibus*); dès lors ce point de vue devait exercer son influence ici comme partout ailleurs. Quant aux opérations fiduciaires que nous avons qualifiées accessoires, si toutefois elles doivent être admises, nous avons vu qu'elles se rapprochent au moins autant de la *fiducia cum creditore* que de la *fiducia cum amico*, et que si elles doivent être rangées dans ce dernier domaine, cela tient non pas au but cherché par les parties, mais surtout à la qualité respective de ces parties elles-mêmes.

IV

LA DOCTRINE DE M. HECK.

1. Ce n'est pas sans de grandes hésitations que nous avons admis l'existence des opérations fiduciaires que nous avons qualifiées d'accessoires: nos doutes proviennent de ce fait que ces opérations participent infiniment moins de la *fiducia cum amico*, qui suppose entre les parties des relations d'affection, que de la *fiducia cum creditore* qui n'implique entre elles que des relations d'affaires.

C'est cette même idée qui domine, à un bien plus haut degré encore, puisqu'elle y domine presque exclusivement, dans la doctrine que nous allons examiner. Faisant entièrement fi de la doctrine universellement admise jusqu'ici, M. Heck (1), s'est proposé d'établir d'abord que la *fiducia cum amico* a servi à réaliser une sûreté réelle (*ein Pfandgeschäft*), et ensuite qu'elle n'a jamais eu que cette seule fonction économique : s'il en était ainsi, le chapitre que nous venons d'écrire devrait être entièrement biffé ; en un mot, M. Heck aboutit à nier l'existence de la *fiducia cum amico*, puisque pour lui celle-ci n'est qu'une variété de la *fiducia cum creditore*. Mais cette doctrine, nous ne craignons pas de le dire, n'a qu'un mérite, celui de l'originalité.

Et d'abord comment M. Heck cherche-t-il à établir le premier point de son système ? quels arguments invoque-t-il pour tenter de démontrer que la *fiducia cum amico* a servi à réaliser une sûreté réelle ? Dans les sources, dit l'auteur (2), on ne rencontre l'expression *fiducia cum amico* (*contrahitur*) que dans un seul passage ; c'est Gaius (II, §§ 59, 60) qui l'emploie en mentionnant une *usureceptio ex fiducia* parmi les cas d'*usureceptio lucrativa* ; d'après l'opinion courante, Gaius placerait là la *fiducia cum creditore* en opposition et en contraste avec la *fiducia amicitiae*, et des mots « *quo tutius nostræ res apud eum...* » on conclut que cette dernière joue le rôle de *depositum* ; contre cette conception M. Heck pense qu'il peut faire valoir des

1. L. c., n. 11.

2. L. c., n. 11, p. 84.

objections considérables : la différence dans le but de ces deux opérations n'apparaît en aucune façon, selon lui, dans les mots employés par Gaius ; c'est ainsi notamment que Gaius dans les deux cas désigne l'opération par une seule et même expression, *fiducia* ; pour M. Heck (1), les mots « *quo tutius* » sont susceptibles d'une interprétation tout autre ; dans la *fiducia cum creditore*, la *res fiduciaria* est dans le plus grand danger par suite du droit absolu de disposition qu'a sur elle le créancier ; au contraire, dans la *fiducia cum amico*, elle est dans la plus grande sécurité « *quo tutius* » ; en effet, la *fiducia cum amico* aurait été comme la *fiducia cum creditore* une sûreté réelle, mais la personne rendue propriétaire au lieu d'être le créancier aurait été une personne de confiance, la *mancipatio* aurait été subordonnée au paiement de la dette non pas à l'*amicus* mais à un tiers, le *creditor* ; dès lors, continue l'auteur (2), le passage de Gaius s'explique beaucoup plus facilement ; car il nous présente comme une différence de situation juridique ce fait que contre le créancier l'*usureceptio* ne peut procéder régulièrement qu'après le paiement de la dette, tandis qu'elle peut procéder contre l'*amicus* sans condition et dans tous les cas ; cette condition de faveur faite à l'*usureceptio* dans la *fiducia cum amico* est expliquée dans la doctrine courante par cette remarque que l'ami n'a aucun intérêt propre à conserver la propriété, et que la perte de celle-ci ne lui

1. L. c., n. 11, p. 85.

2. L. c., n. 11, p. 86.

fait subir aucun dommage, tandis qu'il en serait différemment pour le créancier si l'*usureceptio* pouvait procéder contre lui avant qu'il soit payé ; mais M. Heck considère cette explication comme insuffisante parce qu'il y a des cas de *fiducia cum amico* où l'on voit apparaître l'intérêt de l'ami à ne pas être dépouillé de la propriété, comme dans le *commodat*, la *donatio mortis causa*, et la *manumissio servi ex fiducia*, et que cependant même dans ces cas l'*usureceptio* peut procéder immédiatement, Gaius ne connaissant aucune exception à son principe. Aussi d'après l'auteur le créancier était pourvu d'une sûreté par suite de la protection qu'il trouvait dans la personne même de l'ami qui s'engageait envers lui ; ce n'est pas le créancier, c'est seulement l'ami qui perdait par suite de l'*usureceptio*, et il faut penser que l'*amicus mancipio accipiens* était le plus ordinairement un *argentarius*.

Voilà la première base sur laquelle s'appuie M. Heck ; elle nous paraît aussi fragile que possible : tout d'abord, contrairement à son affirmation, les expressions différentes *fiducia cum amico*, *fiducia cum creditore* employées par Gaius n'éveillent-elles pas au plus haut degré la notion de la différence dans le but auquel devaient tendre ces deux opérations ? En outre est-il vrai que l'explication que l'auteur donne de la condition de faveur de l'*usureceptio* dans la *fiducia cum amico* soit préférable à l'explication de la théorie traditionnelle ? Nous pensons tout le contraire : si l'*usureceptio* dans la *fiducia cum amico* peut procéder immédiatement contre l'ami, même dans les cas où il semble que celui-ci aurait un intérêt per-

sonnel à conserver la propriété, c'est que ce résultat dérive de la même idée qui nous a servi à expliquer pourquoi dans ces mêmes cas la *condictio ob rem dati* peut elle aussi procéder immédiatement ; c'est l'idée de révocabilité qui est inhérente aux diverses applications de la *fiducia cum amico*, en principe tout au moins. Et d'ailleurs comment M. Heck conçoit-il le fonctionnement pratique de la *fiducia cum amico*, telle qu'il la conçoit, c'est-à-dire comme une variété de la *fiducia cum creditore* ? Il ne nous paraît pas très explicite à cet égard : le créancier n'est pas rendu propriétaire de la *res fiduciaria*, de ce chef, par conséquent il n'acquiert aucune sûreté ; il faudrait donc admettre qu'il va en trouver une dans la personne de l'ami, un *argentarius*, qui s'engagerait envers lui ? Voilà, certes, ce que ne dit aucunement Gaius ; et si telle est bien la pensée de M. Heck, il ajouterait au texte beaucoup plus de choses qu'il n'en dit. Quant à l'ami, à qui d'après l'auteur est transférée la propriété de la *res fiduciaria*, l'*usureceptio* va pouvoir procéder immédiatement contre lui, car Gaius ne connaît pas d'exception au principe qu'il pose pour le cas de *fiducia cum amico*, et pourtant l'ami qui a consenti un pareil arrangement n'a-t-il pas un intérêt de premier ordre à ne pas être dépouillé et à conserver la sûreté, moyennant laquelle il a bien voulu, pour rendre service, s'engager envers autrui ? à coup sûr, voilà qui est bien plus bizarre que dans la doctrine traditionnelle. Enfin M. Heck, en disant que cet ami était le plus souvent un banquier, méconnaît une observation qui est bien générale : c'est que les prêteurs

d'argent sont rares, qui consentent à prêter pour rien. Au reste M. Heck (1) termine cet examen du passage de Gaius, en avouant franchement que cette conception nouvelle de la *fiducia cum amico*, quoique possible, n'est pour cela pas moins incertaine : et voilà la première base sur laquelle toute sa théorie est étayée !

Mais l'auteur prétend invoquer d'autres arguments : il en veut trouver d'abord dans deux textes du Digeste à propos desquels il admet une interpolation et ensuite dans la table fiduciaire Espagnole. Qu'il nous soit permis de n'examiner que le premier de ces deux arguments : nous y sommes d'autant plus autorisés que M. Heck lui-même (2) n'entend attacher au second qu'une moindre importance. Les deux textes du Digeste sur lesquels il raisonne, et dans lesquels il voit une interpolation relative à sa *fiducia cum amico*, sont les lois 34 et 39, Dig. 13, 7. *De pign. act.*, émanée la première de *Marcellus, liber singularis Responsorum*, et la seconde de *Modestin, 4 Respon-* sor. Nous avons tout d'abord à écarter cette dernière parce motif que nous ne reconnaissons dans ce texte ni interpolation, ni par suite aucune référence à la fiducie : M. Eck dans son étude sur les tablettes de Pompéï a pensé le contraire, mais M. Lenel dans sa *Palingenesia juris* (3) a repoussé cette opinion (4) ; quant à nous, nous pensons

1. *L. c.*, n. 11, p. 87.

2. *L. c.*, n. 11, p. 84.

3. Cf. Lenel *Palingenesia juris*. Tome 1, n. 294, page 743.

4. Ces deux interpolations ont été admises par M. Gradenwitz, *Zeitschrift de Grünhut*, 1891 (*Emptio ob nummos und lex com-*

qu'il y a une raison décisive pour se prononcer dans ce sens ; en effet, M. Heck qui considère comme suspecte l'expression « *contractui pignoris non obesse* » veut la remplacer par l'expression « *contractui fiduciæ non obesse* » (1) : or, nous savons que la fiducie n'a jamais été un contrat, et en effet aucun texte ne prononce les mots *contractus fiduciæ*.

Nous n'avons donc à discuter que sur la loi 34, Dig., 13, 7, que nous avons reconnue comme étant interpolée, et qui l'est certainement puisque les commissaires de Justinien y ont laissé subsister un féminin « *eam* » qui ne peut s'expliquer que si on le rapporte à la *fiducia*, et non au neutre « *pignus* ». Dans ce texte Marcellus nous présente la même personne, Titius, à la fois comme créancier et comme acheteur de la *res fiduciaria* ; c'est ce fait qui empêche M. Heck (2) de rapporter notre fragment à un exemple de *fiducia cum creditore* ; car le texte paraît contraire à ce principe qui nous est attesté par Paul (II, 13, § 3) et d'après lequel on ne peut pas acquérir sa propre chose ; et c'est ce même fait qui pousse M. Heck à rapporter notre loi 34 à la *fiducia cum amico* telle qu'il la conçoit. Dans la loi 34, dit-il, Marcellus nous parle de l'achat de la *res fiduciaria* ; l'*amicus* négocie de sa propre initiative l'acquisition par le créancier, et en fait part au débiteur : Marcellus se posant la question de savoir si ce dernier

missoria), p. 13, note 24. — Toute la théorie de M. Heck a au contraire été combattue par M. Oertmann, *l. c.* n. 13.

1. *L. c.*, n. 11, p. 94.

2. *L. c.*, n. 11, p. 88, 89, 92 et 93.

peut faire annuler la vente, il la résout négativement. Le créancier, continue l'auteur (1), bien que n'étant pas propriétaire, ne pouvait pas acheter, même résultat que dans le *pignus* et l'hypothèque ; mais l'*amicus* était comme propriétaire autorisé à manciper la *res fiduciaria* et par suite à réaliser une vente ; d'après Paul (II, 13, § 3), le débiteur avait le droit de faire annuler la vente, si le créancier se rendait acquéreur *per interpositam personam* ; par la suite, quand la *fiducia amicitiae* devint plus rare, on se demanda s'il fallait considérer l'ami comme une *interposita persona* ; c'est ainsi que se comprend la réponse négative que Marcellus donne à cette question. La jurisprudence romaine distingua avec soin suivant l'intermédiaire ; il eût été par trop inconvenant de protéger le débiteur contre les actes de son propre homme de confiance.

Voilà de quelle façon fantaisiste M. Heck explique les textes : le point de départ de ce second argument est tout à fait faux ; nous avons vu que la loi 34, Dig., 13, 7, se réfère tout naturellement à la *fiducia cum creditore*, et qu'ainsi rapportée à cette institution elle est susceptible d'une explication (2) ; toute interprétation en ce sens fut-elle impossible, nous ne pourrions pas davantage admettre le système de M. Heck ; car pour faire cadrer la loi 34 avec son opinion, l'auteur est obligé de faire subir à ce texte le remaniement suivant :

1. *L. c.*, n. 11, p. 93.

2. Cf. Première partie Chapitre III ; IV. Effets des deux éléments combinés de l'opération fiduciaire.

« *Titius, cum ob eam pecuniam, quam Sempronius cre-*
« *didit, fiduciam accepisset, futurumque esset ut eam dis-*
« *traheret creditor* ».

Mais ici il se contente d'affirmer sans même essayer de prouver; tout ce qu'il dit à ce propos (1) c'est que puisque le mot *fiducia* a été de l'avis de tous remplacé par le mot *pignus*, la corruption du texte peut bien aussi consister dans la suppression d'autres mots; en somme, il conclut d'une incorrection à une autre; ce procédé nous paraît absolument insuffisant, il n'est pas scientifique.

Ainsi les bases mêmes sur lesquelles M. Heck prétend appuyer sa doctrine font entièrement défaut. Le premier point qu'il voulait établir n'est donc nullement établi; dès lors nous pourrions nous dispenser d'examiner le second point de sa doctrine, puisque le point de départ est inexact; en effet, il est évident que puisque la *fiducia cum amico* n'a jamais été une variété de la *fiducia cum creditore*, il n'y a même pas lieu de se demander si la *fiducia cum amico* n'a pu avoir que cette unique application, comme le veut M. Heck. Nous allons pourtant examiner rapidement ce second point; de cette façon nous pourrions mieux encore nous rendre compte de la fausseté du système envisagé dans son ensemble.

2. Croyant donc avoir établi d'une façon irréfutable que la *fiducia cum amico* a été une variété de la *fiducia cum creditore*, M. Heck cherche à prouver qu'elle n'a pu avoir aucune autre application (2)..

1. L. c., n. 11, p. 92.

2. L. c., n. 11, p. 101 à 138.

L'auteur commence par se mettre en face des arguments invoqués par ses adversaires, et il range ceux-ci en trois catégories : α . L'emploi large du mot *fiducia*, β . le passage de Boèce relatif à la *fiducia cum amico*, γ . L'existence prétendue de seize fragments du Digeste interpolés et relatifs à des applications de la *fiducia cum amico* autres que la *fiducia cum amico*, variété de la *fiducia cum creditore*.

α . *L'emploi large du mot fiducia*. — Ce mot se rencontre dans le droit familial : *coemptio fiduciae causa* ou *fiduciaria* (Gaius, I, §§ 114 et 115); *tutela fiduciaria* et *tutor fiduciarius* (Gaius, I, §§ 115 et 195b); *fiduciam contraxerint* (Ulpien 13 *ad Sabinum*, loi 1, § 15, Dig., 38. 17, *Ad sn. co. Tertull. et Orphit.*) ; il se trouve aussi dans le droit successoral : *heres fiduciarius*, *hereditas fiduciaria* (loi 46 et loi 49 pr. Dig., 36, 1. *Ad. sn. cons. Trebell.* ; loi 9, § 1, Dig., 12, 1. *De rebus creditis*). M. Heck croit trouver la nécessité de reconnaître que la *fiducia cum amico* a été inapplicable dans toutes ces hypothèses dans les considérations suivantes : d'abord la terminologie employée dans le droit familial et dans le droit successoral conduit à repousser la sanction de l'*actio fiduciae* ; en effet dit l'auteur d'après l'opinion dominante elle-même, la femme pour sortir de la *manus* de son *coemptionator* n'avait pas un *judicium civile* ; en outre, l'*actio fiduciae* est refusée par Papinien pour le cas de la *mancipatio* d'un homme libre (*Collatio legum. Mos. et Rom.*, II, ch. 3, § 1) ; enfin il est également hors de doute que jamais l'*heres fiduciarius* n'a pu être actionné que par l'*actio fiduciae* ; ensuite, dit

M. Heck, Gaius (II, §§ 59, 60) rapproche pour les mettre en opposition la *fiducia cum creditore* et la *fiducia cum amico* ; si deux modes essentiellement différents de *fiducia cum amico* existaient, Gaius n'aurait pas pu les réunir sous une seule dénomination pour opposer celle-ci à la *fiducia cum creditore*.

Cet essai de réfutation nous paraît bien faible : en premier lieu, ce fait qui est du reste exact à notre avis, que la fiducie dans le droit des personnes n'a jamais eu pour sanction l'*actio fiduciæ* est tout à fait impuissant à prouver que la fiducie elle-même n'a jamais pu être employée dans cette branche du droit ; il peut seulement servir à établir que là la seule sanction consistait dans une *cognitio extra ordinem*, c'est ce que nous avons admis ; il faut en dire autant en ce qui touche l'*hereditas fiduciaria*, c'est un point que nous aurons à établir dans le chapitre suivant ; en second lieu, la conclusion que M. Heck veut tirer de l'opposition qui est faite par Gaius entre la *fiducia cum amico* et la *fiducia cum creditore* n'est pas moins fausse : en effet cette argumentation a sa base dans ce point de départ que la *fiducia cum amico* a été une variété de la *fiducia creditore* ; ce raisonnement contient donc en réalité une pétition de principe ; en outre nous pouvons nous servir du raisonnement de M. Heck pour le réfuter lui-même ; il n'y a qu'une seule application de *fiducia cum amico*, soit ; mais c'est précisément pour cette raison, ou du moins c'est un motif de plus pour nous, pour repousser la doctrine de M. Heck, et pour n'admettre que l'existence

de la *fiducia cum amico* qui suppose entre les parties des relations d'affection, sans jamais croire à l'existence de cette sorte de *fiducia cum amico* qui n'aurait été qu'une variété de la *fiducia cum creditore*; en un mot, le raisonnement de M. Heck se retourne contre lui-même; Gaius (II, §§ 59, 60) rapproche et met en opposition la *fiducia cum amico* et la *fiducia cum creditore*; si deux modes essentiellement différents de *fiducia cum amico* existaient Gaius n'aurait pas pu les réunir sous une seule dénomination pour opposer celle-ci à la *fiducia cum creditore*; c'est pour cela, dit M. Heck, qu'il faut admettre l'existence de la *fiducia cum amico*, sorte de sureté réelle, et repousser l'existence de toute autre application de la *fiducia cum amico*; c'est pour cela, disons-nous aussi, qu'il faut admettre l'existence de la *fiducia cum amico* qui suppose entre les parties des relations d'affection, et repousser l'existence de cette *fiducia cum amico* variété de la *fiducia cum creditore*.

β. Le passage de Boëce, in *Ciceronis Topica*, c. 10. — Ce texte va absolument à l'encontre du système de M. Heck; car il est formel pour affirmer le rôle de la *fiducia cum amico* dans sa fonction économique de dépôt. Mais M. Heck nous dit que Boëce n'était qu'un interprète; dès lors il n'hésite pas à préférer sa propre autorité à celle de Boëce; c'est à cela en somme que se réduit son essai de réfutation; quant à nous, nous n'hésitons pas non plus, mais nous préférons en sens inverse l'autorité de Boëce.

γ. L'existence prétendue de seize fragments du Digeste

interpolés et relatifs à la *fiducia cum amico*. — M. Heck use ici de nouvelles subdivisions dans lesquelles l'exposé sommaire que nous faisons de sa doctrine ne nous permet pas de le suivre. Parmi les textes qu'il essaye de réfuter, il importe avant tout de faire une séparation : en effet, il en est quelques-uns, parmi eux, dont l'interpolation et la référence à la fiducie ne sont admis que par M. Voigt (1) et ont été repoussées par M. Lenel dans sa *Palingenèsia juris*, dès lors nous ne les rapportons pas à la fiducie, et par suite nous n'avons pas à propos d'eux à discuter la doctrine de M. Heck ; ils doivent être mis purement et simplement hors du débat. Il faut en dire autant de deux textes, la loi 12, Dig. 38, 5 émanée de *Javolenus 3 Epistolarum*, et la loi 14, Dig. 42, 8 extraite d'Ulpien, 6 *Disputat.*, dont l'interpolation a été admise par M. Gradenwitz (2), mais repoussée par M. Lenel dans sa *Palingenèsia juris* (3).

Nous restons donc en présence de textes dont l'interpolation et la référence à la fiducie ont été découvertes par M. Lenel, ou découvertes par d'autres, tels que MM. Keller et Gradenwitz et admises par M. Lenel. Plusieurs de ces fragments se rapportent à la *mancipatio servi cum fiducia* (Julianus, 13 Digest., — loi 30, Dig., 17, 1. *Mandati* ; Gaius, 9, *ad Edict.*, *provinc.*, — loi 27, § 1, Dig., 17, 1. *Mandati* ;

1. *L. c.*, n. 9.

2. *L. c.*, n. 12.

3. Cf. Table de concordance Lenel Gradenwitz. Table C, n. 7 et 8.

Ulpianus, 2 *Disputat.* — loi 5, § 1, Dig., 12, 4. *De cond. causa data* ; Ulpianus, 71 *ad Edictum*, — loi 18, § 1, Dig., 39, 5. *De donationibus*) ; d'autres se rapportent à la *fiducia cum amico* dans son rôle de *depositum* ou de *commodatum* (Africanus, 8 *Quæstion.* — loi 31, Dig., 13, 7. *De pign. act.* ; Pomponius, 26 *ad Sabinum*, — loi 6, Dig., 45, 3, *De stipulat. servorum*) ; un autre enfin est relatif à la *fiducia cum amico* réalisant une *donatio mortis causa* (Papinianus, 13 *Respons.* — loi 42, Dig., 39, 6. *De mortis causa donat.*) Comment M. Heck cherche-t-il à nier toutes ces découvertes ? Quant aux textes relatifs à la *mancipatio servi cum fiducia*, il rapporte les trois premiers au mandat et non à la fiducie, et il pense que le quatrième entendait parler non pas d'un *pactum fiduciæ*, mais d'une stipulation pénale. Mais le texte qui est de beaucoup le plus embarrassant pour sa théorie, c'est la loi 30, Dig., 17, 1 ; M. Lenel, dit M. Heck, a démontré que Julien dans son livre 13, duquel est extrait notre fragment, traitait de la fiducie à côté du dépôt, et que dans son livre 14 il traitait du mandat ; aussi l'auteur que nous combattons, voulant à tout prix rapporter notre loi 30 au mandat et non à la fiducie, cherche à établir que Julien avait commencé à traiter du mandat dans son livre 13, de sorte que dans ce livre il aurait traité de trois institutions différentes, dépôt, fiducie et mandat ; de cette façon M. Heck finit par nier la découverte de M. Lenel qu'il avait commencé par reconnaître ; entre la méthode si sûre de M. Lenel et la méthode si conjecturale de M. Heck, l'interprète a à opter ; pour nous notre choix est tout fait en faveur de la théorie de M. Lenel.

En ce qui touche les textes relatifs au rôle de la *fiducia cum amico* réalisant un dépôt ou un prêt à usage, M. Heck cherche à établir qu'ils doivent être rapportés non à la fiducie, mais à une autre institution, le *receptum*; cette nouvelle conjecture ne nous paraît pas plus vraisemblable que les précédentes; ainsi on ne comprendrait guère que dans la loi 31, Dig., 13, 7, Africain ait rapproché le *receptum* du *pignus* pour donner une solution commune à ces deux institutions, tandis que ce même fait se comprend à merveille si l'on pense que dans ce fragment le jurisconsulte rapprochait la *fiducia cum creditore* réalisant un *pignus* de la *fiducia cum amico* réalisant un *depositum* ou un *commodatum*. Enfin quant à la loi 42, Dig., 39, 6, que M. Keller et à sa suite beaucoup d'auteurs rapportent à la *fiducia cum amico* dans son rôle de *donatio mortis causa*, M. Heck pense qu'elle faisait allusion non à l'*actio fiduciæ*, mais à l'*actio præscriptis verbis*; cette opinion doit tomber devant cette observation que les jurisconsultes romains ne désignent jamais cette action sous l'expression « *bonæ fidei iudicium* » pas plus que sous l'expression « *actio præscriptis verbis* », mais uniquement sous l'expression « *actio civilis, actio incerti* »; sans doute cette dénomination était très générale et elle pouvait entraîner la confusion avec la *condictio* et l'*actio ex stipulatu*; mais le fait n'est pas moins certain; il n'y a non plus aucun argument à tirer, comme le fait M. Heck, de ce fait qu'en général le mot « *iudicium* » et particulièrement les mots « *iudicium bonæ fidei* » n'ont pas été maintenus dans le Digeste par les compilateurs, ainsi que l'a montré M. Graden-

witz (1); il n'y a pas à dire comme Heck que s'il s'était agi de l'*actio fiduciæ*, les commissaires de Justinien auraient écrit « *bonæ fidei actio* », car cette remarque pourrait s'appliquer aussi bien à l'*actio ræscriptis verbis* désignée par l'expression « *bonæ fidei iudicium* » qu'à l'*actio fiduciæ* désignée par cette même expression; la vérité c'est que la loi 42, Dig., 39, 6, est l'un des rares textes dans lesquels les compilateurs ont oublié de faire la correction.

Ainsi la doctrine de M. Heck échoue sur tous les points; elle doit donc être repoussée entièrement et sans hésitation: il peut même paraître surprenant qu'un auteur n'ait pas craint de nier l'existence de découvertes qui a été si solidement assise par des jurisconsultes d'une autorité considérable; sans doute M. Heck ont été fortement frappé de la difficulté d'interprétation que présente la loi 34, Dig., 13, 7; son système nous semble avoir été conçu *a priori* en vue de trouver une explication de ce texte, et les arguments donnés à l'appui ne nous apparaissent en quelque sorte que comme des prétextes trouvés après coup.

1. *L. c.*, n. 5, p. 104, 105, 107.

CHAPITRE IV

MANCIPATIO FAMILIÆ CUM FIDUCIA.

1. Notions préliminaires. — II. Exposé de notre théorie dans son ensemble. — III. Justification de notre théorie. — IV. Conclusion sur ce sujet.

BIBLIOGRAPHIE

1. Lange, Römische Alterthümer, tome 1, § 36. Jus testamenti factionis et hereditatum, pag. 137 et 138.
2. Geny. Étude sur la fiducie, thèse de Nancy, 1885, page 19, note 25, page 48, et page 113, notes 206 et 207.
3. Bechmann. Der Kauf, tome 1, § 35, page 297.
4. Voigt. Die XII Tafeln, tome 2, § 86, page 179, note 33.
5. Accarias. Précis de droit romain, tome 1,
 - α. § 321, page 850,
 - β. § 321 *bis* α., pag. 854 et 855,
 - γ. § 62, page 150, note 1.
6. Ihering. L'esprit du droit romain, trad. de Meulenaere,
 - α. tome 3, § 52, page 223, note 244,
 - β. tome 4, § 62, page 113, note 166 ; et § 67, page 265.
7. Cuq. Nouvelle revue historique, tome 10. Recherches historiques sur le testament per æs et libram, pag. 557 à 563 et surtout page 561, note 2.
8. Greif. De l'origine du testament romain, thèse de Paris, 1888, pag. 140 à 144.

9. Gide. Revue de législation, tome 1, Un pactum fiduciæ, page 86.
10. Rudorff. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 11, Ueber die bætische Fiduciartafel, page 75.
11. Ubbelohde. Zur Geschichte der benannten Realcontracte, § 24, page 55.
12. Hâlder. Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes, pag. 58 et 59.

I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

1. L'application de la fiducie qui va nous occuper est encore un cas de *fiducia cum amico* ; mais elle mérite une étude séparée et plus approfondie que les autres ; car on peut dire sans exagérer que le silence des auteurs sur cette question est à peu près complet. Toutefois, à propos d'un point différent du fidéicommiss il est vrai, M. Lange (1) a émis sur la *mancipatio familiæ cum fiducia* une opinion qui n'a été admise dans son entier par aucun auteur, et qui cependant à notre avis contient une part de vérité, que M. Cuq (2) est à peu près seul à avoir aperçu. Seul entre tous, M. Geny (3) paraît avoir entrevu la véritable question ; mais il n'a fait que l'entrevoir, il s'est gardé d'entrer dans aucun développement à cet égard.

1. L. c., n. 1.

2. L. c., n. 7.

3. L. c., n. 2.

2. Ce sont les deux idées suivantes, combinées entre elles, qui dominent toute cette matière : d'une part, la forme du testament et celle du fidéicommiss ont exercé l'une sur l'autre une action réciproque ; et d'autre part, tandis que la forme primitive du testament continua à entraîner des conséquences importantes pour l'ensemble des règles du droit testamentaire, même après qu'elle eut été transformée, au contraire la disparition de la forme originaire du fidéicommiss, qui était basée sur la bonne foi, permit d'adopter sous certains rapports des règles plus conformes à cette base elle-même.

II

EXPOSÉ DE NOTRE THÉORIE DANS SON ENSEMBLE.

A. *Première période.* — 1. Lorsque le testament *per æs et libram* s'implanta à côté du testament *calatis comitiis* et du testament *in procinctu*, pour la plus grande commodité du testateur, il revêtit la forme d'une vente fictive du patrimoine faite par le testateur à l'héritier lui-même : c'est la *mancipatio familiæ* (Gaius, II, § 102).

2. Le *familiæ emptor* ainsi constitué héritier, recevait du testateur l'injonction d'acquitter les charges de l'hérédité « *namque olim familiæ emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet* » (Gaius, II, § 103 *in medio*). Cette obli-

gation pesait sur le *familiæ emptor*, non pas comme l'a dit M. Accarias (1) en vertu d'une sorte de pacte adjoint à la *mancipatio familiæ* qu'aurait sanctionné le fragment de la table VI des Douze Tables « *Cum nexum mancipiumve faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* », mais en vertu d'une autre disposition impérative de la loi des Douze Tables, écrite dans un fragment de la Table V « *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* ». Nous avons déjà réfuté l'opinion qui croit voir dans la loi des Douze Tables une sanction légale donnée aux conventions accessoires à une *datio*; mais cette opinion fut-elle vraie, elle serait à coup sûr inacceptable ici : la table VI en effet n'est relative qu'à des actes tout à fait différents du testament primitif, *nexum*, *mancipatio*, *coemptio*, etc., le fragment de la table VI « *Cum nexum mancipiumve faciet...* » ne concerne donc pas le testament; au contraire, la table V est presque tout entière consacrée à la matière des hérédités, et sans nul doute c'est le fragment de la table V « *Uti legassit...* » qui sanctionne les legs.

B. — *Seconde période.* — Mais cette forme primitive devait peu à peu devenir de plus en plus gênante : elle était orale, et à ce titre présentait mille dangers; la vie du testateur elle-même était mise en péril, parce que la *familiæ emptor* était l'héritier lui-même; le testament devint donc écrit, d'oral qu'il était; il subsista néanmoins sous la forme d'une *mancipatio familiæ*, mais désormais

1 L. c., n. 5, β.

la *familiae emptor* et l'héritier institué furent toujours distincts l'un de l'autre; comme nous l'apprend Gaius (II, § 103), l'acheteur fictif de l'hérédité ne fut plus qu'un « *familiae emptor dieis gratia, propter veteris juris imitationem.* »

2. Si maintenant l'on se demande quel rôle il convient d'assigner à un *pactum fiduciae* adjoint à la *mancipatio familiae*, vers quelle solution devra-t-on pencher? D'après M. Lange (1), un *pactum fiduciae* accompagnait la *mancipatio familiae*, et faisait aussi peser sur le *familiae emptor* la charge des legs; plus tard quand l'*emptor familiae* devint un simple *emptor familiae dieis gratia*, le même usage se maintint tout naturellement pour imposer à cet acheteur doublement fictif de l'hérédité l'obligation morale de restituer cette hérédité au véritable héritier institué dans le testament écrit. Cette doctrine est repoussée par presque tous les auteurs qui se sont occupés de la question, par MM. Bechmann (2), Voigt (3) et Geny (4): d'après eux, la propriété immédiatement après la mort du testateur passait de plein droit de la tête du *familiae emptor dieis gratia* sur celle de l'héritier institué. Quelles raisons donnent-ils à l'appui de leur opinion? C'est d'abord que nulle part les textes ne désignent la *mancipatio familiae* comme une mancipation fiduciaire; c'est ensuite que la charge des legs pesait sur le *familiae emptor* en

1. L. c., n. 1.

2. L. c., n. 3.

3. L. c., n. 4.

4. L. c., n. 2, page 48.

vertu du fragment de la loi des Douze Tables « *Uti legassit...* », et non en vertu d'un pacte de fiducie ou d'un pacte quelconque adjoint à la mancipation. Ces raisons nous semblent insuffisantes pour détruire dans son entier la théorie de M. Lange : quant à la première, elle repose sur une remarque toute négative, et par suite elle est dénuée de force, d'autant plus que les termes employés par Gaius (II, § 102, *in fine*, et § 103, *in medio*), sont plutôt, quoi qu'on ait pu dire, favorables à l'opinion de M. Lange (1), du reste n'avons-nous pas déjà remarqué que Gaius (I, § 134) s'abstient de mentionner le *pactum fiduciæ* dans des cas où il intervient certainement dans le droit des personnes, c'est une observation sur laquelle M. d'Ihering (2) a insisté; quant à l'autre motif, il ne parvient, croyons-nous, qu'à détruire en partie cette doctrine.

La seule erreur de M. Lange à notre avis a été de faire remonter trop haut dans l'histoire une idée qui est juste pour une période postérieure; voici quelle a dû être la marche des institutions juridiques : la *mancipatio familiæ*, lorsqu'elle était faite à l'héritier lui-même, alors que le testament était purement oral, n'eut jamais lieu *cum fidu-*

1. C'est la remarque de M. Hölder (*l. c.*, n. 12) qui a admis la théorie de M. Lange; d'après M. Hölder, il résulte d'un passage de Gaius que la *mancipatio familiæ* ne créait aucune obligation juridique; ... c'était une sorte de *fideicommissum* qui ne trouva pendant longtemps sa protection que dans un *pactum fiduciæ*.

2. *L. c.*, n. 6, α.

cia en vue de sanctionner l'obligation de l'héritier d'acquiescer les legs ; pourquoi, en effet, le testateur aurait-il employé un procédé consistant à n'imposer au *familiæ emptor* qu'un pur devoir de conscience, alors qu'il puisait dans la loi elle-même, en vertu du principe « *Uti legassit...* » le droit de lui imposer une obligation juridique ? Sur ce point, la critique des auteurs contraires à M. Lange porte tout à fait juste ; mais la *mancipatio familiæ cum fiducia* dut s'introduire lorsque le *familiæ emptor* ne fut plus qu'un *familiæ emptor dicis gratia* ; lorsque le testateur voulut empêcher son héritier de connaître son institution, et qu'il désira faire un testament écrit, visant ainsi un but que la loi à elle seule ne lui permettait pas d'atteindre, il dut employer un moyen détourné pour y parvenir ; un moyen détourné pour remédier aux lacunes de la loi, n'est-ce pas là l'un des caractères juridiques fondamentaux de la fiducie ? et d'ailleurs par quel autre moyen qu'un *pactum fiduciæ*, le testateur aurait-il pu atteindre son but ? Admettre que l'obligation du *familiæ emptor dicis gratia* de restituer l'hérédité à l'héritier institué par écrit tire sa source de la *nuncupatio* solennelle prononcée par le testateur, et de la réponse solennelle de ce *familiæ emptor* (Gaius, II, § 104), cela serait tout à fait contradictoire, étant donné que l'on se refuse comme nous, à voir la sanction des dernières volontés du défunt dans le fragment. « *Cum nexum mancipiumve faciet...* » et qu'on la trouve uniquement dans le fragment « *Uti legassit...* » ; dans le cas présent, l'un comme l'autre de ces deux principes étaient inapplicables ; la pratique dut cher-

cher ailleurs sa satisfaction ; elle la trouva dans l'adjonction d'un *pactum fiduciæ* à la *mancipatio familiæ*. Cette opinion est repoussée par presque tous les auteurs, notamment par M. Greif (1) ; elle a été admise par un seul auteur, M. Cuq (2), qui toutefois ne donne aucun motif à l'appui. Comment donc la pratique eut-elle l'idée d'utiliser ce procédé ? C'est ce que nous allons voir.

3. Quant au fidéicommiss, existait-il déjà depuis longtemps sous cette même forme ? Un *pactum fiduciæ* adjoint à la *mancipatio familiæ* n'aurait joui, ici comme dans le cas précédent, d'aucune sanction légale ; il n'eût entraîné qu'un pur devoir de conscience, garanti à la vérité par le sentiment vivace à cette époque de piété respectueuse pour les dernières volontés du défunt ; mais, même avec ce caractère imparfait, ce n'est pas à une époque très reculée que la *mancipatio familiæ cum fiducia* dut s'introduire en vue de sanctionner le fidéicommiss. C'est qu'en effet les besoins pratiques ne s'en faisaient aucunement sentir : le principe de la loi des Douze Tables « *Uti legassit...* » était absolu et général ; le testateur avait dans son libre droit de disposer à titre de legs un moyen amplement suffisant de faire respecter ses diverses combinaisons et de donner le cours le plus large à ses affections. Aussi bien est-il à peu près certain que le fidéicommiss ne date pas de cette époque.

4. Il est plus récent, et il fut vraisemblablement ima-

1. *L. c.*, n. 8.

2. *L. c.*, n. 7.

giné en vue de tourner les restrictions gênantes édictées par les lois *Furia testamentaria* (571 de R. ?) et *Voconia* (585 de R.) ; telle est du moins l'origine que lui assigne M. d'Ihering (1) ; c'est alors, croyons-nous, qu'un *pactum fiduciæ* dut être adjoint à la *mancipatio familiæ* pour imposer au *familiæ emptor* un devoir de conscience, et pour lui faire une sorte de point d'honneur de mettre à exécution les volontés du testateur qui voulait s'insurger contre les lois restrictives du droit de disposer par voie de legs : c'est là le fideicommiss dans sa forme originale. C'est là aussi la *mancipatio familiæ cum fiducia* dans sa première application ; le fidéicommiss sous cette forme a dû précéder le testament écrit, et c'est la forme du fideicommiss qui a dû influencer sur la forme même du testament : c'est elle qui donna l'idée au testateur de choisir comme *familiæ emptor* un autre que son propre héritier ; le testament sous la forme d'une *mancipatio familiæ cum fiducia* telle que nous l'avons décrite n'éveille-t-elle pas en effet d'un fidéicommiss, puisque le *familiæ emptor* est tenu dans sa conscience de restituer immédiatement après la mort du testateur l'hérédité dont il était le titulaire apparent en vertu de la *mancipatio* à celui qui en était le titulaire véritable en vertu des tablettes du testament ? c'est là ce dont convient M. Voigt (2) lui-même, bien qu'il repousse notre opinion. Cette pratique consistant à choisir un *familiæ emptor dicis gratia* ne semble pas en effet très

1. L. c., n. 6β

L. c., n. 4.

ancienne, et pourtant elle paraît remonter au delà de l'époque classique ; c'est là du moins ce dont convient M. Accarias (1). Notre affirmation sur ce point paraîtra sans doute plus vraisemblable, lorsque nous aurons justifié la théorie que nous nous bornons à exposer en ce moment.

C. — *Troisième période.* — 1. *La mancipatio familiae*, qui était une vente fictive, et qui comme telle avait le caractère bilatéral, entraîna jusqu'à la fin du droit romain par suite de ce caractère des conséquences considérables : c'est notamment de cette idée que découle la règle d'après laquelle c'est à l'époque de la confection du testament qu'il faut se placer pour apprécier la validité du testament et la capacité impliquée dans la *testamentifactio*, (2). Néanmoins la forme du testament avait changé : dès le moment où la pratique consistant à choisir un *familiae emptor dicis gratia* s'introduisit, de sorte que la *mancipatio familiae* ne fut plus sérieuse, il devint facile de voir que toute la force du testament résidait dans l'écrit, c'est-à-dire dans la seule volonté du testateur ; dès lors le testament prétorien fut imaginé ; le testament devint un acte unilatéral. La forme du fidéicommiss avait exercé son influence sur celle du testament ; à son tour la forme du testament réagit sur celle du fidéicommiss.

2. C'est en effet cette évolution historique qui explique

1. *L. c.*, n. 5 β

2. Accarias, *L. c.*, n. 5 β.

comment la forme du fidéicommiss fut, elle aussi, amenée à se modifier : autrefois le fidéicommiss découlait du *pactum fiduciæ*, de la convention des parties ; maintenant il réside uniquement dans la volonté du testateur : « *Peto, rogo, volo, fideicommitto* », telles sont les formules qu'il emploie (Gaius, II, § 249).

3. Dès lors à divers points de vue le fidéicommiss se rapprochait du legs : comme lui il réside uniquement dans la volonté du défunt ; le legs tire sa force obligatoire d'une disposition de la loi « *Uti legassit* ... », le fidéicommiss d'une décision impérative de l'Empereur Auguste qui a valeur légale (Gaius, I, § 6).

Voilà notre théorie : elle peut, pensons-nous, se justifier par l'examen des textes, et par celui des nombreuses ressemblances qui existent entre le fidéicommiss et la fiducie ; elle peut expliquer les différences qui séparent ces deux institutions ; elle est enfin capable de rendre compte de certaines particularités propres au fidéicommiss du droit nouveau.

III

JUSTIFICATION DE NOTRE THÉORIE.

A. — *Examen des textes.* — 1. Tout d'abord certains textes viennent à l'appui de notre opinion : les fragments suivants en effet donnent à l'héritier grevé le nom d'*heres fiduciarius*, et à l'hérédité grevée l'appellation d'*hereditas fiduciaria*. C'est la remarque qu'ont déjà faite

M. Ubbelohde (1) et M. Geny (2), mais sans en tirer aucun profit :

α. Loi 46 (édit. Freiesleben), loi 48 (édit. Mommsen), Dig., 36, 1, *Ad sn. co Trebellianum*.

β. Loi 67 ou 69, (suivant les édit.) § 3, *eod. loc.*

γ. Loi 9, § 1, Dig., 12, 1. *De rebus creditis*.

2. Comment donc comprendre ces expressions « *heres fiduciarius* », « *hereditas fiduciaria* », si l'on se refuse à leur assigner pour origine un *pactum fiduciæ*? Dans notre opinion au contraire ces termes s'expliquent d'eux-mêmes et il n'y a pas lieu de s'étonner de les trouver dans la bouche de jurisconsultes du III^e siècle après J.-C., c'est-à-dire d'une époque où depuis longtemps l'usage de la *mancipatio familiæ cum fiducia* avait disparu, l'expression existait parce qu'elle se rapportait à un état antérieur de la législation, elle fut conservée bien que ne correspondant plus à rien de réel ; les phénomènes de ce genre ne sont pas rares en droit romain, il suffira peut être de citer à ce propos l'exemple de l'*adrogatio* qui d'après Gaius (I. §§§ 98, 99 et 102) se fait encore *per populum*, quoique les comices aient bien avant l'époque à laquelle vivait ce jurisconsulte été remplacés par trente licteurs.

C'est à notre avis une erreur manifeste et bien singulière, de se figurer, comme semble le faire M. Geny (3),

1. *L. c.*, n. 11.

2. *L. c.*, n. 2.

3. *L. c.*, n. 2.

que le fidéicommiss a pu trouver naissance dans la fiducie, en dehors d'un pacte de fiducie adjoint à une *datio*. En examinant la nature juridique de la fiducie, nous avons insisté à dessein sur ce fait que la fiducie ne se conçoit pas en dehors d'un *pactum fiduciæ* adjoint à une *datio* ; ce n'est pas une convention indépendante de tous points et se suffisant à elle-même, c'est une convention accessoire à un acte solennel, et dépendante de cet acte dans son existence même ; le fidéicommiss serait donc la seule exception à cette règle générale ; cela est-il croyable ? Ne sommes-nous pas maintenant à notre tour en droit de demander des preuves ? Jusqu'à ce que ces preuves soient fournies, l'argument que nous tirons de ces textes nous paraîtra solide.

B. — *Ressemblances entre le fidéicommiss et la fiducie.* — Les textes viennent de nous montrer que le fidéicommiss avait la même nature que la fiducie ; l'examen qui va suivre va nous faire voir que ces deux institutions présentent dans leurs caractères juridiques des ressemblances saillantes dont on ne peut s'empêcher d'être frappé.

1. Le but commun de la fiducie et du fidéicommiss, c'est d'atteindre un résultat extra-légal, c'est de tourner la loi. L'étude des différentes applications de la fiducie nous a dévoilé ce caractère fondamental ; pour ne rappeler que les applications de la fiducie dans le droit des choses, la *fiducia cum amico* et la *fiducia cum creditore* avaient pour objet de remédier à plusieurs règles du droit civil en les tournant, à la règle de la non-représentation, et à la règle d'après laquelle la propriété ne pouvait pas

être transférée *ad tempus*. Mais l'application de la fiducie qui mérite le plus d'être rapprochée ici, c'est la mancipation fiduciaire d'un esclave en vue de son affranchissement : elle ne fut sans doute imaginée que pour éluder les restrictions apportées au libre droit d'affranchir par les lois *Ælia Sentia* (757 de R.) et *Fuffia Caninia* (761 de R.) ; comment fût-on amené à employer ce procédé ? c'est qu'on le voyait déjà en usage depuis quelque temps : la *mancipatio familiæ cum fiducia*, première forme du fidéicommiss, avait en vue elle aussi d'éluder les restrictions apportées au libre droit de léguer par les lois *Furia testamentaria* (571 de R ?) et *Voconia* (585 de R.) ; et la *mancipatio servi cum fiducia* dut avoir d'autant moins de peine à s'introduire dans la pratique que déjà auparavant sans doute la liberté était conférée par fidéicommiss (Institutes, II, 24, § 2).

2. La base du fidéicommiss comme celle de la fiducie, c'est à l'origine un pur devoir d'honneur imposé au fiduciaire ; aucun moyen de droit ne vient le sanctionner. Toutefois il peut paraître, à première vue tout au moins, bien surprenant que le fidéicommiss ait conservé ce caractère de pur devoir de conscience pour le fiduciaire plus longtemps que la fiducie elle-même ; car c'est seulement Auguste qui donna force obligatoire au fidéicommiss, alors que nous trouvons l'*actio fiduciæ* dès l'époque de Plaute. C'est là certainement un de ces faits de nature à frapper l'esprit et à mettre en garde contre notre théorie ; mais nous verrons qu'il n'y a là qu'une anomalie apparente, et non une réelle différence.

3. Le résultat de nos deux institutions est identique ; dans les deux cas, c'est l'idée d'une restitution à opérer ; c'est l'idée d'un dessaisissement volontaire de la part de celui qui est le titulaire du droit en vertu des règles rigoureusement juridiques au profit de celui qui n'en est pas le titulaire d'après ces mêmes règles, mais qui en est le titulaire véritable d'après la loyale et commune intention des parties. Comme le dit M. Gide (1), « tout pacte de fiducie impose à l'acquéreur l'obligation de conserver et de rendre, par conséquent de ne point aliéner » ; n'est-ce pas là aussi le caractère propre de tout fidéicommis ?

4. Enfin les moyens, grâce auxquels ce résultat est atteint, sont les mêmes dans les deux cas : la fiducie connaît deux moyens d'exécution, l'un direct, l'autre indirect ; nous les retrouvons aussi dans le fidéicommis. C'est ici surtout que nous allons avoir à insister, parce que c'est surtout sur ce terrain que les rapprochements sont de nature à éclairer la question dans tout son jour.

a. Du moyen direct. — Le moyen direct en vue d'exécuter le pacte de fiducie, c'est l'accomplissement d'un acte juridique inverse du premier dont les effets seront ainsi détruits ; dans la fiducie, à la *mancipatio sestercio nummo uno* opérée par le débiteur au profit du créancier, pour raisonner sur le cas de la *fiducia cum creditore*, correspond une *mancipatio sestercio nummo uno* opérée en sens inverse par le créancier au profit du débiteur ; de même c'est une *venditio nummo uno* effectuée par le fiduciaire au

1. L. c., n. 9.

profit du fidéicommissaire qui vient anéantir les effets de la *mancipatio familiæ sestercio nummo uno* que le testateur avait accompli pour conférer les droits d'héritier au fiduciaire (Gaius, II, § 252). M. Rudorff (1) a déjà signalé cette ressemblance ; et il a expliqué pourquoi le fidéicomis est réalisé au moyen d'une *venditio* et non d'une *remancipatio* : « quand l'héritier fiduciaire est prié de rendre l'hérédité à un tiers, dit M. Rudorff, cette disposition présente quelque analogie avec la *fiducia cum amico* ; une *remancipatio* est impossible parce que l'hérédité est une *res nec mancipi* ; l'*in jure cessio* d'une hérédité acceptée ne transfère que la propriété, mais ne transfère ni les créances ni les dettes ; quant à la *traditio* il n'y avait pas non plus à y songer parce qu'un tout incorporel ne peut pas faire l'objet d'une possession ; on eut donc recours à une vente de l'hérédité, et à des stipulations réciproques ».

β. *Du moyen indirect.* — Une similitude presque complète éclate encore ici. Le débiteur qui a mancipé son bien *cum fiducia* a contre le créancier qui se refuse à reman-ciper l'avantage de pouvoir redevenir propriétaire grâce à l'*usureceptio* ; le fidéicommissaire a contre l'héritier l'*usucapio pro herede* : à la vérité aucun texte ne nous dit que le fidéicommissaire pouvait *usacapere pro herede* ; mais comme il est hors de doute qu'une personne quelconque put jouir de cette usucapion tant qu'elle fut permise (Gaius, II, § 52 ; loi 4, Dig., 41. 5. *Pro herede*), il

1. L. c., n. 10.

est naturel de penser que le fidéicommissaire dut, lui aussi, pouvoir en profiter; il faut même croire qu'il en profitait souvent: en effet, l'*usucapio pro herede* avait été imaginée, nous dit Gaius (II, § 55), en vue d'une part d'assurer la continuation des *sacra privata*, et d'autre part de donner à la personne du défunt un continuateur de ses obligations; mais, après que les traditions religieuses s'effaçant, les *sacra* eurent paru inutiles et gênants, et que le préteur eut permis aux créanciers de vendre le patrimoine de leur débiteur mort sans héritier, les deux motifs de l'*usucapio pro herede*, que nous indique Gaius, avaient disparu; néanmoins l'*usucapio pro herede* subsista; dans quel intérêt dès lors ce maintien, sinon dans l'intérêt du fidéicommissaire? Ce qui vient confirmer cette opinion, c'est que les analogies entre ces deux moyens indirects de faire sortir effet à l'obligation du fiduciaire, l'*usureceptio* et l'*usucapio pro herede*, nous apparaissent très considérables, tant au point de vue de leur destinée historique, qu'au point de vue des règles juridiques qui les gouvernent, et qu'au point de vue enfin de l'ordre même qui se trouve suivi par les textes.

a. *Au point de vue de leur destinée historique.* — L'*usureceptio* qui était apparue comme un moyen détourné, mais commode, de faire respecter la bonne foi avant la création de l'*actio fiduciæ*, se maintint en vigueur même après que cette action eût été imaginée. L'*usucapio pro herede* eut un sort analogue: à la vérité, Auguste qui avait sanctionné énergiquement le fidéicommis au moyen de la *cognitio extra ordinem* avait fait voter la loi *Julia*

Caducaria qui déferait au peuple les biens vacants (Ulpien, XXVIII, § 7 ; Gaius II, § 450) ; il avait cru pouvoir de la sorte supprimer cette institution qu'il considérait comme inutile désormais ; mais elle était trop profondément enracinée dans les mœurs pour qu'elle disparut en un seul jour ; aussi Gaius (II, § 57), nous dit-il qu'un sénatus-consulte voté sous Adrien, et qui n'est autre probablement que le sénatus-consulte Juventien, mettait obstacle à cette sorte d'*usucapio* ; et Marc-Aurèle fut contraint d'instituer contre celui qui usucapait *pro herede* le *crimen expilatae hereditatis* (Lois 1 et 2, Dig., 47, 19 *Expil. hereditatis*) ; la crainte de l'action répressive qu'il engendrait ne fût même pas disparaître aussitôt la pratique de l'*usucapio pro herede*, car Gaius qui vivait à cette époque nous en parle encore pour la qualifier d'*improba* (II, § 55), et des textes du Digeste émanés des jurisconsultes Julien et Javolenus la mentionnent en la qualifiant d'*usucapio lucri faciendi gratia* (Loi 2, § 1, Dig., 41, 5. *Pro herede* ; loi 71, § 1, Dig. 47, 2. *De furtis*). Ainsi la force de la tradition l'emporta sur celle de la loi : le fidéicommissaire, même après que la voie de la *cognitio extra ordinem* lui fut ouverte, continua à pouvoir *usucapere pro herede*, de même que celui qui a mancipé son bien *cum fiducia* put encore *usurecipere* au lieu de faire valoir son droit par l'*actio fiduciæ*.

b. *Au point de vue des règles juridiques qui les gouvernent.* — Voici les plus importantes : l'*usucapio pro herede* et l'*usureceptio* sont l'une et l'autre soumises à des règles favorables ; elles sont *lucrativeæ* ; elles constituent

toutes deux en une usucapion qui s'accomplit sans juste titre ni bonne foi, et par un an, alors même qu'il s'agit d'un immeuble (Gaius, II, §§ 53 et 54; §§ 59 et 60); l'une comme l'autre n'est possible qu'autant que la règle « *Nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest* » ne vient pas y mettre obstacle (loi 2, § 1, Dig., 41. 5. *Pro herede*; Gaius II, § 60; loi 16, Dig., 44, 7. *De oblig., et act.*); enfin celui qui usucape *pro herede*, pas plus que celui qui profite de l'*usureceptio*, ne commet un *furtum* (Gaius III, § 201).

c. *Au point de vue de l'ordre même suivi par les textes.* — Ce sont les mêmes textes, qui rapprochant les deux sortes d'usucapions favorables, nous indiquent ces règles identiques pour l'une et pour l'autre. Dans le Commentaire II de Gaius, l'*usureceptio ex fiducia* se trouve exposée dans les §§ 59 et 60 qui suivent immédiatement les §§ 52 à 59 relatifs à l'*usucapio pro herede*; et c'est dans le même § de son Commentaire III, le § 201, que Gaius nous dit que l'*usucapio pro herede*, pas plus que l'*usureceptio*, ne constitue un *furtum*. Ces rapprochements ne sont-ils pas de nature à nous dévoiler l'idée même du jurisconsulte; et n'est-ce pas là un argument de plus à l'appui de notre opinion?

Dès lors, s'il est vrai qu'entre la fiducie et le fidéicommis, l'analogie soit si grande, tant sous le rapport de leur nature, que sous le rapport de leurs caractères juridiques, n'est-on pas tout naturellement amené à conclure que ces deux institutions dérivent du même acte?

C. — *Différences entre les deux expliquées.* — Cependant,

il existe entre elles certaines différences; mais à notre sens elles ne sauraient constituer des caractères distinctifs de l'une et de l'autre, et il nous paraît facile de les expliquer. Avant tout, il importe de ranger ces différences en deux catégories bien distinctes : les unes sont des différences véritables, mais elles sont toutes de détail; les autres qui constitueraient une séparation nettement tranchée entre la fiducie et le fidéicommiss, si elles étaient des différences véritables, ne sont telles qu'en apparence, soit parce que envisagées en elles-mêmes elles ressemblent au contraire à la fiducie considérée dans certaines de ses applications, soit parce qu'elles ne sont que la conséquence forcée de ces traits communs.

α. Différences de la première catégorie. — 1. L'obligation morale qui pèse sur le créancier en vertu du *pactum fiduciæ* adjoint à la mancipation d'opérer une mancipation en sens inverse n'est jamais imposée qu'à celui qui a reçu le bien en vertu de la première mancipation; au contraire, le fidéicommiss peut être mis à la charge non seulement du *familiæ emptor*, mais encore du bénéficiaire de la succession quel qu'il soit, du légataire, ou même d'un autre fidéicommissaire, ou de l'héritier *ab intestat*, toutes personnes qui ne jouent aucunement le rôle de *familiæ emptor* (Gaius, II, § 261; loi 47, § 4, Dig., 40, 5. *De fideicom. libertat.*; *Institutes*, II, 24, Pr. et § 1). Mais rien absolument ne prouve qu'il en ait été ainsi dès l'origine, et nous pensons au contraire que ce résultat n'a pu être atteint que lorsque le fidéicommiss, comme le testament lui-même, fut devenu un acte unilatéral de

volonté. Seulement tandis que la forme ancienne du testament, la *mancipatio familiæ*, même après sa disparition, entraîna encore cette conséquence que le testament supposait toujours nécessairement pour être valable une institution d'héritier, en sens inverse la forme primitive du fidéicommiss, forme bilatérale issue du *pactum fiduciæ*, ne laissa aucune trace lorsqu'elle eut disparu, et ne vint pas mettre obstacle au respect plus complet des volontés du défunt, respect sur lequel elle était elle-même fondée.

2. Une observation du même genre peut expliquer la différence suivante : dans la fiducie, celui qui opère la *mancipatio* à la condition d'une *remancipatio* ne peut manciper que la chose dont il est propriétaire *ex jure Quiritium*; dans le fidéicommiss en sens inverse, la chose d'autrui elle-même peut être grevée (Gaius, II, § 261; *Institutes*, II, 24, § 1) : c'est encore là un résultat de date récente ; il ne peut être attribué qu'au fidéicommiss du droit nouveau.

β. *Différences de la seconde catégorie.* — 1. Tandis que l'obligation de *remancipare*, en vertu de la fiducie, existe en général au profit de celui qui a accompli la *mancipatio*, l'obligation de restituer est imposée à l'héritier fiduciaire non pas au profit de celui qui a effectué la *mancipatio familiæ*, mais toujours au profit d'un tiers, le fidéicommissaire. Mais est-ce là une véritable différence ? cette question recevra à coup sûr une solution affirmative de la part de celui qui se contentera d'un examen superficiel, en n'envisageant la fiducie que dans ses appli-

cations les plus générales et les plus connues ; mais grâce à un examen plus attentif on peut voir que ce caractère du fidéicommiss constitue au contraire un trait de ressemblance avec la fiducie considérée dans certaines de ses applications ; n'avons-nous pas vu en effet qu'il y a des cas dans lesquels le fiduciaire est tenu en vertu du *pactum fiduciæ* de *remancipare* non pas celui qui a opéré la *mancipatio*, mais à un autre ou même à un véritable tiers ? n'est-ce pas ce qui se produit dans la *donatio mortis causa sub modo* et dans la *dotis recepticiæ datio*, applications de la fiducie dans le droit des choses, et d'un autre côté dans l'adoption et dans la *coemptio fiduciæ causa*, applications de la fiducie dans le droit des personnes ? On peut au point de vue qui nous occupe distinguer trois classes d'applications de la fiducie : a) le cas où le *pactum fiduciæ* impose l'obligation non pas de *remancipare* le bien à celui qui a opéré la première mancipation, ni même à un tiers, mais d'effectuer le dessaisissement du bien mancipé ; rentre dans ce cas la *mancipatio servi cum fiducia* ; b) le cas où le *pactum fiduciæ* impose l'obligation de *remancipare* à celui qui a opéré la première mancipation ; c'est le cas de la plupart des applications de la fiducie ; c) le cas enfin où le *pactum fiduciæ* impose l'obligation de *remancipare* au profit d'un tiers ; rentrent dans ce cas d'une part les applications de la fiducie que nous rappellions tout à l'heure, et d'autre part le fidéicommiss. Il faut donc voir là non pas une différence, mais un trait commun entre nos deux institutions. Cela est très important à constater, parce que le point suivant qui, lui, apparaît

bien comme une différence, n'est au fond que la conséquence forcée de ce trait commun.

2. On peut en effet être surpris, à première vue tout au moins, de ce fait que la réforme d'Auguste qui donne force obligatoire au fidéicommiss soit très postérieure à la création de l'*actio fiduciæ* ; il peut sembler que étant donnée surtout la tendance générale des Romains à favoriser dans la plus large mesure possible le respect des dernières volontés du testateur, c'est la marche inverse qui aurait dû se réaliser. Mais il était impossible qu'il en fût ainsi, par la force même des choses et des règles générales du droit.

α. En effet, l'usage du fidéicommiss est sans doute de beaucoup postérieur à celui de la fiducie : cette dernière remonte à une époque très ancienne ; car elle avait notamment pour but de remédier dans une certaine mesure aux inconvénients de la règle d'après laquelle la propriété ne pouvait pas être transférée sous condition résolutoire ; le fidéicommiss au contraire ne doit pas être antérieur aux lois Furia testamentaria (571 de R ?) et Voconia (585 de R.), car auparavant il était inutile. On comprend donc que l'*actio fiduciæ* soit née la première pour sanctionner le *pactum fiduciæ* adjoint à une *datio* ; mais cette remarque ne suffit pas à expliquer pourquoi l'*actio fiduciæ*, une fois créée, ne fut pas ensuite étendue au fidéicommiss.

β. C'est que ce résultat était impossible à atteindre : le fidéicommissaire était un tiers qui n'avait pas figuré à la *mancipatio familiæ cum fiducia* ; dès lors l'*actio fiduciæ* ne pouvait pas naître en sa personne ; la règle de

la non-représentation contractuelle, qui se maintint dans son ensemble jusque dans le dernier état du droit, y mettait un obstacle formel ; l'application des principes généraux n'aurait pu conduire qu'à ce résultat d'accorder l'*actio fiduciæ* à celui qui avait fait la *mancipatio familiæ* ou à son héritier ; c'était le résultat qui était atteint en cas de *donatio mortis causa sub modo* (Loi 54, Dig., 17, 1 *mandati* ; loi 49, Dig., 24, 1. *De donat. inter virum et uxorem*) ; mais ici le testateur ne disposait que pour une époque postérieure à sa mort, et d'autre part dans son intention c'était précisément son héritier, le *familiæ emptor*, qui devait être grevé ; ici donc la force même des choses, la rigueur des principes et l'intention du testateur se confondaient dans un commun accord pour écarter toute *actio fiduciæ* soit au profit du testateur lui-même, soit au profit de son héritier, soit au profit du fidéicommissaire. Ainsi la pratique qui avait été assez puissante pour éluder les lois restrictives de la liberté du droit de disposer à titre de legs en imposant à l'héritier un devoir de morale, se montra sans force pour aller plus loin en grevant l'héritier d'une obligation juridique : sur ce point elle fut tenue en échec par une règle de droit générale et absolue.

D. — *Explication de certaines particularités propres au fidéicommiss.* — C'est précisément ce fait que nous venons de constater qui peut rendre compte de cette double particularité, d'une part que le fidéicommiss n'ait reçu force obligatoire qu'en vertu d'une décision arbitraire d'Auguste (*Institutes*, II, 25, Pr.) de même qu'autrefois le

legs n'avait été exécutoire qu'en vertu d'une décision formelle de la loi (Loi des Douze Tables; Table V, 3); et d'autre part que le fidéicommiss relève toujours de la *cognitio extra ordinem*.

1. Si du reste le fidéicommiss n'a pas été sanctionné plus tôt, cela tient d'abord à ce que, comme il avait à sa naissance un but caché et contraire à la loi, celle-ci ne pouvait pas donner des armes contre elle-même; cela tient ensuite et surtout à ce que le besoin d'une sanction légale ne s'était pas fait sentir, parce que les héritiers se soumettaient presque toujours d'une façon volontaire et spontanée aux derniers désirs du défunt, et parce que dans le cas contraire l'*usucapio pro herede* apparaissait comme une sanction suffisante : ce sont des raisons analogues qui nous ont expliqué pourquoi l'usage de la fiducie précéda de beaucoup la création de l'*actio fiduciæ*. Mais le fidéicommiss sortit peu à peu de son but primitif pour s'étendre à des applications plus variées et moins contraires à la loi; d'un autre côté le culte des volontés du testateur alla peu à peu s'éteignant : c'est alors que l'*usucapio pro herede* parut insuffisante, et que la réforme devint à la fois nécessaire et possible..

2. La sanction légale cherchée dans la *cognitio extra ordinem* n'a rien qui doive nous surprendre : en d'autres hypothèses par la suite ce fut le même procédé qui fut utilisé pour déroger à la règle de la non-représentation contractuelle (Loi 1, § 18, Dig., 14, 1. *De exercitoria act.*); en outre en notre matière n'y avait-il pas déjà l'exemple d'une *cognitio extra ordinem* sanctionnant le *pactum fidu-*

cice dans ses applications diverses dans le droit des personnes et notamment dans l'adoption et dans la *coemptio fiduciæ causa*, deux cas où la restitution imposée par le *pactum fiduciæ* pouvait avoir lieu au profit d'un tiers ? Si maintenant l'on s'arrête à cette idée de la *cognitio extra ordinem*, pour la combiner avec l'idée que la forme du fidéicommiss se transforma pour devenir unilatérale, de bilatérale qu'elle était d'abord, on conçoit sans peine que le fidéicommiss ait pu être imposé à d'autres qu'à l'héritier, et qu'il ait pu porter même sur des biens n'appartenant pas au testateur, résultat qu'à l'origine il était sans doute impossible d'atteindre.

IV

CONCLUSION SUR CE SUJET.

1. Ainsi les ressemblances entre la fiducie et le fidéicommiss sont nombreuses et palpables, on les retrouve jusque dans des points qui, au premier abord, n'apparaissent que comme des différences ; quant à celles-ci, elles sont presque insignifiantes, et elles peuvent du reste être facilement expliquées par l'histoire. Le fidéicommiss naquit donc de la *mancipatio familiæ cum fiducia* ; mais sous cette forme il resta toujours un pur devoir d'honneur laissé à la conscience de l'héritier ; c'est seulement plus tard qu'ayant revêtu une autre forme extérieure sous l'influence de la réforme générale apportée à la forme du testament

lui-même, il put être sanctionné légalement par l'autorité du magistrat, lorsque les idées de respect familial se furent affaiblies.

2. C'est sur cette action réciproque de la forme du testament et de la forme du fidéicommiss l'une sur l'autre qu'il nous faut maintenant revenir en peu de mots ; car ce point a pu paraître quelque peu obscur dans l'exposé de notre théorie ; ce n'est qu'après la justification de cette dernière qu'il peut être mis dans son plein jour.

α. Dès que le testament devint unilatéral, et même dès que la *mancipatio familiæ* fut faite à un *familiæ emptor dicis gratia*, le fidéicommiss dut nécessairement dépouiller la forme bilatérale qu'il revêtait dans la *mancipatio familiæ cum fiducia* ; en effet, on n'aurait pas compris une obligation fiduciaire d'acquitter le fidéicommiss imposée au *familiæ emptor dicis gratia* qui n'était pas l'héritier véritable ; ce *familiæ emptor dicis gratia* était déjà grevé de la charge fiduciaire de restituer l'hérédité à l'héritier institué par écrit ; dès lors cette obligation une fois exécutée, il ne pouvait pas en outre être grevé fiduciairement du fidéicommiss. La *mancipatio familiæ cum fiducia*, une fois admise comme forme du testament, ne pouvait plus s'adapter au fidéicommiss ; celui-ci dès cette époque dut changer de forme et figurer dans les tablettes écrites à la suite de l'institution d'héritier, en se manifestant par l'une des formules *fideicommito, rogo, peto, volo* ; de la sorte, c'est sur l'héritier institué et non sur le *familiæ emptor dicis gratia* qu'il pesait.

β. Mais d'un autre côté, si, comme nous l'espérons, nous

avons réussi à démontrer que le fidéicommiss à une certaine époque, d'assez courte durée il est vrai, a revêtu la forme de la *mancipatio familiae cum fiducia*, il faut admettre nécessairement qu'il a dû précéder la *mancipatio familiae dicis gratia* employée comme forme du testament, et que c'est même lui qui l'a fait surgir dans la pratique. Cette conclusion ne présente rien d'exorbitant, si l'on remarque, comme nous l'avons déjà fait, que cette *mancipatio familiae dicis gratia* n'est en somme qu'une espèce de fidéicommiss universel ; en parlant ainsi, nous ne faisons, du reste, que répéter l'observation déjà faite par M. Hölder (1).

1. *L. c.*, n. 12.

CONCLUSION

I. Notions préliminaires. — II. Disparition de la fiducie. 1. Dans le droit des personnes. 2. Dans le droit des choses. 3. Date à assigner à la disparition de la *fiducia cum creditore*. — III. Les derniers vestiges de la fiducie au moyen-âge et dans les temps modernes. 1. Le mort-gage, et le contrat pignoratif. 2. La fiducie, sorte de fideïcommis. — IV. L'idée-mère de la fiducie, sa destinée.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ubbelohde. Zur Geschichte der benannten Realcontracte, § 28, pag. 87 à 95.
2. Gradenwitz. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 7, Interpolationen in den Pandekten, p. 45 et suiv.
3. Accarias. Précis de droit romain, tome 1, 285 bis in fine, pag. 734.
4. Geib. Zeitsch. der Sav. Stift., tome 8, Actio fiduciæ und Realvertrag, pag. 148, texte et note 1.
5. Geny. Etude sur la fiducie, thèse de Nancy, 1885 ; pag. 105 à 115.
6. Rudorff. Zeitsch. für Rechtsgeschichte, tome 11, Ueber die hætische Fiduciartafel, page 65, texte et note 7.
7. Lehr. Eléments de droit civil anglais, pag. 352 à 384.
8. Ihering. L'esprit du droit romain, trad. de Meulenaere; tome 4, § 67, p. 262.
9. Boniface. Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence, tome 5, pag. 86 à 93.

10. Merlin. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, v° Fiduciaire.
11. Laurent. Principes de droit civil français, tome 1, n. 32, et tome 14, n. 402 à 405.
12. Aubry et Rau. Cours de droit civil français, tome 7, § 694, pag. 304.
13. Demolombe. Cours de Code Napoléon, tome 18, n. 105.
14. Cour de Nîmes, 17 août 1808. Devilleneuve et Carette, 1791-1830, tome 2, p. 428.
15. Cour de Nîmes, 16 décembre 1833, Sirey, 1835, 2, 333.
16. Ducange. Glossarium ad scriptores mediæ et infimæ latinitatis, tome 3, pag. 486 et 1421.
17. Marini. I papiri diplomatici raccolti ed illustrati, p. 336.
18. Savigny. Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter ; tome 2, page 187, texte et note h.
19. Oertmann. Die Fiducia im römischen Privatrecht, pag. 68 à 72, et 115.

I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

La disparition de la fiducie tient à deux causes différentes. Dans un certain nombre de ses applications, la fiducie devait tendre à être d'un usage de moins en moins fréquent dès que le résultat, qu'elle avait en vue d'atteindre indirectement, put être atteint directement grâce à la création de contrats nouveaux et à des réformes encore plus générales de la législation : issue des nécessités du commerce, la fiducie tomba en désuétude lorsqu'elle ne répondit plus à aucun besoin pratique.

Dans certaines autres applications, la fiducie aurait pu se maintenir en vigueur, parce qu'elle seule continuait à pouvoir donner une complète satisfaction aux relations juridiques; néanmoins même dans ces cas la fiducie devait nécessairement disparaître, parce que la législation finit par repousser tout mode solennel de transfert de la propriété, une partie essentielle de l'opération fiduciaire.

II

DISPARITION DE LA FIDUCIE.

1. *Dans le droit des personnes.* — *α.* Le *mancipium cum fiducia*, employé en vue d'acquérir la cité, ne présentait plus aucune utilité dès que les concessions du *jus civitatis* se furent multipliées sous les empereurs; il n'eut plus aucune raison d'être, lorsqu'Antonin Caracalla eut conféré en l'an 212 le *jus civitatis* à tous les sujets de l'Empire (Loi 17, Dig., 1, 5. *De statu hominum*; Dion Cassius, 77, 8, 5).

β. La *noxæ deditio cum fiducia*, envisagée comme application de la fiducie dans le droit des personnes, cessa d'exister dès le temps de Paul, au III^e siècle après J.-C.; ce jurisconsulte nous dit en effet : « *Homo enim liber nullo pretio aestimatur; idem nec pignori ab his aut fiduciæ dari possunt* » (Paul, V, 1, § 1).

γ. C'est dans l'émancipation et surtout dans l'adoption que l'usage du *pactum fiduciæ* se maintint le plus long-

temps en vigueur : mais Justinien décida que l'émancipation résulterait à l'avenir, non plus de mancipations fiduciaires et de manumissions successives, mais d'un rescrit impérial inséré *apud acta* (Institutes, I, 12, § 6) ; il opéra une réforme analogue en ce qui concerne l'adoption (Institutes, I, 12, § 8). Cependant les Institutes à propos de la succession et de la tutelle qui appartiennent à l'émancipateur prononcent encore le mot *fiducia* (1) (I, 19 ; III, 2, § 8). Mais c'est une expression qui ne correspond plus à rien de réel ; Justinien dans ces passages veut simplement dire que l'émancipation produira le même effet que produisait auparavant l'émancipation *contracta fiducia* ; les *jura patronatus* appartiendront non au *manumissor extraneus*, qui en effet a disparu dans le dernier état du droit, mais au *parens emancipator* (Loi 6, Code 8, 49. *De emancip. liberor* ; loi 11, Code, 8, 48. *De adoptionibus*).

2. Dans le droit des choses. — La *fiducia cum amico* disparut la première : la plupart des auteurs, M. Ubbelohde (2), par exemple, appuient cette affirmation sur ce que, une fois reconnu le principe de la représentation en justice, cette application de la fiducie n'offrit plus aucun intérêt. Mais cette doctrine est beaucoup trop restreinte : elle ne vise pas tous les cas de *fiducia cum amico*, mais uniquement la *fiducia cum amico* dans sa fonction de dépôt ; en outre même pour cette dernière il nous semble qu'elle continua à être en usage même après qu'il fut possible de se faire représenter en justice par un *cognitor*, car elle avait

1. Cf. aussi Loi 2, § 15, Dig., 38, 17. Ad sn. c. Tertull. et Orphit.

2. L. c., n. 1.

aussi pour but de tourner la règle de la non-représentation contractuelle, et elle dut même être d'un emploi beaucoup plus fréquent à une époque postérieure à la reconnaissance du principe de la représentation judiciaire, à l'époque des guerres civiles qui sévirent dans les derniers temps de la République.

Mais M. Gradenwitz (1) nous semble avoir démontré, par l'examen même des textes, que la *fiducia cum amico* avait, sinon entièrement, comme le dit l'auteur, du moins commencé à tomber en désuétude dès le III^e siècle après J.-C. ; en effet, au II^e siècle la formule encore usitée pour désigner une dation fiduciaire était « *Fiduciæ causa dare* » (Gaius, II, § 59, et III, § 201) ; au III^e siècle au contraire, cette formule propre à la fiducie a été abandonnée en faveur de celle qui est propre au *pignus* ; les jurisconsultes romains ne disent plus « *Fiduciæ causa dare* », mais « *Fiduciæ dare* » comme « *Pignori dare* » (Paul, II, 13, § 6 ; III, 6, § 69) ; cette remarque déjà si puissante par elle-même tire une nouvelle force de ce fait que la plupart des cas de *fiducia cum amico* nous sont rapportés par des jurisconsultes du II^e siècle, par Gaius (II, § 60 ; loi 27, § 1, Dig., 17, 1. *Mandati*), ou par Julien (Loi 30, Dig., 17, 1, *Mandati* ; *Frag. Vatic.*, § 334 ; loi 84, Dig., 35, 2. *Ad legem Falcidiam*).

Quant à la *fiducia cum creditore*, elle subsista au contraire quelque temps : M. Accarias (2) pense cependant qu'elle tendit à disparaître dès que le *pignus* et l'*hypotheca* furent

1. *L. c.*, n. 2.

2. *L. c.*, n. 3.

connus ; mais cette doctrine est contredite non seulement par les textes du Digeste, empruntés à Paul et à Ulpien, et qui ont été interpolés par les commissaires de Justinien, mais encore par des textes dont l'authenticité a toujours été reconnue (*Frag. Vatic.*, §§§§§ 18, 37, 94, 252, 334 ; et *Collatio leg. Mos. et Rom.* tit. II, ch. 3 et titre X, ch. 2, § 3). On conçoit du reste qu'il en ait été ainsi ; car la *fiducia cum creditore* répondait à des besoins pratiques différents de ceux auxquels donnaient satisfaction le *pignus* et l'*hypotheca* : à la différence de ces institutions elle impliquait le transfert de la propriété et elle n'était pas susceptible de fractionnement ; mais elle présentait sur ces deux autres instruments du crédit réel l'avantage d'offrir une sûreté plus grande au créancier et celui de participer des caractères de spécialité et de publicité inhérents à la *datio* solennelle, à laquelle elle était liée.

3. *Disparition de la fiducia cum creditore.* — Le dernier texte, à notre avis, qui mentionne la *fiducia cum creditore* est une constitution de l'an 395 après J.-C. (Code Théodosien, loi 9, 15, 14. *De infirm. his quæ sub tyr.*). Sous Justinien la fiducie a complètement disparu : c'est ce qui explique les nombreuses interpolations dont sont remplies les compilations de cet Empereur. A cette époque, en effet, les modes solennels de transférer la propriété, tombée en désuétude depuis quelque temps déjà, furent définitivement abolis (Loi unique, Code, 7, 31. *De usuc. transform.*) ; la conséquence forcée de cette réforme fut l'abolition complète de la fiducie, car celle-ci ne se conçoit pas indépendamment d'une *datio* solennelle ;

d'ailleurs la fiducie dans un grand nombre de ses applications avait pour but de remédier aux inconvénients de la règle, d'après laquelle la propriété ne pouvait pas être transférée *ad tempus* ; or, sous Justinien cette règle elle-même a été abrogée (Frag. Vatic., § 283 ; loi 2, Code, 8, 55. *De donationibus*) ; dès lors, l'usage de la dation fiduciaire était devenu inutile. Ces considérations nous permettent d'écarter deux doctrines, qui tendraient l'une et l'autre, si elles étaient exactes, à faire croire que la fiducie s'est maintenue en vigueur même après l'année 395.

C'est d'abord la doctrine de M. Geib (1), d'après laquelle la fiducie pouvait se réaliser dans une simple tradition ; nous n'avons pas à revenir ici sur la fausseté de cette théorie ; mais nous devons constater qu'avec elle, il serait impossible de s'expliquer pourquoi la fiducie n'existe plus sous Justinien et pourquoi ce prince a fait opérer dans le Digeste les nombreuses interpolations que nous avons rencontrées.

L'autre doctrine, proposée par M. Rudorff (2), qui cependant, n'est pas très affirmatif, a été soutenue par M. Geny (3) ; selon cet auteur, l'année 395 ne serait pas la date de la dernière apparition de la fiducie ; celle-ci existerait encore au v^e siècle après J.-C., et M. Geny cite à ce sujet une lettre de Sidoine Apollinaire (Lettre 4, 24), mort en 484 ou 489 ; mais nous croyons que ce témoignage n'a déjà plus qu'une valeur purement histo-

1. *L. c.*, n. 4.

2. *L. c.*, n. 6.

3. *L. c.*, n. 5.

rique, de même que celui d'Isidore de Séville qui, au VII^e siècle après J.-C. nous donne encore de précieux renseignements sur notre institution ; au temps où écrivait Sidoine Appollinaire, la fiducie devait avoir cessé d'être en pratique parce que les modes solennels de transférer la propriété étaient déjà tombés en désuétude.

C'est toujours cette même raison qui nous conduit à repousser la seconde partie de la doctrine de M. Geny, qui pense que la fiducie bien qu'ayant disparu au VI^e siècle sous Justinien en Orient, s'est maintenue en Occident jusqu'au XII^e siècle : à l'appui de son opinion, cet auteur invoque d'abord la *lex romana Visigothorum*, publiée en 506, et qui contient les Sentences de Paul ; mais à notre avis celles-ci ne peuvent avoir qu'une valeur historique lorsqu'elles nous parlent de fiducie ; car pour les compilateurs Visigoths la *res fiduciaria* et la *res pignerata* semblent se confondre, c'est ce qui résulte de beaucoup de passages qui mettent le *pignus* et la *fiducia* sur la même ligne (Paul, I, 9, § 8 ; II, 4, rubrique ; III, 6, § 16 ; V, 1, § 1) ; au VI^e siècle ap. J.-C., malgré le principe de la personnalité des lois promulgué par l'*edictum Theodorici regis* en 500 ou 506, la fiducie ne pouvait plus être la fiducie ayant conservé la nature qu'elle avait déjà eue, celle d'un pacte adjoint à une *datio* solennelle, c'était une institution différente. A plus forte raison, dans les siècles qui suivirent, en fut-il ainsi : M. Geny cite plusieurs documents, empruntés notamment aux lois de Rotharis, roi Lombard de l'année 643, et à celles de Luitprand, année 724 (Muratori, *Rerum italicarum scriptores*. Milan, 1725, tome 4,

2^e partie, pages 28 et 62), dans lesquels on rencontre les expressions « *In fiduciæ nexu positum* », « *Infiduciare* », « *Adfiduciare* », « *Per pignus infiduciare* », « *Offiduciare* » ; mais aucune de ces expressions n'a un sens technique, elles sont toutes synonymes de *obligare* ; tel était déjà l'avis de Ducange (1) et de Marini (2) ; c'est cette opinion, adoptée depuis par M. de Savigny (3), à laquelle nous nous rallions. Après l'année 395 ap. J.-C. la fiducie cesse d'exister ; il n'y a plus qu'une institution différente par sa nature et par ses caractères juridiques, bien que voisine par ses fonctions économiques de la *fiducia cum creditore* ; en un mot, comme finit par le reconnaître M. Geny (4) lui-même, « ce n'était plus là évidemment qu'une ombre de l'ancienne *fiducia* romaine, qui sous l'influence barbare avait perdu toute son originalité ». Ce n'était déjà plus qu'un vestige d'une institution disparue (5).

III

LES DERNIERS VESTIGES DE LA FIDUCIE AU MOYEN-ÂGE ET DANS LES TEMPS MODERNES.

1. Il n'y a guère d'institutions juridiques qui disparaissent sans laisser aucune trace. — La fiducie n'a pas

1. *L. c.*, n. 16.

2. *L. c.*, n. 17.

3. *L. c.*, n. 18.

4. *L. c.*, n. 5, page 112.

5. M. Oertmann, *l. c.*, n. 19, admet un système intermédiaire d'après lequel la fiducie, sans être connue des lois Lombardes, aurait encore été pratiquée au ^{ve} siècle.

échappé à cette loi naturelle et générale : nous venons d'en acquérir la preuve. Nous allons rencontrer maintenant des actes plus modernes qui se séparent profondément de l'ancienne *fiducia* Romaine en ce qu'ils n'en ont ni la nature, ni la forme, ni les caractères juridiques, ni les effets, mais qui s'en rapprochent en ce qu'ils tendent à satisfaire les mêmes besoins pratiques.

Parmi ces actes, et au premier rang il convient d'en citer un qui a joué un rôle important au Moyen-Age et qui est encore pratiqué de nos jours en Angleterre, ainsi que nous l'apprend M. Lehr (1) : c'est le mort-gage. Comme dans la *fiducia cum creditore*, le débiteur transfère à son créancier la propriété de son bien pour sûreté de sa dette ; en droit strict, le créancier devient en vertu du mort-gage propriétaire légal du domaine. Mais le mort-gage présente avec la fiducie des différences saillantes qui ne permettent pas de le considérer comme une dérivation historique de notre institution : tout d'abord, il y a à distinguer deux sortes de mort-gage, le mort-gage légal et le mort-gage équitable ; en outre, la faculté de rachat, dont jouit le débiteur, de simple droit personnel qu'elle était à l'origine, devint un véritable droit réel ; il semble dès lors que dans le mort-gage il y ait comme une subdivision du domaine en deux parties ; ainsi le mort-gage est comme l'hypothèque susceptible d'une sorte de fractionnement, car le débiteur après avoir donné l'un de ses biens en mort-gage, a le droit de mort-gager de nouveau

1. *L. c.*, n. 7.

pour sûreté d'une nouvelle créance le droit de rachat qui lui compète ; aussi peut-il y avoir plusieurs créanciers mort-gagistes sur le même bien, leurs droits prenant rang d'après la date de constitution de leurs mort-gages respectifs ; enfin le créancier mort-gagiste est obligé de supporter les réparations nécessaires à la conservation du bien donné en mort-gage. A tous ces points de vue le mort-gage s'écarte profondément des règles de la *fiducia cum creditore*.

M. Geny (1) rapproche encore de la *fiducia cum creditore* un acte, connu déjà dans notre ancienne jurisprudence (Pothier. *Traité de l'hypothèque*, n. 242 à 245), et dont l'importance pratique était assez considérable en France avant la loi du 10 décembre 1874, qui a rendu les navires susceptibles d'hypothèque : le contrat pignoratif. Un débiteur veut emprunter une certaine somme, le créancier demande un nantissement : au lieu d'agir ouvertement, et pour éluder la loi sur quelque point, l'emprunteur vendra le bien au prêteur pour un prix qui sera au fond la somme empruntée, en stipulant la faculté de reprendre son bien dans un certain délai en remboursant le prix ; dans la forme c'est une vente à réméré, en réalité c'est un prêt sur nantissement ; ce nantissement aboutira à un gage ou à une antichrèse, le prêteur acheteur apparent aura la jouissance du bien comme compensation des intérêts qu'il ne stipulera pas ; en outre à cette opération se joint le plus souvent une autre combinaison accessoire ; en même temps que le

1. *L. c.*, n. 5.

vendeur vend son immeuble avec faculté de rachat, il le reprend immédiatement à bail en payant les fermages ; c'est l'ensemble de ces arrangements entre les parties qui constitue le contrat pignoratif. Ce contrat était considéré comme nul dans notre ancien droit, comme servant à déguiser facilement un prêt usuraire ; au contraire, avant la loi de 1874, qui a admis l'hypothèque maritime, la jurisprudence s'était montrée favorable à sa validité (1). C'est peut-être là l'acte de la pratique moderne qui se rapproche le plus, du moins dans sa physionomie extérieure, de la *fiducia cum creditore* des Romains : dessaisissement de la propriété, clause accessoire de bail, instrument du crédit réel, voilà autant de traits communs. Au fond pourtant, ces deux institutions présentent des différences essentielles : tandis que la *fiducia cum creditore* suppose un prêt, le contrat pignoratif ne fait qu'impliquer une vente à réméré ; de là résulte que dans cette dernière opération le débiteur se distingue d'un véritable emprunteur en ce que la restitution de la somme obtenue du créancier n'est pour lui qu'une faculté, non une obligation ; en outre, jamais la fiducie n'a eu la nature d'un contrat, mais toujours celle d'un pacte adjoint à une *datio* solennelle.

2. Les actes de la pratique moderne que nous venons d'examiner dérivent de la même idée que la *fiducia cum creditore* ; l'acte moderne, dont nous abordons maintenant l'examen, dérive de la même idée que la *fiducia cum*

1. Cour de Rennes, 29 décembre 1849, Sirey 51-2-155 ; et Cour de Cassation, 2 juillet 1856, Sirey, 57-1-56.

amico. Plus que les précédents du reste il nous rapproche de l'ancienne *fiducia* Romaine : sans doute, lui aussi, il en diffère profondément par sa nature juridique, mais du moins il en a conservé et le nom, comme l'a déjà remarqué M. Geny (1), et même les caractères principaux, ainsi que nous allons le voir : le fidéicommis d'une espèce particulière a été désigné dans notre ancienne jurisprudence, et est encore désigné de nos jours aussi bien par les auteurs que par les décisions judiciaires par l'expression caractéristique de fiducie.

α. *Nature et nom de cette institution.* — A l'époque où Auguste avait donné une sanction légale au fidéicommis, il était déjà devenu un acte unilatéral de volonté, il avait dépouillé son ancienne forme d'opération synallagmatique issue du *pactum fiduciæ* pour en revêtir une nouvelle : désormais il ne devait plus en changer. Même après la réforme d'Auguste, cependant, il y eut des cas dans lesquels le testateur fut encore obligé de s'en remettre pour le respect de ses volontés à la loyauté et à la discrétion de l'héritier ; ce résultat se produisait dans le cas du fidéicommis tacite ; en effet, ainsi que l'a remarqué M. d'Ihering (2), ce fut ce moyen qui fut employé pour éluder les prohibitions contenues dans les lois Julia et Papia Poppœa qui s'appliquaient aux fidéicommis comme aux legs (Ulpien, XXV, § 17). Comme l'ancien *pactum fiduciæ* adjoint à la *mancipatio familiæ*, ce fidéicommis tacite n'avait qu'une base extra-légale, la conscience de l'héri-

1. *L. c.*, n. 5.

2. *L. c.*, n. 8.

tier. A notre avis il eût été néanmoins inexact de désigner ce fidéicommiss par l'expression *fiducia* : car celle-ci nous apparaît ici comme un acte unilatéral se suffisant à lui-même ; or nous n'avons vu nulle part la fiducie avec cette nature ; au contraire, dans toutes ses applications nous avons eu à constater en elle une convention adjointe à une *datio*. Mais le fidéicommiss légal lui-même dont était grevé l'héritier avait engendré les expressions « *heres fiduciarius, hereditas fiduciaria* » qui continuèrent à être employées même après qu'il eut abandonné sa nature de *pactum fiduciæ* ; il n'est donc pas impossible que le mot *fiducia* ait servi même en droit Romain à désigner ce nouveau genre de fidéicommiss qui avait en vue de faire parvenir l'hérédité à des personnes sans enfants ou non mariées, et qui comme l'ancien *pactum fiduciæ* ne constituait qu'un engagement d'honneur : si nous ne trouvons pas ce mot dans les compilations de Justinien, c'est d'abord que de son temps la fiducie avait disparu d'une façon générale, c'est en outre et surtout que le fidéicommiss tacite avait la nature d'un acte secret en dehors des prévisions de la loi.

Quoi qu'il en soit de cette conjecture, il est certain que notre ancienne jurisprudence a employé le mot fiducie pour désigner le fidéicommiss d'une espèce particulière ; c'est notamment ce que nous voyons dans un arrêt du Parlement de Lyon du 2 mai 1680, rapporté par Boniface (1), et dans le répertoire de Merlin (2), qui traite de

1. *L. c.*, n. 9.

2. *L. c.*, n. 10.

cette institution en la rapprochant du texte des lois Romaines ; il est certain aussi que cette expression est encore employée dans le même sens par les tribunaux et par les auteurs de notre siècle (1). Cette expression doit avoir quelque part sa racine : où donc la trouver, sinon dans l'origine que nous avons assignée au fidéicommiss du droit Romain ? Et même n'est-il pas curieux que ce soit là le seul cas dans lequel on puisse encore aujourd'hui parler de fiducie ? A la vérité la nature de cette fiducie contemporaine s'éloigne considérablement de celle de la *mancipatio familiæ cum fiducia* ; mais que faut-il en conclure ? Uniquement, ce nous semble, qu'un mot, convenablement choisi à l'origine pour désigner une institution à sa naissance, a subsisté même après la transformation de cette institution en cessant dès lors d'être exact ; mais n'est-ce pas là précisément le vestige le plus frappant d'une institution qui a existé, avant de disparaître ? Comment comprendre en effet qu'un mot ait été imaginé pour définir une institution à laquelle il n'aurait jamais été approprié ? Les exemples de ce genre sont rares : presque toujours, le langage juridique, plus souvent même que le langage des peuples, est d'accord avec ce qu'il entend dénommer ; il faudrait qu'il nous fût prouvé qu'il en a été autrement en notre matière, jusque-là ce langage nous semblera constituer un nouvel argument à l'appui de l'opinion que nous avons développée à propos de l'origine du fidéicommiss romain. Du reste le rapprochement entre ce

1. L. c., n. 11 à 15.

dernier et la fiducie moderne ne se fait pas seulement sentir dans cette question de terminologie ; il se laisse en outre aisément percevoir dans l'analogie que présentent leurs caractères principaux.

β. *Ses caractères principaux.* — Selon la définition que les auteurs (1) ont emprunté à Merlin (2) la fiducie est la disposition par laquelle un testateur a institué une personne héritière pour la forme, en la chargeant d'administrer la succession et de la tenir en dépôt jusqu'au moment où elle devra la remettre au véritable héritier. C'est aussi le caractère qui est assigné à la fiducie par un arrêt de la Cour de Nîmes (3) du 16 décembre 1833 ; d'après cet arrêt, la fiducie est un acte par lequel le testateur « n'a voulu se donner qu'un héritier de nom et pour la forme, un simple administrateur de son hérédité » ; n'est-on pas amené d'une façon involontaire et presque irrésistible à rapprocher cet héritier de nom et pour la forme du *familiae emptor dicis gratia* ? l'un comme l'autre n'ont qu'un titre fictif que le testateur leur confère en vue de parvenir à un but que la loi à elle seule ne lui permettrait pas d'atteindre.

C'est dans ce but lui-même que nous trouvons une autre analogie de caractères entre la fiducie moderne et le fidéicommiss romain primitif. En effet, la fiducie n'est licite que si elle est faite non pas dans l'intérêt du fiduciaire, mais uniquement dans l'intérêt de l'héritier

1. *L. c.*, n. 11 à 13.

2. *L. c.*, n. 10.

3. *L. c.*, n. 15.

véritable, de même que le fidéicommiss romain ne dispose qu'au profit du fidéicommissaire et non au profit du fiduciaire. Mais les espèces, telles que celle qu'a eu à juger pour la valider la Cour de Nîmes le 16 décembre 1833 sont rares : de nos jours un testateur n'use pas de la fiducie pour se conformer à la loi ; car les moyens légaux eux-mêmes suffisent en vue de ce résultat, le testateur trouve dans la faculté de léguer et dans celle de se nommer un exécuteur testamentaire (articles 1002 et 1025 du Code civil) des procédés grâce auxquels il peut faire respecter ses volontés ; et ces procédés ont sur la fiducie l'avantage d'avoir une sanction obligatoire au lieu de n'être basés que sur la loyauté de l'héritier ; pourquoi donc le testateur leur préfère-t-il quelquefois la fiducie ? C'est qu'il emploie celle-ci comme un moyen détourné pour éluder les dispositions restrictives ou prohibitives de la loi ; tel fut aussi le caractère du fidéicommiss romain à sa naissance : c'est ainsi que le testateur moderne essaye d'échapper à la disposition de l'article 896 du Code civil qui prohibe les substitutions fidéicommissaires, tout repose alors sur la bonne volonté de l'héritier ; si celui-ci n'exécute pas spontanément les désirs du testateur, et si l'affaire est portée devant les tribunaux, ceux-ci n'hésitent pas à déclarer nulle la fiducie, comme ils déclareraient nulle la substitution fidéicommissaire ; c'est ce qu'a jugé la Cour de Nîmes (1) par arrêt du 17 août 1808 ; d'autres fois la fiducie servira au testateur à

1. *L. c.*, n. 14.

éluder la disposition de l'article 900 du Code civil en s'en remettant à la conscience de son héritier pour l'accomplissement d'une charge illicite, écrite ou sous-entendue, dans le testament; enfin très souvent, c'est encore à ce procédé, comme le dit M. Laurent (1), qu'on recourra pour gratifier des établissements religieux qui n'ont obtenu du gouvernement ni la capacité de recevoir, ni le pouvoir d'accepter.

IV

L'IDÉE-MÈRE DE LA FIDUCIE; SA DESTINÉE.

Un moyen extra-légal, basé sur la bonne foi, en vue de tourner la loi : tel est le caractère intime et essentiel de la fiducie; c'est là l'idée première et dernière qui se dégage de toute cette étude. Lorsque la loi se montre insuffisante pour satisfaire aux diverses exigences économiques du peuple, ou lorsqu'elle se fait sévère en imposant des bornes à la liberté de l'individu dans l'intérêt de la société, le génie de la pratique se montre presque toujours assez puissant pour remédier à ces lacunes et à ces imperfections, quelque étendues qu'elles soient, et pour éluder ces restrictions, quelque légitimes qu'elles puissent être : cette remarque est de tous les temps et de tous les pays.

Que faut-il donc penser de la valeur morale d'une pa-

1. *L. c.*, n. 11.

reille pratique? Envisagée dans sa première tendance qui consiste à combler du mieux possible les lacunes de la législation, elle ne peut qu'être approuvée : c'eût été au législateur à tout prévoir, il ne l'a pas fait, il doit dès lors être permis aux particuliers de faire tout ce qui n'a pas été défendu, car en agissant ainsi ils ne font qu'user de leur liberté individuelle, le plus légitime de tous leurs droits; alors la justice exige que la validité des moyens employés en vue d'atteindre ce résultat soit hautement reconnue. Considérée dans sa seconde tendance, qui consiste à éluder les restrictions gênantes édictées par la loi, cette pratique constitue au contraire une fraude que réprouve la morale : la loi doit être scrupuleusement observée, alors même qu'elle est d'une injustice évidente, par cela seul qu'elle est la loi; comme le dit si bien M. Laurent (1) « obéir à la loi est un devoir pour le citoyen, résister à la loi est donc la violation d'un devoir; c'est un crime, et nous n'en connaissons pas de plus grand, car il ruine les fondements de la société »; le sentiment de la légalité est la source vive d'où jaillit la dignité de la puissance d'une nation.

Ainsi ces deux tendances de la pratique méritent une appréciation opposée au point de vue moral. Mais s'il faut déplorer la seconde, combien par contre ne devons-nous pas nous louer des effets heureux de la première ! Quand la législation d'un peuple repose sur des principes rigoureux, elle doit nécessairement finir, tôt ou tard, par

1. *L. c.*, n. 11.

se plier devant les principes nouveaux suscités par les relations du commerce entre les hommes pour les substituer aux anciens, ou tout au moins pour les admettre à côté d'eux. C'est précisément le phénomène qui s'est produit, grâce à la fiducie : c'est elle qui a engendré l'idée de bonne foi, idée qui a exercé une influence si considérable sur l'ensemble du droit des obligations dans la législation romaine postérieure, et par suite plus ou moins dans toutes les législations du monde moderne. La fiducie a disparu ; l'idée qui lui servait de base, la confiance, a traversé les âges pour parvenir intacte jusqu'à nous, en vue de rendre les plus éminents services aux transactions internationales : c'est elle en effet qui domine encore la circulation des effets de commerce, un papier fiduciaire.

TABLE DES TEXTES NON CONTESTÉS

A. TEXTES ÉPIGRAPHIQUES.

Table d'Héraclée (ou *lex Julia Municipalis*); — lignes 109 à 111.

Table de Bétique.

Tablettes de Pompéi.

B. TEXTES LITTÉRAIRES.

Plaute,	<i>Trinummus</i> ,	Act. 1, sc. 2, vers 80.
Cicéron,	<i>De officiis</i> ,	III, ch. 15, et ch. 17, § 70.
Id.,	<i>Pro Flacco</i> ,	ch. 21.
Id.,	<i>Pro Murena</i> ,	ch. 12.
Id.,	<i>Topica</i> ,	ch. 17 et 66.
Id. (Boëce),	id.,	ch. 10.
Id.,	<i>Pro Cæcilia</i> ,	ch. 3.
Id.,	<i>Epistolæ ad Famil.</i> ,	VII, 12.
Id.,	<i>Pro Roscio comædo</i> ,	ch. 6.
Id.,	<i>De natura deorum</i> ,	III, ch. 30.
Isidore de Séville	<i>Orig.</i> ,	V, ch. 25.

C. TEXTES JURIDIQUES.

α. Antérieurs à Justinien :

Loi des Douze Tables.

Gaius, I, §§ 114, 115, 118, 140, 166, 172, 194, 195.

Id. II, §§ 59 et 60.

Id. III, § 201.

Id. IV, §§ 62 et 182.

Paul, I, 9, § 8.

Id. II, 4 et 13.

Id. III, 6, §§ 16 et 69.

- Paul V, 1, § 1 ; 26, § 4.
Ulpien, XI, § 5.
Collatio legum Mosaïcarum et Romanarum, II, ch. 3, § 1.
id. id. X, ch. 2, §§ 1 et 2.
Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti, ch. 6, § 8.
Fragmenta Vaticana, §§ 18, 37, 94, 252, 334,
Codex Theodosianus ; loi 9, C. Th., 15, 14. *De infirm. his...*
β. *Textes de Justinien* :
Institutes, I, 19,
id. III, 2, § 8.
Loi 2, § 15, Dig., 38, 17. *Ad sn. co. Tertull. et Orphit.*
Loi 46 (ou 48, suiv. les édit.), Dig., 36, 1, *Ad sn. co. Trebellianum.*
Loi 67 (ou 69, suivant les édit.), § 3, Dig. 36, 1, *eod. tit.*
Loi 9, § 1, Dig., 12, 1. *De rebus creditis.*

TABLE A.

TABLE DES TEXTES

Interpolés ou modifiés, et reconnus comme tels
par M. Lenel, dans les ouvrages suivants :

1. *Das Edictum perpetuum*, § 104, p. 232 et suiv. — 2. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* ; — tome 3 ; — *Quellenforschungen in den Edictcommentaren* ; — *Zur Actio fiducia*, pages 104 à 120, et pages 177 à 180. — 3. *Palíngenesia juris civilis*. (C'est sur cette *Palíngenesia* qu'est basée cette table).

TOME I

1. Africain, 8 *Quæst.* Loi 50, Dig., 23, 3. *De jure dotium*.
n. 101, page 29 et les notes. Afric. lib. 8 : Variété de titres parmi lesquels *De re uxoria*.
2. Africain, 8 *Quæst.* Loi 31, Dig., 13, 17. *De pigneraticia actione*.
n. 108, page 30, note 3. Afric. lib. 8 : comme *supra*.
3. Aristo, dans Ulpien, 71 *ad Edictum* Loi 18, pr., §§ 1 et 2, Dig., 39, 5. *De donationibus*.
n. 61, page 67, note 2 à 5. Aristo, *ex incertis locis*.
4. Cassius, dans Pomponius, 26 *ad Sabinum*. Loi 6, Dig., 45, 3. *De stipulatione servorum*.
n. 125, page 123, notes 3 et 4. Cassius, *ex incertis locis*.
5. Celsus, 7 Digest. Loi 11, Dig. 43, 26. *De precario*.

- n. 65, page 138, note 1. Celsus lib. 7 : Variété de titres parmi lesquels *Fiduciæ*.
6. Gaius, 9 *ad Edict. provinc.* Loi 27, Dig., 15, 1. *De peculio*.
n. 223, page 212, note 1. Gai. lib. 9 : Variété de titres parmi lesquels *Quod cum eo...* — Cf. Loi 31 *in fine*, Dig., 13, 7; et loi 6, Dig., 45, 3.
7. Gaius, 10 *ad Edict. provinc.* Loi 46, Dig., 50, 17. *De regulis juris*.
n. 231, page 214, note 1. Gai. lib. 10 : α *Fiduciæ vel contra*; β . *Mandati vel contra*. — Cf. Loi 22, § 1, Dig., 13, 7.
8. Gaius, 10 *ad Edict. provinc.* Loi 27, § 1, Dig., 17, 1. *Mandati vel contra*.
n. 232, page 214, notes 3 et 4. Gai. lib. 10 : comme *supra*.
9. Julien, 13 Digest. Loi 40, Dig., 12, 2. *De jurejurando*.
n. 211, page 353, et les notes. Julien, lib. 13 : α . *Depositi vel contra*; β . *Fiduciæ vel contra*.
10. Julien, 13 Digest. Loi 15, Dig., 46, 2. *De novationibus et delegationibus*.
n. 212, page 353, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
11. Julien, 13 Digest. Loi 32, Dig., 46, 3. *De solutionibus et liberationibus*.
n. 213, page 353, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
12. Julien, 13, Digest. Loi 10, Dig., 18, 2. *De in diem additione*.
n. 214, page 354, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
13. Julien, 13 Digest. Loi 36, Dig., 41, 2. *De acquirenda vel amittenda possessione*.
n. 215, page 354, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
14. Julien, 13, Digest. Loi 18, Dig., 43, 26. *De precario*.

- n. 216, page 354, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
15. Julien, 13 Digest. Loi 16, Dig., 44, 7. *De obligationibus et actionibus*.
n. 217, page 354, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
16. Julien, 13 Digest. Loi 30, Dig., 17, 1. *Mandati vel contra. Frag. Vatic.*, § 334.
n. 218, pag. 354, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
17. Julien, 13 Digest. Loi 7, Dig., 21, 2. *De evictionibus et duplæ stipulatione*.
n. 219, page 354, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
18. Julien, 13 Digest. Loi 84, Dig., 35, 2. *Ad legem Falcidiam*.
n. 220, page 354, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
19. Julien, 13 Digest. Loi 23, Dig., 19, 1. *De actionibus empti venditi*.
n. 221, page 354, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
20. Julien, 13 Digest. Loi 36, Dig., 41, 1. *De acquirendo rerum dominio*.
n. 222, page 355, et les notes. Julien, lib. 13 : comme *supra*.
21. Julien, 42 Digest. Loi 47, § 3, Dig., 40, 5. *De fideicom. libertatib.* — Loi 40, § 1, Dig., 40, 4.
n. 592, pages 431 et 432, notes 1 et 2. Julien, lib. 42 : Variété de titres parmi lesquels *De fideic. libert.*
22. Marcellus, 6 Digest.; dans Paul, 29 *ad Edict.* Loi 16, § 1, Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.
n. 61, pages 598 et 599, note 1. Marcellus, lib. 6 : *De fiducia*.

23. Marcellus, *Responsor. lib. singularis*. Loi 34, Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.
n. 278, page 634, note 3. Marcellus : *lib. singul.*
24. Modestin, *De Heurematicis lib. singularis*. Loi 58, Dig., 24, 3. *Solutio matrimonio dos...*
n. 73, page 518, note 5. Modestin : *lib. singul.*
25. Modestin, 1 *Responsor*. Loi 36, § 1, Dig., 50, 1. *Ad municipalem*.
n. 282, page 741, note 1. Modestin, lib. 1 : *Ad municipalem*.
26. Papinien, 7 *Responsor*. Loi 9, § 2, Dig., 33, 10. *De suppellectile legata*.
n. 585, page 914, note 2. Papinien, lib. 7 : *De legatis*.
27. Papinien, 13 *Responsor*. Loi 42, Dig., 39, 6. *De mortis causa donationibus*. — *Frag. Vatic.*, § 252.
n. 702, page 939, notes 1 et 2. Papinien, lib. 13 : Variété de titres parmi lesquels *Ad legem Falcidiam*.
28. Paul, 31 *ad Edict*. Loi 25, Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.
n. 481, page 1027, et les notes. Paul, lib. 31 : α . *Depositi vel contra*; β . *Fiduciæ vel contra*. [Texte attribué d'ordinaire à Ulpien, 31 *ad Edict*.]
29. Paul, 31 *ad Edict*. Loi 31, Dig., 41, 1. *De acquirendo rerum dominio*.
n. 482, page 1027, et les notes. Paul, lib. 31 : comme *supra*.
30. Paul, 31 *ad Edict*. Loi 12, Dig., 46, 2. *De novationibus et delegationibus*.
n. 483, page 1028, et les notes. Paul, lib. 31 : comme *supra*.
31. Paul, 5 *ad Plautium*. Loi 30, Dig., 12, 1. *De rebus creditis*.
n. 1110, page 1153, note 3. Paul, lib. 5 : α . *Depositi vel contra*; β . *Fiduciæ vel contra*. — Cf. Loi 4, Dig., 20, 3.

32. Paul, 5 *ad Plautium*. Loi 37, Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.

n. 1111, page 1153, note 4. Paul, lib. 5 : comme *supra*. —

Cf. Gaius, II, § 60.

33. Paul, 5 *ad Plautium*. Loi 13, Dig., 41, 3. *De usurpationibus et usucapionibus*.

n. 1112, page 1153, note 5. Paul, lib. 5 : comme *supra*.

34. Paul, 7 *Responsor*. Loi 49, § 1, Dig., 24, 3. *Solutio matrimonio dos...* — *Frag. Vatic.*, § 94.

n. 1500, page 1233. Paul, lib. 7 : *De re uxoria*.

TOME II.

35. Pomponius, 26 *ad Sabinum*. Loi 6, Dig., 45, 3. *De stipulatione servorum*.

n. 726, page 136, note 1. Pomponius, lib. 26 : *De verborum obligatione*.

36. Pomponius, 35, *ad Sabinum*. Loi 6, pr., Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.

n. 797, pages 146 et 147, note 2. Pomponius, lib. 35 : *De fiducia*.

37. Pomponius, 35 *ad Sabinum*. Loi 2, Dig., 18, 3. *De lege commissoria*.

n. 797, page 147. Pomponius, lib. 35 : comme *supra*.

38. Pomponius, 35 *ad Sabinum*. Loi 6, § 1, Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.

n. 798, page 147. Pomponius, lib. 35 : comme *supra*.

39. Pomponius, 35 *ad Sabinum*. Loi 8, Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.

n. 799, page 147. Pomponius, lib. 35 : comme *supra*.

40. Pomponius, 35 *ad Sabinum*. Loi 4, Dig., 20, 4. *Qui potiores in jure...*

n. 800, page 147. Pomponius, lib. 35 : comme *supra*.

41. Pomponius, 35 *ad Sabinum*. Loi 26, Dig., 46, 3. *De solutionibus et liberationibus*.
n. 801, page 147. Pomponius, lib. 35 : comme *supra*.
42. Pomponius, 35 *ad Sabinum*. Loi 181, Dig., 50, 16. *De verborum significatione*.
n. 802, page 148. Pomponius, lib. 35 : comme *supra*.
43. Scævola, 6 Digest. Loi 10, Dig., 20, 2. *In quibus causis pignus... tacite...*
n. 22, page 222, note 3. Scævola, lib. 6 : *De fiducia*.
44. Scævola, 6 Digest. Loi 14, Dig., 20, 5. *De distractione pignorum*.
n. 23, page 222, notes 4 et 5. Scævola, lib. 6 : comme *supra*. — Note 4 : cf. Scævola, 1 *Responsor* ; loi 11, Dig., 20, 5 ; note 5 : *pignus... obligatum*, — au lieu de *fiduciam.. datam Scæv* ?
45. Scævola, 6 Digest. Loi 15, Dig., 20, 6. *Quibus modis pignus.. solvitur*.
n. 24, page 222, note 6. Scævola, lib. 6 : comme *supra*.
46. Ulpien, 2 *Disput*. Loi 5, Dig., 12, 4. *De condictione causa data...*
n. 43, pages 390 et 391, et les notes. Ulpien, lib. 2 : Variété de titres, parmi lesquels *De condictione*.
47. Ulpien, 2 *Disput*. Loi 36, Dig., 15, 1. *De peculio*.
n. 48, page 392, note 2. Ulpien, lib. 2 : Variété de titres parmi lesquels *Quod cum eo...*
48. Ulpien. 6 *ad Edict*. Loi 1, Dig., 3, 2. *De his qui notantur infamia*.
n. 277, page 441, note 5. Ulpien, lib. 6 : Variété de titres parmi lesquels *Qui nisi pro certis personis ne postulent*. [Texte attribué d'ordinaire à Julien 1 *ad Edict*.]. Cf. Gaius, IV, § 182.
49. Ulpien, 20 *ad Edict*. Loi 7, § 3, Dig., 10, 3. *Communi dividundo*.

n. 642, page 539, note 2. Ulpien, lib. 20 : Variété de titres parmi lesquels *De utili communi dividundo judicio*.

50. Ulpien, 26 *ad Edict*. Loi 3, §§ 2 et 3, Dig., 12, 4. *De condictione causa data*.

n. 772, page 571, notes 1 et 2. Ulpien, lib. 26 : Variété de titres parmi lesquels *De condictione*.

51. Ulpien, 30 *ad Edict*. Loi 45, pr., Dig., 50, 17. *De regulis juris*.

n. 901, page 618, et les notes. Ulpien, lib. 30 : α *Depositum vel contra* ; β *Fiduciae vel contra*.

52. Ulpien, 30 *ad Edict*. Loi 22, pr., §§ 1 et 2, Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.

n. 902, page 618. Ulpien, lib. 30 : comme *supra*.

53. Ulpien, 30 *ad Edict*. Loi 22, §§ 3 et 4, Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.

n. 903, page 618. Ulpien, lib. 30 : comme *supra*.

54. Ulpien, 30 *ad Edict*. Loi 24, pr., Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.

n. 903, page 618. Ulpien, lib. 30 : comme *supra*.

55. Ulpien, 30 *ad Edict*. Loi 24, §§§ 1, 2 et 3, Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.

n. 904, page 618. Ulpien, lib. 30 : comme *supra*.

56. Ulpien, 30 *ad Edict*. Loi 3, Dig., 18, 3. *De lege commissoria*.

n. 905, page 619. Ulpien, lib. 30 : comme *supra*.

57. Ulpien, 30 *ad Edict*. Loi 45, § 1, Dig., 50, 17. *De regulis juris*.

n. 906, page 619, note 5. Ulpien, lib. 30 : comme *supra*.

58. Ulpien, 71 *ad Edict*. Loi 18, Dig., 39, 5. *De donationibus*.

n. 1696, page 842, note 5. Ulpien, lib. 71 : Variété de titres parmi lesquels *De precario*.

59. Ulpien, 1 *Opinion*. Loi 52, § 2, Dig., 2, 14. *De pactis*.

n. 2300, page 1002, note 1. Ulpien, lib. 1 : *De officio praetoris et praesidis*. Note 1 : *pignori nexi fiduciarii Ulp.* ?

60. Ulpien, 1 *Responsor*. Loi 68, pr., Dig., 32. *De legatis et fideicommissis*.

n. 2398, page 1017, note 1. Ulpien, lib. 1 : *Responso*. Note 1 : *fiduciæ Ulp* ?

61. Ulpien, 43 *ad Sabinum*. Loi 5, Dig., 27, 3. *De tutelæ et rationibus distrahendis*...

n. 2904, page 1174, note 7. Ulpien, lib. 43 : *De condictione*.

TABLE B.

TABLE DE CONCORDANCE

Des textes prétendus interpolés par M. Voigt.

Die XII Tafeln, Tome II, §. 86, *die lex fiducia*; — pages 166 et 167, note 1, et pages 179 et 180, avec la *Palingenesia juris* de M. Lenel.

Palingenesia juris DE M. LENEL.

M. VOIGT, *die XII Tafeln*, loc. cit.

α. *Depositum* au lieu de *Fiducia*.

+ 1. *Ofilius*, dans Pomponius, 26 *ad Sabinum*. Loi 6, Dig., 45, 3. *De stipulatione servorum*.

n. 726, page 136, note 2; tome 2. Pomponius, lib. 26 : *De verborum obligatione*. — M. Lenel admet l'interpolation.

2. Celsus, 11 Digest. Loi 32, Dig., 16, 3. *Depositi vel contra*.

n. 91, p. 142; tome 1. Celsus, lib. 11 : *De tutelis*. — M. Lenel ne dit rien de l'interpolation.

3. Julien, dans Ulpien, 30 *ad Edictum*. Loi 1, § 42, Dig., 16, 3. *Depositi vel contra*.

n. 896, page 616; tome 2. Ulpien, lib. 30 : α. *Depositi vel contra*; β. *Fiducia vel contra*.

— M. Lenel n'admet pas l'interpolation, car il

α. *Depositum* au lieu de *Fiducia*.

1. *Ofilius*, dans Pomponius, 26 *ad Sabinum*. Loi 6, Dig., 45, 3. *De stipulatione servorum*.

2. Celsus, 11 Digest. Loi 32, Dig., 16, 3. *Depositi vel contra*.

3. Julien, dans Ulpien, 30 *ad Edictum*. Loi 1, § 42, Dig., 16, 3. *Depositi vel contra*.

TABLE B (suite).

range notre texte sous le premier de ces deux titres.

4. Paul, 31 *ad Edictum*. Loi 13, § 1, Dig., 16, 3. *Depositi vel contra*.

n. 479, page 1027 ; tome 1. Paul, lib. 31 : α. *Depositi vel contra* ; β. *Fiduciæ vel contra*. — M. Lenel n'admet pas l'interpolation, car il range notre texte sous le premier de ces deux titres.

β. *Pignus* au lieu de *Fiducia*.

+ 1. Paul, 7 *Respons*. Loi 49, § 1, Dig., 24, 3. *Solutio matrimonio dos... Frag. Vatic.*, § 94.

n. 1500, page 1233 ; tome 1. Paul, lib. 7 : *De re uxoria*. — M. Lenel admet l'interpolation.

+ 2. Julien, 13 *Digest*. Loi 16, Dig., 44, 7. *De obligationibus et actionibus*.

n. 217, page 354 ; tome 1. Julien, lib. 13 : α. *Depositi vel contra* ; β. *Fiduciæ vel contra*. M. Lenel admet l'interpolation, car il range notre texte sous le deuxième de ces deux titres.

3. Julien, dans Ulpien, 28 *ad Edictum*. Loi 3, § 5, Dig., 13, 6. *Commodati vel contra*.

4. Paul, 31 *ad Edictum*. Loi 13, § 1, Dig., 16, 3. *Depositi vel contra*.

β. *Pignus* au lieu de *Fiducia*.

1. Paul, 7 *Respons*. Loi 49, § 1, Dig., 24, 3. *Solutio matrimonio dos... Frag. Vatic.*, § 94.

2. Julien, 13 *Digest*. Loi 16, Dig., 44, 7. *De obligationibus et actionibus*.

3. Julien, dans Ulpien, 28 *ad Edict*. Loi 3, § 5 Dig., 13, 6. *Commodati vel contra*.

TABLE B (suite).

- n. 801, page 851 ; tome 2. Ulpien, lib. 28 : Variété de titres parmi lesquels *Commodati vel contra*. — M. Lenel ne dit rien de l'interpolation.
- + 4. Pomponius, dans Ulpien, 2 *Disput.* Loi 36, Dig., 15, 1. *De peculio*.
n. 48, page 392 ; note 2 ; tome 2. Ulpien, lib. 2 : Variété de titres parmi lesquels *Quod cum eo*. — M. Lenel admet l'interpolation.
- + 5. Pomponius, 35 *ad Sabinum*. Loi 8, § 3, Dig. 13, 7. *De pigneraticia actione*.
n. 799, pag. 147, note 4 ; tome 2. Pomponius, lib. 35 : *De fiducia*. [Cf. page 146, note 1]. — M. Lenel admet l'interpolation.
6. Gaius, 9 *ad Edict. provinc.* Loi 18, pr., Dig., 13, 6. *Commodati vel contra*.
n. 208, page 210 ; tome 1. Gaius, lib. 9 : *Commodati vel contra*. — M. Lenel n'admet pas l'interpolation.
- + 7. Papinien, 7 *Respons.* Loi 9, § 2, Dig., 33, 10. *De suppellectile legata*.
n. 585, page 914, note 2 ; tome 1. Papinien, lib. 7 :
4. Pomponius, dans Ulpien, 2 *Disput.* Loi 36, Dig., 13, 7. *De peculio*.
5. Pomponius, 35 *ad Sabinum*. Loi 8, § 3, Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.
6. Gaius, 9 *ad Edict. provinc.* Loi 18, pr., Dig., 13, 6. *Commodati vel contra*.
7. Papinien, 7 *Respons.* Loi 9, § 2, Dig., 33, 10. *De suppellectile legata*.

TABLE B (suite).

De legatis. — M. Lenel n'admet que timidement l'interpolation; la note 2 porte en effet : *Fiducia Papin.*?

+ 8. Ulpien, 1 *Opinion*. Loi 52, § 2, Dig., 2, 14. *De pactis*.

n. 2300, page 1002, note 1; tome 2. Ulpien, lib. 1 : *De officio prætoris et præsidis*. — M. Lenel n'admet que timidement l'interpolation. La note 1 porte en effet : *pignori nexi] fiduciarii Ulp.*?

9. Ulpien, 34 *ad Sabinum*. Loi 4, § 1, Dig., 12, 1. *De rebus creditis*.

n. 2794, page 1150, note 2; tome 2. Ulpien, lib. 34 : *De jure dotium*. — M. Lenel n'admet pas l'interpolation. La note 2 porte seulement : *fr.* 2794, 2795 *nescio qua occasione interspersa sint.*

+ 10. Ulpien, 20 *ad Edict*. Loi 7, § 3, Dig., 10, 3. *Communi dividundo*.

n. 642, page 539, note 2; tome 2. Ulpien, lib. 20 : *De his quæ cuiusque in bonis sunt*. — M. Lenel admet l'interpolation.

11 et 12. Alex. Loi 3, Code 4, 23; — et loi 4, Code, 8, 27. — Deux textes qui ne peuvent pas se trou-

8. Ulpien, 1 *Opinion*. Loi 52, § 2, Dig., 2, 14. *De pactis*.

9. Ulpien, 34 *ad Sabinum*. Loi 4, § 1, Dig., 12, 1. *De rebus creditis*.

10. Ulpien, 20 *ad Edict*. Loi 7, § 3, Dig., 10, 3. *Communi dividundo*.

11. Alex. Loi 3, *Codex Justinianus*, 4, 24. *De pigneraticia actione*. — 12. Alex. Loi 4, *Codex*

TABLE B (suite).

464

TABLE DE CONCORDANCE

ver dans la *Palingenesia juris* de M. Lenel, qui ne rapporte aucun texte du Code.

Justinianus, 8, 27, *De distractione pignorum*.

13. Paul, 6 *Quæst.* Loi 18, Dig., 25, 2. *De actione rerum amotarum*.

13. Paul, 6 *Quæst.* Loi 18, Dig., 25, 2. *De actione rerum amotarum*.

n. 1337, page 1199 ; tome 1. Paul, lib. 6 : α . *De re uxoria* ; β . *De tutelis*. — M. Lenel n'admet pas l'interpolation, car il place notre texte sous le premier de ces deux titres en maintenant le mot *Pignori*.

14. Ariston, dans Ulpien, 38 *ad Edictum*. Loi 12, § 2, Dig., 13, 1. *De condictione furtiva*.

14. Ariston, dans Ulpien, 38 *ad Edict.* Loi 12, § 2, Dig., 13, 1. *De condictione furtiva*.

n. 1058, page 680 ; tome 2. Ulpien, lib. 38 : *De furtis*. — M. Lenel n'admet pas l'interpolation.

+15. Ulpien, 30 *ad Edict.* Loi 22, pr., Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.

15. Ulpien, 30 *ad Edict.* Loi 22, pr., Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.

n. 902, page 618, notes 3, 5, 6 et 7 ; tome 2. Ulpien, lib. 30 : α . *Depositi vel contra* ; β . *Fiducia vel contra*. — M. Lenel admet l'interpolation.

+16. Marcellus, 7 Digest. Loi 49, Dig., 24, 1. *De donationibus inter virum et uxorem*.

16. Marcellus, 7 Digest. Loi 49, Dig., 24, 1. *De donationibus inter virum et uxorem*.

n. 90, pages 603 et 604, notes 1 à 3 ; tome 1. Mar-

TABLE B (suite).

cellus, lib. 7 : Variété de titres, parmi lesquels *De re uxoria*. — M. Lenel admet l'interpolation.

17. Ulpien, 3 *Disput.* Loi 29, § 1, Dig., 24, 3. *Solutio matrimonio dos...*

n. 61, page 394 ; tome 2. Ulpien, lib. 3 : Variété de titres, parmi lesquels *De re uxoria*. — M. Lenel n'admet pas l'interpolation.

+18. Papinien, 13 *Respons.* Loi 42, Dig., 39, 6. *De mortis causa donationibus*. — *Frag. Vatic.*, § 252.

n. 702, page 939, notes 1 et 2 ; tome 1. Papinien, lib. 13. Variété de titres parmi lesquels *Ad legem Falcidiam*. — M. Lenel admet l'interpolation.

+19. Modestin, *De Heurematicis lib. singularis*. Loi 58, Dig., 24, 3. *Solutio matrimonio dos...*

n. 73. page 718, note 5 ; tome 1. Modestin : *lib. singul.*? — M. Lenel admet l'interpolation de *Retradatur* au lieu de *Remancipatur*.

17. Ulpien, 3 *Disput.* Loi 29, § 1, Dig., 24, 3. *Solutio matrimonio dos...*

18. Papinien, 13 *Respons.* Loi 42, Dig., 39, 6. *De mortis causa donationibus*. — *Frag. Vatic.*, § 252.

19. Modestin, *De Heurematicis lib. singularis*. Loi 58, Dig., 24, 3. *Solutio matrimonio dos...*

— M. Voigt considère en outre non pas comme interpolés, mais comme se rapportant à la fiducie par analogie :

20. Ulpien, 18 *ad Sabinum*. Loi 1, Dig., 13, 1. *De condictione furtiva*.

21. Ulpien, 29 *ad Sabinum*. Loi 14, § 16, Dig., 47, 2. *De furtis*.

TABLE DE CONCORDANCE

Des textes prétendus interpolés par M. Gradenwitz:

Zeitschrift der Savigny-Stiftung, tome 7, *Interpolationen in den Pandekten*, pag. 45 à 50; *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, tome 9, *das neue aufgefundenen Fragment über die formula Fabiana*, page 402; *Interpolationen in den Pandekten, das Reurecht*, pag. 146 à 170, Berlin, 1887; — avec la *Palingenesia juris* de M. Lenel.

Palingenesia juris DE M. LENEL.

- † 1. Julien, 13 Digest. Loi 16, Dig., 44, 7. *De obligationibus et actionibus*.
n. 217, page 354 et les notes, tome 1. Julianus, lib. 13 : α *Depositi vel contra*; β *Fiducia vel contra*. — Sous ce second titre notre texte à propos duquel M. Lenel admet l'interpolation.
- † 2. Julien, 13 Digest. Loi 36, Dig., 41, 2. *De acquirenda vel amittenda possessione*.
n. 215, page 354 et les notes, tome 1. Julianus, lib. 13 : comme *supra*. — Comme *supra* M. Lenel admet l'interpolation.
- † 3. Africain, 8 *Quæstion*. Loi 50, § 1, Dig., 23, 3. *De jure dotium*.
n. 101, page 29 et les notes, tome 1. Africain, lib. 8 : variété de titres parmi lesquels *De re uxoria*. — M. Lenel admet l'interpolation.

1. Julien, 13 Digest. Loi 16, Dig., 44, 7. *De obligationibus et actionibus*.

2. Julien, 13 Digest. Loi 36, Dig., 41, 2. *De acquirenda vel amittenda possessione*.

3. Africain, 8 *Quæstion*. Loi 50, § 1, Dig., 23, 3. *De jure dotium*.

TABLE C (suite).

- + 4. Pomponius, 35 *ad Sabinum*. L. 8, pr., Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.
n. 799, page 147, note 4 ; tome 2. Pomponius, 35 *ad Sabinum* : *De fiducia*. — M. Lenel admet l'interpolation.
- + 5. Ulpien, 26 *ad Edictum*. Loi 3, §§ 2 et 3, Dig., 12, 4. *De condictione causa data*.
n. 772, pages 570 et 571, tome 2. Ulpien, lib. 26 : *De condictione*. — M. Lenel admet l'interpolation.
- + 6. Ulpien, 2 *Disputat.* Loi 5, Dig., 12, 4. *De condictione causa data*.
n. 43, pages 390 et 391, tome 2. Ulpien, lib. 2 : *De condictione*. — M. Lenel admet l'interpolation.
- 7. Ulpien, 6 *Disputat.* Loi 14, Dig., 42, 8. *Quæ in fraudem creditorum*.
n. 120, page 410, tome 2. Ulpien, lib. 6 : variété de titres parmi lesquels *Quæ in fraudem creditorum*. — M. Lenel ne dit rien de l'interpolation.
- 8. Javolenus, 3 *Epistolarum*. Loi 12, Dig., 38, 5. *Si quid in fraudem patroni*.
n. 87, page 288, tome 1. Javolenus, lib. 3. — M. Lenel ne dit rien de l'interpolation.

- 4. Pomponius, 35 *ad Sabinum*. Loi 8, pr., Dig., 13, 7. *De pigneraticia actione*.
- 5. Ulpien, 26 *ad Edictum*. Loi 3, §§ 2 et 3, Dig. 12. 4. *De condictione causa data*.
- 6. Ulpien, 2 *Disputat.* Loi 5, Dig., 12, 4. *De condictione causa data*.
- 7. Ulpien, 6 *Disputat.* Loi 14, Dig., 42, 8. *Quæ in fraudem creditorum*.
- 8. Javolenus, 3 *Epistolarum*. Loi 12, Dig., 38, 5. *Si quid in fraudem patroni*.

TABLE BIBLIOGRAPHIQUE

- Accarias.** — Précis de Droit romain. Paris, 1882-1886.
- Alibrandi.** — Bulletino del Istituto di diritto Romano, 1888, tome 1.
- Aubry et Rau.** — Droit civil Français. Paris, 1883.
- Baron.** — Institutionen und Civilprocess. Berlin, 1884.
- De Bassevitz.** — De Romanorum fiducia. Halle, 1858.
- Bechmann.** — Der Kauf. Erlangen, 1876-1884.
- Bekker.** — Die Aktionen des römischen Privatrechts. Berlin, 1871-1873.
- Bernhoff.** — Staat und Recht der römischen Königszeit. Stuttgart, 1882.
- Bethmann-Holweg.** Der Civilprocess des gemeinen Rechts. Bonn, 1864-1874.
- Boniface.** — Arrêts notables de la Cour de Parlement de Provence. Lyon, 1708.
- Bruns.** — Fontes juris Romani antiqui. — Friburgi, 1887.
- Büchel.** — De fiducia. Marburg, 1828.
- Chesius.** — De Differentiis juris. Jurisprudentia Romana et Attica Heinecii. Lugduni Batavorum, 1738-1741.
- Conradi.** — De pacto fiduciæ exercitationes duæ. Helmstedt, 1732-1733.
- Cujacius.** — Opera omnia, a Fabroto disposita. Neapoli, 1722-1727.
- Cuq.** — Nouvelle revue historique, 1886, tome 10.
- Danz.** — Der saeculäre Schutz im römischen Rechtsverkehr.
- Degenkolb.** — Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 1870, tome 9.
- Demelius.** — Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 1863, tome 2.
- Demolombe.** — Cours de Code Napoléon. Paris, 1861.
- Dernburg.** — Das Pfandrecht. Leipzig, 1860-1864.
- Dernburg.** — Pandekten. Berlin, 1888-1889.
- Desjardins.** — Revue historique de droit français et étranger, 1867, tome 13.
- Dirksen.** — Manuale latinitatis. Berolini, 1837.

- Ducange.** — Glossarium ad scriptores mediæ et infimæ latinitatis. Parisiis, 1840-1850.
- Eck.** — Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 1888, tome 9.
- Esmein.** — Mélanges d'histoire de droit et de critique. Paris, 1886.
- Geib.** — Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 1887, tome 8.
- Geny.** — Etude sur la fiducie. Thèse de Nancy, 1885.
- Gide.** — Revue de législation, 1870, tome 1.
- Girard.** — Nouvelle revue historique, 1882, tome 6.
- Girard.** — Nouvelle revue historique, 1883, tome 7.
- Girard.** — Textes de droit romain. Paris, 1890.
- Giraud.** — Novum Enchiridion. Parisiis, 1873.
- Gothofredus.** — Codex Theodosianus ; opus posthumum. Lipsiæ, 1736-1745.
- Gradenwitz.** — Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 1886, tome 7.
- Gradenwitz.** — Zeitschrift de Grünhut : Conjecturen (extrait), 1891.
- Gradenwitz.** — Interpolationen in den Pandekten. Berlin, 1887.
- Gradenwitz.** — Bulletino del Instituto di diritto Romano, 1889, tome 2.
- Greif.** — De l'origine du testament romain. Thèse de Paris, 1888.
- Heck.** — Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 1889, tome 10.
- Hölder.** — Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes. Erlangen, 1881.
- Hommell.** — Palingenesia librorum juris veterum. Lipsiæ, 1767-1768.
- Hugo.** — Histoire du droit Romain ; trad. Jourdan-Poncelet, Paris, 1822.
- Huschke.** — Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1847, tome 14.
- Huschke.** — Ueber das Recht des nexum. Leipzig, 1846.
- Huschke.** — Jurisprudentiæ aut Justinianæ quæ supersunt. Lipsiæ, 1867.
- Ihering.** — L'esprit du droit Romain ; trad. de Meulenaere. Paris, 1888.
- Ihering.** — De la faute en droit privé ; trad. de Meulenaere. Paris, 1880.
- Jourdan.** — L'hypothèque. Paris et Aix, 1876.
- Keller.** — De la procédure civile et des actions chez les Romains, trad. Capmas. Paris, 1870.

Keller. — Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1844, tome 12.

Krueger, Mommsen et Studemund. — Collectio librorum juris antejustiniani. Berolini, 1878-1891.

Lange. — Ueber die transitio ad plebem. Leipzig, 1864.

Lange. — Römische Alterthümer. Berlin, 1856.

Laurent. — Principes de droit civil Français. Bruxelles et Paris, 1878.

Lenel. — Das Edictum perpetuum. Leipzig, 1883.

Lenel. — Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 1882, tome 3.

Lenel. Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 1887, tome 8.

Lenel. — Palingenesia juris civilis. Lipsiæ, 1888.

Lehr. — Éléments de droit civil Anglais. Paris, 1885.

Lichtenstein. — De in jure cessionis origine et natura. Berlin, 1880.

Marini. — I papiri diplomatici raccolti ed illustrati. Rome, 1805.

Maynz. — Traité des obligations. Bruxelles et Paris, 1859.

Merlin. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Bruxelles, 1825-1828.

Mommsen. — Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 1885, tome 6.

Mommsen. — Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Bæticæ. Leipzig, 1855.

Mommsen. — Digesta. Berolini, 1886.

Mommsen. — Le droit public Romain, trad. Girard. Paris, 1887.

Muther. — Sequestration. Berlin, 1856.

Noüel. — De l'opération fiduciaire. Thèse de Paris, 1890.

Oertmann. — Die Fiducia im römischen Privatrecht. Berlin, 1890.

Ortolan. — Histoire de la législation Romaine ; augmentée par Labbé Paris, 1884.

Pellat. — Textes choisis des Pandectes. Paris, 1866.

Pernice. — Marcus Antistius Labeo. Halle, 1873.

Pernice. — Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 1888, tome 9.

De Petra. — Notizie degli scavi di antichità comunicate alla R. Accademia dei Lincei, 1887.

Puchta. — Kursus der Institutionen. Leipzig, 1865-1866.

Rudorff. — Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1845, tome 13.

Rudorff. — Zeitschrift für Rechtsgegeschichte, 1873, tome 11.

Rudorff. — Edicti perpetui quæ reliqua sunt. Lipsiæ, 1869.

- De Savigny.** — Droit des obligations, trad. Gérardin et Jozon. Paris, 1863.
- De Savigny.** — Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Heidelberg, 1834-1850.
- Scheurl.** — Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. München, 1860.
- Scialoja.** — Bulletino del Istituto di diritto Romano, 1888, tome 1.
- Sigonii opera omnia.** — Midiolani, 1732-1737.
- Sohm.** — Institutionen. Leipzig, 1884.
- Stintzing.** — Das Wesen der Bona Fides und Titulus in der römischen Usucapionslehre. Heidelberg, 1852.
- Tardif.** — Nouvelle revue historique, 1888, tome 12.
- Ubbelohde.** — Zur Geschichte der benannten Realcontracte. Marburg, 1870.
- Voigt.** — Die XII Tafeln. Leipzig, 1883.
- Voigt.** — Das Jus Naturale. Leipzig, 1856-1875.
- Walter.** — Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian. Bonn, 1861.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De la Fiducie

INTRODUCTION

I. — Idées générales : origine rationnelle.....	8
1. Les Principes anciens relatifs aux actes juridiques	8
2. Les besoins pratiques et la conscience humaine en face de cette législation	9
3. Les idées dominantes sur la fiducie.....	9
II. — Sources et textes principaux	11
1. Classification basée sur la nature des textes....	11
2. Développements relatifs aux textes interpolés..	12
III. — Définition de la fiducie ; division du sujet.....	22

PREMIÈRE PARTIE

La Fiducie envisagée en elle-même.

CHAPITRE I. — ORIGINE HISTORIQUE DE LA FIDUCIE.....	24
I. — Notions préliminaires	25
II. — L'opinion de M. Accarias : sa réfutation	26
1. Exposé de l'opinion.....	26
2. Sa réfutation.....	27

TABLE DES MATIÈRES	473
III. — L'opinion de M. Mommsen ; sa réfutation.....	30
1. Exposé de l'opinion.....	30
2. Sa réfutation.....	31
IV. — Date à assigner à l'apparition de la fiducie	34
1. Indication fournie par M. Lenel.....	34
2. Indication fournie par M. Demelius.....	35
3. Indication fournie par le raisonnement.....	35
CHAPITRE II. — NATURE ET FORME ; CARACTÈRES JURIDIQUES DE LA FIDUCIE.....	39
I. — Notions préliminaires.....	41
II. — Nature et forme de la fiducie.....	42
1. Nature de la fiducie : convention.....	42
α. Première opinion : contrat.....	44
β. Seconde opinion : pacte	46
2. Forme de la fiducie : pacte accompagnant une datio	48
α. Première opinion : pacte inséré dans la datio.....	49
β. Seconde opinion : pacte adjoint à une datio..	51
3. Étude détaillée de ces points combinés : pacte, datio.....	58
α. Au lieu d'un pacte, une stipulatio est-elle possible ?.....	60
β. Au lieu d'une datio solennelle, une traditio est-elle possible ?.....	63
4. Conséquences de cette nature juridique.....	80
α. De ce que c'est un pacte, non un contrat : fiducie dépendant de la datio dans son existence même	80
β. De ce que ce n'est pas un pacte adjoint à un contrat : pacte de fiducie indépendant de la datio dans sa forme et dans ses effets	84
γ. De ce que c'est un pacte adjoint à une datio : indépendance respective des deux éléments dans leurs effets	86
III. — Caractères juridiques de la fiducie.....	87

1. Son but.....	87
2. Sa sanction.....	91
3. Son résultat.....	93
4. Ses modes de réalisation.....	96
CHAPITRE III. — EFFETS DE LA FIDUCIE	99
I. — Notions préliminaires.....	102
II. — Effets de la fiducie dans le droit des personnes..	103
1. Le défaut de sanction légale.....	103
2. L'ordo judicorum privatorum, ou la cognitio extra ordinem ?.....	104
3. Discussion sur ce sujet.....	106
4. Id	108
5. Id.....	113
III. — Effets de la fiducie dans le droit des choses....	115
A. Première période.....	115
1. Le défaut de sanction légale.....	115
2. La sanction de fait : la bonne foi.....	116
3. La sanction indirecte : l'usureceptio.....	120
α. Origine historique de l'usureceptio.....	121
β. Son régime juridique.....	124
γ. Sa justification rationnelle.....	126
B. Seconde période.....	128
1. Création d'une sanction légale.....	128
α. Le crimen perfidiæ.....	129
β. L'actio fiduciæ in factum	132
γ. L'actio fiduciæ in jus	138
2. Rédaction de la formule de l'actio fiduciæ.....	146
α. La formule de l'actio fiduciæ in factum.....	147
β. La formule de l'actio fiduciæ in jus.....	149
γ. Adjectio à la formule	154
3. Résultats de l'actio fiduciæ	159
α. Actio fiduciæ directa.....	160
β. Actio fiduciæ contraria.....	165

TABLE DES MATIÈRES

475

IV. — Effets des deux éléments combinés de l'opération fiduciaire.....	168
1. Conséquences logiques des principes :	
2. Solutions déroatoires aux principes :	
α. Dans les rapports des parties.....	180
β. Dans leurs rapports avec les tiers.....	181
CHAPITRE IV. — INFLUENCES DE LA FIDUCIE SUR L'ENSEMBLE DU DROIT.....	187
A. — Origine des actions de bonne foi.....	187
I. — Notions préliminaires.....	188
II. — Age de l'actio fiduciæ.....	189
1. L'actio fiduciæ, première action de bonne foi...	189
2. Age de l'actio empti.....	190
α. Satisfaction des besoins pratiques, avant la création de l'emptio venditio	192
β. Date de l'actio empti.....	194
3. Date de l'actio fiduciæ	195
III. — Influence de l'actio fiduciæ sur l'origine des actions de bonne foi	197
1. Pourquoi l'idée de bonne foi devait trouver naissance dans la fiducie.....	197
2. Pourquoi et comment elle fut étendue de la fiducie, simple pacte, aux contrats de bonne foi.....	199
B. — Origine des contrats réels.....	203
I. — Notions préliminaires.....	204
II. — Influence de la fiducie sur l'origine des contrats réels nommés	205
1. La fiducie précédant le pignus, le depositum et le commodatum au point de vue économique ...	208
2. La fiducie engendrant ces contrats au point de vue juridique.....	205
III. — Influence de la fiducie sur l'origine des contrats réels innommés.....	213
1. La datio ob rem et la condictio ob rem dati dans	

la fiducia cum creditore.....	213
2. La datio ob rem et la conditio ob rem dati dans la fiducia cum amico.....	219

SECONDE PARTIE

La Fiducie envisagée dans ses applications.

A. Applications de la fiducie dans le droit des per- sonnes	224
CHAPITRE I. — APPLICATIONS DE LA FIDUCIE DANS LE DROIT DES PERSONNES.....	224
I. — Notions préliminaires.....	225
II. — Fiducie employée en vue de modifier l'état des personnes.....	226
1. Acquisition de la cité.....	226
2. Emancipation.....	227
3. Adoption	231
α. Le cas ordinaire.....	231
β. Les cas spéciaux.....	233
4. Noxæ deditio cum fiducia.....	236
Appendice : Des droits de tutelle et de succession fiduciaire.....	241
III. — Fiducie employée en vue d'acquérir la capacité.....	244
1. Coemptio fiduciæ causa : idées générales	244
2. Coemptio fiduciæ causa, sacrorum interimendo- rum causa.....	247
3. Coemptio fiduciæ causa, tutelæ evitaudæ gratia	248
4. Coemptio fiduciæ causa, testamenti faciendi gratia	250
B. Applications de la fiducie dans le droit des choses	252
CHAPITRE II. — FIDUCIA CUM CREDITORE.....	252
I. — Notions préliminaires.....	254

TABLE DES MATIÈRES

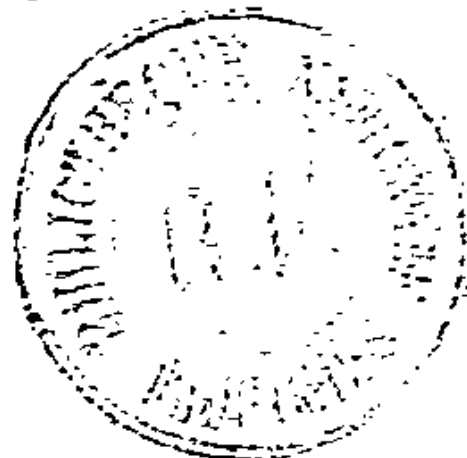
477

1. Importance pratique de la fiducia cum creditore, son but.....	254
2. Comparaison entre cette institution, le pignus, et l'hypotheca.....	255
3. Division du sujet.....	256
II. — La fiducia cum creditore envisagée en général..	257
1. Les différentes causes du pactum fiduciæ.....	257
α. Dans l'intérêt du débiteur.....	257
α. Precarium et locatio. Leurs effets.....	257
b. Le droit aux fruits, au profit du débiteur...	258
c. L'obstacle à l'usureceptio.....	258
β. Dans l'intérêt du créancier.....	271
α. Clause pénale de droit commun.....	271
b. Du pactum de vendendo.....	271
c. De la lex commissoria.....	278
2. Du non paiement de la dette à l'échéance.....	282
α. Du droit de vendre.....	282
β. Rapports entre le créancier vendeur et le tiers acheteur.....	288
γ. Rapports entre le créancier vendeur et le débiteur exécuté.....	290
δ. De la dominii, ou de la possessionis impetratio	292
3. Du paiement de la dette à l'échéance.....	294
α. Application des principes généraux.....	294
β. Du paiement par un tiers.....	294
γ. Du paiement par le débiteur lui-même.....	298
4. De l'actio fiduciæ dans la fiducia cum creditore.	303
α. De l'actio fiduciæ directa :	
b. De l'actio fiduciæ contraria :	
. Leur nature.....	303
β. Leurs effets.....	307
III. — La fiducia cum creditore, envisagée dans deux exemples.....	320
1. Idées générales.....	320

2. La Table de Bétique :	322
3. Les Tablettes de Pompéi :	338
α. Questions générales.....	324, 342
β. Questions relatives à la reconstitution du document.....	330, 346
CHAPITRE III. — FIDUCIA CUM AMICO.....	352
I. — Notions préliminaires.....	353
1. Définition de la fiducia cum amico.....	353
2. Divisions de ses applications.....	353
II. — Applications normales de la fiducia cum amico..	354
α. Applications ayant pour but de suppléer à l'insuffisance de la loi.....	354
1. Fiducia cum amico réalisant un dépôt et un commodat.....	356
2. Donatio mortis causa.....	358
β. Applications ayant pour but d'éluder les prohibitions de la loi.....	361
1. Donatio mortis causa sub modo.....	361
2. Mancipatio servi cum fiducia.....	364
γ. Le caractère commun à ces applications : la révocabilité.....	368
III. — Applications anormales de la fiducia cum amico	376
1. Opération fiduciaire principale.....	376
Dotis recepticiæ datio.....	380
2. Opérations fiduciaires accessoires.....	382
3. Le caractère commun à ces applications : la non-révocabilité.....	385
IV. — La doctrine de M. Heck.....	386
CHAPITRE IV. — MANCIPATIO FAMILIÆ CUM FIDUCIA.....	402
I. — Notions préliminaires.....	403
II. — Exposé de notre théorie dans son ensemble.....	404
A. Première période.....	404
1. Le testament per æs et libram, mancipatio familiæ	404

TABLE DES MATIÈRES	479
2. L'obligation de l'héritier aux legs.....	404
B. Seconde période.....	405
1. Mancipatio familiæ dicis gratia.....	405
2. Rôle à assigner au pactum fiduciæ.....	406
3. Le fidéicommiss, inconnu à l'origine.....	409
4. Forme originaire du fidéicommiss : mancipatio familiæ cum fiducia.....	409
C. Troisième période.....	411
1. Influence de la forme du testament, devenu un acte unilatéral, sur la forme du fidéicommiss.....	411
2. Le fidéicommiss devient un acte unilatéral.....	411
3. Il se rapproche du legs.....	412
III. — Justification de notre théorie.....	412
A. Examen des textes.....	412
1. Citation des textes.....	412
2. L'argument à en tirer.....	413
B. Ressemblances entre le fidéicommiss et la fiducie..	414
1. Leur but.....	414
2. Leur base.....	415
3. Leur résultat.....	416
4. Leurs moyens de réalisation.....	416
α. Du moyen direct.....	416
β. Du moyen indirect : — usureceptio, et usucapio pro herede.....	417
α. Leur destinée historique.....	418
b. Leur régime juridique.....	419
c. L'ordre suivi par les textes.....	420
C. Différences entre les deux expliquées.....	420
α. Différences de la première catégorie.....	421
1. Le pactum fiduciæ n'impose une obligation qu'au fiduciaire.....	421
2. L'opération fiduciaire ne peut avoir pour objet que le bien dont le fiduciæ dans est dominus ex jure Quiritium.....	422

β. Différences de la seconde catégorie	422
1. Le fidéicommiss toujours au profit d'un tiers....	423
2. Le fidéicommiss, sanctionné par la cognitio extra ordinem.....	424
D. Explications de certaines particularités propres au fidéicommiss	425
1. La sanction légale, datant d'Auguste.....	426
2. La nature de cette sanction: cognitio extra ordinem.....	426
IV. — Conclusion sur ce sujet.....	427
1. Le fidéicommiss, application de la fiducia cum amico	427
2. Action réciproque de la forme du testament et de la forme du fidéicommiss l'une sur l'autre.....	428
CONCLUSION	430
I. — Notions préliminaires.....	431
1. Les causes de disparition de la fiducia.....	431
2. Ses vestiges.....	432
II. — Disparition de la fiducia.....	432
1. Dans le droit des personnes.....	432
α. Mancipium cum fiducia.....	432
β. Noxæ deditio cum fiducia.....	432
γ. Emancipation et adoption.....	432
2. Dans le droit des choses.....	433
3. Date à assigner à la disparition de la fiducia cum creditore	435
III. — Les derniers vestiges de la fiducia au moyen-âge et dans les temps modernes.....	438
1. Le mort-gage ; — et le contrat pignoratif.....	438
2. La fiducia, sorte de fidéicommiss.....	441
α. Nature et nom de cette institution.....	442
β. Ses caractères principaux.....	445
IV. — L'idée-mère de la fiducia ; — sa destinée.....	447



DROIT FRANÇAIS



DE LA

JURIDICTION ADMINISTRATIVE

DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL

INTRODUCTION

I. Idées générales . 1. L'individu et l'État. 2. Le pouvoir social ; la séparation des pouvoirs. 3. Tempéraments au principe de la séparation des pouvoirs. 4. Le problème à examiner ; objet de notre étude. — II. Caractères, divisions générales de notre étude. — III. L'antiquité : 1. La Grèce. 2. Rome.

BIBLIOGRAPHIE

1. Anonyme. L'inamovibilité de la magistrature. France judiciaire, 1879-1880, tome 4, pag. 1 à 5.
2. Bertauld. Des limites de la liberté individuelle et de la souveraineté sociale. Revue critique, 1862, tome 20, p. 121, 412, 513.
3. Bluntschli. Théorie générale de l'Etat, trad. de Riedmatten. Paris, 1881.

4. De Bonald. Théorie sur le pouvoir politique et religieux. Paris, 1847.
5. Cauvet. De l'organisation judiciaire chez les Athéniens. Revue de législation, 1844, tome 20, pag. 129, 289.
6. Dareste. La justice administrative en France, Paris, 1862.
7. Fustel de Coulanges. Sur le tirage au sort appliqué à la nomination des archontes athéniens. Nouvelle revue historique, 1878, tome 20, p. 613.
8. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.
9. Glasson. Histoire du droit et des institutions de la France. Paris, 1887, tome 1.
10. De Humboldt. Essai sur les limites de l'action de l'Etat. trad. Chrétien. Paris, 1867.
11. Ihering. Esprit du droit romain, trad. de Meulenaere, Paris, 1886 ; 4 vol.
12. Laferrière. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Paris, 1887-1888, 2 vol.
13. De Maistre. Essai sur le principe générateur des constitutions politiques. Œuvres complètes, tome 1, Paris, 1841.
14. Mispoulet. Institutions politiques des Romains. Paris, 1882, 2 vol.
15. Mommsen et Marquardt. Manuel des antiquités romaines : Le droit public romain, trad. Girard. Paris, 1889.
16. Mounier. Rapport du comité chargé du travail sur la constitution.
17. Rigaut. Essai philosophique sur les principes fondamentaux du droit naturel envisagé comme science spéciale. Revue critique, tome 3, 1853, et tome 5, 1854, p. 836, p. 12, 531.
18. Saint-Girons. Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire. Paris, 1881.
19. Serrigny. Droit administratif romain. Paris, 1862, 2 vol.
20. Troplong. Des républiques d'Athènes et de Sparte. Revue de législation, tome 41, 1851, p. 5.
21. Willems. Le droit public romain. Louvain et Paris, 1883.

I

IDÉES GÉNÉRALES ET RATIONNELLES.

§ 1. — *L'individu et l'Etat.*

L'homme tient de la nature deux penchants qui apparaissent tout d'abord comme opposés, bien qu'en réalité ils soient indissolublement enchaînés l'un à l'autre : un penchant à la sociabilité, et un penchant à la libre expansion de sa personnalité individuelle. De ces deux tendances envisagées sous le rapport de leur intensité réciproque, c'est la seconde qui est de beaucoup la plus forte ; c'est un fait qui est amplement démontré par l'histoire de l'humanité à travers les âges. Considère-t-on maintenant le rapport de cause à effet qui unit ces deux besoins de l'homme, on peut dire que chacun d'eux est à la fois la cause et l'effet de l'autre ; d'une part c'est le désir de la liberté qui a engendré spontanément le besoin de sociabilité ; ici la liberté individuelle est la cause, la société est l'effet ; et d'autre part l'histoire démontre que plus la société s'est élargie, plus l'étendue de la liberté individuelle a été grande ; là la société est la cause, la liberté individuelle est l'effet. Si, à une époque quelconque, si reculée qu'on veuille la supposer, l'individu isolé avait été assez parfait et assez puissant pour respecter la liberté de ses semblables, sans avoir à craindre les atteintes

portées par ces derniers à la sienne propre, jamais il n'aurait senti le besoin de vivre en société; mais réduit à ses seules forces pour soutenir ce qu'il croit être son droit, et pour donner satisfaction à ses sentiments de vengeance privée contre l'injustice, l'individu est impuissant; et abandonné à ses seules aspirations d'envahissement sur le droit de ses voisins, l'individu est dangereux : dès lors il sent le besoin de faire partie d'une collectivité; il est heureux de pouvoir sacrifier une portion de sa liberté afin d'en conserver quelques parcelles, et de trouver en retour la protection de son être; de là l'état patriarcal (1). Bientôt pourtant la pesanteur du joug s'impose trop lourdement; sans avoir regret de sa soumission au clan, à la gens, puisqu'elle lui a assuré la sécurité de l'existence, l'individu cherche peu à peu le moyen de s'en affranchir, et à cet effet il trouve un appui bienfaisant dans la puissance grandissante de l'Etat; la liberté après la vie; la famille après la liberté. Sans doute cette liberté ne sera pas rendue à l'individu complète, intégrale, puisque l'Etat est là pour la restreindre en vue de sa mission; mais plus la collectivité est étendue, et moins sont serrés les liens qui rattachent l'individu à cette collectivité. Ainsi l'Etat s'impose comme une nécessité, parce qu'il est la garantie du droit de l'individu; « la souveraineté de l'Etat repose sur une seule notion, celle de la justice; l'Etat doit être juste comme elle, c'est alors seulement qu'il est capable de la faire respecter » (2) : car les indivi-

1. Ihering, *l. c.*, n. 11, tome 1, p. 119 et suiv.

2. Rigaut, *l. c.*, n. 17, tome 5, page 534.

dus ont « besoin et conscience du besoin d'être gouvernés ; mais ils ne veulent l'être que dans les limites de la nécessité ou au moins de l'impérieuse utilité » (1). Quelque idée que l'on prétende se faire du rôle exact de l'Etat, que l'on restreigne, avec de Humboldt (2), sa mission à une simple production de la sécurité, en le considérant uniquement comme un moyen et non comme un but ; ou que l'on étende, avec Bluntschli (3), cette mission au développement des facultés de la nation et au perfectionnement de sa vie, en le considérant à la fois comme un moyen et comme un but ; de toutes façons, l'on est forcé de reconnaître, comme l'a fait Bluntschli (4) lui-même, que « l'homme doit développer son individualité, ses facultés, son caractère dans les cercles harmoniques de la famille, du peuple, de l'humanité ; pour accomplir ce devoir, la liberté privée lui est indispensable ; l'Etat doit donc protéger celle-ci contre toute attaque injuste, il lui est interdit de l'opprimer ; il faut ici qu'il se rende clairement compte des bornes de sa nature même » ; c'est d'une façon plus vive et plus saisissante que Mounier (5) exprimait déjà la même pensée : « Pour qu'une constitution soit bonne, il faut qu'elle soit fondée sur les droits des hommes, et qu'elle les protège évidemment. » En un mot, la garantie du droit de l'individu : telle est l'idée

1. Bertauld, *l. c.*, n. 2, p. 125.

2. De Humboldt, *l. c.*, n. 10.

3. Bluntschli, *l. c.*, n. 3.

4. Bluntschli, *l. c.*, n. 3, page 289.

5. Mounier, *l. c.*, n. 16, p. 9.

fondamentale qui servira de base à toute notre étude, et qu'il est indispensable d'adopter avec nous dès le point de départ, sous peine d'être en désaccord complet et constant avec nos développements ultérieurs.

§ 2. — *Le pouvoir social, la séparation des pouvoirs.*

La formation de l'État ne saurait résulter du simple fait de l'association entre les hommes, cette société doit en outre reconnaître et réaliser « le principe de l'ordre qui seul anime et régularise le fait de l'association ; l'ordre suppose la règle, la règle des autorités qui la déclarent, l'appliquent et l'exécutent (1). » Il faut donc que chaque individu abandonne une partie de sa souveraineté au profit de l'État, afin que celui-ci soit assez puissant pour le protéger là où il se sent lui-même sans forces : de là la souveraineté sociale, de là le pouvoir social. Ainsi envisagé en lui-même ce pouvoir nous apparaît comme étant un et indivisible. « Il n'y a pas de nation acéphale », disait d'Aguesseau. Dès lors, il paraît tout d'abord naturel et logique de se déclarer partisan du pouvoir absolu qui se résume si bien dans le fameux « l'État, c'est moi ». Le pouvoir est un et indivisible, dès lors le prince se l'attribue à lui seul, il le confisque tout entier à son profit : l'incarnation du pouvoir dans la personne d'un homme est à coup sûr la réalisation la plus simple, la plus absolue de la conception vraie du pou-

1. Rigaut, *l. c.*, n. 17, tome 5, page 533.

voir. Mais ce n'est certes pas la moins périlleuse : la réunion de tous les pouvoirs dans la même main constitue un danger imminent pour la société ; c'est la volonté arbitraire d'un seul qui opprime la liberté de tous, c'est le despotisme ; en un mot, dans cette théorie on méconnaît totalement cette vérité que ce n'est pas la société qui est faite pour le pouvoir, mais que c'est le pouvoir qui est fait pour la société.

Dès que l'on admet le principe de la liberté humaine, il faut à tout prix éviter le despotisme, parce qu'il constitue une entrave menaçante et révoltante à cette liberté. Le plus sûr moyen d'y parvenir n'est-il pas de briser précisément ce qui constitue l'essence même du despotisme ? N'est-ce pas de diviser ce qui est trop intimement uni ? De là, le principe de la séparation des pouvoirs (1). Contenu déjà en germe dans la politique d'Aristote, ce principe a été surtout développé dans l'Esprit des Lois par Montesquieu ; et la maxime « le pouvoir arrête le pouvoir » est demeurée justement célèbre. Ainsi la séparation des pouvoirs est contraire à la pure logique ; mais elle s'impose impérieusement en raison, uniquement parce qu'elle est une garantie indispensable du droit de l'individu. Cependant, à première vue, ce principe de la séparation des pouvoirs semble détruire en totalité la force de cet autre axiome indiscutable de l'unité et de l'indivisibilité du pouvoir social ; comment donc peut-il être concilié avec lui ? C'est, d'une part, grâce au principe de la

1. Cf. Saint-Girons, *l. c.*, n. 18 ; Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 8.

souveraineté nationale; le régime du suffrage et de la représentation sera substitué au régime de l'hérédité et de l'absolutisme, en même temps que la séparation des pouvoirs viendra remplacer leur confusion; le prince ne sera plus la tête, désormais ce sera le suffrage de la nation; les différents pouvoirs reconnus ne seront que des pouvoirs en quelque sorte secondaires et constitués par un pouvoir en quelque sorte primordial et constituant; — c'est d'autre part, grâce à la coordination des divers pouvoirs entre eux, qui ne peut être assurée que par une certaine pondération des pouvoirs les uns par les autres: si le chef du pouvoir exécutif est nommé par les Chambres législatives, il en dépend; de même si les membres du pouvoir judiciaire sont nommés par le chef du pouvoir exécutif, ils en dépendent; cette dépendance d'un pouvoir vis-à-vis d'un autre est nécessaire, et une séparation absolue des pouvoirs est impossible parce qu'elle aboutirait à l'inertie de l'État, et qu'elle serait par conséquent opposée à la garantie du droit de l'individu, elle constituerait la négation même du pouvoir social; selon l'énergique expression de Bluntschli, « séparer la tête du corps et en faire son égal, c'est tuer l'homme » (1). Séparation ne veut pas dire égalité, mais signifie seulement d'une part indépendance dans l'organisation du pouvoir une fois constitué, et d'autre part compétence exclusive à l'égard de certaines fonctions déterminées. C'est pour n'avoir pas su ou n'avoir pas voulu comprendre cette portée

1. Bluntschli, *l. c.*, n. 3; page 459.

du principe de la séparation des pouvoirs que des écrivains l'ont attaqué et l'ont soutenu impraticable (1). Les divers pouvoirs sont comme des rouages de la machine sociale, qui ne peuvent se mouvoir que s'ils sont reliés par un engrenage commun. Ainsi une coordination des pouvoirs entre eux, à côté de leur séparation, est exigée, et par la force même des choses et par la garantie du droit de l'individu. C'est toujours ce même motif qui peut encore expliquer et justifier les tempéraments véritables que comporte le principe de la séparation des pouvoirs : il s'agissait avant tout d'en comprendre la portée elle-même, il s'agit maintenant de la limiter dans ses applications.

§ 3. — *Tempéraments au principe de la séparation des pouvoirs.*

La séparation des pouvoirs, avons-nous dit, consiste d'une part dans l'indépendance des pouvoirs une fois constitués, et d'autre part dans leur compétence exclusive à l'égard de certaines attributions déterminées. Chacun de ces deux éléments comporte des dérogations ; mais celles que subit le second sont de beaucoup les plus graves. Et d'abord l'indépendance des pouvoirs même une fois constitués peut recevoir des atteintes : lorsque dans un pays les Chambres législatives ont la faculté, par le refus indéfini du vote du budget, d'ame-

1. Cf. de Bonald, *l. c.*, n. 4 ; de Maistre, *l. c.*, n. 13.

ner indirectement la démission ou l'abdication du chef du pouvoir exécutif, lorsque celui-ci a le droit de dissoudre les Chambres et d'en appeler au pays lui-même, lorsque le pouvoir exécutif a dans la faculté de refuser ou d'accorder l'avancement des magistrats le moyen d'exercer une action indirecte sur le pouvoir judiciaire, il en est ainsi ; voilà déjà toute une catégorie de dérogations au principe lui-même. Ensuite la compétence exclusive à l'égard de certaines attributions déterminées subit de graves exceptions : lorsque la Chambre Haute d'un pays s'érige en Cour de justice à l'effet de juger certains crimes et certains personnages de l'État, lorsque le chef du pouvoir exécutif exerce, soit exclusivement, soit concurremment avec les Chambres, le droit d'initiative en ce qui concerne les lois, lorsqu'il a à l'égard de celles-ci un certain droit de sanction ou de veto, lorsque en sens inverse le pouvoir législatif se réserve le droit de faire certains actes qui par leur nature rentrent dans les attributions du pouvoir exécutif, tel par exemple que le droit de déclarer la guerre, il en est ainsi ; voilà donc une seconde série de dérogations au principe de la séparation des pouvoirs. Aucune de ces dérogations ne s'impose d'une façon nécessaire à l'esprit ; aussi le jugement à porter sur chacune d'elles est-il fort délicat ; ce qui le prouve bien, c'est que ces questions ont reçu des solutions aussi variées que les pays et que les époques. Il est extrêmement difficile ici de dire s'il s'agit d'un tempérament nécessaire parce qu'il est indispensable pour la garantie du droit de l'individu, ou s'il s'agit d'une véri-

table violation du principe qui comme telle doit être réprouvée, parce qu'elle est un retour vers le despotisme; pour parvenir à une réponse il faut sur chaque question prendre en considération les droits de l'individu, pour qui sont faites toutes les institutions, et voir quel système leur offre le plus de garanties.

§ 4. — *Le problème à examiner ; objet de notre étude.*

Tel est précisément l'examen que nous voulons tenter de faire en ce qui touche la juridiction administrative. Si l'on admet l'existence du pouvoir judiciaire, et le principe de la séparation des pouvoirs, la juridiction administrative nous apparaît comme une dérogation à ce principe; cette dérogation constitue-t-elle un tempérament nécessaire ou au moins utile, ou bien n'est-elle au contraire qu'une violation nuisible du principe? Un auteur considérable (1) semble croire à l'impossibilité d'étudier cette question « au nom de principes abstraits » ; à ce compte il faudrait dire qu'une institution est bonne par cela seul qu'elle existe, et la bouche serait fermée à la discussion ; à ce compte tout progrès serait impossible et les hommes de 1789 n'auraient pas pu poser les grands principes qui nous régissent encore aujourd'hui dans leur ensemble, sous le prétexte qu'ils ne les voyaient appliqués nulle part et qu'ils les trouvaient seulement dans leur raison.

1. Laferrière, *l. c.*, n. 12, tome 1, p. 106.

Notre seul principe abstrait, qui du reste est pratique tout autant que théorique, ce sera le principe de justice. La juridiction administrative est-elle une institution capable de s'allier avec la liberté ; est-elle « avouée par la justice et par la raison (1) » ? Si oui, elle doit être maintenue et énergiquement défendue ; sinon, elle doit succomber. Mais alors le parti de la suppression pure et simple, qui apparaît tout d'abord à l'esprit comme le plus naturel, est-il en réalité celui qui offre le plus de garanties aux droits de l'individu ? Enfin n'y a-t-il donc aucun système capable de donner pleine satisfaction à la justice ? Telles sont les questions délicates que nous devons examiner avec d'autant plus de calme et d'impartialité que l'intérêt ou la passion dans la défense autant que l'acharnement ou le parti pris dans l'attaque ont jusqu'à ce jour égaré et comme aveuglé les esprits.

II

OBJET, CARACTÈRES, DIVISIONS DU SUJET.

Notre étude sera donc une œuvre de critique. Mais toute critique suppose la connaissance préalable des institutions considérées dans leur histoire et dans leur état actuel. Notre sujet doit donc être divisé en deux parties : c'est seulement dans la seconde que nous pourrons porter une

1. Bertauld, *l. c.*, n. 2, p. 125.

appréciation sur l'institution d'une juridiction administrative en France, après avoir dans la première étudié l'histoire et l'état actuel des institutions en France et dans les principaux États étrangers. C'est sur l'esprit dans lequel nous concevons l'examen de cette première partie qu'il nous faut insister quelque peu ici. L'objet de notre étude, c'est le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, et plus spécialement l'institution d'une juridiction administrative; et notre objectif sera toujours la garantie de l'individu. Par sa nature même, le sujet se rattache à trois branches distinctes du droit public.

1. Il est d'abord dominé par une question d'ordre constitutionnel : la question de la confusion ou de la séparation des pouvoirs. Il est en effet évident que si à une époque donnée et dans un pays donné, le principe même de la séparation des pouvoirs est inconnu, il n'y a pas lieu de s'étonner de ne pas rencontrer de grandes garanties au profit de l'individu en ce qui touche l'organisation du pouvoir judiciaire, non plus qu'en ce qui touche la détermination de l'autorité compétente à l'égard des affaires administratives. Ainsi cette question devra être tout d'abord examinée; toutefois elle ne nous fournira pas l'objet de longs développements : car bien qu'elle domine notre sujet, elle ne constitue pas notre sujet lui-même; nous n'avons pas à étudier le principe de la séparation des pouvoirs dans son ensemble, mais seulement ce principe envisagé dans l'une de ses applications, la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire; cet examen ne trouvera tous ses développements que dans notre troi-

sième section ; dans cette première section nous nous bornerons à une double constatation pure et simple : d'une part à une constatation de la reconnaissance ou de la méconnaissance du principe, et d'autre part à une constatation de l'existence ou de la non-existence du pouvoir judiciaire avec ce caractère de véritable pouvoir constitué.

2. Le sujet se rattache en second lieu à l'étude de l'organisation judiciaire. Dès lors l'examen des garanties que l'individu trouve dans l'organisation des tribunaux judiciaires est nécessaire. Tout d'abord cela est évident si les affaires administratives sont confiées à la décision des tribunaux judiciaires eux-mêmes ; mais cet examen s'impose alors même qu'il en est autrement : en effet, pour se rendre un compte exact des garanties que l'individu peut trouver dans la compétence d'une juridiction administrative, il faut au préalable connaître celles dont il jouit devant les tribunaux judiciaires ; ce n'est que grâce à ce parallèle et à cette comparaison que la lumière peut se faire jour. Cependant ici encore nous devons être bref, et nous restreindre à un examen très général bien que suffisant pour faire connaître les termes de la comparaison. En somme, notre but dans cette section sera de faire voir, non pas quels sont tous les tribunaux d'un pays et d'une époque, mais bien plutôt quelles sont les garanties d'indépendance que la loi accorde aux tribunaux, et ainsi de montrer à l'aide de quels éléments organiques le pouvoir judiciaire est véritablement tel. On l'a dit avec grande raison, « l'indépendance de la magistrature et le respect de ses attributions sont, en effet, le corol-

laire de la fameuse théorie de la séparation des pouvoirs qui est elle-même la plus haute expression de la civilisation politique, le piédestal le plus solide sur lequel on puisse asseoir la liberté ». (1) Notre examen sera donc très général ; c'est seulement dans les pays dans lesquels les affaires administratives sont abandonnées aux tribunaux judiciaires que nous devons entrer dans quelques détails.

3. Enfin notre étude relève directement du droit administratif ; et celui-ci n'étant que la mise en œuvre des principes du droit constitutionnel, c'est ici que se présente l'examen de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire. D'un côté l'administration des affaires publiques est-elle exclusivement réservée au pouvoir exécutif, et le pouvoir judiciaire n'y prend-il aucune part ? D'un autre côté la décision de tous les procès sans exception appartient-elle au pouvoir judiciaire, et n'y a-t-il pas au contraire une catégorie de litiges rangés sous la dénomination commune de contentieux administratif, qui soit soustraite aux tribunaux ordinaires pour être transportée dans la compétence des agents du pouvoir exécutif, ou tout au moins dans celle de tribunaux spéciaux, appelés tribunaux administratifs ? Telle est la double face de la question que nous nous proposons d'examiner avec les détails que peut comporter un travail du genre de celui qui nous incombe (2).

1. Anonyme, *l. c.*, n. 1, p. 403.

2. D'ailleurs cette troisième section ne sera consacrée qu'à l'examen détaillé de la seconde face de la question ; la première face doit

Telles sont les subdivisions que comportera l'étude de notre première partie, c'est-à-dire de l'histoire et de l'état actuel des institutions dans les divers pays. D'ailleurs une division quelconque n'est utile que parce qu'elle est nécessaire pour nous rendre claires, et précises des notions que la faiblesse de notre entendement nous empêcherait de saisir et d'embrasser d'un seul coup d'œil. Il en est ainsi de nos divisions ; elles sont loin d'être séparées entre elles d'une manière absolue ; au contraire, elles se relient intimement les unes aux autres : si dans un pays et à une époque, la séparation des pouvoirs n'existe en aucune façon, et si le souverain légifère, exécute les lois qu'il a portées, et statue sur les contestations qu'elles soulèvent par lui-même ou par ses fonctionnaires, il est certain que la première de nos trois divisions absorbe à elle seule les deux autres ; de même si le pouvoir judiciaire se réserve exclusivement la connaissance de tous les litiges soulevés par l'application des lois, il est certain que notre dernière division se trouve presque supprimée, et que la question de la juridiction administrative ne se pose même pas. Notre triple division n'est donc absolument vraie et pleinement exacte que si dans un pays et à une époque, l'on commence par admettre le principe de la séparation des pouvoirs ; l'on institue ensuite des tribunaux judiciaires, et l'on reconnaît enfin l'existence d'une juridiction administrative. C'est parce

faire l'objet d'un examen plus sommaire qui rentre dans notre première section.

qu'il en est ainsi en France à l'heure actuelle que nous adoptons ces divisions ; et c'est aussi parce que cette première partie qui concerne l'examen des institutions dans l'histoire et dans les divers pays n'est en quelque sorte qu'une longue introduction dans laquelle nous pourrions puiser des enseignements utiles en vue de donner une solution à la question étudiée dans notre seconde partie, qui, elle, est exclusivement spéciale à la France.

III

L'ANTIQUITÉ.

Idées générales. — Les anciens ne se sont jamais élevés à la conception moderne de l'État (1) : pour eux l'individu n'est rien, l'État est tout ; la liberté individuelle n'existe pas, l'homme n'a des droits que comme membre de l'État. Ces notions se manifestent par l'exercice direct de la souveraineté au profit des citoyens eux-mêmes ; c'est même là l'unique garantie qui puisse résulter d'un pareil système. Car il engendre nécessairement la confusion des pouvoirs ; les membres des tribunaux sont ou bien les citoyens eux-mêmes, ou bien des délégués élus par eux ; la juridiction administrative est à l'état rudimentaire. Cet état de choses qui s'est maintenu en Grèce jusqu'à la fin, et à Rome jusqu'à l'avènement de l'Em-

1. Bluntschli, *l. c.*, n. 3, pp. 49 à 51.

pire, s'est peu à peu modifié au fur et à mesure des progrès de la centralisation Romaine (1). Toutefois ces modifications n'ont en aucune façon tourné au profit de l'individu : la séparation des pouvoirs est encore inconnue ; la confusion continue à régner. Seulement elle s'est déplacée ; au lieu de résider dans le peuple, elle réside maintenant dans la personne de l'Empereur, c'est lui qui se réserve souvent pour lui-même ou pour des commissaires nommés par lui la connaissance des procès ; et à côté de la justice ordinaire est instituée une justice spéciale chargée de statuer sur les litiges qui intéressent plus particulièrement l'État et l'Empereur qui s'identifie avec lui ; cette justice est une délégation que le prince confie non à des juges, mais à de véritables agents : de ce jour la juridiction administrative est créée. Tel est le système d'institutions qui, sauf les améliorations successives entraînées par la marche de la civilisation, servira de base, du moins dans son ensemble, à l'organisation politique des divers États de l'Europe pendant de longues périodes de siècles.

§ 1. — *La Grèce.*

1. *La confusion des pouvoirs.* — Chez les Grecs, on distingue bien les diverses activités publiques par leur genre et par leur nature ; on reconnaît bien l'existence de trois autorités différentes ; mais chacune de ces autorités reçoit des atteintes importantes de la part de chacune

1. Dareste, *l. c.*, n. 6, pp. 1 à 5.

des deux autres (1). C'est d'abord l'Assemblée nationale des Athéniens, dont le rôle principal est de discuter les lois, qui sort de cette fonction en accomplissant certains actes de gouvernement du ressort du pouvoir exécutif, et en prononçant des châtiments de la compétence du pouvoir judiciaire (2) ; de la sorte l'*ecclesia* athénienne réunissait les trois pouvoirs. Le pouvoir exécutif était remis entre les mains de neuf archontes, qui tous réunissaient plus ou moins des fonctions à la fois administratives et judiciaires ; d'abord perpétuels comme les rois qu'ils remplacèrent, ils devinrent électifs et nommés pour dix ans, puis ils devinrent annuels et furent tirés au sort non pas au hasard, mais parmi les meilleurs citoyens (3) ; les trois premiers archontes portaient des noms spéciaux appropriés aux fonctions qu'ils exerçaient spécialement, l'archonte roi, l'archonte polémarque et l'archonte éponyme qui dirigeait la procédure devant les tribunaux et présidait le tribunal qui devait en connaître dans un certain nombre d'affaires ; ainsi l'administration et la justice étaient exercées par le même personnage. Enfin les tribunaux eux-mêmes intervenaient en matière législative : « quand un projet de décret avait été présenté à l'assemblée du peuple, il était permis à tout citoyen d'en appeler l'auteur en justice comme ayant violé les lois anciennes non

1. Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 8, pp. 42 à 56 ; Saint-Girons, *l. c.* n. 18, p. 4.

2. Bluntschli, *l. c.*, n. 3, p. 455 ; Troplong, *l. c.*, n. 20, p. 9.

3. Cauvet, *l. c.*, n. 3, p. 167 ; Fustel de Coulanges, *l. c.*, n. 7, pp. 618, 619 et 637.

encore abrogées, ou comme ayant lésé les intérêts de la République... Fut-elle déjà adoptée par le peuple, la loi nouvelle était anéantie, lorsqu'une condamnation quelconque atteignait l'accusé. Bien plus, après un an passé sans poursuites, l'auteur d'une proposition approuvée était désormais à l'abri de toute peine. Mais la proposition elle-même pouvait toujours être attaquée devant le tribunal des Hélistes et annulée par lui » (1). En outre, chaque citoyen pouvait, en portant son action devant le tribunal, faire un véritable procès à la loi ancienne afin de parvenir à une loi nouvelle. Ainsi à Athènes tous les pouvoirs étaient confondus. Il en était de même à Lacédémone : le Sénat fait la loi et juge les causes capitales et les crimes des rois ; les éphores gèrent le gouvernement et la justice ; enfin c'est un magistrat, haranguant le peuple, qui lui propose les lois (2).

2. *Garanties de l'individu dans l'organisation judiciaire.* — C'est surtout dans cette partie de leur droit public que les Grecs auraient dû trouver leurs plus précieuses garanties. En effet, c'est ici que se manifeste au plus haut degré l'exercice direct de la souveraineté par les citoyens. A Athènes, le tribunal de droit commun était celui des Hélistes, composé de six mille citoyens désignés par le sort chaque année, et ainsi appelé parce que ses membres se réunissaient en plein air (3). Ainsi l'administration

1. Cauvet, *l. c.*, n. 5, p. 140.

2. Troplong, *l. c.*, n. 20, p. 33 ; Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 8, p. 47.

3. Cauvet, *l. c.*, n. 5, p. 140 ; Troplong, *l. c.*, n. 20, p. 41.

de la justice par les citoyens eux-mêmes, et la plus grande publicité possible semblent avoir été deux garanties sérieuses. Mais d'une part ce tribunal, où siégeaient dans chaque séance cinq ou six cents juges ressemblait plutôt à une assemblée politique, et bien souvent aveuglé par les passions du moment il prononça des sentences d'ostracisme presque sans information préalable contre des hommes vertueux dont le seul crime avait été de déplaire à la populace, qu'excitaient les démagogues ; et d'autre part, pour les affaires où la politique se trouvait désintéressée, le recrutement de ce tribunal par la voie du sort avait pour conséquence nécessaire une incapacité juridique absolue de la part de ceux qui étaient désignés pour en faire partie. Ici encore la garantie de l'individu était sacrifiée : l'impartialité et la capacité du juge faisaient défaut.

3. *Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des affaires administratives.* — La séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire n'existait en aucune façon, nous l'avons déjà vu : l'archonte éponyme, un des chefs du pouvoir exécutif, usurpait sur le pouvoir judiciaire en dirigeant la procédure devant les tribunaux et en les présidant. Un second empiètement du même genre consistait dans l'attribution de certaines affaires litigieuses à des administrateurs actifs : c'est ainsi que les stratèges ou généraux étaient seuls compétents pour l'application de la célèbre loi des échanges ; les trois cents Athéniens les plus riches étaient chargés de subvenir aux charges et à l'entretien de l'armée et de la flotte ; lorsqu'un citoyen se

croyait indument porté sur la liste des trois cents, il citait un autre citoyen qu'il considérait comme plus riche que lui et il lui faisait sommation d'opter entre l'un des deux partis suivants, ou bien le remplacer dans la contribution à payer, ou bien échanger toute sa fortune contre la sienne ; voilà dans quelles contestations délicates intervenait le stratège (1). Mais l'établissement de semblables juridictions administratives ne constituait que l'exception ; le droit commun en ce qui touche les procès administratifs était tout différent, et cependant, lui aussi, il consistait par un certain côté dans un nouvel empiètement du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire. « Il existait d'ailleurs une règle constante par suite de laquelle le magistrat chargé d'une branche de l'administration publique devait intervenir dans les contestations de toute nature nées à l'occasion du service confié à ses soins. Lui seul pour ces sortes d'affaires rendait les décisions provisoires que l'intérêt social venait à exiger, et il lui appartenait exclusivement de présider le tribunal investi du droit de mettre fin au litige. Ainsi quand le peuple avait ordonné l'armement d'une flotte, les amiraux ne se bornaient pas à veiller à leur équipement ; ils devaient en outre décerner des contraintes contre les triérarques en retard d'accomplir leurs obligations. L'on permettait, il est vrai, à ceux-ci de former opposition devant le tribunal des Hélistes, s'ils contestaient la légalité de la contribution demandée ; mais tou-

1. Cauvet, *l. c.*, n. 5, p. 167.

jours alors le magistrat dont on attaquait la décision était placé à la tête des juges et dirigeait les débats (Démosthènes, Discours contre Evergos et Mnésibule, p. 607) » (1). Ainsi à l'aide de cette présidence du tribunal accordée d'une façon permanente à l'archonte éponyme, et à l'occasion aux autres administrateurs actifs, le pouvoir exécutif tenait le pouvoir judiciaire dans sa main. Au contraire, si ce dernier intervenait souvent en matière législative, jamais il ne s'immisçait dans l'administration. La confusion des pouvoirs exécutif et judiciaire régnait donc en Grèce entièrement au profit du pouvoir exécutif.

§ 2. — Rome.

1. *La confusion des pouvoirs.* — Pas plus que les Grecs, les Romains n'ont connu le principe de la séparation des pouvoirs. Sous la République chaque organe politique réunit tous les pouvoirs : les comices, spécialement chargés de la confection des lois, font des actes du ressort du pouvoir exécutif en délibérant sur les questions importantes de politique étrangère, et des actes du ressort du pouvoir judiciaire en recevant l'appel des condamnations capitales ; le Sénat, simple conseil du pouvoir exécutif en principe, fait des actes de gouvernement et d'administration active, et de plus il rend des ordonnances qui ont le caractère des lois, c'est ainsi qu'il se réserve la

1. Cauvet, *l. c.*, n. 5, p. 161.

nomination d'un dictateur ; enfin le magistrat du peuple Romain cumule, lui aussi, les trois pouvoirs ; il a la *jurisdictio*, l'*imperium* et le *jus edicendi* (1). La confusion est donc complète. Néanmoins jusqu'à la fin de la République, et encore dans les premiers temps de l'Empire, la liberté de l'individu put trouver ailleurs sa garantie : le mode d'institution des divers organes politiques, l'organisation du pouvoir judiciaire, enfin une sorte de contrôle réciproque des autorités les unes vis-à-vis des autres, joint à une lourde responsabilité de tous les fonctionnaires envers le peuple, voilà un ensemble de mesures constituant autant de palliatifs capables de tempérer les inconvénients du système. Avec les progrès toujours croissants de l'Empire, tous ces tempéraments disparurent ; seule, la confusion des pouvoirs se maintint et fut transportée aux mains du prince : l'Empereur réunit en sa personne les branches diverses de l'activité publique *imperium*, *jurisdictio*, *tribunitia potestas*, etc., tout lui appartient ; la loi n'est plus votée, elle émane de l'*oratio principis*, c'est-à-dire d'un discours impérial motivé et préparé par le *consilium* ou *consistorium principis* ; l'Empereur intervient en personne dans l'administration de la justice au moyen de l'*appellatio*, de la *relatio* ou *consultatio*, et de la *supplicatio* (2). En un mot, ce sont les principes de l'absolutisme, autant dire du despotisme.

1. Bluntschli, *l. c.*, n. 3, p. 455. Willems, *l. c.*, n. 21, pp. 212 à 231. Mispoulet, *l. c.*, n. 14, tome 1, p. 214. Mommsen et Marquardt *l. c.*, n. 15, tome 1, p. 135 à 180.

2. Willems, *l. c.*, n. 21, pp. 233 à 311 ; 566 à 570 ; 629 et 630.

2. *Garanties de l'individu dans l'organisation judiciaire.*

— C'est ici que la liberté trouva un refuge jusqu'à l'époque où l'omnipotence impériale devait faire plier toutes les résistances sous sa volonté. Deux principes constituaient les garanties judiciaires : d'une part la séparation du *jus* et du *judicium*, et d'autre part l'élection des magistrats pour un temps limité, à l'expiration duquel ils devaient rendre compte au peuple de leur conduite pendant leur charge. Grâce à la séparation du *jus* et du *judicium*, le magistrat dirigeait la procédure, et le jugement était confié non au magistrat, mais à un *judex*, pris parmi les citoyens ; à la faveur de cette sorte de jury civil, c'est le peuple qui se rendait la justice lui-même ; c'est encore là l'exercice direct de la souveraineté par les citoyens, comme en Grèce, quoique sous une forme différente. Cependant même sous la République certaines affaires étaient du ressort exclusif du magistrat, qui, usant alors d'une *cognitio extra ordinem judiciorum privatorum*, jugeait seul la contestation ; mais, alors encore, l'individu était protégé et par l'élection des magistrats et par leur responsabilité à leur sortie de charge.

Avec l'Empire cette double garantie alla toujours en diminuant jusqu'à ce qu'enfin elle disparut : le domaine de la *cognitio extra ordinem* va sans cesse en s'étendant au détriment de l'*ordo judiciorum privatorum* ; de la sorte le *jus* et le *judicium* se trouvent confondus, la justice n'est plus rendue par les citoyens, mais par le magistrat ; dès la fin du III^e siècle sous Dioclétien, la réforme est achevée, la *cognitio extra ordinem* est seule

en vigueur (1) ; d'un autre côté déjà avant cette époque le magistrat a cessé de revêtir ce caractère pour devenir un véritable fonctionnaire ; il n'est plus élu par les justiciables ; mais il est nommé par l'Empereur qui le révoque et le remplace à sa guise. Dès lors le droit de l'individu est livré à l'arbitraire du prince ; car la justice s'est confondue avec l'administration.

3. *Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des affaires administratives.* — A toutes les époques le magistrat fut un administrateur, de telle sorte que l'on peut dire ou bien que la justice était soumise à l'administration, ou au contraire que l'administration était subordonnée à la justice ; en un mot la confusion des deux pouvoirs, exécutif et judiciaire, était complète. Lors donc qu'un particulier était en procès avec l'Etat, par exemple avec le fisc, les Romains pour éviter le recours à la *cognitio extra ordinem* s'efforcèrent « de mettre dans les affaires litigieuses de l'Etat un particulier à sa place et de faire, lorsqu'il était possible, ce particulier se présenter comme partie en face de l'autre partie » (2) ; de cette façon on aboutissait à l'*ordo judiciorum privatorum* ; l'individu était garanti ; tel fut le système suivi sous la République ; c'est notamment par cette voie que l'on procéda pour les paiements à faire aux citoyens sur la caisse de l'Etat pour leur service militaire (2).

1. Glasson, *l. c.*, n. 9, pp. 514 à 523.

2. Mommsen et Marquardt, *l. c.*, n. 15, p. 197.

Dans les premières années de l'empire un système analogue fut adopté : Auguste établit pour l'*ærarium* un préteur spécial, et Néron renvoya devant des jurés les procès entre l'*ærarium* et les citoyens. Ainsi apparaissait encore à cette époque la séparation du *jus* et du *judicium*, seul procédé capable de mettre un frein à la réunion de tous les pouvoirs dans les mains du magistrat. Mais bientôt cette garantie disparut, et il ne resta plus « au créancier de l'État d'autre forme régulière pour invoquer sa créance que le recours à la *cognitio* du magistrat, et cette *cognitio* n'est pas autre chose que la solution du débat remise à celui que l'on prétend débiteur » (1).

En voyant disparaître la séparation du *jus* et du *judicium*, et apparaître à la place du principe de l'élection des magistrats celui de leur nomination par l'Empereur, le particulier se voyait donc livré à l'arbitraire du prince. Il semble dès lors que sous un pareil régime il n'y ait pas place à des tribunaux spéciaux, dits tribunaux administratifs chargés de vider les contestations entre l'individu et l'État : en effet, dans ce système on peut dire que tous les tribunaux sont des tribunaux administratifs, puisqu'ils ne sont composés que de fonctionnaires de l'Empereur, et qu'aucun d'eux n'est un tribunal judiciaire, malgré la nature des contestations d'intérêt privé qu'ils sont appelés à trancher (2). Aussi pendant quelque temps ce fut le *judex* ou gouverneur qui fut chargé de juger le

1. Mommsen et Marquardt, *l. c.*, n. 15, p. 201 et 202.

2. Dareste, *l. c.*, n. 6, pp. 2 à 4.

contentieux administratif, notamment le contentieux des travaux publics ; mais déjà le *judex* était surveillé par des inspecteurs de l'empereur qui avaient eux-mêmes une certaine juridiction (1). Peu à peu la juridiction de l'inspecteur, *procurator rationalis*, fut organisée et étendue, jusqu'à ce que en 228 après Jésus-Christ sous Alexandre-Sévère on trouve dans chaque province à côté du gouverneur, *judex*, *rector*, *præses provinciae*, chargé des litiges ordinaires un *rationalis* spécialement chargé des affaires fiscales (1). De ce jour la juridiction administrative était née : il est bien remarquable que cette juridiction n'est pas du tout issue du désir qu'avait l'État de dominer l'individu et de le sacrifier à ses intérêts, car pour atteindre ce résultat la justice ordinaire lui suffisait puisque les juges de droit commun étaient entièrement subordonnés à l'Empereur, et puisque l'Empereur était le chef suprême de la justice à qui aboutissait tout appel si la justice administrative a été créée sous l'Empire Romain, c'est bien plutôt par suite du besoin de la division du travail entre les tribunaux ; en résumé par cette institution l'individu n'était pas plus sacrifié que sans elle, puisque toutes les garanties de droit commun faisaient défaut. Enfin les Empereurs allèrent encore plus loin, et ils voulurent se constituer eux-mêmes les juges uniques de la responsabilité de leurs agents : tel fut le résultat atteint par une constitution de Valens, Valentinien et Zénon (Code Théodosien, livre 2, *De exhibendis et transm. reis*),

1. Serrigny, *l. c.*, n. 19, tome 2, pp. 238 et 239.

d'après laquelle le juge local pouvait bien informer contre les officiers impériaux, mais était tenu de surseoir après cette information préalable jusqu'à la manifestation de la volonté de l'Empereur.

Ainsi la garantie des fonctionnaires, comme la juridiction administrative, a sa racine dans l'Empire Romain.

PREMIÈRE PARTIE

Histoire des Institutions en France. Leur état actuel en France et dans les principaux États.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

Notre intention n'est pas de faire porter notre étude sur tous les États sans exception, nous ne voulons examiner que les principaux ; et même parmi ces derniers, il en est un certain nombre que nous laissons de côté par ce motif que leur droit public est encore en dehors de ce qu'il est permis d'appeler le droit public universel : telles sont par exemple la Russie et la Turquie, qui repoussent encore aujourd'hui les principes les plus élémentaires de droit constitutionnel. Parmi les États que nous désirons examiner, il importe de distinguer les grandes puissances et les puissances de second ordre, parce qu'il est évident que les institutions qui peuvent convenir aux unes sont le plus souvent impropres à s'adapter avec l'organisation générale des autres. Quant à l'ordre à suivre dans l'examen de ces différents États, il n'est en aucune façon arbitraire ; il se trouve au contraire dicté par la nature même des divers systèmes suivis, et c'est tout à fait à

tort, croyons-nous, que l'on a affirmé que « de l'un à l'autre les rapprochements sont à peu près impossibles (1). »

En ce qui touche tout d'abord les grandes puissances, elles peuvent être divisées en trois types ou groupes : la France à elle seule représente le premier type, qui se distingue très nettement des deux autres par ce fait que la France est le seul Etat, parmi les grandes puissances, dans lequel existent des tribunaux administratifs composés d'administrateurs actifs ou délibérants. Le second type est constitué par l'Angleterre et par les Etats-Unis d'Amérique ; il se caractérise par ce fait que, à l'opposé du système précédent, ces pays n'admettent aucune espèce de tribunal administratif. Ce sont l'Allemagne et l'Autriche qui forment le troisième groupe : là se trouvent des tribunaux administratifs, mais ce sont des tribunaux administratifs qui revêtent des formes judiciaires et qui se composent de véritables magistrats ; ce système est donc intermédiaire entre les deux autres.

En ce qui concerne maintenant les puissances de second ordre, il est possible de les diviser en deux types ou groupes : dans le premier type se trouve un seul Etat, l'Espagne, qui admet le système Français dans son ensemble, et qui est même l'unique pays dans cette situation. Quant au second type, il comprend différents Etats dont le trait commun est de repousser en principe les tribunaux admi-

1. Laferrière. *Traité de la juridiction administrative*. Paris, 1887-1888, tome 1, p. 105.

nistratifs, et de ne les admettre qu'exceptionnellement; ces Etats sont l'Italie, la Suisse et la Belgique; ils nous offrent les uns et les autres une image réduite des systèmes pratiqués par les trois types des grandes puissances: en Italie, il n'y a pas en principe de tribunaux administratifs; mais lorsque, par exception, ceux-ci sont compétents, ils se trouvent composés à l'instar de nos tribunaux administratifs Français; la Suisse ignore complètement la juridiction administrative; à ce point de vue elle peut être rapprochée de l'Angleterre et des Etats-Unis; enfin la Belgique ne connaît que de rares tribunaux administratifs, et ceux-ci sont organisés sur le modèle des tribunaux judiciaires, comme en Allemagne et en Autriche.

Ainsi il est faux de croire qu'en cette matière les systèmes diffèrent autant que les Etats: sans doute il n'existe pas deux pays chez qui la question reçoive une solution identique dans tous ses détails; mais il n'est pas moins vrai qu'il n'y a que trois systèmes principaux qui, du moins dans leurs grandes lignes, exercent leur influence sur tous les Etats du monde civilisé.

CHAPITRE PREMIER

A. — LES GRANDES PUISSANCES.

PREMIER TYPE

LA FRANCE

- I. Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs : 1. Reconnaissance ou méconnaissance du principe. 2. Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire. — II. Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire. 1. Mode de recrutement du pouvoir judiciaire. 2. Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire. — III. Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs. 1. Domaine d'application de la juridiction administrative. 2. Les divers tribunaux administratifs : *a.* Organisation ; *b.* Attributions. 3. Le conflit d'attributions.

BIBLIOGRAPHIE

1. Aucoc. Conférences sur le droit administratif. Paris, 1869, 2 vol.
2. Beauchet. Histoire de l'organisation judiciaire en France. Paris, 1886.
3. Bernard. De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre 1870.
Revue critique, tome 43, 1876, p. 515 à 538, et 590 à 604.
id. tome 44, 1877, p. 12 à 40, et 441 à 475.
id. tome 45, 1878, p. 41 à 59.

4. Bouchené-Lefer. De la justice administrative. Revue pratique, tome 15, 1863, p. 354 à 381 ; et 558 à 560.
5. Brémont. De la juridiction des ministres. Revue critique, tome 53, 1886, p. 261 à 272.
6. de Cormenin. Droit administratif, Paris, 1840, 2 vol.
7. Dareste. La justice administrative en France, Paris, 1862.
8. Dareste. Une procédure de conflit en 1879. Revue de législation ancienne et moderne, tome 2, 1872, p. 524.
9. Desjardins (Arthur). Etats Généraux, 1355-1614. Paris, 1871.
10. Desjardins (Albert). L'inamovibilité de la magistrature dans l'ancienne France. France judiciaire, tome 5, 1880-1881, p. 49 à 63, et 82 à 100.
11. Ducrocq. Cours de droit administratif. Paris, 1881, 2 vol.
12. Duvergier de Hauranne. L'ordre légal en France, et les abus d'autorité. Paris, 1828, 2 vol.
13. Féraud-Giraud. Des conseils de préfecture. Revue de législation et de jurisprudence, tome 34, 1849, p. 213 à 246.
14. Flourens. Organisation judiciaire et administrative de la France et de la Belgique (1814-1875). Paris, 1875.
15. Foucher. Législation des conflits. Revue de législation et de jurisprudence, tome 1, 1834-1835, p. 15 à 35.
16. de Footz. Droit administratif belge. Tournai, 1863-1867, 5 vol.
17. Glasson. Histoire du droit et des institutions de la France. Paris, 1887, 3 vol. parus.
18. Glasson. Eléments de droit français. Paris, 1884, 2 vol.
19. Glasson. De l'incompétence absolue. Revue critique, t. 48, 1881, p. 496 à 519.
20. Henrion de Pansey. De l'autorité judiciaire en France. Paris, 1827, 2 vol.
21. Jousserandot. Du pouvoir judiciaire. Paris, 1878.
22. Laferrière. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Paris, 1887-1888, 2 vol.
23. Laferrière. Historique du recours pour excès de pouvoir. Revue critique, tome 43, 1876, p. 303 à 327.

24. Macarel. Des tribunaux administratifs. Paris, 1828.
25. Mérilhou. Les Parlements de France. Paris, 1863.
26. Pardessus. Essai historique sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII. Paris, 1851.
27. Picot. Histoire des Etats Généraux. Paris, 1872, 4 vol.
28. Picot. La réforme judiciaire en France. Paris, 1881.
29. Poitou. La liberté civile et le pouvoir administratif en France. Paris, 1869.
30. Quentin-Bauchart. Etude sur la juridiction administrative. Revue critique, tome 37, 1870, p. 130 à 170.
31. Serrigny. Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative. Paris, 1865, 3 vol.

I

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

I. — L'ANCIEN RÉGIME.

§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

En France la confusion des pouvoirs a été complète jusqu'en 1789. Sous les Mérovingiens et sous les Carlovingiens, le Sacrum Palatium, ou Cour du roi, est institué à l'image du *Consilium principis* des Empereurs Romains (1). Le roi compose son Conseil comme il l'entend,

1. Glasson, *l. c.*, n. 17, tome 2, pp. 297 à 313; 428 à 444; et tome 3, pp. 280 à 291; 362 à 373.

selon son bon plaisir, et ce Conseil réunit tous les pouvoirs. C'est à la fois un conseil d'administration et de gouvernement, un corps législatif, et un tribunal suprême. Ainsi le roi juge directement ses sujets, seul ou avec ses conseillers, selon sa volonté; la juridiction royale est universelle, car elle est illimitée, et bien qu'en réalité elle ne connaisse que de certaines affaires, et non de toutes (1), « il est important de constater qu'il s'agit bien plutôt d'une situation de fait que d'une restriction apportée au pouvoir judiciaire du roi (2). » En effet, cette remarque est seule capable de jeter une pleine lumière sur la façon dont naquit et dont se développa par la suite le pouvoir judiciaire; car ce principe de la juridiction royale universelle a subsisté intact jusqu'à la chute de l'ancien régime.

A l'époque de la féodalité, la royauté qui jusque-là avait été toute-puissante, fut affaiblie au point d'être menacée dans son existence; mais elle fut assez habile pour savoir s'appuyer sur les communes contre les seigneurs; elle sortit ainsi de la lutte triomphante et plus forte encore qu'auparavant, de sorte qu'elle put alors appliquer ses principes d'absolutisme avec une plus large étendue; jusqu'en 1789 le Conseil du roi fit des actes de gouvernement et d'administration, rendit des ordonnances législatives, et jugea en qualité de tribunal suprême du royaume.

1. Beauchet, *l. c.*, n. 2, p. 327 à 353.

2. Glasson, *l. c.*, n. 17, tome 3, p. 363.

Cependant dans leur alliance avec les communes, et pour obtenir leur appui, les rois avaient dû créer certaines institutions qui constituaient de véritables sacrifices de la souveraineté au profit du peuple ; et dans leur lutte contre les seigneurs, ils avaient dû forger des armes qui finirent par tourner contre la royauté elle-même, et qui contribuèrent puissamment à amener sa chute : d'une part, en réunissant en 1302 les Etats Généraux auxquels on appelait pour la première fois des députés de la bourgeoisie, Philippe le Bel (1) instituait un corps qui allait émettre la prétention de représenter la nation, et par suite de faire les lois, et de contrôler les actes royaux ; les Etats Généraux de 1355 allèrent beaucoup plus loin, et ils empiétèrent sur l'administration elle-même en enlevant aux agents de la couronne le droit de percevoir les impôts, et en transportant ce droit aux délégués des trois ordres (2) ; ceux de 1356, qui furent suivis d'effet par l'ordonnance de mars 1357, remplacèrent l'ancien Conseil du roi par un nouveau Conseil du roi composé de membres des Etats, et obtinrent du chancelier et des grands officiers de la couronne le serment de soumettre « à l'examen du Conseil toutes les demandes adressées au roi, toutes les nominations de sénéchaux, baillis, vicomtes, capitaines, secrétaires, maîtres des requêtes, maîtres des comptes, présidents au Parlement, notaires, sergents d'armes, et autres officiers » (2) ; les

1. Pardessus, *l. c.*, n. 26, pp. 134 et 135.

2. Arthur Desjardins, *l. c.*, n. 9, pp. 20, 60, 91 à 93.

Etats de 1359 intervinrent en vue de la ratification du traité, conclu par Jean le Bon alors captif en Angleterre avec Edouard III, et par lequel la France se trouvait démembrée, et ils refusèrent cette ratification ; les Etats firent encore sentir leur influence aux ^{xv^e} et ^{xvi^e} siècles. Mais la royauté ne s'était jamais liée complètement les mains, car cette représentation de la nation n'était pas permanente, et elle ne s'exerçait qu'à des intervalles plus ou moins éloignés ; aussi lorsque la féodalité fut définitivement brisée, et que la monarchie se sentit toute puissante, elle ne convoqua plus les Etats Généraux : dès lors dès 1614 toute espèce de contrôle a disparu ; la France se trouve abandonnée au despotisme d'un seul homme, le roi, qui représente Dieu sur la terre ; c'est la tradition de l'Empire Romain qui reparaît dans toute sa pureté ; néanmoins le sentiment national était né, il ne faisait que sommeiller, et devait se réveiller à la fin du ^{xviii^e} siècle.

D'autre part, pour anéantir les juridictions diverses qui se partageaient la France, et surtout les juridictions seigneuriales, les rois avaient tenu à étendre leur propre juridiction : le Conseil du roi ne pouvait suffire à cette tâche ; de là la création du Parlement de Paris, puis par suite d'autres Parlements dans les principales villes. Dès qu'ils furent créés, les Parlements eurent des attributions qui par la suite constituèrent autant d'usurpations, soit sur le pouvoir exécutif, soit sur le pouvoir législatif, mais qui à l'origine parurent toutes naturelles au pouvoir royal lui-même : le droit pour le Parlement de faire des

arrêts de règlements servit tout d'abord les intérêts de la couronne en contribuant à l'abaissement des justices seigneuriales ; le droit d'enregistrement des ordonnances ne fut tout d'abord considéré par les rois et par le Parlement lui-même que comme un mode de publication de la loi et non comme un de ses éléments constitutifs ; quant au droit de remontrances, son origine est intimement liée à celle du droit d'enregistrement, il est consacré par l'article 25 de l'ordonnance de janvier 1319 ; d'ailleurs ce texte n'accordait qu'une suspension provisoire « jusqu'à ce que le roi eût été avisé pour en dire et éclaircir sa finale entente (1) ». Au xvii^e siècle, lorsque la monarchie eut complètement vaincu la féodalité, elle voulut agir à l'égard des Parlements de la même façon qu'elle avait agi à l'égard des États Généraux et leur reprendre les attributs de la souveraineté qu'elle ne leur avait concédés que pour les nécessités de la lutte : Louis XIV y parvint en effet ; mais à sa mort les Parlements se relevèrent tout puissants ; non contents de conserver des fonctions entièrement indépendantes du droit de juger, et qui par suite constituaient autant d'empiètements sur les pouvoirs exécutif et législatif, ils profitèrent de l'absence de convocations des États Généraux pour se considérer comme leurs remplaçants et comme les représentants de la nation, pour contrôler tous les actes du pouvoir royal, et s'immiscer dans l'administration

1. Pardessus, *l. c.*, n. 26, pp. 200 à 203, et Ménilhon, *l. c.*, n. 25, pp. 100 à 103.

active, citant les fonctionnaires à leur barre et leur dictant une ligne de conduite à suivre pour l'avenir. Ainsi à la veille de 1789, une confusion complète de tous les pouvoirs existait d'un côté au profit de la royauté, et de l'autre au profit des Parlements ; des conflits incessants engendrés par une telle situation devait sortir la Révolution : quel que soit le jugement que l'on doive porter sur le rôle politique des Parlements au ^{xviii}^e siècle, on peut affirmer que c'est leur résistance presque systématique aux actes de la royauté qui a amené celle-ci à comparaître devant la nation. Le pouvoir royal avait donc été impuissant à briser l'autorité croissante des Parlements : c'est que ceux-ci, à la différence des États Généraux, étaient des corps permanents qui se constituèrent en outre peu à peu à l'aide d'éléments organiques de vitalité et de force ; les États avaient été trop faibles pour ressaisir le pouvoir législatif aux mains du roi ; les Parlements furent assez forts pour lui reprendre le pouvoir judiciaire, et assez hardis pour vouloir jouer le rôle des États Généraux.

§ 2. — *Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.*

Il semble donc que le pouvoir judiciaire existait à la fin de l'ancien régime, et même qu'il était le seul pouvoir capable de faire contrepoids à la royauté. Néanmoins ce n'est là qu'une apparence : à la veille de 1789 le pouvoir judiciaire n'existait encore qu'en germe. En effet, les deux éléments caractéristiques du pouvoir constitué, c'est

d'une part en ce qui touche ses attributions sa compétence exclusive à l'égard des affaires qui sont naturellement de son ressort, c'est d'autre part son indépendance en ce qui touche son organisation : si, comme nous le verrons, ce dernier élément s'était développé à un degré considérable et même démesuré, il n'est pas moins vrai que le premier fit toujours défaut. Jusqu'à la fin le roi en son Conseil se considéra comme le juge suprême du royaume ; de la sorte il put toujours empiéter sur les attributions du pouvoir judiciaire. C'est seulement au commencement du *xiv^e* siècle que le Parlement fut détaché du Conseil du roi, et cela uniquement afin de décharger ce dernier d'affaires qui devenaient encombrantes, et qui jusque-là n'avaient été jugées que par lui seul ; dans les premiers temps la distinction ne fut même pas complète, et pour les affaires difficiles le roi réunissait à son Conseil des conseillers du Parlement ; de même les membres du Conseil avaient entrée et droit de séance au Parlement ; ce droit, bien que limité par la suite à quelques membres du Conseil, subsista jusqu'en 1789 (1).

Mais ce n'étaient là que les moindres abus ; les plus graves consistaient et dans les évocations au Conseil et dans le rôle de tribunal des conflits et de Cour de cassation du royaume que celui-ci s'était réservé. Ce rôle était exercé par une section du Conseil, qui formait le Conseil des parties ; et c'est une ordonnance du 28 juin 1738 qui

1. Pardessus, *l. c.*, n. 26, pp. 137, 138, 145 à 147.

encore de nos jours règle la procédure à la Cour de Cassation. Ainsi la juridiction suprême était dans la main du roi. Les évocations étaient jugées par une autre section du Conseil, dite les Maîtres des requêtes de l'hôtel. Jamais la royauté ne perdit de vue la façon dont le Parlement était issu de la *curia regis* ; elle considéra toujours que les tribunaux judiciaires n'avaient que les attributions dont elle avait consenti à se décharger à leur profit, et qu'elle était libre de leur reprendre à tout moment. Le Conseil du roi était placé au premier rang parmi les institutions, et bien avant le Parlement : c'est ce qui résulte notamment d'un état des services publics dressé en juillet 1316 sur les ordres de Philippe V (1) ; c'est dans le même esprit qu'est conçu l'édit du 2 août 1497 (2). Il cherche à établir dans son préambule que le Conseil du roi préexistait au Parlement et lui avait toujours été supérieur, et il disait positivement que si le Parlement avait été créé, c'est que le Conseil du roi n'aurait pas suffi à tout juger. La royauté savait ainsi tirer habilement parti des faits, en rappelant au Parlement l'histoire de son origine : en effet, dès le début l'ordonnance du 25 mars 1302 avait réservé au Conseil du roi le rôle de tribunal des conflits et de Cour de Cassation vis-à-vis du Parlement ; et d'un autre côté des lettres-patentes du 22 juillet 1370 avaient laissé la porte ouverte à l'arbitraire le plus grave en n'interdisant les évocations

1. Pardessus, *l. c.*, n. 26. pp. 140 et 141.

2. Desjardins, *l. c.*, n. 9, p. 252.

au Conseil que pour les petites causes, sans d'ailleurs poser aucune règle qui pût permettre de les distinguer des grandes (1).

Cependant les rois eurent à défendre le principe de la juridiction suprême de leur Conseil à la fois contre les attaques des Etats Généraux et des Parlements ; mais ils sortirent définitivement victorieux de cette double lutte : tantôt les réclamations des Etats ne furent suivies que de réformes éphémères ; telles furent les réclamations des Etats Généraux de 1356 qui obtinrent satisfaction pour un temps par l'ordonnance de mars 1357 ; tantôt la royauté se borna à faire de vagues promesses, qui n'étaient garanties par aucune sanction ; c'est ainsi qu'à la suite des Etats Généraux de 1380 le roi promit « que les arrêts du Parlement ne pourraient pas être réformés sur appel, mais seulement interprétés en cas d'erreur ou d'ambiguïté » ; tantôt enfin les décisions royales semblaient révéler une résolution plus ferme et plus décidée vers la voie des réformes ; mais en réalité il n'en était rien ; c'est ainsi que dans la grande ordonnance du 25 mai 1413, provoquée par les Etats Généraux de 1413, il était absolument interdit au roi d'évoquer à son Conseil les procès pendants devant les tribunaux de droit commun, et il était en même temps expressément enjoint à ces derniers de ne tenir aucun compte des mandements royaux qui enfreindraient cette prescription ; mais cette même ordonnance laissait au roi la liberté de distribuer à ses créatures et aux grands personnages de

1. Pardessus, *l. c.*, n. 26, pp. 150 à 153.

l'État des lettres de *committimus*, qui étaient en quelque sorte des évocations faites à l'avance (1). En un mot, la couronne sut ne jamais se lier les mains, et se garder toujours de tracer des limites à la juridiction contentieuse du Conseil : aussi les États Généraux finirent-ils par se lasser de la lutte ; et désespérant de voir supprimer les attributions contentieuses du Conseil du roi, les États-Généraux de 1484 demandèrent leur confirmation en proposant en même temps au roi un plan d'organisation pour ce tribunal ; « c'était... un de ces souhaits dangereux que la couronne n'avait garde d'oublier (2) » : en effet, c'est peu d'années après que l'édit du 2 août 1497 devait montrer dans leur plein jour les prétentions royales à l'encontre du pouvoir judiciaire. Cependant les États de 1560 et de 1576 s'élèvent encore contre les évocations et contre la juridiction du Conseil des parties qu'ils considèrent comme une juridiction extraordinaire ; ces réclamations aboutissent même à l'ordonnance de Blois par laquelle Henri III enlevait au Conseil privé ses attributions contentieuses ; mais ces abolitions n'eurent lieu que sur le papier. Enfin la voix affaiblie des États de 1614 se fait entendre pour la dernière fois, et toujours sans succès (3).

Quant aux efforts tentés par le Parlement à l'effet de connaître de toutes espèces de litiges, et d'empêcher l'exercice de la juridiction contentieuse du Con-

1. Desjardins, *l. c.*, n. 9, pp. 60, 111, 139.

2. Desjardins, *l. c.*, n. 9, pp. 251 et 252.

3. Desjardins, *l. c.*, n. 9, pp. 334, 521 à 525, 681 à 689.

seil des parties, ils furent eux aussi infructueux : au xv^e siècle le Parlement émit la prétention de connaître des appels de la Chambre des Comptes, au lieu et place du Conseil du roi ; cette prétention fut consacrée par l'ordonnance cabochienne de mai 1413, article 150 ; mais celle-ci fut abrogée dès septembre 1413, et la prétention du Parlement fut définitivement repoussée par des lettres du 12 avril 1459 et de décembre 1460 (1) ; encore à la veille de 1789, alors que pourtant les Parlements étaient assez puissants pour usurper sur le pouvoir législatif grâce à un exercice abusif de leur droit de remontrances et d'enregistrement, et sur le pouvoir exécutif grâce à leur faculté de faire des arrêts de règlements, le roi par l'organe du Conseil des parties continuait à empiéter sur les attributions naturelles du pouvoir judiciaire ; en outre, il se réservait le jugement des conflits. Voici un exemple qui montre combien était grande d'une part l'immixtion des Parlements dans l'administration, et d'autre part l'intrusion de la royauté dans la justice : des lettres patentes du 28 juin 1786 avaient ordonné « au grand maître des eaux et forêts de faire une enquête au sujet des atterrissements et alluvions formées sur les rivières de Gironde, Garonne, Dordogne, et de constater par un nouvel arpentage les empiètements faits sur le domaine ; le Parlement de Bordeaux crut voir dans cette mesure une atteinte portée aux droits acquis des propriétaires riverains, et protesta ; ses députés furent

1. Pardessus, *l. c.*, n. 26, pp. 217 à 221.

mandés à Versailles et ses arrêts furent biffés sur les registres (1)... » Ainsi jusqu'à la chute de l'ancien régime, le principe que le roi est le juge suprême et même le juge naturel des sujets du royaume a subsisté intact : c'est encore ici, comme sur d'autres points, le régime du bon plaisir, sans aucune garantie pour l'individu.

II. — PÉRIODE RÉVOLUTIONNAIRE.

§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. » Tels sont les termes de la Déclaration des Droits du 26 août 1789, article 16, qui a été reproduite en tête des constitutions de 1791 et de l'an III. Mais rien ne sert de poser un principe, s'il n'est appliqué et organisé : il est curieux de remarquer que précisément les hommes de la période révolutionnaire, qui surent les premiers en France poser les principes protecteurs des droits de l'humanité, ne se firent aucun scrupule de les méconnaître, comme à plaisir, dans la pratique. La constitution de 1791 organisait la séparation des pouvoirs législatif et exécutif ; mais la Convention ramena à elle tous les pouvoirs, comme autrefois la royauté : ce fut le despotisme sanglant d'une Assemblée, au lieu d'être le

1. Mérilhou, *l. c.*, n. 25, p. 436.

despotisme, malgré tout pondérable, d'un seul homme.

Quant à la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, elle aurait dû, semblé-t-il, s'imposer en un double sens : d'une part en vue d'interdire au juge d'administrer, d'autre part en vue d'interdire à l'administrateur de juger. L'Assemblée Constituante se souvenait trop des dangers que les Parlements avaient fait courir au pays par leur résistance systématique aux sages réformes inspirées à Louis XVI par des ministres éclairés, pour ne pas élever des barrières contre tout envahissement des tribunaux sur le pouvoir législatif; elle connaissait trop bien aussi leurs usurpations sur le domaine de l'administration pour ne pas vouloir les empêcher. Plusieurs textes des lois intermédiaires parvinrent en effet à ce résultat. C'est d'abord l'article 13, titre 2 de la loi des 16-24 août 1790 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » Dans le même sens, la constitution du 3 septembre 1791, titre 3, chapitre 5, article 3, portait : « Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux des administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Enfin, un décret du 16 fructidor an III vint, à propos d'une affaire dans laquelle la Convention s'était arrogée à elle-même le droit de juger, répéter les mêmes

prohibitions : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit... » Ainsi des précautions sages et efficaces étaient prises contre les usurpations possibles des corps judiciaires ; ainsi la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire se trouvait assurée au premier des points de vue que nous avons signalés. Comment donc allait-elle être garantie au second de ces points de vue ? Une loi du 27 novembre 1790 vint supprimer les attributions de cassation du Conseil d'Etat et les transporter au Tribunal de Cassation qui fut chargé de dire le droit aux autres tribunaux à la tête desquels il se trouvait placé. Voilà une série de textes qui sont encore en vigueur aujourd'hui, et desquels on dit avec raison qu'ils organisent la séparation des pouvoirs.

§ 2.— *Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire.*

Ce n'était pas assez pourtant de ces réformes pour que la séparation des pouvoirs fût complètement assurée (1). Si le législateur de cette époque reconnaissait et proclamait l'existence du pouvoir judiciaire à côté des pouvoirs législatif et exécutif, il devait déduire les conséquences logiques de son système : il lui fallait d'abord établir l'indépendance de ce pouvoir en ce qui touche son organisation ; il devait ensuite, en ce qui touche ses attributions, lui réserver la connaissance exclusive de tous les litiges.

1. Poitou, *l. c.*, n. 29, p. 33.

C'est ici précisément qu'éclate au plus haut degré la contradiction la plus flagrante entre les textes constitutionnels qui posent un principe et les lois ordinaires qui le violent ouvertement. En effet, la constitution de 1791, et après elle celle de l'an III, commencent par déclarer que chacun des trois pouvoirs est délégué, puis elles consacrent un chapitre spécial à chacun d'eux : l'existence du pouvoir judiciaire est donc hautement reconnue. Nous verrons plus loin comment il fut organisé. Ce qui doit nous occuper ici, c'est la délimitation de ses attributions. Au lieu de respecter sa compétence naturelle et exclusive à l'égard de tous les litiges, des lois successives, dont la première en date est du 7 septembre 1790, détachèrent de l'ensemble du contentieux un certain nombre d'affaires sous la dénomination commune de contentieux administratif et les attribuèrent à la juridiction des administrateurs actifs eux-mêmes, les directoires de district et de département. Ce sont ces textes dont on a l'habitude, dans les livres et dans les arrêts, de dire encore aujourd'hui qu'ils consacrent le principe de la séparation des pouvoirs (1) : il est, au contraire, permis d'affirmer, sans hésitation et avec certitude, que loin de consacrer ce principe, ces textes le violent ouvertement ; ainsi l'article 16 de la Déclaration du 26 août 1789 n'avait servi de rien, et

1. Afin d'éviter toute équivoque dans la suite de notre étude, nous dirons de ces textes qui instituent un contentieux administratif, distinct du contentieux judiciaire, qu'ils consacrent la règle de la séparation des deux ordres de juridiction.

on n'avait même pas respecté, à quelques semaines de distance, l'article 13 du titre 2 de la loi des 16-24 août 1790, d'après lequel « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives » ; ce n'était plus le juge qui se faisait administrateur, c'était l'administrateur qui se faisait juge, alors qu'une saine application du principe de la séparation des trois pouvoirs reconnus par la constitution eût impérieusement interdit l'un quelconque de ces résultats.

Est-ce à dire toutefois que dans ce système, aux yeux tout au moins du législateur de 1790, la garantie des droits de l'individu se trouvât compromise ? En aucune façon : pour le législateur de l'époque, l'individu se trouvait aussi bien garanti devant les directoires de district et de département que devant les tribunaux judiciaires ; car les uns et les autres étaient, nous le verrons, recrutés de la même façon, par l'élection ; voilà pourquoi l'Assemblée Constituante n'avait pas hésité à abuser de l'article 17, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790 qui portait : « L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi ». Voilà pourquoi elle n'avait pas fait de difficulté à donner la connaissance des litiges administratifs aux administrateurs eux-mêmes, n'osant pas les attribuer aux tribunaux ordinaires par souvenir des Parlements et par crainte exagérée de nouveaux empiétements des corps judiciaires, se refusant aussi à créer des tribunaux spé-

ciaux chargés de juger les litiges administratifs dans la crainte de couvrir la France de juges. Au point de vue pratique le système de la Constituante était donc justifiable ; au point de vue théorique il ne l'était pas : car il consistait dans un point de départ inexact, la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs et la subordination de la justice à l'administration. Les conséquences d'une telle erreur devaient se faire sentir lourdement par la suite : le correctif que l'individu trouvait pour sa garantie dans le mode de recrutement des administrateurs était en effet destiné à disparaître ; seul le vice essentiel du système était appelé à la vie (1).

III. ÉTAT ACTUEL

§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

Le principe de la séparation des pouvoirs fut reconnu, soit expressément, soit implicitement par toutes les constitutions qui se sont succédé en France, depuis la constitution du 22 frimaire an VIII jusqu'aux lois constitutionnelles des 24, 25 février, 16 juillet 1875. Mais il reçut des applications bien diverses. Sans même parler des époques de troubles, dans lesquelles un homme ou une assemblée usurpe les pouvoirs législatif et exécutif qui se trouvent ainsi confondus, situation qui se traduit pratiquement par la confection de décrets-lois, comme en

1. Poitou, *l. c.*, n. 29, p. 38.

1848, 1852 et 1870, sans parler de ces révolutions ou de ces coups d'Etat, l'on peut dire que sous l'empire des constitutions impériales du 22 frimaire an VIII et du 14 janvier 1852, sensiblement analogues, les rôles étaient répartis entre les divers pouvoirs de telle façon qu'en fait le principe de la séparation des pouvoirs était indirectement méconnu. Ainsi la constitution de 1852, à la différence de celle de l'an VIII, disait dans son article 1 : « La constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français ; » mais la suite des articles venait démentir cette déclaration ; notamment l'article 8, reproduit de l'article 25 de la constitution de l'an VIII, réservait l'initiative de la loi exclusivement au chef du pouvoir exécutif. Les Chartes de 1814 et de 1830 arrivaient aussi par le droit de sanction des lois accordé au roi à subordonner le pouvoir législatif au pouvoir exécutif. Aujourd'hui les lois constitutionnelles de 1875 assurent, dans la mesure du possible, le principe de la séparation des pouvoirs législatif et exécutif ; notamment l'article 3 de la loi du 25 février 1875 nous dit que « le Président de la République a l'initiative des lois concurremment avec les membres des deux Chambres. »

Quant à la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, elle fut toujours maintenue en ce sens qu'il fut interdit aux tribunaux d'empiéter sur les attributions de l'administration : en effet, les textes législatifs de 1790 et de l'an III, qui contenaient ces prohibitions sont encore à l'heure actuelle en vigueur. Mais, indépendamment

même des théories imaginées par les gouvernements en vue d'étendre leurs attributions, et qui sont tout à fait en dehors de la loi, telles par exemple que la théorie des actes de gouvernement, certains textes législatifs consacrèrent au profit du chef de l'État le droit de commettre de véritables usurpations sur le pouvoir judiciaire. Le Code d'instruction criminelle de 1808, dans ses articles 553 à 599, et la loi du 20 avril 1810, chapitre 4, articles 23 à 33, organisaient des Cours spéciales en vue de soustraire certains crimes au jury, au gré de l'Empereur : c'est ainsi qu'un sénatus-consulte du 28 août 1813, rendu en exécution d'un décret du 14 août 1813, viola le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel en ordonnant de remettre en jugement des agents municipaux d'Anvers qui avaient été acquittés par le jury de Bruxelles (1). Il y avait là une résurrection aggravée des évocations de l'ancien régime, qui, elles, avaient du moins le mérite, si toutefois c'est un mérite, d'intervenir plutôt pour absoudre que pour condamner. Les Cours spéciales ont été abrogées par l'article 54 de la Charte de 1814. Le premier Empire connaissait d'autres usurpations de l'exécutif sur le judiciaire qui ont maintenant disparu : d'après l'article 57 de la loi du 20 avril 1810, le ministre de la justice était institué Grand Juge, et il était le principe et la fin de toute mesure disciplinaire ; d'après un décret du 3 mars 1810, l'Empereur pouvait par mesure de sûreté générale enfermer ou détenir indé-

1. De Footz, *l. c.*, n. 16, tome 1, p. 225 et suiv.

finiment un homme hostile ou simplement suspect, sans mandat de justice et sans jugement (1); c'était le rétablissement des lettres de cachet. Mais toutes ces violations du principe de la séparation des pouvoirs, quoique fort graves en elles-mêmes, n'avaient pourtant qu'une importance assez restreinte, parce que par leur nature elles étaient d'une application exceptionnelle.

§ 2. — *Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.*

Tout au contraire le maintien et le développement du contentieux administratif et de la juridiction administrative, émanation directe du pouvoir exécutif, constitua une violation permanente de ce même principe tout au moins sous l'empire de nos constitutions qui reconnurent l'existence du pouvoir judiciaire. La constitution du 22 frimaire an VIII reconnaissait l'existence du pouvoir judiciaire au même titre que l'existence du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif : car après avoir consacré un titre au « pouvoir législatif » (titre III, art. 25 à 38), un titre au « gouvernement » (titre IV, art. 39 à 59), elle consacrait un titre aux « tribunaux » (titre V, art. 60 à 68); ainsi si les mots ne figuraient pas dans la constitution, l'idée et la chose elle-même s'y trouvaient. L'acte Additionnel du 22 avril 1815 intitulait son titre V « Du pouvoir judiciaire » (art. 51 à 58). La Charte du 4 juin 1814, sans parler des pou-

1. Poitou, *l. c.*, n. 29, page 237.

voirs, les reconnaissait pourtant tous les trois : elle réglait « la forme du gouvernement du roi » (art. 13 à 34), « la Chambre des Députés des départements » (art. 35 à 53), enfin « l'ordre judiciaire » (art. 57 à 68). La Charte du 7 août 1830 s'exprimait en termes analogues : après avoir organisé « la Chambre des Pairs » (art. 20 à 29), « la Chambre des Députés » (art. 30 à 45), « elle organisait « l'ordre judiciaire » (art. 48 à 59). La constitution du 4 novembre 1848 disait dans son article 19 : « La séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre » ; et elle traitait successivement du « pouvoir législatif » (chap. IV, art. 20 et 42), du « pouvoir exécutif » (chap. V, art. 43 à 70), et « du pouvoir judiciaire » (chap. VIII, art. 81 à 100). La constitution du 14 janvier 1852 qui consacrait ses titres 3, 4 et 5 au Président de la République, au Sénat et au Corps Législatif, passait sous silence les tribunaux et le pouvoir judiciaire. Il en est de même du sénatus-consulte du 21 mai 1870. La loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 « sur les rapports des pouvoirs publics » ne s'occupe aucunement du pouvoir judiciaire, elle ne vise que les rapports des pouvoirs exécutif et législatif. Aussi une certaine doctrine soutient-elle qu'à l'heure actuelle le pouvoir judiciaire n'est pas un troisième pouvoir constitué dans l'Etat et constitue seulement l'une des branches du pouvoir exécutif. De là est née aussi la question de savoir si l'institution d'une juridiction administrative est conforme ou contraire au principe de la séparation des pouvoirs : suivant que l'on adopte la théorie qui n'admet l'existence que de deux pouvoirs seule-

ment ou celle qui voit trois pouvoirs distincts dans l'Etat, la solution à donner à cette question peut être différente. Nous reviendrons sur cette discussion dans la seconde partie de notre étude.

II

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE.

I. — L'ANCIEN RÉGIME.

§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.*

Lorsque s'établit la distinction entre la section de l'ancienne *Curia regis* chargée de délibérer et d'éclairer le roi sur les affaires d'administration publique, qui avait reçu le nom de Conseil, et la section chargée de prononcer sur les procès d'intérêt privé qu'on appelait Parlement, il était naturel que ce dernier continuât à émaner de la nomination du roi. Ce droit pour le roi de nommer les juges subsista jusqu'à la Révolution ; mais d'une part il eut à subir les attaques réitérées des Etats-Généraux, et d'autre part il fut à une certaine époque singulièrement limité en fait, sinon en droit, par suite des garanties d'indépendance du pouvoir judiciaire. C'est ainsi qu'au premier de ces deux points de vue, la grande ordonnance du 25 mai 1413, rendue sur les réclamations des Etats-Généraux de 1413, décida qu'à l'avenir les membres du Parlement devaient être élus par le Parlement lui-même ; celui-ci alla

jusqu'à nommer un chancelier le 8 août 1413 ; une série d'ordonnances allant du 8 octobre 1446 au 8 juin 1499 vinrent confirmer ce système d'élection des juges ou établir un système de présentation par le Parlement des juges à nommer par le roi ; mais le grand nombre de ces documents prouve suffisamment que les rois ne tenaient aucun compte dans la pratique courante du système qu'ils s'étaient vus contraints d'adopter à certaines époques. Les Etats-Généraux de 1484 réclamaient encore que les membres des Cours « présenteront au pouvoir royal une liste de trois candidats entre lesquels le roi choisira.... » Les Etats de 1560 ayant demandé un système d'élection, l'ordonnance de Moulins de 1566 donna satisfaction à ces vœux ; mais une ordonnance du 12 novembre 1567 vint rétablir le système antérieur. Les Etats de 1576 proposèrent un système d'élection des magistrats recrutés par les tribunaux eux-mêmes ; mais la royauté ne fit que de vaines promesses à cet égard. Enfin, en 1614 les Etats s'élèverent pour la dernière fois contre le régime en vigueur (1). Ainsi sur ce point la royauté restait encore maîtresse ; mais c'est dans les garanties d'indépendance du pouvoir judiciaire qu'elle trouva un frein à son arbitraire.

§ 2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

Déjà une ordonnance du 8 avril 1342 semblait dans son article 7 attester que le roi reconnaissait l'inamovibi-

1. Sur tous ces points, cf. Arthur Desjardins, *l. c.*, n. 9, pp. 133 et 134, 246, 256, 347, 526, 698 à 701.

lité des membres de la Cour; mais cette inamovibilité n'existait que pendant la durée de la vie du roi qui avait institué les magistrats. C'est seulement l'ordonnance du 21 octobre 1467 arrachée à Louis XI par la Ligue du Bien Public qui vient d'une façon certaine établir pour la première fois l'inamovibilité de tous les officiers royaux. Un édit de Charles VIII de 1493 rendit de nouveau tous les offices révocables à sa volonté; les États Généraux de 1484 avaient pourtant réclamé l'inamovibilité que ce prince avait déjà supprimée de fait avant de la supprimer de droit; mais dès le règne suivant ces réclamations trouvèrent ailleurs leur satisfaction. Des ordonnances du 22 octobre 1648 et du 4 avril 1759 confirmèrent l'ordonnance de 1467.

Tel était le droit: le pouvoir judiciaire n'y trouvait que des garanties d'indépendance bien insuffisantes; car il ne suffit pas qu'un principe aussi important soit consacré par des textes législatifs, encore faut-il qu'il soit scrupuleusement observé dans la réalité des faits: or, les ordonnances de 1467 et de 1648 n'empêchèrent pas Louis XIV d'user de sa toute-puissante autorité pour obtenir de certains magistrats des démissions forcées, non plus que le Conseil du roi de provoquer lui-même plusieurs destitutions arbitraires (1). Ainsi le principe de l'inamovibilité à lui seul n'aurait pas suffi à garantir l'indépendance de la magistrature de notre ancienne France; ce fut dans une règle toute de pratique que cette indépendance trouva sa protection: la règle de la patrimonialité des offices de

1. Albert Desjardins, *l. c.*, n. 10, pages 83 à 87.

judicature, qui fit considérer ceux-ci comme une véritable propriété susceptible de se transmettre aux héritiers. Cette idée dérivait de la vénalité des offices (1). Celle-ci, introduite sous le règne de Louis XII, s'implanta définitivement sous François I^{er} ; les offices étaient concédés à prix d'argent par la royauté, qui de la sorte n'hésitait pas à abdiquer une partie de la souveraineté en vue d'obtenir quelques ressources fiscales ; sans doute elle conservait le droit de supprimer les offices ; c'est ainsi que peut s'expliquer le maintien, dans les lettres de concession d'offices, de la clause. « Tant qu'il nous plaira » même après l'introduction de la vénalité des offices ; mais la suppression d'un office ne portait aucune atteinte à l'indépendance du juge ; car ou bien cette suppression n'avait lieu qu'à la mort du titulaire de l'office ; ou bien si elle était immédiate, elle était accompagnée d'un remboursement également immédiat de la finance ; et même, le titulaire de l'office supprimé conservait jusqu'à sa mort les honneurs attachés à son ancienne fonction. Pourtant la règle de la patrimonialité de l'office, dérivant de la pratique de la vénalité, fut l'objet d'énergiques protestations de la part de presque tous les États Généraux. Certes, la vénalité des offices présentait de bien graves inconvénients : tout d'abord elle sacrifiait souvent la capacité du juge à son indépendance ; et ce vice dut se faire sentir d'une façon particulièrement énergique dans les premiers temps de l'apparition de la vénalité ; car nous voyons les États

1. Picot, *l. c.*, n. 27, tome 3, pp. 280, 339, 340 ; et tome 4, page 3.

Généraux de 1484 demander au roi de bien vouloir ordonner « d'écarter des emplois judiciaires les gens de guerre, les veneurs, les étrangers, les inconnus, les illettrés, et consacrer le principe de l'inaliénabilité qui garantit la sécurité, la dignité du magistrat... » (1) ; ces plaintes se produisent avant même que la pratique de la vénalité s'introduise, et lorsque celle-ci est en pleine vigueur, nous entendons Michel de l'Hôpital s'écrier « c'est la honte de la France (2) ».

En outre, la règle de la patrimonialité présentait un danger bien autrement grave au point de vue de l'intérêt public : comme elle consistait en réalité dans une participation directe à l'exercice de la souveraineté nationale, elle plaçait le magistrat au-dessus des lois elles-mêmes, et était de nature à lui assurer l'impunité ; aussi a-t-on qualifié avec raison la vénalité « un abus qu'on pourrait appeler l'excès de l'inaliénabilité » ; c'est elle en effet qui permit aux Parlements d'étendre leurs attributions au delà de leurs limites naturelles et normales et d'usurper sur le pouvoir exécutif en faisant des actes d'administration, et sur le pouvoir législatif en essayant de remplir le rôle réservé aux Etats-Généraux.

Tels étaient les dangers considérables, attachés à la patrimonialité de l'office. Mais ce fut elle qui en réalité fit du pouvoir judiciaire un véritable pouvoir distinct de la

1. Arthur Desjardins, *l. c.*, n. 9, p. 246.

2. Michel de l'Hôpital, *Traité de la réformation de la justice*, 4^e partie, Œuvres, tome 4, p. 359.

LA FRANCE — PÉRIODE RÉVOL. — ORGANIS. DU POUV. JUDIC. 61
royauté ; celle-ci n'aurait jamais eu la sagesse de se résigner à une séparation des divers éléments de la souveraineté qu'elle avait tous dans sa main, autrement que grâce à une rétribution pécuniaire ; la vénalité était donc un pas fait vers la séparation des pouvoirs : à ce point de vue, elle contenait un germe fécond en bienfaits incomparables. En outre, apparue dans l'histoire comme un privilège concédé à prix d'argent par la royauté au profit du juge, la patrimonialité de l'office tourna en définitive au profit du justiciable, et devint pour lui une garantie de bonne justice en assurant l'indépendance du juge, condition indispensable de son impartialité.

II. — PÉRIODE RÉVOLUTIONNAIRE

§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.*

Reprenant possession d'elle-même en 1789, la nation entendait exercer directement les attributs de la souveraineté : la vénalité des offices était donc condamnée à l'avance. Sa suppression fut en effet prononcée par la loi des 16-24 août 1790, titre 2, article 2 : « La vénalité des offices de judicature est abolie pour toujours ; les juges rendront gratuitement la justice et seront salariés par l'État. » Quel système allait-on mettre à la place ? La loi des 16-29 septembre 1791, titre 11, vint organiser le jury en matière criminelle : l'accusé était donc jugé par ses pairs ; car était appelé à être jugé « tout citoyen ayant les conditions requises pour être électeur » (art. 2 du tit. 11) :

l'organisation du jury criminel a subi bien des modifications depuis 1791 dans tout le cours du xix^e siècle ; néanmoins l'institution elle-même du jury a été l'une des œuvres les plus durables de la Révolution puisqu'il fonctionne encore de nos jours. Au contraire, après de vives discussions au sein de l'Assemblée Constituante, le jury fut repoussé en matière civile ; et la loi des 16-24 août 1790 organisa un système qui ne devait avoir d'autre durée que la durée même de la Révolution. Voici les textes qui réglementaient ce régime ; ils sont extraits du titre 2 de cette loi.

Art. 1. — La justice sera rendue au nom du roi.

Art. 3. — Les juges seront élus par les justiciables.

Art. 4. — Ils seront élus pour six années.

Le recrutement des juges procédait donc de l'élection. Les premières élections produisirent des résultats assez satisfaisants : elles aboutirent à la nomination d'hommes instruits et tous plus ou moins méritants. Mais bientôt les choix furent inspirés par l'ardeur des passions politiques, et l'incapacité de ces juges qui manquaient entièrement d'impartialité fut bien autrement grande que celle qu'avait pu produire autrefois la vénalité des offices sous l'ancien régime (1). Sur ce point l'œuvre de la Révolution était donc bien périssable : elle disparut en effet dès la constitution du 22 frimaire an VIII.

1. Picot, *l. c.*, n. 28, pp. 29 à 34 ; et Glasson, *l. c.*, n. 18, tome 2, pp. 103 à 106.

§ 2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

L'article 8 du titre 2 de la loi des 16-24 août 1790 posait le principe de l'inamovibilité des magistrats, en lui donnant même en un certain sens une portée plus grande que celle qu'il avait eue jusqu'alors et que celle qu'il a à l'heure actuelle ; il disait, en effet : « Les officiers chargés des fonctions du ministère public seront nommés à vie par le roi, et ne pourront, ainsi que les juges, être destitués que pour forfaiture dûment jugée par juges compétents ». Ainsi l'on s'est trompé gravement en disant que sous la Révolution les juges n'étaient pas inamovibles par cette raison qu'ils n'étaient élus que pour six années (1) autre chose est la nomination à vie, autre chose l'inamovibilité ; celle-ci ne se confond nullement avec celle-là, elle consiste uniquement dans l'assurance donnée au juge qu'il ne sera pas révoqué arbitrairement, et qu'il conservera sa fonction pendant toute la durée fixée par la loi ; ainsi les juges étaient élus pour six ans, néanmoins ils étaient inamovibles pendant ces six ans ; l'article 8 de la loi des 16-24 août 1790 s'exprime en effet dans des termes presque identiques à ceux de l'ordonnance de Louis XI du 21 octobre 1467 qui déclarait qu'il ne serait donné aucun office, « s'il n'était vacant par mort ou par résignation volontaire, ou par forfaiture préalablement jugée ou

1. Jousserandot, *l. c.*, n. 21, p. 83.

déclarée judiciairement selon les termes de justice et par juge compétent ». Ainsi si la loi de 1790 sur l'organisation judiciaire s'écartait de la tradition d'une façon violente en ce qui touche la durée de la fonction du juge, elle ne faisait au contraire que la consacrer purement et simplement en ce qui touche l'inamovibilité du juge. Quant aux officiers du ministère public, la loi de 1790 consacrait à leur égard un système absolument nouveau : ils étaient nommés à vie et inamovibles. C'était là, certes, s'écarter des vrais principes ; car les officiers du ministère public ne sont que des représentants du pouvoir exécutif au sein du pouvoir judiciaire, de même que les ministres au sein des Chambres législatives ; la mesure de la loi de 1790 était donc fâcheuse.

Même en ce qui concerne l'inamovibilité du juge qui a pour objet d'assurer son indépendance et son impartialité, des restrictions fort graves quoique indirectes y étaient apportées par le principe de l'élection du juge : celui-ci avant d'être élu était à la merci de ses électeurs ; une fois élu, il en dépendait encore pour peu qu'il fût soucieux de sa réélection au bout de ses six années de fonctions. Ainsi « les juges perdaient leur indépendance, condition première d'une bonne justice, et les commissaires du roi devenaient indépendants sans nécessité : les uns étaient sous la main du peuple, et les autres échappaient à l'action du roi (1). » Ainsi le roi, qualifié « chef de l'administration générale », par la loi des 7-14 octo-

1. Glasson, *l. c.* n. 18, tome 2, p. 113.

bre 1790, ne prenait aucune part à l'exercice du pouvoir judiciaire ; il n'avait à intervenir par l'intermédiaire des agents de la force publique que pour l'exécution des jugements ; aussi Cazalès a-t-il pu l'appeler le premier huissier de son royaume ; c'étaient là les conséquences logiques poussées à l'extrême de cette idée, consacrée par les constitutions révolutionnaires, d'après laquelle le pouvoir judiciaire était véritablement un troisième pouvoir constitué dans l'État et distinct des pouvoirs législatif et exécutif ; néanmoins, il est curieux de remarquer que la loi des 16-24 août 1790, titre 2, article 1, disait : « La justice sera rendue au nom du roi » ; c'est là un point qu'il importe de ne pas perdre de vue.

Indépendamment du principe de l'élection qui constituait une atteinte permanente au principe de l'immovibilité du juge, celui-ci reçut pendant tout le cours de la Révolution des atteintes accidentelles, mais très fréquentes : le 22 septembre 1792 la Convention ordonna le renouvellement de tous les corps judiciaires, moins le tribunal de Cassation. C'est alors que les nouvelles élections se ressentirent au grand détriment de la justice du déchaînement des passions politiques ; dès 1793 on cessa de recourir au corps électoral et la Convention par des décrets du 7 octobre 1793, 19 février et 13 mars 1794, nomma elle-même des juges ; par un arrêté du 12 avril 1794 plusieurs juges furent nommés directement par le Comité de salut public ; un décret du 3 janvier 1795 renouvela le personnel des tribunaux de Paris, en revenant au système de l'élection ; mais ce dernier ne devait avoir encore qu'une

durée éphémère, car par un décret du 4 mars 1795 le Comité de législation fut chargé de nommer à tous les emplois judiciaires ; la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) revint au système de l'élection, tel que l'avait organisé la Constitution du 3 septembre 1791. Après le coup d'Etat de fructidor (4 septembre 1797) les élections furent annulées ; et à Paris le pouvoir, maintenant seulement six magistrats, en remplaça illégalement quarante-sept, en faisant rentrer dans les tribunaux des juges qu'en avait expulsés une épuration arbitraire (1).

Ainsi le régime de l'élection des juges, mode détestable par lui-même, n'avait même pas pu fonctionner, l'indépendance du juge n'a jamais été plus sacrifiée que pendant la période révolutionnaire. Tandis que sous l'ancien régime le mode de recrutement des magistrats se trouva singulièrement influencé par les garanties d'indépendance du pouvoir judiciaire, ce fut précisément le phénomène opposé qui se produisit sous la Révolution.

III. — ETAT ACTUEL.

§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.*

L'article 41 de la constitution du 22 frimaire an VIII donna au premier Consul le droit de nommer « tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix, et les juges de cassation, sans pouvoir les révoquer » ; l'article

1. Sur tous ces points, cf. Georges Picot, *l. c.*, n. 28, pp. 30 à 33.

60 maintenait le système de l'élection seulement pour les juges de paix qui étaient élus pour trois ans. Le sénatus-consulte du 16 thermidor an X (4 août 1802), vint apporter quelques modifications à ce régime ; d'après ses articles 8 et 9, les juges de paix et leurs suppléants cessaient d'être élus ; ils étaient nommés pour dix ans par Bonaparte, déclaré Consul à vie le 14 thermidor an X, sur la présentation de deux candidats désignés par l'assemblée de canton ; d'après l'article 80, le Grand Juge ministre de la justice présidait le tribunal de cassation et les tribunaux d'appel « quand le gouvernement le jugeait convenable » ; enfin, d'après l'article 85, les membres du tribunal de Cassation étaient nommés par le Sénat, sur la présentation de trois candidats désignés par le premier Consul. Le sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18 mai 1804) qui établissait l'Empire disait : « La justice se rend au nom de l'Empereur par les officiers qu'il institue » dans l'article 1 ; et l'article 135 donnait à l'Empereur le droit de nommer les présidents de la Cour de Cassation et des cours d'appel, en les choisissant hors des cours qu'ils devaient présider. La loi du 20 avril 1810, « sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice » n'apporta aucun changement important à cet ordre de choses.

La Charte du 4 juin 1814 disait dans son article 57 : « Toute justice émane du roi ; elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue » ; et l'article 61 indiquait que les juges de paix eux-mêmes étaient nommés par le roi.

D'après l'article 51 de l'Acte Additionnel du 22 avril 1815 : « l'Empereur nomme tous les juges..... sauf la nomination des juges de paix et des juges de commerce qui aura lieu comme par le passé ».

Les articles 48 et 52 de la Charte du 7 août 1830 reproduisaient les articles 57 et 61 de la Charte de 1814.

La constitution du 4 novembre 1848 décidait dans son article 81 que « la justice était rendue gratuitement au nom du peuple Français », et l'article 85 donnait au Président de la République le droit de nommer les juges.

La constitution du 14 janvier 1852 s'exprimait comme les constitutions monarchiques ; en vertu des articles 6 et 7 le Président de la République « nomme à tous les emplois », « la justice se rend en son nom ». Le sénatus-consulte du 21 mai 1870 reproduisait les mêmes expressions dans ses articles 14 et 15.

Les textes qui nous régissent à l'heure actuelle sont l'article 2 du décret du 2 septembre 1871 et l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. D'après le premier de ces textes la justice n'est plus rendue au nom du chef du pouvoir exécutif, mais « au nom du peuple Français » ; d'après le second, le Président de la République « nomme à tous les emplois civils et militaires ».

§ 2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

Comme le principe de la séparation des pouvoirs, le principe de l'inamovibilité des magistrats a été proclamé

par presque toutes nos constitutions. Mais, comme lui, il a été à bien des reprises différentes méconnu dans la pratique. Non pas toutefois que le système de la nomination des juges par le pouvoir exécutif, qui s'était substitué au système de l'élection, y mît comme lui un obstacle permanent ; mais c'est que à la suite de chacune de nos révolutions ou à peu près, le gouvernement nouveau tout en proclamant l'inamovibilité pour l'avenir, procéda directement ou indirectement à des épurations arbitraires en ce qui concerne des magistrats institués par le régime antérieur ; nous assistons de la sorte à une contradiction continuelle entre les principes écrits en toutes lettres dans les constitutions et les agissements des gouvernements.

La constitution du 22 frimaire an VIII reconnaissait le principe de l'inamovibilité dans ses articles 41 et 68 ; ce dernier disait : « Les juges autres que les juges de paix, conservent leurs fonctions toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture, ou qu'ils ne soient pas maintenus sur les listes d'éligibles. » Mais un sénatus-consulte du 12 octobre 1807 vint supprimer l'inamovibilité tant pour le présent que pour l'avenir : pour le présent, il était institué une commission de six sénateurs, à laquelle le Grand-Juge ministre de la justice signalait les magistrats qui se faisaient remarquer « par leur incapacité, leur inconduite, et des débordements dérogeant à la dignité de leurs fonctions » ; sur le rapport de cette commission, « il était réservé à Sa Majesté de prononcer définitivement sur le maintien ou la révocation des ju-

ges... » (articles 2 à 7) ; quant à l'avenir, l'article 1 disait : « A l'avenir, les provisions qui instituent les juges à vie ne leur seront délivrées qu'après cinq années d'exercice de leurs fonctions, si à l'expiration de ce délai Sa Majesté l'Empereur et roi reconnaît qu'ils méritent d'être maintenus dans leurs places. » En vertu de ce sénatus-consulté des épurations furent opérées ; et elles se renouvelèrent après la loi du 20 avril 1810 ; quant aux provisions à vie promises à l'expiration de cinq années d'exercice, l'Empereur n'en accorda aucune (1). En outre, la loi du 20 avril 1810 créa l'institution des juges auditeurs (art. 12 à 15), dont la Restauration devait plus tard faire un si grand abus.

L'article 58 de la Charte du 4 juin 1814 disposait : « Les juges nommés par le roi sont inamovibles » ; l'article 61 apportait cette seule restriction ; « les juges de paix, quoique nommés par le roi, ne sont point inamovibles ». L'article 58 fut interprété littéralement et d'une façon judaïque par le gouvernement ; ce furent seulement les juges « nommés par le roi » qui furent pourvus de l'inamovibilité ; il fut donc procédé à des épurations des magistrats qui avaient été institués par Napoléon ; toutefois s'il est permis de considérer ces actes de la Restauration comme une grande faute politique, il est impossible de l'accuser d'avoir violé l'un des principes fondamentaux de notre droit public ; car le principe de l'inamovibilité n'existait plus depuis 1807 ; le roi se contentait donc de

1. Picot, *l. c.*, n. 28, pp. 37 et 38 ; Glasson, *l. c.*, n. 18, tome 2, pp. 95 et 96.

faire ce que l'Empereur aurait eu le droit de faire ; et de plus il avait la sagesse de reconnaître l'inamovibilité pour l'avenir. Mais à son retour de l'île d'Elbe Napoléon n'eut garde de ne pas profiter des fautes de la Restauration ; dans le premier décret impérial qu'il signa à Lyon le 13 mars 1815, il dit : « Considérant que par les constitutions de l'Empire les membres de l'ordre judiciaire sont inamovibles, il est décrété que tous les changements arbitraires opérés dans les Cours et tribunaux sont non avenus » ; c'était là, en somme, sous le prétexte de revenir au respect du principe de l'inamovibilité, procéder encore une fois à de nouvelles épurations ; et pourtant ce principe était écrit dans l'article 51 de l'acte additionnel du 22 avril 1815, d'après lequel les juges « sont inamovibles et à vie, dès l'instant de leur nomination, sauf la nomination des juges de paix... » Après la chute définitive du régime impérial, qui fut suivie de nouvelles révocations et de nouvelles institutions de magistrats, la Charte de 1814 fut remise en vigueur ; et le principe de l'inamovibilité fut dès lors respecté. Une loi du 16 juin 1824 vint seulement réglementer « l'admission à la retraite des juges atteints d'infirmités graves et permanentes », sans du reste sacrifier en aucune façon l'indépendance du pouvoir judiciaire ; cette loi de 1824 remplaçait des décrets du 2 octobre 1807 et du 6 juillet 1810, qui permettaient à l'Empereur de prononcer la mise à la retraite d'office. Cependant dans les dernières années de la Restauration les ministres qui se succédèrent, entre autres M. de Peyronnet, firent un abus considérable des juges auditeurs qui

étaient sous leur dépendance absolue, afin de paralyser l'indépendance des autres magistrats et d'introduire la politique dans l'administration de la justice (1).

L'article 49 de la Charte du 7 août 1830 reproduisit l'article 51 de la Charte de 1814 : « Les juges nommés par le roi sont inamovibles » ; le gouvernement de juillet aurait pu, comme la Restauration, entendre cet article 49 dans son sens littéral et procéder à des révocations suivies de nouvelles investitures ; il eut, au contraire, la sagesse de s'en abstenir, et ce gouvernement est le seul duquel on puisse dire qu'il ait respecté pleinement le principe de l'inamovibilité ; et il eut d'autant plus de mérite à agir de la sorte que d'une part à son avènement toute la magistrature était composée des partisans de Charles X, et que d'autre part il était pressé de les révoquer par des récriminations de toutes sortes et par des manifestations presque violentes émanées d'hommes qui se prétendaient libéraux. Ce gouvernement se borna à changer entièrement le personnel des parquets, et en cela il ne fit autre chose qu'agir dans les limites du droit et de l'opportunité, puisque les membres du ministère public sont les représentants du pouvoir exécutif auprès du pouvoir judiciaire. D'ailleurs l'institution des juges auditeurs, qui étaient soumis à une sorte d'amovibilité, fut supprimée dès le début par une loi de 1830 (2).

En 1848, un décret du gouvernement provisoire du 17

1. Picot, *l. c.*, n. 28, pp. 76 et 77.

2. Picot, *l. c.*, n. 28, pp. 79 à 92.

avril vint proclamer que « le principe de l'inamovibilité de la magistrature avait disparu avec la Charte de 1830 et qu'il était incompatible avec le gouvernement républicain. Provisoirement et jusqu'au jour où l'Assemblée Nationale réglerait l'organisation judiciaire, la suspension ou la révocation des magistrats pouvait être prononcée par le Ministre de la Justice comme mesure d'intérêt public. » Plusieurs suspensions furent en effet prononcées; mais la constitution du 4 novembre 1848 dans son article 87 consacra le principe de l'inamovibilité dans une forme excellente : « Les juges de première instance et d'appel, les membres de la Cour de Cassation et de la Cour des Comptes sont nommés à vie. Ils ne peuvent être révoqués ou suspendus que par un jugement, ni mis à la retraite que pour les causes et dans les formes déterminées par les lois » ; une loi du 8 août 1849 fit l'application de ce principe en décidant « qu'aucune réduction dans le personnel des Cours et tribunaux ne pourrait s'opérer que par voie d'extinction », et le surlendemain un décret rétablit dans leurs sièges tous les magistrats inamovibles qui en avaient été suspendus, de plus l'intégralité de leur traitement leur fut rendue; ainsi l'Assemblée nationale et l'Assemblée législative venaient donner les démentis les plus formels aux paroles et aux actes du gouvernement provisoire (1).

La constitution du 14 janvier 1852 ne consacrait aucun chapitre au pouvoir judiciaire. Néanmoins l'article 26 de cette

1. Picot, *l. c.*, n. 28, pp. 97 à 121.

constitution considérait l'immovibilité de la magistrature comme un principe supérieur d'ordre social, car il confiait au Sénat le devoir de s'opposer « à la promulgation des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'immovibilité de la magistrature ». Mais dès le commencement de février commencèrent à fonctionner les commissions mixtes, dont chacune était composée d'un général, d'un préfet, d'un magistrat ; ces commissions, dans leur œuvre de proscription, condamnerent des magistrats à la déportation en déclarant que « l'immovibilité ne saurait être un refuge ». En outre, le décret du 1^{er} mars 1852 vint substituer le système de la mise à la retraite par la limite d'âge au système de la mise à la retraite par suite d'infirmités que consacrait la loi du 16 juin 1824. D'une part, l'âge de 75 ans était fixé pour les conseillers à la Cour de Cassation, l'âge de 70 ans pour tous les autres magistrats. De cette façon le conseiller d'une Cour d'appel approchant de la limite d'âge cessait d'être indépendant ou du moins pouvait cesser de l'être, puisque le bon plaisir du gouvernement pouvait par une nomination à la Cour de Cassation prolonger de cinq années la carrière judiciaire du magistrat ; d'autre part, le décret décidait que le magistrat, bien qu'il eût atteint la limite d'âge, conserverait ses fonctions tant qu'il n'aurait pas été remplacé, de sorte que le conseiller à 70 ou à 75 ans était encore dans la dépendance du pouvoir

exécutif, qui était libre d'agir à sa guise en le remplaçant ou en le laissant encore en fonctions. Ainsi ce décret du 1^{er} mars 1852, qui est encore en vigueur, porte une double atteinte au principe de l'inamovibilité, quoique l'on ait tenté de soutenir le contraire (1). Enfin un décret du 16 août 1859 vint modifier le système de roulement des magistrats dans les Cours et tribunaux, abolissant ainsi une ordonnance du 11 octobre 1820 qui a été rétablie à la fin de l'Empire et qui est aujourd'hui en vigueur : d'après ce décret de 1859 le roulement dépendait du Garde des Sceaux et du Procureur général ou du Procureur Impérial ; de la sorte le gouvernement pouvait composer les chambres des tribunaux à son gré et les affaires politiques étaient soumises à de véritables commissions.

Après la chute du second Empire, des décrets du gouvernement de la défense nationale du 28 janvier et du 3 février 1871 vinrent apporter une atteinte temporaire au principe de l'inamovibilité en révoquant quinze magistrats qui avaient fait partie des commissions mixtes après le coup d'Etat du 2 décembre ; mais ces décrets furent annulés par une loi du 25 mars 1871 ; c'était là en quelque sorte une réédition des faits qui s'étaient accomplis en 1848. Les lois constitutionnelles de 1785 ont gardé un silence absolu sur l'organisation du pouvoir judiciaire et sur le principe de l'inamovibilité. La loi

1. Glasson, *l. c.*, n. 18, tome 2, pp. 97 et 98 ; Picot, *l. c.*, n. 28, p. 127.

actuelle du 30 août 1883 sur l'organisation judiciaire a abouti à deux résultats diamétralement opposés : d'une part, elle a porté atteinte à l'inamovibilité pour l'époque à laquelle elle a été rendue, en décidant que l'inamovibilité sans être supprimée était suspendue pour trois mois à l'égard de tous les magistrats des tribunaux civils et des Cours d'appel et en révoquant elle-même directement les magistrats, restés en très petit nombre à cette époque, qui avaient fait partie des commissions mixtes après le 2 décembre ; en outre, l'article 17 de la loi de 1883 confère au Garde des Sceaux un droit de surveillance sur tous les magistrats, les plaçant ainsi dans une certaine dépendance « vis-à-vis du pouvoir exécutif et de l'un des fonctionnaires qui sont peut-être les plus amovibles de tous (1) » ; toutefois c'est là un fait qu'il ne faut pas exagérer, car le ministre de la justice ne peut prononcer aucune peine disciplinaire contre le magistrat, ce droit est réservé à la Cour de Cassation que la loi de 1883 érige en Conseil supérieur de la magistrature ; d'autre part, par un autre côté la loi du 30 août 1883 a augmenté l'indépendance du juge et par suite fortifié le principe de l'inamovibilité pour l'avenir, en assimilant toutes les Cours d'appel entre elles hors celle de Paris, et en réduisant le nombre des classes des tribunaux, autrefois de six, aujourd'hui de trois, ce qui a pour conséquence de diminuer le désir d'avancement chez le magistrat. Telle est l'histoire du principe de l'inamovibilité.

1. Glasson, *l. c.*, n. 18, tome 2, pp. 100 et 101.

Attaqué par presque tous les gouvernements, et plus ou moins méconnu pour un temps par chacun d'eux, il a survécu et est sorti définitivement victorieux de la lutte des partis. En outre, malgré les atteintes dont ce principe a été l'objet, notre magistrature est restée un modèle pour la plupart des autres nations par la fière indépendance dont elle a su faire preuve dans les temps de crises, notamment lorsque par un arrêt du 29 juin 1832 la Cour de Cassation obligea indirectement le gouvernement de juillet à rapporter une ordonnance, qu'il avait cru opportun de rendre le 7 juin 1832 à la suite du soulèvement de la Vendée, et qui proclamait illégalement l'état de siège ; et aussi lorsque, le lendemain du coup d'Etat du 2 décembre 1851, les membres de la Cour de Cassation se réunirent en Haute-Cour de justice en vertu de l'article 68 de la constitution de 1848 pour juger le crime de haute trahison qui venait d'être accompli, ne cédant qu'à la force brutale d'un détachement de troupes, qui vint chasser ces nobles représentants de la légalité (1).

1. Picot, *l. c.*, n. 28, pp. 121 et 122 ; 438 et 439.

III

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LA DÉTERMINATION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE A L'ÉGARD DES LITIGES ADMINISTRATIFS.

I. — ANCIEN RÉGIME.

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. — Jamais aucune règle générale et rationnelle concernant la ligne de démarcation entre les deux sortes de contentieux, et par suite entre les deux ordres de juridictions, ne fut posée sous l'ancien régime. Ce n'était que pour décharger leur Conseil que les rois avaient créé les Parlements ; dès lors il était naturel que la royauté se considérât jusqu'à la fin comme ayant la plénitude du pouvoir judiciaire, bien qu'en réalité il n'en fût pas ainsi. Cette idée conduisit dans la pratique le Conseil du roi, et aussi l'intendant qui représentait le roi dans la province à juger des litiges purement judiciaires de leur nature ; c'est ainsi que ces juridictions administratives prononcent sur les contestations relatives aux actes de gestion, aux contrats passés par la royauté, c'est de même qu'elles prononcent des peines contre les justiciables.

De leur côté les Parlements devinrent assez puissants pour empiéter sur le pouvoir exécutif en faisant eux-mêmes des actes d'administration ; à plus forte raison furent-ils assez hardis pour juger des litiges administratifs de leur nature : c'est ainsi qu'ils statuaient sur des réclamations des particuliers contre des actes de la puissance publique. De ces prétentions rivales naquirent entre le parlement et la royauté des conflits qui ne trouvèrent leur dénouement définitif qu'en 1789.

Un moment victorieux sous la Fronde, le Parlement avait même obtenu de la Cour la suppression des intendants ; mais ceux-ci furent bientôt rétablis et le Parlement se trouva maîtrisé par Louis XIV. A la mort de ce prince, les Parlements se relevèrent tout puissants en face du pouvoir absolu qui, lui aussi, s'était accru ; les conflits se renouvelèrent donc plus ardents que jamais : toutefois il semble qu'à la fin du XVIII^e siècle ils aient légèrement changé de caractère et de portée en se transportant du domaine de l'administration et de la justice sur le terrain du gouvernement proprement dit et de la législation. Quoi qu'il en soit, la confusion la plus grande régnait dans l'ordre des juridictions à la veille de 1789 : elle était la conséquence forcée de la confusion des pouvoirs (1).

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux. — Comme la juridiction administrative n'émane que du roi en son Conseil et de ses

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, pp. 124 à 131 ; Dareste, *l. c.*, n. 7, pp. 108 à 111.

intendants qui ne sont que ses agents (1), il est permis d'affirmer que l'ancien régime n'a connu aucune différence entre le contentieux administratif et le recours gracieux ; aucune distinction n'est faite entre l'illégalité et la simple inopportunité de l'acte administratif, non plus qu'aucune distinction entre le droit de l'individu qui est violé et son simple intérêt qui est lésé. L'on peut donc dire que dans l'ancien régime le contentieux administratif a été inconnu des intendants et du Conseil d'Etat, par ce motif que ce ne sont que des agents de la royauté et non des magistrats ; l'on peut dire au contraire que l'ancien régime a ignoré la notion du recours gracieux puisqu'il le traitait de la même façon que le recours contentieux et qu'il n'a connu que ce dernier par cette raison que le roi par lui-même ou par ses agents exerçait la justice dont il était le chef suprême ; quoi qu'il en soit, la juridiction administrative s'applique à tous les cas. L'application de cette idée devait conduire dans la pratique à un développement considérable des attributions de l'intendant : ces attributions sont innombrables. Aussi ne pourrions-nous en citer que quelques-unes à titre d'exemples.

D'ailleurs comme tout recours en matière de juridiction administrative aboutissait au roi en son Conseil, et comme celui-ci réunissait à son pouvoir de juridiction et au pouvoir exécutif le droit de faire la loi, il résultait de cette confusion des pouvoirs que la juridiction administrative

1. Cf. *infra* la justification de cette proposition.

se trouvait au-dessus des lois qu'elle était libre de ne jamais appliquer. C'est ce que disait franchement un intendant qui demandait une évocation au Conseil : « Le juge ordinaire, dit-il, est soumis à des règles fixes qui l'obligent de réprimer un fait contraire à la loi ; mais le Conseil peut toujours déroger aux règles un but utile » (1). Ainsi l'individu était entièrement livré au bon plaisir de l'arbitraire qui s'affirmait avec cynisme.

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

a. Organisation.

1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs. —

La juridiction administrative au sens exact du mot nous semble avoir dans notre histoire une origine très récente et ne pas remonter au delà du commencement du xvii^e siècle. En effet, les tribunaux chargés de statuer sur les litiges administratifs ont eu au début exactement la même organisation que les tribunaux judiciaires, de sorte, qu'ils étaient, eux aussi, de véritables tribunaux judiciaires jugeant les affaires administratives ; mais tandis que cette assimilation a duré pour les uns jusqu'à la Révolution, elle a commencé à disparaître pour les autres dès le commencement du xvii^e siècle, précisément à l'époque où la royauté absolue s'affermait ; c'est de ce jour

1. Poitou, *l. c.*, n. 29, p. 28.

que naquit la juridiction administrative. Telles sont les propositions qui nous paraissent faciles à démontrer. Et d'abord certains tribunaux que tous les auteurs considèrent comme des tribunaux administratifs n'ont jamais eu ce caractère en réalité : le Parlement était issu du Conseil du roi ; la Chambre des Comptes sortit du Parlement en vertu d'une ordonnance de janvier 1319, article 5 ; et elle engendra elle-même d'autres démembrements ; la Chambre et Cour des Aides en fut séparée pour la première fois d'une façon précise par l'ordonnance du 28 décembre 1355, et la Chambre et Cour des Monnaies par une ordonnance du 18 septembre 1357 (1). Tous ces démembrements subirent le même sort : ils constituèrent de véritables Cours souveraines, soumises au même titre que le Parlement lui-même au contrôle supérieur de cassation exercé par le Conseil du roi ; le système de la vénalité et de l'hérédité des offices de judicature leur fut appliqué ; ils ne se distinguaient donc des tribunaux judiciaires que par leurs attributions ; encore cette règle n'était-elle pas absolue, car c'est précisément ce caractère de tribunaux judiciaires qui peut servir à expliquer comment ces tribunaux chargés des contestations administratives partageaient avec les Parlements chargés en principe des contestations privées certaines attributions, telles par exemple que le droit de prononcer des peines privatives de la liberté et même de la vie. D'ailleurs la Chambre des Comptes, la Cour des Aides et la Cour des

1. Pardessus, *l. c.*, n. 26, pp. 212 à 217, 223, 231, 237.

Monnaies ne sont que les exemples les plus importants parmi les tribunaux du même genre ; beaucoup d'autres avaient le même caractère d'être des tribunaux judiciaires ayant la connaissance de litiges administratifs : les Bureaux des finances, la Table de marbre et les Grands Maîtres des eaux et forêts, etc. : du reste, un grand nombre de ces tribunaux n'étaient pas souverains et ne jugeaient que sauf appel au Parlement. Lorsque la royauté devint absolue, ses efforts consistèrent à ressaisir la connaissance de presque toutes ces difficultés ; elle employa à cet effet deux moyens différents : tantôt elle supprima l'office en remboursant la finance à son titulaire, et transporta ses attributions à son représentant direct, l'intendant ; tantôt sans supprimer l'office, ni rembourser la finance, elle lui enleva le plus grand nombre possible de ses attributions pour les donner soit au Conseil soit à l'intendant ; de cette façon la royauté parvint dans les deux derniers siècles à retirer le jugement des litiges administratifs aux magistrats qui en connaissaient et à faire régler ces contestations par des fonctionnaires. Quant au Conseil du roi envisagé dans son rôle de juridiction administrative, il ne revêtit ce caractère qu'à partir du xvii^e siècle ; en effet, jusqu'à cette époque sa destinée avait été identiquement la même que celle du Parlement : jusque vers la fin du xv^e siècle, les conseillers au Parlement, de même que les conseillers d'État, furent essentiellement révocables et placés sous la dépendance du roi ; ce fut seulement l'ordonnance de Louis XI du 21 octobre 1467 qui vint poser

le principe de l'inamovibilité des juges ; et la pratique de la vénalité des offices, qui assura si puissamment l'indépendance des magistrats, ne s'établit définitivement qu'au commencement du xvi^e siècle sous François I^{er} ; il semble donc que dès ce moment l'organisation du conseil du roi aurait dû différer profondément de celle du Parlement ; il n'en fut rien pourtant : car vers la fin du xv^e siècle, la juridiction cessa d'être exercée par le Conseil du roi tout entier, et fut confiée à un démembrement de ce Conseil qui prit le nom de Grand Conseil ; une ordonnance de Charles VIII du 2 août 1497 et une ordonnance de Louis XII du 13 juillet 1498 vinrent régler les attributions juridictionnelles du Grand Conseil. quant à son organisation elle fut modelée sur celle du Parlement, car l'ordonnance de Louis XI de 1467 consacrait l'inamovibilité non seulement au profit des juges, mais aussi au profit de tous les officiers royaux ; en outre, la pratique de la vénalité et de l'hérédité des offices fut étendue aux membres du Grand Conseil. Ainsi la juridiction administrative cessa, comme la juridiction en matière judiciaire, d'être sous l'action directe du pouvoir royal ; et l'on peut dire sans hésiter qu'il n'existait encore que des tribunaux judiciaires avec des fonctions différentes. Ce fut sous Henri II que le Conseil du roi, qui, continuant à être composé de conseillers proprement dits, était resté sous la dépendance étroite du roi, commença à attirer à lui la connaissance des affaires qui appartenaient au Grand Conseil ; mais ce fut seulement sous Louis XIII, sous l'in-

fluence des idées d'absolutisme de Richelieu. que le résultat voulu par la royauté fut atteint d'une façon définitive : le Conseil du roi s'était ainsi substitué au Grand Conseil ; désormais la juridiction administrative était née parce qu'elle dépendait non plus d'une Cour souveraine, mais uniquement du roi en son Conseil (1). Quant aux intendants, ils n'ont pas été une création de Richelieu ; mais leur pouvoir de juridiction a été bien réellement son œuvre. Avant Louis XIII, les rois envoyaient des maîtres des requêtes faire « des chevauchées », dans les provinces ; au xvi^e siècle, les commissions de ces officiers, tout en restant temporaires, devinrent plus fréquentes ; en outre, ces officiers s'appelèrent les « commissaires départis pour les ordres du roi », et prirent pour circonscription de leur ressort les généralités des finances ; c'était là un moyen précieux pour les rois de surveiller de près les actes des gouverneurs militaires des provinces qui étaient les derniers champions du régime féodal dans sa lutte contre la royauté ; enfin Richelieu en vertu d'un édit de 1621 conféra à ces commissaires du roi, qui devinrent les « intendants de justice, police et finances du roi », des commissions à pouvoirs illimités, qui se transformèrent en commissions permanentes par un édit de mai 1635 (2). Ainsi le Conseil du roi et l'intendant sont les deux seuls tribunaux administratifs de l'ancien régime ; eux seuls dès lors devraient faire l'objet

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, p. 118 à 122.

2. Dareste, *l. c.*, n. 7, pp. 104 à 105.

de notre examen ; néanmoins nous porterons aussi notre attention sur la Chambre des Comptes ; sans doute nous la considérons comme un tribunal judiciaire, mais ses attributions appartiennent à l'heure actuelle à un tribunal administratif ; il importe donc d'examiner quelle a été la filiation historique des institutions.

A. — *Organisation du Conseil du roi.* — Le Conseil du roi était non seulement un tribunal administratif, mais encore un conseil d'administration et de gouvernement. Dans aucun cas il n'avait de pouvoir propre, c'était toujours le roi qui était censé décider en personne, par l'intermédiaire de son Conseil. Etant donné ses rôles variés, le Conseil se divisait en plusieurs sections ; les sections chargées de rendre la justice administrative furent jusque sous Louis XVI le Conseil des dépêches ou Conseil de direction et le Conseil des finances ; Louis XVI apporta quelques modifications à cette organisation. Jusqu'à la fin de l'ancien régime, les personnes assistant à ces Conseils se divisaient en trois catégories : les conseillers d'Etat, les maîtres des requêtes, et les ministres. Ces derniers étaient des administrateurs actifs, tandis que les autres étaient des administrateurs délibérants ; la justice était donc rendue par des fonctionnaires ; d'ailleurs les conseillers d'Etat seuls avaient le droit de juger ; les maîtres des requêtes n'étaient que des conseillers d'Etat de second ordre qui se bornaient à préparer les rapports des affaires ; quant aux ministres, leur rôle consistait uniquement à présenter des avis. Le Conseil des dépêches, organisé en 1617, jugeait en matière d'administration gé-

nérale : c'est seulement lorsque le litige présentait des difficultés spéciales que l'affaire, étudiée d'abord par le maître des requêtes rapporteur, était ensuite soumise à un bureau, avant d'être portée au Conseil des dépêches. Le Conseil des finances ne date que de 1661 ; il hérita des attributions financières et fiscales qui appartenaient jusque-là au surintendant des finances, dont l'office fut supprimé à la suite de la disgrâce de Fouquet : à la différence des affaires de la compétence du Conseil des dépêches, les affaires de la compétence du Conseil des finances étaient presque toutes soumises à un bureau avant d'être portées à la décision définitive du Conseil ; la procédure était donc plus sérieusement organisée. Aussi Louis XVI ne voulut-il pas faire autre chose que de généraliser ce système en transformant le Conseil des dépêches sur le modèle du Conseil des finances, et en remplaçant, dans le règlement du 9 août 1789, le nom de Conseil des dépêches par celui de Comité du contentieux des départements qui s'adaptait avec les institutions nouvelles.

B. — *Organisation de la juridiction de l'intendant.* — Tandis que le Conseil du roi était la juridiction d'appel, l'intendant était la juridiction du premier degré. Pris la plupart du temps parmi les maîtres des requêtes du Conseil, les intendants correspondaient directement avec lui et provoquaient ses décisions en lui posant des questions ; de la sorte, le Conseil, et par suite le roi, prolongeait son autorité immédiate sur tous les points du territoire : ainsi la centralisation se trouvait fortement établie.

L'intendant était donc un fonctionnaire chargé avant tout de l'administration active, et en outre de la juridiction administrative ; comme tout fonctionnaire, il était à la merci absolue du pouvoir royal, son nom seul l'indique assez : « Les intendants, écrivait en 1738 un ancien intendant, M. d'Aube (1), sont les correspondants nécessaires de tous les ministres du roi, dont chacun est en droit d'exiger d'eux qu'ils soient toujours prêts à répondre promptement et dissertement à toutes les questions qu'il voudra leur faire, et qu'ils soient capables d'opérer par eux-mêmes et de procurer tout ce qui peut être important pour le service du roi et le bien de l'Etat ». D'ailleurs l'intendant, chargé de fonctions innombrables, ne pouvant toutes les remplir, s'en déchargeait sur des subordonnés qui le représentaient, les subdélégués. Un édit de 1704, qui avait appliqué aux fonctions du subdélégué le système de la concession pécuniaire et irrévocable des offices, fut abrogé par un édit de 1715 qui revint au système antérieur ; le subdélégué redevint un véritable employé de l'intendant, au même titre que les secrétaires et commis de l'intendance ; il ne fut jamais un agent du gouvernement. Au reste, bien que les commissions des intendants fussent devenues permanentes, le roi conserva toujours le droit, dont il usa quelquefois, de nommer un commissaire temporaire pour telle affaire spéciale qui l'intéressait plus particulièrement, et dont il désirait réserver la connaissance à un homme digne de toute sa confiance.

1. Cité par Dareste, *l. c.*, n. 7, p. 113.

C. — *Organisation de la Chambre des Comptes.* — Comme nous l'avons dit, la Chambre des Comptes fut toujours un tribunal judiciaire chargé de certains litiges administratifs. Quand le système de la vénalité et de l'hérédité des offices s'introduisit, il fut étendu à la Chambre des Comptes et au Grand Conseil ; mais tandis que celui-ci succomba et se trouva remplacé par le Conseil du roi pendant les deux derniers siècles de la monarchie, les Chambres des Comptes, au nombre de treize en 1789 subsistèrent jusqu'à cette époque avec leur organisation toute judiciaire. Toutefois cette extension de la vénalité des offices eut ici encore son contre-coup ; elle entraîna à titre de conséquence une restriction dans les attributions de la Chambre des Comptes. Celle-ci à l'origine joignait à son rôle juridictionnel un rôle politique en matière financière ; elle préparait en effet l'Etat du roi, c'est-à-dire le budget des recettes et des dépenses ; à partir du xvi^e siècle la royauté tendit à déposséder la Chambre des Comptes de cette fonction pour la confier au Conseil du roi ; elle ne conserva que sa fonction juridictionnelle (1). Mais à ce titre elle se trouva comme toutes les Cours souveraines, indépendante du Conseil du roi. L'ordonnance de janvier 1319, article 23, consacrait seulement contre les arrêts de la Chambre des Comptes le recours en révision devant la Chambre des Comptes elle-même, à laquelle venaient s'adjoindre plusieurs conseillers au Parlement ; toutefois au xvii^e siècle le recours en révision cessa

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, pp. 114 et 115.

d'être en usage, les arrêts de la Chambre des Comptes devinrent comme les arrêts du Parlement lui-même, susceptibles du pourvoi en cassation dont connaissait une section du Conseil du roi, le Conseil privé ou des parties (1).

2. *Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.* — Cette question est entièrement dominée par l'examen du mode de recrutement de ces tribunaux. A la différence des tribunaux judiciaires, qui se recrutaient en vertu des règles de l'hérédité des offices, les tribunaux administratifs ne pouvaient pas être indépendants ; et même, dans la pensée des rois et des ministres qui organisèrent la juridiction du Conseil et celle des intendants, ils ne devaient pas être indépendants ; car c'était là l'unique raison d'être de cette juridiction : ceux qui l'exerçaient n'étaient que les agents du roi, ils n'étaient faits que pour exécuter aveuglément ses volontés ; en un mot le roi retenait par devers lui une partie de la justice ; il confiait cette justice retenue à ses fonctionnaires ; l'individu était abandonné à l'arbitraire de l'absolutisme ; telles devaient être les conséquences logiques de la confusion des pouvoirs.

b. *Attributions* (2).

1. *Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs.* — Ce contentieux se compose des contestations soulevées par l'application des actes de la puissance

1. Dareste, *l. c.*, n. 7, p. 9.

2. Dareste, *l. c.*, n. 7, pp. 78 à 103 ; 115 à 138 ; Laferrrière, *l. c.* n. 22, tome 1, pp. 137 à 147.

publique par opposition aux actes de la personne morale. Le Conseil du roi statuait en appel sur tous les litiges dont les intendants avaient connu en première instance ; mais en outre il exerçait une juridiction de premier et de dernier ressort à l'égard de certaines affaires. D'ailleurs les affaires que nous allons mentionner ne valent qu'à titres d'exemples ; car le roi se considérant comme le chef suprême de la justice de son royaume était toujours libre de se réserver la connaissance d'un litige quelconque en son Conseil.

a. Actes administratifs. — D'une façon générale le Conseil du roi décidait sur les recours contentieux formés contre les actes de l'autorité royale, sur les demandes en interprétation de ces mêmes actes, et sur les demandes relatives à l'exécution des arrêts du Conseil en matière contentieuse ou non contentieuse.

Une large source des contestations portées au Conseil provenait des provisions d'offices ; sans doute ces offices constituaient une vraie propriété ; mais comme ils constituaient en réalité de la part de la royauté un abandon d'un attribut de sa souveraineté, leur transmission ne pouvait avoir lieu qu'avec l'agrément du roi, qui sur le vu de la résignation du titulaire de l'office concédait des lettres de provision à son cessionnaire ; les difficultés que pouvait susciter cette cession étaient déferées au Conseil. C'est pour une raison analogue que l'ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts soumit à la vérification du Conseil tous les droits de justice prétendus par les capitaines des chasses.

La même idée fait comprendre comment certaines affaires qui aujourd'hui sont purement civiles furent jugées par le Conseil : tel fut le droit des auteurs ; toutes les contestations qui s'y référaient étaient renvoyées au Conseil ; aujourd'hui la propriété littéraire est un véritable droit de propriété, droit naturel, préexistant à la loi, et que celle-ci se borne à consacrer ; sous l'ancien régime au contraire ce n'était pas un droit, mais seulement une faveur qui n'existait que grâce au bon plaisir du roi et en vertu d'un privilège, acte de la puissance publique. Voilà toute une série de litiges qui de nos jours a disparu.

Il en est d'autres au contraire qui peuvent encore se présenter. Plusieurs commissions du Conseil furent à différentes reprises depuis 1572 jusqu'à 1786 chargées de rechercher toutes les dépendances des cours d'eau du domaine public, et de les réunir au domaine ; toutes les contestations que pouvaient engendrer ces opérations furent jugées par ces commissions du Conseil. De même, lorsque la royauté voulut faire revenir en sa main les domaines engagés, ce fut une commission du Conseil qui fut chargée du soin de liquider les finances d'engagements, et de statuer sur les difficultés entre les engagistes et l'Etat.

D'une façon générale ce fut le même procédé qui fut suivi toutes les fois qu'il s'agit d'une suppression d'office par voie de remboursement de la finance.

Telles furent les principales affaires, ayant le caractère d'actes de la puissance publique, qui rentrèrent dans la compétence du Conseil du roi.

Examinons la même question en ce qui touche l'intendant qui, du reste, jugeait toujours en premier ressort, et sauf appel au Conseil. Comme la compétence du Conseil, la compétence de l'intendant fut, elle aussi, illimitée en droit ; ici encore aucune ligne précise de séparation n'existait entre le contentieux judiciaire et le contentieux administratif ; du reste, un grand nombre d'attributions ne furent pas créées pour les intendants, elles existaient avant eux et étaient exercées par d'autres ; mais beaucoup furent enlevées peu à peu aux juges à qui elles appartenaient pour être confiées aux intendants du roi.

Les impôts formaient une partie considérable de leur juridiction. La taille, l'impôt le plus ancien, appartenait dans sa partie contentieuse aux élus dans les pays d'élections, aux tribunaux ordinaires dans les pays d'États ; le régime des pays d'États ne subit aucune modification, mais celui des pays d'élections fut changé ; les contestations relatives à la taille furent enlevées aux élus au ^{xvi}^e siècle et données aux Trésoriers de France ; ceux-ci furent eux-mêmes au ^{xvii}^e siècle dépouillés de cette compétence qui fut attribuée aux intendants. Ces derniers jugèrent sauf appel au Conseil du roi, tandis qu'auparavant les sentences des Trésoriers de France étaient portées en appel à la Cour des Aides ; toutefois à partir de 1759 la juridiction d'appel fut rendue à la Cour des Aides, les intendants continuant du reste à garder la juridiction du premier degré.

Les difficultés suscitées par l'impôt de la capitation, créé en 1695, furent encore attribuées à la décision des

intendants. Il en fut de même des autres taxes extraordinaires, qui étaient établies pour faire face aux dépenses des guerres : c'est ainsi qu'il fut procédé à l'égard des droits du dixième et du vingtième.

L'intendant fut aussi le juge de dernier ressort de presque tous les impôts indirects : tels étaient les droits de contrôle, petit scel, insinuation et centième denier, dont l'ensemble représente à peu près notre droit d'enregistrement.

Compétence fut encore attribuée à l'intendant en ce qui touche le contentieux de certains droits domaniaux, et en ce qui touche le contentieux des douanes.

Indépendamment des contestations relatives aux impôts, les intendants jugèrent les contestations suscitées par l'administration des divers services publics. C'est ainsi que toutes les réclamations des voyageurs et des expéditeurs contre l'administration des postes furent soumises à l'intendant à partir de l'année 1692 : jusque-là depuis 1630 elles appartenaient à un surintendant des postes en titre d'office ; le dernier surintendant fut Louvois ; l'office fut supprimé en 1692. Toutes les contestations relatives au tirage des lots de la loterie royale de France créée en 1776 appartinrent aux intendants dans les provinces, au lieutenant de police à Paris, sauf appel au Conseil.

La juridiction de l'intendant s'exerçait aussi en matière militaire : c'est lui qui statuait sur les difficultés engendrées par le tirage au sort, qui à la fin du règne de Louis XIV fut employé comme mode de recrutement, ainsi

que sur les difficultés en matière d'exemptions et de substitutions.

Le contentieux de la voirie, qu'un édit de 1627 avait attribué aux trésoriers de France, fut transporté à l'intendant par des arrêts du Conseil de 1705 et de 1721.

Jusqu'en 1638 le contentieux des indemnités dûes aux particuliers, par suite d'une expropriation ou de dommages causés à la propriété par l'exécution de travaux publics, appartenait aux tribunaux judiciaires ; mais tous les édits postérieurs à 1638 consacrèrent la compétence complète et exclusive de l'intendant, sauf appel au Conseil du roi.

b. Actes de gouvernement. — Enfin l'ancien régime ne connaissait aucune distinction analogue à celle que la jurisprudence de notre époque établit entre l'acte administratif qui est soumis à la juridiction administrative, et l'acte de haute police administrative ou acte gouvernemental qui échappe à tout recours contentieux et n'est susceptible que d'un recours purement gracieux ; l'ancien régime, en effet, confondait ces deux notions. « Lorsque, par mesure politique, certains biens étaient séquestrés et mis sous la main du roi, la connaissance de toutes contestations à naître était ordinairement réservée au Conseil d'Etat sur l'avis des intendants, ou même aux intendants en première instance, sauf appel au Conseil (1) ». C'est ainsi qu'un arrêt du Conseil du 22 janvier 1724 donna compétence aux intendants d'Alsace et de Franche-

1. Dareste, *l. c.*, n. 7, p. 129, texte et note 5 ; et p. 157.

Comté pour statuer sur les difficultés nées par suite du séquestre de la principauté de Montbéliard. De même, les contestations relatives à la régie des biens des religieux protestants, qui après la révocation de l'édit de Nantes en 1685 avaient été mis sous séquestre, furent attribuées à la juridiction de l'intendant en vertu d'une série d'arrêts du Conseil allant de janvier et mars 1688 au 1^{er} janvier 1779.

2. *Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs.* — Cette sorte de contentieux, qui bien que judiciaire de sa nature, est pourtant de la compétence des tribunaux administratifs, comprend trois catégories d'affaires : les affaires engendrées par l'application des actes de gestion ou actes de la personne morale, par opposition aux actes d'autorité, ou actes de la puissance publique, les affaires qui sont purement judiciaires, parce qu'elles n'intéressent pas l'administration elle-même, mais le corps social tout entier, comme les affaires criminelles qui entraînent l'application d'une peine ; enfin les actions en responsabilité contre les actes des fonctionnaires qui mettent aux prises non pas l'intérêt de l'administration et l'intérêt de l'administré, mais seulement ce dernier et l'intérêt personnel du fonctionnaire.

a. Actes de gestion, ou actes de la personne morale. — La compétence du roi en son Conseil et la compétence de l'intendant ou commissaire du roi étant illimitées en droit, ces juridictions administratives purent attirer à elles tous les procès civils qu'il plut au roi de retenir. Les affaires que nous allons mentionner ne sont donc ici que les

exemples les plus courants. L'idée la plus importante qui explique les attributions du Conseil du roi en ces matières est la suivante : toute liquidation de dettes à payer par le trésor public était confiée à une commission du Conseil ; toute contestation relative à cette liquidation relevait de cette commission. Les applications de cette règle furent nombreuses et variées. Toutes les fois qu'une mesure administrative entraîna une liquidation d'indemnités, le Conseil fut compétent pour statuer sur les litiges qui pouvaient en naître : c'est en vertu de cette idée aussi bien qu'en vertu du caractère d'actes de la puissance publique que le Conseil du roi connut de la suppression des offices et du remboursement de leur finance ; car si à certain point de vue l'office était un démembrement de la souveraineté, à un autre point de vue il constituait un véritable bien patrimonial.

C'est encore en vertu de cette règle que le Conseil, ayant ordonné par un arrêt du 21 avril 1739 la vérification de tous les droits de propriété prétendus par les particuliers sur les bords et rivages de la mer, se fit le juge de toutes les contestations engendrées par cette opération.

L'application de cette règle conduisit encore à donner au Conseil du roi la connaissance des litiges entre les fermiers-généraux et l'Etat ; ainsi le roi était seul juge des difficultés suscitées par l'interprétation et l'exécution des baux qu'il avait lui-même passés.

Il en fut de même des contestations relatives aux marchés de fournitures passés par l'Etat, et spécialement par l'administration de la guerre : les Cours des Aides, qui



étaient d'abord compétentes en cette matière, se virent retirer cette attribution par des arrêts du Conseil, allant de 1710 à 1763, qui la transportèrent au Conseil du roi lui-même.

Enfin dans le même ordre d'idées, le Conseil du roi statuait comme juge d'appel à l'égard des sentences des intendants. Les actes de gestion les plus importants qui donnaient lieu à leur juridiction étaient les marchés de travaux publics.

La compétence de l'intendant s'étendait à toutes les difficultés d'interprétation et d'exécution des clauses de ces marchés ; mais sa juridiction ne se bornait pas à ces différends entre l'administration et les entrepreneurs de travaux publics ; elle connaissait, en outre, de toutes les réclamations faites par les particuliers contre les entrepreneurs pour les torts et dommages causés à leurs propriétés par suite de l'exécution des travaux et de la servitude d'extraction de matériaux ; ainsi ces difficultés qui ne mettaient en présence que les intérêts de deux particuliers, le propriétaire et l'entrepreneur de travaux, étaient décidés par l'intendant ; l'arrêt du conseil du 22 juin 1706 contenait même une sanction pénale en vue d'assurer le respect de cette attribution de compétence : « Fait Sa Majesté défense aux dits propriétaires de se pourvoir ailleurs que par devant les dits sieurs intendants et commissaires départis à peine de 500 livres d'amende (1). »

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, p. 142, note 1.

Les contestations qui pouvaient s'élever entre les propriétaires de la surface et les concessionnaires des mines, à raison des terrains pris par ces derniers à l'effet de pratiquer des passages et ouvertures, furent, elles aussi, dévolues à la juridiction de l'intendant par des arrêts du conseil de 1744, 1783 et 1786. C'est encore l'intendant qui statuait sur le règlement du prix des fournitures et charrois faits par les habitants pour le service des troupes en marche, ainsi que sur les réclamations et exemptions relatives à l'obligation du logement des gens de guerre. Telles étaient, sinon toutes, du moins les principales attributions dévolues à la juridiction administrative en cette matière.

b. Affaires purement judiciaires. — Le Conseil du roi, ayant une compétence illimitée, put évoquer toutes les causes criminelles qu'il importait au roi de soustraire aux tribunaux judiciaires; mais les exemples de pareils faits furent exceptionnels; au contraire, le Conseil statuait comme juge d'appel sur un certain nombre d'affaires criminelles et de police à propos desquelles l'intendant possédait de larges attributions du premier ressort.

Il eut à exercer une juridiction très étendue en matière de police. Il jugeait les contraventions aux règlements sur les haras, à la défense de planter des vignes sans autorisation, aux règlements sur les épizooties; il connaissait des crimes et abus commis par les fermiers et par les bergers. C'est encore lui qui réprimait par des amendes ou d'autres peines les contraventions aux nombreux règlements sur le commerce et sur l'industrie, et qui punissait tous ceux

qui jouaient aux jeux défendus. Il semble, du reste, que l'intendant cumulait ces fonctions de juge de police avec les tribunaux judiciaires; aucune ligne précise de séparation en effet n'était posée entre la juridiction ordinaire et la juridiction administrative. Pourtant une attribution exorbitante en matière pénale fut réservée à l'intendant, à l'exclusion de tous autres juges. Après la révocation de l'édit de Nantes, plusieurs édits, notamment une déclaration du 14 mai 1724, vinrent attribuer aux intendants le jugement du crime d'apostasie, dont se rendaient coupables les protestants nouvellement convertis à la religion catholique; ces textes donnaient aux intendants « le droit, dont ils usèrent largement, d'envoyer aux galères les hérétiques relaps » (1).

c. Actions en responsabilité contre les fonctionnaires.
— Aucune règle générale ne vint sous l'ancien régime déroger sur ce point au droit commun; d'après ce dernier, les actions en dommages-intérêts formées par les particuliers contre les fonctionnaires pour réparation des torts causés par les actes administratifs de ces derniers étaient portées devant les tribunaux judiciaires, devant les Parlements. C'est ainsi que l'ordonnance de 1629 renvoyait devant eux les commandants des places fortes prévenus de violence envers les particuliers; la jurisprudence assimila les intendants à ces fonctionnaires et leur appliqua les dispositions de l'ordonnance de 1629 (2).

1. Dareste, *l. c.*, n. 7, p. 157.

2. Poitou, *l. c.*, n. 29, pp. 135 à 138.

Mais cette législation fut constamment paralysée par la pratique arbitraire des évocations au Conseil du roi. Sans doute celles-ci pouvaient avoir lieu au profit de personnages importants, autres que les fonctionnaires : c'est ainsi que nous les voyons soulevées au profit des fermiers-généraux en ce qui touche leurs différends avec leurs commis et employés, et au profit de la Compagnie des Indes. Mais presque toujours elles étaient demandées par les intendants et autres fonctionnaires du roi. Du reste, l'évocation pouvait être faite une fois pour toutes et à l'avance au profit du fonctionnaire en ce qui touche tous les procès qu'il pourrait être appelé à soutenir dans le cours de sa carrière, ou bien n'être soulevée qu'au moment même du procès, et alors qu'il se trouvait déjà pendant devant le Parlement : de la sorte la royauté pouvait soustraire ses agents aussi bien que ses actes à la juridiction ordinaire, pour les soumettre à une juridiction de son choix ou pour les laisser impunis, ce qui du reste était souvent la même chose. C'est ainsi que sous le règne de Louis XIV, l'on voit un intendant solliciter de Colbert une évocation générale « pour lui, sa mère, et ses domestiques », et un autre en faveur de ses domestiques parce que, dit-il, « il serait difficile de voir que sous quelque méchant prétexte on mit la main sur quelqu'un de mes gens pour me donner du déplaisir » (1). Ainsi les intendants tenaient à être omnipotents dans leurs provinces; le roi n'avait garde de

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, p. 132, texte, et note 5.

leur en faire un reproche, parce que ces sentiments de ses agents étaient bien faits pour assurer par toute la France le respect de son pouvoir absolu. De même un piqueur des ponts et chaussées, chargé du soin de diriger les travaux de la corvée royale, avait maltraité un paysan ; celui-ci le poursuivit ; le Conseil évoqua l'affaire ; et l'intendant reçut de l'ingénieur en chef cette lettre confidentielle : « A la vérité le piqueur est très répréhensible, mais ce n'est pas une raison pour laisser l'affaire suivre son cours ; car il est de la plus grande importance pour l'administration des ponts et chaussées que la justice ordinaire n'entende ni ne reçoive les plaintes des corvéables contre les piqueurs des travaux. Si cet exemple était suivi, ces travaux seraient troublés par des procès continuels, que l'animosité qui s'attache à ces fonctionnaires ferait naître. » Ainsi sous l'ancien régime la nation Française payait chèrement le bénéfice qu'elle retirait de la confection des travaux publics ; elle l'achetait au prix du despotisme le plus tyranique et de l'impunité de ses agents. On peut citer enfin un exemple d'impunité, peut-être plus criant encore : En juin 1663 l'avocat général au Parlement de Dijon avait fait arrêter comme voleur un des conducteurs de la chaîne des forçats ; l'affaire évoquée par le Conseil fut renvoyée par lui devant l'intendant de la province sous ce prétexte qu'il était « le juge naturel des abus d'un commandement confié par sa Majesté » (1) ; comme si le vol n'é-

1. Poitou, *l. c.*, n. 29, p. 137, texte et note 1.

fait pas un délit ordinaire et de droit commun, entièrement indépendant de la fonction exercée par l'administrateur! Ainsi la garantie des fonctionnaires publics se trouve déjà contenue en germe dans l'ancien régime.

3. *Contentieux entre l'État et ses agents comptables.* — Ce contentieux a été jusqu'à la Révolution attribué à la compétence de véritables tribunaux judiciaires, les Chambres des Comptes. Mais lorsque la royauté devint absolue, elle perdit la confiance qu'elle avait eue jusqu'alors dans la Chambre des Comptes, précisément parce qu'elle redouta son indépendance qui résultait de son organisation toute judiciaire : ce fait eut pour conséquence d'amener la royauté à diminuer les attributions de cette juridiction, pour les transporter au Conseil du roi. On peut à ce point de vue distinguer deux périodes dans l'histoire des attributions de la Chambre des Comptes : pendant la première période, qui va de 1319, date de sa création, jusqu'au commencement du xvi^e siècle, la Chambre des Comptes a exercé trois catégories d'attributions, des attributions financières comme organe politique, des attributions civiles comme juridiction des comptes et des domaines, des attributions de répression criminelle à ce même titre ; pendant la seconde période, la première sorte d'attributions a été enlevée à la Chambre des Comptes, elle n'a conservé que les deux autres qu'elle a exercées jusqu'à la Révolution.

a) *Attributions financières comme organe politique.* — La Chambre des Comptes au début fut un conseil de la Couronne en même temps qu'un tribunal administratif.

Elle préparait l'État du roi, c'est-à-dire le budget des recettes et des dépenses ; et elle contrôlait l'État au vrai, c'est-à-dire l'ensemble des dépenses et des services effectués.

Lorsque la vénalité et l'hérédité des offices se furent introduites, la royauté chercha à faire revenir à elle cette importante fonction : le but, poursuivi par une série d'ordonnances allant de 1454 à 1511, ne fut définitivement atteint qu'à cette époque. Désormais la confection de l'État du roi, et l'examen de l'État au vrai furent confiés au Conseil du Roi. L'ordonnance de décembre 1511 déclare que « la principale attribution de la Chambre des Comptes consiste dans l'examen, la correction, l'apurement, la clôture et le jugement des comptes de tous les receveurs des deniers royaux et communaux (1) ».

b) *Attributions civiles comme juridiction des comptes et des domaines.* — Le comptable qui devait se conformer à l'État du roi dressé par le Conseil du roi, remettait à celui-ci un État au vrai qu'il examinait ; après quoi le Conseil remettait au comptable des acquits ou pièces justificatives du compte. Ce fut à l'examen de ces pièces justificatives que fut réduit le rôle de la Chambre des Comptes à partir du xvi^e siècle. En outre, les acquits, tout en justifiant la dépense faite, n'indiquaient ni le motif de la dépense, ni le nom de la partie prenante : de la sorte tout contrôle général sur l'examen des finances était soustrait à la Chambre des Comptes, qui n'avait à s'occuper

1. Dareste, *l. c.*, n. 7, p. 13.

que de faits isolés et individuels. De plus, un délai fut accordé aux comptables pour la présentation des comptes : c'est ainsi qu'un édit de février 1771, créant deux trésoriers de la marine et des colonies, leur accorda un délai de cinq ans. La Chambre des Comptes pouvait déclarer le comptable en débet ou lui donner décharge. Du reste, un particulier quelconque, étranger à l'administration, pouvait devenir justiciable de cette juridiction, s'il détenait des sommes dues au trésor public. Quant à la juridiction domaniale de la Chambre des Comptes, en réalité elle n'avait pour objet aucun contentieux ; elle se bornait à la vérification et à l'enregistrement, ce qui entraînait le droit de remontrances, de tous les actes législatifs ou administratifs relatifs au domaine de la couronne : lettres de constitution d'apanage, d'aliénation, d'échange, d'engagement, d'érection de terres en duchés et comtés, etc., etc. ; toutefois certaines contestations pouvaient se produire à propos de ces divers actes, notamment à propos des lettres d'engagement ; c'est la Cour des Comptes qui en connaissait ; cependant à partir de la fin du règne de Louis XIV ces litiges furent renvoyés par les arrêts du Conseil aux Bureaux de finances et aux Parlements.

c) *Attributions de répression à titre de juridiction.* — La Chambre des Comptes eut peu de temps après sa création le droit, qu'elle conserva jusqu'en 1789, de prononcer des peines contre les comptables qui dans l'exercice de leurs fonctions s'étaient rendus coupables de faux, détournements ou autres crimes. Toutefois en matière

criminelle, la Chambre des Comptes ne jugeait qu'avec l'adjonction de quelques membres du Parlement. Les peines étaient sévères : car la torture pouvait être prononcée. C'est le caractère de tribunal judiciaire de la Chambre des Comptes qui explique et justifie ce pouvoir de punir. D'ailleurs certaines Chambres des Comptes ne jugeaient qu'au premier degré, sauf appel au Parlement : il en était ainsi de la Chambre des Comptes de Dijon en vertu d'une déclaration de février 1501 et d'un arrêt du Conseil du 6 avril 1604.

§ 3. — *Le conflit d'attributions* (1).

a. Élévation du conflit.

Par qui peut-il être élevé ? — Aucune règle fixe n'existait à cet égard ; tout dépendait des circonstances et de l'intérêt de la couronne. Tantôt c'était le roi qui se saisissait lui-même, se faisait rendre compte de l'affaire, et statuait en son Conseil ; tantôt l'intendant du roi appelé d'office à la barre d'un Parlement pour entendre ses remontrances et écouter ses ordres ou ses prohibitions, opposait le déclinatoire, et obtenait du Conseil l'évocation de l'affaire ; il semble que ce mode de procéder par voie d'évocation au Conseil ait été le plus fréquent. Du reste, le droit d'élever le conflit n'existait qu'au profit du pouvoir royal pour se garantir des empiètements d'attributions tentés par les Parlements ; au con-

1. Dareste, *l. c.*, n. 8.

traire, il n'existait pas au profit des Parlements contre les usurpations commises par le roi ou par ses agents sur la justice ; en effet, le Parlement n'aurait trouvé aucune impartialité dans l'organisation du tribunal chargé de vider le conflit ; c'est ce qui explique, sans justifier toutefois pourquoi en pareil cas les Parlements essayaient de se faire justice à eux-mêmes en mandant à leur barre les administrateurs coupables pour leur adresser des injonctions d'avoir à cesser leurs usurpations de fonctions ; de la sorte les Parlements sortaient eux-mêmes de leurs attributions, un empiètement en un sens en appelait un autre dans le sens opposé.

Dans quels cas le conflit peut-il être élevé ? — Sur ce point encore aucune règle précise. Le roi évoquait l'affaire à son Conseil toutes les fois qu'il lui plaisait, aussi bien en matière criminelle qu'en matière civile ; il se considérait en effet comme le chef suprême de la justice ; sa compétence était en droit illimitée, et si en fait elle se bornait ordinairement à certaines affaires, c'était là un effet du bon plaisir du roi dont il était libre de se départir lorsqu'il le jugeait opportun.

Effets du conflit. — Comme le Parlement se voyait contraint, pour arrêter les usurpations des agents du roi sur la justice, de commettre lui-même un empiètement sur l'administration, l'élévation du conflit en pareil cas produisait rarement son effet normal qui était d'arrêter la procédure entamée devant le tribunal judiciaire ; le Parlement passait outre et statuait. Le Conseil du roi cassait alors l'arrêt du Parlement.

b. Jugement du conflit.

Organisation du tribunal chargé de statuer. — Le conflit était réglé par le roi en son Conseil. Cette règle était entendue ici dans son sens le plus absolu : c'est ainsi que le roi avait le droit de casser seul et de son propre mouvement les arrêts que son Conseil avait rendus en son absence. Aussi voyons-nous des arrêts de Parlements cassés non par le Conseil, mais par le roi en personne. C'est ainsi que sous le ministère de Richelieu, le Parlement de Paris ayant cité à sa barre pour leur défendre de continuer leurs usurpations les commissaires institués par le cardinal pour le jugement des crimes d'État, le roi Louis XIII manda le Parlement au Louvre, se fit remettre le registre où venait d'être transcrit un arrêt de remontrances et le lacéra de ses propres mains (1).

Effets du jugement rendu sur conflit. — Quelquefois le roi en son Conseil se contentait de déclarer l'autorité compétente et de renvoyer l'affaire devant elle ; mais le plus souvent il n'en était pas ainsi ; après l'élévation du conflit, ou après la cassation de l'arrêt du Parlement qui avait passé outre, le Conseil du roi statuait lui-même sur le fond : alors il n'était plus seulement le juge régulateur des compétences, mais il était en outre le juge suprême de l'affaire litigieuse.

Procédure. — La procédure était des plus expéditives. C'est ainsi qu'un arrêt du Conseil du 21 juin 1718 cassa

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, p. 126.

LA FRANCE — PÉRIODE RÉVOLT. — LES LITIG. ADMINIS. 109
un arrêt du Parlement le jour même où il avait été rendu (1).

II. — PÉRIODE RÉVOLUTIONNAIRE.

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. — La loi des 16-24 août 1790, titre 2, article 13, posait pour la première fois la règle que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ». Cette règle avait-elle pour conséquence de constituer un contentieux administratif nettement séparé du contentieux judiciaire, en indiquant que toutes les affaires dans lesquelles entrerait en jeu un intérêt quelconque de l'administration faisaient partie de ce contentieux administratif ? Cette loi, d'après laquelle « les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, » avait-elle pour effet de soustraire d'une façon générale aux tribunaux judiciaires le jugement des litiges administratifs ? Telle est en effet l'interprétation que la doctrine et la jurisprudence s'accordent à donner de ce texte qui est encore en vigueur à l'heure actuelle. Il en résulte une conséquence considérable ; c'est que de droit commun les tribunaux judiciai-

1. Dareste, *l. c.*, n. 7, p. 79.

res sont incompétents en vertu de cet article 13 à l'égard des litiges administratifs, et qu'ils ne peuvent en connaître que si la compétence leur en a été attribuée par une loi spéciale.

Quelque apparence d'excentricité qu'il y ait à vouloir combattre une interprétation qui prévaut exclusivement depuis plus d'un siècle, nous croyons devoir nous élever contre elle avec force au nom des principes du droit et de la vérité historique. A notre avis, c'est l'interprétation diamétralement opposée qui doit être admise ; étant donnée la législation révolutionnaire considérée dans son ensemble, les tribunaux judiciaires étaient compétents pour juger toute espèce de litiges à moins d'un texte formel de loi qui vint leur enlever la compétence ; au contraire, la juridiction administrative n'était qu'une juridiction d'exception, compétente seulement en cas d'une attribution expresse ; et la loi des 16-24 août 1790, titre 2, article 13, a une portée toute différente de celle qu'on prétend lui assigner. Reprenons successivement ces deux points en les démontrant.

Et d'abord considérons dans ses textes et dans son esprit la législation révolutionnaire : la Déclaration des droits du 26 août 1789 disait dans son article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution » ; toutes les constitutions de cette période ayant reconnu formellement l'existence du pouvoir judiciaire, l'institution d'une juridiction administrative chargée de trancher toute une catégorie de litiges

eût constitué une violation flagrante du principe de la séparation des pouvoirs ; mais il y a plus, et la loi des 16-24 août 1790 elle-même est tout entière en notre faveur ; elle dit en effet : « L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi » ; ce texte n'indique-t-il pas clairement que les tribunaux judiciaires sont à moins d'une loi formelle, les juges naturels et de droit commun de tous les litiges ? Tel est l'article 17, titre 2, de cette loi de 1790 ; et si, comme on le dit, l'article 13 du même titre de la même loi faisait échapper par sa formule générale tout le contentieux administratif aux tribunaux judiciaires, le législateur se serait donné à lui-même le démenti le plus manifeste, et cela à trois articles de distance ; cela est-il possible ? cela est-il croyable ? La preuve que le législateur de cette époque n'a jamais entendu l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 de cette façon, c'est qu'il a jugé nécessaire l'intervention d'une loi spéciale toutes les fois qu'une affaire administrative a été soustraite à la compétence des tribunaux judiciaires et remise à la connaissance de la juridiction administrative ; ces lois spéciales ne sont que l'application, abusive du reste, de l'article 17 du titre 2 de la loi des 16-24 août 1790, ce qui indique clairement que dans la pensée de ses rédacteurs l'article 13 n'avait pas le sens qu'on lui a unanimement prêté ; car si cet article 13 avait prononcé une attribution générale de compétence au profit

de la juridiction administrative, toute attribution postérieure en vertu de lois spéciales eût été inutile. Il n'y aurait pas même à objecter, dans l'opinion exclusivement dominante que nous combattons que ces lois spéciales, inutiles pour poser le principe lui-même qui était déjà inscrit dans l'article 13, étaient cependant indispensables pour le réglementer : cette objection, outre qu'elle laisserait subsister la contradiction entre les articles 17 et 13, devrait tomber à néant devant cette remarque que ces lois spéciales étaient inutiles pour réglementer le principe de l'attribution générale de compétence au profit de la juridiction administrative ; car celle-ci pendant la période révolutionnaire a été exercée uniquement par les agents de l'administration active ; dès lors il n'y avait absolument rien à réglementer ; l'existence de ces lois ne peut donc s'expliquer qu'avec notre interprétation.

Du reste, l'article 13 a une portée toute différente de celle qu'on lui a donnée. Avant tout, il nous paraît bien surprenant qu'on ait pu l'invoquer pour soutenir qu'il attribuait tout le contentieux administratif à la juridiction administrative ; en effet, celle-ci, nous l'avons dit, se confondait avec l'administration active ; c'est elle qui tout à la fois administrait et jugeait ; dès lors l'article 13 devait être absolument étranger à l'institution de cette juridiction administrative, puisqu'il disait expressément : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives » ; ce texte n'avait-il pas au contraire en vue d'interdire la fonction de juge dans les mains de l'administrateur, aussi bien que

la fonction d'administrateur dans les mains du juge ? La vérité est en effet que ce texte est relatif, non pas à la règle de la séparation des juridictions qui n'est formulée d'une façon générale dans aucun texte, et qui est une invention doctrinale, mais bien au principe de la séparation des pouvoirs : Effrayé, et à juste titre, des usurpations fréquentes des anciens Parlements qui n'avaient pas hésité à faire de véritables actes d'administration, le législateur de 1790 mettait un frein aux empiètements possibles des nouveaux tribunaux judiciaires ; mais d'un autre côté il ne pouvait pas avoir dans ce même texte la pensée de violer le principe de la séparation des pouvoirs en distrayant de la compétence des tribunaux judiciaires toute une catégorie d'affaires, puisqu'au contraire, l'article 17 de la même loi affirmait énergiquement la compétence générale à l'égard de tous les litiges, du pouvoir judiciaire dont la constitution reconnaissait expressément l'existence.

Ainsi les litiges de l'administration ne furent pas d'une façon générale soustraits aux tribunaux ; mais les lois spéciales qui firent échapper certains d'entre eux à leur connaissance, furent-elles inspirées par une idée générale et rationnelle ? Pas plus que l'ancien régime, la Révolution ne sut tracer une ligne précise de démarcation entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire : tantôt c'est la juridiction ordinaire qui connaît des difficultés soulevées par un acte de la puissance publique aussi bien que de celles contenues dans l'exécution d'un acte de la personne morale ; tantôt, au contraire, c'est

la juridiction administrative qui statue sur les contestations engendrées par ces deux sortes d'actes. Comme la royauté, la Révolution a été guidée par une pensée unique : apprécier le plus ou moins grand intérêt qu'avait l'administration à retenir à elle la connaissance des litiges. Toutefois il faut reconnaître que c'est pendant la période révolutionnaire que le domaine du contentieux administratif a été réduit à son minimum d'étendue dans notre histoire ; beaucoup plus vaste sous l'ancienne monarchie, il a été de nouveau considérablement élargi par les lois successives dont l'ensemble constitue l'état actuel.

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux. — Un auteur considérable (1) enseigne que « contre les actes d'administration qui impliquent une délégation de l'autorité publique », c'est-à-dire contre les actes d'autorité de la puissance publique le recours hiérarchique seul pouvait procéder, tandis que le recours n'était admis devant les corps administratifs constitués en juridiction que contre les actes de gestion de la personne morale. Cette doctrine nous paraît tout à fait inacceptable. Et d'abord, puisque ce sont les mêmes agents de l'administration devant qui auraient été portés et le recours purement gracieux, et le recours contentieux, à quoi bon faire la distinction ? En outre, cette théorie repose sur l'idée erronée, bien qu'adoptée par tous les auteurs et par tous nos tribunaux à l'heure actuelle, d'après laquelle les tribunaux judiciaires auraient

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, pp. 153 et suiv.

été frappés par la loi des 16-24 août 1790 d'une incompétence générale en vue de juger les litiges administratifs. Enfin ce qui vient donner un démenti éclatant à cette manière de voir, c'est que certaines lois viennent établir un recours contentieux contre des actes de la puissance publique qui violent les droits des particuliers, notamment la loi des 7-11 septembre 1790 relative aux contestations en matière de contributions directes. En réalité, nous pouvons répéter ici ce que nous avons déjà dit à propos de l'ancien régime : comme la juridiction administrative est exercée par l'administration elle-même, le recours contentieux se confond avec le recours purement gracieux ; la violation d'un droit est traitée exactement de la même façon que la simple lésion d'un intérêt. Mais tandis que sous la royauté ce fait pouvait être expliqué logiquement par ce motif que le roi réunissant en sa main tous les pouvoirs, se considérait comme le commencement et la fin de toute justice, il n'était, au contraire, susceptible d'aucune justification analogue sous l'empire de constitutions basées sur le principe de la séparation des pouvoirs et sur la reconnaissance formelle de l'existence du pouvoir judiciaire. Cette confusion entre la notion du recours hiérarchique et la notion du recours contentieux eut pour conséquence de faire aboutir au chef du pouvoir exécutif tous les litiges décidés par l'administration : c'est ainsi que d'après le décret des 7-14 octobre 1790 « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portées au roi, chef de l'administration générale » ; de même l'article 16 de la loi des

27 avril-25 mai 1791 mentionne parmi les attributions du nouveau Conseil d'État, composé du roi et de ses ministres « la discussion des motifs qui peuvent nécessiter l'annulation des actes irréguliers des corps administratifs et la suspension de leurs membres, conformément à la loi. » Telle est l'origine du recours pour excès de pouvoir qui fonctionne encore aujourd'hui devant notre tribunal administratif supérieur (1) : recours purement gracieux de sa nature, et né avec ce caractère puisqu'il aboutissait au « chef de l'administration générale » ; il est devenu peu à peu un recours contentieux puisque, bien que fondé seulement sur la lésion d'un intérêt et non sur la violation d'un droit, il peut aujourd'hui être porté devant un tribunal. Ainsi dès l'origine, ce recours a pu participer de la confusion qui existait sous cette période entre la notion du recours contentieux et celle du recours gracieux. Telle est la remarque qui peut servir à montrer comment les conditions de la naissance de ce recours ont pu influencer sur sa destinée ultérieure.

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

a. Organisation.

1. *Mode de recrutement des tribunaux administratifs.* — L'organisme administratif de l'ancien régime disparut dès le début. La loi du 22 décembre 1789 supprima les inten-

1. Laferrière, *l. c.*, n. 23.

dants qu'elle remplaça par les administrations collectives. La loi des 27 avril - 25 mai 1791 vint dissoudre définitivement le Conseil du roi, et établir à sa place, sous le nom de Conseil d'Etat, un Conseil de gouvernement composé du roi et de ses ministres. Les Chambres des Comptes supprimées en principe par le décret du 2 septembre 1790 subsistèrent quelque temps encore à titre provisoire et disparurent définitivement en vertu de la loi des 17-29 septembre 1791 : quant à la façon dont elles furent remplacées, la période révolutionnaire eut sur ce point un système tout spécial et unique dans notre histoire.

A. — *Organisation de la juridiction administrative supérieure.* — Cette juridiction fut d'abord exercée par le roi et ses ministres réunis en Conseil d'Etat d'après la loi des 27 avril - 25 mai 1791. Ce Conseil d'Etat, qui était plutôt une sorte de conseil des ministres, fut supprimé lors de la chute définitive de la royauté ; et la Convention institua d'abord à sa place les ministres réunis en Conseil exécutif provisoire ; ce provisoire ne fut pas lui-même de longue durée ; un décret du 12 germinal an II le fit disparaître ; désormais l'administration active et par suite l'exercice de la juridiction administrative passèrent aux mains des représentants de la Convention envoyés en mission ; la confusion de tous les pouvoirs allait donc toujours se renforçant ; et la Déclaration du 26 août 1789 était lettre morte. La constitution du 5 fructidor an III, articles 193 à 197, revint aux règles antérieures qui étaient plus modérées : elle confia l'exercice de la juridiction administrative supérieure au Directoire qui représentait le

pouvoir exécutif, ainsi qu'aux ministres. La remarque qu'il importe de faire, c'est que de toute cette organisation de la période révolutionnaire, une seule institution a survécu et est parvenue jusqu'à nos jours : la juridiction des ministres ; elle ne date du reste que de cette époque ; car auparavant les ministres faisaient bien partie du Conseil du roi, mais leur rôle n'était pas de juger, il se bornait à donner des avis.

B. — *Organisation de la juridiction administrative inférieure.* — Comme la juridiction supérieure, elle se trouva confondue avec l'administration active. La loi du 7 septembre 1790 confia la juridiction administrative aux directoires de district en premier ressort, et à la direction de département en appel ; ces corps administratifs réunissaient à la fois l'action, la délibération et la juridiction administrative. Les comités de la Convention héritèrent de toutes ces attributions : c'est à eux que fut confié le soin d'administrer et de juger les litiges administratifs. La constitution directoriale de l'an III, articles 174 à 202, institua des municipalités de canton et des administrations centrales de département. Ces corps administratifs comme ceux de 1790 étaient recrutés à l'élection : c'est ainsi que chaque administration de département était composée de cinq membres élus, et était renouvelable par cinquième tous les ans ; les membres de chaque municipalité, au nombre de sept, étaient élus pour deux ans, et renouvelés chaque année par moitié, « ou par partie la plus approximative de la moitié ». Comme les administrations collectives de 1790, ces administrations réu-

nissaient l'action, la délibération et le jugement du contentieux.

C. — *Organisation des autorités chargées de statuer sur les comptes.* — En vertu de la loi des 17-29 septembre 1791, titre 2, articles 7 et 9, cette partie du contentieux administratif fut d'abord partagée entre les tribunaux judiciaires et un Bureau de comptabilité, fonctionnant sous l'autorité de l'Assemblée Nationale.

Mais la loi du 28 pluviôse an III vint attribuer compétence exclusive au Bureau de comptabilité, en retirant aux tribunaux judiciaires toute espèce d'attribution à cet égard.

2. *Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.* — Dans l'esprit du législateur de l'époque révolutionnaire, les corps administratifs chargés de la juridiction administrative étant recrutés par l'élection, devaient être aussi indépendants et aussi impartiaux que les juges ordinaires : voilà ce qui peut excuser ce législateur d'avoir posé ce détestable principe du jugement des procès de l'administration par l'administration elle-même.

Du reste, son erreur était grande : outre qu'une pareille organisation était tout à fait défectueuse en ce qui touche la marche de l'administration active parce qu'elle l'énervait en la privant de son unité, elle n'était pas bonne non plus en ce qui touche les garanties d'une bonne justice administrative ; produisant des résultats déplorables dans l'administration de la justice ordinaire lorsqu'il était appliqué au recrutement des juges judiciaires, le système de l'élection appliqué au recrutement des juges administra-

tifs ne pouvait pas en produire de meilleurs dans l'administration de la justice administrative. Toutefois si l'assimilation avait été absolue et si le système de l'élection avait dominé exclusivement, les résultats n'eussent pas été plus fâcheux dans un cas que dans l'autre, et l'excuse du législateur révolutionnaire serait complète ; mais il n'en fut pas ainsi. Tout d'abord la juridiction administrative supérieure appartenait non pas à des corps électifs, mais au pouvoir exécutif lui-même et aux ministres : c'est là que l'administration était véritablement à la fois juge et partie en cause. De plus, la constitution du 5 fructidor an III subordonnait entièrement les corps administratifs aux ministres et au Directoire exécutif : ceux-ci en effet pouvaient non seulement annuler leurs actes, mais encore « suspendre ou destituer immédiatement » les administrateurs (art. 193 à 198) ; la seule garantie, c'est que tout arrêté de cette nature devait être motivé.

b. Attributions.

1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs.

a. Actes administratifs. — La loi des 7-11 septembre 1790 vint la première donner à l'administration le jugement de certains litiges administratifs. Les contestations en matière de contributions directes, et le règlement des indemnités dues aux particuliers, pour les terrains pris ou fouillés par l'administration dans l'exécution des travaux publics, furent abandonnés aux directoires de district et de département ; mais en ce qui touche l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'administration devait se confor-

mer à l'estimation faite par le juge de paix assisté de ses assesseurs. Les lois du 12 août 1790 et du 9 mars 1791 leur donna la connaissance des difficultés relatives à l'organisation des gardes nationales et au recrutement de l'armée ; et plusieurs lois allant du 27 mai 1790 au 28 septembre 1791 leur renvoyèrent les contestations suscitées par l'exécution des décrets qui mettaient les biens du clergé à la disposition de la nation. Enfin en ce qui concerne la voirie, la loi des 7-11 septembre 1790 n'attribua à la décision des administrations collectives que les difficultés en matière de grande voirie, laissant la petite voirie dans le domaine des tribunaux judiciaires. Quant à la juridiction administrative supérieure qui était exercée par le pouvoir exécutif et par les ministres, elle ne statuait pas comme juridiction d'appel, mais elle pouvait annuler tous les actes des corps administratifs pour incompétence, et même à partir de l'an III pour violation de la loi ou même des ordres émanés des chefs hiérarchiquement supérieurs (1). Il semble donc que les ministres n'avaient à statuer que comme juridiction de cassation, non comme juridiction d'appel ; cependant il ne faut pas oublier que la simple lésion d'un intérêt était examiné par les mêmes autorités que celles qui jugeaient de la violation d'un droit ; le recours gracieux se confondait donc avec le recours contentieux par suite de cette organisation ; en vertu de cette idée, le pouvoir exécutif et les ministres étaient appelés à réformer directement tous les actes des corps admi-

1. Dareste, *l. c.*, n. 7, p. 169.

nistratifs, y compris leurs décisions en matière contentieuse; c'est là du moins ce qui devait résulter de pareils principes.

Ainsi le domaine du contentieux administratif proprement dit était considérablement restreint; et la compétence de la juridiction administrative était très limitée; c'est ainsi que des lois nombreuses vinrent consacrer le caractère d'exception de cette juridiction, en laissant dans le domaine du pouvoir judiciaire des litiges véritablement administratifs de leur nature: la compétence judiciaire fut reconnue par la loi des 7-11 septembre 1790 en matière de contributions indirectes et de petite voirie, par les lois des 28 octobre-5 novembre 1790, et 15-27 mars 1791 en matière domaniale, en principe du moins; par la loi du 22 frimaire an VII, articles 54 et 65 en matière d'enregistrement; par la loi du 22 août 1791, titre 11, article 1 en matière de douanes; par la loi du 18 février 1791 en matière de timbre; et par un grand nombre de textes en ce qui concerne les taxes assimilées aux contributions indirectes, telles que taxes postales, tabacs, poudres et salpêtres, etc.

β. *Actes de gouvernement.* — Pas plus que l'ancien régime, la période révolutionnaire n'a tenté de distraire du contentieux administratif certains actes administratifs en les déclarant actes de gouvernement. D'ailleurs l'administration de cette époque n'avait aucun intérêt à agir de la sorte, puisque la notion du recours contentieux se confondait avec celle du recours gracieux. Il est même intéressant de remarquer à ce point de vue qu'à

moins d'un texte formel de loi venant donner compétence à l'administration, les actes administratifs inspirés par une mesure d'ordre politique ont été laissés à la connaissance des tribunaux judiciaires, lorsqu'ils donnent naissance à un contentieux répressif : c'est en effet la compétence judiciaire qui a été reconnue par le décret du 24 avril 1793, relatif à la vente des meubles et immeubles provenant des émigrés, ou autres effets nationaux. Ce fait ne vient-il pas confirmer notre interprétation de l'article 13, titre 2 de la loi des 16-24 août 1790 ?

En tous cas, il est certain que le législateur du droit intermédiaire n'a jamais cherché à faire échapper au recours contentieux, qui pût être porté devant une juridiction, les actes de l'administration accomplis sous l'empire d'une idée politique : c'est ainsi que les lois du 1^{er} fructidor an III, et du 29 vendémiaire an IV donnent aux administrations collectives le contentieux des ventes de domaines nationaux. Nous avons déjà indiqué la raison de cette tendance : c'est que l'autorité juge du recours contentieux étant la même que l'autorité statuant sur le recours gracieux, l'administration restait dans tous les cas libre d'appliquer la loi comme bon lui semblait. C'est ce même motif qui explique aussi pourquoi ce contentieux des ventes de domaines nationaux, qui de sa nature est essentiellement judiciaire puisqu'il repose sur un acte contractuel de la personne morale, fut enlevé aux tribunaux ordinaires pour être attribué à la juridiction administrative.

2. *Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs.*

a. Actes de gestion ou actes de la personne morale. — Telles furent précisément les ventes domaniales. Mais la loi des 7-11 septembre 1790 avait déjà attribué à la juridiction administrative certains litiges du même genre : les difficultés soulevées par les entrepreneurs de travaux publics relativement à l'interprétation et à l'exécution de leurs marchés.

Quant aux marchés de fourniture, la compétence des tribunaux judiciaires fut tout d'abord reconnue par l'article 9, titre 3, de la loi des 20 septembre - 14 octobre 1791 ; ce texte s'exprimait d'une façon aussi large que possible, il comprenait aussi bien les actions intentées par les fournisseurs créanciers contre l'Etat débiteur que les actions intentées en sens inverse par l'Etat créancier contre les fournisseurs débiteurs d'avances envers lui. Mais on en revint peu à peu à la compétence administrative en insérant dans les marchés des clauses d'après lesquelles « toutes les contestations relatives à l'interprétation et à l'exécution des marchés passés avec le gouvernement devaient être traitées administrativement ». Cependant la loi des 4-9 mars 1793 vint affirmer de nouveau la compétence judiciaire, mais seulement en ce qui touche les actions intentées par l'Etat créancier contre les fournisseurs ; au contraire, les actions des fournisseurs créanciers contre l'Etat débiteur restèrent soumis à la juridiction administrative.

La liquidation de la dette courante de l'Etat échappa aux tribunaux judiciaires et fut donnée à l'administration en vertu d'un décret du 26 septembre 1793 ; quant

à la liquidation de la dette arriérée, l'Assemblée Constituante s'en réserva à elle-même la connaissance.

La loi des 7-11 septembre 1790, en même temps qu'elle donna aux administrations collectives le contentieux des marchés de travaux publics, leur déféra le jugement des réclamations des particuliers pour torts et dommages à eux causés par le fait personnel des entrepreneurs de travaux publics. Ainsi, comme sous l'ancien régime, l'administration de cette époque ne se contentait pas de statuer sur le contentieux des contrats qu'elle avait elle-même conclus, elle allait jusqu'à juger des contestations qui s'élevaient uniquement entre des particuliers. Toutefois ici encore ce champ d'application de la juridiction administrative était infiniment moins vaste que sous l'ancien régime.

Cependant il y a toute une catégorie d'affaires, qui pour n'avoir pas été déferées à la juridiction administrative, n'ont pourtant pas été rendues aux tribunaux ordinaires : ce sont toutes les actions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur de la dette arriérée. L'Assemblée Constituante avait clairement manifesté son intention de s'en réserver la connaissance dans l'article 1 de la loi des 17 juillet-8 août 1790, qui était ainsi conçu : « L'Assemblée Nationale décrète comme principe constitutionnel que nulle créance sur le Trésor public ne peut être admise parmi les dettes de l'Etat qu'en vertu d'un décret de l'Assemblée Nationale, sanctionné par le roi. » Les décrets des 22 janvier et 15 février 1790 instituèrent au sein de l'Assemblée une commission appelée Comité

de liquidation, dont une loi du 8 août 1790 vint préciser les fonctions en le chargeant de « l'examen et de la liquidation de toute créance et demande sur le Trésor public qui sera susceptible de contestation ou de difficulté » (1).

b. Affaires purement judiciaires. — L'on ne peut guère citer à cet égard que les lois des 12 août, 7 novembre, 8 décembre 1790, 15 mars et 22 septembre 1791, qui attribuèrent aux directoires de département le contentieux des élections municipales, départementales, judiciaires et même ecclésiastiques, contentieux qui ne mettait en jeu aucun intérêt ni aucun droit de l'administration, et qui dès lors aurait dû être laissé aux tribunaux judiciaires.

Il semble au contraire que le législateur du droit intermédiaire, si toutefois l'on fait abstraction des deux années comprises entre 1793 et l'an III qui sont restées tristement célèbres par le nom de Terreur qu'elles ont attaché à l'époque, ait pris à tâche d'empêcher toute immixtion de la juridiction administrative dans la répression des délits et contraventions, à propos desquelles le Conseil du roi et les intendants avaient à prononcer si souvent autrefois. C'est ainsi que la loi des 7-11 septembre 1790 dans ses articles 6 et 7 rendit aux tribunaux judiciaires le jugement des contraventions de voirie et des contraventions aux règlements sur les eaux et forêts. C'est seulement à partir du Consulat que le jugement de ce contentieux répressif, qui devait dès lors être sans cesse étendu

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, pp. 164 à 166.

au cours de notre siècle, commença à être attribué aux tribunaux administratifs.

c. Actions en responsabilité contre les fonctionnaires (1).

— La Déclaration des droits du 26 août 1789 disait dans son article 15 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. » — Mais l'article 61 de la loi du 14 décembre 1789 sur les municipalités contenait déjà le germe de la garantie des fonctionnaires ; car il obligeait tout citoyen qui voulait porter une plainte contre un administrateur à « la soumettre à l'administration ou au directoire de département qui, après avoir pris l'avis de l'administration de district ou de son directoire, renverra la dénonciation s'il y a lieu devant les juges qui doivent en connaître ». L'article 13, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790 vint défendre aux tribunaux « de citer devant eux les administrateurs pour raisons de leurs fonctions » ; mais à notre avis, ce texte ne visait nullement les actions intentées contre les fonctionnaires ; inspiré par le souvenir des empiètements continuels que les Parlements commettaient sur l'administration, en citant spontanément à leur barre les administrateurs pour les réprimander sur l'ensemble de leur administration, et pour leur tracer une ligne de conduite à suivre à l'avenir, — tout comme aurait pu le faire un chef hiérarchique, — ce texte avait uniquement pour but de maintenir le principe de la séparation des pouvoirs qui s'oppose à ce que le pouvoir judiciaire usurpe sur les

1. Bernard, *l. c.*, n. 3, tome 43, 1876, pp. 529 à 535.

attributions du pouvoir exécutif en accomplissant des actes d'administration ; et il ne pouvait aucunement avoir pour objet de déroger à ce même principe qui veut que le pouvoir judiciaire soit seul juge de tous les procès, même de ceux qui s'élèvent entre les fonctionnaires et les particuliers. La loi des 22 décembre 1789, -8 janvier 1790 d'après laquelle les administrations de département « ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire » ne fut, pas plus que l'article 13 titre 2, de la loi des 16-24 août 1790, interprétée en ce sens que les actions intentées contre les administrateurs ne pouvaient être portées devant les tribunaux qu'à la suite d'une autorisation préalable émanée de l'administration supérieure. La preuve qu'une pareille interprétation de ces textes ne s'imposait pas d'elle-même, c'est que l'intervention d'une nouvelle loi fut jugée nécessaire pour atteindre ce résultat, la loi des 7-14 octobre 1790, 2^e dit en effet : « Conformément à l'article 7 de la section 3 du décret du 22 décembre 1789 sur la constitution des assemblées administratives, et à l'article 13 du titre 2 du décret du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire, aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure conformément aux lois » ; en réalité cette loi des 7-14 octobre 1790 donnait aux textes qu'elle rappelait en prétendant les interpréter un sens tout nouveau et qu'ils n'avaient pas eu auparavant : sans quoi elle eût été parfaitement inutile. — La constitution du 5 fruc-

tidor an III, articles 196 et 203, reproduisit le même système en réservant au Directoire le droit de renvoyer les administrateurs devant les tribunaux judiciaires. Ainsi cette sorte d'évocation générale au profit du pouvoir exécutif était bien plus périlleuse pour l'individu que l'évocation pratiquée dans l'ancien régime, et qui était particulière à chaque affaire ; il y avait donc une aggravation considérable : l'administration se constituait seule juge des plaintes dirigées contre ses membres. Cependant il importe de remarquer que la nécessité de l'autorisation préalable de l'autorité supérieure n'était pas absolue en vertu de ces lois du régime révolutionnaire : elle ne s'appliquait qu'en cas de crimes ou délits imputés aux fonctionnaires, et était hors de cause en ce qui concerne les simples réparations civiles en dommages-intérêts ; les actions en responsabilité proprement dites restaient donc encore en dehors de la nouvelle règle. En outre même en ce qui concerne les crimes et les délits commis par les administrateurs dans l'exercice des fonctions, la Révolution connaissait des règles protectrices du droit de l'individu, que nous ne connaissons plus aujourd'hui parce qu'elles ont disparu après l'an VIII : désireux de voir cesser pour toujours la pratique détestable des lettres de cachet, les rédacteurs, du Code pénal de 1791 (partie II, titre 1, section 3), et du Code pénal de brumaire an IV avaient décidé que tout citoyen, victime d'une arrestation ou d'une détention illégale, était en droit de poursuivre même criminellement et sans avoir besoin d'aucune autorisation le fonctionnaire ou le magistrat

coupable ou complice du crime. Enfin il ne faut pas oublier que le système de l'élection appliquée au recrutement des fonctionnaires de cette époque, bien que défectueux en lui-même, pouvait ici constituer un correctif excellent contre les abus possibles (1).

3. *Contentieux entre l'État et ses agents comptables.* — La loi des 17-29 septembre 1791 qui vint supprimer définitivement les Chambres des Comptes les remplaça par un Bureau de comptabilité, composé de quinze membres nommés par le roi et fonctionnant sous l'autorité de l'Assemblée Nationale. Mais ce Bureau de comptabilité n'héritait d'aucune des attributions contentieuses des anciennes Chambres des Comptes; son rôle consistait uniquement à préparer le travail de l'Assemblée Nationale qui s'était réservée à elle-même l'examen définitif et l'apurement des comptes. Quant aux contestations qui pouvaient s'élever entre les comptables et l'État sur la reddition même des comptes, elles furent dévolues aux tribunaux judiciaires par les articles 7 et 9, titre 2, de cette loi de 1791.

Tel fut le système qui fonctionna jusqu'en l'an III : s'il avait pour inconvénient capital de retarder indéfiniment l'apurement des comptes, il avait du moins cet avantage de ne pas priver les comptables de toutes les garanties de justice qu'ils avaient jusque-là trouvées dans les Chambres des Comptes. La loi du 28 pluviôse an III eut pour résultat, voulu d'ailleurs par la Convention, d'ac-

1. Poitou, *l. c.*, n. 29, p. 142.

célérer le recouvrement des créances de l'État ; mais pour avoir voulu être trop expéditive, elle livra les comptables à la merci et à l'arbitraire du gouvernement : tout contentieux fut pour ainsi dire supprimé, et il fut procédé par voie de mesures administratives. En effet, cette loi retira aux tribunaux toute attribution contentieuse en cette matière ; le Bureau de comptabilité fut chargé de dresser « un acte déclaratif et exécutoire des débits de chaque comptable » ; l'agent de la comptabilité, sur le vu de cet état, fut chargé de procéder au recouvrement des créances de l'État : les biens des comptables en retard étaient séquestrés et vendus par mesure de contrainte administrative.

Au commencement du Consulat, les lois du 13 frimaire et du 18 ventôse an VIII vinrent compléter ce système et renforcer les pouvoirs déjà si grands de l'administration en conférant d'abord aux commissaires de la trésorerie, puis au ministre des finances, le droit de « prendre tous arrêtés nécessaires et exécutoires par provision contre les comptables, entrepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et agents quelconques... soit pour la réintégration des acomptes accordés pour lesdits services, soit pour le recouvrement des débits résultant des comptes qui doivent être arrêtés par les ministres... » Ainsi l'administration jugeait elle-même et exécutait elle-même ses décisions.

§ 3. — *Le conflit d'attributions* (1).

a. Elévation du conflit. — Par qui peut-il être élevé? Pendant la Révolution, le conflit n'a pas été une arme spéciale dans la main du gouvernement en vue de réprimer les empiètements réciproques des pouvoirs exécutif et judiciaire l'un sur l'autre. Il s'est confondu avec l'exception d'incompétence et le recours pour excès de pouvoirs : c'est ainsi qu'il se trouve compris dans la loi des 7-14 octobre 1790, 2° dans la dénomination de « réclamations d'incompétence ». Dès lors il pouvait être élevé non seulement par un administrateur quelconque contre les actes du pouvoir judiciaire, mais encore par tous les particuliers contre les actes de l'administration. C'est aussi ce qui explique qu'il ait abouti au chef de l'administration.

Dans quels cas le conflit peut-il être élevé? La garantie du droit de l'individu ne se trouva pas mieux protégée sur ce point pendant cette période que sous l'ancien régime : aucune règle précise ne fut en effet édictée, et l'administrateur put élever le conflit en toutes matières toutes les fois qu'il jugea que tel était son intérêt. C'est ainsi que la source la plus abondante d'élévations du conflit fut engendrée par les poursuites dirigées contre les fonctionnaires ; on n'attendait pas que le tri-

1. Foucher, *l. c.*, n. 15.

bunal judiciaire eût déclaré qu'il y avait lieu à autorisation préalable avant que la procédure pût s'engager définitivement ; l'administrateur poursuivi pouvait élever lui-même le conflit, et pourtant dans ce cas le tribunal judiciaire était légalement seul compétent. Il faut remarquer de plus qu'en cette matière les conflits étaient élevés à l'égard des crimes et délits, puisque c'est seulement en ce qui les concerne que l'autorisation préalable était exigée : c'est ainsi que tous les mandats d'amener et d'arrêt, les actes d'accusations, citations en justice, procédures, ordonnances, jugements de condamnations contre les fonctionnaires sans autorisation préalable, furent annulés par une série de vingt-deux arrêtés sur conflit allant du 3 floréal an IV au 12 nivôse an VII ; c'est ainsi que des arrêtés sur conflit des 12 nivôse, 12 pluviôse, 24 germinal an VII étendirent cette garantie administrative même aux officiers de l'état civil poursuivis pour crime de faux commis dans les registres « attendu que les actes de naissance, mariage et décès font partie des fonctions administratives ». C'est sous le Directoire que les conflits ont été les plus fréquents : ils se sont élevés au nombre de 196 ; sur ce chiffre important 158 ont été confirmés (1).

Effets du conflit. — L'effet habituel, produit par l'élévation du conflit, était d'apporter un sursis à la procédure entamée. C'est ce que dit expressément l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III. Les juges qui, ne tenant aucun

1. De Cormenin, *l. c.*, n. 6, tome 2, Appendice, v^o Conflits, pages 47 à 50.

compte de l'élévation du conflit, passaient outre et jugeaient, étaient coupables de forfaiture. Le tribunal ne pouvait donc juger que si le conflit était annulé. Cependant dans le cas spécial où le conflit était élevé en matière de poursuites dirigées contre les fonctionnaires sans autorisation préalable de l'autorité supérieure, même lorsque le conflit était confirmé, le tribunal judiciaire pouvait par la suite poursuivre de nouveau le fonctionnaire en demandant cette fois l'autorisation préalable.

b. Jugement du conflit. — Autorité chargée de juger. — Pendant toute la période révolutionnaire ce fut l'administration elle-même qui eut le droit de juger le conflit. La loi des 7-14 octobre 1790 attribua tout d'abord au roi, chef de l'administration générale, le droit de statuer sur les réclamations d'incompétence. La Convention, ayant réuni en ses mains tous les pouvoirs, s'attribua à elle-même le jugement des conflits, en vertu des décrets des 21 prairial an II, 15 pluviôse, 1 et 13 fructidor an III. Sous la constitution directoriale de l'an III, la question fut réglée par l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III : « en cas de conflit d'attributions entre les autorités judiciaire et administrative, il sera sursis jusqu'à décision des ministres confirmée par le Directoire exécutif qui en référera, s'il est besoin, au Corps Législatif ». Mais comme ce n'était pas là pour le Directoire une obligation, mais seulement une faculté, il n'en usa pas ; il n'y a, paraît-il, qu'un seul exemple de ces référés (1). Ainsi l'individu

1. Foucher, *l. c.*, n. 15, p. 19.

n'était pas mieux protégé que sous l'ancien régime : le pouvoir exécutif restait toujours le juge du conflit.

Effets du jugement rendu sur conflit. — Le juge du conflit se bornait à annuler ou à confirmer le conflit. Celui-ci était-il annulé, le tribunal judiciaire pouvait reprendre la procédure arrêtée ; était-il au contraire confirmé, toute la procédure commencée devant le tribunal tombait et était considérée comme non avenue ; l'affaire relevait alors uniquement de l'administration. Ainsi le juge du conflit ne statuait que sur la compétence, non sur le fonds du procès. Cependant la Convention ne se fit pas scrupule d'abuser de la confusion des pouvoirs qu'elle tenait en sa main pour évoquer l'affaire et pour la juger elle-même comme autrefois le Conseil du roi.

Procédure. — Aucune règle, aucun délai n'étaient impartis au pouvoir exécutif qui pouvait statuer quand et comme bon lui semblait : c'était donc l'arbitraire tout pur ; et l'individu pouvait craindre à bon droit les dénis de justice. Cependant l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III disait que le Directoire était tenu de se prononcer dans le délai d'un mois, dans le cas où il croyait utile d'en référer au Corps Législatif ; mais ces référés n'ayant jamais été pratiqués, la prescription de ce délai resta, elle aussi, lettre morte.

III. — ETAT ACTUEL.

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. — L'esprit de la Révolution avait été de restreindre dans une large mesure le contentieux administratif dont les bornes étaient illimitées sous l'ancien régime; la tendance et le résultat de notre législation ont au contraire consisté à étendre de nouveau dans des proportions considérables le contentieux soumis à la juridiction administrative. Si tels sont les faits, les principes sont restés néanmoins les mêmes; les lois révolutionnaires qui posent ces principes sont encore en vigueur aujourd'hui: dès lors à notre avis, les tribunaux judiciaires sont toujours les juges naturels et de droit comme de toute contestation, quelle qu'elle soit, à moins d'un texte formel de loi venant leur enlever la compétence sur un point particulier; c'est en effet ce qui résulte clairement de l'article 17, titre 2 de la loi des 16-24 août 1790. Quant à l'article 13 de cette même loi, il n'a jamais eu en vue que le principe de la séparation des pouvoirs et nullement la règle jurisprudentielle de la séparation des juridictions que l'on prétend bien à tort confondre avec lui. C'est ce que nous croyons avoir démontré précédemment. Notre opinion peut se réclamer de la doctrine de plusieurs

auteurs (1), et spécialement de celle d'un jurisconsulte particulièrement autorisé (2), qui a consacré un ouvrage à l'étude de la justice administrative. Nous ne saurions donc nous ranger à la théorie d'auteurs éminents d'après lesquels certaines affaires rentrent dans le contentieux administratif par leur nature même et indépendamment de tout texte venant les attribuer à la juridiction administrative. Cette théorie en effet repose sur l'idée, entièrement fausse à notre avis, d'après laquelle l'article 13, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790 et les textes de même ordre promulgués en l'an III, auraient posé le principe de l'incompétence générale des tribunaux judiciaires à l'égard des litiges soulevés par l'exécution des actes administratifs (3).

Ainsi le contentieux administratif de nature n'existe pas ; le seul contentieux administratif est celui qui est attribué par une loi aux tribunaux administratifs, qui sont des tribunaux d'exception. La preuve que tel est bien là le principe reconnu par notre législation actuelle, c'est que l'ordonnance du 1 juin 1828 sur les conflits, dans ses articles 6 et 9, exige que le texte de loi, qui attribue compétence au tribunal administratif ou à l'administration, soit littéralement reproduit tant dans le déclinaire d'incompétence du tribunal judiciaire que dans

1. Foucher, *l. c.*, n. 15, p. 48.

2. Dareste, *l. c.*, n. 7, pp. 204 à 207.

3. Ducrocq, *l. c.*, n. 11 ; n. 245 à 249, et 650 à 656 ; et Laferrière *l. c.*, n. 22, tome 1, pp. 428 à 430 ; 436 à 438.

l'arrêté de conflit : à la vérité, la jurisprudence du Tribunal des Conflits admet qu'il suffit que ces actes reproduisent le texte des lois générales des 16-24 août 1790, titre 2, article 13, et du 16 fructidor an III ; mais cette jurisprudence viole certainement la prescription de l'ordonnance de 1828, en même temps que les articles 17 et 13, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790 en détournant de son véritable sens la portée de ce dernier article. Ainsi ce sont la doctrine et la jurisprudence qui ont forgé de toutes pièces la théorie du contentieux administratif de nature ; la loi l'ignore.

Ce point de départ une fois établi, les lois successives qui sont intervenues sur le contentieux administratif ont-elles été dominées par une idée générale et rationnelle quelconque ? Les auteurs dont nous venons de combattre la doctrine sont obligés d'y apporter immédiatement un correctif important : le contentieux administratif de nature ne comprendrait que le contentieux des actes d'autorité émanés de la puissance publique ; c'est pour celui-là seulement que les tribunaux administratifs seraient compétents à l'exclusion des tribunaux judiciaires et indépendamment de tout texte attributif de compétence ; au contraire le contentieux des actes de gestion émanés de la personne morale resterait à la connaissance des tribunaux judiciaires, et à leur égard la juridiction administrative ne serait compétente qu'en vertu d'une loi formelle (1). Cette nouvelle distinction n'est écrite dans aucun texte de loi, et elle nous paraît n'avoir

1. Idem Aucoc, *l. c.*, n. 1, tome 1, pp. 271 à 274.

été imaginée qu'en vue d'apporter un tempérament à une théorie trop absolue.

Bien que n'ayant été énoncée expressément nulle part dans la loi, cette idée générale n'est-elle pas pourtant celle qui a guidé inconsciemment le législateur ? Même à ce point de vue, nous pensons qu'il n'en est rien ; au surplus, nous n'émettons pas là une idée neuve (1). D'une part, en effet, les tribunaux administratifs connaissent de litiges judiciaires très nombreux : nous étudierons plus loin ces attributions ; qu'il nous suffise ici de citer les travaux publics, les marchés de fournitures, les ventes domaniales, etc., etc. ; le nombre de ces affaires est si étendu, et les tribunaux administratifs sont si souvent compétents à leur égard par exception que ce qui reste de la règle qui devrait être la compétence judiciaire est véritablement dérisoire. D'autre part, les tribunaux judiciaires ont fort souvent aussi à juger le contentieux soulevé par les actes d'autorité émanés de la puissance publique : c'est ainsi qu'ils jugent le contentieux relatif aux contributions indirectes, à l'enregistrement, aux douanes, et au timbre en vertu des lois de la période révolutionnaire, dont les unes, comme la loi du 22 frimaire an VII, est restée en vigueur, dont les autres pour avoir été modifiées par des lois postérieures, ont été toutefois reproduites sur ce point spécial ; c'est encore la compétence judiciaire que consacre la loi du 29 juin 1872, article 5, relativement à l'impôt de 3 0/0 sur le revenu des valeurs mobilières ; la loi du 3 mai

1. Dareste, *l. c.*, n. 7, p. 204. Glasson, *l. c.*, n. 19, pp. 496 à 509.

1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique est venue donner aux tribunaux judiciaires une matière que l'ancien régime et la Révolution avait retenu avec un soin jaloux par devers l'administration elle-même ; en vertu de cette loi, ce sont le tribunal d'arrondissement et la Cour d'Appel qui ont le droit d'apprécier la légalité des actes administratifs, et de se refuser, en cas d'illégalité de ces actes, à prononcer l'expropriation ; quant à l'indemnité, elle est fixée par le jury d'expropriation, tribunal judiciaire spécial dont les décisions sont, comme celles des tribunaux civils, soumises quant à leur légalité à la censure de la Cour de Cassation. Enfin il y a plus, et depuis la loi du 28 avril 1832 qui a révisé le Code pénal, les tribunaux judiciaires ont le droit et le devoir, d'après l'article 471, n. 15 de ce Code, d'apprécier la légalité des règlements faits par l'autorité administrative, et de se refuser à appliquer aucune peine à ceux qui ont contrevenu à des règlements illégaux ; il est impossible de justifier ce pouvoir donné aux tribunaux judiciaires par ce motif que les règlements ne sont pas, comme les actes administratifs ordinaires, des actes individuels et spéciaux, mais des actes collectifs et généraux, et constituent des actes de législation secondaire (1) ; cette raison est avant tout inexacte, car les règlements émanent de l'autorité administrative, et non du législateur ; dès lors leur caractère de généralité ne saurait leur faire perdre leur nature d'actes administratifs ; tout au plus cette

1. Ducrocq, *l. c.*, n. 11, n. 62 et 652.

raison pourrait-elle être avancée en ce qui concerne les règlements faits par le pouvoir exécutif en vertu d'une délégation législative spéciale ; mais il faut aller plus loin et reconnaître que si l'assimilation « entre les actes réglementaires et les lois était vraie, il en résulterait une conclusion toute différente de celle qu'on en a tirée : les tribunaux ne pourraient pas alors refuser d'appliquer les règlements, pas plus qu'ils ne peuvent refuser d'appliquer les lois sous prétexte d'inconstitutionnalité » (1) ; comment donc l'article 471, n. 15 du Code pénal peut-il être justifié ? Très simplement, et par une raison que l'un des auteurs dont nous combattons la doctrine indique lui-même, ce qui constitue de sa part un aveu qui condamne sa théorie même ; c'est en effet parce que les tribunaux judiciaires ont « la plénitude de juridiction sur toutes les demandes et exceptions... » (1).

Le législateur contemporain n'a donc pas été inspiré par la distinction des actes de la puissance publique et des actes de la personne morale, n'a-t-il pas été dominé par une autre idée ? Et si les matières du contentieux administratif sont en nombre presque infini, ne s'en trouve-t-il pas au moins quelques-unes à propos desquelles la compétence judiciaire a été dans tous les cas maintenue ? On l'a prétendu, en effet, en disant que « l'autorité judiciaire est instituée gardienne de la propriété, de la liberté individuelle et de l'état civil des citoyens » (2). Malheureusement

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, p. 435.

2. Ducrocq, *l. c.*, n. 11, n. 248. Aucoc, *l. c.*, n. 1, p. 380, texte et note.

cette théorie libérale se trouve encore démentie par les lois : pour ne citer que quelques exemples, les impôts directs ne portent-ils pas, autant et plus même que les impôts indirects, une atteinte très grave à la propriété des particuliers ? N'en est-il pas encore ainsi des servitudes établies en vue de l'utilité publique ? Et cependant le contentieux engendré par ces deux matières est du domaine de la juridiction administrative et échappe au pouvoir judiciaire.

Ainsi le législateur français dans cette répartition des compétences n'a été guidé que par des motifs de convenance et d'opportunité, nullement par des principes théoriques ; comme on l'a dit (1) « c'est le chaos dans l'arbitraire ».

b. Limites du contentieux administratif et du recours purement gracieux. — La ligne de démarcation fait encore ici défaut ; mais ce fait nous apparaît comme une sorte de remède contre la règle doctrinale et jurisprudentielle d'après laquelle les tribunaux judiciaires sont incompétents toutes les fois que l'intérêt de la puissance publique se trouve engagé dans un litige. Le recours pour excès de pouvoirs, qui de sa nature est purement gracieux parce qu'il est formé contre l'acte administratif qui se borne à léser un intérêt sans violer aucun droit, est cependant transformé par la loi elle-même en un recours contentieux, puisqu'il peut être porté, non pas seulement devant l'autorité hiérarchiquement supérieure, mais devant un tribunal administratif. D'ailleurs jusqu'en

1. Poitou, *l. c.*, n. 29, p. 130.

1872, le recours pour excès de pouvoirs relevait uniquement de la jurisprudence administrative, tant dans son existence même que dans ses applications; la loi du 24 mai 1872, article 9, est le premier texte législatif qui en ait parlé expressément: « Le Conseil d'État, dit ce texte, statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes en annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives »; l'existence de ce recours est donc aujourd'hui consacrée par la loi; mais ses applications continuent à dépendre de la jurisprudence du Conseil d'État. Nous avons vu comment ce recours, se confondant d'abord avec « les réclamations pour incompétence » avait pris naissance sous la Révolution; comment donc s'est-il développé depuis (1)? C'est parce qu'il avait été porté au roi, chef de l'administration, qu'il avait été appelé à la vie; c'est aussi parce qu'il fut porté devant des tribunaux composés d'administrateurs qu'il put être développé: il est même curieux de remarquer que jusqu'en 1832 les arrêts du Conseil d'État ne citent aucunement comme point d'appui de leurs décisions la loi des 7-14 octobre 1790; ils ne donnent même aucun motif juridique de leur compétence en cette matière, et ils statuent absolument comme pourrait le faire un chef hiérarchique vis-à-vis de son inférieur; c'est qu'en effet le Conseil d'État bien que décoré du nom

1. Laferrière, *l. c.*, n. 23, pp. 310 à 327; et Laferrière, *l. c.*, n. 22. tome 2, pp. 372 à 383.

de tribunal administratif ne rendait encore la justice que comme organe du chef de l'État ; la justice administrative était encore une justice retenue que le chef de l'État était censé rendre lui-même par ses agents ; la disparition de ce caractère de justice retenue n'a rien changé à cet esprit et à cet état de choses ; les mots seuls ont été modifiés ; car bien qu'investis d'un pouvoir propre de juridiction, les tribunaux administratifs continuent à être composés exclusivement ou à peu près de fonctionnaires et à être essentiellement sous la dépendance du chef du pouvoir exécutif et des ministres. Voilà les conditions grâce auxquelles le recours pour excès de pouvoirs a pu naître, vivre et grandir. C'est ainsi que la théorie de ce recours s'est peu à peu élaborée : aujourd'hui il peut être formé en cas d'incompétence, d'empiètement de l'administration sur le pouvoir judiciaire, ce qui n'est qu'une incompétence spéciale constituant l'excès de pouvoirs proprement dit, de violation de la loi ou des formes substantielles, enfin de détournement de pouvoirs, qui n'est autre chose de la part d'un administrateur que le fait de détourner le pouvoir de la destination voulue par le législateur sans cependant violer aucun droit écrit dans la loi.

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

a. Organisation.

1. *Mode de recrutement des tribunaux administratifs.* — Ce sont les institutions du Consulat et de l'Empire qui

servent encore aujourd'hui de base au système qui nous régit. Tendait au rétablissement de la monarchie, l'œuvre de Napoléon consista à reprendre les institutions de la royauté en en aggravant la portée pour satisfaire ses désirs de despotisme. Toutefois cette législation eut pour résultat de réaliser un progrès important sur le système révolutionnaire : mieux valait encore confier le contentieux administratif à des tribunaux, même composés de fonctionnaires, que de l'abandonner à l'administration active elle-même. Tel fut en effet le résultat général du système ; cependant sur des points encore nombreux, les administrateurs actifs sont restés les juges du contentieux administratif. La constitution du 22 frimaire an VIII, article 52, organisa le Conseil d'État qui avait été supprimé par la Révolution. La loi du 28 pluviôse an VIII institua les conseils de préfecture. La loi du 16 septembre 1807 créa la Cour des Comptes : à la différence des anciennes Chambres des Comptes, elle fut et elle est restée un tribunal administratif ; elle est en effet subordonnée non pas à la Cour de Cassation, mais au Conseil d'État. D'autres lois vinrent établir des tribunaux administratifs spéciaux (1), tels que le Conseil de révision, la Commission des Monnaies, le Conseil de l'Université et les Conseils académiques, etc. Enfin des attributions contentieuses furent accordées aux administrateurs actifs, ministre, préfet, maire.

1. L'étendue que doit comporter notre étude ne saurait nous permettre de les examiner.

En ce qui touche le mode de recrutement de ces derniers juges administratifs, il a toujours consisté dans la nomination par le pouvoir exécutif, sauf pour le maire : à son égard, les systèmes ont beaucoup varié, l'on peut en compter jusqu'à douze qui ont été appliqués par les lois successives (1) ; à l'heure actuelle en vertu de l'article 76 de la loi organique du 5 avril 1884, le maire est nommé par le Conseil municipal dans chaque commune.

Quant aux tribunaux administratifs proprement dits, Conseil d'Etat, Conseil de préfecture, Cour des Comptes, la nomination des membres de ces deux derniers a toujours appartenu au pouvoir exécutif ; en ce qui concerne les conseillers d'Etat il en est de même à l'heure actuelle en vertu de l'article 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui est venue abroger l'article 3 de la loi du 24 mai 1872, d'après lequel les conseillers d'Etat en service ordinaire étaient élus par le pouvoir législatif ; en vertu de cet article 4 de la loi de 1875 c'est un décret rendu en conseil des ministres qui nomme le conseiller d'Etat en service ordinaire. Le système de la nomination par le pouvoir exécutif a été appliqué pendant tout le cours de ce siècle, sauf pendant deux périodes durant lesquelles c'est le régime de la nomination par le pouvoir législatif qui a prévalu : l'une va de la constitution du 4 novembre 1848, article 72 à la constitution du 14 janvier 1852, article 48 ; l'autre part de la loi du 24 mai 1872, article 3 pour aboutir à la loi constitutionnelle du 25 février 1875, article 4.

1. Ducrocq, *l. c.*, n. 11, 187 à 191.

A. — *Organisation du Conseil d'Etat.* — Comme le Conseil du roi antérieur à 1789, le conseil d'Etat actuel est depuis l'an VIII un conseil d'administration et de gouvernement en même temps qu'un tribunal administratif. Dès lors la question intéressante à connaître est non pas de savoir quelles sont les différentes personnes, telles qu'auditeurs et maîtres des requêtes, qui peuvent aider plus ou moins au jugement du contentieux administratif sans avoir eux-mêmes le droit de juger (1), mais uniquement de considérer dans quelle mesure l'élément administratif a dominé dans le sein des conseillers d'Etat qui seuls ont le pouvoir de juger ; cette mesure en effet a varié suivant les époques au cours de notre siècle.

Le décret du 11 juin 1806 créa au Conseil d'Etat une commission du contentieux, présidée par le Grand Juge, ministre de la justice, et chargée de faire l'instruction de l'affaire et de soumettre au Conseil d'Etat un projet de décision ; mais cette commission du contentieux n'avait aucun pouvoir de juridiction.

Sous l'Empire et sous la Restauration ce fut l'assemblée générale du Conseil d'Etat délibérant au contentieux qui jugea les affaires administratives sous la présidence des ministres ; cette assemblée générale comprenait non seulement les conseillers d'Etat en service ordinaire, mais même les conseillers d'Etat en service extraordinaire, c'est-à-dire des fonctionnaires mêlés à l'administration active.

1. La procédure à suivre se trouve réglée par le décret du 22 juillet 1806, le décret du 2 novembre 1864, et le décret du 2 août 1879.

La monarchie de 1830 par une ordonnance du 21 août 1830 crut réaliser un progrès et faire cesser un pareil abus en attribuant le jugement du contentieux administratif à une assemblée générale d'une nature spéciale, où siégeaient seulement les conseillers en service ordinaire ; les ordonnances du 2 février et du 12 mars 1831 vinrent en outre réaliser d'autres réformes indispensables par l'introduction d'un ministère public, de la défense orale et de la publicité des audiences, trois règles qui étaient inconnues jusque-là et qui depuis ont toujours été maintenues, d'abord par la loi organique du 19 juillet 1845, ensuite par les lois rendues sous les régimes postérieurs.

La loi du 3 mars 1849 inaugura un système tout nouveau, et unique dans notre histoire ; la juridiction administrative cessa d'appartenir au Conseil d'Etat tout entier délibérant en assemblée générale ; la section du contentieux, qui n'avait été jusque-là qu'une section d'instruction, devint une section unique de jugement ; de la sorte elle se transforma en un véritable tribunal, nommé par l'Assemblée Nationale, et à l'abri de toute pression de l'autorité administrative, puisque ni les ministres, ni les conseillers en service extraordinaire n'en faisaient partie ; cependant les conseillers d'état de la section du contentieux continuèrent à participer aux travaux administratifs de l'assemblée générale et à cumuler de cette façon des fonctions d'administrateurs avec leurs fonctions de juges.

Cet état de choses disparut dès le début du second empire : d'après le décret organique du 25 janvier 1852, l'assemblée générale du Conseil d'Etat retrouva

son ancien droit de pouvoir seule juger le contentieux administratif, dont la section du contentieux avait pour mission de préparer l'instruction ; cependant un pouvoir de juridiction fut donné à la section du contentieux pour les affaires dispensées d'une constitution d'avocat ; du reste l'assemblée générale du Conseil d'Etat au contentieux était composée d'une manière nouvelle, elle comprenait seulement les conseillers de la section du contentieux, et en outre des conseillers délégués par les sections administratives à raison de deux par section. D'après l'article 49 de la constitution du 14 janvier 1852, le Conseil d'Etat était présidé par le président de la République, qui en vertu du décret du 25 janvier 1852 avait voix prépondérante en cas de partage.

A l'heure actuelle d'après les lois du 24 mai 1872, articles 10, 12 et 15, et du 13 juillet 1879, article 4, les principaux traits du système du second empire se trouvent reproduits : la juridiction est en principe réservée à l'assemblée générale du Conseil d'Etat qui est composé exactement sur le modèle organisé par le décret du 25 janvier 1852 ; toutefois la section du contentieux, qui en général se borne à un rôle d'instruction des affaires, a le pouvoir de juger seule celles qui sont dispensées des frais, et notamment les recours pour excès de pouvoirs ; on voit donc que notre législation n'a pas su se résigner à revenir au système de la loi du 3 mars 1849, qui sans éliminer complètement l'élément administratif de la composition de la juridiction administrative supérieure, l'avait pourtant réduit dans une large mesure ; c'est

le régime impéria qui a subsisté sur ce point ; cependant aujourd'hui en vertu des textes précités de 1872, et de 1879, le ministre de la justice qui est président du Conseil d'Etat, ne peut pas présider la section du contentieux, non plus que l'assemblée générale du contentieux ; elles se trouvent placées sous la présidence du vice-président du Conseil d'Etat, qui est lui-même un conseiller d'Etat, et qui n'a pas voix prépondérante en cas de partage.

Sous le Consulat, le premier Empire, les deux Chartes et le second Empire, la justice administrative a été une justice retenue : le Conseil d'Etat avait uniquement pour rôle de préparer des projets de décrets ou d'ordonnances que le premier Consul, l'Empereur ou le roi s'appropriait sans y être obligé. La constitution du 22 frimaire an VIII disait dans son article 52 : « Sous la direction des consuls un conseil d'Etat est chargé de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Ce texte fut reproduit par l'article 50 de la constitution de 1852. Sous la Restauration, les ordonnances du 29 juin 1814 et du 19 avril 1817 réservaient au roi le droit d'évoquer, soit au conseil des ministres, soit à ses conseils de cabinet, tous les litiges administratifs touchant à des questions de haute administration. Le gouvernement de juillet conserva le droit de modifier les ordonnances rendues au contentieux. L'article 24, § 3 de la loi du 19 juillet 1845 disait seulement : « Si l'ordonnance n'est pas conforme à l'avis du Conseil d'Etat, elle ne peut être rendue que de l'avis du conseil des ministres ; elle est motivée et doit être insérée au *Mo-*

niteur et au *Bulletin des Lois* ». Ainsi dans ce système le Conseil d'Etat n'émettait que des avis, il n'était pas encore un tribunal, et restait un conseil, le chef de l'Etat seul jugeait ; il y avait là une résurrection des principes de l'ancien régime, et une usurpation manifeste du pouvoir judiciaire par le pouvoir exécutif. La loi du 3 mars 1849 en érigeant la section du contentieux en tribunal jugeant seul et rendant des arrêts exécutoires par eux-mêmes, a transformé la justice administrative de justice retenue en justice déléguée.

C'est ce système qu'a reproduit l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, d'après lequel : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative... ». Aujourd'hui par conséquent le Conseil d'Etat ne se borne plus à préparer des projets de décisions, il exerce un pouvoir de juridiction qui lui est propre ; en un mot, il n'est plus seulement un conseil, mais encore un tribunal. A coup sûr, il y a là une réforme digne d'être approuvée ; toutefois il importe de ne pas exagérer l'importance. D'une part, en effet, « il convient de remarquer que depuis la création du Conseil d'Etat, on cite à peine trois ou quatre cas, remontant à une époque reculée, dans lesquels le chef du gouvernement a refusé son approbation à une décision contentieuse. La loi de 1872 n'ajoute rien ni à l'indépendance, ni par suite à l'autorité morale des arrêts de cette haute juridiction (1) » ; d'autre part, s'il est vrai que le Conseil d'Etat est devenu un tribunal, il n'est pas moins vrai aussi qu'il est resté

1. Flourens, *l. c.*, n. 14, pp. 343 et 344.

un tribunal exclusivement composé de fonctionnaires, faisant en même temps partie d'un conseil d'administration et de gouvernement. Ainsi la réforme opérée n'a qu'une portée théorique ; quant à sa portée pratique elle est insignifiante.

B. — *Organisation du Conseil de préfecture.* — Comme le Conseil d'État, le Conseil de préfecture est à la fois un tribunal administratif et un conseil d'administration. La loi du 28 pluviôse an VIII, en supprimant les administrations collectives et élues de la Révolution, transporta leurs attributions de juridiction en même temps que celles de délibération aux Conseils de préfecture qu'elle instituait dans chaque département. L'article 5 de cette loi s'exprimait ainsi : « Lorsque le préfet assistera au Conseil de préfecture il présidera : en cas de partage il aura voix prépondérante ». D'ailleurs la loi n'indiquait aucune condition de capacité, ni même aucune condition d'âge pour les conseillers de préfecture, que le pouvoir exécutif était libre de nommer sans aucune garantie pour la bonne administration de la justice ; aucun texte ne parlait non plus de la procédure à suivre devant cette juridiction. Malgré cette insuffisance marquée, la loi du 28 pluviôse an VIII a subsisté intacte jusqu'en 1862. Le décret du 30 décembre 1862, la loi du 21 juin 1865, et la loi du 22 juillet 1889, qui sont venus la modifier, sont les textes aujourd'hui en vigueur. La loi du 21 juin 1865 est la loi fondamentale : l'article 2 règle les conditions d'âge et de capacité qui sont désormais requises des conseillers de préfecture : « nul ne peut être nommé conseiller de préfec-

ture s'il n'est âgé de vingt-cinq ans accomplis, s'il n'est en outre licencié en droit, ou s'il n'a rempli pendant dix ans au moins des fonctions rétribuées dans l'ordre administratif ou judiciaire, ou bien s'il n'a été pendant le même espace de temps membre d'un conseil général ou maire » ; l'article 4 a maintenu la présidence du préfet avec voix prépondérante, il dispose seulement que chaque année le chef de l'État doit nommer un vice-président chargé de présider en cas d'empêchement ou d'absence du préfet. Le décret du 30 décembre 1862 est venu donner aux conseils de préfecture l'institution d'un ministère public, de la défense orale et de la publicité des audiences que le Conseil d'État possédait déjà depuis 1831 ; la loi du 21 juin 1865, articles 5, 8, 9, a confirmé ces dispositions du décret de 1862. Ces textes législatifs de 1862 et de 1865 n'ont fait que consacrer des propositions de 1826, 1831, 1846, 1851 qui n'avaient pas pu aboutir. La loi du 21 juin 1865, dans son article 14 et dernier, promettait qu'il serait statué par une loi sur la procédure à suivre devant les conseils de préfecture, dans un délai de 5 ans ; un projet de loi présenté en 1870 au Corps Législatif n'a pas pu aboutir par suite des événements politiques ; c'est seulement la loi du 22 juillet 1889 qui est venue réaliser la promesse contenue dans l'article 14 de la loi de 1865 ; car un décret du 12 juillet 1865 qui était déjà entré dans cette voie n'avait réglementé que des points de détail.

C. — *Organisation de la Cour des Comptes.* — La Cour des Comptes à la différence du Conseil d'État et des Con-

seils de préfecture, n'est pas une institution du Consulat, mais une institution du premier Empire : elle a été créée par la loi du 16 septembre 1807. Jusqu'à cette époque un système analogue à celui de la Révolution avait fonctionné : l'article 89 de la constitution du 22 frimaire an VIII avait chargé du contrôle de la comptabilité publique une commission de comptabilité nationale, composée de sept membres nommés par le Sénat. Le système organisé par la loi du 16 septembre 1807 est resté intact, et est encore en vigueur ; les attributions seules de la Cour des Comptes ont été étendues par la loi du 6 juin 1843 ; son organisation est restée la même.

L'institution de la Cour des Comptes accomplit un grand progrès sur le régime antérieurement pratiqué, et qui abandonnait les comptables à l'arbitraire de l'administration supérieure dans le plus grand nombre des cas. Avec son premier président, ses présidents, ses conseillers-maîtres, ses conseillers-référendaires, ses auditeurs, son procureur général, et par les conditions d'indépendance de ses membres, la Cour des Comptes apparaît au premier aspect comme un véritable tribunal judiciaire ; ce ne serait là que la continuation de la tradition constante qui avait été appliquée aux Chambres des Comptes d'avant 1789 ; en outre l'article 7 de la loi du 16 septembre 1807 nous dit : « La Cour des Comptes prend rang immédiatement après la Cour de Cassation et jouit des mêmes prérogatives » ; de même une ordonnance du 27 février 1815 qualifie la Cour des Comptes la « seconde Cour de Notre royaume ». Néanmoins une pareille conception

serait fausse; la Cour des Comptes de 1807 est non pas un tribunal judiciaire, mais bien un tribunal administratif; en effet, à la différence des tribunaux judiciaires dont les jugements et arrêts sont soumis à la censure de la Cour de Cassation, la Cour des Comptes, en vertu de l'article 17 de la loi du 16 septembre 1807, rend des arrêts susceptibles du pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat; il y a là « un critérium infaillible pour savoir si un corps ou tribunal appartient à l'ordre judiciaire ou à l'ordre administratif » (1) : sans doute les Chambres des Comptes de l'ancien régime étaient, elles aussi, soumises au contrôle suprême du Conseil du roi; et pourtant elles étaient des tribunaux judiciaires. Mais c'est qu'alors le Conseil du roi était le juge de cassation de droit commun, les arrêts des Parlements s'y trouvaient eux-mêmes soumis, et à cet égard comme à tous les autres les Chambres des Comptes ne différaient en aucune façon des Parlements; il en est autrement aujourd'hui; d'ailleurs le caractère de tribunal administratif de la Cour des Comptes nous explique pourquoi, à la différence des anciennes Chambres des Comptes, elle n'exerce aucune juridiction d'ordre répressif. Cependant sous l'empire de la constitution de 1848, les caractères judiciaires de la Cour des Comptes se sont encore accentués, et elle a été bien près de perdre sa nature de tribunal administratif : l'article 90 de cette constitution transférait les recours contre les arrêts de la Cour des Comptes du Conseil d'Etat au Tribunal des Conflits, qui était composé de conseillers

1. Serrigny, *l. c.*, n. 31, tome 1, n. 16.

d'Etat élus par l'Assemblée Nationale et de conseillers à la Cour de Cassation, sous la présidence d'un ministre ayant voix prépondérante ; mais nous verrons que même alors l'élément administratif l'emportait sur l'élément judiciaire dans le sein de ce tribunal, institué juge de cassation à l'égard des arrêts de la Cour des Comptes ; d'ailleurs la constitution impériale du 14 janvier 1852 et le décret du 25 janvier 1852, en supprimant le Tribunal des Conflits dont il donnait les attributions au Conseil d'Etat désormais nommé par l'Empereur, rendit à ce dernier la connaissance des recours contre les arrêts de la Cour des Comptes ; ce système, qui revenait à celui de la loi du 16 septembre 1807, n'a plus été modifié depuis.

2. *Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.* — La Cour des Comptes, en vertu de l'article 6 de la loi du 16 septembre 1807, est le seul tribunal administratif qui soit inamovible : à ce point de vue, elle présente donc les mêmes garanties que les tribunaux judiciaires pour les particuliers.

Les Conseils de préfecture sont les tribunaux administratifs les moins indépendants de tous : nommés et révoqués arbitrairement par le chef de l'Etat, subordonnés à la pression du préfet qui préside et a voix prépondérante en cas de partage, ils sont absolument dans la main du pouvoir exécutif, et c'est d'eux surtout que l'on a pu dire qu'ils étaient juge et partie dans leur propre cause ; la décision d'un Conseil de préfecture en effet ne présente guère plus de garanties d'impartialité que celle d'un administrateur actif lui-même.

Enfin le Conseil d'État a subi diverses phases historiques au point de vue qui nous occupe : Napoléon I^{er}, qui avait supprimé l'inamovibilité de la magistrature, voulut au contraire faire de son Conseil d'État chargé de préparer et d'interpréter les lois et de juger les litiges administratifs, un corps fortement constitué ; il parvint à ce but par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII, rendu tout au début de l'Empire, qui dans son article 77 conféra le titre de conseillers à vie aux conseillers d'État en service ordinaire après cinq ans d'exercice. L'organisation du Conseil d'État du Premier Empire se trouvait dans la constitution, et était très forte. Sous la Restauration au contraire elle fut abandonnée au régime des simples ordonnances, et c'est pendant cette période de notre histoire que le Conseil d'État fut le moins indépendant : la composition de l'assemblée générale au contentieux, qui comprenait les conseillers en service extraordinaire aussi bien que les autres, faisait prédominer les influences de l'administration active ; en outre, les conseillers d'État, nommés par le roi, étaient révocables *ad nutum* et par l'effet d'une simple omission au tableau annuel jusqu'en 1824 ; une ordonnance du 26 août 1824 exigea pour la révocation une ordonnance individuelle contresignée par le Garde des Sceaux ; la Charte de 1814 disait pourtant expressément que « les juges nommés par le roi sont inamovibles », aussi les publicistes et les jurisconsultes les plus éminents (1) attaquaient cet état

1. Duvergier de Hauranne, *l. c.*, n. 12, tome 1, p. 281 à 284 ; et Macarel, *l. c.*, n. 24, pp. 481 à 525.

de choses et soutenaient avec raison que l'institution du Conseil d'Etat était inconstitutionnelle. Sous la monarchie de juillet l'organisation du Conseil d'Etat resta sous le régime des ordonnances jusqu'en 1845 ; mais celles-ci vinrent réaliser des réformes heureuses : les conseillers en service extraordinaire cessèrent d'assister à l'assemblée générale au contentieux et de la sorte la pression dominante de l'administration active cessa de se faire sentir ; mais d'une part si l'élément de l'administration active disparaissait, celui de l'administration délibérante subsistait et régnait seul ; et d'autre part les conseillers d'Etat en service ordinaire continuaient à être révocables au gré du roi. C'est dans le système pratiqué par la loi du 3 mars 1849 et la loi du 24 mai 1872 que le Conseil d'Etat a été le plus indépendant du pouvoir exécutif, dont il était chargé de contrôler les actes ; mais ce régime avait un autre inconvénient, en ce qu'il introduisait la politique à la fois dans l'administration et dans la justice, et en ce qu'il constituait un empiètement du pouvoir législatif sur les deux autres pouvoirs.

C'est le système de 1852 qui se trouve reproduit avec quelques améliorations par les lois de 1872, de 1875 et de 1879 actuellement en vigueur : sans doute le ministre de la justice ne préside pas la section du contentieux non plus que l'assemblée générale au contentieux ; l'administration active ne juge donc plus elle-même au sein du Conseil d'Etat ; mais c'est l'administration délibérante qui continue à dominer exclusivement ; les conseillers d'Etat chargés de juger le contentieux administratif, continuent

à être des administrateurs en même temps que des juges ; car, indépendamment des délégués de chaque section administrative, les membres de la section du contentieux prennent part aux travaux administratifs de l'assemblée générale du Conseil d'Etat ; en outre, tous les conseillers d'Etat indistinctement peuvent être révoqués par un simple décret du président de la République ; la seule garantie donnée par l'article 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, c'est que ce décret de révocation, de même que le décret de nomination, doit être rendu en conseil des ministres.

Quant aux administrateurs actifs, ministre, préfet, maire, il est impossible de ne pas reconnaître que, dans le cas où ils jugent les procès administratifs, ils sont juges dans leur propre cause ; la seule garantie qui est bien insuffisante, et qui n'a même pas existé sous tous les gouvernements, se trouve aujourd'hui dans la responsabilité parlementaire des ministres.

b. Attributions.

Les attributions contentieuses des tribunaux administratifs résultent de l'ensemble des lois qui se sont succédé depuis l'an VIII et même depuis la Révolution jusqu'à nos jours. Mais avant de les étudier une question générale se pose : dans le silence de la loi et lorsque par sa nature le contentieux est administratif, quel est le juge compétent ? En d'autres termes, quel est le juge de droit commun en matière administrative ? Pour nous, la question n'offre aucune difficulté, et nous croyons avoir déjà établi que le juge naturel et de droit

commun, est, à moins d'un texte formel de la loi, le tribunal judiciaire : notre opinion est basée sur l'article 17, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790, sur l'article 13 lui-même de la même loi, sainement entendu, enfin sur les articles 6 et 9 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. Toutefois il nous faut reconnaître que cette doctrine, quoiqu'elle soit admise par quelques auteurs qui d'ailleurs ne l'ont pas assez solidement établie, est restée isolée, et n'a été adoptée ni par les tribunaux administratifs ni par les tribunaux judiciaires, ni par l'immense majorité des auteurs de notre pays : donnant à l'article 13, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790 et aux textes de même ordre rendus en 1791 et en l'an III un sens et une portée qu'ils n'ont jamais eus, la doctrine presque exclusivement dominante, et qui est observée mieux que la loi elle-même, conclue à l'incompétence générale des tribunaux judiciaires à l'égard des litiges administratifs. C'est alors que se pose la question générale de savoir quelle est, parmi les diverses juridictions administratives, celle qui connaîtra du litige administratif à propos duquel aucun texte de la loi n'est venu donner une attribution de compétence. C'est alors que les auteurs se divisent et sont en désaccord, nouvelle preuve que leur point de départ est défectueux. Dans une opinion à peu près abandonnée aujourd'hui (1), on soutient que c'est le Conseil de préfecture qui est le juge de droit commun, en s'appuyant sur l'exposé des motifs de la loi du 28 pluviôse an VIII présenté par Roederer, et sur un décret au contentieux

1. Féraud-Giraud, *l. c.*, n. 13, pp. 219 et 220, 222 et 223.

du 6 décembre 1813. Dans une autre doctrine, qui a été suivie sans hésitation, tant par les auteurs que par le Conseil d'État, et qui encore aujourd'hui est soutenue par un auteur d'une grande autorité (1), on enseigne que c'est le ministre qui est le juge administratif de droit commun : l'article 15 de la loi des 27 avril-25 mai 1791, instituait un Conseil d'État composé du roi et des ministres ; et l'article 17 de la même loi donnait à ce Conseil d'État « l'examen des difficultés et la discussion des affaires dont la discussion appartient au pouvoir exécutif, tant à l'égard des objets dont les corps administratifs et municipaux sont chargés sous l'autorité du roi que sur toutes les autres parties de l'administration générale » ; la constitution du 5 fructidor an III dans son article 193 décida que chaque ministre était juge dans son département ministériel ; l'article 52 de la constitution du 22 frimaire an VIII a chargé le Conseil d'État « de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative », et l'article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII, l'a chargé de prononcer « sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres » ; mais ces deux textes de l'an VIII n'ont pas abrogé les textes de 1791 et de l'an III, et ils n'ont eu d'autre but d'instituer le Conseil d'État juge d'appel des ministres. Enfin d'après la jurisprudence actuelle du Conseil d'État, telle qu'elle a été inaugurée par un arrêt du 28 avril 1882 (Dalloz, 83, 3, 89), et telle qu'elle résulte de la doctrine des auteurs qui l'ont préparée ou consa-

1. Ducrocq, *l. c.*, n. 11, n. 429.

crée (1), la juridiction administrative de droit commun appartient au Conseil d'État lui-même : on pense en effet que les textes de l'an VIII ont abrogé les textes antérieurs et sont encore aujourd'hui en vigueur ; en outre, on invoque des arguments d'importance secondaire, parmi lesquels le célèbre mot de Roederer : « administrer doit être le fait d'un seul, et juger le fait de plusieurs », prononcé dans l'exposé des motifs de la loi du 28 pluviôse an VIII.

Dans l'opinion que nous avons admise cette controverse ne présente aucun intérêt, puisqu'elle ne se pose même pas ; mais, étant donné que le point de départ, presque universellement adopté est contraire au nôtre, il faut reconnaître que le dernier système qui est actuellement en vigueur a sur les deux autres l'avantage de présenter moins de chances de partialité de la part du juge.

1. *Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs.*

a. *Actes administratifs.* — Le Conseil d'État exerce à cet égard un quadruple rôle : il est d'abord juge d'appel de toutes les décisions contentieuses rendues par les ministres et par les Conseils de préfecture, sauf à l'égard de ces derniers en ce qui concerne les décisions déferées à l'appel de la Cour des Comptes ; il est juge de cassation à l'égard de tous les tribunaux administratifs, y compris la Cour des Comptes ; c'est lui qui statue sur les recours pour excès de pouvoirs ; enfin d'après la juris-

1. Bouchené-Lefer, *l. c.*, n. 4. Quentin-Bauchart, *l. c.*, n. 30. Brémond, *l. c.*, n. 5. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, pp. 413 et 414.

prudence actuelle il est le juge administratif de droit commun ; et, en outre, d'après certaines lois spéciales il statue comme unique degré de juridiction en premier et dernier ressort.

La juridiction d'appel du Conseil d'État n'est formulée d'une façon générale par aucun texte ; mais elle résulte d'abord de la plupart des lois qui, en attribuant compétence aux Conseils de préfecture, réservent expressément l'appel au Conseil d'État, ensuite de ce que la règle des deux degrés de juridiction est un principe général de notre organisation judiciaire.

Les deux branches suivantes de la juridiction du Conseil d'État résultent d'un texte général, l'article 9 de la loi du 24 mai 1872.

En outre, le rôle de tribunal de cassation est consacré par des textes spéciaux, tels que l'article 17 de la loi du 16 septembre 1807, et par l'article 32 de la loi du 15 juillet 1889, qui remplaçant l'article 30 de la loi du 27 juillet 1872, a élargi le recours en cassation contre les décisions des Conseils de révision dans l'intérêt de l'individu.

Enfin les lois spéciales qui donnent au Conseil d'État une juridiction de premier et dernier ressort sont peu nombreuses, et elles sont toutes relatives à un contentieux qui de sa nature n'est nullement administratif ; tels sont l'article 4 de la loi du 7 juin 1873, l'article 2 de la loi du 31 juillet 1875, et l'article 21 de la loi du 22 avril 1806 ; quant à l'article 7 du décret du 15 octobre 1810, aux articles 6, 7, 8 et 10 de la loi du

27 avril 1838, aux articles 66 et 67 de la loi du 5 avril 1884, à l'article 7 de la loi du 11 germinal an XI, textes qui ont été cités (1) comme rentrant dans la juridiction contentieuse de premier et dernier ressort du Conseil d'État, ils nous paraissent bien plutôt n'être que des applications du recours pour excès de pouvoirs contre des actes administratifs dont il s'agit d'apprécier l'opportunité.

Enfin sans qu'aucun texte formel lui donne ce droit, le Conseil d'État statue sur l'interprétation des actes administratifs émanés du chef de l'État, et dont le sens et la portée se trouvent contestés.

Les Conseils de préfecture connaissent tout d'abord des contestations en matière de contributions directes en vertu de l'article 4, § 1, de la loi du 28 pluviôse an VIII. Nous avons vu que la matière des contributions indirectes avait été laissée à la compétence des tribunaux judiciaires.

En vertu de l'article 4, § 4, de la loi de pluviôse, le Conseil de préfecture prononçait « sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers à raison de terrains pris ou fouillés pour la construction des chemins, canaux et autres ouvrages publics » ; cette disposition qui rendait le Conseil de préfecture compétent en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, a reçu des modifications législatives : les articles 56 et 57 de la loi du 16 septembre 1807 « relative au dessèchement des marais » vinrent organiser un système d'expertise quand il y avait contestation sur l'in-

1. Laferrière, *l. c.*, n° 22, tome 1, pp. 280 à 282.

demnité entre le propriétaire et l'administration ; la loi du 8 mars 1810 transféra aux tribunaux judiciaires le droit de prononcer l'expropriation et de fixer l'indemnité ; la loi du 7 juillet 1833 et après elle la loi du 3 mai 1841, qui est le texte actuellement en vigueur, ont laissé aux tribunaux judiciaires compétence en vue de prononcer l'expropriation, et remis à un jury d'expropriation, tribunal judiciaire spécial, soumis comme les autres à la censure de la Cour de Cassation, le soin de fixer l'indemnité. L'article 4, § 4 de la loi de pluviôse a donc été abrogé en ce qui concerne « les terrains pris » ; au contraire en ce qui concerne « les terrains fouillés » il est encore en vigueur : comme l'expropriation, la servitude de fouilles, extraction et dépôt de matériaux, et occupation temporaire ne peut être exercée que moyennant une indemnité préalable ; c'est le Conseil de préfecture qui est compétent pour la fixer.

Il en est de même des indemnités dues en matière de servitudes militaires en vertu des articles 35 et suivants du décret du 10 août 1853, qui a coordonné les dispositions législatives en vigueur et en matière de servitudes établies autour des magasins à poudre de la guerre et de la marine en vertu de l'article 4 de la loi du 22 juin 1854. Du reste ces textes rendent le Conseil de préfecture compétent non seulement en vue de fixer l'indemnité, mais encore en vue de fixer, en cas de contestation, la limite des zones de servitude.

Le § 5 de l'article 4 de la loi de pluviôse attribue au Conseil de préfecture compétence pour prononcer « sur

les difficultés qui pourront s'élever en matière de grande voirie » ; c'est en vertu de cette disposition qu'il prononce la réintégration du sol à la route, lorsqu'il y a eu empiètement sur la largeur légale de la voie, et qu'il juge les contestations entre l'administration et les riverains au sujet du remboursement des frais de plantations effectuées d'office. Le contentieux de la petite voirie au contraire a été laissé aux tribunaux judiciaires.

Il y a encore d'autres opérations administratives dont le contentieux appartient aux Conseils de préfecture : les oppositions des particuliers en vertu du décret du 15 octobre 1810 contre les autorisations données aux établissements dangereux, incommodes, ou insalubres ; les réclamations des propriétaires contre les décisions des Conseils municipaux en ce qui touche les logements insalubres, en vertu de la loi du 13 avril 1850 ; les réclamations des cultivateurs de tabac indigène contre les décomptes dressés par la régie, en vertu des articles 200 et 201 de la loi du 28 avril 1816 ; les oppositions contre les arrêtés préfectoraux qui interdisent les fouilles pouvant altérer ou diminuer une source d'eau minérale déclarée d'intérêt public en vertu de l'article 4, § 2, de la loi du 14 juillet 1856 ; les demandes en indemnités dues par suite des décisions administratives portant interdiction de la pêche ou établissement d'échelles à poissons dans les barrages de particuliers en vertu de l'article 3 de la loi du 31 mai 1865 (1).

Le ministre a-t-il un pouvoir de juridiction ? Un auteur

1. Laferrière, *l. c.* n. 22, tome 1, pp. 319 et 320.

considérable (1), comprenant avec raison tout le danger qu'il y a à réunir dans les mêmes mains les fonctions de juge et celles d'administrateur actif, a soutenu que le ministre non seulement n'était pas le juge administratif de droit commun, mais même n'était jamais juge et statuait uniquement comme administrateur et comme chef hiérarchiquement supérieur. Dans une autre doctrine, aujourd'hui dominante (2), le ministre serait juge seulement en ce qui touche le contentieux soulevé par l'exécution des actes administratifs émanés de la puissance publique ; au contraire il n'agirait que comme administrateur à l'égard des difficultés impliquées par les actes de gestion émanés de la personne morale. Ni l'une ni l'autre de ces deux opinions ne nous paraît admissible : à notre sens le ministre est juge toutes les fois qu'il tranche une affaire contentieuse ; il y a contentieux chaque fois qu'un litige basé sur la violation d'un droit est suscité par l'exécution soit d'un acte administratif, soit d'un contrat, tel est le principe incontestable à nos yeux ; dès lors la qualité du juge ne saurait modifier la nature de l'affaire ; à la vérité le ministre est juge et partie ; mais ne peut-on pas en dire autant, quoique à un degré moindre, de tous les tribunaux administratifs ? Et par exemple, lorsque dans un Conseil de préfecture il y a partage d'opinions, et que la décision est faite par la voix prépondérante du préfet qui préside, tout le monde

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, pp. 400 à 413.

2. Ducrocq, *l. c.*, n. 11, nos 428 à 436 ; Aucoc, *l. c.*, n. 1, tome 1, p. 626 ; et Brémond, *l. c.*, n. 5, pp. 261 à 266.

n'est-il pas d'accord pour décider que même dans ce cas le Conseil de préfecture statue comme juge ? Telle a été d'ailleurs la doctrine unanimement adoptée pendant plus d'un demi-siècle, et les opinions dissidentes n'ont commencé à se faire jour que vers la fin du second Empire. Au surplus, les intérêts pratiques de cette controverse, quoique réels, nous semblent presque insignifiants, puisque dans l'une et l'autre doctrine le Conseil d'Etat est appelé à statuer, soit comme juge d'appel, soit comme juge de premier et dernier ressort : qu'importent donc les mots, lorsque les faits subsistent ? Que ce soit comme véritable juge, ou seulement comme administrateur que le ministre statue sur les affaires en question, le danger n'est-il pas le même du moment qu'il statue ? Dans tous les cas l'individu risquera fort de se voir sacrifié. Quels sont donc les litiges, de nature administrative, les seuls que nous examinions ici, qui se trouvent soumis à la décision du ministre ? Tout d'abord, d'après une doctrine qui est encore enseignée, le ministre serait le juge administratif de droit commun à l'égard des litiges administratifs proprement dits, en l'absence de tout texte de loi venant en attribuer la compétence à un autre tribunal ; c'est encore comme juge que statuerait le ministre « lorsqu'il est saisi d'un recours formé devant lui contre une décision contentieuse d'un préfet, soit qu'elle émane directement du préfet, soit que celui-ci ait statué sur la décision contentieuse d'un sous-préfet ou d'un maire (1). »

1. Ducrocq. *l. c.*, n. 11, tome 1, n. 435, 2°.

Les préfets et sous-préfets ne jugent aucun litige administratif proprement dit, mais seulement des litiges qui par leur nature sont purement judiciaires. Il en est différent des maires : en vertu de la loi des 23 mai 1792-18 janvier 1793, ils ont le droit de fixer l'indemnité dûe par les officiers voyageant sans troupes aux habitants qui ont été forcés de leur fournir le logement ; et d'après l'article 49 de la loi du 28 avril 1816 c'est le maire qui statue provisoirement lorsque les employés des contributions indirectes refusent, pour la perception du droit de détail, d'accepter le prix déclaré par le débitant.

β. *Actes de gouvernement.* — Cette théorie qui a consisté à faire échapper aussi bien à la juridiction administrative qu'aux tribunaux judiciaires de véritables actes administratifs, par ce seul fait qu'ils ont été qualifiés actes de haute police administrative ou actes de gouvernement, est relativement récente : inaugurée dès le début du second Empire, elle a trouvé d'autres applications pendant le cours de ce régime impérial, et aussi sous le gouvernement actuel. Sans doute, l'acte de gouvernement existe, et comme tel il doit être soustrait à l'examen de toute juridiction ; ce qui le prouve, c'est l'article 47 de la loi du 3 mars 1849, qui a été reproduit par l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 ; d'après ce texte, qui est actuellement en vigueur, « les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif ». Nul doute que ces termes très généraux comprennent les actes de gouver-

nement ; mais il s'agit de savoir quand ils existent et en quoi ils consistent. Cette question trouvera ses développements dans la seconde partie de notre étude.

2. *Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs.*

a. *Actes de gestion ou actes de la personne morale.* — En ce qui concerne ces actes, comme à l'égard de toutes les autres attributions des juges administratifs inférieurs, les principes continuent à s'appliquer : le Conseil d'État est juge d'appel et de cassation ; mais aucun texte ne lui a délégué d'attributions particulières en cette matière.

Le Conseil de préfecture a dans ses attributions un contentieux judiciaire qui est très étendu. Rentrent dans ce contentieux : « les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés », d'après l'article 4, § 2 de la loi du 28 pluviôse an VIII ; « le contentieux des domaines nationaux » d'après l'article 4 § 6 de la même loi ; les abonnements à passer entre la régie et les débitants pour remplacer les droits de détail et de circulation, en vertu de l'article 73 de la loi du 28 avril 1816 ; les concessions de terres en Algérie en vertu de l'article 19 du décret du 30 septembre 1878 ; les baux de sources d'eaux minérales appartenant à l'État ou aux départements, en vertu d'un arrêté du 3 floréal an VIII, article 2, et d'une ordonnance du 8 juin 1823 ; les baux et autres conventions passées entre les communes et fermiers et régisseurs de leurs octrois, en vertu de l'article 136, § 1 et 2 du décret du 17 mai 1809 ; les baux

conclus entre les communes et les propriétaires de halles, ou bâtiments propres au dépôt et à la vente des denrées en vertu d'un avis du Conseil d'État du 20 juillet 1806 interprétatif de la loi des 15-28 mars 1790 ; les partages de biens communaux, en vertu des lois du 10 juin 1793 et du 9 ventôse an XII.

C'est en cette matière que la juridiction du ministre trouve surtout à s'exercer. Sont soumises à sa décision : toute liquidation des dettes de l'État envers les particuliers en vertu de la loi des 17 juillet — 8 août 1790, de la loi du 26 septembre 1793, de l'arrêté du Directoire du 2 germinal an V, et aussi surtout en vertu de la jurisprudence administrative, qui se contente, bien à tort du reste, d'invoquer les textes des lois intermédiaires sur la séparation des pouvoirs ; les liquidations des pensions civiles ou militaires, et les réclamations auxquelles peut donner lieu leur fixation en vertu du décret du 13 septembre 1806, article 1, de la loi du 11 avril 1831 article 25, de la loi du 18 avril 1831, article 27, et de la loi du 9 juin 1853, article 24 ; les difficultés relatives à l'interprétation et à l'exécution des marchés de fournitures faits au gouvernement, autres que ceux qui sont relatifs aux travaux publics, et qui comme tels sont de la compétence du Conseil de préfecture, en vertu de l'article 4 de la loi du 12 vendémiaire an VIII, et de l'article 14 du décret du 11 juin 1806 ; enfin une loi du 10 juillet 1850, article 53, a donné au ministre des finances le droit d'interpréter le cahier des charges du marché passé par lui pour l'entreprise du transport des dépêches entre Marseille et la

Corse. L'article 20 du Code forestier, modifié par la loi du 4 mai 1837, et l'article 86 de l'ordonnance du 1^{er} août 1827, donnent aussi au sous-préfet un pouvoir de juridiction, en lui conférant le droit de trancher toutes les contestations qui peuvent s'élever pendant la durée des adjudications des coupes de bois des forêts domaniales.

b. Affaires purement judiciaires. — Ces sortes d'affaires sont telles, ou bien parce qu'elles ne mettent en jeu aucun intérêt de l'administration, par exemple parce qu'elles constituent des litiges entre des particuliers ou parce qu'elles ont trait à l'exercice de certains droits publics des citoyens, qui sont inscrits dans la loi, et dont l'existence ne dépend en aucune façon de l'administration, ou bien parce que, tout en intéressant l'administration, elles ont en vue un but plus élevé et touchent aux intérêts de la société tout entière, tel est le contentieux de la répression.

Dans cet ordre d'idées, le Conseil d'État outre ses pouvoirs de juridiction supérieure à l'égard des autres tribunaux administratifs, statue comme juge unique à l'égard de certaines affaires, en vertu de textes spéciaux; telles sont: la loi du 7 juin 1873, article 4, relativement à la déclaration de démission à prononcer contre le membre d'un conseil local qui s'est refusé à remplir l'une des fonctions qui lui sont dévolues par la loi; la loi du 31 juillet 1875, article 2, en ce qui touche la vérification des pouvoirs des membres des Conseils généraux; la loi du 22 avril 1806, article 21, en ce qui concerne les infractions aux lois et règlements de la banque de France, et les con-

testations en matière de police et administration intérieure ; ce dernier texte n'a reçu, paraît-il, depuis qu'il existe, qu'une seule application qui est de date récente (Conseil d'État, 9 février 1883, Doisy) (1).

Les Conseils de préfecture ont des attributions analogues et d'une application beaucoup plus fréquente : en vertu de l'article 4, § 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII, ils prononcent « sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs, et non du fait de l'administration ». De même d'après l'article 46 de la loi du 21 avril 1810, l'indemnité due au propriétaire de la surface par celui qui a, avec l'autorisation du préfet, exécuté les travaux de recherches de mines avant la concession, est fixée par le Conseil de préfecture. C'est encore lui qui a compétence pour prononcer la nullité des opérations électorales en matière d'élections aux Conseils d'arrondissement d'après les articles 50 à 52 de la loi du 22 juin 1833, et en matières d'élections aux Conseils municipaux d'après les articles 38 à 40 de la loi du 5 avril 1884. En ce qui concerne le contentieux de la répression, les attributions des Conseils de préfecture ont reçu une extension considérable au cours de ce siècle (2) : la loi du 29 floréal an X vint leur donner la répression des contraventions de grande voirie qu'elle retira aux tribunaux judiciaires ; la loi du 9 ventôse an XIII leur donna aussi la répression de certaines contraventions de petite voirie ; ils connais-

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, p. 281.

2. Glasson, *l. c.*, n. 49, pp. 500 et 501.

sent, en outre, des contraventions commises au bord de la mer d'après le décret du 10 avril 1812 ; des contraventions à la police des chemins de fer d'après la loi du 15 juillet 1845, articles 2 et 11 ; des contraventions commises sur les lignes télégraphiques d'après le décret du 27 décembre 1851 ; des contraventions à la police du roulage d'après la loi du 31 mai 1851, articles 4 et 9, et le décret du 19 août 1852, articles 1 à 12 ; des contraventions aux servitudes résultant de la délimitation de la zone frontière d'après la loi du 7 avril 1851, article 7 ; des contraventions aux servitudes militaires, d'après la loi du 17 juillet 1819, article 11, et le décret du 10 août 1853, articles 43 et suivants ; et des contraventions aux servitudes établies autour des magasins à poudre de la guerre et de la marine, d'après la loi du 22 juin 1854.

Le ministre de l'agriculture et du commerce, en vertu de la loi du 18 juillet 1860, règle les indemnités dues aux émigrants par les agences d'émigrations ; le ministre de l'instruction publique statue sur les réclamations contre les concours d'agrégation aux facultés de droit, en vertu du statut du 10 août 1857, article 24, et sur les réclamations contre les élections au Conseil supérieur de l'Instruction publique, en vertu des articles 12 et 13 du décret du 16 mars 1880.

Enfin un décret du 4 juillet 1806, articles 27 et 28, dispose que les contestations en matière de courses de chevaux sont décidées provisoirement par le maire, et définitivement par le préfet ; l'arrêté ministériel du 17 mai 1853 qui a donné cette même attribution à une com-

mission des courses a laissé subsister parallèlement cette juridiction du maire et du préfet.

c. Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics. — L'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII vint sur ce point remplacer les textes du droit intermédiaire ; il était ainsi conçu : « Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État. En ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». Des textes postérieurs vinrent donner en certaines matières aux administrations le pouvoir d'autoriser les poursuites, qui en principe continua à appartenir au Conseil d'État : un arrêté du 9 pluviôse an X à l'administration de l'enregistrement et des domaines ; un arrêté de la même date à l'administration des postes ; un arrêté du 28 pluviôse an XI reproduit par l'ordonnance du 1^{er} août 1827 à l'administration des eaux et forêts ; un arrêté du 10 thermidor an XI à l'administration des monnaies ; un arrêté du 29 thermidor an XI à l'administration des douanes ; un arrêté du 10 floreal an X au préfet pour les percepteurs des contributions ; une ordonnance du 18 septembre 1820, reproduisant un arrêté du 13 brumaire an V, à l'administration de la guerre. L'article 75 de la constitution de l'an VIII survécut à cette constitution elle-même ; comment en droit pouvait-il en être ainsi ? Il y avait là évidemment un résultat anti-légal et même anti-constitutionnel au premier chef, puisque ni la Charte de 1814, ni les constitutions postérieures n'ont reproduit cet article 75 : aussi

des jurisconsultes et des publicistes de premier ordre regardaient-ils cet article 75 comme contraire à la Charte dès le régime de la Restauration (1). Néanmoins ce texte a été appliqué jusqu'au décret—loi du 19 septembre 1870. Il reçut même des extensions considérables : il n'avait été écrit qu'au profit des fonctionnaires participant à l'action administrative ; il fut étendu à tous les employés du gouvernement, exerçant « une portion quelconque d'autorité publique » ; comme les textes antérieurs, il n'avait été fait qu'à l'égard des poursuites criminelles ; il fut étendu aux actions civiles en responsabilité ; en un mot, ayant eu pour but de donner une garantie d'indépendance à l'administration, il eut pour résultat de conférer une garantie d'impunité à l'administrateur, car les autorisations préalables données par le Conseil d'État ou par les administrations étaient rares.

Toutefois il est juste de reconnaître qu'avec ce système, tout despotique qu'il était, l'individu ne se trouvait pas encore absolument sacrifié : tout d'abord, en effet, en vertu du texte même de l'article 75, l'autorisation préalable n'était nécessaire qu'à l'égard des « faits relatifs aux fonctions » ; à la vérité même à ce sujet la jurisprudence a pendant quelque temps donné au texte une extension qu'il ne comportait pas, en décidant que l'autorisation préalable était nécessaire même en ce qui touche les faits per-

1. Henrion de Pansey, *l. c.*, n. 20, tome 2, pp. 415 à 424. De Cormenin, *l. c.*, n. 6, tome 2, pp. 338 à 380 ; et Appendice, *vo Mises en jugement*, pp. 99 et 100. Duvergier de Hauranne, *l. c.*, n. 12, tome 1, pp. 128 à 137.

sonnels de l'administrateur, qui ne constituent aucunement un fait de la fonction, mais tout simplement un délit de droit commun, du moment qu'ils étaient accomplis au cours et à l'occasion des fonctions ; mais la jurisprudence dans son dernier état était revenue aux vrais principes (Cour de Cassation, 31 mars 1864, Sirey, 64, 1, 248), et l'autorisation préalable n'était nécessaire que si l'acte attaqué constituait un acte de la fonction même, il ne suffisait pas qu'il fût accompli dans l'exercice de cette fonction ; le fait personnel de l'administrateur, même accompli au cours de sa fonction, restait donc sous l'empire du droit commun. D'autre part, c'étaient les tribunaux judiciaires qui restaient juges souverains du point de savoir si l'autorisation préalable était ou non nécessaire ; car eux seuls étaient compétents pour statuer sur la poursuite ; dès lors, l'article 3 de l'ordonnance du 1 juin 1828 refusait expressément à l'administration le droit d'élever le conflit en cette matière. Enfin, il importe de remarquer que la loi du 8 décembre 1814, article 44, reproduite par la loi du 28 avril 1816, article 244, venait déroger à l'article 75 à l'égard des agents des contributions indirectes, en décidant que les préposés ou employés de la régie prévenus de crimes ou délits dans l'exercice de leurs fonctions seraient poursuivis et traduits dans les formes communes à tous les autres citoyens devant les tribunaux compétents sans autorisation préalable ; la loi de finances du 4 août 1844, et à sa suite, toutes les lois de finances postérieures ont consacré ce même système à l'égard des agents des contributions directes ; et il importe de

remarquer que dans ces hypothèses personne ne contestait aux tribunaux judiciaires le droit de juger la légalité de l'acte administratif lui-même, accompli par l'administrateur « relativement à ses fonctions », et d'accueillir alors la poursuite du particulier lésé, sans que l'administration pût y apporter aucun obstacle.

Le décret-loi du 19 septembre 1870 est venu abroger l'article 75 de la constitution de l'an VIII, ainsi que « toutes autres dispositions de lois, générales ou spéciales, ayant pour objet d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics de tout ordre ». Ce texte n'est-il pas clair et très compréhensif ? Et l'esprit de ses rédacteurs n'est-il pas certain ? N'est-ce pas tout simplement de généraliser le système antérieur qui revenait au droit commun à l'égard des agents des contributions directes et indirectes ? Tel n'est pourtant pas le sens qui lui a été donné : en vertu de la jurisprudence actuelle l'article 75 de la constitution de l'an VIII est abrogé, mais aujourd'hui les tribunaux judiciaires peuvent être dessaisis de la poursuite, et le conflit peut être élevé en cette matière bien que l'article 3 de l'ordonnance de 1828 n'ait encore été abrogé par aucun texte. L'individu se trouve maintenant beaucoup plus sacrifié qu'autrefois, puisqu'il est vrai de dire qu'il ne trouve plus de justice que si tel est le bon vouloir de l'administration. Comment une pareille interprétation a-t-elle pu triompher ? C'est là un point sur lequel nous reviendrons en détail dans notre seconde partie ; il suffisait ici de constater l'état actuel des choses (1).

1. Bernard, *l. c.*, n. 3.

3. *Contentieux entre l'Etat et ses agents-comptables.* —

La Cour des Comptes exerce à cet égard tantôt le rôle de juridiction d'appel, tantôt celui de juge unique.

Elle statue en appel sur toutes les décisions rendues en cette matière par les Conseils de préfecture en premier ressort : d'après l'article 157 de la loi du 5 avril 1884, ceux-ci jugent en premier ressort les comptes des receveurs municipaux, trésoriers des hospices, fabriques et autres établissements publics dont les revenus annuels ordinaires n'excèdent pas 30.000 francs. A l'égard de tous les autres comptes c'est la Cour des Comptes qui statue en premier et dernier ressort.

La juridiction de la Cour des Comptes ne s'étend pas aux comptes d'administration présentés par les ordonnateurs qui sont des administrateurs actifs, mais seulement aux comptes de gestion présentés par les comptables, et même, parmi ces derniers, seulement aux comptes en deniers et non aux comptes en matières, du moins en principe. Telles sont les règles qui résultent du décret du 31 mai 1862, articles 17 et 426. En outre, la Cour a pour justiciables en vertu de l'article 25 du même décret les individus qui sans être fonctionnaires sont devenus des comptables de fait en s'ingérant par suite de gestions occultes dans le maniement des deniers publics. La Cour des Comptes peut déclarer que le comptable est en débet, ou qu'il est quitte, ou qu'il est en avance envers l'Etat : dans le premier cas elle peut prononcer contre le comptable une condamnation à solder son débet ; dans les deux autres cas, elle ne peut que lui donner décharge, sans

pouvoir dans le dernier condamner l'Etat à rembourser le comptable de ses avances, parce que le ministre a seul compétence à cet effet.

A son pouvoir de juridiction, la Cour des Comptes joint un pouvoir de contrôle administratif financier. Examinant s'il y a concordance entre les comptes d'administration des ministres et les comptes de gestion des comptables qu'elle a jugés, elle rend des déclarations générales ou spéciales de conformité sur les comptes de l'année précédente, et sur la situation définitive de l'exercice expiré. La loi du 6 juin 1843, article 14, et l'ordonnance du 26 août 1844, reproduites par le décret du 31 mai 1862, ont soumis à ce point de vue les comptables en matières au contrôle de la Cour des Comptes.

§ 3. — *Le conflit d'attributions.*

Le régime de l'arbitraire qui était pratiqué pendant les précédentes périodes régna jusque sous la Restauration. L'ordonnance du 1 juin 1828 eut pour effet d'apporter des améliorations en ce qui touche surtout l'élévation du conflit; elle est encore en vigueur; quant au jugement du conflit, les systèmes législatifs ont varié au cours de ce siècle; le texte qui nous régit actuellement est la loi du 24 mai 1872, indirectement modifiée par l'article 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875.

a. Élévation du conflit.

Par qui il peut être élevé? — L'arrêté consulaire du 13

brumaire an X réservait déjà aux préfets le droit d'élever le conflit. D'après les articles 6 à 9 de l'ordonnance de 1828 au préfet seul appartient ce droit : le préfet commence par proposer un déclinaire d'incompétence au tribunal judiciaire ; si celui-ci se déclare compétent, le préfet qui voit son déclinaire rejeté peut revendiquer la cause et prendre un arrêté de conflit ; il y a une disposition commune au déclinaire d'incompétence et à l'arrêté du conflit, « la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux y sera textuellement insérée. » Nous avons vu comment la jurisprudence qui se contente de l'insertion des textes généraux de 1790 et de l'an III sur la séparation des pouvoirs viole tout à la fois le texte et l'esprit de l'ordonnance de 1828 (1). Le conflit est donc institué en vue d'empêcher les empiètements du pouvoir judiciaire sur l'administration ; au contraire, il ne peut pas avoir pour résultat de mettre obstacle aux usurpations de l'administration sur les tribunaux judiciaires, puisque ceux-ci ne peuvent pas élever le conflit : avant l'ordonnance de 1828, certains tribunaux avaient pensé le contraire et avaient élevé le conflit ; leur prétention a été condamnée définitivement en 1828. Cependant l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, actuellement en vigueur, reproduisant l'article 47 de la loi du 3 mars 1849, dit que « les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, p. 443, texte et note.

administratif », le ministre de la justice ne pourrait-il pas en vertu de ce texte élever le conflit au nom du pouvoir judiciaire ? Étant donné les termes très généraux employés par cet article 26, cette solution nous paraît possible ; toutefois il est certain que les rédacteurs de ce texte n'ont eu en vue que les affaires dans lesquelles se trouve en jeu un acte gouvernemental, et non le contentieux des tribunaux judiciaires (1). Quoi qu'il en soit, pour un cas spécial, il est vrai, ce texte vient faire échec à la règle de l'ordonnance de 1828 d'après laquelle le préfet seul a qualité pour élever le conflit.

Dans quels cas le conflit peut-il être élevé ? — Le préfet peut prendre un arrêté de conflit toutes les fois qu'un texte de loi attribue compétence soit à l'administration elle-même, soit aux tribunaux administratifs, à l'exclusion des tribunaux judiciaires : peu importe du reste que l'administration soit ou non partie en cause, par exemple dans le cas prévu par l'article 4, § 3, de la loi du 28 pluviôse an VIII. Tel est le principe posé par les articles 6 et 9 de l'ordonnance de 1828. Mais cette ordonnance énumère dans ses articles 1 à 4 des cas dans lesquels le conflit ne peut pas être élevé : le conflit ne peut jamais être élevé après des jugements ou arrêts devenus définitifs ; le conflit était aussi hors de cause, sous l'empire de l'article 75 de la constitution de l'an VIII, lorsque le tribunal judiciaire admettait la poursuite contre un fonctionnaire sans se conformer à la nécessité de l'autorisation préalable ;

1. Laferrière, *l. c.*, n. 22, tome 1, pp. 424 à 428.

le conflit ne peut pas être élevé en matière criminelle; il ne peut l'être en matière correctionnelle que dans deux cas exceptionnels, le cas où la répression du délit est attribuée par un texte de loi à l'autorité administrative et le cas où le jugement dépend d'une question préjudicielle que l'autorité administrative a seule qualité pour trancher en vertu d'un texte législatif.

Effet du conflit. — L'arrêté préfectoral de conflit a pour effet non pas de dessaisir le tribunal, mais de lui imposer l'obligation de surseoir à toute procédure; cette obligation est sanctionnée par les articles 127, § 2 et 128 du Code Pénal, qui punissent de la dégradation civique et d'une amende évoluant entre seize francs et cent cinquante francs les juges qu'ils déclarent coupables de forfaiture pour avoir passé outre sans tenir compte de l'arrêté de conflit.

b. Jugement du conflit.

Autorité chargée de statuer. — L'on peut distinguer à cet égard deux systèmes : l'un qu'il est permis d'appeler monarchique parce qu'il a été appliqué par les constitutions impériales et monarchiques; l'autre que l'on peut dénommer démocratique, parce qu'il a été admis par les régimes républicains. Le premier, inauguré par le règlement du 5 nivôse an VIII, et reproduit sous la Restauration, sous le gouvernement de juillet, et sous le second Empire, a donné le jugement des conflits au premier consul, à l'empereur, au roi en son Conseil d'Etat : dans ce système c'est donc le chef du pouvoir exécutif qui prononce et qui juge; l'ancien régime

n'avait donc pas disparu sur ce point. Le second pratiqué d'abord par la constitution du 4 novembre 1848, a été adopté sans modifications graves par la loi du 24 mai 1872, article 25 : dans ce système, le jugement des conflits est confié à un Tribunal des Conflits ; celui-ci est composé d'éléments divers, des conseillers à la Cour de Cassation, et en nombre égal des conseillers d'Etat élus par l'Assemblée nationale, enfin le ministre de la justice qui préside et a voix prépondérante en cas de partage ; dans ce tribunal les trois pouvoirs se trouvent ainsi représentés, et il semble qu'il soit composé de façon à assurer à l'individu toutes les garanties d'une bonne justice. Mais outre que ce système a pour résultat inévitable d'introduire la politique au sein de la justice, il serait presque puéril de méconnaître que la pression d'un fonctionnaire aussi haut placé que l'est le ministre qui préside est fort à redouter, d'autant plus qu'elle s'exercera presque toujours dans un esprit de partialité inconsciente et à peu près inévitable. C'est ce qu'a compris le législateur de 1872 : aussi a-t-il décidé que le Tribunal des Conflits, outre les trois conseillers à la Cour de Cassation et les trois conseillers d'Etat, comprendrait deux autres membres et deux suppléants nommés par eux ; grâce à ce nouvel élément, les partages d'opinions seront plus rares ; néanmoins ils ne sont pas rendus impossibles et alors c'est le ministre qui avec sa seule voix fera tout le jugement. Aussi nous paraît-il impossible de considérer comme bonne cette organisation qui, sans faire nécessairement il est vrai de ce tribunal un juge en sa propre

cause, le rend néanmoins suspect de partialité, et de cette façon retire aux justiciables toute la confiance qu'ils devraient avoir en lui. D'ailleurs le régime qui nous gouverne à l'heure actuelle n'est plus le système que nous avons appelé démocratique, à la vérité il n'est pas non plus le système monarchique ; mais il s'en rapproche : l'article 25 de la loi du 24 mai 1872 est bien encore en vigueur, mais l'ensemble de la construction a été détruit ; en effet, l'article 3 de la loi du 24 mai 1872, qui faisait nommer les conseillers d'Etat par le pouvoir législatif, a été abrogé par l'article 4 de la loi du 25 février 1875 qui rend leur nomination au chef du pouvoir exécutif ; aujourd'hui par conséquent l'élément administratif se trouve dominant au sein du Tribunal des Conflits ; il a donc plus de chance qu'auparavant de l'emporter sur l'élément judiciaire. Aussi considérons-nous le Tribunal des Conflits non comme un tribunal mixte, mais comme un tribunal administratif.

Effets du jugement rendu sur conflit. — Le Tribunal de Conflits ne doit pas connaître du fond de l'affaire, il n'a à trancher que la question de compétence. Annule-t-il le conflit : le tribunal judiciaire déjà saisi de l'affaire peut reprendre la procédure entamée. Confirme-t-il le conflit : par cela même le tribunal judiciaire se trouve dessaisi, et l'affaire devra être portée devant l'autorité administrative qui doit en connaître (1).

1. Cependant le Tribunal des Conflits dans un arrêt célèbre sur la valeur duquel nous aurons à revenir à un autre point de vue, est sorti de ses attributions en évoquant l'affaire et en la jugeant (26

Procédure. — Elle est réglée par les articles 13 à 16 de l'ordonnance du 1 juin 1828. Parmi les règles protectrices du droit de l'individu d'obtenir justice se trouve la fixation d'un délai dans lequel le conflit doit être vidé : ce délai est de quarante jours à compter de l'envoi des pièces au ministère de la Justice ; il peut être prorogé par le Garde des Sceaux, mais il ne peut jamais excéder deux mois ; s'il n'est pas statué dans ce délai, l'arrêté de conflit est considéré comme non avenu, et la procédure entamée peut être reprise devant le tribunal judiciaire.

juillet 1873, Dalloz, 74-3-7). Cf. Bernard, *l. c.*, *Revue critique*, tome 44, page 449.

SECOND TYPE

α . L'Angleterre.

β . Les États-Unis.

α . L'ANGLETERRE

- I. Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs. 1. Reconnaissance et méconnaissance du principe. 2. Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire. — II. Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire. 1. Mode de recrutement du pouvoir judiciaire. 2. Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire. — III. Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs. 1. Domaine d'application de la juridiction administrative. 2. Les divers tribunaux administratifs. α . Organisation. β . Attributions. 3. Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics. 4. Le conflit d'attributions.

BIBLIOGRAPHIE

1. Boutmy. Le développement de la constitution et de la société politique en Angleterre. Paris, 1887.
2. Boutmy. Les sources de la constitution anglaise. Nouvelle revue historique, tome 2, 1878, p. 37 à 66.
3. Bugnottet et Noirpoudre de Sauvigny. Etudes administratives et judiciaires sur Londres et l'Angleterre. Paris, 1889-1890, 2 vol.

4. Cauvet. De l'origine commune de la constitution d'Angleterre et des institutions de l'ancienne monarchie française. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1843, tome 17, p. 521 à 557.
5. Dareste. *La justice administrative en France*. Paris, 1862.
6. Dareste. *Les constitutions modernes*. Paris, 1883, 2 vol.
7. Faucher. *Etudes sur l'Angleterre*. Paris, 1845, 2 vol.
8. Fischel. *La constitution d'Angleterre*. Paris, 1864, 2 vol.
9. de Franqueville. *Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre*. Paris, 1864.
10. Glasson. *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*. Paris, 1882-1883, 6 vol.
11. Glasson. De l'organisation judiciaire en Angleterre depuis l'acte du 3 août 1873. *France judiciaire*, tome 6, 1881-1882, p. 289 à 314.
12. Gneist. *La constitution communale de l'Angleterre ; son histoire ; son état actuel*. Trad. Théodore Hippert. Paris, 1867-1870, 5 vol.
13. Laferrière. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Paris, 1887-1888, 2 vol.
14. Lefèvre-Pontalis. Du pouvoir judiciaire en Angleterre. *Revue historique de droit français et étranger*, tome 2, 1856, p. 237 à 251 ; et tome 3, 1857, p. 47 à 75.
15. Meier. *Das Verwaltungsrecht. Das englische System*. Leipzig. 1882. *Encyclopædie der Rechtswissenschaft*, von Holtzendorff, p. 1161 à 1164.
16. Meyer. *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux états de l'Europe*. Paris, 1819, 5 vol.
17. Poitou. *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*. Paris, 1869.
18. Réy. *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France*. Paris, 1826.
19. Valframbert. *Régime municipal de l'Angleterre*. Paris, 1873.

I

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

L'histoire politique de l'Angleterre a été à l'origine, après la conquête, la même que celle de la France. Le roi, seul ou en son conseil, réunit tous les pouvoirs : il gouverne, administre et juge (1). Mais les destinées ultérieures de ces deux pays furent bien différentes : tandis qu'en France la royauté finit par devenir absolue, en Angleterre, au contraire, elle ne put subsister que tempérée par le respect des droits de l'individu ; chez nous les efforts tentés en ce sens avaient été faits assez tard, et ils n'eurent que des résultats éphémères ; chez nos voisins ils eurent lieu beaucoup plus tôt, et ils produisirent des effets permanents et durables (2). Le point de départ des deux nations avait été le même ; leur point d'arrivée fut essentiellement différent.

Ces faits trouvent une explication très simple : tandis qu'en France la royauté, dans sa lutte contre les seigneurs, s'étant alliée avec les communes, sut après sa victoire contre ceux-ci, se débarrasser toujours à

1. Glasson, *l. c.*, n. 10, tome 2, pp. 320 à 359 ; Gneist, *l. c.*, n. 12, tome 1, p. 118. Boutmy, *l. c.*, n. 1, pp. 67 et 68.

2. Cauvet, *l. c.*, n. 4, pp. 521 à 557.

à temps des prétentions de celles-là de sorte qu'elle resta définitivement seule maîtresse du terrain, les choses prirent en Angleterre une tout autre face : l'aristocratie Anglaise, moins puissante au début que l'aristocratie Française, se ligua avec les communes contre le roi ; celui-ci ayant succombé dans la lutte, on put voir la nation dicter ses conditions au souverain ; « les efforts que les classes du royaume ont faits en commun ont été couronnés par une victoire mémorable, et consacré dans un acte où les grands ont stipulé en faveur des humbles et des petits (1) ». Tel fut le résultat atteint par la Grande Charte arrachée au roi Jean Sans Terre le 15 juin 1215 : dans cette transaction l'aristocratie Anglaise ne s'était naturellement pas oubliée ; c'est elle qui encore de nos jours se trouve à la tête du royaume, mais son pouvoir quoique très grand n'est pas sans contrepoids ; ce n'est pas un mince mérite pour les barons Anglais de cette époque d'avoir compris à la différence des rois de France qu'en faisant participer les communes à leur victoire, leur œuvre et leur puissance elle-même gagneraient en durée ce qu'elles pouvaient perdre en intensité.

Il y a là à notre sens une des causes les plus intimes de l'esprit traditionnel et conservateur du peuple Anglais. L'Angleterre cependant a elle aussi connu ses révolutions mais ici encore elle nous a devancés. La dernière a abouti au bill des droits du 13 février 1689. Mais aucun texte ne consacre le principe de la séparation des

1. Boutmy, *l. c.*, n. 1, p. 57.

pouvoirs, le droit constitutionnel anglais qui repose d'ailleurs beaucoup plus sur la coutume que sur le droit écrit, ne pose pas de principes, il se contente de chercher dans des tempéraments de fait un système de transaction entre les différents pouvoirs. C'est ce système qui a apparu à Montesquieu comme une véritable séparation des pouvoirs : on a peut-être tort (1) de lui en faire un reproche ; car pour son temps et pour son pays, le système anglais constituait sinon une séparation, du moins une distribution des pouvoirs qui en France étaient tous réunis dans la même main. Le gouvernement confié au roi, le droit de faire la loi exercé par la Chambre des lords et par la Chambre des communes, le droit de juger appartenant à un pouvoir indépendant : tels étaient les traits caractéristiques encore subsistant à l'heure actuelle de l'ensemble des réformes opérées.

Mais cette division des pouvoirs subit des dérogations considérables, qui toutes tiennent à l'origine des institutions telle que nous l'avons rappelée. Tout d'abord, encore à l'heure actuelle, la Chambre des lords est la Cour d'appel suprême du royaume ; d'un autre côté jusqu'en 1873 a existé la juridiction de la Cour de chancellerie ; le lord haut chancelier (*lord high chancellor*) dans la cour de chancellerie et même dans la Chambre des lords faisait seul le jugement et à ses fonctions judiciaires il joignait celles de membre du cabinet et

1. Faucher, *l. c.*, n. 7, tome 2, pp. 411 à 433.

de membre du conseil privé (1). Voilà des empiètements du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire : l'acte du 5 août 1873 sur lequel nous aurons à revenir ne les a pas tous fait disparaître. Mais autrement grande est la confusion des pouvoirs exécutif et judiciaire entre les mains de ce dernier. En Angleterre l'administrateur n'est pas juge, c'est le juge qui est administrateur ; il y a là une confusion des pouvoirs inverse de celle qui règne en France ; l'acte du 13 août 1888 marque un premier pas vers la suppression de ce système.

Examinons d'abord l'état des choses antérieur à cette date. Le juge faisait de nombreux actes d'administration (2), il en était ainsi surtout du juge de paix. C'est ainsi qu'il pouvait en cas de nécessité décréter l'entretien d'un indigent, maintenir dans l'accomplissement de leurs devoirs par des ordonnances pénales les inspecteurs des pauvres et les constables chargés de surveiller l'état des routes, nommer et révoquer certains fonctionnaires communaux, concéder des licences telles que celle de débit de boissons, faire la répartition des axes, décréter la reconstruction et l'érection des locaux des tribunaux, faire la délimitation des communes dans les comtés, réglementer l'administration des prisons et

1. Lefèvre-Pontalis, *l. c.*, n. 14, pp. 243 à 245 ; Glasson, *l. c.*, n. 10, tome 6, pp. 416 à 477.

2. Fischel, *l. c.*, n. 8, tome 1, pp. 239 à 246. Gneist, *l. c.*, n. 12, tome 2, pp. 60 à 62 ; tome 3, pp. 233 à 290 ; tome 4, p. 83. Bugnottet et Noirpoudre de Sauvigny, *l. c.*, n. 3, tome 1, pp. 338 à 340 ; et tome 2, pp. 46 à 86. Meier, *l. c.*, n. 15, p. 1161 et suiv.

des maisons de fous, présider au serment et à la rédaction du contrat d'enrôlement militaire, etc., etc. L'acte du 13 août 1888 (1) est venu décider qu'à partir du 1 avril 1889 chaque comté d'Angleterre serait administré par un Conseil de Comté (Connty Council), élu par les administrés et autonome, et à qui étaient données les attributions administratives actuelles des juges de paix et toutes les autres attributions administratives éventuelles.

Ainsi depuis deux ans une réforme importante a été réalisée et l'on ne peut plus dire que le juge de paix est en même temps administrateur et juge. Mais cette confusion des pouvoirs qui a disparu sur ce point s'est maintenue dans les autres degrés de l'échelle judiciaire; car la loi du 13 août 1888 ne s'occupe que des attributions administratives des juges de paix, mais non de celles du jury ni des Cours supérieures; or, depuis comme avant 1889, le jury d'une part, les Cours de l'autre, exercent des attributions d'administration active. C'est ainsi qu'en matière criminelle le jury est chargé de la surveillance des prisons; il s'y transporte en corps, a le droit d'interroger tous les prisonniers, de recevoir leurs plaintes, et veille à ce qu'ils reçoivent prompt jugement. La Cour du Banc de la reine, qui fait partie de la Cour suprême depuis 1873 a le droit d'adresser spontanément ou sur la réclamation d'un particulier, soit des ordres et injonctions (*writ of mandamus, writ of peremptory mandamus*),

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1889, pp. 42 et suiv., trad. notes et notice de MM. de Haye et Guérin.

soit des mises en demeure (*writ of certiorari*), soit des défenses (*writ of prohibition*) à tout administrateur, à moins pourtant qu'une loi spéciale à certains fonctionnaires lui ait retiré ce droit pour le transporter à quelque autre autorité ; enfin la Cour a le droit d'évoquer l'affaire et de faire elle-même acte d'administration. L'acte du 13 août 1888 n'a rien changé à cet état de choses, il a seulement déplacé le pouvoir de la Cour en le transportant des juges de paix sur les Conseils de comtés.

Enfin en Angleterre l'administration reste subordonnée au pouvoir judiciaire ; l'exemple suivant, déjà ancien, mais susceptible de se représenter avec les circonstances, en est une preuve frappante : l'un des grands juges, s'étant rendu aux assises vers l'année 1856, « ne fut reçu que par un sous-shérif qui était venu le chercher dans un tilbury ordinaire sans appariteurs et sans cortège, il prononça une condamnation de 100 liv. st. (2,500 fr.) contre le grand shérif qui n'avait pas rempli les devoirs administratifs de sa charge (1) ». Ainsi, en Angleterre, la confusion des pouvoirs exécutif et judiciaire existe au profit du pouvoir judiciaire, non au profit du pouvoir exécutif : cependant à propos de quelques services publics importants des lois exceptionnelles sont venues non seulement enlever aux Cours leurs pouvoirs purement administratifs pour les transporter à des fonctionnaires supérieurs, mais encore donner à ces mêmes fonctionnaires le jugement des contestations engendrées par l'exécution de

1. Lefèvre-Pontalis, *l. c.*, n. 14, tome 2, p. 250, note 1.

ces services ; dans cette mesure restreinte et cependant importante, la juridiction administrative fonctionne et constitue une confusion des pouvoirs judiciaire et exécutif au profit de ce dernier.

§ 2. — *Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.*

L'existence du pouvoir judiciaire n'est consacrée par aucun texte de loi ; mais ce fait n'est nullement surprenant ; il se présente également en ce qui touche le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif : c'est que la constitution d'Angleterre se trouve bien plus dans les mœurs et dans les coutumes que dans la loi écrite (1). Sans doute, encore aujourd'hui, le roi est considéré comme le juge suprême du royaume, et il est toujours censé présent à tous les tribunaux (2), parce qu'aucune loi n'est venue détruire ces anciennes idées ; mais ce ne sont là que des fictions qui n'ont aucune importance pratique, et leur mise en œuvre est depuis fort longtemps déjà tombée en désuétude : « les juges seuls ont le droit de juger, et l'on rapporte que Jacques I étant venu prendre siège fut averti par la Cour qu'il ne pouvait donner son avis (3). » Enfin, ce qui constitue un pouvoir, c'est d'une part sa compétence exclusive à l'égard de ses attributions naturelles, d'autre part son indépendance une fois qu'il est nommé ; or c'est peut-être en Angleterre que ces deux éléments se trouvent réunis au plus haut degré à l'égard du pouvoir judi-

1. Boutmy, *l. c.*, n. 2, pp. 37 à 66.

2. Fischel, *l. c.*, n. 8, pp. 215, 263.

3. De Franqueville, *l. c.*, n. 9, pp. 276 et 277.

ciaire ; c'est ainsi que les élections législatives, dont le contentieux est réservé au Parlement lui-même dans tous les autres pays, relèvent de la cour suprême, en vertu d'une loi du 12 juin 1868, modifiée par une loi du 15 août 1879 (1).

II

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE.

§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.*

Les tribunaux Anglais, tant au civil qu'au criminel, se composent de deux éléments qui fonctionnent d'ordinaire simultanément : le jury et les magistrats (2). Le jury est chargé de décider le point de fait, le magistrat tranche le point de droit. Les juridictions sont : les justices de paix, les Cours de Comtés, la Cour d'appel suprême qui en 1873 a remplacé les Cours supérieures, enfin la Chambre des Lords.

Les juges de paix statuent en petites sessions (*petty sessions*), ou en sessions trimestrielles (*quarter sessions*). Les petites sessions sont des tribunaux itinérants

1. Laferrière, *l. c.*, n. 13, tome 1, p. 97.

2. Meyer, *l. c.*, n. 16, pp. 286 à 313; Lefèvre-Pontalis, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 246 à 251, et tome 3, pp. 52 à 70; Glasson, *l. c.*, n. 10, tome 6, pp. 416 à 477. De Franqueville, *l. c.*, n. 9, pp. 211 à 307. Rey, *l. c.*, n. 18, 2^e partie.

composés d'au moins deux juges de paix, se réunissant périodiquement dans diverses localités de leur division territoriale, et jugeant sans l'assistance du jury. Les quarter-sessions sont des tribunaux de comtés composés de plus de deux juges de paix se réunissant en janvier, avril, juillet et octobre dans la principale ville du comté et jugeant avec l'assistance du jury. Les juges de paix se recrutent dans la gentry du comté, c'est-à-dire dans cette aristocratie de fait qui est basée sur la notabilité des habitants; ils sont nommés par le pouvoir exécutif; d'ailleurs le titre de juge de paix, une fois qu'il est accordé, n'entraîne pas par cela même l'entrée en fonctions; celle-ci n'a lieu qu'au fur et à mesure des vacances des juges en activité de service. La juridiction des juges de paix est extrêmement ancienne; elle a existé de tous temps.

Il en est différemment de celle des Cours de Comtés (County-Courts) ou Cours pour le recouvrement des petites dettes (*Courts for the recovery of small debts*): sans doute, avant la conquête, à l'époque saxonne, il y avait aussi des Cours de Comtés tenues par le comte ou par son représentant, le shérif, assisté d'un jury de francs-tenanciers; mais après la conquête leurs attributions judiciaires leur furent peu à peu toutes successivement enlevées et transportées aux Cours supérieures. Les Cours de Comtés actuelles ne datent que d'un acte de 1846 voté sur la proposition de lord Brougham, en vertu de cet acte l'Angleterre et le pays de Galles ont été partagés en soixante districts ou circuits; auparavant on était obligé de plaider soit à Londres, soit dans l'un

des huit circuits où les Cours de Westminster étaient représentées périodiquement par deux de leurs membres. Les Cours de Comtés sont compétentes d'abord à l'égard de tous les litiges dont l'objet n'excède pas 500 livres (12500 francs), ensuite à l'égard de certaines affaires d'un chiffre plus élevé qui leur ont été attribuées par des lois spéciales. Les juges sont nommés par le lord haut chancelier, qui les choisit parmi les barristers comptant au moins sept années de pratique du barreau (1).

Quel était, en ce qui concerne les Cours supérieures, l'état des choses antérieur à 1873? L'*aula regia* créée par Guillaume le Conquérant, et fixée à Westminster par Jean sans Terre, commença à se diviser sous Henri III; en même temps l'institution des juges voyageurs était organisée (2). On aboutit ainsi à une division tripartite entre la Cour du Banc de la reine (*Court of Queen's bench*), la Cour des plaids communs (*Court of common pleas*), et la Cour de l'Echiquier (*Court of Exchequer*), composées chacune d'un lord-chef président et de quatre lords juges. La Cour du Banc de la reine devait juger seule toutes les affaires de la Couronne, les criminels poursuivis par le souverain au nom de la société et les actions civiles intentées à la suite de crimes ou délits; la Cour des plaids communs devait seule connaître de tous les procès entre

1. Les Cours de Comté ont été réorganisées par un acte du 13 août 1888. Cf. *Annuaire de législation étrangère*, 1889, pp. 176 et suiv. Traduction, notes et notice par M. Leydet.

2. Glasson, *l. c.*, n. 10, tome 3, pp. 255 à 260.

les particuliers à la Cour de l'Echiquier ; était réservée la connaissance des causes concernant les revenus royaux ; mais ces distinctions primitives finirent par disparaître peu à peu par suite des empiètements continuels de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour de l'Echiquier sur les attributions réservées en principe à la Cour des plaids communs. Aussi déjà avant 1873 pouvait-on dire que les « trois Cours supérieures pourraient presque être considérées comme formant trois Chambres d'une même Cour (1) ». Telles étaient les trois Cours supérieures chargées de la juridiction de la loi commune (*common law*). Mais à côté d'elles se plaçaient les Cours d'équité : l'origine de la juridiction d'équité remonte à la constitution de Clarendon sous Henri II. Elle était exercée par les Cours du maître des rôles et des vice-chanceliers, et par la Cour d'appel de chancellerie (*Court of appeal in chancery*) composée du lord haut chancelier et de deux lords juges, et siégeant à Lincoln's inn hall. Mais cette distinction entre la juridiction de loi commune et la juridiction d'équité avait, elle aussi, fini par devenir purement nominale : d'un côté les Cours de loi commune ne se faisaient pas faute de juger selon l'équité ; de l'autre, les Cours d'équité jugeaient selon la loi commune. L'appel des jugements rendus par les trois Cours de loi commune était porté d'abord devant la Cour de la Chambre de l'Echiquier (*Court of the Exchequer Chamber*) composée de deux juges, pris parmi les deux Cours autres que

1. De Franqueville, *l. c.*, n. 9, pp. 271 et 272.

celle dont appel était formé, et en outre devant les Cours d'équité; telle est la solution qui l'avait emporté depuis l'année 1616, après de longues controverses. Enfin au-dessus de toutes ces juridictions se trouvait la Chambre des Lords, qui statuait comme Cour d'appel ou de cassation à sa volonté: elle se composait presque toujours en fait, sinon en droit, uniquement du chancelier.

Cette organisation a été profondément modifiée dans le sens de la simplification par l'acte du 5 août 1873 (1). Cette loi a eu deux effets principaux: d'une part faire disparaître la division des trois Cours de loi commune, d'autre part supprimer la distinction de la juridiction d'équité et de la juridiction de loi commune. Ces résultats importants ont été obtenus au moyen de la création d'une nouvelle Cour supérieure d'appel, dans laquelle sont venus se fondre les anciennes Cours supérieures de loi commune et d'équité qui ont été supprimées. Cette nouvelle Cour est divisée en cinq chambres, dont chacune correspond à une ancienne Cour supprimée; la première chambre, dite de Chancellerie, correspond à l'ancienne Cour du même nom; la seconde à la Cour du Banc de la reine; la troisième à la Cour des plaids communs; la quatrième à la Cour de l'Échiquier; enfin la cinquième réunit un certain nombre de juridictions spéciales qui existaient avant 1873, telles par exemple que la Cour de

1. Glasson, *l. c.*, n. 10, tome 6, pp. 508 à 562; et *l. c.*, n. 11, pp. 289 à 314; Bugnottet et Noirpoudre de Sauvigny, *l. c.*, n. 3, t. 2, pp. 264 à 307.

l'Amirauté, la Cour des testaments, la Cour des divorces et des causes matrimoniales; c'est là un autre effet de cette loi de 1873. Qu'est-il advenu de la juridiction d'appel de la Chambre des Lords? Un projet de 1872 demanda sa suppression radicale; un projet de 1873 demanda sa suppression seulement pour l'Angleterre, en se prononçant pour son maintien pour l'Ecosse et l'Irlande; ce dernier système avait abouti et avait été consacré par le bill du 5 août 1873; mais il ne devait avoir qu'une durée bien éphémère : en 1874 la Chambre des Lords vota un nouveau projet qui supprimait sa juridiction d'appel même pour l'Ecosse et l'Irlande, mais la Chambre des Communes n'eut pas le temps de le voter avant la clôture de cette session; au commencement de la session de 1875, la Chambre des Lords avait entièrement modifié ses vues; elle réclama même l'abrogation de l'acte de 1873, voulant ainsi recouvrer la plénitude de sa juridiction d'appel même pour l'Angleterre; un bill du 11 août 1876 voté par les deux Chambres est en effet revenu sur le système de l'acte de 1873, et a conservé à la Chambre des Lords les attributions judiciaires qu'elle avait exercées jusqu'à cette époque, tant pour l'Angleterre que pour l'Ecosse et l'Irlande (1). Cependant ce bill de 1876 a apporté une amélioration : la juridiction d'appel de la Chambre des lords n'est plus exercée par le seul chancelier, mais en

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1874, pp. 9 et suiv. Traduction et notes par M. Ribot; et 1877, pp. 16 et suiv.; notice, trad. et notes par M. Louis.

outre par deux lords d'appel en service ordinaire, véritables magistrats nommés par la reine, et par des pairs qui exercent ou ont exercé de hautes fonctions judiciaires.

Quant à la Cour suprême d'appel, créée par l'acte de 1873, elle se compose de vingt-et-un juges : les uns sont membres de droit, comme le chancelier, qui est président ; on peut même trouver à ce point de vue qu'il y a une intrusion du pouvoir exécutif dans le pouvoir judiciaire, d'autant plus qu'il dirige aussi la Chambre des Lords statuant comme Cour d'appel ou de cassation ; aussi son admission dans la nouvelle Cour supérieure n'a-t-elle passée qu'avec difficulté ; elle a été due surtout à la grande impartialité dont les chanceliers Anglais ont toujours su faire preuve ; les autres membres sont comme par le passé nommés par la reine, et choisis parmi les barristres les plus en renom.

§ 2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

Il n'est peut-être pas de pays dans lequel le juge soit plus indépendant qu'en Angleterre. Ce fait tient à deux causes : l'inaltérabilité et l'élévation des traitements. Le premier texte qui consacre l'inaltérabilité est l'acte d'établissement du 12 juin 1701 ; il dit dans son article 3 : « les commissions des juges seront données tant qu'ils se comporteront bien (*quamdiu se bene gesserint*) et leurs salaires assurés et établis : mais il sera permis de les déplacer sur une adresse de l'une et de l'autre Chambre du

Parlement (1). L'acte du 5 août 1873 répète la même chose en d'autres termes dans son article 9 : « Tous les juges de la Haute Cour et de la Cour d'appel garderont leurs fonctions jusqu'à leur mort et ne pourront en être privés que par S. M. sur la demande des deux Chambres du Parlement (2). » L'article 6 de l'acte du 11 août 1876 s'exprime en termes analogues à l'égard des lords d'appel en service ordinaire qu'il a créés : « Les lords d'appel en service ordinaire sont inamovibles, à moins de forfaiture, et conservent leurs fonctions même en cas de changement de règne, mais ils peuvent être destitués sur la demande des deux Chambres du Parlement » (3). Le juge Anglais doit cependant prononcer un serment d'allégeance, et un serment judiciaire : d'après la Charte du roi Jean, le nouveau magistrat promet « de répartir justice impartialement à tous, ennemis ou amis ; qu'il ne faillira jamais à ce devoir, quand même le roi par lettres ou par exprès, et directement ordre de sa bouche lui commanderait d'agir autrement ; qu'il ne recevra aucun honoraire, aucune pension, aucun droit de personne autre que du roi, ni aucun don, aucune récompense, aucun objet destiné à le corrompre d'aucun homme ayant procès devant lui, excepté des comestibles et des boissons, encore à condition que ce dernier cadeau ne sera pas d'une grande valeur » (4). Ainsi l'indépendance des juges des Cours

1. Dareste, *l. c.*, n. 6, p. 53 ; Boutmy, *l. c.*, n. 2, pp. 56 et 57.

2. *Annuaire* de 1874, p. 35.

3. *Annuaire* de 1877, p. 22.

4. De Franqueville, *l. c.*, n. 9, p. 240, note 1.

supérieures est assurée ; d'ailleurs l'élévation du traitement qui varie entre 80.000 et 250.000 francs les placent à l'abri de tout soupçon de corruption. Les juges de paix ne reçoivent aucun traitement, leurs fonctions sont essentiellement gratuites, mais ils puisent leur indépendance dans la confiance que leurs concitoyens mettent en eux. Seuls les membres des Cours de comtés, nommés par le lord haut chancelier, sont révocables et amovibles ; cependant ils ne peuvent être révoqués qu'en vertu d'un jugement public et après une enquête (1).

Enfin il importe de remarquer que la juridiction de la Chambre des lords et la juridiction du chancelier jouissent en Angleterre d'une popularité considérable qu'ils ne doivent sans aucun doute qu'à leur grande indépendance : c'est ainsi qu'en 1874 le gouvernement sous la pression de l'opinion publique dut maintenir provisoirement jusqu'au 1 novembre 1876 la juridiction de la Chambre des Lords que l'acte du 5 août 1873 était venu supprimer pour l'Angleterre (2).

1. De Franqueville, *l. c.*, n. 9, p. 258, texte et note 1.

2. Glasson, *l. c.*, n. 11, p. 294.

III

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LA DÉTERMINATION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE A L'ÉGARD DES LITIGES ADMINISTRATIFS.

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. — La juridiction administrative n'a en Angleterre qu'un domaine très exceptionnel et extrêmement restreint. L'acte du 13 août 1888, en vigueur depuis le 1 avril 1889, a transporté aux Conseils de comtés qu'il a institués uniquement les fonctions d'administration active, qui jusque-là appartenaient aux juges de paix, mais il a laissé à ceux-ci le jugement des litiges administratifs, sauf appel à la Cour suprême de justice : c'est ainsi que les juges de paix jugent, soit en petites sessions soit en sessions semestrielles, les contestations soulevées par l'exécution d'actes administratifs, par exemple les objections contre les listes du jury, et les réclamations des contribuables assujettis à la taxe des pauvres (1). Sur ce point, par conséquent, le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, méconnu jusque-là, a été

1. Bugnottet et Noirpoudre de Sauvigny, *l. c.*, n. 3, t. 2, pp. 92 et 93, et 129.

consacré. Mais sur quelques points, des lois successives rendues au cours de ce siècle, ont donné à l'administration active non seulement le pouvoir de faire des actes d'administration, mais encore celui de juger les réclamations engendrées par leur exécution. L'idée qui a présidé à ces réformes est une idée de centralisation (1) : jusqu'à ces lois, le pays se gouvernait lui-même ; l'administration en même temps que la juridiction se trouvait dans les mains des juges de paix, membres de la gentry ; c'était le self-government ; il subsiste encore dans son ensemble ; mais le besoin de la centralisation s'est fait sentir sur quelques points importants ; pour y satisfaire, l'on a d'abord séparé l'administration de la juridiction, en laissant celle-ci au pouvoir judiciaire, en donnant celle-là aux agents du pouvoir central, mais bientôt on a été plus loin, et la juridiction de nouveau réunie à l'administration a été elle-même transportée aux agents du pouvoir central. Toutefois il importe de remarquer que cette centralisation n'a été opérée qu'à l'égard des services publics proprement dits, que cette sorte de juridiction administrative de création relativement récente n'a à statuer que sur des actes d'autorité émanés de la puissance publique, et jamais sur des actes de gestion émanés de la personne morale.

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux. — La législation Anglaise ne connaît pas et n'a jamais connue la distinction de ces deux notions.

1. Laferrière, *l. c.*, n. 13, tome I, p. 90.

Avant les réformes qui ont soustrait quelques affaires au pouvoir judiciaire, celui-ci non seulement jugeait, mais encore rendait au moyen de writs of mandamus, of prohibition, etc., des décisions susceptibles d'émaner d'un véritable supérieur hiérarchique ; il en est encore ainsi en règle générale. Lorsque ces affaires furent attribuées aux agents du pouvoir central, il était naturel de leur conférer en même temps que le droit de juger, celui d'agir par la voie de décisions gracieuses : dans ces affaires, en effet, l'administration centrale peut, comme autrefois les Cours supérieures, procéder à l'aide de writs (1).

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

a. Organisation.

Des lois de 1834 et de 1848 avaient déjà centralisé les services de l'assistance publique et de la salubrité publique en en confiant l'administration, qui se trouvait ainsi retirée aux juges de paix, à des conseils électifs reliés à un bureau central ; mais ces lois n'avaient donné à ces administrations nouvelles aucun pouvoir de juridiction proprement dite. La juridiction administrative en Angleterre ne date que d'une loi du 2 août 1858 qui donna au secrétaire d'Etat de l'Intérieur le droit de trancher les contestations survenues entre les particuliers et

1. Laferrière, *l. c.*, n. 13, tome I, pp. 91 et 92.

les bureaux, ou entre ceux-ci et les administrations locales électives. Cette loi du 2 août 1858 a été abrogée par une loi du 14 août 1871, qui est aujourd'hui le texte fondamental en ce qui touche l'organisation de la juridiction administrative; celle-ci n'est plus exercée par le secrétaire d'Etat de l'intérieur, mais par une espèce de ministère collectif, appelé Bureau de gouvernement local (local government board) (1); à l'heure actuelle les contestations sont tranchées en première instance par les bureaux centraux qui peuvent aussi procéder par voie de writs à l'égard des administrations locales électives, et en appel par le Bureau de gouvernement local.

1. *Mode de recrutement des tribunaux administratifs.* — Les bureaux centraux et le local government board sont composés de fonctionnaires actifs nommés par le pouvoir central. Le local government board se compose : d'un membre du cabinet président, du lord président du conseil, du garde des sceaux privé; et des cinq principaux secrétaires d'Etat.

2. *Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.* — L'administration est véritablement juge et partie, et les fonctionnaires ne jouissent d'aucunes garanties d'indépendance : ils sont révocables au gré de la reine; de plus leur changement suit presque toujours la chute des ministères, résultat inévitable du gouvernement parlementaire.

1. Laferrière, *l. c.*, n. 13, tome I, pp. 89 à 92. Bugnottet et Noirpoudre de Sauvigny, *l. c.*, n. 3, t. 1, pp. 365 à 506. Gneist, *l. c.*, n. 12, tome 5, pp. 117 à 124.

Néanmoins cette sorte de juridiction est loin d'être impopulaire dans le peuple Anglais. La grande marque de confiance attachée par l'opinion publique à la juridiction d'appel de la Chambre des Lords à une époque où elle n'était exercée en fait que par le seul chancelier et où elle venait d'être supprimée, en 1874, est une preuve éclatante de la faveur dont jouit la juridiction des fonctionnaires Anglais. C'est donc que ceux-ci dans la pratique se montrent impartiaux, et que sur ce point comme sur tant d'autres, les mœurs de l'Angleterre viennent corriger ce que les lois de ce pays peuvent présenter de défectueux.

b. Attributions.

De même que la loi du 14 août 1871 est le texte fondamental en ce qui touche l'organisation de la jeune juridiction administrative anglaise, de même en ce qui concerne ses attributions la loi du 11 août 1875 : c'est un véritable Code qui ne comprend pas moins de 343 articles et cinq annexes (1). Cette loi place dans les attributions des bureaux et du local government board : toutes les mesures intéressant la santé et la salubrité publiques, les hôpitaux, les morgues, la voirie (routes, rues, constructions, marchés et abattoirs), les taxes urbaines. Il faut ajouter l'acte du 15 août 1876 « pour prévenir la corruption de l'eau des rivières » (2) ;

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1876, traduction, notes et notices, par MM. Bertrand, Laneyrie et Gourd, pp. 26 et suiv.

2. *Annuaire de législation étrangère*, 1877, traduction, notes et notice par M. Bertrand, pp. 26 et suiv.

la loi du 14 août 1877 « pour réglementer les bateaux servant à l'habitation sur les canaux » (1); l'acte du 18 août 1882 « modifiant les lois sur les logements ouvriers » (2); l'acte du 20 août « pour procurer une meilleure organisation et une meilleure administration des fonds affectés à la charité paroissiale dans la cité de Londres » (3).

§ 3. — *Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics.*

En Angleterre, tous les fonctionnaires, depuis le constable jusqu'au premier ministre, sont responsables devant les tribunaux de l'illégalité de leurs actes envers les particuliers; la poursuite est entièrement libre, elle n'est subordonnée à aucune condition préalable (4) Sans doute à la responsabilité du fonctionnaire correspond l'irresponsabilité de l'Etat et il est permis de se demander si ce système mérite approbation; mais il est certain que

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1878, traduction par M. Bertrand, pp. 65 et suiv.

2. *Annuaire de législation étrangère*, 1883, notice et traduction par M. G. Picot, pp. 257 et suiv.

3. *Annuaire de législation étrangère*, 1884, analyse par M. Hubert Valleroux, pp. 53 et suiv.

3. Dareste, *l. c.*, n. 5, pp. 521 à 525. Poitou, *l. c.*, n. 17, pp. 243 à 250. Laferrière, *l. c.*, n. 13, pp. 95 à 97. Valframbert, *l. c.*, n. 19, pp. 64 à 69.

la responsabilité de l'Etat et la liberté de la poursuite contre l'administrateur sont deux choses essentiellement différentes. Que l'Etat soit ou non responsable des actes de ses agents, ce qui importe avant tout à la garantie du droit de l'individu, c'est que le fonctionnaire qui a commis une illégalité ne puisse être soustrait ni à la justice, ni par suite aux conséquences de ses actes. Il est évident que rien ne servira pour la garantie de l'individu que l'Etat soit déclaré prendre à son compte les actes illégaux de ses agents, si en même temps l'on remet à l'Etat lui-même le soin de juger de la légalité ou de l'illégalité de ces actes.

Certaines lois et la jurisprudence des tribunaux Anglais avaient réglementé la responsabilité des juges de paix dans leur rôle de fonctionnaires administratifs ; ce rôle a disparu et a passé aux Conseils de Comtés depuis 1889 ; mais les mêmes règles ont dû sans doute être transportées aux membres de ces Conseils électifs ; il doit en être de même à l'égard des fonctionnaires qui composent les bureaux centraux et le local government board. D'ailleurs une inexactitude matérielle de la décision qui ne résulte que de l'erreur ne suffit pas pour engendrer la responsabilité du fonctionnaire, mais il en est autrement quand cette décision est dictée par l'intérêt de parti, la haine ou l'abus d'autorité (*private interest, resentment, oppression*) ; en pareil cas, c'est une responsabilité pénale qui pèse sur le fonctionnaire qui a rendu un acte avec exactitude dans la forme, mais avec mauvaise intention et injustice quant à la matière (*malicious*

act); au contraire, lorsque sans mauvaise intention le fonctionnaire agit sans posséder aucun pouvoir ou en dehors des pouvoirs qu'il tient de la loi, il y a lieu seulement à responsabilité civile à son égard ; celle-ci repose sur cette idée fondamentale qu'un fonctionnaire en dehors des limites de ses pouvoirs « doit être regardé comme un particulier, et est pour ce motif directement responsable comme tout particulier vis-à-vis d'un autre pour les atteintes illégales portées à la sphère des droits d'autrui dans sa personne et dans ses biens (1) ». Des lois rendues sous les règnes des rois Georges II et Georges III et de la reine Victoria ont édicté des mesures protectrices en faveur des fonctionnaires poursuivis par les particuliers : c'est ainsi que les actions en recours sont prescrites six mois après l'accomplissement de l'acte ; de même le fonctionnaire poursuivi peut offrir au plaignant un dédommagement amiable, et le renouveler jusqu'à la fin de la procédure, etc. (1).

§ 4. — *Le conflit d'attributions.*

Cette institution a toujours été inconnue en Angleterre : ce fait n'était nullement surprenant tant que l'administration a été confondue avec la justice, et tant que le pouvoir judiciaire a exercé la plénitude absolue de ses attributions juridictionnelles à l'égard de tous les litiges (2).

1. Gneist, *l. c.*, n. 12, tome 4, pp. 96 à 104.

2. Fischel, *l. c.*, n. 8, tome 1, pp. 243 à 246.

Mais c'est un fait digne de remarque que le conflit n'a pas été institué à la suite des lois de 1858, 1871, 1875, qui sur quelques points exceptionnels ont transféré la faculté de juger des tribunaux aux agents du pouvoir central, non plus qu'à la suite de l'acte du 13 août 1888, qui a retiré aux juges de paix leurs fonctions administratives pour les confier à des Conseils électifs. C'est donc que le gouvernement Anglais n'a jamais redouté que les tribunaux sortissent du cercle légal de leurs attributions pour empiéter sur celles des autres autorités.

β. LES ÉTATS-UNIS

- I. Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs : 1. Reconnaissance ou méconnaissance du principe. 2. Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire. — II. Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire : 1. Mode de recrutement du pouvoir judiciaire. 2. Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire. — III. Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs : 1. Absence de juridiction administrative. 2. Actions en responsabilité contre les fonctionnaires. 3. Le conflit d'attributions.

BIBLIOGRAPHIE

1. Carlier. La République américaine ; États-Unis. Paris, 1890, 4 vol.
2. Dareste. Les constitutions modernes. Paris, 1883, 2 vol.
3. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.
4. Glasson. Eléments de droit français. Paris, 1884, 2 vol.
5. Claudiot Jannet. Les États-Unis contemporains. Paris, 1877, 2 vol.
6. Laboulaye. Etude de la constitution américaine. Revue de législation et de jurisprudence, 1849, tome 36, pag. 321 à 344.
7. Laferrière. Traité de la juridiction administrative. Paris, 1887, 2 vol.
8. Picot. La réforme judiciaire en France. Paris, 1881.

I

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LE PRINCIPE DE LA
SÉPARATION DES POUVOIRS.§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

Si l'on veut caractériser d'un mot la législation Américaine, soit que l'on envisage uniquement la législation des États-Unis, soit que l'on examine cette dernière par comparaison avec les législations des divers États de l'Union, il est permis de l'appeler la législation des contrastes.

Aux États-Unis, ainsi que dans les divers États de l'Union, une séparation absolue existe entre les pouvoirs législatif et exécutif, bien plus entre les deux chambres législatives elles-mêmes, de telle sorte que la pratique a été amenée à corriger par des tempéraments de fait les rigueurs de la loi (1).

Tout au contraire si l'on considère les rapports du pouvoir exécutif avec le pouvoir judiciaire, on trouve la confusion la plus complète au profit de ce dernier : sur ce point ce sont les principes Anglais qui se sont maintenus dans toute leur pureté. Les juges de paix (*justices of the peace*) et les Cours supérieures font des actes d'ad-

1. Carlier, *l. c.*, n. 1, tome 2, pp. 69 et 175. Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 3, p. 560.

ministration en même temps qu'ils rendent des jugements : c'est ainsi que les juges de paix font partie du comité de santé publique, concourent à l'assiette de plusieurs taxes, président des meetings électoraux, délivrent les licences aux débitants de boissons, etc. (1).

§ 2. — *Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.*

L'existence du pouvoir judiciaire est expressément consacrée par la constitution des Etats-Unis du 17 septembre 1787, article 3 : « Le pouvoir judiciaire des Etats-Unis sera confié à une Cour suprême et à telles Cours inférieures que le Congrès jugera nécessaire de créer et d'établir » (2). Il en est de même dans les constitutions des divers Etats qui composent l'Union, par exemple dans la constitution de la Pensylvanie du 16 décembre 1773, article 5 : « Le pouvoir judiciaire de l'Etat sera confié à une Cour suprême, etc. » (3). En outre, en Amérique plus encore qu'en Angleterre, le pouvoir judiciaire a la prépondérance sur les deux autres : non seulement il juge les actes administratifs et place la loi au dessus d'eux, mais encore il juge les lois elles-mêmes en les subordonnant à

1. Carlier, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 46 et 136; et tome 4, p. 25. Claudio Jannet, *l. c.*, n. 5, tome 1, pp. 285 et 286.

2. Dareste, *l. c.*, n. 2, p. 399 et 452.

3. Carlier, *l. c.*, n. 1, tome 2, p. 180, et tome 3, p. 190 à 195. Claudio Jannet, *l. c.*, n. 5, tome 1, pp. 33 et 37. Laferrière, *l. c.*, n. 7, pp. 1, pp. 98 et 99. Laboulaye, *l. c.*, n. 6, pp. 338 et 339. Picot, *l. c.*, n. 8, pp. 168 à 170.

la constitution ; de cette façon les pouvoirs exécutif et législatif sont forcés de rester chacun dans leur sphère ; l'observation de la loi par l'un, du pacte fondamental par l'autre se trouve de cette façon assurée. Il en est ainsi tant dans les législations des divers États que dans la législation fédérale.

II

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE.

§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.*

Comme en Angleterre, les tribunaux sont composés de deux éléments : le jury et les magistrats. Les cas dans lesquels l'intervention du jury n'est pas nécessaire varient du reste beaucoup suivant les divers États (1). Quant au mode de recrutement des magistrats, c'est ici surtout que nous rencontrons un contraste frappant entre la législation fédérale et celle des États (1). D'après la constitution des États-Unis de 1787, article 2, section 2, § 2, la nomination des magistrats appartient au Président de la République des États-Unis avec l'avis et le consentement du Sénat. Au contraire, les juges des différents États qui à l'origine étaient nommés par le pouvoir exécutif, sont

1. Picot, *l. c.*, n. 8, pp. 152 à 168. Carlier, *l. c.*, n. 1, tome 2, p. 181 ; tome 4, pp. 18, 33 à 38 et 139 à 141. Claudio Jannet, *l. c.*, n. 5, tome 1, pp. 168 à 172. Glasson, *l. c.*, n. 4, tome 2, pp. 105 et 106.

aujourd'hui recrutés à l'élection populaire : cette réforme, qui a commencé dans l'État de New-York en 1824, a été rapidement généralisée ; à l'heure actuelle trois ou quatre États, parmi lesquels le Massachussets, ont résisté à cet entraînement, et ont conservé le mode de nomination par le pouvoir exécutif. L'élection populaire appliquée au recrutement des juges a produit des résultats déplorables, et tandis que la magistrature de l'Union est intègre et élevée, celle des États est basse et corrompue : les particuliers ne trouvent pas de justice, et les coupables jouissent de l'impunité ; on voit des juges se faire les associés des voleurs ; d'autres ne sont élus qu'à la condition de ne pas appliquer certaines lois, telles par exemple que les lois sur l'ivrognerie ; enfin les excès sont si grands que des particuliers se réunissent « en comités de vigilance », pour rendre eux-mêmes la justice que l'État est impuissant à leur procurer ; ces comités de vigilance, qui ont commencé à se former en Californie en 1851, sont aujourd'hui très répandus, et ils se trouvent souvent appelés à lyncher les juges corrompus. Cependant malgré ces vices signalés peut-être même à cause de ces vices, les populations semblent tenir beaucoup à cette misérable justice ; c'est ainsi qu'en 1873, la législature de l'État de New-York vota un amendement constitutionnel, qui rendait au pouvoir exécutif la nomination des magistrats ; soumis à la ratification du vote populaire, cet amendement fut repoussé par trois cent mille voix contre cent mille, fait qui certes ne prouve pas en faveur des mœurs américaines.

§ 2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

Sur ce point encore l'opposition continue à se poursuivre saisissante entre la législation fédérale et celle des États (1). Les magistrats des États-Unis sont nommés à vie, ils sont inamovibles et leur traitement est assuré par la constitution ; la constitution du 17 septembre 1787, article 3, section 1, § 1, porte en effet (2) : « Les juges de la Cour suprême et des cours inférieures conserveront leur place tant que durera leur bonne conduite (*during good behaviour*), et ils recevront pour leurs services, à des époques fixes, une indemnité qui ne pourra être diminuée pendant la durée de leurs fonctions ». Les États avaient d'abord adopté le même système ; mais aujourd'hui la plupart des constitutions sont fixées dans un sens diamétralement opposé : les juges des États ne sont nommés que pour un temps fort court, ordinairement deux ans ; ils peuvent être révoqués par le gouverneur ; leurs traitements sont insuffisants ; enfin à la différence des magistrats de l'Union, ils ne jouissent d'aucune pension de retraite ; cependant un retour vers les vrais principes semble se dessiner depuis quelques années, c'est ainsi que la constitution de Pensylvanie du 16 décembre

1. Carlier, *l. c.*, n. 1, tome 2, p. 181 ; tome 4, pp. 18, et 36 à 41.
Picot, *l. c.*, n. 8, pp. 158 à 161.

2. Dareste, *l. c.*, n. 2, p. 99.

1873. dit dans son article 5, section 2, que les juges « exerceront leur charge pendant vingt et un ans, s'ils se comportent bien pendant tout ce temps... » ; et dans son article 6, section 4, elle porte que les juges ne pourront pas être destitués par le gouverneur ; mais de pareils exemples sont restés à peu près isolés. Ainsi tandis que le système judiciaire de l'Union peut être cité comme un modèle, celui des États aboutit à une sorte de négation de toute justice.

III

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LA DÉTERMINATION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE A L'ÉGARD DES LITIGES ADMINISTRATIFS.

§ 1. — *Absence de juridiction administrative.*

L'un des traits caractéristiques du système judiciaire de l'Union américaine et des États qui la composent, c'est l'absence de juridictions spéciales (1). D'après la constitution du 17 septembre 1787, c'était la Cour suprême des États-Unis qui jugeait les litiges administratifs soit de l'Union, soit de chaque État particulier ; l'article 3, section 2, § 1, disait en effet : « le pouvoir judiciaire s'étendra... aux contestations dans lesquelles les États-Unis seront parties... ; aux contestations entre un État et

1. Carlier, *l. c.*, n. 1. tome 4, pp. 57 et 58.

des citoyens d'un autre Etat... ; entre citoyens du même Etat réclamant des terres en vertu de concessions faites par d'autres Etats ; entre un Etat ou ses citoyens et des Etats, citoyens ou sujets étrangers » (1). Ce texte donnait même à la Cour suprême le droit de statuer sur des difficultés suscitées par des actes de pur gouvernement, qui par leur nature échappent à tout contrôle judiciaire ; il en était ainsi des difficultés nées « des traités conclus ou à conclure » par les Etats-Unis. En ce qui concerne les divers Etats de l'Union, ce système est resté en vigueur ; au contraire, en ce qui touche les Etats-Unis eux-mêmes, les attributions de la Cour suprême ont été transportées à une Cour spéciale, la Cour des réclamations (*Court of claims*). Comme on l'a justement remarqué (2), cette Cour n'est en aucune façon une juridiction administrative : car comme toutes les Cours fédérales la Cour des réclamations est une Cour inférieure, soumise par conséquent au contrôle de la Cour suprême, qui reste le tribunal d'appel ; elle est donc un tribunal judiciaire jugeant les litiges administratifs.

Quelle est l'organisation, et quelles sont les attributions de la Cour des réclamations (3) ? — D'après l'acte du 25 février 1855 qui l'a instituée, cette Cour s'est trouvée composée de quatre juges et d'un président nom-

1. Dareste, *l. c.*, n. 2, tome 2, p. 399.

2. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 104.

3. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 104. Carlier, *l. c.*, n. 1, tome 4, pp. 236 à 244.

més par le président des Etats-Unis, avec l'agrément du Sénat, à vie, et inamovibles (*till good behaviour*). Une loi du 3 mars 1863 a augmenté de deux juges le nombre de ses membres. Elle tient tous les ans à Washington une session pendant le temps nécessaire au jugement des contestations.

Quant à ses attributions, elles ont d'abord été les mêmes que celles que la Cour suprême tenait de la constitution de 1787 en ce qui concerne les États-Unis; la Cour des réclamations ne juge donc que des affaires fédérales. Mais d'une part, ces attributions ont été restreintes; un acte du 3 mars 1863 a enlevé à la Cour des réclamations toute juridiction pour connaître des contestations nées de traités conclus par les États-Unis; les difficultés sur ces actes de gouvernement restent donc aujourd'hui en dehors de tout examen judiciaire; dans le même ordre d'idées, un acte du 3 mars 1883 a enlevé compétence à la Cour pour connaître des réclamations engendrées par les dommages causés par la guerre de rébellion. D'autre part, au contraire, des lois successives ont étendu les attributions de la Cour des réclamations: telles sont notamment les lois du 9 mai 1866, du 25 juin 1868, du 3 mars 1883; elles ont toutes été codifiées et modifiées par la loi fondamentale à l'heure actuelle du 3 mars 1887; en vertu de ce texte, sa juridiction s'étend sur toutes les demandes basées sur la constitution des États-Unis, sur les actes du Congrès, sur les contrats conclus par les États-Unis, sur les réclamations de dommages-intérêts contre l'Union Américaine, enfin sur les demandes en

apurement des comptes d'un fonctionnaire fédéral. Cette loi fondamentale du 3 mars 1887 a d'ailleurs attribué aux Cours inférieures fédérales une concurrence de juridiction avec la Cour des réclamations, mais seulement dans la limite d'une certaine somme. Enfin des lois du 25 février 1889 et du 2 mars 1889 ont attribué à la Cour des réclamations la connaissance des demandes faites par les membres de certaines tribus Indiennes en vertu de concessions ou de partages de terres.

§ 2. — *Actions en responsabilité contre les fonctionnaires (1).*

Aux États-Unis, et dans les divers États de l'Union, tout fonctionnaire coupable de trahison, de corruption, de concussion, d'abus d'autorité, est soumis à la procédure de l'*impeachment*; d'après l'article 1, section 3, § 6, de la constitution fédérale de 1787, c'est le Sénat qui a seul pouvoir de juger toutes les causes d'*impeachment*; dans quelques États, la présidence du Sénat est alors confiée à l'un des juges de la Cour suprême de cet État; d'après la constitution de New-York du 9 octobre 1846, article 6, section 1, la Cour d'*impeachment* est composée des membres du Sénat et des juges de la Cour d'appel, qui est la Cour suprême de cet État. Mais la procédure d'*impeachment* aboutit uniquement à la destitution d'emploi du fonctionnaire, et à sa déclaration d'indignité qui

1. Carlier, *l. c.*, n. 1, tome 4, pp. 217 à 233. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 102.

le prive pour l'avenir du droit d'occuper une fonction quelconque ; en outre, les procès d'*impeachment* sont extrêmement rares, et presque tous ceux qui ont eu lieu se sont terminés par des acquittements ; dès lors si le fonctionnaire n'était soumis qu'à cette sorte de responsabilité, il jouirait presque en réalité de l'impunité.

Aussi en même temps qu'il est passible de l'*impeachment*, le fonctionnaire coupable se trouve en même temps soumis à la procédure d'*indictment* ; celle-ci est portée devant les tribunaux ordinaires, et elle aboutit soit à une condamnation à une réparation civile, soit à une condamnation criminelle, soit aux deux sortes de condamnations à la fois ; c'est là que l'individu, dont le droit a été violé, trouve sa véritable garantie ; aucune exigence préalable n'est imposée à l'exercice de l'action ; l'individu lésé peut poursuivre un fonctionnaire devant les tribunaux ordinaires de la même façon qu'il peut poursuivre un particulier quelconque. La procédure d'*indictment* se trouve expressément réservée à côté de la procédure d'*impeachment* par l'article 1, section 3, § 7, de la constitution des Etats-Unis : « En matière d'*impeachment* le jugement ne pourra prononcer que la destitution d'emploi et l'incapacité d'exercer, sous le gouvernement des Etats-Unis, aucune fonction honorifique, de confiance ou salariée ; mais le condamné n'en demeurera pas moins passible d'*indictment*, de procès, jugement et condamnation, conformément à la loi » (1).

1. Dareste, *l. c.*, n. 2, tome 2, p. 390.

Les constitutions des Etats reproduisent cette disposition.

Il semble donc que l'arbitraire et la corruption des fonctionnaires élus doivent trouver leur répression en Amérique dans le droit qu'a tout citoyen d'actionner le fonctionnaire en réparation du dommage causé ou même de provoquer contre lui l'application d'une peine ; « malheureusement l'action en justice est peu à la portée des faibles et des pauvres (1) ».

§ 3. — *Le conflit d'attributions.*

Aux Etats-Unis cette question ne peut pas se poser, parce que les éléments mêmes en font défaut : en effet d'une part, il n'y a pas une justice administrative à côté de la justice ordinaire ; et d'autre part le juge est administrateur en même temps que magistrat, les empiètements du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif existant à l'état normal et permanent, on ne saurait s'inquiéter de ses empiètements illégaux et accidentels.

1. Claudio Jannet. *l. c.*, n. 5, tome 1, pp. 295 et 296.

TROISIÈME TYPE

α . L'Allemagne.

β . L'Autriche.

α . L'ALLEMAGNE

- I. Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs : 1. Reconnaissance ou méconnaissance du principe. 2. Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire. — II. Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire : 1. Mode de recrutement du pouvoir judiciaire. 2. Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire. — III. Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs : 1. Domaine d'application de la juridiction administrative. 2. Les divers tribunaux administratifs : *a*. Organisation. *b*. Attributions. 3. La responsabilité des fonctionnaires publics. 4. Le conflit d'attributions.

BIBLIOGRAPHIE

1. Abella. Tratado de derecho administrativo Espanol. Madrid, 1886-1889, 3 vol.
2. Dareste. Les constitutions modernes. Paris, 1883, 2 vol.
3. Dareste. La justice administrative en France. Paris, 1862.
4. Dareste. La justice administrative dans les divers Etats. Bulletin de la Société de législation comparée, 1873, p. 277 à 283.
5. Demombynes. Les constitutions européennes. Paris, 1883, 2 vol.

6. Dubarle. Code d'organisation judiciaire allemand. Paris, 1885, 2 vol.
7. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.
8. Laferrière. Traité de la juridiction administrative. Paris, 1887-1888, 2 vol.
9. Marcé. L'institution de la Cour des Comptes en France et dans les principaux États étrangers. Bulletin de la Société de législation comparée, 1890, p. 202 à 207.
10. Meier. Das Verwaltungsrecht, p. 1168 à 1186. Encyclopädie der Rechtswissenschaft, von Holtzendorff. Leipzig, 1882.
11. Poitou. La liberté civile et le pouvoir administratif en France. Paris, 1869.
12. Schulze. Das preussische Staatsrecht. Leipzig, 1872-1877, 2 vol.
13. Siegel. Deutsche Rechtsgeschichte. Berlin, 1886.
14. Stengel. Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrecht. Freiburg, 1889-1890, 2 vol.

I

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

L'Allemagne n'a pas encore acquis son unité nationale : à coup sûr c'est surtout à cette cause qu'elle doit de n'avoir pas connu de bonne heure et de ne connaître encore que très imparfaitement le principe de la séparation des pouvoirs. La souveraineté locale des seigneurs

jusqu'à la dissolution du Saint Empire romain Germanique en 1806 existait seule en réalité ; la souveraineté générale de l'Empereur n'était presque que nominale : les seigneurs en profitèrent pour attirer à eux tous les pouvoirs (1). Aujourd'hui d'après la constitution de l'Empire Allemand du 16 avril 1871 (2), les pouvoirs exécutif et législatif se trouvent partagés entre l'Empereur et deux Chambres législatives, le *Bundesrath* et le *Reichstag*. Il en est de même, quoique avec des variantes, dans les divers Etats qui composent l'Empire.

Au contraire, la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire est encore absolument inconnue dans presque toute l'Allemagne ; car le contentieux administratif proprement dit est encore laissé à la décision arbitraire des fonctionnaires de l'administration active ; en outre, dans tous les grands Etats de l'Empire, l'autre partie du contentieux administratif est jugé non pas par les tribunaux judiciaires, mais par des tribunaux administratifs, qui sont, il est vrai, organisés judiciairement ; enfin ces mêmes tribunaux administratifs connaissent d'une grande quantité d'affaires qui par leur nature rentrent dans le contentieux judiciaire ; à tous ces points de vue le pouvoir exécutif réalise des empiètements sur les attributions du pouvoir judiciaire.

1. Siegel, *l. c.*, n. 13, pp. 196 à 248. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, p. 711. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, p. 842.

2. Dareste, *l. c.*, n. 2, tome 1, pp. 131 et suiv. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 2, pp. 487 et suiv.

§ 2. — *Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.*

La constitution de l'Empire du 16 avril 1871 a gardé le silence sur le pouvoir judiciaire ; la loi d'Empire du 27 janvier 1877 sur l'organisation judiciaire n'a pas non plus employé l'expression de pouvoir judiciaire ; mais on peut dire qu'elle l'a néanmoins reconnu ; en effet, à certains égards les attributions du pouvoir judiciaire de l'Empire sont très étendues. C'est ainsi que d'après une loi du 14 juin 1881, la ville hanséatique de Hamburg a conféré au Tribunal d'Empire une juridiction spéciale en matière constitutionnelle, en lui permettant dans certains cas d'interpréter la constitution de cette ville et de statuer sur l'étendue des droits réciproques des pouvoirs exécutif et législatif (1) ; en outre, la loi d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877 a proclamé et fortement organisé le principe de l'indépendance des magistrats. Le pouvoir judiciaire est aussi reconnu comme tel par les divers États : en effet, la loi d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877 s'impose à tous les États ; dans tous, par conséquent, l'indépendance de la magistrature est assurée. En outre, certains États, tels par exemple que le Grand Duché d'Oldenburg, lui ont accordé une compétence

1. Dubarle, *l. c.*, n. 6, tome 1, pp. CCLXXVI et CCLXXVII ; et *Annuaire de législation étrangère*, 1878, notice générale par M. Dubarle, pp. 77 à 83.

exclusive à l'égard de tous les litiges, même administratifs. Enfin la plupart des autres États qui ont adopté une juridiction administrative ont cependant reconnu formellement l'existence du pouvoir judiciaire dans leur constitution : telle est notamment la constitution de la Prusse du 31 janvier 1850, qui intitule son titre 6 (articles 86 à 97) « *Du pouvoir judiciaire* », et dont l'article 86 est ainsi conçu : « Le pouvoir judiciaire est exercé au nom du roi par des tribunaux indépendants qui n'obéissent à aucune autre autorité que celle de la loi (1) ».

II

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE (2).

§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.*

D'après la loi du 27 janvier 1877, les membres du Tribunal d'Empire sont nommés par l'Empereur sur la présentation du Conseil fédéral. Dans les États, les juges de tous les tribunaux sont nommés par le souverain de l'État, et par l'Empereur en Alsace-Lorraine. Seule la ville

1. Dareste, *l. c.*, n. 2, tome 1, p. 174.

2. Dubarle, *l. c.*, n. 6, tome 1, pp. LXIII, LXV, CCLXXVII, et tome 2, pp. 1, 4 à 6. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 2, pp. 844 à 846.

L'ALLEMAGNE — ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE 231
hanséatique de Brême a un système d'élection à deux degrés.

§ 2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

La loi d'Empire du 27 janvier 1877 s'exprime ainsi dans ses articles 1, 6 et 8 : « La justice est rendue par des tribunaux indépendants soumis à la loi seule. Les juges sont nommés à vie. Ils ne peuvent être déplacés, suspendus, révoqués ou mis à la retraite d'office que par une décision judiciaire ». Ce principe de l'inamovibilité qui s'applique à tous les tribunaux de l'Allemagne se trouvait déjà proclamé d'une façon plus ou moins énergique dans les constitutions des divers États.

L'article 87 de la constitution de la Prusse du 31 janvier 1850 disait : « Les juges sont nommés à vie par le roi ou en son nom. Les juges ne peuvent être destitués ou suspendus que par un jugement et pour les causes fixées par la loi. La suspension préalable qui ne résulte pas d'un texte de loi, le déplacement ou la mise à la retraite non volontaires, ne peuvent avoir lieu que pour les causes et suivant les formes fixées par la loi et seulement par suite d'un jugement. »

D'après l'article 3 du titre 8 de la constitution de la Bavière du 26 mai 1818 : « Les tribunaux sont indépendants dans les limites de leurs fonctions judiciaires ; les juges ne peuvent être destitués ou privés de leurs charges avec perte de leur traitement que par une sentence judiciaire ».

Enfin, la constitution de la Saxe du 4 septembre 1831 disait simplement dans son article 47 que les tribunaux « sont indépendants du gouvernement dans l'exercice des fonctions judiciaires qui sont de leur compétence ».

III

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LA DÉTERMINATION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE A L'ÉGARD DES LITIGÉS ADMINISTRATIFS (1).

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. — La ligne de démarcation entre ces deux sortes de contentieux se trouve dans la distinction fondamentale entre le contentieux engendré par les actes que l'État accomplit en sa qualité de personne morale (*als Fiscus*), et le contentieux suscité par les actes accomplis par l'État à titre de puissance publique : le premier relève de la compétence des tribunaux judiciaires, le

1. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 331 à 334, 710 à 753. Schulze *l. c.*, n. 12, tome 2, pp. 841 à 882. Meier, *l. c.*, n. 10, pp. 1168 à 1171, 1176 à 1186. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, pp. 34 à 54. Daresté, *l. c.*, n. 4. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 2, pp. 848 à 869. Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 7, pp. 549 à 553. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, pp. 108 à 110.

second appartient aux tribunaux administratifs. Mais il faut reconnaître que si tel est l'état de la doctrine Allemande, il s'en faut de beaucoup que tel soit aussi l'état de la législation : d'une part, en effet, un nombre considérable d'affaires purement judiciaires de leur nature sont portées devant les tribunaux administratifs ; et d'autre part presque tout le contentieux administratif est abandonné aux agents de l'administration active. Il est donc beaucoup plus exact de dire que la législation allemande, basée sur la distinction des actes de la personne morale et des actes de la puissance publique, répartit les premiers entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs, et les seconds entre les tribunaux administratifs et l'administration active. Ainsi à la différence de ce qui existe chez nous, les fonctionnaires actifs ne connaissent jamais des actes de la personne morale, et par contre les tribunaux judiciaires ne sont jamais compétents à l'égard des actes de la puissance publique ; au contraire, la juridiction administrative statue sur des affaires qui relèvent à la fois de ces deux espèces de contentieux, placée ainsi en quelque sorte comme une intermédiaire entre les tribunaux judiciaires et l'administration.

D'ailleurs si les tribunaux judiciaires sont incompetents en vue de statuer sur les litiges administratifs proprement dits, il convient de remarquer qu'ils sont au contraire entièrement libres d'interpréter les actes administratifs et d'apprécier leur légalité, lorsque ces actes se présentent incidemment au cours d'un procès civil ou criminel. « Tandis qu'ici le droit Français tire la plus extrême

conséquence de son principe de la séparation des pouvoirs et subordonne le juge civil ou criminel à la décision préalable par l'administration du point incident de droit administratif, le droit Allemand, à qui le principe de la séparation des pouvoirs est toujours resté étranger en ce sens,... a toujours maintenu fermement que le tribunal a toute liberté pour asseoir son jugement sur les principes du droit public » (1).

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux. — Sur ce point la conception Allemande est très nette : elle distingue le recours gracieux, ou plainte (*Beschwerde*), qui est porté devant l'administration active, et le recours contentieux, ou action (*Klage*) qui est porté soit devant les tribunaux administratifs, soit devant les tribunaux judiciaires : dans ce dernier cas la voie de droit (*Rechtsweg*) est ouverte aux particuliers. La création de tribunaux administratifs a eu pour effet à la fois d'enlever aux tribunaux judiciaires certaines de leurs attributions, et de retirer aux fonctionnaires actifs la connaissance de certaines affaires qui, bien que contentieuses de leur nature, ne donnaient pourtant lieu qu'à un recours gracieux. Mais le nombre des litiges transportés des tribunaux judiciaires aux tribunaux administratifs est infiniment plus grand que celui des procès transportés des agents de l'administration active à ces mêmes tribunaux administratifs. Ainsi dans une foule de cas dans lesquels les Français jouissent d'un recours con-

1. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, p. 333, § 4.

contentieux devant la juridiction administrative, les Allemands doivent encore aujourd'hui se contenter du simple recours hiérarchique devant l'autorité supérieure. Il semble donc que sur ce point le système de nos voisins soit sensiblement inférieur au nôtre. Cependant il importe de remarquer que les inconvénients d'un pareil régime trouvent en fait un double tempérament : d'une part en effet le recours hiérarchique lui-même est soigneusement réglementé par la loi ; il en est ainsi notamment de la loi Prussienne du 26 juillet 1876, articles 30 et suivants ; d'autre part cet abandon du contentieux administratif entre les mains de l'administration qui serait certainement insupportable en France, étant donné le peu de stabilité de notre administration, peut sembler plus facilement tolérable dans un pays comme l'Allemagne, où l'administration est considérée comme une carrière, où les fonctionnaires de l'Empire notamment sont nommés à vie en principe et profitent d'une véritable inamovibilité en vertu de la loi du 31 mars 1873 (1).

c. Développement historique du contentieux administratif. — Dans l'ancien Empire Germanique « quand un particulier quelconque se considérait comme lésé dans ses droits par un acte de la puissance publique de l'Empire, jamais l'Empereur ne pouvait en ce qui touche l'exercice de ses droits de gouvernement être traduit devant les tribunaux de l'Empire. *Affaires de gouvernement Impérial*

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1874, traduction par M. Démarest, pp. 93 à 106.

ne peuvent jamais être affaires de justice. Tout autrement en était-il des actes de puissance publique des seigneurs locaux.... Dès que par suite d'un acte de gouvernement les droits d'un sujet étaient en jeu, le point se présentant de savoir si le gouvernement avait le droit de faire tel ou tel acte, l'affaire cessait d'être affaire de gouvernement et devenait affaire de justice » (1).

Ainsi le premier germe de la distinction entre les actes de la puissance publique et les actes de la personne morale apparaît dans la législation impériale, et est inconnu au début dans les législations des États particuliers. Mais elle ne tarde pas à s'y introduire : « il arriva que, tout en reconnaissant encore la compétence supérieure des tribunaux de l'Empire, on introduisit en vigueur le principe que les seigneurs n'étaient pas limités dans l'exercice de la police à l'égard des droits de leurs sujets. La législation de l'Empire vint elle-même en aide à ces efforts. Une décision du Reichstag de 1654 dans ses articles 105 et 106 enjoignait aux tribunaux de l'Empire « de ne pas admettre facilement les actions des sujets contre leur autorité, de ne pas suivre de procédure, de ne pas rendre de mandat avant qu'un rapport émané de l'autorité ne leur ait au préalable été donné sur l'affaire » et « de ne pas contrarier ni changer, mais au contraire d'observer les ordonnances et les statuts rendus suivant les temps et les circonstances en matière de police, de corporations et de métiers » (2). Mais ce n'était là encore que le

1. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, pp. 842 et 843.

2. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, p. 711.

résultat de la législation impériale ; dans chaque État se posa la question de savoir si et dans quelle mesure les propres tribunaux de cet État devaient accueillir les actions des particuliers contre les actes de la puissance publique.

Au siècle dernier, la question de savoir si la voie de droit, le *Rechtsweg*, était ouverte, fut résolue de deux façons différentes. Dans beaucoup de petits territoires, comme la Hesse, le Mecklembourg, s'implanta le principe que le seigneur et ses fonctionnaires devaient être soumis à la juridiction de ses propres tribunaux, non seulement en ce qui concerne les affaires privées, mais encore en ce qui touche les contestations suscitées par l'exercice des droits de souveraineté. C'est dans cette voie qu'entra surtout le plus largement la jurisprudence du tribunal de Wismar ; nulle part le contrôle des tribunaux sur l'ensemble de l'administration n'était aussi étendu que dans la Poméranie Suédoise, à Brème et à Werden ; lorsque ces deux principautés furent réunies au Hanôvre, le gouvernement de cet Etat considéra cette jurisprudence Suédoise comme absolument intolérable, et le roi prince-électeur Georges III dans une déclaration du 18 mai 1790 posait le principe que les tribunaux étaient totalement incompétents à l'égard des difficultés dont « le fondement gît dans l'exercice d'un droit essentiel à la puissance publique » (1). D'autres grands territoires suivirent cet exemple. En Prusse, le roi Frédéric II alla beaucoup plus loin : tout

1. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, p. 844.

d'abord le principe dominant de son organisation était « que chaque administrateur devait avoir une juridiction s'étendant à tout le ressort de son administration (1) », en outre non content de retirer aux tribunaux judiciaires la connaissance des litiges engendrés par les actes de la puissance publique, il ne leur laissa même pas une compétence exclusive à l'égard du contentieux formé par les actes de la personne morale ; c'est ainsi que furent créées une chambre de justice (*Kammerjustiz*) chargée de l'administration de l'intérieur et des finances, les chambres de la guerre et des domaines (*Kriegs und Domänen Kammern*), les directions des contributions indirectes et des douanes (*Accise und Zolldirektionen*), les autorités administratives de la médecine, des postes, des mines, de la loterie (*Médicinal = Post = Bergwerks = Loterie-behorden*) ; d'après le ressort — règlement Prussien du 19 juin 1749, appartenaient à la Chambre de justice « toutes les affaires dans lesquelles il s'agissait soit d'un intérêt royal, soit des domaines, qui concernaient le *status œconomicus et politicus*, et embrassaient l'*interesse publicum* » ; on voit par cet exemple avec quel vague, laissant le champ libre à l'arbitraire, se trouvait délimité le contentieux administratif ; aussi toutes ces juridictions, composées de fonctionnaires et organisées en collèges, avaient-elles des attributions très étendues en matière civile et même criminelle ; du reste, elles se trouvaient toutes dominées par le collège supérieur de révision

1. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, p. 845.

(*Oberrevisions Kollegium*), par la députation supérieure de révision (*Oberrevisions Deputation*), par le directeur général, enfin au dernier degré par le Grand-Chancelier ministre de la justice (1).

Tel était l'état des choses lors de la dissolution du Saint Empire romain Germanique en 1806, ainsi l'Allemagne avait traversé deux phases de son histoire diamétralement opposées l'une à l'autre ; et l'on peut dire en employant les propres expressions d'un auteur allemand (2), que partie de la conception du pur droit privé, elle avait abouti à la conception du droit bureaucratique.

Dès 1806 commence pour l'Allemagne une ère nouvelle, toute de tâtonnements et d'indécision, et qui ne devra cesser que par l'institution d'une juridiction administrative. Cette période peut être caractérisée par ce fait qu'elle a vu s'accomplir une espèce de lutte entre deux principes opposés, le principe de la compétence des tribunaux judiciaires et celui de la compétence de l'administration à l'égard du contentieux administratif.

Qu'il nous suffise à cet égard d'examiner l'histoire de la Prusse au cours de ce siècle. L'ordonnance du 26 décembre 1808 vint supprimer les anciennes Chambres de justice, de la guerre, des domaines, etc., et les remplacer par des régences, sortes d'administrations collectives ; celles-ci, en même temps qu'elles étaient chargées

1. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, pp. 842 à 846. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, p. 711.

2. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, pp. 860, 861, 863, 865.

des actes de l'administration active, eurent à statuer sur les litiges suscités par les actes de la puissance publique; au contraire, le contentieux formé des actes de la personne morale fut rendu aux tribunaux judiciaires. Il y a plus, ces derniers virent leur compétence s'étendre à certaines affaires qui par leur nature rentraient dans le contentieux administratif proprement dit; c'est ainsi qu'en vertu des articles 38 à 40 de l'ordonnance du 26 décembre 1808, le *Rechtsweg* était ouvert aux particuliers devant les tribunaux judiciaires contre tous les actes administratifs contraires à une disposition formelle de la loi, ou à un titre juridique spécial; il en fut de même en ce qui touche l'indemnité due aux particuliers en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, et la perception illégale de l'impôt. Mais un mouvement rétrograde ne tarda pas à se produire : le *Rechtsweg* fut petit à petit restreint dans des limites très étroites, et la voie de la plainte et du recours hiérarchique resta seule possible à l'individu. C'est ainsi que les articles 38 à 40 de l'ordonnance du 26 décembre 1808 furent abrogés par une loi du 11 mai 1842, et que l'illégalité d'un acte administratif cessa de donner à l'individu le droit d'intenter une action judiciaire devant les tribunaux (1). En un mot, les cas dans lesquels le *Rechtsweg* était ouvert à l'égard des actes de la puissance publique devinrent si rares qu'on a pu, selon une heureuse expression, les désigner sous le titre « d'encla-

1. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, pp. 847 à 849. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, p. 712.

ves de la justice dans le domaine de l'administration (1). » Mais les tribunaux restèrent, à l'exclusion absolue de l'administration, entièrement compétents vis-à-vis des actes de la personne morale.

Ainsi la lutte n'aboutissait pas à la prépondérance complète de l'un des éléments judiciaire ou administratif sur l'autre ; le premier n'avait pas pu l'emporter ; une dernière tentative eut pourtant lieu encore dans la loi Prussienne du 24 mai 1861, qui étendait le *Rechtsweg* à des contestations de droit public (2). La question réclamait cependant une solution : le système Français, qui s'était introduit avec la domination de notre pays dans quelques Etats de l'Allemagne, n'avait pu s'implanter nulle part d'une façon définitive ; il ne pouvait guère en être autrement ; la répartition tout à fait arbitraire des compétences et le défaut général de garanties d'indépendance de nos tribunaux administratifs ne se présentaient pas comme des modèles à suivre (3). Les uns se prononcèrent donc ouvertement en faveur de l'extension du *Rechtsweg* à tous les procès, quels qu'ils fussent, et de la compétence absolue et exclusive des tribunaux ordinaires à leur égard ; les autres se firent l'écho de l'opinion adverse, qui voulait réserver aux agents de l'administration active tout le contentieux administratif formé des actes de la puissance

1. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, p. 863.

2. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, p. 713.

3. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, p. 867.

publique (1). Ni l'une ni l'autre de ces propositions ne fut admise, et le système adopté consista dans une sorte de transaction ; des tribunaux administratifs furent créés : ils furent organisés de façon à présenter comme les tribunaux judiciaires et à un degré presque égal des garanties véritables d'indépendance ; et ils furent chargés de statuer d'une part sur certains procès, en assez grand nombre, qui par leur nature rentrent dans le contentieux judiciaire, d'autre part sur quelques litiges, en assez petit nombre, qui par leur nature font partie du contentieux administratif.

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

Depuis comme avant 1870 la juridiction administrative en Allemagne est restée en dehors de la législation fédérale.

C'est dans le Grand-Duché de Bade que fut pour la première fois tentée l'introduction des tribunaux administratifs : une loi du 5 octobre 1863 a confié la juridiction administrative en première instance à des Conseils de district (*Bezirksräthe*) et au second degré à une Cour de justice administrative (*Verwaltungsgerichtshof*). Cette législation a été complétée par la loi du 26 février 1880, et par la loi du 14 juin 1884 (2).

1. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, pp. 861 à 865. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, p. 713.

2. Dareste, *l. c.*, n. 4, p. 283. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, p. 54. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, p. 870. Meier, *l. c.*, n. 10, pp. 1169 et 1170. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 713 et 744 à 747.

Ces principes avaient déjà été admis dans leurs grandes lignes par la Hesse dans les édits du 6 juin 1832, du 4 février 1835, du 12 mai 1852 et dans la loi du 10 février 1853. Ces textes donnaient certaines affaires du contentieux administratif aux Conseils de cercle (*Kreisrâthe*) au premier degré, et en appel à une Cour de justice administrative (*Administrativjustizhof*) ; cette dernière ne statuait que sauf recours au Conseil d'Etat ou au ministre de l'Intérieur. C'est dans un esprit analogue que d'après la loi Badoise de 1880 la Cour de justice administrative peut voir ses arrêts annulés par ordonnance du Grand-Duc, rendue en Conseil des Ministres. La Hesse se trouve régie à l'heure actuelle par la loi du 19 juin 1874 sur l'administration intérieure et la représentation des cercles et des provinces et par les lois du 11 janvier 1875 et du 16 avril 1879 en ce qui touche la Cour de justice administrative (1).

En Saxe, la constitution du 4 septembre 1831 dépose dans son article 49 que « quiconque se prétend lésé dans ses droits par une décision administrative peut se pourvoir judiciairement contre cette décision ; une loi spéciale déterminera les exceptions nécessaires à ce principe, pour que son application n'entrave pas la marche régulière de l'administration ». Une loi du 28 janvier 1835 vint délimiter les compétences administrative et judiciaire ; et une loi du 30 janvier 1835 donna le contentieux

1. Dareste, *l. c.*, n. 4, p. 282. Meier, *l. c.*, n. 10, p. 1170. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 747 à 750.

administratif en première instance aux autorités locales, en appel aux Directions de cercle (*Kreisdirektionem*), enfin en dernier ressort au ministre. Encore aujourd'hui la Saxe repousse l'institution de la juridiction administrative, et se contente de la compétence de l'administration active : d'après la loi du 21 avril 1873, la juridiction inférieure est exercée en premier ressort par le Comité de district (*Bezirksausschuss*), en appel par le Conseil de cercle (*Kreisrath*) et la juridiction supérieure appartient aux ministres (1).

A côté de ces États, dont les uns continuent à repousser l'idée de tribunaux administratifs, dont les autres l'ont au contraire admise d'assez bonne heure, s'en placent d'autres qui l'ont aussi admise, mais seulement assez tard : de ce nombre sont la Prusse, la Bavière et le Wurtemberg.

En Prusse, le premier projet de l'ordonnance des cercles, présenté en octobre 1869, attribuait déjà aux comités de cercle certaines affaires contentieuses. C'est l'ordonnance des cercles du 13 décembre 1872 qui a réalisé ce projet. Puis de nombreuses lois successives, dont la série va de 1872 à 1888 ont organisé et développé la juridiction administrative : ce sont la loi du 13 décembre 1872 sur l'administration des cercles, modifiée par celle du 19 mars 1882 ; la loi du 22 juin 1875 sur l'administration des provinces modifiée par celle du 22 mars 1881 ; la loi du 3

1. Dareste, *l. c.*, n. 4, pp. 280 et 281. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, p. 54. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 738 à 742.

juillet 1875 sur la juridiction administrative, modifiée par celle du 2 août 1880 ; la loi du 26 juillet 1876 sur la compétence ; les lois des 3 juillet et 1 août 1883 qui ont complété et codifié les précédentes ; enfin la loi du 27 mai 1888 qui modifie sur un point de détail l'organisation de la juridiction administrative (1). La juridiction administrative inférieure est attribuée en Prusse aux Comités de cercle (*Kreisausschüsse*) et aux Comités de district (*Bezirkssausschüsse*) au premier et second degré, en appel la juridiction supérieure appartient à un tribunal administratif supérieur (*Oberverwaltungsgericht*) qui siège à Berlin, et qui est unique pour tout le royaume (2).

En Bavière avant les réformes de 1878 et de 1879, tout le contentieux administratif était porté devant les tribunaux locaux (*Landesgerichte*) et devant les régences des cercles (*Kreisregierungen*), c'est-à-dire devant des administrations collectives composées de fonctionnaires actifs. Les lois Bavaroises du 8 août 1878 et du 10 mars 1879 ont organisé les tribunaux administratifs : ce sont les régences de cercle (*Kreisregierungen*), les Conseils de districts (*Bezirksräthe*), et au-dessus d'eux la Cour de justice administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) ; ainsi ce système se rapproche beaucoup du système Prus-

1. Cf. la plupart de ces lois traduites et annotées dans l'*Annuaire de législation étrangère*.

2. Dareste, *l. c.*, n. 4, pp. 278 et 279. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, pp. 871 à 882. Meier, *l. c.*, n. 10, pp. 1176 à 1181. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 2, pp. 44 à 51. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 720 à 734.

sien (1). Une disposition spéciale de la loi du 8 août 1878 prouve en effet que la Bavière a définitivement rompu avec ses traditions antérieures; car l'article 15 de cette loi dispose que « les sentences rendues par la Cour dans les limites de sa compétence ne peuvent pas être réformées par décision ministérielle ».

Le Wurtemberg a eu une destinée analogue à celle de la Bavière. La constitution du 25 septembre 1819 portait dans son article 95: « le recours en justice est toujours ouvert aux citoyens qui croient être lésés par la puissance souveraine dans l'exercice d'un droit privé leur appartenant. » Avant 1876, le contentieux administratif relevait de la décision de l'administration active: les recours étaient portés devant les régences de cercle (*Kreisregierungen*), et devant les ministres. Une loi du 13 novembre 1855 réglant les moyens de droit dans les affaires administratives (*die Rechtsmittel in Verwaltungssachen*), avait seulement posé la ligne de démarcation entre les compétences administrative et judiciaire. La loi du 16 décembre 1876 a subordonné les décisions des régences de cercle à la révision et au contrôle d'une Cour de justice administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) (2).

L'Alsace-Lorraine est soumise à des Conseils de préfecture ou Conseils de district (*Bezirksräthe*) et à un Con-

1. Dareste, *l. c.*, n. 4, pp. 279 et 280. Meier, *l. c.*, n. 10, pp. 1168 et 1169. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 734 à 738.

2. Dareste, *l. c.*, n. 4, pp. 281 et 282. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, pp. 53 et 54. Meier, *l. c.*, n. 10, pp. 1168 et 1169. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 742 et 743.

seil Impérial composés de membres tous nommés par l'Empereur et dans lesquels le président qui est un fonctionnaire actif a voix prépondérante en cas de partage en vertu de loi d'Empire du 30 décembre 1871 (1).

a. Organisation.

1. *Mode de recrutement des tribunaux administratifs.* — Dans la plupart des États Allemands, la juridiction administrative comprend trois degrés. Les tribunaux des degrés inférieurs se composent de représentants de l'administration autonome (*Selbstverwaltung*), c'est-à-dire de membres élus par les habitants, et chargés de l'administration active en même temps que de la juridiction : tels sont les Conseils ou Comités de cercle ou de district (*Kreis, = Bezirksrâthe, = Ausschüsse*). A ce point de vue il est permis de rapprocher le système Allemand de notre système Français de la période révolutionnaire (2). Mais il s'en écarte profondément en ce qui concerne le recrutement de la juridiction du degré supérieur : l'organisation de la Cour de justice administrative, ou du Tribunal administratif supérieur (*Verwaltungsgerichtshof, Administrativjustizhof, Oberverwaltungsgericht*) relève dans chaque État, non plus de l'administration autonome (*Selbstverwaltung*), mais directement du pouvoir central. Ainsi d'après la loi Prussienne du 3 juillet 1875, article 18 : « Les membres du Tribunal administratif supérieur

1. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 2, pp. 854 à 856. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 750 à 753.

2. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, p. 45.

sont nommés par le roi sur la proposition du ministère d'État ». D'après l'article 17 de cette loi : « Une moitié des membres doit être légalement apte à remplir les fonctions judiciaires, et à remplir les devoirs administratifs supérieurs. » Les lois des autres États reproduisent ces dispositions.

2. *Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.* — Les tribunaux des degrés inférieurs ne jouissent d'autre garantie d'indépendance que celle qui peut résulter de leur mode de nomination : inamovibles pendant la durée de leurs fonctions, les membres de ces tribunaux sont élus pour un temps assez court. Tout au contraire l'indépendance des membres de la juridiction supérieure est très fortement organisée ; c'est ainsi que la loi Prussienne du 3 juillet 1875 dit dans ses articles 18 et 21 : « Ils sont nommés à vie. Lorsqu'un membre a été condamné par jugement en dernier ressort pour une action infamante, à une peine d'emprisonnement de plus d'une année, il peut être déclaré par décision du tribunal supérieur, statuant toutes sections réunies, déchu de ses fonctions et privé de son traitement. » L'article 20 de cette loi dispose que les membres du Tribunal administratif supérieur ne sont soumis à aucune autre procédure disciplinaire. La plupart des États Allemands connaissent aussi des tribunaux administratifs spéciaux ; notamment ils ont une Chambre supérieure des Comptes (*Ober-Rechnungskammer*) ; une loi du 14 février 1876 a fait de la Chambre supérieure des Comptes de la Prusse une juridiction d'Empire. Sur ce point la Prusse dans la loi

du 24 mars 1872, et les autres États, comme le Grand Duché de Bade dans la loi constitutionnelle du 25 août 1876, la Bavière dans l'ordonnance du 20 octobre 1812, le Wurtemberg dans l'édit royal du 13 décembre 1818, etc., ont imité le système Français : les membres de cette juridiction dans chaque État sont nommés par le souverain et inamovibles (1). Toutefois il importe de remarquer qu'à la différence de ce qui existe chez nous cette juridiction n'est soumise dans aucun État au contrôle de la Cour de justice administrative ou du Tribunal administratif supérieur : indépendante des ministres elle relève directement du souverain.

b. Attributions (2).

1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs.

a. Actes administratifs. — Cette branche du contentieux soumis aux tribunaux administratifs est loin d'être la plus étendue. Dans cet ordre d'idées, la juridiction administrative des divers États statue sur les litiges suivants : difficultés relatives aux logements militaires et aux prestations en nature fournies à l'armée en temps de paix ; paiement et répartition des frais de guerre ; répartition des charges communales et des taxes locales ; cession forcée de la propriété et constitution forcée de servitudes ; usage des eaux ; recours contre les arrêtés de police éma-

1. Marcé, *l. c.*, n. 9, pp. 202 à 207.

2. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 2, pp. 848 à 867. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, pp. 46 à 52. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 721 à 724, 735 et 736, 742 et 743, 745 et 746, 751 et 752.

nés de certains agents de l'administration. Les lois allemandes en ce qui concerne ces attributions procèdent par la voie de la méthode énumérative ; seule la loi Wurtembergeoise du 16 décembre 1876 repousse cette méthode et pose le principe général que tout acte administratif qui viole un droit individuel engendre un recours devant la Cour de justice administrative ; à ce point de vue le système du Wurtemberg peut être rapproché avec raison du système Autrichien (1).

β. *Actes de gouvernement.* — Les litiges administratifs les plus nombreux et les plus importants sont laissés au pouvoir discrétionnaire de l'administration ; et de cette façon les actes administratifs, ne donnant lieu à aucun recours contentieux, sont traités comme de véritables actes de gouvernement : il en est ainsi par exemple d'une façon générale des impôts et de la voirie. Sous ce rapport, on ne peut nier que le système Allemand soit dans un état d'infériorité marquée vis-à-vis des autres législations, et notamment de la législation Française, qui offre sur ce point plus de garanties de justice à l'individu.

2. *Contentieux judiciaire, jugé par les tribunaux administratifs.*

a. *Actes de gestion, émanés de la personne morale.* — En principe le contentieux composé des litiges suscités par ces actes appartient aux tribunaux judiciaires. Ce principe est assez fermement respecté : c'est ainsi qu'en Alsace-Lorraine, les Conseils de district (*Bezirksräthe*)

1. Meier, *l. c.*, n. 10, p. 1168.

qui ont en règle générale conservé les attributions exercées avant 1870 par les Conseils de préfecture français se sont vu cependant retirer compétence par les articles 8 et 9 de la loi d'Empire du 4 novembre 1878 en ce qui touche les contestations entre l'administration et les entrepreneurs de travaux publics et de fournitures, et les réclamations des particuliers contre les entrepreneurs de travaux publics pour torts et dommages causés à leurs propriétés; ces procès ont été transférés aux tribunaux judiciaires. Cependant même dans ce domaine, les attributions des tribunaux administratifs ont une certaine étendue : ce sont eux en effet qui statuent sur certaines dettes de l'Etat, sur les réclamations de tous les fonctionnaires en matière de traitements et de pensions.

b. Affaires purement judiciaires. — Ce sont ces sortes d'affaires qui forment la branche de beaucoup la plus étendue de la juridiction administrative en Allemagne, à tel point que l'on peut à bon droit s'en étonner, et dire que c'est là un système isolé et unique dans le monde. C'est ainsi que dans les divers États Allemands les tribunaux administratifs statuent sur le droit de bourgeoisie, la jouissance des droits civils, l'exercice des droits civiques, tels que le droit de vote et d'éligibilité, l'éducation religieuse des enfants, les différends entre les unions charitables, les contestations entre les communes au sujet de leurs limites, les réclamations relatives à la formation des listes électorales, etc., etc.

En outre, certaines affaires, purement judiciaires de leur nature et d'une importance capitale, appartiennent

aux agents de l'administration active : ceux-ci peuvent en effet prononcer des peines, l'amende et même l'emprisonnement, pour réprimer les contraventions aux arrêtés de police qu'ils prennent en ce qui concerne un grand nombre d'affaires, telles que la voirie, la chasse, la pêche, les eaux, les chemins de fer, les forêts, les impôts, etc. Lorsque ces arrêtés et ces décisions émanent des agents du pouvoir central, tels que les ministres, les particuliers n'ont pas d'autre ressource que le recours hiérarchique par la voie de la plainte (*Beschwerde*). Mais lorsque ces arrêtés et ces décisions émanent des fonctionnaires locaux, la loi presque toujours ouvre aux particuliers à côté du recours hiérarchique par la voie de la plainte (*Beschwerde*) qui donne lieu à une décision (*Beschluss*) de l'administration supérieure, le recours contentieux par voie d'action (*Klage*) qui suscite un jugement (*Entscheidung*) des tribunaux administratifs.

c. *Contentieux entre l'Etat et ses agents comptables.* — Le système français se retrouve sur ce point reproduit dans ses grandes lignes : c'est la Chambre supérieure des comptes (*Ober-Rechnungshof*), qui dans chaque Etat juge les comptes. Cependant dans certains Etats, les Conseils ou Comités de cercle prononcent sur les contestations relatives aux comptes des communes ; par exemple en Prusse d'après l'article 50 de la loi du 26 juillet 1876 : « le Comité de cercle statue au contentieux : 1° sur le recours des comptables en cas de refus par les communes de recevoir leurs comptes ou d'en donner décharge ; 2° sur le recours des autorités chargées de l'inspection

financière ou administrative au sujet d'un déficit à fixer ou à combler dans la caisse d'un comptable de deniers communaux ».

En Alsace-Lorraine, les Conseils de district (*Bezirks-râthe*) n'ont pas le droit d'examiner directement les comptes des receveurs communaux; ce droit en vertu d'une ordonnance de 1373 appartient au président de département et au directeur d'arrondissement, mais ils peuvent accueillir les recours formés devant eux par les particuliers contre les arrêtés de ces autorités.

§ 3. — *La responsabilité des fonctionnaires publics* (1).

C'est une vieille tradition du droit Allemand que tout fonctionnaire est responsable des illégalités qu'il commet devant les tribunaux judiciaires et que la voie de droit (*Rechtsweg*) est ouverte à l'individu en cette matière.

Dans l'ancien Empire Germanique, les seigneurs locaux pouvaient être traduits devant les tribunaux de l'Empire, ceux-ci pouvaient prononcer contre eux le bannissement ou la déposition; « encore dans les années 1770, 1775 et 1778 trois comtes régnants de l'Empire furent, après avis préalable du Haut Conseil d'Empire, condamnés à la peine de l'emprisonnement, pour corvées abomi-

1. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, pp. 852 à 857. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 2, pp. 333 et 334. Dubarle, *l. c.*, n. 5, tome 1, pp. LXXVIII à LXXXI, et tome 2, pp. 120 et 121. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, pp. 38 et 39. Dareste, *l. c.*, n. 3, p. 521. Poitou, *l. c.*, n. 11, pp. 253 et 254.

nables, pour infamies, et pour abus inexcusable de leur droit de souveraineté locale » (1).

Après la dissolution de l'Empire, le système de l'article 75 de la constitution Française de l'an VIII tenta de s'implanter dans divers Etats de l'Allemagne ; plusieurs l'admirent même, mais ils finirent par le rejeter presque tous au cours de ce siècle. L'histoire de la Prusse contemporaine sur ce point est intéressante et curieuse : l'ordonnance du 26 décembre 1808 subordonnait l'exercice des poursuites contre les fonctionnaires à l'autorisation préalable de l'administration supérieure ; les lois du 25 avril 1835 et du 29 mars 1844 étaient encore conçues dans le même esprit ; mais la constitution Prussienne du 5 décembre 1848, dans son article 95, vint abolir ces dispositions et laisser la voie de droit (*Rechtsweg*) librement ouverte aux particuliers contre les fonctionnaires devant les tribunaux judiciaires ; ce système fut par la suite quelque peu modifié ; la constitution du 31 janvier 1850 portait dans son article 97 : « les conditions sous lesquelles des fonctionnaires civils et militaires peuvent être cités judiciairement, pour abus de pouvoir, sont fixées par la loi. Mais aucune autorisation préalable de l'autorité supérieure ne devra être exigée » ; la loi du 13 février 1854 fut rendue en exécution de ce texte ; elle ne rétablit pas l'autorisation préalable, mais elle donna à l'administration le droit d'élever le conflit, et à la Cour des conflits de compétence (*Kompetenzkonfliktgerichtshof*) le droit

1. Schulze, *l. c.*, n. 12, tome 2, p. 843.

de décider s'il y avait ou non abus de pouvoirs occasionnant l'ouverture du *Rechtsweg* devant les tribunaux judiciaires ; cette loi donnait à l'individu une double garantie, d'une part en remettant la décision de la question préalable à une juridiction au sein de laquelle dominait l'élément judiciaire, d'autre part en faisant de cette question, non pas l'objet d'une autorisation préalable qui pût être arbitrairement refusée, mais simplement l'examen juridique de la transgression des pouvoirs contenus dans la fonction ; d'un autre côté cette loi protégeait suffisamment l'administration en limitant à trois années la prescription des actions des particuliers contre les fonctionnaires.

A l'heure actuelle, la loi d'Empire du 31 mars 1873, « relative aux droits et devoirs des fonctionnaires de l'Empire », contient une disposition d'après laquelle tout fonctionnaire est responsable de la légalité de ses actes » ; le *Rechtsweg* devant les tribunaux ordinaires est donc librement ouvert aux particuliers contre les fonctionnaires fédéraux.

En ce qui touche la responsabilité des fonctionnaires des États la législation fédérale contient certaines prescriptions générales. L'article 11 de la loi sur la mise en vigueur du Code d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877 déclare maintenues les dispositions des lois locales qui subordonnent l'exercice des actions en responsabilité contre les fonctionnaires à une décision préalable de transgression des pouvoirs, mais il ajoute que cette décision doit émaner de la Cour de justice administrative (*Verwal-*

tungsgerichtshof) dans les États qui en ont une, et du Tribunal de l'Empire (*Reichsgericht*) pour les États qui n'en ont pas et qui cependant ne laissent pas le *Rechtsweg* devant les tribunaux judiciaires absolument libre. Ce système offre de grandes garanties à l'individu : le Tribunal de l'Empire est un tribunal judiciaire parfaitement indépendant, et les Cours de justice administrative, bien qu'elles soient des tribunaux administratifs, sont organisées judiciairement.

D'ailleurs le *Rechtsweg* librement ouvert devant la justice civile et criminelle sans aucune entrave préalable est resté la règle générale en Allemagne. Seuls, la Prusse, la Bavière, la Hesse, l'Alsace-Lorraine et le Mecklemburg subordonnent la poursuite à la déclaration d'excès de pouvoirs, et cela seulement si l'autorité administrative elle-même la demande. Cette déclaration émane de la Cour de justice administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) en Bavière et dans la Hesse, du Tribunal administratif supérieur (*Oberverwaltungsgericht*), en Prusse ; elle est rendue par le Tribunal de l'Empire pour les fonctionnaires de l'Alsace-Lorraine et du Mecklemburg.

§ 4. — *Le conflit d'attributions* (1).

L'article 17 de la loi d'Empire du 27 janvier 1877 sur l'organisation judiciaire s'exprime de la façon suivante :

1. Dubarle, *l. c.*, n. 6, tome 1, pp. LVIII à LXXVI, et tome 2, pp. 15 et 16. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, pp. 39 à 43. Schulze, *l. c.*, n. 12,

« Les tribunaux sont juges de la compétence. La législation particulière des Etats confédérés peut cependant confier à un tribunal spécial le jugement des conflits s'élevant en matière de compétence entre les tribunaux judiciaires et les autorités et tribunaux administratifs sous les conditions suivantes :

1. Les membres de ce tribunal seront nommés pour la durée des fonctions qu'ils exerceront au moment de leur nomination, ou à vie s'ils n'exercent aucune fonction. Ils ne pourront être relevés de leurs fonctions que dans les cas prévus pour les membres du Tribunal de l'Empire.

2. La moitié des membres au moins appartiendra au Tribunal de l'Empire, ou au Tribunal suprême de l'Etat ou à un tribunal régional supérieur. La décision ne peut être rendue que par le nombre de juges fixé par la loi : ce nombre doit être impair et être de cinq au moins.

3. La procédure sera réglée par une loi. La décision est rendue en audience publique après citation des parties.

4. Si la compétence judiciaire a été déclarée par un jugement d'un tribunal judiciaire passé en force de chose jugée sans que le renvoi devant le Tribunal des conflits ait été demandé au préalable, la décision du tribunal demeure définitive. »

Ce texte important règle ainsi les points capitaux de cette matière tant en ce qui touche l'élévation du conflit

tome 2, p. 857. Meier, *l. c.*, n. 10, pp. 1181 à 1186. Stengel, *l. c.*, n. 14, tome 1, pp. 808 à 826. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 2, pp. 867 à 869.

qu'en ce qui concerne son jugement. Il convient de voir comment il a été appliqué par les divers Etats. Avant tout, il laisse à ceux-ci l'option entre deux partis : ou bien confier le jugement du conflit à la juridiction judiciaire supérieure, ou bien l'accorder à un tribunal spécial, à une Cour de compétence (*Kompetenzgerichtshof*).

Le premier de ces deux partis a été embrassé par un grand nombre d'Etats : Alsace-Lorraine ; principautés de Lippe, Schaumburg-Lippe, Schwarzburg-Sondershausen, Rudolstadt, Reusz branches aînée et cadette ; duchés d'Anhalt, Saxe Altenburg, Saxe-Meiningen, et Saxe-Weimar ; et villes hanséatiques de Lübeck et Hamburg.

Un seul Etat, la ville hanséatique de Brême, par une loi du 25 juin 1879, et une ordonnance du 26 septembre de la même année, a institué le Tribunal de l'Empire comme Tribunal des conflits.

Les autres Etats possèdent une Cour de compétence.

En Prusse, en vertu de l'ordonnance du 1 août 1879, cette Cour se compose de onze membres, six appartenant au tribunal régional supérieur de Berlin, et cinq pris parmi des fonctionnaires administratifs ou des personnes ayant l'aptitude judiciaire, et nommés par le roi sur la proposition du ministre d'Etat. Le conflit est élevé par l'administration centrale et provinciale.

En Bavière, la loi du 18 août 1879 compose la Cour de compétence d'un président, et de dix conseillers, dont la moitié appartient à la Cour suprême de Munich ou à l'un des tribunaux régionaux supérieurs, et l'autre moitié à la Cour de justice administrative. Le conflit peut être élevé

par les régences, par les services centraux, et par le ministère public près la Cour de justice administrative.

En Vürtemberg, la Cour de compétence est organisée par la loi du 25 août 1879 : elle se compose d'un président et de six membres, dont quatre sont pris parmi les juges du tribunal régional supérieur de Stuttgart, et deux parmi les membres de la Cour de justice administrative, ou les anciens fonctionnaires. Le conflit est élevé par le ministre et par la Cour de justice administrative.

Dans le grand Duché de Bade, la loi du 30 janvier 1879 et l'ordonnance du 24 juin 1879 organisent la Cour de compétence : elle comprend huit membres du tribunal régional supérieur de Carlsruhe, et cinq hauts fonctionnaires, ou membres de la Cour de justice administrative nommés par le gouvernement. Le ministre intéressé a seul le droit d'élever le conflit : c'est le seul Etat où ce droit se trouve centralisé à ce point.

Dans un seul Etat, le Duché de Saxe-Cobourg, la « Commission Ducale des Conflits » est présidée par le ministre. Nous avons déjà vu que la Saxe, fidèle aux traditions Napoléoniennes, continue à repousser en principe toute juridiction administrative et fait du ministre le juge en dernier ressort de tous les litiges administratifs. Cependant même dans cet Etat la majorité est assurée à l'élément judiciaire au sein de cette Commission Ducale des Conflits : en vertu de la loi du 8 avril 1879, ce tribunal se compose en effet de quatre membres du tribunal régional supérieur de Iéna et de deux fonctionnaires admi-

nistratifs. Le conflit peut être élevé par le ministre et par les autorités centrales.

Ainsi en Allemagne, beaucoup d'Etats ont remis la décision des conflits au pouvoir judiciaire lui-même. Dans les autres, il y a un tribunal mixte en ce sens qu'il se compose de deux éléments ; mais ce n'est là qu'une apparence : car partout domine l'élément judiciaire grâce aux prescriptions de l'article 17 de la loi d'Empire du 27 janvier 1877, auxquelles se sont conformées les lois particulières ; en outre, l'élément administratif est organisé de telle sorte qu'il jouit des mêmes garanties d'indépendance que l'élément judiciaire. Cet état de choses réalise un progrès important en Allemagne : car si déjà avant 1879 la Cour de compétence était connue et organisée comme aujourd'hui, par exemple en Prusse en vertu d'une loi du 8 avril 1847, au contraire dans d'autres Etats comme la Bavière, le jugement des conflits appartenait au roi sur l'avis du Conseil privé.

β. L'AUTRICHE

- I. Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs : 1. Reconnaissance ou méconnaissance du principe. 2. Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire. — II. Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire. 1. Mode de recrutement du pouvoir judiciaire. 2. Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire. — III. Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs : 1. Domaine d'application de la juridiction administrative. 2. Les divers tribunaux administratifs : *a.* Organisation. *b.* Attributions. 3. La responsabilité des fonctionnaires publics. 4. Le conflit d'attributions.

BIBLIOGRAPHIE

1. Abella. Tratado de derecho administrativo Español. Madrid, 1886-1889, 3 vol.
2. Dareste. Les constitutions modernes. Paris, 1883, 2 vol.
3. Dareste. La justice administrative en France. Paris, 1863.
4. Dareste. Etude sur la juridiction administrative. Bulletin de la Société de législation comparée, 1873, p. 283 et 284.
5. Demombynes. Les constitutions européennes. Paris, 1883, 2 vol.
6. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.
7. Laferrière. Traité de la juridiction administrative. Paris, 1887-1888, 2 vol.
8. Marcé. L'institution de la Cour des Comptes en France et dans les principaux États étrangers. Bulletin de la Société de législation comparée, 1890, p. 207 à 241.
9. Meier. Das Verwaltungsrecht. Das österreichische System.

Leipzig, 1882, Encyclopadie der Rechtswissenschaft, von Holtzendorff ; p. 1166 et 1167.

10. Poitou. La liberté civile et le pouvoir administratif en France. Paris, 1869.

11. Stubenrauch. Handbuch der oesterreichischen Verwaltungsgesetzkunde. Wien, 1856, 2 vol.

12. Ulbrich. Lehrbuch des oesterreichischen Staatsrechts. Berlin, 1882.

I

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

C'est seulement depuis 1860 que l'Autriche après des essais infructueux tentés en 1848, a cessé d'être une monarchie absolue, pour devenir une monarchie constitutionnelle.

La constitution actuellement en vigueur date du 21 décembre 1867 : c'est un assemblage de six lois, dites constitutionnelles (1).

En vertu de la loi constitutionnelle du 21 décembre 1867 sur la représentation de l'Empire, le pouvoir législatif appartient au *Reichsrath* ou Conseil d'Empire qui se décompose en deux Chambres : la Chambre des Sei-

1. Dareste, *l. c.*, n. 2, tome 1, pp. 323 et suiv. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 2, pp. 176 et suiv. *Annuaire de législation étrangère*, 1875, notice, traduction et notes par M. Bufnoir, pp. 237 et suiv.

gneurs et la Chambre des Députés. D'après la loi constitutionnelle de la même date sur l'exercice du pouvoir gouvernemental et exécutif, ce dernier appartient à l'Empereur. Ces lois n'ont fait que consacrer la séparation des pouvoirs exécutif et législatif qui existait déjà depuis 1860.

Au contraire, c'est la loi constitutionnelle du 21 décembre 1867 sur le pouvoir judiciaire qui a pour la première fois proclamé le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, qui n'existait pas encore auparavant ; l'article 14 dit en effet : « La justice et l'administration sont séparées à tous les degrés de juridiction » ; jusque-là c'était l'administration active qui jugeait tous les litiges administratifs (1). D'après l'article 15 de cette loi « quiconque se prétend lésé dans ses droits par une décision ou une mesure de l'autorité administrative a le droit de porter sa réclamation devant la Cour de justice administrative ». Ainsi la séparation n'est pas encore absolue, puisque les tribunaux ordinaires ne sont pas compétents à l'égard de tous les litiges ; mais la confusion est infiniment moins grande que par le passé, d'autant plus que, nous le verrons, cette Cour de justice administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) est organisée judiciairement.

§ 5. — *Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire.*

L'institution et la réglementation du pouvoir judiciaire se trouvent contenues dans la constitution : en effet l'une

1. Stubenrauch, *l. c.*, n. 11. Ulbrich, *l. c.*, n. 12, p. 711.

des lois du 21 décembre 1867 est intitulée : « Loi constitutionnelle sur le pouvoir judiciaire » (*Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt*). En outre, en Autriche, malgré l'existence d'une juridiction administrative, l'étendue de la compétence des tribunaux judiciaires est plus grande que dans la plupart des autres pays qui admettent aussi la coexistence du pouvoir judiciaire et de la juridiction administrative ; en effet, l'article 7 de cette loi du 21 décembre 1867 dit : « Les tribunaux ne sont pas juges de la validité des lois régulièrement publiées ; au contraire, ils peuvent apprécier la validité des ordonnances au cours et à l'occasion des procès dont ils sont également saisis. » Il y a là quelque chose d'analogue avec le système admis en Belgique par l'article 107 de la constitution de cet Etat. Une pareille solution d'ailleurs ne porte aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire : car si les tribunaux ont le droit d'examiner la légalité des ordonnances administratives, c'est seulement en vue de ne pas en tenir compte au cours du procès pendant devant eux, ce n'est nullement en vue d'annuler ou de réformer cet acte administratif ; ainsi les tribunaux restent dans leur sphère d'attributions naturelles qui consiste à pouvoir tout juger sans jamais pouvoir administrer. Enfin, l'indépendance du pouvoir judiciaire se trouve proclamée et fortement organisée par cette même loi constitutionnelle du 21 décembre 1867.

II

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE.

§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire* (1).

D'après l'article 1 de la loi du 21 décembre 1867 sur le pouvoir judiciaire « toute juridiction dans l'État s'exerce au nom de l'Empereur. Les jugements et sentences sont expédiés au nom de l'Empereur » ; et l'article 5 dit que les juges sont nommés par l'Empereur ou en son nom. Du reste, comme chez nous, tous les tribunaux judiciaires se trouvent soumis au contrôle supérieur d'une Cour suprême de Cassation dont la mission consiste à veiller à l'observation des lois, et à maintenir l'unité de la jurisprudence.

2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

L'article 5 de la loi sur le pouvoir judiciaire porte : « Les juges sont nommés à titre inamovible et à vie par l'Empereur ou en son nom ». Et l'article 6 dispose : « Les juges dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires sont pleinement libres et indépendants. Ils ne peuvent être destitués que dans les cas prévus par la loi, et en vertu d'une sentence judiciaire régulièrement intervenue ; ils ne peu-

1. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 2, pp. 221 à 238.

vent être suspendus temporairement que par l'ordre du président ou d'une autorité judiciaire plus élevée, à la charge du renvoi immédiat de l'affaire devant le tribunal compétent ; il n'est permis de les déplacer ou de les mettre à la retraite contre leur gré que dans les cas et suivant les formes déterminés par la loi. Toutefois ces dispositions ne sont pas applicables aux déplacements ou mises à la retraite qui seraient rendus nécessaires par des changements dans l'organisation des tribunaux ». Une proposition de loi de 1873 tendant à établir que les juges à partir de l'âge de soixante-dix ans seraient de plein droit à la retraite n'a pas abouti, et l'article 6 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire reste toujours en vigueur (1).

III

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LA DÉTERMINATION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE A L'ÉGARD DES LITIGES ADMINISTRATIFS (2).

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. — Comme la législation Allemande, la

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1874, notice par M. Ch. Lyon-Caen, p. 192.

2. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 55 à 60. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 2, pp. 238 à 241. Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 6, pp. 543 et

législation Autrichienne est basée sur la distinction fondamentale entre l'Etat considéré comme puissance publique et l'Etat considéré comme personne morale (*als Fiscus*). Mais tandis qu'en Allemagne les litiges soulevés par les actes de la personne morale sont attribués à la compétence des tribunaux administratifs, en Autriche au contraire ils sont laissés à la décision des tribunaux ordinaires. A plus forte raison ces derniers sont-ils exclusivement compétents à l'égard des procès purement judiciaires ; l'article 15 de la loi constitutionnelle du 21 décembre 1867 sur le pouvoir judiciaire fait l'application de cette idée dans les termes suivants : « dans tous les cas où une autorité administrative, d'après les lois existantes, ou celles qui interviendraient à l'avenir, est appelée à statuer sur des contestations entre particuliers, la partie qui serait lésée dans ses droits par la décision administrative, est libre de recourir contre son adversaire par les voies judiciaires de droit commun ». Ainsi à l'heure actuelle en Autriche, le contentieux soumis à la juridiction administrative, est par sa nature purement administratif, puisqu'il ne comprend que les affaires engendrées par l'exécution des actes de la puissance publique.

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux. — Pendant longtemps l'Autriche a adopté sur ce point le système pratiqué en Allemagne : la

544. Stubenrauch, *l. c.*, n. 11. Ulbrich, *l. c.*, n. 12, pp. 711 à 727. Dareste, *l. c.*, n. 4, pp. 283 et 284. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, pp. 102 à 104. Meier, *l. c.*, n. 9, pp. 1163 et 1167.

distinction entre le recours contentieux par voie d'action (*Klage*) et le simple recours gracieux par voie de plainte (*Beschwerde*), n'existait en aucune façon ; tout le contentieux administratif était abandonné à la décision des agents de l'administration active ; « le moyen informel de la plainte (*Beschwerde*) présentait seul la possibilité de faire corriger la violation des droits particuliers commise par les fonctionnaires inférieurs » (1) ; ainsi le recours devant l'autorité hiérarchiquement supérieure était la seule garantie offerte à l'individu. L'article 15 de la loi du 21 décembre 1867 sur le pouvoir judiciaire, et la loi du 22 octobre 1875 « relative à l'institution d'une Cour de justice administrative » ont fait la distinction qui n'existait pas auparavant : cette Cour, unique pour tout l'Empire, et siégeant à Vienne, ne peut admettre le recours qui est porté devant elle contre l'acte administratif qu'après que tout recours hiérarchique devant l'administration elle-même a été épuisé ; l'article 5 de la loi du 22 octobre 1875 dit en effet : « Le recours ne peut être porté devant elle qu'après épuisement de la voie administrative. A défaut d'une instance administrative préalable, le recours à la Cour de justice administrative n'est pas recevable. » En outre d'après l'article 7 de la même loi le droit de la Cour se borne à apprécier la légalité de l'acte administratif, en aucune façon son opportunité. A ces divers points de vue, l'on a pu, non sans quelque raison, rapprocher le système Autrichien du système Anglais (2) : dans les deux pays

1. Ulbrich, *l. c.*, n. 12, p. 711.

2. Meier, *l. c.*, n. 9, pp. 1166 et 1167.

les litiges administratifs et les actes d'administration appartiennent aux mêmes autorités; en Autriche comme en Angleterre c'est une Cour indépendante qui statue en dernier ressort sur l'illégalité de l'acte qu'elle ne peut que casser; mais tandis qu'en Angleterre cette Cour indépendante est la cour suprême de droit commun, en Autriche c'est une Cour spéciale, une Cour de justice administrative; de plus on peut dire que tandis qu'en Angleterre la confusion des pouvoirs exécutif et judiciaire se produit au profit du pouvoir judiciaire, en Autriche en sens inverse elle se produit au profit du pouvoir exécutif.

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

Jusqu'en 1867, la justice et l'administration étaient confondues dans les mains des fonctionnaires administratifs; les litiges administratifs étaient tranchés en première instance par les *Bezirksämter*; et en appel par les *Kreispräsidenten*, *Staathalter*, enfin par les ministres (1). L'article 15 de la loi constitutionnelle du 21 décembre 1867 sur le pouvoir judiciaire vint pour la première fois poser le principe d'un tribunal administratif dans les termes suivants : « Quiconque se prétend lésé dans ses droits par une décision ou une mesure de l'autorité administrative a le droit de porter sa réclamation devant la Cour de justice administrative, avec procédure publique et orale, contre un représentant de l'autorité administrative. Les cas dans lesquels la Cour de justice administrative est appelée à

1. Stubenrauch, *l. c.*, n. 11.

statuer, la composition de cette Cour et la procédure à suivre devant elle, seront réglés par une loi spéciale. » Cette loi spéciale porte la date du 22 octobre 1875 (1). Elle n'a pas été votée sans de grandes discussions dans les Chambres législatives : les uns se montrèrent défavorables au projet par le motif qu'il paralysait l'administration, et supprimait son indépendance ; les autres par la raison qu'il n'offrait à l'individu qu'une garantie illusoire en restreignant dans des mesures trop étroites les attributions de la juridiction proposée ; d'autres enfin réclamèrent le renvoi de tous les litiges administratifs aux tribunaux ordinaires ; la loi ne fut votée que grâce aux discours prononcés par M. le ministre Unger. A côté de la Cour de justice administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) fonctionne le Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) qui siège aussi à Vienne, et qui est chargé de statuer sur certaines contestations de droit public en vertu d'une loi constitutionnelle du 21 décembre 1867 et d'une autre loi du 22 octobre 1875. Enfin, il y a en Autriche une Cour des Comptes (*Rechnungshof*) dont l'origine remonte à la Chambre des Comptes (*Hofrechnungskammer*) instituée par l'ordonnance de Marie-Thérèse du 23 décembre 1761, et qui est aujourd'hui régie par l'ordonnance impériale du 21 novembre 1866 (2).

a. Organisation.

1. *Mode de recrutement des tribunaux administratifs.*

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1876, notice et traduction par M. Pierre Daresté, pp. 514 à 525.

2. Marcé, *l. c.*, n. 8, pp. 269 et suiv.

— La Cour de justice administrative, le Tribunal d'Empire et la Cour des Comptes ne se composent que de membres nommés par l'Empereur. Mais tandis que les membres du Tribunal d'Empire sont nommés par l'Empereur sur la présentation de chacune des deux Chambres législatives (article 5, loi du 21 décembre 1867), les membres de la Cour de justice administrative sont nommés par lui seulement sur la proposition du Conseil des ministres (article 10, loi du 22 octobre 1875); et les membres de la Cour des comptes peuvent être nommés par l'Empereur seul (ordonnance du 21 novembre 1866; § 14). — La Cour de Justice administrative se sépare des autres tribunaux administratifs qui peuvent n'être composés que de fonctionnaires ou d'anciens fonctionnaires en ce que, aux termes de l'article 10 de la loi du 22 octobre 1875 « la moitié au moins de ses membres doit satisfaire aux conditions requises pour les fonctions judiciaires. »

2. *Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.* — D'après ce même article 10, les membres de la Cour de justice administrative « sont assimilés pour le rang et les prérogatives aux (membres) du Tribunal suprême ». Ce texte se contente donc de renvoyer notamment aux articles 5 et 6 de la loi du 21 décembre 1867 sur le pouvoir judiciaire, qui consacrent en des termes formels le principe de l'inamovibilité des juges. De même, l'article 5 de la loi du 21 décembre 1867 « sur la création du Tribunal d'Empire » dit qu' : « il se compose d'un président et de son suppléant nommés à vie par l'Empereur, de douze membres titulaires et de quatre suppléants nom-

més également à vie par l'Empereur sur la présentation du Reichsrath ». Au contraire l'ordonnance du 21 novembre 1866 ne consacre l'indépendance des membres de la Cour des Comptes que vis-à-vis des ministres, non vis-à-vis de l'Empereur ; celui-ci conserve à leur égard son droit de destitution ; — aussi « on se plaint de ce qu'elle laisse à désirer, de ce que les magistrats de la Cour des Comptes ne jouissent pas de garanties suffisantes d'indépendance, de ce que le contrôle financier ne s'exerce pas d'une façon assez rigoureuse » (1).

b. Attributions.

1. *Attributions de la Cour de justice administrative.* — Contrairement à presque toutes les législations, et par exemple aux législations Française et Allemande, la législation Autrichienne ne procède pas par voie d'énumération en vue d'indiquer les attributions de la Cour de justice administrative (2). Sa compétence s'étend à tous les actes administratifs ; l'article 2 de la loi du 22 octobre 1875 dit en effet : « La Cour de justice administrative connaît de tous les recours portés devant elle par les personnes qui se prétendent lésées dans leurs droits par une décision ou une mesure illégale de l'autorité administrative. » L'article 3 vient seulement énumérer d'une façon limitative les affaires qui ne rentrent pas dans cette compétence : elles peuvent être rangées dans quatre catégories ; ce sont les affaires dont la connaissance appartient

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1885, notice générale par M. Lyon-Caen, p. 281.

2. Ulbrich, *l. c.*, n. 12, pp. 713 et 714.

aux tribunaux judiciaires ; celles qui sont expressément attribuées par les lois au Tribunal d'Empire, celles qui sont confiées à des tribunaux ou à des corps administratifs spéciaux, tels notamment que la Cour des Comptes, enfin celles qui ne relèvent que du pouvoir discrétionnaire des agents de l'administration active.

Plus étendues que celles des tribunaux administratifs Allemands et même de nos tribunaux administratifs Français, si l'on envisage le cercle des affaires dans lequel elles se meuvent, les attributions de la Cour de justice administrative Autrichienne sont au contraire infiniment plus restreintes si l'on considère le rôle qu'elle est appelée à remplir à l'égard de chacune de ces affaires. En effet cette juridiction doit se borner à statuer sur l'illégalité de l'acte administratif qui est attaqué, elle ne peut pas statuer sur son inopportunité : en conséquence elle ne peut qu'annuler l'acte, sans avoir le droit de le réformer ; son rôle est donc à peu près celui d'une Cour de cassation administrative ; l'article 7 de la loi du 22 octobre 1875 s'exprime en ces termes à cet égard : « Lorsque la Cour de justice administrative admet le recours, elle doit annuler comme illégale, par une sentence motivée, la mesure ou la décision attaquée. Les autorités administratives sont obligées de prendre toutes mesures ultérieures pour la suite de l'affaire, et sont liées par les principes qui ont servi de base à la sentence de la Cour de justice administrative » (1). Ainsi

1. Ulbrich, *l. c.*, n. 12, pp. 713 à 719. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 59 et 60.

le droit de réformer l'acte, ou plutôt de le refaire, reste dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

2. *Attributions du Tribunal d'Empire.* — A la différence de celle de la Cour de justice administrative, les attributions du Tribunal d'Empire sont limitativement énumérées par les articles 1 à 4 de la loi du 21 décembre 1867. Elles peuvent être réparties en quatre classes distinctes : ce sont les conflits, les affaires intéressant à la fois deux ou plusieurs pays de l'Empire, les affaires communes à tout l'Empire, enfin certaines affaires sur lesquelles la Cour de justice administrative est aussi autorisée à statuer ; l'article 3 *in fine* de la loi du 21 décembre 1867 dit en effet que le Tribunal d'Empire statue « sur les plaintes élevées par les citoyens à raison de la violation de l'un des droits politiques garantis par la constitution, après que l'affaire aura été l'objet d'une solution administrative intervenue conformément à la loi ». Cette dernière sorte d'attributions engendre des conflits entre le Tribunal d'Empire et la Cour de Justice administrative (1).

3. *Attributions de la Cour des Comptes.* — Cette juridiction est chargée de statuer sur le contentieux entre l'État et ses agents comptables ; et ses attributions à cet égard se rapprochent de celles de notre Cour des Comptes française (1). Pas plus que le Tribunal d'Empire, la Cour des Comptes ne se trouve soumise à la Cour de justice administrative. Nous avons vu qu'elle relève uniquement de l'Empereur : c'est donc bien une véritable juridiction administrative.

1. Ulbrich, *l. c.*, n. 12, pp. 722 à 724.

§ 3. — *La responsabilité des fonctionnaires publics* (1).

L'Autriche, qui a accompli des réformes libérales en 1867 et 1875 en ce qui touche l'institution même de la juridiction administrative, est au contraire restée à l'ancien ordre de choses en ce qui concerne la responsabilité des fonctionnaires. D'après un décret impérial de 1806 qui est toujours en vigueur, il est expressément défendu aux tribunaux judiciaires de recevoir aucune action, même civile, contre les fonctionnaires, à raison de leurs fonctions. D'un autre côté, comme le droit de la Cour de justice administrative consiste uniquement à pouvoir annuler l'acte, elle ne peut prononcer contre l'administrateur aucune condamnation ni pénale ni civile. Dès lors, le droit de statuer en cette matière est abandonné aux agents de l'administration active ; c'est elle qui est chargée de se condamner elle-même à la réparation du dommage qu'elle a causé ; l'arbitraire est donc consacré législativement, et le recours hiérarchique n'apparaît que comme un remède absolument dérisoire. Il est donc permis de dire que sur ce point la justice n'existe pas en Autriche.

§ 4. — *Le conflit d'attributions* (2).

Le conflit est aujourd'hui réglé par une loi constitution-

1. Stubenrauch, *l. c.*, n. 11, tome 1, p. 187. Dareste, *l. c.*, n. 3, p. 520. Poitou, *l. c.*, n. 10, pp. 252 et 253.

2. Ulbrich, *l. c.*, n. 12, pp. 714, 720 et 721. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 57 et 60. Dareste, *l. c.*, n. 4, p. 283.

nelle du 21 décembre 1867 et par une loi du 22 octobre 1875. Avant 1867, le conflit entre l'administration et les tribunaux judiciaires était vidé par la Cour suprême, qui est à la tête du pouvoir judiciaire, de concert avec le ministre de l'Intérieur.

a. Elévation du conflit.

Dans quels cas le conflit peut s'élever. — En Autriche il y a deux sortes de conflits possibles. Le premier peut se produire entre les tribunaux judiciaires et l'administration active ou la Cour de justice administrative. Le second peut se produire entre la Cour de justice administrative et le Tribunal d'Empire : c'est la conséquence inévitable de ce fait que ces deux juridictions ont également compétence pour statuer concurremment sur certaines affaires.

Par qui le conflit peut il être élevé? — La centralisation qui se rencontre sur ce point dans la plupart des autres pays n'existe pas en Autriche : le droit d'élever le conflit ne se trouve pas concentré entre les mains d'un fonctionnaire unique. Si le conflit s'élève entre les tribunaux judiciaires et l'administration ou la Cour de justice administrative, le conflit peut être élevé par les agents relevant du ministère compétent s'il s'agit d'un acte de l'administration générale, et par la commission administrative locale s'il s'agit d'un acte de l'administration locale. Dans le cas au contraire où le conflit s'élève entre le Tribunal d'Empire et la Cour de justice administrative, l'article 3 de la loi du 22 octobre 1875 dit : « L'instance en décision de ces conflits est engagée soit par l'administration supérieure, soit par la partie intéressée, suivant que les deux

juridictions ont déclaré ou décliné leur compétence ». Du reste, le droit d'élever le conflit n'appartient jamais aux tribunaux judiciaires en vue de réprimer les empiètements de l'administration active ou des tribunaux administratifs.

b. Jugement des conflits.

Autorité chargée de statuer. — Les conflits entre les tribunaux judiciaires et l'administration sont jugés par le Tribunal d'Empire, ainsi que les conflits entre les tribunaux judiciaires et la Cour de justice administrative, en vertu de l'article 2 de la loi du 24 décembre 1867 et de l'article 1 de la loi du 22 octobre 1875. Au contraire, l'article 2 de cette dernière loi s'exprime ainsi : « Les conflits de compétence entre le Tribunal d'Empire et la Cour de justice administrative sont tranchés par une commission composée de quatre membres de part et d'autre, présidée par le président ou le vice-président de la Cour Suprême. Les membres de cette commission sont désignés pour chaque affaire par les présidents de la Cour de justice administrative et du Tribunal d'Empire. Toute instance ayant pour objet la décision de ces conflits doit être portée au président de la Cour Suprême ». Ainsi ce Tribunal des conflits est en un certain sens un tribunal mixte ; en outre, une part importante est faite au pouvoir judiciaire par suite du règlement de la présidence.

CHAPITRE II

B. — LES PUISSANCES DE SECOND ORDRE.

PREMIER TYPE

L'ESPAGNE

- I. Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs : 1. Reconnaissance ou méconnaissance du principe. 2. Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire. — II. Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire : 1. Mode de recrutement du pouvoir judiciaire. 2. Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire. — III. Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs : 1. Domaine d'application de la juridiction administrative. 2. Les divers tribunaux administratifs. *a.* Organisation. *b.* Attributions. 3. Le conflit d'attributions.

BIBLIOGRAPHIE

1. Abella. Tratado de derecho administrativo Español. Madrid, 1886-1889, 3 vol.
2. Dareste. Les constitutions modernes. Paris, 1883, 2 vol.
3. Dareste. Etude sur la juridiction administrative dans les divers Etats. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, p. 275 à 291.
4. Debacq. Organisation judiciaire en Espagne. Revue critique, 1872, tome 38, p. 145 à 158.

5. Demombynes. Les constitutions européennes. Paris, 1883, 2 vol.
6. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.
7. Laferrière. Traité de la juridiction administrative. Paris, 1887, 2 vol.
8. Marcé. L'institution de la Cour des Comptes en France et dans les principaux États étrangers. Bulletin de la société de législation comparée, 1890, p. 195 à 259.
9. Secrétan. La féodalité en Espagne. Revue historique de droit français et étranger, tome 8, 1862, p. 625 à 670, et tome 9, 1863, p. 285 à 317.
10. Theurault. Etude sur l'organisation judiciaire en Espagne. France judiciaire, tome 2, 1877-1878, p. 481 à 492, et p. 509 à 528.

I

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

L'Espagne est l'un des États qui se sont le plus longtemps écartés du mouvement général qui entraîna le reste de l'Europe : c'est chez elle que la féodalité, soutenue par la royauté contre le peuple, s'est maintenue le plus tard (1) ; c'est elle qui a été la plus lente à abandonner les traditions du régime d'absolutisme et du droit divin. Aujourd'hui, en vertu de la constitution du 30 juin

1. Secrétan, *l. c.*, n. 9.

1876 (1), la forme du gouvernement est une monarchie constitutionnelle et parlementaire ; les pouvoirs législatif et exécutif sont partagés entre le roi et les Cortès qui constituent la Chambre des Députés et le Sénat.

Quant à la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, c'est une erreur de croire qu'il n'y a dans la législation Espagnole aucun texte qui la consacre (2). A la vérité, aucun texte ne pose ce principe d'une façon absolue, dans le double sens qu'il comporte ; il n'y a pas de lois défendant à l'administrateur de juger en même temps qu'au juge d'administrer ; mais la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire est consacrée par des textes uniquement au profit du pouvoir exécutif à l'encontre du pouvoir judiciaire, exactement comme en France. C'est d'abord la loi d'organisation judiciaire du 15 septembre 1870, qui dans son article 4 interdit expressément aux juges de s'immiscer directement ou indirectement dans l'administration, en même temps qu'elle prévient toute usurpation du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif, en interdisant aux juges de statuer par voie de disposition générale ou réglementaire (3). C'est ensuite l'article 76 de la constitution du 30 juin 1876 qui dit : « Aux tribunaux et aux juges appartient exclusivement le pouvoir d'appliquer les lois en matière civile et criminelle, sans qu'ils puissent exercer d'autres fonc-

1. Dareste, *l. c.*, n. 2, tome 2, p. 3 à 19. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 1, p. 398 à 426.

2. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 27.

3. Theurault, *l. c.*, n. 10, p. 482.

tions que les fonctions de juger et de faire exécuter les jugements ». Au contraire, en Espagne comme en France, la confusion des pouvoirs judiciaire et exécutif existe au profit de ce dernier, en ce sens qu'à côté de la justice ordinaire se trouve une justice administrative, composée de fonctionnaires qui jugent.

§ 2. — *Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire.*

La constitution de 1876 ne prononce pas l'expression de pouvoir judiciaire ; elle parle seulement de la justice, de l'administration de la justice, et des tribunaux ; en outre elle dit dans son article 74 : « La justice est rendue au nom du roi ». Il semble donc qu'en Espagne la justice ne constitue pas un pouvoir spécial et indépendant des deux autres, et soit seulement une branche du pouvoir exécutif. Cependant il convient de remarquer que la constitution de 1876 n'emploie nulle part non plus l'expression pouvoir exécutif, et ne se sert qu'une seule fois dans son article 18 des mots pouvoir législatif ; d'un autre côté, après avoir consacré des titres spéciaux au Sénat, à la Chambre des députés, au roi, elle en consacre un autre à l'administration de la justice, sans la confondre dans le titre relatif au roi ; c'est donc que dans cette conception le pouvoir judiciaire existe bien comme tel, et a une importance égale aux deux autres ; enfin l'on est porté vers la même solution, si l'on envisage le mode de recrutement et les conditions d'indépendance de la magistrature Espagnole.

II

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS L'ORGANISATION DU
POUVOIR JUDICIAIRE.§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.*

Les textes fondamentaux sont la loi du 15 septembre 1870, qui bien qu'intitulée loi provisoire, est toujours en vigueur, et les articles 74 à 81 de la constitution de 1876 (1). Le juge inférieur, qui est le juge municipal, ce qui correspond à peu près à notre juge de paix, est nommé directement par le premier président de l'*audiencia* (Cour d'appel) sur une liste de trois candidats dressée par le président du tribunal de *partido* (à peu près notre tribunal d'arrondissement). Mais tel n'est pas le droit commun ; ce mode de recrutement des juges municipaux constitue une exception dans le système général de l'organisation judiciaire Espagnole. Les juges des tribunaux de *partido*, et les magistrats des *audiencias* et du Tribunal suprême (Cour de Cassation) sont pour la plupart recrutés dans les *collegios de aspirantes a la judicatura* ; il y a auprès de chaque *audiencia* un collège d'aspirants à la magistrature ; tous ces aspirants sont nommés au con-

1. Theurault, *l. c.*, n. 10. Debacq, *l. c.*, n. 4, p. 147. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 1, p. 468, 479 à 483.

cours et forment un corps dont l'organisation et les attributions sont réglées par les articles 80 à 108 de la loi de 1870; la nomination et l'avancement des magistrats s'opèrent donc suivant les rangs obtenus au concours par les aspirants. La loi du 14 octobre 1882, qui est venue modifier la loi organique de 1870, l'a reproduite sur ce point dans ses articles 35 à 51 (1).

§ 2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

En vertu de la loi organique de 1870, les juges municipaux jouissent de l'inamovibilité, mais ils ne sont nommés que pour deux ans. Quant aux autres magistrats, l'article 222 de la loi de 1870 consacre à leur égard le principe de l'inamovibilité, et l'article 80 de la constitution de 1876 dit : « Les magistrats et les juges seront inamovibles, et ne pourront être destitués, suspendus ou déplacés que dans les cas et suivant les formes déterminés par la loi organique des tribunaux ». Mais cette loi organique contient des dispositions qui portent atteinte à l'indépendance des magistrats. C'est ainsi que dans les cas prévus par les articles 224 et suivants de la loi de 1870, la destitution peut avoir lieu autrement qu'en vertu d'une décision judiciaire : elle peut être prononcée par décret royal rendu en conseil des ministres, contre-signé

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1883, notice et traduction par M. Paul David, p. 699 et suiv.

par le ministre de la justice et sur l'avis du Conseil d'État ; de même dans certains cas prévus par les articles 230, 234 et 237 de cette même loi, les magistrats peuvent être changés de résidence, enfin l'article 239 de la loi de 1870, reproduisant le système Français du décret du 1 mars 1852, porte encore une atteinte à l'inamovibilité dans le pouvoir de libre appréciation qui est abandonné au pouvoir exécutif en ce qui touche la question d'opportunité de la mise à la retraite des magistrats à partir de 65 ans pour les uns, de 70 ans pour les autres ; ce texte, en effet, au lieu de dire qu'à partir de cet âge les magistrats devront nécessairement être mis à la retraite, dit seulement qu'ils pourront l'être.

III

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LA DÉTERMINATION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE A L'ÉGARD DES LITIGES ADMINISTRATIFS.

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. — « L'une des défectuosités les plus graves que l'on peut imputer au contentieux administratif en Espagne, c'est l'indétermination des questions

qu'il comprend » (1). Tel est l'aveu qui est fait par l'un des auteurs Espagnols les plus récents et les plus chauds partisans de la juridiction administrative. Le système Français a été en effet sur ce point comme sur beaucoup d'autres pris pour modèle : c'est le même arbitraire, le même défaut d'idée directrice dans la détermination des compétences respectives. Aussi l'auteur conclut-il à la nécessité d'indiquer une à une les différentes contestations soumises à la juridiction administrative. La doctrine et la législation avaient en effet été impuissantes à caractériser le contentieux administratif : un auteur espagnol (2) n'avait rien trouvé de mieux pour le définir que de dire de lui que c'est le contentieux dans lequel « l'administration juge ses propres actes » ; et les rédacteurs des lois du 2 avril 1845, du 30 décembre 1846, du 17 août 1860, du 13 septembre 1888, n'avaient fait que des efforts infructueux dans le même but. La vérité est que, en Espagne comme en France, l'arbitraire seul préside à la délimitation des juridictions administrative et civile : la compétence des tribunaux administratifs s'étend en réalité à des procès qui de leur nature sont purement judiciaires, bien que la loi récente du 13 septembre 1888 réserve d'une façon générale aux tribunaux judiciaires la connaissance des actes que l'administration accomplit non comme puissance publique, mais comme personne

1. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 141 et suiv.

2. Gallostra, *Lo contentioso administrativo*, cité par Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 116.

morale « *como persona jurídica, o sea como sujeto de derechos y obligaciones* » (1). Le contentieux administratif est même plus étendu en Espagne que chez nous : c'est ainsi que les tribunaux ordinaires sont absolument incompétents en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux. — Ici encore il semble que la loi nouvelle de 1888 a eu pour effet de faire disparaître la confusion entre le contentieux administratif né de la violation d'un droit, et le recours purement gracieux né de la simple lésion d'un intérêt ; car dans son article 4 elle exclut du contentieux administratif les affaires qui ne relèvent que du pouvoir discrétionnaire des administrateurs (*potestad discrecional*). Mais d'une part, c'est au tribunal administratif qu'il appartient d'apprécier et de décider si l'affaire rentre dans le domaine de l'autorité discrétionnaire (2), et, d'autre part, l'abus d'autorité et l'excès de pouvoir (*abuso de autoridad, exceso de poder*) de la part d'un fonctionnaire donnent lieu à un recours qui n'est indiqué dans aucun texte de loi, mais qui, en Espagne comme chez nous, est une création de la jurisprudence du Conseil d'Etat, et qui aboutit à l'annulation ou à la réformation de l'acte attaqué (3).

1. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 316 à 319.

2. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 119 et 319, 320.

3. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 447 et 448..

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

La première tentative en vue d'établir une juridiction administrative eut lieu en 1837 ; elle aboutit seulement lors de la loi du 2 avril 1845, qui créa et organisa les Conseils provinciaux (*los Consejos provinciales*) et de la loi du 6 juillet 1845 qui institua le Conseil royal (*el Consejo Real*) comme tribunal administratif supérieur. Lors de la révolution de 1854, les attributions contentieuses du Conseil royal et des Conseils provinciaux furent supprimées, et un décret du 7 août 1854 déféra le contentieux administratif aux députations provinciales (*Diputaciones provinciales*) et à un tribunal supérieur spécial. Mais à la suite de la révolution de 1856, l'état de choses antérieur à 1854 fut rétabli par un décret du 14 juillet 1858 ; et la loi du 17 août 1860 vint organiser complètement la juridiction du Conseil d'État (*Consejo de Estado*). Les vicissitudes de la juridiction administrative Espagnole étaient loin cependant d'être terminées : survint en effet une nouvelle révolution, celle de 1868 ; le décret du 13 octobre 1868 déclara la suppression de la juridiction administrative, et transporta les attributions juridictionnelles du Conseil d'État au Tribunal suprême de justice, Cour de cassation de l'Espagne, dans lequel était créée une chambre des recours contre l'administration, et les attributions des Conseils provinciaux aux *audiencias* (1).

1. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 91 à 93.

Etant donnée l'instabilité des mœurs politiques et des gouvernements de l'Espagne, il n'était pas difficile de prévoir que dès la prochaine victoire du parti monarchique la juridiction administrative serait rétablie (1) : d'ailleurs dès 1870, la loi du 20 août avait conféré aux commissions permanentes des députations provinciales le droit de prononcer sur certaines affaires administratives (2). Lors de la restauration de la monarchie en 1875, la juridiction administrative fut en effet de nouveau rétablie : le décret-loi du 20 janvier 1875 vint décider que le Conseil d'État serait le tribunal administratif supérieur et que les commissions provinciales connaîtraient des affaires dont connaissaient autrefois les Conseils de province, qui avaient été supprimés ; la loi du 29 août 1882 énuméra les attributions de ces commissions provinciales (3). Enfin c'est la loi du 13 septembre 1888 qui est en vigueur à l'heure actuelle : elle n'a aucunement touché au Conseil d'État qui continue à exercer la juridiction administrative supérieure ; mais elle a remplacé les commissions provinciales par de nouveaux tribunaux administratifs (*Tribunales contentioso administrativos*) (4). Ainsi l'Espagne, qui avait commencé à calquer le système

1. Daresté, *l. c.*, n. 3, p. 277.

2. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 1, p. 426, 439 et 483.

3. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 1, pp. 484 et 485. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 28 à 30. Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 6, pp. 537 et 538.

4. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, pp. 93 et 94.

Français, a fini, non sans peine, par y revenir à peu près : ajoutons que, comme la France, elle connaît des tribunaux administratifs spéciaux ; notamment elle a un Tribunal des Comptes (*Tribunal de Cuentas*) ; de plus dans un certain nombre d'hypothèses les administrateurs actifs exercent un pouvoir de juridiction, il en est ainsi des ministres (*los ministros*), des gouverneurs (*los gobernadores*), des alcades (*los alcades*) (1).

a. Organisation.

1. *Mode de recrutement des tribunaux administratifs.*

A. — *Organisation du Conseil d'État* (2). — Le Conseil d'État est un conseil d'administration et de gouvernement en même temps qu'un tribunal administratif : il est donc divisé en sections administratives et comprend en outre une section du contentieux. Les textes qui le régissent actuellement sont le décret — loi du 24 janvier 1875, la loi organique du 17 août 1860 qui a été remise en vigueur, la loi du 30 décembre 1876, et la loi du 13 septembre 1888, dans ses articles 12 à 14, 68 et 98. Il est composé entièrement de fonctionnaires nommés par le roi ; la section du contentieux comprend treize conseillers dont cinq au moins doivent être des jurisconsultes (*letrados*). Les décisions contentieuses du Conseil d'État sont rendues sous trois formes différentes : tantôt c'est

1. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, pp. 49 à 72.

2. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 1, pp. 485 et 486. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 30 et 31. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, pp. 337 à 344.

la section du contentieux qui statue, tantôt c'est la Chambre du contentieux (*Sala de lo contencioso*) qui se compose d'abord de la section du contentieux, et en outre d'un délégué de chaque section administrative ; enfin la décision peut être rendue par l'Assemblée plénière du Conseil d'État (*en pleno*) dans certains cas assez rares, par exemple pour statuer sur les recours dirigés contre les décisions de la section ou de la Chambre du contentieux. Le Conseil d'État n'a aucun pouvoir propre de juridiction ; en réalité, c'est le roi qui décide par décret en son Conseil ; la justice est donc retenue ; l'Espagne semble donc être restée un peu en deçà du système Français actuel (1). Mais nous avons vu en étudiant le système Français qu'en réalité il n'a guère là qu'une question de mots ; en Espagne, comme en France avant 1872, le droit du gouvernement de ne pas ratifier la décision du Conseil est bien « plutôt théorique que réellement exercé dans la pratique (2) ».

B. — *Organisation des tribunaux administratifs inférieurs.* — Les tribunaux administratifs de première instance ont toujours été en Espagne des tribunaux élus : il en était ainsi avant 1868 des Conseils ou Députations des provinces ; il en était de même depuis 1875 des commissions provinciales, sortes de démembrements des députations (3). La loi du 13 septembre 1888 a modifié cet

1. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, pp. 323 et 324.

2. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 30.

3. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 1, pp. 427, 433, 484.

état de choses en instituant des tribunaux provinciaux administratifs (1). Ces nouveaux tribunaux se composent de deux éléments : l'un formé de magistrats et du président de chaque *audiencia*, qui sont nommés par le roi et recrutés par le concours, ainsi que nous l'avons vu, parmi les aspirants à la magistrature ; l'autre formé par des députés de la province, jurisconsultes élus, et tirés au sort chaque année sur la liste des élus.

C. *Organisation du Tribunal des Comptes* (2). — La loi actuellement en vigueur en ce qui touche la nomination des membres de cette juridiction est la loi du 3 juillet 1877 (3). La constitution du 6 juin 1869 dans son article 58 confiait la nomination des membres du Tribunal de Cuentas au Sénat ; la constitution du 30 juin 1876 n'a pas reproduit cette disposition. La loi du 3 juillet 1877 a donné au roi l'ancienne prérogative du Sénat ; elle dit dans son article 1 : « Les nominations de président et membres du Tribunal des Comptes du royaume se feront par décret royal rendu en Conseil des ministres, et contresigné par le président dudit Conseil. » Le Tribunal des Comptes se compose d'un président, et de neuf membres, appelés ministres (*ministros*), et il se divise en trois Chambres.

D'ailleurs cette juridiction est improprement classée par

1. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, pp. 344 à 348.

2. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, pp. 49 à 61. Marcé, *l. c.*, n. 8, p. 215 à 222.

3. *Annuaire de législation étrangère*, 1878, notice et traduction par M. Émile Roux, p. 440 et suiv.

les auteurs Espagnols parmi les tribunaux administratifs : car c'est un tribunal souverain, qui ne relève en aucune façon du Conseil d'Etat ; c'est ainsi qu'en vertu de la loi organique du Tribunal des Comptes du 25 juin 1870, article 49, le recours en cassation contre la décision émanée de l'une des chambres de ce tribunal est portée non pas devant le Conseil d'Etat, mais devant le Tribunal des Comptes lui-même qui statue alors toutes chambres réunies ; « *procede el recurso de cassacion ante el tribunal pleno* » (1). Le Tribunal de Cuentas est donc bien plutôt un tribunal judiciaire spécial qu'un tribunal administratif.

2. *Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.* — Les conseillers d'Etat ne jouissent d'aucune garantie d'indépendance : ils sont à la direction absolue du souverain ; c'est lui qui les nomme, c'est lui aussi qui les révoque ; voilà pourquoi la transformation de la justice retenue en justice déléguée, si elle était opérée, n'aurait pas plus d'importance en Espagne qu'elle n'en a eu chez nous.

Au contraire, les tribunaux administratifs provinciaux sont des tribunaux mixtes : les magistrats de l'ordre judiciaire qui entrent dans leur composition jouissent, nous l'avons vu, du bénéfice de l'inamovibilité ; il en est de même des membres élus qui forment l'autre élément pendant l'année au cours de laquelle ils exercent la juridiction administrative.

Quant au Tribunal des Comptes, sur ce point encore il se rapproche bien plus des tribunaux judiciaires que des

1. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 58.

tribunaux administratifs, ses membres sont inamovibles ; car l'article 3 de la loi du 3 juillet 1877 organise une procédure spéciale et énumère des cas spéciaux pour leur renvoi ou leur mise en disponibilité ; et l'article 5 de cette même loi organise à leur profit un recours contre l'administration « lorsqu'ils auront été suspendus, destitués ou mis à la retraite par le gouvernement, sans indication de motifs, ou pour d'autres causes, et dans une autre forme, que celles qui sont déterminées dans la présente loi. »

b. Attributions (1).

1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs.

α. Actes administratifs. — Le Conseil d'Etat connaît de toutes les réclamations suscitées par les actes administratifs des fonctionnaires du pouvoir central. En outre, il est juge d'appel à l'égard des tribunaux provinciaux.

Ceux-ci sont compétents dans les affaires suivantes : contentieux de la répartition et de l'imposition individuelle de toutes les contributions générales, provinciales et municipales ; contentieux des contributions relatives à la construction et à l'entretien des chemins publics ; réparations des dommages causés par l'exécution des travaux publics ; contentieux de la voirie, du régime des eaux, des mines, des établissements dangereux ou insalubres ; expropriation pour cause d'utilité publique, et servitudes d'utilité publique.

1. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, pp. 150 à 315. Demombynes, *l. c.*, n. 5, tome 1, pp. 484 à 486. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 28 à 33.

β. *Actes de gouvernement.* — L'Espagne ne connaît aucunement la théorie de la jurisprudence Française qui a pour effet de soustraire à toute juridiction certains actes administratifs empreints d'un caractère politique en les qualifiant actes gouvernementaux. Toutefois certains auteurs Espagnols considèrent le conflit non pas comme un acte administratif, mais comme un acte de gouvernement et c'est de cette façon qu'ils expliquent que le roi soit appelé à juger le conflit d'attributions (1).

2. *Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs.*

a. *Actes de gestion, ou actes de la personne morale.* — La juridiction administrative statue sur les contestations d'interprétation et d'exécution de tous les contrats passés par l'administration, marchés de travaux publics, ventes et locations de biens nationaux; elle prononce sur les difficultés relatives à l'usage et au partage des biens et revenus provinciaux et communaux, au bornage et à la délimitation des forêts appartenant à l'Etat, aux communes et aux établissements publics.

b. *Affaires purement judiciaires.* — Ce sont les tribunaux administratifs qui sont compétents pour juger les réclamations des particuliers contre les entrepreneurs de travaux publics pour réparation de dommages causés à leurs propriétés par leur exécution. Ils ont dans leurs attributions le contentieux des listes électorales municipales. Enfin ils sont chargés de la répression des contra-

1. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 33 et 34.

ventions aux règlements relatifs à la voirie, à la police de transit, à la chasse, à la pêche, aux forêts et plantations.

c. Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics. — L'Espagne a adopté entièrement le système Français, tel qu'il résultait de l'article 75 de la constitution de l'an VIII. Les tribunaux judiciaires sont compétents, mais seulement à la suite d'une autorisation préalable : celle-ci émane du roi après avis de l'assemblée plénière du Conseil d'Etat si le fonctionnaire poursuivi appartient à l'administration centrale, après avis de la section administrative compétente s'il s'agit d'un administrateur local (1). A la vérité un texte est venu promettre une loi dont l'objet consisterait à indiquer limitativement les cas dans lesquels l'autorisation préalable serait nécessaire ; l'article 77 de la constitution du 30 juin 1876 est en effet ainsi conçu : « Une loi spéciale déterminera les cas où, pour poursuivre devant les tribunaux ordinaires les autorités et leurs agents, une autorisation particulière sera nécessaire (2) » ; mais cette promesse n'a pas été réalisée, et la loi se fait encore attendre ; il en résulte que la nécessité de l'autorisation préalable s'impose dans tous les cas, aussi bien en ce qui touche les actions civiles en responsabilité qu'en ce qui concerne les poursuites criminelles contre les fonctionnaires.

1. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 34.

2. Dareste, *l. c.*, n. 2, tome 2, p. 16.

3. *Contentieux entre l'Etat et ses agents comptables.* — La loi du 25 juin 1870 est la loi organique du Tribunal des Comptes en ce qui touche ses attributions (1). Celles-ci consistent à réviser et à examiner les comptes généraux, provinciaux et municipaux, à déclarer le comptable en débet ou à lui donner décharge de ses obligations. Du reste, la connaissance des questions d'ordre judiciaire proprement dit, par exemple la connaissance des délits commis par les agents dans le maniement des fonds publics, est exclusivement réservée aux tribunaux ordinaires en vertu de l'article 21 de la loi de 1870.

§ 3. — *Le conflit d'attributions* (2).

La matière se trouve aujourd'hui réglée en Espagne par le décret du 8 septembre 1887 et par la loi du 13 septembre 1888 presque exactement de la même manière qu'elle était réglée en France sous l'empire des régimes monarchiques et de l'ordonnance du 1 juin 1828 ; cette dernière a manifestement servi de modèle au législateur espagnol.

a. Élévation du conflit.

Par qui peut-il être élevé ? — L'article 2 du décret de 1887 réserve exclusivement au gouverneur de la province la faculté d'élever le conflit devant les tribunaux ordinaires ;

1. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 51 à 53.

2. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 458 à 469. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 33 et 34.

ceux-ci par contre ne peuvent pas élever le conflit devant les tribunaux ou les fonctionnaires administratifs; cependant lorsque les autorités administratives empiètent sur les attributions des tribunaux judiciaires, ceux-ci ne sont pas entièrement désarmés comme en France; sur la réclamation des parties intéressées ou du ministère public de chaque tribunal judiciaire, la Chambre de gouvernement (*Sala de gobierno*) du Tribunal Suprême, et des *audiencias*, c'est-à-dire de la Cour de Cassation et des Cours d'appel, a la faculté de former un recours en plainte (*recurso de queja*), qui est jugé par l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat (1).

Dans quels cas le conflit peut-il être élevé? — Comme l'ordonnance Française de 1828, le décret Espagnol de 1887 dans ses articles 5 et 8 dispose que le conflit ne peut être élevé par le gouverneur de la province qu'en vertu d'une disposition législative donnant compétence à l'autorité administrative et qui doit être citée expressément. De même, le conflit ne peut jamais être élevé en matière criminelle, non plus que contre une décision judiciaire passée en force de chose jugée; telles sont les dispositions des articles 2 et 3 du décret de 1887.

Effets du conflit. — Le tribunal doit obéir à la réquisition de défense du gouverneur (*requerimiento de inhibicion*), et suspendre toute procédure jusqu'au jugement du conflit ou jusqu'au désistement de l'administration, à

1. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, pp. 469 à 471.

charge d'encourir les peines édictées par l'article 390 du code pénal Espagnol.

b. Jugement du conflit.

Autorité chargée de statuer, et procédure. — La décision définitive appartient au roi. Le conflit est d'abord porté devant le Conseil d'État : celui-ci délibère et donne son avis en assemblée plénière. Cette délibération est transmise au président du Conseil des ministres, au ministre de l'Intérieur et aux parties intéressées. Pendant quinze jours, chaque ministre peut demander que le conflit soit jugé par le Conseil des ministres ; si cette demande est faite dans ce délai, le roi statue sur le conflit de compétence en Conseil des ministres ; si le délai se passe sans réclamation, le roi rend un décret conforme à l'avis du Conseil d'État, à moins que, de sa propre autorité, il préfère retenir à lui l'affaire et la juger selon son bon plaisir, ce qui du reste est fort rare en fait.

SECOND TYPE

α. L'Italie.

β. La Suisse.

γ. La Belgique.

α. L'ITALIE

- I. Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs : 1. Reconnaissance ou méconnaissance du principe. 2. Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire. — II. Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire : 1. Mode de recrutement du pouvoir judiciaire. 2. Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire. — III. Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs : 1. Domaine d'application de la juridiction administrative. 2. Les divers tribunaux administratifs : α. Organisation. β. Attributions. 3. Le conflit d'attributions.

BIBLIOGRAPHIE

1. Abella. Tratado de derecho administrativo Español. Madrid, 1886-1889, 3 vol.
2. Dareste. Les constitutions modernes. Paris, 1883, 2 vol.
3. Dareste. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, p. 275 à 291.
4. Demombynes. Les constitutions européennes. Paris, 1883, 2 vol.
5. Dubois. Le contentieux administratif en Italie. Paris, 1873.
6. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.

7. Laferrière. Traité de la juridiction administrative. Paris, 1887-1888, 2 vol.
8. Marcé. Bulletin de la société de législation comparée, 1890, p. 195 à 259, et annales de l'École libre des sciences politiques, 1890, p. 268 à 289, 466 à 473 ; 718 à 745.
9. Meier, Das Verwaltungsrecht. Das italienische System. Leipzig, 1882. Encyclopädie der Rechtswissenschaft, von Holtzendorff, p. 1164 à 1166.
10. Poitou. La liberté civile et le pouvoir administratif en France. Paris, 1869.
11. Sclopis (Frédéric). Histoire de la législation italienne, trad. Charles Sclopis. Paris, 3 vol.

I

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

Les divers Etats de l'Italie ont été fort longs à reconnaître, le principe de la séparation des pouvoirs. Les institutions anciennes révèlent la confusion la plus complète : autrefois à Venise, le Doge, chef du pouvoir exécutif, présidait tous les conseils, et ceux-ci, par exemple le Conseil des Dix et le Tribunal des trois Inquisiteurs réunissaient tous les pouvoirs ; à Rome, le Consistoire et la Rota étaient à la fois des conseils de gouvernement, des organes législatifs et des tribunaux ; à Florence, la Consulte créée en l'an 1600 en même temps qu'elle était le tribunal suprême, exerçait le pouvoir législatif ; à Naples

à la fin du XVIII^e siècle « à la tête de chaque tribunal il y avait un président qui régissait toute la province, unissant les trois pouvoirs, judiciaire, administratif et militaire ; confusion énorme et intempestive, accusant l'enfance dans l'art de gouverner, ou la tendance à réunir en une seule main un arbitraire illimité (1) » ; enfin en Sardaigne, sous les règnes de Victor Emmanuel (1814-1821), et de Charles-Félix (1821-1831) les juridictions d'exception étaient encore nombreuses et les évocations au Conseil du roi encore fréquentes (1).

La constitution qui régit l'Italie à l'heure actuelle est le statut fondamental du 4 mars 1848 du royaume de Sardaigne qui a été étendu successivement aux autres Etats à la suite de l'unification (2). Le régime admis est une monarchie constitutionnelle. D'après l'article 5 du statut fondamental de 1848 « au roi seul appartient le pouvoir exécutif » ; quant au pouvoir législatif, il est partagé entre le roi et deux chambres législatives (3).

La séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire n'existait aucunement en Italie avant la loi du 20 mars 1865 ; celle-ci dans ses articles 4 et 5 a fait une première application du principe en interdisant au juge d'administrer ; l'article 4 dit en effet : « l'acte administratif ne pourra être révoqué ou modifié que sur recours aux autorités administratives compétentes, lesquelles se con-

1. Sclopis, *l. c.*, n. 11, tome 2, pp. 248, 249, 512, 516 à 520, 252, 384, tome 3, pp. 198, 230, 438 et 439.

2. Dareste, *l. c.*, n. 2, tome 1, pp. 548 et suiv.

3. Demombynes, *l. c.*, n. 4, tome 1, pp. 327 et suiv.

formeront au jugement porté en l'espèce par les tribunaux » ; et l'article 5 est ainsi conçu : « Dans ce dernier cas comme dans tout autre, les autorités judiciaires appliqueront les actes administratifs et les règlements généraux et locaux, en tant qu'ils seront conformes aux lois (1) » ; d'autre part, la loi du 20 mars 1865 a eu pour résultat principal, dans ses articles 1 et 2, d'abolir la juridiction administrative qui existait auparavant et d'en transférer les attributions contentieuses aux tribunaux. Il semble donc que la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire ait été complètement assurée ; cependant cette conclusion n'est pas absolument vraie, et en réalité la séparation n'est pas encore complète : c'est qu'en effet l'abolition de la juridiction administrative n'est pas absolue, l'article 12 de la loi du 20 mars 1865 réservant certains litiges à la connaissance des tribunaux administratifs, de sorte qu'encore aujourd'hui dans certains cas l'administrateur est juge.

§ 2. — *Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.*

Le statut fondamental de 1848 donne une place spéciale à « l'ordre judiciaire » après avoir parlé du roi et des deux Chambres législatives. En outre, les deux éléments caractéristiques du pouvoir constitué existent à son égard : d'une part l'article 71 du statut fondamental de 1848 dit « nul ne peut être distrait de ses juges naturels.

1. Voir le texte de la loi du 20 mars 1865 dans Dubois, *l. c.*, n. 5, pp. 21 à 24.

En conséquence, il ne pourra être créé de tribunaux ou commissions extraordinaires » ; et la loi du 20 mars 1865 en supprimant en règle générale la juridiction administrative a fait l'application de cette idée ; d'autre part, les tribunaux judiciaires jouissent de certaines garanties d'indépendance. Ainsi le pouvoir judiciaire Italien existe bien comme tel, à titre de troisième pouvoir constitué dans l'Etat à côté des pouvoirs législatif et exécutif.

II

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE (1).

§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.*

L'article 68 de statut fondamental porte : « La justice émane du roi, et est administrée en son nom par des juges qu'il institue ». D'après la loi d'organisation judiciaire, en date du 6 décembre 1865, les juges sont recrutés par les *auditori* ; ceux-ci sont nommés au concours, et doivent avant d'être nommés magistrats faire un stage judiciaire, et subir un dernier examen. Il y a dans ce mode de recrutement quelque chose d'analogue au système espagnol.

1. Demombynes, *l. c.*, n. 4, tome 1, p. 395 à 397.

§ 2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

La garantie de l'inamovibilité est de date récente en Italie. Elle était encore inconnue dans la première moitié du XIX^e siècle : c'est ainsi que sous le règne du roi de Sardaigne, Victor-Emmanuel (1814-1821), le ministre, comte Balbo, présenta un projet de loi sur l'organisation judiciaire, dont l'article 130 était ainsi conçu : « Les présidents et les conseillers dans le Conseil de justice ne pourront être révoqués qu'après avoir subi un jugement de condamnation pour délit » ; cette proposition fut repoussée. De même sous le règne de Charles-Félix (1821-1831), un édit maintint la faculté pour le souverain de révoquer les juges selon son bon plaisir (1). A l'heure actuelle, l'inamovibilité de la magistrature existe, mais elle n'est pas encore franchement proclamée, ni fortement organisée. En effet, d'après l'article 69 du statut fondamental « les juges nommés par le roi, à l'exception de ceux de canton, sont inamovibles après trois ans d'exercice ». Un règlement du 6 décembre 1865, reproduisant une ordonnance du 13 novembre 1859, donna au gouvernement le droit de déplacer les magistrats contre leur gré, en leur conservant toutefois leur grade et leur traitement ; une série de déplacements successivement répétés équivalait à la ruine ; c'était un moyen indirect de révo.

1. Sclopis, *l. c.*, n. 11, tome 3, p. 246 et 230.

cation. Aussi un décret du 3 octobre 1873 vint atténuer les inconvénients de ce système en subordonnant le droit du gouvernement de déplacer le magistrat à l'avis d'une commission composée de magistrats. Un décret du 5 janvier 1879 abrogea celui de 1873 et remit en vigueur le règlement de 1865; mais ce décret de 1879 a été lui-même abrogé par le décret du 4 janvier 1880 qui fonctionne à l'heure actuelle et qui est revenu au système de 1873 : le déplacement du magistrat est subordonné à l'avis conforme d'une commission composée de quatre conseillers inamovibles de la Cour de Cassation de Rome, et d'un membre du parquet de la même Cour (1). Aujourd'hui l'inamovibilité est donc établie; et les paroles dont s'est servi l'auteur du décret de 1880, le garde des Sceaux Villa, montrent bien l'idée qu'on se fait du pouvoir judiciaire en Italie : « Toute atteinte au principe de l'inamovibilité, qui a été consacrée par l'article 69 du statut, est une offense à la conscience publique et une atteinte au caractère élevé qui doit nécessairement distinguer une institution appelée à être non pas un *instrumentum regni*, mais le rigoureux et fidèle gardien des libertés et des droits des citoyens (2) ».

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1881, pp. 306 à 310. Notice, traduction et notes par M. Louis Lallement.

2. Cité et traduit par M. Louis Lallement, *l. c.*, *supra*, p. 309.

III

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LA DÉTERMINATION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE A L'ÉGARD DES LITIGES ADMINISTRATIFS (1).

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. — La loi du 20 mars 1865 proclame dans son article 1 l'abolition des tribunaux administratifs, et dans son article 2 défère aux tribunaux ordinaires leurs attributions contentieuses ; mais l'article 12 de la loi dispose qu'« il n'est rien innové par la présente loi relativement à la juridiction de la Cour des comptes et du Conseil d'Etat en matière de comptabilité et de pensions, ni aux attributions contentieuses d'autres corps ou collèges dérivant de lois spéciales et différentes de celles qu'exerçaient les juges ordinaires du contentieux administratif ».

Ainsi, abolie en règle générale, la juridiction administrative était cependant maintenue par exemption ; mais dans quelle mesure exacte ce maintien allait-il être prononcé ?

1. Dubois, *l. c.*, n. 5. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 74 à 80. Meier, *l. c.*, n. 9, p. 1164 à 1166. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 106 et 107. Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 6, pp. 535 et 536.

quelle ligne de démarcation précise le législateur Italien allait-il donc admettre entre le contentieux soumis aux tribunaux ordinaires et celui qui continuait à rester dans les attributions de la juridiction administrative? Il y avait sur ce point dans la législation Italienne un précédent fort remarquable : la loi napolitaine du 21 mars 1817 étendue à la Sicile par décret du 7 mai 1838. Cette loi déterminait avec une très grande netteté les limites respectives du contentieux administratif et du contentieux judiciaire : elle disait d'abord dans son article 1 : « Seront essentiellement distinctes et séparées entre elles les matières du contentieux administratif et celles du contentieux judiciaire » ; l'article 3 portait : « seront de la compétence du contentieux administratif toutes les contestations qui, tombant sur des objets d'administration publique, intéressent celle-ci directement ou indirectement », et l'article 4 énumérait limitativement quels étaient les objets d'administration publique. L'article 12 de la loi du 20 mars 1865, par le vague et la généralité de ses termes, n'a pas suivi cet exemple.

Allait-on adopter un autre critérium? Dans la discussion de la loi de 1865, un député M. Soldi avait proposé de distinguer entre les cas où l'administration se présentait au procès comme partie et ceux où elle s'y présentait comme pouvoir, c'est-à-dire entre les actes de gestion émanés de la personne morale et les actes d'autorité émanés de la puissance publique. Cette distinction a été formellement rejetée par l'article 2 de la loi, d'après lequel sont déférées à la juridiction ordinaire « toutes les

matières dans lesquelles est mis en question un droit civil ou politique, de quelque façon que puisse y être intéressée l'administration publique... » ; et d'autre part l'application de l'article 12 conduit à reconnaître compétence aux tribunaux administratifs, en tant qu'ils subsistent, aussi bien dans des litiges engendrés par des actes de la personne morale, que dans des procès suscités par des actes de la puissance publique.

Ainsi sur ce point la législation Italienne est comparable à la législation Française. Toutefois même à cet égard, elle en diffère par un point important : l'article 2 de la loi du 20 mars 1865 dit en effet que « sont déférés à la juridiction ordinaire tous les procès pour contraventions ». Abstraction faite de ce point, la loi Italienne n'a posé aucun principe général et directeur en vue de déterminer la limite des deux ordres de juridiction : il en résulte un arbitraire et une indécision des plus déplorables.

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux. — Avant 1865, le recours contentieux et le recours gracieux se trouvaient confondus dans le recours pour excès de pouvoirs, qui gracieux de sa nature, était cependant porté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux. Déjà dans un projet de loi sur la suppression de la juridiction administrative, proposé à la Chambre des députés en 1850, la séparation était nettement tracée ; l'article 242 de ce projet était en effet rédigé de la façon suivante : « S'il s'agit de la violation de *droits* concernant les personnes, la propriété, les obligations dérivant des contrats, le recours sera porté aux tribunaux ordinaires ; s'il

s'agit de la violation de tout autre *intérêt* individuel ou collectif, le recours devra se faire au roi par l'intermédiaire du ministre de l'Intérieur ».

Le projet de la commission chargée de préparer la loi de 1865 s'appropriait cette distinction fondamentale entre le recours contentieux fondé sur la violation d'un droit et porté devant les tribunaux ordinaires et le recours hiérarchique basé sur la simple lésion d'un intérêt et résolu par les administrateurs actifs eux-mêmes. C'est ce système qui constitue la base essentielle de la loi actuelle du 20 mars 1865 : de même que l'article 2 de cette loi qui attribue compétence aux tribunaux judiciaires se trouve limité par l'article 12 qui laisse subsister les tribunaux administratifs dans certains cas exceptionnels, de même il reçoit une autre limitation dans l'article 3 qui réserve à l'administration active le droit de statuer sur les affaires qui ne donnent lieu qu'à un recours hiérarchique.

Cet article 3 s'exprime ainsi : « Les affaires non comprises dans l'article précédent seront attribuées aux autorités administratives, lesquelles sur les moyens et observations par écrit des parties intéressées, pourvoiront par décrets motivés, après avis des conseils administratifs établis par la loi pour les divers cas. Contre ces décrets qui seront au bas de l'avis également motivé, est admis le recours par voie hiérarchique conformément aux lois administratives ». Ces derniers termes constituent un renvoi à l'article 9, n. 4 de la loi sur le Conseil d'Etat, annexe D de la loi du 20 mars 1865, qui dit : « Outre les cas

dans lesquels l'avis du Conseil d'Etat est requis par la loi, il devra être demandé : 4° sur les recours faits au roi contre la légitimité de mesures administratives sur lesquelles seraient épuisées ou ne pourraient pas être proposées les demandes de réparation par voie hiérarchique. Dans les cas prévus au n. 4 du présent article, si la décision prise est contraire à l'avis du Conseil d'Etat, il sera constaté dans le décret royal que le Conseil des ministres a été entendu ». Ainsi le recours contentieux pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'Etat a été supprimé ; le recours gracieux, porté devant les agents de l'administration active, et aboutissant au roi existe seul en Italie depuis 1865 relativement aux affaires qui sont fondées sur la lésion d'un intérêt, non sur la violation d'un droit.

Cette réforme n'a pourtant pas été admise sans résistance ; il semble en effet qu'elle fait perdre à l'individu une précieuse garantie ; aussi l'un de ses plus énergiques adversaires au sein même de la Chambre des députés, M. Cordova, avait proposé le système suivant qui était en définitive celui qui donnait à l'individu la plus grande somme de garanties : tout en adoptant la suppression de la juridiction administrative et la dévolution de ses attributions contentieuses aux tribunaux ordinaires, ce projet, au lieu de remettre à l'administration active la connaissance des affaires qui de leur nature n'étaient nullement contentieuses parce qu'elles reposaient seulement sur la lésion d'un intérêt, la laissait au Conseil d'Etat statuant sur un recours pour excès de pouvoirs, et présentant les garanties de procédure, de publicité, de décision par

un corps composé de plusieurs membres. L'article 3 de la loi de 1865 a repoussé ce projet.

c. Résultats généraux de la réforme italienne. — Bien que l'un des auteurs Français qui ont le plus et le mieux étudié le système de la loi italienne du 20 mars 1865 (1), nous affirme que tout le monde en Italie est d'accord pour approuver sans réserve le principe même de cette loi, — en réalité, il en est tout autrement, et les critiques sont au contraire très vives. Dès 1872 M. Mantellini disait : « On a voulu donner aux parties des garanties nouvelles en renvoyant à la justice ordinaire les causes qui étaient antérieurement dévolues à la justice administrative ; mais par le fait et dans la réalité, voici ce qui arrive dans beaucoup de cas : des affaires qui jusqu'ici avaient un juge, pris à la vérité dans le sein de l'administration, mais enfin un juge, n'en ont plus aujourd'hui aucun ni dans l'administration ni dans les tribunaux... Il est de fait que chez nous dans bien des cas, les affaires n'ont plus de juge tandis que les Français que nous avons cru laisser en arrière, trouvent au moins un juge dans l'ordre administratif (2) ». De même l'exposé des motifs d'un projet de loi, présenté sans succès du reste au Sénat par M. le ministre Deprétis en 1884, propose de rétablir le Conseil d'Etat dans toutes ses anciennes attributions juridictionnelles « non pour envahir le domaine réservé

1. Dubois, *l. c.*, n. 5, pp. 48 et 49.

2. Cité par Dareste, *l. c.*, n. 3, pp. 276 et 277.

à l'autorité judiciaire, mais pour donner un juge à des affaires qui actuellement n'en ont plus (1) ».

Ces critiques sont-elles bien fondées ? il est certain que l'article 3 de la loi du 20 mars 1865 a eu pour conséquence nécessaire d'abandonner aux fonctionnaires de l'administration active des affaires qui étaient auparavant soumises au recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat ; c'est là le vice essentiel de la loi italienne et la première cause du mal ; l'adoption du contre-projet Cordova aurait suffi pour l'éviter. Mais il y a dans le système général un second défaut, plus important peut-être, parce que c'est lui qui a surtout contribué à donner à ce vice essentiel toute sa gravité : jusqu'en 1877 le jugement des conflits entre les tribunaux judiciaires et les autorités administratives a appartenu au Conseil d'Etat : or, « il est arrivé..., comme il était facile de le prévoir, que le Conseil a vu plus d'une fois un simple intérêt là où il y avait un droit, et qu'il a transformé ainsi une cause proprement dite qui demandait un juge en une simple affaire renvoyée au pouvoir discrétionnaire de l'administration (2) ». — Ainsi la jurisprudence du Conseil d'Etat Italien sur les conflits a consisté à étendre au-delà des termes même de la loi de 1865 : les attributions de l'administration active au détriment des tribunaux judiciaires. Il a dû nécessairement en être de même à l'égard des attributions contentieuses de la juridiction administrative qui ont été maintenues par les

1. Cité par Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 80.

2. Dubois, *l. c.*, n. 5, p. 47.

termes généraux de l'article 12 de la loi du 20 mars 1865 ; car les motifs de décisions sur conflit entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs rendues par le Conseil d'Etat sont tirés presque toujours non pas de ces termes généraux eux-mêmes de l'article 12, mais bien d'articles extraits des lois spéciales, que cet article déclare maintenues sans les mentionner (1). Le troisième défaut de la réforme opérée en 1865, c'est en effet d'avoir été incomplète et indécise, et par cela même d'avoir laissé place à l'arbitraire dans la détermination des compétences respectives ; aussi un auteur italien, M. Badini-Gonfalonieri a-t-il réclamé la suppression absolue de ce que la loi de 1865 a conservé de la juridiction administrative (2) ; un autre M. Mantellini a été plus loin en demandant la suppression du conflit entre les tribunaux judiciaires et les autorités administratives, et en proposant de donner aux juges ordinaires la faculté de circonscrire eux-mêmes l'étendue de leur juridiction, et de décider s'il y a dans la cause un droit violé par l'acte administratif, ou seulement un simple intérêt lésé (3).

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

Les législations des États de l'Italie avant son unification étaient fort variées ; toutes, elles ont successivement

1. Dubois, *l. c.*, n. 5, p. 48.

2. Badini-Gonfalonieri. *Cenni sui conflitti fra l'autorità amministrativa e la giudiziaria*. Turin, 1872. Cité par Dubois, *l. c.*, n. 5, p. 46.

3. Mantellini, cité par Dubois, *l. c.*, n. 5, p. 47.

tendu à remettre à la justice ordinaire le contentieux abandonné auparavant, soit à l'administration active, soit à une juridiction administrative ; la loi du 20 mars 1865 n'est donc que le dernier terme de cette tendance (1).

Il est d'abord des États dans lesquels le contentieux administratif était laissé à l'administration elle-même. Dans l'État de Modène, le contentieux fut jugé par le ministre de l'Intérieur jusqu'en 1852 ; à cette époque il passa à des délégations provinciales, le ministre statuant seulement en appel. Dans le royaume Lombard-Vénitien, c'est l'administration active qui décidait en cas de contestation ; cependant les tribunaux judiciaires furent compétents en matière d'impôts indirects jusqu'en 1835, époque à laquelle cette attribution fut transférée à des tribunaux mixtes, composés pour partie de magistrats, pour partie de fonctionnaires. La législation des États pontificaux constituée par les édits du 28 juillet 1835 et du 2 juin 1851 remettait aux administrateurs la décision des litiges. Enfin dans le royaume de Sardaigne, jusqu'en 1842 les intendants des provinces eurent à juger la plupart des affaires.

Dans une seconde série, on peut ranger les États qui admirent une juridiction administrative. Tel fut d'abord le royaume de Sardaigne à partir de 1842 : les lettres patentes du 25 août et du 31 décembre de cette année-là mirent fin aux pouvoirs juridictionnels des intendants, et instituèrent à leur place les Conseils d'intendance, qui devaient par la suite porter successivement le nom de Conseils de gouver-

1. Dubois, *l. c.*, n. 5, p. 6 à 11.

nement et de Conseils de préfecture ; ces Conseils d'intendance étaient les tribunaux administratifs du premier degré, l'appel était porté devant la Chambre des Comptes ; ce nouveau système fut codifié et révisé par l'édit du 29 octobre 1847 ; il se caractérisait par ce fait que la Chambre des Comptes était une juridiction inamovible, à formes toutes judiciaires. Une nouvelle réforme eut lieu en Sardaigne en 1859 contre l'assentiment des Chambres législatives ; mais usant des pleins pouvoirs qui lui avaient été conférés en vue de la guerre par la loi du 25 avril 1859, le roi Victor-Emmanuel publia deux lois en date du 30 octobre 1859, qui eurent pour résultats d'une part de substituer le Conseil d'État à la Chambre des Comptes comme tribunal administratif d'appel et par là de faire perdre aux justiciables la garantie d'indépendance qui résulte de l'inamovibilité du magistrat, d'autre part de restreindre le domaine du contentieux administratif au profit de tribunaux judiciaires, et par là de donner une garantie nouvelle à l'individu. Une loi du 20 novembre 1859 promulguée dans les mêmes conditions institua le Conseil d'État juge des conflits. Le royaume des Deux-Siciles était régi d'après un système analogue ; en vertu des lois des 21 et 25 mars 1817, 29 mai 1817, 14 juin 1824, il y avait en dehors des tribunaux administratifs spéciaux tels que les Chambres de Justice et de l'Intérieur du Conseil suprême de Chancellerie, la grande Cour des Comptes, et la Consulte générale du royaume ; la première avait à peu près le rôle contentieux du Conseil d'État français ; la seconde jugeait les conflits. A Naples, le Con-

seil d'État n'était qu'un Conseil des ministres comme en France pendant la période révolutionnaire. A Parme, le Conseil d'État ordinaire en vertu des décrets de 1814, 1816, 1822, jugeait le contentieux administratif sauf appel au Conseil réuni ; les décrets des 30 novembre et 6 décembre 1859 conservèrent cette section, en lui donnant le nom de Tribunal du contentieux administratif.

Enfin dans une dernière catégorie prennent place des États dans lesquels la juridiction administrative avait été supprimée, ou du moins n'existait plus qu'exceptionnellement : les attributions contentieuses des tribunaux administratifs furent transférées aux tribunaux judiciaires dans les Romagnes par un décret du 31 août 1859, et dans l'Ombrie par un décret du 9 novembre 1860. En Toscane presque tous les litiges administratifs étaient jugés par les tribunaux judiciaires : les questions de cadastre, d'impôts directs, de travaux publics, de comptes et de pensions restaient seules en dehors de leur compétence ; en outre, des règlements du 10 décembre 1826 et du 5 octobre 1839 avaient donné à la Cour de Cassation le jugement des conflits. C'est le système de la Toscane qui se trouve aujourd'hui régir dans ses grandes lignes l'Italie unifiée.

La loi du 20 mars 1865 contient en réalité six lois différentes dont chacune forme une annexe de l'ensemble ; la loi « sur le contentieux administratif » constitue l'annexe E ; la loi « sur l'institution du Conseil d'État » l'annexe D (1). La loi du 20 mars 1865 sur le contentieux

1. Dubois, *l. c.*, n. 5, p. 11.

administratif, tout en abolissant en principe la juridiction administrative dans ses articles 1 et 2, l'a cependant maintenue exceptionnellement dans son article 12. Les tribunaux administratifs Italiens à l'heure actuelle sont : le Conseil d'État, la Cour des Comptes, les Conseils de préfecture, et un certain nombre de corps ou collèges, tels que les Conseils d'instruction public, les Conseils de levée militaire et de discipline de l'armée et de la garde nationale, les Députations provinciales (1).

a. Organisation.

1. *Mode de recrutement des tribunaux administratifs.* — Les membres du Conseil d'État et des Conseils de préfecture sont nommés par le pouvoir exécutif. D'ailleurs, depuis 1865, il n'y a plus au Conseil d'État aucune section du contentieux, c'est le Conseil, toutes sections administratives réunies, qui statue. L'article 3 de la loi du 14 août 1862, organique de la Cour des Comptes, dispose que cette juridiction comprend des membres nommés par décret royal, après délibération du Conseil des ministres ; dans la discussion de la loi de 1862, on proposa sans succès de donner la nomination des membres de la Cour des Comptes à une commission composée de membres des deux chambres législatives ; cette proposition a échoué devant cette remarque que la nomination à un emploi quelconque était, en vertu de l'article 6 du statut fondamental de 1848, une attribution constitutionnelle du roi,

1. Dubois, *l. c.*, n. 5, pp. 32 à 36. Dareste, *l. c.*, n. 3, pp. 275 et 276. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 75.

chef du pouvoir exécutif (1). Certains corps ou collèges chargés de statuer sur des litiges administratifs particuliers émanent de l'élection populaire : telles sont les députations provinciales.

2. *Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.* — Les conseillers d'État et les conseillers de préfecture ne sont pas inamovibles ; le pouvoir exécutif peut les révoquer à son gré ; en outre, le Conseil d'État est présidé par le ministre de la justice, et le Conseil de préfecture par le préfet. Il en est tout autrement de la Cour des Comptes : ses membres sont inamovibles ; ils ne peuvent être révoqués par décret royal que sur l'avis conforme d'une commission législative composée des présidents et vice-présidents du Sénat et de la Chambre des députés, et sur l'initiative soit du président de la Cour, soit du gouvernement ; telles sont les dispositions de l'article 4 de la loi organique du 14 août 1862 ; en outre, la révocation ne peut avoir lieu que dans le cas « où un magistrat aurait démerité et se serait rendu indigne de la haute mission qui lui a été confiée » (2). Ainsi la Cour des Comptes Italienne, comme la Cour des Comptes Française, est organisée judiciairement ; néanmoins comme cette dernière, elle est un tribunal administratif parce qu'elle est soumise au contrôle de cassation du Conseil d'État.

b. Attributions.

1. *Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs.*

1. Marcé, *l. c.*, n. 8, p. 231.

2. Marcé, *l. c.*, pp. 231 et 232.

a. Actes administratifs. — Le contentieux de cette catégorie soustrait aux tribunaux ordinaires comprend les impôts directs en vertu de l'article 6 de la loi du 20 mars 1865, et l'impôt sur la richesse mobilière en vertu de l'article 12 de la loi du 28 mai 1867. Ces contestations sont jugées par des commissions qui forment trois degrés de juridiction, la commission centrale instituée par la loi du 24 janvier 1865, qui forme le degré supérieur de la juridiction, et deux commissions inférieures régies par la loi du 23 juin 1877 et le décret du 24 août de la même année, la commission provinciale qui constitue la première juridiction d'appel, et la commission de première instance qui siège dans chaque canton, toutes deux composées de membres élus par les Conseils locaux en comprenant toutefois un représentant du pouvoir central, à la différence de la commission centrale, qui n'est composée que de fonctionnaires de l'État (1). Les décrets ministériels prononçant la révocation d'une concession de mines engendrent un recours contentieux devant le Conseil d'État d'après l'article 113 de la loi sur les mines du 20 novembre 1859. L'article 10, § 3, et l'article 27, § 3 de la loi sur l'institution du Conseil d'État, annexe D de la loi du 20 mars 1865, donnaient compétence à celui-ci en ce qui touche les saisies du temporel des ecclésiastiques, et les appels comme d'abus; la loi sur

1. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 75, texte et note. Dubois, *l. c.*, n. 5, p. 35.

les rapports de l'État avec l'Église du 13 mai 1871 semble avoir abrogé ces dispositions (1).

β. *Actes de gouvernement.* — L'Italie ne connaît pas la théorie de la jurisprudence Française sur cette matière. Cependant jusqu'en 1865 le conflit d'attributions a été considéré comme un véritable acte gouvernemental n'engendrant qu'un recours au roi qui statuait en son Conseil ; mais depuis cette époque, et surtout depuis 1877, le conflit est regardé comme un acte administratif qui suscite un jugement au sens exact du mot.

2. *Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs.*

a. *Actes de gestion ou actes de la personne morale.* — Rentre dans ce contentieux une seule matière, mais qui est importante : en vertu de l'article 10, § 2, de la loi sur son institution, le Conseil d'Etat juge les contestations entre l'Etat et ses créanciers, en ce qui touche l'interprétation des contrats d'emprunt public, des lois relatives à ces emprunts, et des autres lois sur la dette publique.

b. *Affaires purement judiciaires.* — D'après l'article 124 de la loi sur les travaux publics, annexe F de la loi du 20 mars 1865, les tribunaux ordinaires ne sont compétents à l'égard des demandes en réparation de dommages résultant de l'exécution des travaux publics qu'après que l'autorité administrative a préalablement reconnu et déclaré que l'ouvrage a été dommageable.

En vertu des articles 34 à 43 de la loi communale et

1. Dubois, *l. c.* n. 5, p. 33.

provinciale, annexe A de la loi du 20 mars 1865 les députations provinciales qui sont des démembrements des Conseils provinciaux, Conseils locaux élus, jugent les réclamations relatives à la formation des listes électorales. — D'après l'article 12 de la loi sur le contentieux, annexe E de la loi du 20 mars 1865, la Cour des Comptes et le Conseil d'Etat comme tribunal de cassation statuent sur les réclamations en matière de pensions.

c. Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics (1). — La loi communale et provinciale du 20 mars 1865 s'exprime de la façon suivante dans ses articles 8 et 110 : « Le préfet ou les sous-préfets, et ceux qui les remplacent ne peuvent être appelés à rendre compte de l'exercice de leurs fonctions, si ce n'est par l'autorité administrative supérieure, ni mis en jugement pour aucun acte de l'exercice des dites fonctions, sans autorisation du roi, après avis du Conseil d'Etat ». « Les dispositions contenues en l'article 8 sont applicables au maire ». Ainsi c'est le système Français antérieur à 1870 qui se trouve reproduit, du moins dans son ensemble. Comme l'article 75 de la constitution de l'an VIII, ces textes Italiens sont conçus en termes assez larges pour qu'ils aient pu, bien que le contraire soit soutenu (2), être étendue aussi bien aux actions civiles en responsabilité, qu'aux poursuites criminelles contre les fonctionnaires ;

1. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 76 et 77. Dubois, *l. c.*, n. 5, p. 44 et 45.

2. Poitou, *l. c.*, n. 10, p. 252, note 2.

mais le système de protection des fonctionnaires en Italie est moins large que l'ancien système de l'article 75 de la constitution de l'an VIII, en ce sens qu'il ne garantit que les préfets, les sous-préfets et les maires, et non pas tous les agents et employés du gouvernement.

d. Contentieux entre l'Etat et ses agents comptables. (1).— Les comptes en Italie sont jugés par les Conseils de préfecture, par la Cour des comptes et par le Conseil d'Etat qui statue comme tribunal de cassation. Les Conseils de préfecture, en vertu des articles 125 et 197 de la loi communale et provinciale, jugent les comptes des communes et ceux du trésorier provincial, leurs décisions sont rendues en premier ressort à charge d'appel à la Cour des Comptes. Celle-ci, indépendamment de ce rôle de juridiction d'appel, statue en premier et dernier ressort sur tous les autres comptes en vertu des articles 10 § 5 et 34 § 1 de la loi du 14 août 1862.

D'après les articles 42 et 43 de cette loi, les décisions de la Cour des Comptes ne sont déférées au Conseil d'Etat que pour excès de pouvoir ou incompétence absolue.

§ 3. — *Le conflit d'attributions (2).*

La loi sarde du 20 novembre 1859 « pour la résolution des conflits entre les autorités judiciaires et administra-

1. Dubois, *l. c.*, n. 5, p. 32 et 36.

2. Dubois, *l. c.*, n. 5, p. 37 à 44. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 77 à 79. Henry. *Annuaire de législation étrangère*, 1878, pp. 334 à 338.

tives » (1), fut étendue provisoirement à toute l'Italie par la loi du 20 mars 1865, annexe D ; cet état de choses a pris fin par la promulgation de la loi du 7 avril 1877 « sur les réglemens de compétence entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative (2) ». Cette loi a apporté des modifications profondes et essentielles non seulement en ce qui touche l'institution de l'autorité chargée de statuer sur le conflit, mais encore en ce qui concerne la conception de la nature juridique du conflit lui-même.

a. Elévation du conflit.

Par qui peut-il être élevé ? — D'après l'article 1 de la loi du 7 avril 1877, le préfet peut opposer l'incompétence de l'autorité judiciaire par un décret motivé. Il en était de même d'après la loi du 20 novembre 1859 : la seule différence à cet égard, c'est que d'après cette loi de 1859 le préfet avant de rendre son décret de conflit, devait adresser au tribunal une requête d'incompétence ; aujourd'hui cette dernière est supprimée et le décret qui oppose l'incompétence suffit à lui seul. Mais la loi de 1877 aussi bien que celle de 1859 a réservé à l'administration le droit d'opposer l'incompétence des tribunaux judiciaires : il est curieux de remarquer qu'au contraire autrefois à Naples sous l'empire des lois des 16 septembre 1810 et 14 juin 1824, la réciprocité était admise, et que les tribunaux judiciaires avaient le moyen d'empêcher les empiètements de l'autorité administrative.

1. Cf. la traduction dans Dubois, *l. c.*, n. 5, pp. 38 à 41.

2. *Annuaire de législation étrangère*, 1878, notice et traduction par M. Paul Henry, pp. 334 à 338.

Dans quels cas le conflit peut-il être élevé ? — Le conflit peut s'élever soit entre les tribunaux judiciaires et les agents de l'administration active, soit entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires. La loi du 20 novembre 1859 contenait en effet deux titres distincts pour ces deux ordres d'hypothèses. C'est sur ce point que la loi du 7 avril 1877 est venue apporter une modification importante : elle a supprimé le conflit d'attributions. Comment cette nouvelle conception a-t-elle pu être adoptée ? L'objet principal de cette loi a été de donner la décision du conflit au tribunal judiciaire suprême ; dès lors, lorsque le conflit s'élève entre un tribunal judiciaire et un tribunal administratif, il était tout simple et tout naturel de parler non d'un conflit d'attributions, mais d'un conflit de juridictions, c'est en effet ce terme qu'emploie l'article 3, 3° de la loi de 1877 ; quant au conflit qui s'élève entre les autorités administratives et les tribunaux judiciaires, il ne saurait être question d'un conflit d'attributions, puisque le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que l'administrateur fasse un acte de juridiction, en même temps qu'il met obstacle à ce que le juge fasse des actes d'administration ; dès lors, n'est-ce pas s'exprimer d'une façon logique et tout à fait juridique que de dire seulement que l'administration a le droit d'opposer l'incompétence du tribunal judiciaire ? Ainsi se trouve à notre avis justifiée la nouvelle conception du conflit d'après la loi Italienne du 7 avril 1877, qui nous paraît avoir été critiquée bien à tort (1).

1. Laferrière, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 78.

Quant au terme passé lequel l'incompétence du tribunal judiciaire ne peut plus être opposée, l'article 1 de la loi de 1877 use à cet égard d'une distinction : si l'administration est partie au procès, elle doit profiter du recours qui lui est ouvert devant la juridiction du premier degré ; au contraire, si l'administration ne figure pas au procès « elle peut user du recours en tout état de cause, à moins que l'autorité judiciaire ne se soit déclarée compétente par un jugement passé en force de chose jugée ».

Effet du conflit. — D'après l'article 2 de la loi de 1877, dès que le décret préfectoral d'incompétence est rendu, le tribunal doit suspendre toute procédure commencée ; cependant il a le droit de vérifier si ce décret a été pris dans les cas et dans les délais indiqués par la loi, et s'il n'en est pas ainsi de passer outre.

b. Jugement du conflit.

Autorité chargée de statuer. — D'après la loi du 20 novembre 1859, le conflit était tranché par un décret royal, rendu sur la proposition du ministre de l'Intérieur, après délibération du Conseil des ministres ; le Conseil d'Etat ne faisait que donner un avis préalable : c'était là un système à peu près identique à celui qui est encore appliqué en Espagne. La loi du 20 mars 1865, annexe D, donna sur ce point au Conseil d'Etat un pouvoir propre de juridiction. Mais cette réforme consista bien plus dans les mots que dans les faits : c'est ainsi que le Conseil d'Etat manquant totalement d'impartialité rendit des décrets en faveur de la compétence administrative plus

que doubles en nombre de ceux qu'il rendit en faveur de la compétence judiciaire. Une nouvelle réforme s'imposait donc. Le système Français actuel, consistant dans l'institution d'un Tribunal des Conflits soit-disant mixte, fut proposé, mais sans succès : la pierre d'achoppement fut la question de la présidence de ce tribunal : donner cette présidence à un ministre ou à un conseiller d'État c'était détruire le caractère mixte du tribunal en y faisant prédominer l'élément administratif sur l'élément judiciaire ; autant valait alors de laisser la solution des conflits au Conseil d'État ; donner cette présidence à un conseiller de la Cour de Cassation c'était encore détruire le caractère mixte du tribunal, en y faisant prévaloir l'élément judiciaire sur l'élément administratif ; autant valait alors donner le jugement des conflits à la Cour de Cassation elle-même.

Tel est en effet le système qui a été consacré par la loi du 7 avril 1877 ; il a une portée très grande en Italie : d'une part nous avons vu comment la translation du jugement des conflits du Conseil d'État à la Cour de cassation a eu pour effet une transformation de la nature juridique du conflit lui-même ; d'autre part, la loi de 1877 charge de juger les conflits la Cour de cassation de Rome ; c'est qu'en effet en Italie, il y a quatre autres Cours de cassation qui siègent à Florence, Naples, Palerme et Turin ; la solution de la loi de 1877 est un premier pas fait dans la voie de l'unification des Cours de cassation à Rome, puisqu'elle donne à la Cour de cassation de cette ville une importance toute particulière ; aussi cette considéra-

tion a-t-elle dû être d'un grand poids en faveur de l'adoption par les Chambres législatives de cette loi de 1877, qui n'a abouti que grâce aux efforts du ministre Mancini. D'ailleurs il faut ajouter que ce système, qui consiste à remettre la solution des conflits à la Cour de cassation, n'était pas complètement inconnu pour l'Italie; il avait déjà fonctionné en Toscane avant 1859.

Effets du jugement sur conflit. — Ce jugement a uniquement pour objet de trancher la question de compétence qui est en jeu. Aussi l'article 5 de la loi de 1877 dit-il que si dans le recours formé on invoque d'autres moyens que celui de la compétence, ce seront les Cours de cassation compétentes, autres que celle de Rome, qui en connaîtront.

Procédure. — Le recours qui existe au profit de l'administration en vertu de la loi de 1877 diffère encore du recours pour incompétence proprement dite, en ce sens qu'il lui est plus avantageux que ce dernier : en effet au lieu d'attendre que la question de compétence soit jugée successivement par les divers degrés de juridiction, et au lieu d'être obligée de suivre les diverses phases de cette procédure, l'administration peut dans tous les cas en vertu de l'article 1 de la loi de 1877 « user du moyen exceptionnel de provoquer directement sur cette incompétence l'arrêt de la Cour de cassation ». D'après l'article 2 « la requête pour provoquer l'arrêt direct de la Cour de cassation se forme par décision motivée du préfet ». Enfin d'après l'article 3 *in fine* la discussion est contradictoire et publique; et la Cour de cassation de Rome rend son arrêt toutes chambres réunies.

β. LA SUISSE

- I. Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs : 1. Reconnaissance ou méconnaissance du principe. 2. Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire. — II. Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire : 1. Mode de recrutement du pouvoir judiciaire. 2. Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire. — III. Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs : 1. Domaine d'application de la juridiction administrative. 2. Les divers tribunaux administratifs : *a.* Organisation. *b.* Attributions. 3. La responsabilité des fonctionnaires publics. 4. Le conflit d'attributions.

BIBLIOGRAPHIE

1. Abella. Tratado de derecho administrativo Español. Madrid, 1886-1889, 3 vol.
2. du Beux. De l'organisation judiciaire de la Suisse. Revue de législation et de jurisprudence, tome 32, 1848, p. 321 à 345.
3. Bury. Manuel de droit public à l'usage du citoyen. Lausanne, 1869.
4. Dareste. La justice administrative en France. Paris, 1862.
5. Dareste. Etude sur la juridiction administrative. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, p. 287 et 288.
6. Dareste. Les constitutions modernes. Paris, 1883, 2 vol.
7. Demombynes. Les constitutions européennes. Paris, 1883, 2 vol.

8. Dubs. Le droit public de la Confédération suisse. Neuchâtel et Genève, 1878-1879, 2 vol.
9. Laferrière. Traité de la juridiction administrative. Paris, 1887-1888, 2 vol.
10. Picot. La réforme judiciaire en France. Paris, 1881.

I

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

A l'heure actuelle, le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et législatif se trouve plus ou moins complètement reconnu et appliqué en Suisse, suivant les cantons, qui s'inspirent en général à cet égard de la législation fédérale. D'après la constitution fédérale du 29 mai 1874 (1), le pouvoir législatif est exercé par l'Assemblée fédérale, composée de deux Chambres, le Conseil national et le Conseil des États, et le pouvoir exécutif par le Conseil fédéral, autorité collective qui comprend sept membres. Dans la majorité des cantons, le pouvoir législatif appartient à une seule Chambre, le Grand Conseil ; dans quelques-uns notamment dans le canton d'Appenzell (Rhodes extérieures), en vertu de la constitution du 15 octobre 1876, (1) et dans le canton d'Uri en vertu de

1. Dareste, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 441 et suiv. Demombynes, *l. c.*, n. 7, tome 2, pp. 304 et suiv.

2. Dareste, *l. c.*, n. 6, tome 1, pp. 500 et suiv.

la constitution du 6 mai 1888, c'est l'Assemblée générale des habitants du pays, la *Landesgemeinde*, qui a seule le pouvoir de légiférer ; quant au pouvoir exécutif, il appartient à un Petit Conseil, ou Conseil d'État, ou Conseil exécutif, administration collective composée aussi presque toujours de sept membres.

Quant au principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, est-il aussi reconnu et appliqué ? La constitution fédérale ne contient aucune disposition à ce sujet. Au contraire, certaines constitutions cantonales s'expriment formellement à cet égard. C'est ainsi que l'article 11 de la constitution de Berne du 31 juillet 1846 dit que : « Les pouvoirs administratif et judiciaire sont séparés dans tous les degrés de l'administration de l'État » ; l'article 94 de la constitution de Genève du 24 mai 1847 s'exprime dans une forme encore meilleure lorsqu'il dit : « Le pouvoir judiciaire est séparé du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ». Mais dans un grand nombre de cantons, certains litiges sont retirés à la connaissance des tribunaux et jugés par l'administration active : il en résulte une atteinte considérable au principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire.

§ 2. — *Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.*

Le pouvoir judiciaire est reconnu à côté des deux autres par toutes les constitutions de la Suisse. Les unes prononcent expressément le mot, les autres ne parlent

que des tribunaux ; mais toutes lui consacrent un titre spécial dans lequel sont posées les bases essentielles de son organisation et de ses attributions (1).

II

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE (2).

§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.*

D'après l'article 107 de la constitution fédérale « les membres et les suppléants du Tribunal fédéral sont nommés par l'Assemblée fédérale... ». La plupart des cantons donnent de même au Grand Conseil le droit de nommer les membres du tribunal suprême ou Cour de Cassation. Mais tous les autres tribunaux sont nommés à l'élection ; le pouvoir exécutif se réserve seulement le droit de conférer les places les plus importantes, telles par exemple que celle de président d'un tribunal. Ce système de l'élection a produit en Suisse de moins mauvais résultats que chez nous pendant la Révolution, et que dans les divers Etats de l'Union Américaine à l'heure actuelle ; il est rare de rencontrer en Suisse un juge corrompu ; les mœurs ont corrigé ce que les lois ont de défectueux ; mais il est très

1. Dubs, *l. c.*, n. 8, tome 1, pp. 133 à 135 ; 178 à 180.

2. Du Beux, *l. c.*, n. 2. Picot, *l. c.*, n. 10, pp. 175 à 209.

fréquent de trouver des juges incapables. On voit par là qu'il est impossible d'échapper à la fois aux deux vices inhérents à ce mode de recrutement des magistrats.

§ 2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

Les juges jouissent en Suisse du bénéfice de l'inamovibilité : car, tant que durent leurs fonctions, ils ne peuvent pas être révoqués sans jugement. Mais il n'existe de magistrats à vie qu'à Fribourg et à Bâle-Ville ; partout ailleurs les magistrats n'ont que des fonctions temporaires variant entre trois et quinze ans. Toutefois ici encore le fait vient corriger le droit : il est d'usage que les juges à moins d'un véritable démérite soient réélus constamment ; le canton des Grisons est le seul où cet usage ne soit pas suivi.

III

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LA DÉTERMINATION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE A L'ÉGARD DES LITIGES ADMINISTRATIFS (1).

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. *Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire.* — En Suisse le contentieux administra-

1. Dubs, *l. c.*, n. 8, tome 2, pp. 126 à 133. Bury, *l. c.*, n. 3. Da-

tif apparaît nettement avec le caractère d'un contentieux d'exception. C'est ainsi que l'article 113 de la constitution fédérale du 29 mai 1874, après avoir posé le principe de la compétence générale du Tribunal fédéral ajoute : « sont réservées les contestations administratives à déterminer par la législation fédérale ». De même dans les cantons des lois spéciales sont venues énumérer limitativement les litiges qui rentrent dans le contentieux administratif : telles sont la loi du 23 mai 1831 pour le canton de Zurich, du 11 juillet 1831 pour le canton d'Argovie, la loi du 7 septembre 1831 pour le canton de Lucerne, la loi du 31 décembre 1837 pour le canton de Turgovie, la loi du 7 juin 1853 pour le canton du Tessin, la loi du 20 mars 1854 pour le canton de Berne. Mais il faut remarquer que ces lois ne s'inspirent en général d'aucun principe rationnel : elles font rentrer dans le contentieux administratif des affaires qui par leur nature sont purement judiciaires, soit parce qu'elles n'intéressent pas l'administration, mais sont seulement relatives à l'exercice de certains droits publics des citoyens, soit parce que, tout en intéressant l'administration, elles ne la concernent qu'en sa qualité de personne morale accomplissant des actes de gestion, nullement en sa qualité de puissance publique accomplissant des actes d'autorité.

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux. — Dans un grand nombre de cantons, la confusion est complète entre le recours gracieux et le

reste, *l. c.*, n. 4, p. 204. Dareste, *l. c.*, n. 5. Laferrière, *l. c.*, n. 9, tome 1, pp. 62 à 64. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 111.

recours contentieux en matière administrative : il en est ainsi dans les cantons où les litiges administratifs sont jugés par l'administration elle-même. La distinction entre les deux notions ne se rencontre, par la force même des choses, que dans les cantons qui suivent un autre système.

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

a. Organisation.

Presque tous les cantons Suisses possédaient autrefois des tribunaux spéciaux en vue de juger le contentieux administratif. Mais peu à peu ils ont abandonné cette institution ; c'est ainsi qu'en 1875 le canton de Tessin a révisé en ce sens l'article 9 de sa constitution. A l'heure actuelle le Valais seul a un tribunal du contentieux administratif organisé par la loi du 1 décembre 1877 (1) ; mais il importe de remarquer que ce tribunal, chargé de statuer sur le contentieux de l'administration, est en réalité un tribunal essentiellement judiciaire ; en effet, il ne comprend dans son sein aucun administrateur, il se compose de cinq membres qui sont le président et quatre autres membres de la Cour d'appel et de cassation.

Quelques cantons ont remis le jugement du contentieux administratif aux tribunaux ordinaires : tels sont les cantons de Saint-Gall, de Glaris, d'Argovie et du Tessin. Cette solution se trouve expressément énoncée dans les constitutions de ces divers cantons.

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1879, notice et traduction par M. Ernest Lehr, pp. 605 à 607.

Partout ailleurs c'est le système fédéral qui est suivi. Celui-ci consiste à faire juger certains litiges administratifs par les tribunaux judiciaires, et à réserver la connaissance de certains autres au pouvoir discrétionnaire de l'administration active. C'est ce système qui était déjà pratiqué dans le canton de Soleure, d'après la loi de révision du 31 décembre 1850, aujourd'hui fondue dans la constitution du 23 octobre 1887. Il en est de même à l'heure actuelle dans les cantons de Berne, Fribourg, Zurich, Schwitz, Zug, Grisons, Thurgovie, Schaffouse, Lucerne. Dans le système fédéral, c'est le Conseil fédéral qui juge toujours directement les affaires retirées au Tribunal fédéral. Dans le système cantonal, c'est le Conseil d'Etat ou Petit Conseil qui statue soit directement soit sur appel des décisions prises par les agents inférieurs de l'administration.

Il est donc parfaitement exact, à notre avis, et quoi qu'on ait pu dire à ce sujet (1), de présenter la Suisse comme un pays qui ne connaît pas les tribunaux administratifs, tout en ayant un contentieux de l'administration, puisque celui-ci est jugé, soit par l'administration active, soit par les tribunaux judiciaires, et cela même dans le canton du Valais.

b. Attributions.

Dans le système fédéral, la loi organique du 27 juin 1874 a fait l'application de l'article 113 de la Constitution. Parmi les matières réservées par cette loi au Conseil

1. Laferrière, *l. c.*, n. 9, tome 1, p. 62. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3 p. 111.

fédéral, un certain nombre rentrent par leur nature dans le contentieux administratif ; telles sont les contestations relatives aux droits de consommation et aux droits d'entrée sur les boissons, aux péages internationaux, et aux patentes. Mais on peut à juste titre s'étonner d'y voir figurer des litiges qui repoussent au plus haut degré le caractère administratif, tels notamment que ceux qui concernent les droits des Suisses établis, l'état civil, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté de conscience ; aussi a-t-on pu dire avec raison que dans cette répartition des compétences « l'absence d'un principe quelconque se fait beaucoup trop sentir (1) ». La même remarque s'applique aux diverses législations cantonales : les matières qui sont le plus souvent retirées à la connaissance des tribunaux ordinaires comprennent, outre des affaires administratives, telles par exemple que l'exploitation des mines et carrières et l'expropriation pour cause d'utilité publique, certains procès purement judiciaires, comme ceux qui sont relatifs à l'acquisition du droit de bourgeoisie, les élections, la jouissance des biens communaux. C'est ainsi que dans le canton du Valais, le tribunal du contentieux administratif exerce la juridiction non seulement à l'égard des contestations en matière de voirie, d'expropriation pour cause d'utilité, de reddition des comptes des agents et employés fiscaux, etc., mais encore à l'égard des procès entre l'État et les entrepreneurs de travaux publics concernant le sens ou l'exé-

1. Dubs, *l. c.*, n. 8, tome 2, p. 131.

cution de leurs marchés, et au sujet de l'acquisition du droit de cité (loi du 1 décembre 1877, article 7).

§ 3. — *La responsabilité des fonctionnaires publics* (1).

Aucune poursuite ne peut être dirigée contre un fonctionnaire fédéral sans l'autorisation préalable du Conseil fédéral; si cette autorisation est refusée, une plainte peut être portée devant l'Assemblée fédérale; en outre, s'il accorde son autorisation, le Conseil fédéral peut subordonner l'exercice de la poursuite au versement préalable d'un cautionnement qu'il détermine et que doit faire le particulier.

Les cantons reproduisent en général ce système. C'est d'une façon analogue par exemple que la question a été réglée dans le canton de Saint-Gall par une loi du 4 janvier 1886: « La plainte passe par les mains du préfet, qui la transmet avec son préavis au Conseil d'Etat, lequel peut imposer au demandeur la caution *judicatum solvi* » (2). Du reste, les tribunaux ordinaires sont partout compétents pour statuer sur le fond du procès, une fois l'autorisation préalable obtenue et le cautionnement effectué.

1. Dareste, *l. c.*, n. 5, p. 288. Bury, *l. c.*, n. 3, p. 320.

2. *Annuaire de législation étrangère*, 1886, notice par M. de Riedmatten, pp. 475 et 476.

§ 4. — *Le conflit d'attributions* (1).

La Suisse connaît l'institution du conflit : le conflit peut en effet s'élever entre l'administration active et les tribunaux judiciaires dans les cantons qui répartissent les affaires du contentieux administratif entre ces deux sortes d'autorités, et dans le Valais entre les tribunaux judiciaires d'une part, l'administration ou le tribunal du contentieux administratif de l'autre.

L'examen du jugement du conflit, et principalement de la fixation de l'autorité chargée de statuer, présente seul quelque intérêt : on rencontre à cet égard en Suisse l'application des systèmes les plus variés.

D'après l'article 85, § 13 de la constitution fédérale, c'est l'Assemblée fédérale qui tranche les conflits entre le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral : c'est donc le pouvoir législatif qui se pose en médiateur entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Un pareil système, outre qu'il fait échec au principe de la séparation des pouvoirs, puisque l'Assemblée législative s'arroge le droit de juger, n'est évidemment possible que dans les très petits États où le pouvoir législatif n'est pas surchargé.

Un grand nombre de cantons ont adopté le système fédéral : il en est ainsi à Berne, Neuchâtel, Fribourg, Lucerne, Schaffouse, Schwitz, Uri et Zug.

1. Laferrière, *l. c.*, n. 9, tome 1, p. 64. Dareste, *l. c.*, n. 5, p. 288. Dubs, *l. c.*, n. 8, tome 2, pp. 127 et 128.

D'autres, comme les cantons de Zurich, Vaud, Bâle-Campagne, confient le jugement du conflit à une commission mixte, dans laquelle les trois pouvoirs, législatif, exécutif, et judiciaire, se trouvent représentés : car elle comprend des membres du Grand Conseil, du Conseil d'État et du Tribunal suprême.

C'est à ce dernier système que se rattache, sans se confondre pourtant entièrement avec lui, la législation du Valais. Dans ce canton, une loi du 25 mai 1877 a institué une Cour des conflits de compétence (1) : celle-ci se compose de trois membres, le président du Grand Conseil, le président du Conseil d'État, et le président de la Cour d'appel, qui sont respectivement suppléés par leurs vice-présidents, ou par les doyens d'âge de chaque corps.

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1878, analyse par M. Ernest Lehr, pp. 648 et 649.

γ. LA BELGIQUE

- I. Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs : 1. Reconnaissance ou méconnaissance du principe. 2. Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire. — II. Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire : 1. Mode de recrutement du pouvoir judiciaire. 2. Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire. — III. Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs : 1. Domaine d'application de la juridiction administrative. 2. Les divers tribunaux administratifs : *a.* Organisation. *b.* Attributions. 3. La responsabilité des fonctionnaires publics. 4. Le conflit d'attributions.

BIBLIOGRAPHIE

1. Abella. Tratado de derecho administrativo Español. Madrid, 1886-1889, 3 vol.
2. Dareste. Les constitutions modernes. Paris, 1883, 2 vol.
3. Dareste. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, p. 285 et 286.
4. Demombynes. Les constitutions européennes. Paris, 1883, 2 vol.
5. Flourens. Organisation judiciaire et administrative de la France et de la Belgique (1814-1875). Paris, 1875.
6. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.
7. Giron. Le droit administratif de la Belgique. Bruxelles et Paris, 1885, 3 vol.
8. Laferrière. Traité de la juridiction administrative. Paris, 1887-1888, 2 vol.

9. Marcé. Bulletin de la société de législation comparée, 1890, p. 238 à 240.
10. Meyer. Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe. Paris, 1818-1821. 5 vol.
11. Thonissen. De la constitution belge. Bruxelles, 1879.

I

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS.

§ 1. — *Reconnaissance ou méconnaissance du principe.*

La Belgique, qui n'existe que depuis 1830, et dont l'histoire jusqu'à cette époque se confond avec celle des Pays-Bas, a pendant longtemps ignoré le principe de la séparation des pouvoirs. Dans les communes des Pays-Bas qui devinrent surtout puissantes après la révolution de 1572, « la même administration était chargée de l'autorité municipale, des finances, de la justice et de la police, quelquefois elle était divisée en sections dont les objets étaient plus ou moins distincts, et dans lesquelles les mêmes personnes servaient à tour de rôle; souvent cette division n'avait pas lieu, et le tribunal s'occupait également de toutes fonctions administratives (1) »; ainsi la justice se trouvait littéralement asservie par l'adminis-

1. Meyer, *l. c.*, n. 10, tome 4, pp. 397 et 398.

tration ; tel était encore l'état des choses lors de l'invasion des armées Françaises en 1794 et 1795 ; à la différence de ce qui se passait dans notre ancienne France où les Parlements intervenaient dans l'administration, c'était celle-ci qui intervenait dans la justice : « Nous avons vu, surtout à Amsterdam, des tribunaux mandés par les chefs d'administration, recevoir des injonctions sur les principes qu'ils avaient admis dans leurs sentences, avec recommandation d'être à l'avenir plus circonspects ou plus dans les vues de l'administration (1) ». La séparation des pouvoirs législatif et exécutif n'existait pas davantage : le plus souvent c'est l'administration communale qui remplissait l'office du législateur (2). A la suite de l'incorporation de la Hollande à l'Empire Français, les Pays-Bas se trouvèrent régis par les principes de notre pays, que l'Empereur Napoléon I n'appliqua souvent qu'avec l'arbitraire de son bon plaisir. La loi fondamentale du royaume des Pays-Bas du 24 août 1815, étendue à la Belgique contre sa volonté, organisa déjà une certaine distribution des pouvoirs entre les différentes autorités.

La constitution Belge du 7 février 1831 a reconnu et appliqué fermement le principe de la séparation des pouvoirs : c'est sans doute à cette cause que cette constitution doit son caractère de stabilité, puisqu'elle présente l'exemple à peu près unique de n'avoir subi aucune

1. Meyer, *l. c.*, n. 10, tome 4, p. 184, note 1.

2. Meyer, *l. c.*, n. 10, tome 4, pp. 174 et 175.

modification depuis soixante ans qu'elle a été promulguée (1). D'après l'article 26 « le pouvoir législatif s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des représentants, et le Sénat » ; d'après l'article 29 « au roi appartient le pouvoir exécutif... » ; aux termes de l'article 30, « le pouvoir judiciaire est exercé par les Cours et tribunaux. »

L'une des conséquences les plus importantes de cette séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, c'est l'absence de tribunaux administratifs au sens propre du mot : la Belgique ne connaît pas de tribunaux composés de fonctionnaires ; on a respecté de cette façon l'article 94 de la constitution qui dit : « Il ne peut être créé de commissions ni de tribunaux extraordinaires, sous quelque dénomination que ce fait » ; à la vérité il y a bien quelques tribunaux chargés de juger certains litiges administratifs spéciaux ; sous ce rapport l'on peut donc dire que la Belgique admet la juridiction administrative quoique dans une mesure assez restreinte ; mais tous ces tribunaux sont en réalité des tribunaux judiciaires spéciaux parce que tous ils relèvent de la Cour de Cassation qui est à la tête du pouvoir judiciaire, parce que en outre quelques-uns relèvent des Cours d'appel, soumises elles-mêmes à la Cour suprême ; d'ailleurs en Belgique il n'y a pas de Conseil d'État.

Une autre conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, c'est que le juge ne doit pas administrer pas plus que l'administrateur ne doit juger : l'ar-

1. Dareste, *l. c.*, n. 2, tome 1, pp. 57 à 76. Demombynes, *l. c.*, n. 4, tome 1, pp. 236 et suiv.

ticle 107 de la constitution porte que « les Cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois » ; c'est la généralisation à l'égard de tous les actes administratifs du système que l'article 471, n. 15 de notre Code Pénal Français ne consacre qu'en ce qui touche les règlements ; cet article 107 donne aux tribunaux ordinaires le droit de ne tenir aucun compte de l'acte administratif illégal, qui est en jeu au cours d'un procès ; mais il ne leur confère ni le droit de se saisir eux-mêmes de l'affaire en prenant l'initiative à seule fin de juger l'acte, ni celui de l'annuler ou de le réformer (1). De cette façon l'indépendance réciproque des pouvoirs exécutif et judiciaire est maintenue, et leur séparation se trouve véritablement assurée.

§ 2.— *Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.*

« L'indépendance absolue du pouvoir judiciaire dans la sphère de ses attributions constitutionnelles est un des résultats les plus importants et les plus féconds de la révolution de septembre (2) ». Aussi la constitution de 1831 consacre-t-elle d'une façon expresse l'existence du pouvoir judiciaire dans son article 30, à côté des pouvoirs légis-

1. Thonissen, *t. c.*, n. 11, pp. 265 à 275. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 227 à 237.

2. Thonissen, *l. c.*, n. 11, pp. 258 et suiv., 124 et 125. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 109.

latif et exécutif, cet article est corroboré par les articles 92 et 93, sur lesquels nous reviendrons.

II

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE (1).

§ 1. — *Mode de recrutement du pouvoir judiciaire*

L'article 99 de la constitution porte : « Les juges de paix et les juges de tribunaux sont directement nommés par le roi. Les conseillers des Cours d'appel et les présidents et vice-présidents des tribunaux de première instance de leur ressort sont nommés par le roi sur deux listes doubles, présentées l'une par ces Cours, l'autre par les Conseils provinciaux. Les conseillers de la Cour de Cassation sont nommés par le roi sur deux listes doubles présentées l'une par le Sénat, l'autre par la Cour de Cassation. » Ainsi le système de présentation des magistrats au pouvoir exécutif qui les institue constitue l'exception ; il ne s'applique qu'à l'égard des membres de la Cour de Cassation, unique pour tout le royaume, et des membres des Cours d'appel qui sont au nombre de trois, siégeant à Bruxelles, Liège et Gand ; le système de la

1. Thonissen, *l. c.*, n. 11, pp. 305 à 315. Demombynes, *l. c.*, n. 4, tome 1, pp. 283 et 284.

nomination directe par le pouvoir exécutif est au contraire la règle, il est appliqué à tous les membres des tribunaux inférieurs, sauf aux présidents et vice-présidents des tribunaux de première instance.

§. 2. — *Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.*

Le principe de l'inamovibilité se trouve exprimé d'une façon excellente, parce qu'elle ne laisse place à aucun arbitraire dans l'article 100 de la constitution, qui est ainsi conçu : « Les juges sont nommés à vie. Aucun juge ne peut être privé de sa place ni suspendu que par un jugement. Le déplacement d'un juge ne peut avoir lieu que par une nomination nouvelle et de son consentement. » Au contraire, d'après l'article 101 : « Le roi nomme et révoque les officiers du ministère public près des Cours et tribunaux » : c'est qu'en effet à la différence des juges qui exercent le pouvoir judiciaire, les officiers du ministère public sont des agents du pouvoir exécutif; aussi la proposition de leur étendre, le bénéfice de l'inamovibilité qui avait été faite en 1831 par un membre du Congrès n'a pas été admise par la constitution.

III

GARANTIES DE L'INDIVIDU DANS LA DÉTERMINATION DE L'AUTORITÉ COMPÉTENTE A L'ÉGARD DES LITIGES ADMINISTRATIFS (1).

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. — La juridiction administrative, nous l'avons vu, n'existe pas en Belgique, si l'on veut prendre cette expression dans le sens qui lui est reconnu chez nous : il est vrai pourtant que dans certains cas ce sont des agents de l'administration active ou des conseils élus qui statuent ; mais leurs décisions sont rendues en premier ressort et elles sont susceptibles d'être réformées par la Cour d'appel, ou d'être cassées par la Cour de Cassation. La Belgique ne possède donc que des tribunaux administratifs judiciaires ; il ne faut pas opposer les tribunaux administratifs aux tribunaux judiciaires, mais

1. Thonissen, *l. c.*, n. 11, pp. 124 à 362. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 198 à 274. Flourens, *l. c.*, n. 5. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, pp. 64 à 74. Abella, *l. c.*, n. 1, tome 3, p. 104. Dareste, *l. c.*, n. 3, p. 285. Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 6, pp. 525 à 527.

bien les tribunaux administratifs judiciaires aux tribunaux civils également judiciaires.

Quelle est donc la ligne de démarcation faite entre ces deux sortes de tribunaux, en ce qui touche le domaine respectif de leur compétence ? La Belgique est l'un des rares pays assez heureux de posséder des textes de loi qui visent spécialement cette question importante, et qui donnent, en des termes formels, des principes nets, précis, et de nature à mettre obstacle à tout arbitraire pour peu qu'ils soient respectés. La constitution du 7 février 1831, dans ses articles 92 et 93, contient les dispositions suivantes : « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi ». Ces textes prennent leur source historique dans l'article 165 de la loi fondamentale du royaume des Pays-Bas du 24 août 1815 qui s'exprimait ainsi : « Les contestations ayant pour objet la propriété ou les droits qui en dérivent, les créances et les droits civils, sont exclusivement du ressort des tribunaux » ; au sortir de la domination française qui leur avait pesé si lourdement, il était tout naturel que les Pays-Bas aient cherché à prévenir par des principes formels le retour de l'arbitraire. Ces principes ont trouvé leur formule définitive dans la constitution du 7 février 1831 : de la combinaison de ses articles 92 et 93 il résulte avant tout que les tribunaux ordinaires sont les tribunaux naturels et de droit commun de tous les litiges, de

quelque nature qu'ils soient ; l'article 93 reconnaît seulement que par exception des lois spéciales pourront soustraire aux tribunaux ordinaires la connaissance de certaines affaires basées sur un acte d'administration émanée de la puissance publique : c'est ainsi que doit être entendue l'expression « droits politiques » employée par l'article 93 de la constitution de 1831 ; le rapprochement de ce texte avec son précédent immédiat, l'article 165 de la loi fondamentale de 1815, ne permet pas le moindre doute à ce sujet. Ainsi la distinction entre l'acte accompli par l'administration en sa qualité de personne morale, et l'acte accompli par elle en sa qualité de puissance publique, qui seul peut être retiré à la compétence des tribunaux civils, apparaît comme un principe fondamental et constitutionnel du droit public des Belges. Il convient d'ajouter que ce principe a toujours été scrupuleusement respecté, et que les lois spéciales qui sont intervenues n'ont enlevé aux tribunaux civils que la compétence de certaines affaires rentrant dans le contentieux administratif entendu dans son sens exact.

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux. — Sur ce point encore, la séparation se trouve très énergiquement marquée, non pas à la vérité par la loi, mais par la jurisprudence et par la doctrine. Cette théorie est une application du principe de la séparation des pouvoirs : les tribunaux ont le droit de juger de la légalité d'un acte administratif, ils n'ont pas celui de juger de son opportunité ; sans quoi ils feraient acte d'administrateurs. Il en résulte qu'un acte administratif qui ne

lèse que des intérêts, du moment qu'il ne viole aucun droit, ne peut donner lieu qu'à un recours hiérarchique devant l'administration elle-même qui, tout en devant se conformer aux lois, doit être l'unique juge du plus ou moins d'opportunité de ses actes (1). Ainsi à la différence de ce qui existe chez nous, le recours pour excès de pouvoirs, qui gracieux de sa nature est cependant déclaré contentieux par la loi, n'existe pas en Belgique : c'est donc une garantie de moins pour l'individu ; « c'est, dit-on, un point qu'il ne faut pas perdre de vue lorsqu'on compare le système Belge au nôtre (2) ».

c. Résultats généraux du système. — Indépendamment de la remarque précédente, dont il est impossible de méconnaître l'exactitude, un auteur Français (3) a prétendu que la jurisprudence de la Cour de Cassation Belge aboutissait le plus souvent, en matière administrative, à des décisions tout à fait contraires à l'administration et par suite à l'intérêt général et économique du pays. Qu'un pareil fait se produise quelquefois, cela est possible : mais il ne faut voir là que l'effet des lois elles-mêmes que la Cour suprême est chargée d'interpréter sans avoir le pouvoir de les faire ou de les réformer. Ce fait, qu'on a d'ailleurs le tort de présenter comme général, ne saurait être le résultat d'un esprit systématique de parti pris de la Cour suprême à l'égard de l'administration ; tous les auteurs Belges sont en effet d'accord pour reconnaître

1. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 198 à 203.

2. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, p. 72.

3. Flourens, *l. c.*, n. 5, p. 384.

l'indépendance absolue et la haute impartialité de cette juridiction, voici notamment comment s'exprime l'un d'eux, M. Giron, à ce sujet : « L'administration dépouillée de presque toutes les attributions contentieuses dont elle s'était emparée pendant les luttes sociales qui ont marqué la fin du siècle dernier a conservé néanmoins sa complète autonomie. Le pouvoir judiciaire l'arrête et la retient quand elle excède la limite de ses droits ; mais il a si peu tenté de la soumettre ou de l'absorber que depuis cinquante ans le tribunal des conflits n'a qu'une existence nominale, et que la procédure des conflits n'est pas même organisée (1) ».

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

Les tribunaux civils sont les juges ordinaires et de droit commun du contentieux administratif. Quant aux affaires de ce contentieux qui leur ont été enlevées, elles sont jugées en première instance par la Cour des Comptes, par les Conseils de milice et de révision, par les directeurs provinciaux ; mais la Belgique ne connaît pas l'institution d'un tribunal administratif général d'appel, et même à l'égard de ces affaires les Cours d'appel sont presque toujours compétentes en seconde instance ; et la Cour de Cassation exerce sur elles son contrôle suprême. La juridiction administrative n'existe donc que dans une mesure extrêmement restreinte, puisqu'elle n'est insti-

1. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 208.

tuée que par exception et seulement au premier degré, restant ainsi, même dans cette mesure, soumise au pouvoir judiciaire.

a. Organisation.

1. *Mode de recrutement des tribunaux administratifs.* — La loi fondamentale des Pays-Bas de 1815 dans son article 202 instituait une Chambre des Comptes unique pour tout le royaume. Un décret du Congrès National Belge du 30 décembre 1830 vint instituer une Cour des Comptes, unique pour toute la Belgique. L'article 116 de la constitution du 7 février 1831 porte : « Les membres de la Cour des Comptes sont nommés par la Chambre des représentants et pour le terme fixé par la loi ». D'après la loi organique du 29 octobre 1846 la Cour des Comptes comprend un président et six conseillers nommés tous les six ans par la Chambre des représentants (1). Les Conseils de milice et les Conseils de révision sont nommés par le roi. Quant aux directeurs provinciaux, ils étaient autrefois nommés directement par le gouverneur de la province, représentant du pouvoir exécutif : mais aujourd'hui d'après l'article 8 de la loi du 30 décembre 1887 (2) qui a modifié l'alinéa 2 de l'article 126 de la loi provinciale du 30 mars 1836 autrefois en vigueur, ils sont nommés par le gouverneur sur une liste triple de

1. Thonissen, *l. c.*, n. 11, pp. 359 à 362. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 214 à 222. Flourens, *l. c.*, n. 5, pp. 362 à 375. Marcé, *l. c.*, n. 9, pp. 238 à 240.

2. *Annuaire de législation étrangère*, 1888, notice et notes par M. Jalabert, pp. 628 à 639.

candidats, formée par la Députation permanente du Conseil provincial, qui est un Conseil élu. Ainsi les tribunaux administratifs, pour être peu nombreux, sont cependant recrutés suivant les modes les plus variés : nomination par le pouvoir législatif ; nomination directe par le pouvoir exécutif ; nomination par ce dernier combinée avec un système de présentation.

2. *Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.* — Les membres des tribunaux administratifs ne sont pas inamovibles : c'est ainsi que les conseillers de la Cour des Comptes peuvent être révoqués par la Chambre des Représentants, que les membres des Conseils de milice et de révision peuvent être révoqués par le roi, que les directeurs provinciaux peuvent être révoqués par le gouverneur de l'avis conforme de la Députation permanente. Toutefois cette absence de garanties d'impartialité trouve une double atténuation d'une part dans ce fait général que ces tribunaux administratifs sont des tribunaux judiciaires, soumis à l'appel et à la cassation de droit commun ; d'autre part dans ce fait particulier à la Cour des Comptes que la Chambre des Représentants n'a jamais usé de son droit de révocation, et même que sauf une seule exception tous les membres de cette juridiction ont été successivement réélus à la suite des six années pour lesquelles ils sont nommés (1).

b. *Attributions* (2). — Le contentieux jugé par ces tri-

1. Marcé, *l. c.*, n. 9, p. 239.

2. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 214 à 222.

bunaux judiciaires administratifs est véritablement par sa nature un contentieux administratif, c'est-à-dire un contentieux formé de litiges suscités par l'exercice d'un acte que l'administration a accompli en qualité de puissance publique.

La Cour des Comptes a pour attributions essentielles de juger les comptes, de déclarer les comptables en débet envers le Trésor, ou de leur donner décharge. Mais elle exerce aussi un rôle important vis-à-vis des ordonnateurs : aucune sortie de fonds n'a lieu sans le contrôle, le visa préalable, la liquidation de la Cour des Comptes ; c'est à elle qu'appartient le droit exclusif de reconnaître l'État débiteur (1). Les arrêts de la Cour des Comptes peuvent être déférés à la Cour de Cassation : toutefois il importe de remarquer que si cette dernière casse l'arrêt qui lui est déféré, l'affaire est renvoyée non pas à l'une des Chambres de la Cour des Comptes qui n'en ont pas connu comme chez nous, mais à une commission spéciale, formée dans le sein de la Chambre des représentants, et qui juge alors sans recours ultérieur (1).

Le Conseil de milice décide si les hommes sont admissibles et propres au service militaire. Ses décisions sont susceptibles d'appel tantôt au Conseil de révision, tantôt à la Cour d'appel.

En matière d'impôts directs la loi du 22 juin 1865, confirmant sur ce point des textes antérieurs, attribuait compétence aux Députations permanentes des Conseils pro-

1. Flourens, *l. c.*, n. 5, pp. 366, 374 et 375.

vinciaux, mais la loi du 30 juillet 1881 (1) leur a substitué les directeurs provinciaux des contributions directes, qui statuent sauf recours à la Cour d'appel.

Jusqu'à cette loi de 1881, les contestations en matière de listes électorales échappaient à la compétence des tribunaux civils ; on avait de cette façon interprété largement les expressions « droits politiques » de l'article 93 de la constitution qui permettent l'institution de tribunaux spéciaux.

D'après une loi du 30 mars 1831, ces contestations étaient jugées en premier ressort par les Conseils échevinaux, en appel par les Députations permanentes des Conseils provinciaux ; la loi du 5 mai 1869 vint réaliser un premier progrès en retirant la juridiction de premier ressort aux Conseils échevinaux, et en la transportant aux Députations permanentes, et en instituant les Cours d'appel comme juges du second degré. L'intervention de plus en plus grande de la politique au sein des Députations permanentes leur enleva toute impartialité. Aussi la loi du 30 juillet 1881 (1) a-t-elle supprimé leurs attributions contentieuses en cette matière, et institué les Cours d'appel juges en premier et dernier ressort.

§ 3. — *La responsabilité des fonctionnaires publics.*

La responsabilité des fonctionnaires était entièrement

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1882, notice, analyse et notes par M. Louiche-Desfontaines, pp. 427 à 446.

inconnue dans les Pays-Bas encore à la fin du siècle dernier. « Si les magistrats des communes n'imitaient pas l'exemple donné dans des temps barbares par Edouard, prince de Galles et duc de Guyenne, célèbre sous le nom de Prince Noir, en faisant pendre ceux qui portaient à l'autorité supérieure des plaintes de leur administration, du moins nous rappelons-nous plus d'un exemple de personnes punies par le refus de toute faveur, par des exclusions odieuses, par des persécutions plus ou moins graves, pour avoir osé invoquer l'intervention d'une administration plus élevée, et même pour avoir réclamé le bénéfice d'une loi générale, contraire aux vœux de la magistrature municipale » (1).

A la suite de ce triste état de choses, s'implanta le régime de l'article 75 de la constitution Française du 22 frimaire an VIII; ce système fut reproduit par un arrêté du roi des Pays-Bas du 5 octobre 1882.

La constitution Belge du 7 février 1831 porte dans son article 24, actuellement en vigueur : « nulle autorisation préalable n'est nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics pour faits de leur administration ». Ainsi, s'il est vrai que le recours pour excès de pouvoirs aboutissant à l'annulation ou à la réformation de l'acte fait défaut, du moins les tribunaux judiciaires peuvent-ils accorder aux particuliers des dommages intérêts pour réparation d'un acte administratif vexatoire ; telle est du moins l'opinion d'un auteur Belge (2) : il est

1. Meyer, *l. c.*, n. 10, tome 4, p. 233, note 1.

2. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 260.

donc trop absolu d'affirmer, comme l'a fait un auteur Français, que « si l'acte est légal, il est de principe que les gênes et dommages qu'il cause ne peuvent donner lieu à aucune action en indemnité » (1). D'ailleurs, en Belgique comme en Angleterre, la responsabilité du fonctionnaire ne rejaillit pas sur l'Etat ; en principe elle lui reste propre, cependant si l'agent a exécuté un ordre émané de son supérieur hiérarchique, c'est ce dernier qui est responsable. La jurisprudence Belge n'admet la responsabilité des fonctionnaires que lorsque l'acte administratif a été accompli avec dol, fraude, faute lourde ayant occasionné un dommage ; elle l'a repoussée au contraire si l'acte a été fait avec prudence et conscience (2).

§ 4. — *Le conflit d'attributions* (3).

Après avoir été soumis au régime Français, les Pays-Bas en 1815 avaient hâte de s'en débarrasser. D'après la loi fondamentale du 24 août 1815, et d'après l'arrêté royal du 5 mai 1816, le conflit ne pouvait plus jamais être élevé ; une loi du 16 juin 1816 vint même déclarer nuls et nonavenus tous les conflits élevés antérieurement et non encore vidés. Mais le conflit fut rétabli par deux arrêtés

1. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, p. 72.

2. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 268 à 273.

3. Thonissen, *l. c.*, n. 11, pp. 324 à 329. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, pp. 223 à 227. Flourens, *l. c.*, n. 5, pp. 356 à 362. Laferrière, *l. c.*, n. 8, tome 1, pp. 64 à 67.

du roi des Pays-Bas, en date du 16 juillet 1820 et du 5 octobre 1822, d'après lesquels le droit d'élever le conflit appartenait exclusivement au gouverneur de la province, et le droit de le trancher au roi lui-même. La constitution Belge du 7 février 1831, dans son article 106, indique le tribunal chargé de statuer sur le conflit ; mais l'élévation et la procédure du conflit n'ont été réglées par aucun texte ; des projets du 21 janvier 1845 et du 22 avril 1856, conçus dans cette vue, n'ont pas abouti ; aussi « depuis 1831, la pratique des conflits a de fait cessé en Belgique » (1).

a. Élévation du conflit.

Qui peut élever le conflit ? — La procédure d'élévation du conflit n'ayant pas été réglée par la loi, il y a controverse sur ce point : d'après les uns, l'administration seule a le droit d'élever le conflit, c'est la solution que consacrait le projet du 21 janvier 1845 ; d'après les autres, au contraire, les particuliers ont seuls le droit d'élever le conflit par voie de requête à la Cour de Cassation ; c'est cette opinion qui a été admise par la Cour de Cassation elle-même par un arrêt du 30 janvier 1837, dans le seul cas où elle se soit crue autorisée à statuer sur un conflit (2).

b. Jugement du conflit.

D'après l'article 106 de la constitution : « La Cour de Cassation prononce sur les conflits d'attributions d'après

1. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 225.

2. Thonissen, *l. c.*, n. 11, pp. 327 et 328. Giron, *l. c.*, n. 7, tome 1, p. 226.

le mode réglé par la loi. » Des lois du 4 août 1832 et du 18 juin 1869 ont imposé à la Cour de Cassation la nécessité de statuer toutes chambres réunies sur le conflit. Mais nous venons de voir que le conflit, n'ayant pas été organisé, n'est pas pratiqué; c'est à peine si l'on peut citer un cas de conflit déjà ancien au profit d'un particulier; dans la pratique, l'administration supplée au conflit par les voies de droit commun, elle soulève l'exception d'incompétence qu'elle reproduit en appel et en cassation; de cette façon, on arrive très simplement au véritable juge du conflit. En effet, « lorsque la question doit être souverainement tranchée par l'autorité judiciaire, l'administration n'a qu'à garder le silence et s'en remettre à la sagesse de cette autorité. Les parties au procès, ou le ministère public, soulèveront s'il y a lieu, la question de compétence. Elever le conflit serait aussi inutile qu'impolitique » (1).

1. Flourens, *l. c.*, n. 5, p. 360.

SECONDE PARTIE

Appréciations critiques sur l'institution d'une juridiction administrative en France.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE DES ATTAQUES DIRIGÉES CONTRE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE.

I. Attaques émanées des pouvoirs publics. — II. Attaques émanées des publicistes et des jurisconsultes.

BIBLIOGRAPHIE

1. Aucoc. Conférences sur le droit administratif. Paris, 1869, 2 vol.
2. Odilon Barrot. De l'organisation judiciaire en France. Paris, 1872.
3. Bavoux. Traité des conflits ou des empiètements de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire. Paris, 1828.
4. De Broglie. De la juridiction administrative. Revue française, novembre 1828, pp. 60 et suiv.
5. Bugnottet et Noirpoudre de Sauvigny. Études administratives et judiciaires sur Londres et l'Angleterre. Paris, 1889-1890, 2 vol.

6. Benjamin Constant. Cours de politique constitutionnelle. Introduction et notes par M. Ed. Laboulaye. Paris, 1861, 2 vol.
7. de Cormenin. Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil e comme juridiction. Paris, 1818.
8. Daunou. Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société. Paris, 1819.
9. Dramard. De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative. Revue pratique, tome 35, 1873, p. 433 à 475.
10. Droz. Des tribunaux administratifs. Critiques et réformes. France judiciaire, tome 1, 1877, pp. 25 à 33, 88 à 95.
11. Dubois. Le contentieux administratif en Italie. Paris, 1873.
12. Duvergier de Hauranne. De l'ordre légal en France et des abus d'autorité. Paris, 1828, 2 vol.
13. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.
14. Gauthier. Précis des matières administratives. Paris, 1879.
15. Glasson. Éléments de droit français. Paris, 1884, 2 vol.
16. Henrion de Pansey. De l'autorité judiciaire en France. Paris, 1827, 2 vol.
17. Jousserandot. Du pouvoir judiciaire. Paris, 1878.
18. Macarel. Des tribunaux administratifs. Paris, 1828.
19. Milcent. De la réforme des Conseils de préfecture. Revue critique, tome 38, 1872, pp. 301 à 331.
20. Picot. La réforme judiciaire en France. Paris, 1881.
21. Poitou. La liberté civile et le pouvoir administratif en France. Paris, 1869.
22. Tissot. Principes du droit public. Paris, 1872, 2 vol.

I

ATTAQUES ÉMANÉES DES POUVOIRS PUBLICS.

L'on se rappelle les luttes que la juridiction du Conseil du roi et des intendants eut à soutenir sous l'ancien régime tant contre les Etats Généraux que contre les Parlements : les efforts de ces deux pouvoirs, législatif et judiciaire, combinés en vue de réprimer les usurpations du pouvoir exécutif, restèrent cependant infructueux.

Dès le début de la Révolution, la question de la juridiction administrative devait se poser à l'attention du législateur. Trois partis différents se proposaient au choix de l'Assemblée Constituante : allait-on déférer l'ensemble du contentieux administratif aux tribunaux ordinaires, ou bien le confier à des tribunaux spéciaux, ou bien enfin l'abandonner aux agents de l'administration active ? C'est le second parti qui fut embrassé par le comité de constitution ; il voulait dans chaque département un tribunal administratif organisé de la même manière que les tribunaux judiciaires et recruté comme eux par l'élection « pour juger, dit le rapport du comité, d'après des lois précises et dans des formes déterminées les affaires contentieuses qui peuvent s'élever à l'occasion de l'impôt et relativement à l'administration ». Cette proposition intermédiaire entre les deux partis extrêmes fut combattue et repoussée par ce motif qu'elle couvrirait la France de juges.

Un député du Dauphiné, Chabroud, défendit en termes convaincus et ardents le parti qui consistait à donner aux tribunaux ordinaires la connaissance de tous les litiges. Ce fut le parti diamétralement opposé, défendu par Pezons, député du Tarn, qui eut les faveurs de l'Assemblée : le contentieux administratif fut abandonné à la discrétion de l'administration elle-même. Certes, le principe était déplorable, et il contenait en lui-même le germe de bien mauvais fruits ; néanmoins la solution donnée par l'Assemblée Constituante peut se justifier, si l'on considère que d'une part les hommes de 1789 avaient une méfiance légitime à l'égard des corps judiciaires, et que d'autre part les administrations collectives de l'époque révolutionnaire composées de fonctionnaires recrutés comme les juges par l'élection présentaient à peu près les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité que les tribunaux eux-mêmes (1).

Mais le Consulat et le premier Empire donnèrent à la juridiction administrative les caractères généraux qu'elle possède encore de nos jours. Cependant la juridiction administrative a subi au cours de ce siècle des fortunes diverses : placée sous les deux Empires dans le sein même de la constitution, soumise au contraire sous les Chartes au régime des ordonnances, elle se trouve aujourd'hui comme sous la République de 1848 dans le domaine de la loi.

La première attaque contre la juridiction administra-

1. Poitou, *l. c.*, n. 21, pp. 34 à 37. Odilon Barrot, *l. c.*, n. 2, pp. 44 à 46.

tive, émanée des pouvoirs publics, se place au milieu de l'époque où cette juridiction était soumise au régime des ordonnances, et à la suite des vigoureuses attaques dirigées contre elle par les publicistes et par les jurisconsultes de la Restauration : une ordonnance royale du 20 août 1830, contresignée par M. de Broglie, alors ministre de l'Instruction publique et des Cultes institua une commission chargée de préparer un projet de loi sur la réforme dans l'organisation et les attributions du Conseil d'Etat. Les études de cette époque n'aboutirent que lors de la loi du 19 juillet 1845, et n'eurent qu'un effet, faire passer la juridiction administrative du régime des ordonnances sous le régime des lois (1). Il semble donc que l'existence de cette juridiction un moment compromise, allait trouver un nouvel appui dans une organisation légale, et n'allait plus être mise en question.

Cependant lors de la discussion de la loi du 3 mars 1849 sur le Conseil d'Etat, la séance de l'Assemblée Nationale du 23 janvier 1849 vit proposer et appuyer de quelques voix un amendement qui tendait à la suppression pure et simple des tribunaux administratifs, et à la translation de leurs attributions aux tribunaux judiciaires (2).

La discussion de la loi de 1865 sur les Conseils de préfecture donna lieu à un fait analogue : dans la séance de la Chambre des Députés du 23 mai 1865,

1 Aucoc, *l. c.*, n. 1, tome 1, pp. 340 à 346.

2. *Moniteur* du 24 janvier 1849.

M. Belhmont reprit, encore une fois sans succès la proposition de suppression de la juridiction administrative (1).

C'est à la suite des événements de 1870 que l'existence de cette juridiction allait être le plus gravement compromise : dans la séance de l'Assemblée Nationale du 29 avril 1871, M. Raudot proposa la suppression des Conseils de préfecture (2); mais déjà auparavant le gouvernement de la Défense Nationale avait rendu un décret en date du 18 septembre 1870, instituant une commission chargée d'examiner la question de la suppression des tribunaux administratifs; les membres de cette commission se prononcèrent à l'unanimité en faveur de cette suppression; dans le projet de loi de cette commission (3); le contentieux administratif se trouvait réparti entre le pouvoir judiciaire, les Conseils locaux et les agents de l'Administration active; mais les rapports présentés à l'Assemblée Nationale par M. Lefèvre Pontalis dans la séance du 14 juin 1872 au nom de la commission de décentralisation (4), et par M. de Marcère dans la séance du 3 décembre 1872 au nom de la commission des services administratifs (5), ne furent pas adoptées en discussion publique, et la juridiction administrative fut conservée.

1. *Moniteur* du 24 mai 1865.

2. *Journal Officiel*, 24, 27 et 29 mai 1871.

3. Cf. le texte de ce projet dans Dubois, *l. c.*, n. 11, pp. 51 à 53.

4. *Journal Officiel*, 22 et 23 juin 1872.

5. *Journal Officiel*, 22 et 28 décembre 1872.

II

ATTAQUES ÉMANÉES DES PUBLICISTES ET DES
JURISCONSULTES

Déjà au xvi^e siècle, Jean Bodin intitulait l'un des chapitres de sa République : « S'il est expédient que le prince juge les sujets et qu'il se communique souvent à eux », et il développait hardiment l'idée que « le prince ne doit pas être juge et partie où il y va de son intérêt » (1).

Au xviii^e siècle, Montesquieu disait dans l'Esprit des Lois : « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur » (2). Voilà les plaintes voilées qui se faisaient déjà entendre sous l'absolutisme de notre ancien régime.

Au sortir de la Révolution, l'Empire qui réorganisa la juridiction administrative sur le modèle des institutions de l'ancienne monarchie, sut imposer silence à toutes les critiques ; seul, Benjamin-Constant fut assez hardi pour s'écrier dans son discours sur les tribunaux spéciaux, prononcé dans la séance du Tribunal du 5 plu-

1. Bodin. *République*, livre 4, ch. 6.

2. Montesquieu. *Esprit des Lois*, livre 11, ch. 6.

viôse an IX : « Tribuns, ouvrez, je ne dirai pas seulement les cahiers des Etats-Généraux de 1789, mais toutes les doléances présentées par les assemblées précédentes, à chaque époque où elles ont pu faire entendre leur faible voix : Vous y verrez que la nation entière a toujours réclamé contre la création de tribunaux différents des tribunaux ordinaires. Cette opinion s'est manifestée sans cesse avec une force toujours renaissante, que le despotisme a pu comprimer, mais jamais réduire au silence. C'est l'opinion la plus nationale qui ait existé parmi les Français » (1).

Aussitôt après la chute de Napoléon, la juridiction eut à subir des attaques énergiques que les plus grands d'entre les publicistes et les jurisconsultes devaient répéter jusqu'à la fin de la Restauration. Dès 1819, Daunou disait : « L'une des idées dont s'avisent quelquefois les gouvernants est de donner des attributions judiciaires à un Conseil d'Etat, que la loi fondamentale ne reconnaît point, qui peut bien exister dans une monarchie absolue, mais qui n'a point de place dans un véritable système représentatif parce que, n'étant ni responsable ni indépendant, remplissant à la fois et confondant des fonctions de toute espèce, législatives, ministérielles, administratives, et enfin judiciaires, il est réellement indéfinissable, et incompatible par sa nature avec une constitution proprement dite, comme il l'est par la dépense inutile qu'il entraîne et qu'il provoque avec toute sage économie. Quand ce Conseil est employé comme tribunal,

1. Benjamin-Constant, *l. c.*, n. 6, tome 1, p. 325.

c'est le gouvernement qui juge, et le plus souvent dans sa propre cause » (1). Ainsi la juridiction administrative était attaquée comme une institution injuste et inconstitutionnelle : ce dernier reproche était tiré par l'auteur de ce fait que cette juridiction à son époque et à la différence de l'état de choses existant sous l'Empire, ne figurait plus dans la constitution, et était soumise simplement au régime des ordonnances royales. Le même reproche fut repris, mais pour un autre motif : les articles 57 et 58 de la Charte de 1814 disaient que les juges nommés par le roi étaient inamovibles ; en 1828 Duvergier de Hauranne accusait le Conseil d'Etat, tribunal administratif et amovible, d'être une institution inconstitutionnelle ; il s'élevait aussi contre l'extension de plus en plus considérable des attributions de la juridiction administrative, et il proposait sa suppression (2). Bavoux dans son *Traité des Conflits* (3), s'élevait énergiquement contre les empiètements de l'administration sur la justice, et dans un article publié dans la *Revue Française* de 1828 (4), M. le duc de Broglie réclamait la suppression des tribunaux administratifs, dont il entendait répartir les attributions entre les tribunaux ordinaires et les agents de l'administration active, en s'appuyant sur la distinction fondamentale des actes de la personne morale et des actes de la puissance

1. Daunou, *l. c.*, n. 8, p. 166.

2. Duvergier de Hauranne, *l. c.*, n. 12, tome 1, pp. 137 à 139, 281 à 286, 290 à 293.

3. Bavoux, *l. c.*, n. 3.

4. De Broglie, *l. c.*, n. 4.

publique, et en même temps sur la distinction du recours contentieux et du recours gracieux.

A côté de ce grand courant d'idées, s'en dessina un autre : les attaques et les critiques ne furent ni moins vigoureuses ni moins acérées que dans l'opinion précédente, mais le résultat proposé fut infiniment plus modéré ; au lieu d'une suppression, on se contentait d'une transformation qui sans faire de la juridiction administrative une juridiction dépendante du pouvoir judiciaire, en eût cependant fait une juridiction indépendante du gouvernement. C'est ainsi qu'en 1827, Henrion de Pansey se plaignit amèrement de l'extension successive que les lois du Consulat et de l'Empire avaient apportée aux attributions des tribunaux administratifs ; il montra les « invasions du pouvoir administratif dans le domaine de l'autorité judiciaire », et il demanda que le Conseil d'Etat tribunal administratif fût maintenu, mais réduit « à ses attributions naturelles » (1). L'année suivante, Marcarel, tout en restant dans cette même voie, y pénétra plus avant, en s'attaquant surtout à l'organisation des tribunaux administratifs (2) : reprochant à l'administration d'être à la fois juge et partie, il proposa la suppression de la juridiction des ministres, et la création de véritables tribunaux administratifs dominés par une Cour de justice administrative séparée, comme eux du reste, des Conseils d'administration et

1. Henrion de Pansey, *l. c.*, n. 1, tome 1, pp. 340, 350, 374 à 378.

2. Marcarel, *l. c.*, n. 18, pp. 54 à 64, 148, 481 à 525.

comme eux aussi jouissant du bénéfice de l'inamovibilité et de l'indépendance au même titre que les tribunaux judiciaires ; en cela d'ailleurs Macarel ne faisait que reprendre une proposition déjà faite en 1818 par M. de Cormenin (1).

Ces deux opinions identiques dans leurs moyens, très différentes dans leur résultat, ont persisté jusqu'à nos jours : les uns comme MM. Glasson (2), Gauthier (3), Poitou (4), Droz (5), Dramard (6), Fuzier-Herman (7), Bugnottet et Noirpoudre de Sauvigny (8), Jousserandot (9), Odilon Barrot (10), etc., se prononcent en faveur de la suppression radicale de la juridiction administrative et de la translation pure et simple de ses attributions aux tribunaux ordinaires en tant du moins qu'il s'agit d'un recours contentieux ; les autres, comme MM. Milcent (11), Tissot (12), Dubois (13), Picot (14), etc., proposent des

1. De Cormenin, *l. c.*, n. 7.

2. Glasson, *l. c.*, n. 15, tome 2, pp. 448 à 451.

3. Gauthier, *l. c.*, n. 14, pp. 211 à 215.

4. Poitou, *l. c.*, n. 21, pp. 296 à 324.

5. Droz, *l. c.*, n. 10.

6. Dramard, *l. c.*, n. 9.

7. Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 13, pp. 442 à 488.

8. Bugnottet et Noirpoudre de Sauvigny, *l. c.*, n. 5, tome 2, pp. 85 et 242.

9. Jousserandot, *l. c.*, n. 17, p. 177.

10. Odilon Barrot, *l. c.*, n. 2, pp. 87 à 92.

11. Milcent, *l. c.*, n. 19.

12. Tissot, *l. c.*, n. 22, tome 1, pp. 102 et 103.

13. Dubois, *l. c.*, n. 11, pp. 49 à 55.

14. Picot, *l. c.*, n. 20, pp. 222 à 228.

modifications plus ou moins accentuées dans les attributions aussi bien que dans l'organisation de la juridiction administrative ; en un mot, tout en la conservant, ils veulent sa transformation.

Mais en face de ces deux doctrines, unies entre elles par une idée commune à leur point de départ, en désaccord au contraire à leur point d'arrivée, s'en dresse une autre qui leur est complètement opposée à toutes deux, et qui jusqu'ici a été la plus forte : celle du maintien pur et simple, qui n'entend admettre aucune réforme, ou du moins n'apporter que des modifications très légères à l'état de choses actuel ; défendue à toutes les époques avec ardeur et avec talent, cette opinion compte aujourd'hui encore pour ses partisans les plus convaincus les auteurs les plus distingués du droit administratif ; elle prétend se justifier par des raisons tirées de principes théoriques, en même temps que par des motifs basés sur des considérations pratiques de convenance et d'opportunité.

CHAPITRE II

RAISONS THÉORIQUES INVOQUÉES DE PART ET D'AUTRE : EXISTENCE OU NON-EXISTENCE DU POUVOIR JUDICIAIRE?

I. Exposé de la question ; son importance. — II. Etude de la question : 1. Le pouvoir judiciaire envisagé d'après la raison et la nature des choses. 2. Le pouvoir judiciaire dans l'histoire. 3. Le pouvoir judiciaire dans notre droit constitutionnel. — III. Conséquences, appréciations théoriques.

BIBLIOGRAPHIE

1. Aucoc. Conférences sur le droit administratif. Paris, 1869, 2 vol.
2. Barckhausen. Un paragraphe de l'Esprit des lois. Revue critique, tome 49, 1882, pp. 490 à 494.
3. De Broglie. De la juridiction administrative. Revue française, novembre 1828, pp. 60 et suiv.
4. Dareste. La justice administrative en France. Paris, 1862.
5. Dramard. La séparation des pouvoirs et la juridiction administrative. Revue pratique, tome 35, 1873, pp. 433 à 475.
6. Dubois. Le contentieux administratif en Italie. Paris, 1873.
7. Ducrocq. Cours de droit administratif. Paris, 1881, 2 vol.
8. Foucart. De la nature de l'autorité judiciaire. Revue de législation et de jurisprudence, tome 23, 1845, pp. 433 à 450.
9. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.

10. Gauthier. Précis des matières administratives. Paris, 1879.
11. Poitou. La liberté civile et le pouvoir administratif en France. Paris, 1869.
12. Quentin-Bauchart. Étude sur la juridiction administrative. Revue critique, tome 37, 1870, pp. 130 à 170.
13. Rossi. Cours de droit constitutionnel. Paris, 1866-1867 4 vol.
14. Saint-Girons. Essai sur la séparation des pouvoirs. Paris, 1881.
15. Testoud. Essai sur la séparation des pouvoirs, par Saint-Girons, compte-rendu. Revue critique, tome 48, 1881, pp. 528 à 543.
16. De Tocqueville. L'ancien régime et la Révolution. Œuvres complètes. Paris, 1861-1876, 9 vol.

I

EXPOSÉ DE LA QUESTION, SON IMPORTANCE.

La lutte entre la théorie des trois pouvoirs et la théorie des deux pouvoirs est généralement considérée comme une pure discussion d'école, tout à fait vaine et dénuée de tout intérêt pratique. Il y a dans cette manière de voir une erreur profonde.

Le pouvoir judiciaire existe-t-il comme tel, à titre de troisième pouvoir constitué dans l'Etat à côté des pouvoirs législatif et exécutif, ou bien n'est-il au contraire qu'une branche du pouvoir exécutif, de telle sorte qu'il n'y aurait dans l'Etat que deux pouvoirs, le législatif et l'exécutif, et que ce dernier comprendrait à la fois, le gouvernement, l'administration et la justice? La solution de cette question

nous semble présenter une importance capitale: suivant que l'on décide dans un sens ou dans l'autre, l'institution de la juridiction administrative se trouve condamnée ou au contraire justifiée théoriquement. En effet, si le pouvoir judiciaire existe comme tel, il faut reconnaître sa compétence exclusive à l'égard de tous les litiges de quelque nature qu'ils soient. Dans cette conception la juridiction administrative se présente comme une institution contraire au principe fondamental de la séparation des pouvoirs, car cette juridiction fait encore à l'heure actuelle partie intégrante de l'administration parce qu'elle est uniquement composée de fonctionnaires soumis à la discrétion du pouvoir exécutif, si bien que l'on peut avec justesse diviser l'administration en administration active, délibérante et juridictionnelle ; tout au contraire si l'on pense que le pouvoir judiciaire n'existe pas à titre de pouvoir véritable et qu'il n'est qu'une branche du pouvoir exécutif, il semble que, tout au moins en théorie, celui-ci soit libre de répartir et d'organiser à sa guise l'administration de la justice ; et comme il n'y a dans l'Etat que deux pouvoirs constitués, le législatif et l'exécutif, la juridiction administrative cesse d'apparaître comme une institution opposée au principe de la séparation des pouvoirs qui est d'ordre constitutionnel.

Il est à coup sûr curieux de remarquer que la théorie des deux pouvoirs a été admise par presque tous les auteurs du droit administratif: seuls deux d'entre eux ont reconnu l'existence du pouvoir judiciaire, l'un (1) est un adversaire déclaré de la juridiction

1. Gauthier, *l. c.*, n. 10, pp. 77 et 78, 212 et 213.

administrative ; l'autre est un de ses partisans les plus sincèrement convaincus, mais il reconnaît franchement qu'elle est impossible à défendre sur le terrain des principes théoriques, et il cherche sa justification dans des considérations d'ordre pratique (1) ; à part cette double exception, tous les autres repoussent plus ou moins la théorie des trois pouvoirs (2) ; en sens diamétralement inverse, et sauf l'exception isolée dans un seul auteur (3), tous les jurisconsultes qui ont écrit sur le droit constitutionnel, et à leur tête le grand Rossi (4), adoptent sans restriction la théorie des trois pouvoirs. Ne doit-on voir dans la doctrine adverse qu'une opinion systématique, imaginée par les auteurs du droit administratif avec le parti pris de vouloir justifier à toutes forces, l'institution de la juridiction administrative au point de vue théorique ou bien au contraire n'est-il pas vrai, comme le disent ces auteurs, que l'existence du pouvoir judiciaire est opposée à la nature même des choses, à la raison, à la vérité historique, enfin à notre droit constitutionnel ?

1. Dareste, *l. c.*, n. 4, p. 203 et 685.

2. Cf. Foucart, *l. c.*, n. 8, et Ducrocq, *l. c.*, n. 7, tome 1, nn. 34 et 35, les deux partisans les plus absolus de la théorie des deux pouvoirs.

3. Saint-Girons, *l. c.*, n. 14.

4. Rossi, *l. c.*, n. 13, tome 4, pp. 240, 241, 345 à 348.

II

ÉTUDE DE LA QUESTION.

§ 1. — *Le pouvoir judiciaire, envisagé d'après la raison et la nature des choses.*

L'un des partisans de la théorie des deux pouvoirs a dit : « De même que la pensée et l'action résument toutes les conditions d'existence des personnes naturelles, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif résument toutes les conditions d'existence des personnes morales. On peut subdiviser la puissance exécutrice en autant de parties qu'il y a d'objets auxquels elle s'applique ; il n'y aura toujours qu'une puissance exécutrice, comprenant dans son unité toutes les parties entre lesquelles elle aura été fractionnée » (1) ; un autre, et non des moins éminents (2), a exprimé la même idée sous cette forme, plus saisissante : « L'esprit ne peut concevoir que deux puissances, celle qui crée la loi, et celle qui l'a fait exécuter ; de sorte qu'il n'y a pas de place pour une troisième puissance à côté des deux premières. » Malgré la grande autorité qui s'attache au nom de ces jurisconsultes, cette façon d'envisager les choses nous paraît absolument inexacte et bizarre.

Partant de la même idée que ces auteurs, tout en

1. Foucart, *l. c.*, n. 8, p. 439.

2. Ducrocq, *l. c.*, n. 7, tome 1, n. 34, p. 27.

s'élevant un peu plus vers la source de la souveraineté, ne peut-on pas dire comme eux : de même que la pensée et l'action résident dans un être humain, considéré isolément, de même le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif doivent résider dans un seul organe ; on peut subdiviser le pouvoir social en autant de parties qu'il y a d'objets auxquels il s'applique ; il n'y aura toujours qu'un pouvoir social comprenant dans son unité toutes les parties entre lesquelles il aura été fractionné ; l'esprit ne peut concevoir que le pouvoir social un et indivisible, de sorte qu'il n'y a de place pour aucun autre pouvoir ? Avec un pareil raisonnement on aboutit nécessairement à la confusion de tous les pouvoirs ; et pourtant c'est la conséquence logique de l'unité et de l'indivisibilité du pouvoir social.

Ainsi toute division du pouvoir social est contraire à la logique pure, et cependant tout le monde aujourd'hui s'accorde au moins à diviser ce pouvoir en législatif et exécutif ; pour quel motif porter cette atteinte irrémédiable à la logique ? C'est pour la plus grande garantie de l'individu, qui doit être mis à l'abri du despotisme : mais dès le moment que l'on entre dans cette voie des divisions d'un pouvoir qui par sa nature est indivisible, n'est-on pas libre d'en établir de nouvelles du moment qu'elles apportent un nouvel obstacle au régime de l'arbitraire ? Ainsi il n'est ni plus ni moins logique de fractionner le pouvoir social en trois parties qu'en deux, mais cela est plus raisonnable, parce que de cette façon l'individu et par suite la société se trouvent mieux sauvegardés contre la violation du droit.

L'on objecte, il est vrai, qu'en toutes choses il faut savoir s'arrêter, qu'on ne saurait sans danger pour la marche régulière des institutions reconnaître l'existence d'une infinité de pouvoirs constitués, qu'il ne faut séparer que les fonctions qui par leur nature sont essentiellement différentes, et que la fonction de juger rentre dans celle qui consiste à exécuter la loi. C'est une nouvelle façon de présenter la même idée sous une autre forme ; elle ne nous semble pas plus exacte que la précédente : la preuve que les défenseurs de la théorie des deux pouvoirs reconnaissent eux-mêmes que la fonction de juger est essentiellement différente de la fonction d'exécuter, c'est qu'ils distinguent dans le pouvoir exécutif trois branches diverses, le gouvernement, l'administration et la justice, et c'est que au moins en ce qui touche la justice ordinaire ils la confient à des magistrats et non à des administrateurs ; bien plus en ce qui concerne l'administration et la juridiction administrative elle-même, ils sont forcés de distinguer l'administration juridictionnelle de l'administration active et de l'administration délibérante.

La fonction judiciaire est donc bien essentiellement différente de la fonction exécutive : tandis que celle-ci jouissant de l'initiative veille à l'accomplissement des services publics indépendamment de toute contestation, celle-là n'intervient jamais de son propre mouvement, et son unique mission consiste à trancher les procès pendants.

Dès lors ce que la doctrine des deux pouvoirs ne con-

sidère que comme une fonction, la doctrine opposée le considère à juste titre comme un pouvoir, parce que cette conception est la plus libérale.

§ 2. — *Le pouvoir judiciaire dans l'histoire.*

Jusqu'à la fin de l'ancien régime, le pouvoir judiciaire malgré ses aspirations de haute indépendance et même d'usurpations, resta soumis au contrôle de cassation du Conseil du roi. Cependant au XVIII^e siècle, Montesquieu dans l'Esprit des lois, livre 9, chapitre 6, semble avoir le premier posé le principe rationnel de la séparation entre les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire ; il s'exprime en effet de la manière suivante : « Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil » ; par ces termes Montesquieu entend désigner le pouvoir judiciaire ; à nos yeux cela ne fait aucun doute, car l'auteur s'exprime à cet égard d'une façon très explicite et très claire dans un autre passage, où il dit : « Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. »

Voilà qui semble sans réplique possible ; pourtant

les partisans de la théorie des deux pouvoirs ont prétendu que Montesquieu ne reconnaissait que l'existence du pouvoir législatif et exécutif, non celle du pouvoir judiciaire (1). Ils invoquent principalement deux passages, l'un qui dit : « La puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient pour ainsi dire invisible et nulle », et l'autre d'après lequel : « Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle ; il n'en reste que deux... »

Avant tout, il importe de remarquer en quels termes timides le grand publiciste s'est exprimé : la puissance de juger est *pour ainsi dire, en quelque façon nulle* ; comment expliquer une pareille indécision ? C'est que dans ces passages Montesquieu visait l'institution du jury et surtout du jury criminel qui fonctionnait en Angleterre et qui était encore inconnu en France ; pour s'en convaincre, il suffit de lire en entier le premier des passages invoqués par la théorie des deux pouvoirs ; il est ainsi conçu : « La puissance de juger ne doit pas être donnée à un Sénat permanent, mais exercée par des personnes, tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à

1. Foucart, *l. c.*, n. 8, p. 439. Barckhausen, *l. c.*, n. 2, pp. 490 à 494. Ducrocq, *l. c.*, n. 7, tome 1, n. 34, pp. 27 et 28.

une certaine profession, devient pour ainsi dire invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux, et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats. Il faut même que dans les grandes accusations le criminel, concurremment avec la loi, se choisisse des juges, ou du moins qu'il en puisse récuser un si grand nombre que ceux qui restent, soient censés être de son choix ». Ainsi la phrase que l'on invoque contre la théorie des trois pouvoirs ne doit pas être isolée de celle qui la précède et de celle qui la suit : celles-ci prouvent amplement que Montesquieu songeait au jury, et surtout au jury criminel ; dès lors le passage invoqué n'est nullement probant en faveur de la théorie des deux pouvoirs ; les paroles de Montesquieu s'expliquent très bien, et ne sont pas du tout en contradiction avec les passages si nets que nous avons cités, et dans lesquels l'auteur de l'Esprit des Lois admet très clairement l'existence de trois pouvoirs (1).

Quoi qu'il en soit et quelque opinion que l'on se fasse à l'heure actuelle de la théorie de Montesquieu, il est certain que c'est dans le sens des trois pouvoirs qu'elle a été entendue par les Constituants de 1789 : nous avons vu en effet que les constitutions de la période révolutionnaire ont toutes expressément consacré le principe de la séparation des pouvoirs et l'existence du pouvoir judiciaire ; les partisans de la doctrine des deux pouvoirs sont bien forcés eux-mêmes de s'incliner devant ce fait et de le reconnaître, mais alors il est permis de se demander

1. Cf. Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 9, p. 179, note 1.

ce que devient leur affirmation d'après laquelle la nature des choses met obstacle à ce que l'esprit puisse concevoir le pouvoir judiciaire distinct des deux autres ? L'esprit du législateur intermédiaire ne s'était pas refusé à cette conception ; l'affirmation est donc pour le moins trop générale.

Nous avons vu aussi que toutes les constitutions postérieures qui ont régi la France avaient reproduit d'une manière plus ou moins formelle la même théorie ; mais c'est ici que l'on prétend nous arrêter en nous opposant la maxime constitutionnelle : « Toute justice émane du roi » qui figurait dans les deux Chartes ; c'est là, dit-on, la preuve que dans un régime constitutionnel tel que celui qui se trouvait consacré par la Charte de 1814 et par celle de 1830, le pouvoir judiciaire n'était qu'une branche du pouvoir exécutif ; mais il nous semble que c'est méconnaître le sens et la portée véritable de cette maxime ; la Restauration, comme son nom même l'indique, devait être animée d'une double tendance, rétablir dans la mesure du possible les institutions de l'ancien régime, supprimer dans la même mesure les institutions de la Révolution, dès lors il est tout naturel que les rédacteurs de la Charte de 1814 y aient inséré une formule née sous l'ancienne monarchie ; cette formule avant 1789 signifiait simplement que la justice royale l'emportait sur les justices seigneuriales ecclésiastiques et municipales. Dans la Charte, elle signifie uniquement que les juges ne relèvent plus de l'élection populaire comme sous la Révolution, mais qu'ils sont nommés par le roi.

§ 3. — *Le pouvoir judiciaire dans notre droit constitutionnel.*

Reconnu par toutes les constitutions qui se sont succédé chez nous au cours du xix^e siècle, le pouvoir judiciaire existe encore de nos jours distinct des deux autres. La preuve résulte de ce fait que les conditions d'indépendance de ce pouvoir se trouvent très fortement organisées, et que l'indépendance ne peut se comprendre qu'entre pouvoirs distincts. La première cause de cette indépendance est l'immovibilité des magistrats qui jugent les procès ; c'est même là en général le seul motif allégué en faveur de la théorie des trois pouvoirs.

Mais à notre avis l'indépendance du pouvoir judiciaire réside dans une autre cause : l'existence d'une Cour supérieure unique qui le représente, et qui domine tous les autres tribunaux judiciaires. Seule, elle a le pouvoir de décider souverainement les questions de droit, les autres tribunaux n'ayant un droit exclusif de juger qu'en ce qui touche le fait ; c'est donc à la Cour de Cassation que revient la mission de veiller à la saine interprétation des lois et au maintien de l'unité de la jurisprudence ; cette haute juridiction s'acquitte de cette tâche avec une parfaite impartialité ; libre de tout lien de sujétion envers un pouvoir quelconque, elle a montré en maintes circonstances graves et même périlleuses de quelle façon elle comprenait son devoir. Cet élément vraiment vital du pouvoir judiciaire, l'existence

d'une Cour qui est à sa tête et qui le représente, nous semble constituer l'argument de beaucoup le plus fort en vue de démontrer l'existence de ce pouvoir : jamais personne ne s'est élevé contre la valeur de cet argument.

Il en est tout autrement de celui que l'on tire de l'immovibilité des juges. C'est ici que les partisans de la théorie des deux pouvoirs sont les plus nombreux ; et tel qui reconnaît le pouvoir judiciaire comme possible d'après les principes de la raison, enseigne cependant qu'il n'existe pas dans le droit constitutionnel qui nous régit (1). Avant tout ces auteurs prétendent qu'il n'y a aucun argument à tirer de l'immovibilité des juges en faveur de l'existence du pouvoir judiciaire : car, dit-on, ce n'est pas l'immovibilité qui constitue l'indépendance, c'est seulement l'honnêteté du juge ; un auteur va même plus loin ; pour lui, l'immovibilité des juges ordinaires est « un éclatant bienfait », mais elle est complètement inutile en ce qui touche les juges administratifs, parce qu'« il faut avoir une meilleure opinion de l'humanité et faire une plus large part aux qualités morales » (2) ; à l'entendre, il semble donc que ces dernières ne puissent se rencontrer que chez les juges administratifs, et qu'au contraire, comme elles font toujours défaut chez les juges ordinaires, il faut à leur égard y suppléer par l'immovibilité ; en outre, ajoute-t-on, si l'immovibilité constituait un élément du pouvoir judiciaire, on devrait d'une part

1. Aucoc, *l. c.*, n. 1, tome 1, pp. 12, 46, 68, 270 et 271.

2. Quentin, Bauchart, *l. c.*, n. 12, pp. 146 et 147.

exclure de ce pouvoir les magistrats qui ne jouissent pas de cette garantie d'indépendance, et l'on entend par là les membres du ministère public et les juges de paix, et d'autre part, au contraire, y faire rentrer un tribunal administratif qui est inamovible, la Cour des Comptes (1).

Nous répondrons tout d'abord que ces prétendues conséquences ne découlent aucunement du principe : en ce qui touche la Cour des Comptes malgré son inamovibilité, elle reste un tribunal administratif, mais pour quel motif ? C'est parce que, participant de l'un des caractères du pouvoir judiciaire, elle repousse au contraire le second : bien qu'étant inamovible, elle est soumise au contrôle souverain de cassation du Conseil d'État ; si la Cour des Comptes inamovible était en même temps subordonnée au contrôle de la Cour de Cassation, elle serait vraiment un tribunal judiciaire spécial ; nous avons vu qu'il en est ainsi en Belgique ; d'autres pays, comme la Hollande, la Grèce, la Roumanie, le Danemark, ont adopté ce système. D'un autre côté, le défaut d'inamovibilité des membres du ministère public et des juges de paix, est-il impossible à justifier ? En ce qui concerne les membres du ministère public, la justification nous paraît très simple ; il est très vrai de dire que ce ne sont pas des membres du pouvoir judiciaire, ce sont des représentants du pouvoir exécutif au sein de ce pouvoir judiciaire, de la même façon que les ministres sont les représentants du pouvoir exécutif au sein du pouvoir législatif ; le ministère public

1. Ducrocq, *l. c.*, n. 7, tome 1, n. 35 pp. 28 et 29.

n'est-il pas dans le tribunal pour l'éclairer, comme les ministres sont dans les Chambres pour les diriger? Il semble, au contraire, que la situation des juges de paix qui sont de véritables juges constitue une anomalie; c'est ce qu'ont pensé beaucoup de bons esprits qui ne cessent de réclamer leur inamovibilité; néanmoins, nous pensons que l'amovibilité de ces magistrats peut être justifiée facilement; c'est qu'en effet, ils sont chargés de statuer sur des procès d'importance minime; or, en vertu de l'article 45 de la loi du 25 mai 1838, leurs jugements ne sont susceptibles du recours en cassation que pour excès de pouvoirs, mais non pour violation de la loi, ou pour erreur dans son application; excellente disposition! la compétence du juge de paix en général n'excède pas deux cents francs, et le moindre recours en cassation en coûte six cents! chez nous le juge de paix est donc le seul magistrat qui puisse juger en équité, sans juger en droit; s'il était inamovible, il serait par là-même omnipotent, puisqu'il échapperait à tout contrôle supérieur; abusant du pouvoir qu'il a de juger en équité, il pourrait s'en servir pour opprimer; le principe de l'amovibilité constitue au contraire pour lui une crainte salutaire qui le convie à respecter la loi; ainsi dans ce cas particulier, l'amovibilité tend exceptionnellement au même but que l'inamovibilité en général, à l'impartialité du juge; c'est donc une exception qui confirme la règle, puisque l'une et l'autre sont basées sur la même raison.

A la vérité on objecte que l'inamovibilité ne sert de rien, si l'honnêteté fait défaut; il n'y a là qu'une part

de vérité : « Sans doute, l'indépendance ne résulte ni exclusivement ni nécessairement de l'inamovibilité. Elle a sa source plus haut, dans le caractère et la dignité de l'homme. Mais l'inamovibilité est une précieuse garantie, qu'il importe d'ajouter aux autres. Les caractères les plus fortement trempés ne perdront rien à en jouir, et les autres pourront y gagner quelque chose. Sans l'inamovibilité, l'indépendance du juge peut exister, mais elle est en suspicion » (1). Voilà la vérité; l'inamovibilité n'est pas tout, mais elle est quelque chose. D'ailleurs les partisans de la théorie des deux pouvoirs sont eux-mêmes forcés de reconnaître que l'inamovibilité est l'une des causes de l'indépendance du magistrat; en effet, ce sont ces mêmes auteurs qui se déclarent partisans du maintien de la juridiction administrative, et la raison principale pour laquelle ils se refusent à donner la compétence des litiges administratifs aux tribunaux ordinaires, c'est que ces derniers sont trop indépendants, étant inamovibles, et qu'ils pourraient par conséquent entraver la marche de l'administration.

Ainsi le pouvoir judiciaire est indépendant grâce à l'inamovibilité, grâce aussi au contrôle supérieur d'une Cour unique; étant indépendant, il existe à titre de pouvoir constitué à côté des deux autres.

Toutefois la théorie des deux pouvoirs prétend invoquer en sa faveur certains arguments. L'un de ceux qu'elle considère comme les plus importants est tiré du mode de recrutement des juges : s'il était vrai, dit-on, que le pouvoir judi-

1. Dubois, *l. c.*, n. 6, p. 55.

ciaire existât comme tel, distinct du pouvoir exécutif, il devrait en être absolument indépendant et dériver uniquement de l'élection populaire ; puisque au contraire les juges sont nommés par le pouvoir exécutif, cela prouve bien que le pouvoir judiciaire n'est pas indépendant et distinct de ce dernier. Cette raison nous paraît d'une faiblesse extrême : avant tout, avec cette manière de voir, quel est donc le pouvoir en ce monde qui pourrait se flatter d'être indépendant ? Les députés et les sénateurs par exemple, jusqu'à ce qu'ils soient élus ne dépendent-ils pas étroitement de leurs électeurs ? Pour juger de l'indépendance d'un pouvoir il faut le considérer après qu'il est constitué ; si l'on envisage l'époque antérieure à la nomination, on risque fort de ne trouver aucun pouvoir qui soit indépendant ; d'ailleurs, cette manière de procéder est tout à fait illogique, puisque le pouvoir n'existe qu'après qu'il a été constitué. Si maintenant l'on examine le recrutement du pouvoir en lui-même, peut-on dire qu'il se trouve constitué par ce seul fait que tel ou tel mode a été employé à l'exclusion d'un autre ; et est-il exact d'affirmer que ce mode ne puisse être que l'élection populaire ? Voici les conséquences qui résulteraient d'un pareil point de vue : d'un côté il faudrait dire que le pouvoir exécutif n'existe pas plus que le pouvoir judiciaire, car pas plus que lui à l'heure actuelle il n'émane de l'élection populaire ; le pouvoir exécutif est nommé par les deux Chambres législatives réunies, le pouvoir judiciaire est nommé par le pouvoir exécutif, il y a là en quelque sorte une gradation ascendante qui a sa racine dans la souveraineté de la

nation (1) : d'un autre côté les partisans de la doctrine des deux pouvoirs devraient reconnaître que le pouvoir judiciaire réside uniquement dans les tribunaux de Commerce et dans les Conseils de prud'hommes, puisque les membres de ces juridictions sont élus ; enfin, si au lieu d'être nommés par le pouvoir exécutif, les juges étaient nommés par le pouvoir législatif, il faudrait aller jusqu'à dire que le pouvoir judiciaire n'est qu'une branche de ce dernier. Voilà autant d'exagérations évidentes qui se présentent pourtant comme des conséquences inévitables du système ; elles suffisent à prouver la fausseté de la base sur laquelle elles reposent. Au surplus, les législations étrangères qui font nommer les juges par le chef du pouvoir exécutif, ne voient cependant pas dans ce fait un obstacle à la reconnaissance expresse du pouvoir judiciaire parfaitement distinct du pouvoir exécutif : témoins la législation Anglaise et la législation fédérale des États-Unis ; dès lors pourquoi en serait-il autrement chez nous ?

La théorie des deux pouvoirs pense trouver d'autres arguments dans la loi elle-même : on invoque d'abord les articles 127, § 1, et 130, § 1 du Code Pénal (2). Ces textes punissent de la même peine, la dégradation civique les juges et les administrateurs coupables de forfaiture pour s'être immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif ; si l'incrimination et la peine sont les mêmes, c'est bien là, dit-on, la preuve que l'on entend apprécier

1. Testoud, *l. c.*, n. 15, pp. 540 et 541.

2. Ducrocq, *l. c.*, n. 7, tome 1, n. 35, p. 29.

et punir de la même façon les empiètements commis par l'une des branches du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif. Mais il n'y a là, nous semble-t-il, qu'une pure question de mots; ne peut-on pas dire que cette assimilation de l'infraction et de la peine est la preuve que l'on entend apprécier et punir de la même façon les empiètements de l'un des deux pouvoirs exécutif ou judiciaire sur le pouvoir législatif? S'il en est ainsi, nous nous trouvons en présence de deux affirmations contraires, également dénuées de preuves; en un mot, ces textes peuvent s'expliquer tout aussi aisément dans la théorie des trois pouvoirs que dans celle des deux pouvoirs; d'un côté comme de l'autre, ils doivent donc être écartés du débat.

Il en est de même de l'argument que l'on veut tirer du droit de faire grâce, et du droit d'accorder la réhabilitation: le droit de grâcier les condamnés appartient au chef de l'État en vertu de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875; c'est là une anomalie qui ne peut trouver sa justification que dans l'histoire et dans des considérations d'humanité, mais non dans la théorie; du reste, le législateur lui-même par la loi du 14 août 1885 est revenu aux principes les plus certains, en attribuant aux Cours d'appel le droit de réhabiliter les condamnés, qui auparavant appartenait comme le droit de grâce au chef de l'État.

Il semblerait que la théorie des deux pouvoirs puisse trouver un appui plus solide dans le silence même des lois constitutionnelles de 1875 à l'égard du pouvoir judi-

diciaire ; la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 « sur les rapports des pouvoirs publics », ne réglemente ces rapports qu'entre les pouvoirs législatif et exécutif ; elle est absolument muette à l'égard du pouvoir judiciaire ; c'est donc pourrait-on dire, que dans notre droit constitutionnel actuel ce dernier n'existe pas. Certes, il est permis de regretter ce silence, et de trouver qu'il y a là une lacune, puisque quelques textes de loi auraient suffi pour éviter toute discussion aux interprètes. Mais on ne saurait, croyons-nous en tirer la preuve de l'inexistence du pouvoir judiciaire : en effet les lois constitutionnelles de 1875 ne forment pas un Code complet de notre constitution et notre droit constitutionnel ne s'y trouve pas tout entier contenu ; indépendamment d'autres textes législatifs qui ont le caractère constitutionnel, il repose quelquefois uniquement sur la tradition ; pour ne prendre qu'un exemple c'est ainsi que le principe de l'annualité du vote de l'impôt par les Chambres législatives peut être regardé comme un principe constitutionnel au premier chef ; à ce titre déjà, on peut dire que le pouvoir judiciaire existe, car telle a été la tradition constante en France depuis 1789 ; c'est ainsi que même sous le second Empire, alors que la constitution de 1852 passait également sous silence le pouvoir judiciaire, le principe de l'inamovibilité, l'un des éléments constitutifs de ce pouvoir, fut cependant considéré comme un principe placé au-dessus de la constitution elle-même sous la sauvegarde du Sénat conservateur. Mais il y a plus et l'existence du pouvoir judiciaire peut être démontrée

directement; elle résulte de textes qui sont encore en vigueur : en effet, pour les uns il est permis de compléter nos lois constitutionnelles de 1875 par toutes les dispositions des constitutions antérieures qui n'ont pas été abrogées et qui ne sont pas incompatibles avec l'esprit général du régime gouvernemental actuel; or, jusqu'en 1852 toutes les constitutions antérieures, et notamment la constitution de 1848 qui a servi de modèle en 1875, ont organisé et proclamé le pouvoir judiciaire distinct des deux autres; d'après les autres, le seul monument législatif qui soit en vigueur et qui puisse servir à compléter nos lois de 1875, est la Déclaration des Droits du 26 août 1789; or, son article 16 est aussi conçu; « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution »; ainsi, quelle que soit celle des deux opinions que l'on adopte, de toutes façons l'on est forcément conduit à reconnaître que l'existence du pouvoir judiciaire et le principe de la séparation des pouvoirs se trouvent encore de nos jours écrits dans la constitution.

III

CONSÉQUENCES; APPRÉCIATIONS THÉORIQUES.

L'institution de la juridiction administrative est donc contraire au principe de la séparation des pouvoirs; car celui-ci signifie d'une part que le juge ne doit pas admi-

nistrer, d'autre part que l'administrateur ne doit pas juger. Si la première de ces deux propositions se trouve respectée en France, il n'en est rien en ce qui concerne la seconde, puisque nos tribunaux administratifs sont composés de fonctionnaires et non de magistrats; il y a là une méconnaissance ou tout au moins une dérogation grave du principe; car il doit s'opposer aux empiétements du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire tout autant qu'aux empiétements du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif.

C'est donc tout à fait à tort que l'on présente la règle de la séparation des ordres de juridiction comme basé sur un principe constitutionnel, et que l'on le confond même dans la pratique courante avec le principe de la séparation des pouvoirs : nous l'avons vu, cette règle n'est écrite dans aucun texte de loi, elle est une pure invention de la doctrine et de la jurisprudence; et loin de constituer la séparation des pouvoirs, elle est au contraire leur confusion la plus grande (1).

Toutefois il faut se garder de retomber dans les mêmes fautes que l'on reproche à ses adversaires : dès lors les partisans de la suppression des tribunaux administratifs devront, eux aussi, faire en sorte de respecter le principe de la séparation des pouvoirs; si les attributions contentieuses des tribunaux administratifs sont transférées aux

1. De Broglie, *l. c.*, n. 3, p. 60 et suiv. De Tocqueville, *l. c.*, n. 16, p. 81. Rapport de M. de Marcère, *Journal Officiel*, 22 décembre 1872. Poitou, *l. c.*, n. 11, pp. 48 à 53. Dramard, *l. c.*, n. 5, pp. 435 à 444. Gauthier, *l. c.*, n. 10, pp. 78 et 213.

tribunaux judiciaires, le juge sous prétexte de juger, ne devra pas administrer ; dès lors le recours pour excès de pouvoirs, qui est purement gracieux de sa nature parce qu'il est basé seulement sur la lésion d'un intérêt, non sur la violation d'un droit, ne pourra pas être compris dans ce transfert général des attributions des tribunaux administratifs aux tribunaux judiciaires ; en outre le juge pourra bien déclarer illégal l'acte administratif qui lui est soumis, mais il sera impuissant à le réformer.

Battue sur le terrain de la théorie, la juridiction administrative ne peut-elle pas trouver sa justification en se retranchant dans le domaine de la pratique ? C'est ce qu'ont pensé un grand nombre de législateurs de pays étrangers, qui tout en proclamant le pouvoir judiciaire distinct du pouvoir exécutif ont cru pourtant nécessaire de faire subir au principe de la séparation des pouvoirs une grave dérogation en instituant des tribunaux administratifs. Telle est aussi l'opinion de l'un des auteurs Français du droit administratif les plus considérables (1) qui, tout en convenant que la juridiction administrative est inléfendable au point de vue des principes, la considère comme une nécessité du domaine pratique. C'est sur ce nouveau terrain que nous allons suivre l'institution.

1. Dareste, *l. c.* n° 4, pp. 203, 204, 685.

CHAPITRE III

RAISONS PRATIQUES INVOQUÉES DE PART ET D'AUTRE.

- I. Doctrine du maintien : α . Arguments fondamentaux. β . Arguments accessoires ou considérés comme tels. — II. Doctrine de la suppression : 1. Vices et contradictions dans l'organisation. 2. Vices et contradictions dans la répartition des attributions. 3. Exemples pratiques. — III. Doctrine de la transformation. — IV. Le système proposé : 1. Domaine d'application de la juridiction administrative. 2. Les divers tribunaux administratifs : α . Organisation. β . Attributions. 3. La responsabilité des fonctionnaires publics. 4. Le conflit d'attributions.

BIBLIOGRAPHIE

1. Anonyme. Recours pour excès de pouvoirs devant le conseil d'État. France judiciaire, tome 2, 1877-1878, p. 354 à 359.
2. Aucoc. Conférences sur le droit administratif. Paris, 1869. 2 vol.
3. Aucoc. Observations sur la question de la juridiction administrative. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, p. 295 à 304, et 306.
4. Aucoc. Note sur la jurisprudence du conseil d'État en matière de recours contre les actes de gouvernement. Revue critique, tome 50, 1883, p. 266 à 271.
5. Barboux. Observations sur la question de la juridiction ad-

- ministrative. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, p. 304 et 305.
6. Odilon Barrot. De l'organisation judiciaire en France. Paris, 1872.
 7. Bernard. De la responsabilité des fonctionnaires sous l'empire du décret du 19 septembre 1870.
Revue critique, tome 43, 1876, p. 515 à 538 ; 590 à 604.
id. tome 44, 1877, p. 12 à 40 ; 441 à 475.
id. tome 45, 1878, p. 41 à 59 ; 91 à 111.
 8. Boullaire. De la liberté individuelle, de l'inviolabilité du domicile, et de la responsabilité des fonctionnaires publics. Paris, 1889.
 9. Benjamin Constant. Cours de politique constitutionnelle. Introd. et notes par Laboulaye. Paris, 1861, 2 vol.
 10. Charles Constant. Les principes du droit public et les décrets du 29 mars 1880. France judiciaire, tome 4, 1879-1880, p. 297 à 305.
 11. de Cormenin. Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction. Paris, 1818.
 12. Dareste. La justice administrative en France. Paris, 1862.
 13. Dramard. De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative. Revue pratique, tome 35, 1873, p. 433 à 475.
 14. Droz. Des tribunaux administratifs. Critiques et réformes. France judiciaire, tome 1, 1877, p. 25 à 33 ; 88 à 95.
 15. Duhois. Le contentieux administratif en Italie. Paris, 1873.
 16. Ducroq. Cours de droit administratif. Paris, 1881, 2 vol.
 17. Duvergier de Hauranne. De l'ordre légal en France et des abus d'autorité. Paris, 1828, 2 vol.
 18. Flourens. Organisation judiciaire et administrative de la France et de la Belgique (1814 à 1875). Paris, 1875.
 19. Foucher. Législation des conflits. Revue de législation et de jurisprudence, tome 1, 1834-1835, p. 15 à 35.
 20. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.

21. Gauthier. Précis des matières administratives. Paris, 1879.
22. Glasson. Eléments de droit français. Paris, 1884, 2 vol.
23. Glasson. De l'incompétence absolue. Revue critique, t. 48, 1881, p. 496 à 519.
24. Glasson. Observations sur le décret du gouvernement de la défense nationale du 19 septembre 1870. Revue critique, tome 40, 1874, p. 380 à 389.
25. Henry Hugues. Les idées de Jérémie Bentham sur l'organisation judiciaire. France judiciaire, tome 4, 1879-1880, p. 209 à 217 ; 308 à 320.
26. Jousserandot. Du pouvoir judiciaire. Paris, 1878.
27. Laferrière. Traité de la juridiction administrative. Paris, 1887-1888, 2 vol.
28. Lyon-Caen et Renault. Précis de droit commercial. Paris 1884-1885, 2 vol.
29. Macarel. Des tribunaux administratifs. Paris, 1828.
30. Malapert. Observations sur la question de la juridiction administrative. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, p. 294 et 295.
31. Marcé. L'institution de la Cour des Comptes en France et dans les principaux Etats étrangers. Bulletin de la société de législation comparée, 1890, p. 195 à 259.
32. Milcent. De la réforme des Conseils de préfecture. Revue critique, tome 38, 1872, p. 301 à 331.
33. Henrion de Pansey. De l'autorité judiciaire en France. Paris, 1827, 2 vol.
34. Picot. La réforme judiciaire en France. Paris, 1881.
35. Poitou. La liberté civile et le pouvoir administratif en France. Paris, 1869.
36. Roger. Revue critique de la législation et de la jurisprudence, tant administrative que judiciaire, sur le droit de propriété. Revue critique, tome 22, 1863, p. 97 à 107 ; 193 à 209.

37. De Tocqueville. L'ancien régime et la Révolution. Œuvres complètes. Paris, 1861-1876, 9 vol.
33. Un magistrat. La liberté individuelle et le droit de propriété devant les actes de gouvernement. France judiciaire, tome 5, 1880-1881, p. 1 à 12.
39. Vivien. Etudes administratives. Paris, 1852, 2 vol.

I

DOCTRINE DU MAINTIEN.

Les partisans de cette doctrine invoquent deux sortes d'arguments, les uns qu'ils regardent comme fondamentaux et absolument décisifs, les autres qu'ils considèrent seulement en général comme accessoires. Ce sont les arguments fondamentaux que nous allons surtout étudier : à cet égard il y a deux façons tout à fait opposées de défendre la juridiction administrative ; dans une première conception, l'on entend justifier cette juridiction par la nécessité de protéger l'administration ; dans une seconde, on prétend la justifier par la nécessité de protéger l'individu ; la plupart des auteurs administratifs réunissent à la fois ces deux manières de voir ; cependant quelques-uns (1) se restreignent purement et simplement à la seconde.

a. Arguments fondamentaux.

1. Dareste, *l. c.*, n. 12, p. 685. Aucoc, *l. c.*, n. 2, tome 1, pp. 332 à 334. A. Aucoc, *l. c.*, n. 3, pp. 295 à 304.

1. *Nécessité de protéger l'administration.* — Supprimer les tribunaux administratifs, ce serait, dit-on, mettre l'administration au greffe ; mot renouvelé de l'ancien régime sous lequel on pouvait dire que les Parlements avaient fini par mettre la couronne au greffe. Sans la juridiction administrative l'administration serait entravée, elle deviendrait impossible ; et le juge se transformerait en administrateur, car « l'administration ne cesse pas d'administrer, même lorsqu'elle statue sur les matières contentieuses. La juridiction qu'elle exerce est le complément de l'action administrative » (1). En outre, il est nécessaire que l'autorité administrative soit souveraine dans la sphère des intérêts généraux ; les tribunaux administratifs se justifient par cette idée qu'ils feront prévaloir de préférence l'intérêt public sur l'intérêt privé, tandis que les tribunaux judiciaires seraient naturellement portés à sacrifier l'intérêt général au profit de l'intérêt privé. « Dans les affaires administratives, l'intérêt public réclame certaines facilités, certains tempéraments, qui sans altérer le droit sont de nature à en modifier l'application » (2). Surtout, ajoute-t-on, que l'individu ne vienne pas se plaindre d'être à son tour sacrifié, car il trouve toujours un recours dans la responsabilité ministérielle. Tels sont les motifs qui sont encore donnés de nos jours en vue de défendre la juridiction administrative.

1. Le président Portalis. Rapport fait à la Chambre des Pairs le 25 janvier 1834 sur le projet de loi concernant le Conseil d'État.

2. Vivien, *l. c.*, n. 39, tome 1, p. 140.

Sur ce terrain, les adversaires de cette institution ont beau jeu : en effet, dans cette conception quelle idée se fait-on donc de la justice ? Un tribunal institué pour donner raison toujours et quand même à l'un des plaideurs n'est pas un tribunal ; la justice par définition doit être la même pour tous, et personne ne doit avoir le droit de se la rendre à soi-même ; or, l'administration est à la fois juge et partie en cause. « La juridiction est le complément de l'action administrative » a dit M. Portalis ; « oui, certes, a-t-on répondu, cela complète l'action administrative. On ne dit pas assez : cela fait de l'administration une véritable autocratie ; car dans le cercle du contentieux cela l'investit de tous les attributs de la tyrannie. Je ne dis pas qu'elle s'en serve ; je dis que le jour où elle voudra s'en servir elle les a dans la main. M. Portalis ne dit que trop vrai. Ce juge administratif devant lequel on me traîne, ce n'est pas de la justice, c'est de l'administration qu'il fait. Devant le Conseil de préfecture, devant le Conseil d'Etat, vous l'avez dit, et c'est ce dont je me plains, je ne serai pas jugé, je serai administré » (1) ; « c'est non seulement absoudre, mais encore proclamer la raison d'Etat » (2). En un mot, s'il est bon que l'administration soit indépendante, il faut aussi se garder d'en faire un pouvoir en dehors et au-dessus des lois ; en soumettant l'administration aux tribu-

1. Poitou, *l. c.*, n. 35, p. 66. Dramard, *l. c.*, n. 13, p. 444.

2. Droz, *l. c.* n. 14, pp. 29 et 30. Dramard, *l. c.*, n. 13, pp. 448 et 449.

naux ordinaires, on se borne à la soumettre aux lois. « On parle des nécessités de l'administration. De deux choses l'une : ou bien ces nécessités sont d'accord avec la loi et la justice, et l'administration n'a rien à craindre de la rigueur des juges ; ou bien elles sont en opposition avec elles, et il n'y a pas de nécessités d'administration qui doivent prévaloir contre la justice et la loi » (1). Si on lui donne pour base le désir de faire échapper l'administration à la loi, la juridiction administrative apparaît non plus seulement comme constituant la confusion des pouvoirs exécutif et judiciaire, mais encore la confusion des pouvoirs exécutif et législatif ; l'une est la conséquence de l'autre ; sous cette double face, l'institution se présente avec tous les caractères d'un instrument du despotisme ; il semble que l'on soit toujours sous l'empire de l'idée émise par un intendant au XVIII^e siècle, et d'après laquelle « le juge ordinaire est soumis à des règles fixes qui l'obligent de réprimer un fait contraire à la loi ; mais le conseil peut toujours déroger aux règles dans un but utile ». Une pareille institution, si elle ne peut être défendue qu'avec de tels moyens, semble irrémédiablement condamnée.

Qu'on ne vienne pas offrir en compensation le recours de la responsabilité ministérielle ! Ce recours est absolument illusoire ; certains partisans de la juridiction administrative eux-mêmes le reconnaissent (2) ; un simple

1. Poitou, *l. c.*, n. 35, p. 69.

2. Laferrière, *l. c.*, n. 27, tome I, p. 207. Aucoc, *l. c.*, n. 3, p. 306.

citoyen en litige avec l'administration demande justice aux tribunaux ; n'est-il pas dérisoire de permettre à ceux-ci de ne pas appliquer la loi, sauf à renvoyer le plaignant à se pourvoir devant les Chambres législatives ? par sa nature même, la responsabilité parlementaire des ministres ne peut s'appliquer qu'aux faits qui ont le caractère politique ; elle est hors de cause à l'égard des faits judiciaires.

Mais l'on objecte que si le juge connaît des litiges administratifs, il va faire acte d'administrateur, le pouvoir exécutif sera subordonné au pouvoir judiciaire ; en un mot, l'administration sera entravée et l'on aboutira à la confusion des pouvoirs. Cette proposition fut-elle vraie, on pourrait à la rigueur y répondre par ce mot profond : « L'intervention de la justice dans l'administration ne nuit qu'aux affaires, tandis que l'intervention de l'administration dans la justice déprave les hommes et tend à les rendre tout à la fois révolutionnaires et serviles » (1). Mais la proposition elle-même est inexacte ; c'est au contraire la juridiction administrative qui constitue, nous l'avons vu, la confusion des pouvoirs puisque l'administrateur se fait juge ; la suppression de cette institution réaliserait donc le principe de la séparation ; il n'y a nullement à craindre que le juge se fasse administrateur ; les partisans de la suppression des tribunaux administratifs en effet n'entendent en aucune façon donner aux tribunaux judiciaires le droit que s'étaient abusivement

1. De Tocqueville, *l. c.*, n. 37, p. 21.

arrogé les Parlements de citer les administrateurs à leur barre pour leur adresser des remontrances et leur tracer une ligne de conduite à suivre à l'avenir, non plus que le droit de faire des règlements ; ils veulent simplement leur attribuer le droit exclusif d'appliquer la loi à toutes les contestations, en un mot, ils veulent mettre en pratique la maxime « à chacun le sien » ; au pouvoir exécutif le droit d'administrer ; au pouvoir judiciaire le droit de juger (1). Sans doute c'est par suite de la méfiance des Constituants de 1789 envers les corps judiciaires que la connaissance des litiges administratifs leur a été retirée : au sortir des luttes systématiques que les Parlements avaient soutenues contre les réformes libérales tentées par les ministres de Louis XVI, cette méfiance était légitime ; mais les usurpations que facilitait autrefois la règle de l'hérédité et de la vénalité des offices de judicature sont aujourd'hui impossibles ; la règle de la nomination des juges par le pouvoir exécutif est pour celui-ci une garantie sérieuse que le pouvoir judiciaire ne cherchera jamais à sortir de ses attributions. D'ailleurs les faits sont là pour le prouver : l'on craint que les tribunaux en interprétant à leur gré les lois administratives soient les maîtres de tenir en échec le pouvoir exécutif ; « est-ce qu'ils ne sont pas les maîtres de tenir en échec le pouvoir législatif, en donnant à un texte qui leur déplaît une interprétation vicieuse » (2) ? et pourtant cette

1. Poitou, *l. c.*, n. 35, pp. 54, 64 et 65. Dramard, *l. c.*, n. 13, p. 445 et 446.

2. Droz, *l. c.*, n. 14, pp. 28 et 29.

crainte s'est-elle jamais réalisée ? A-t-elle jamais conduit à instituer des tribunaux uniquement composés de législateurs ? Dès lors pourquoi les tribunaux judiciaires, qui ne commettent aucun empiètement sur le pouvoir législatif en commettraient-ils davantage sur le pouvoir exécutif ?

Au surplus les faits sont encore là pour donner le démenti le plus éclatant aux partisans de la juridiction administrative, lorsqu'ils affirment que les tribunaux judiciaires ont une tendance naturelle et marquée à sacrifier l'intérêt général à l'intérêt privé ; si l'on se place en face de la réalité pratique, on voit plutôt tout le contraire dans les rares cas où les tribunaux judiciaires sont appelés chez nous à statuer sur des litiges administratifs : il en est aussi notamment en matière de contributions indirectes qui « embrassent la plus forte partie des sources de la fortune publique : et il ne paraît pas que l'État, au moins jusqu'à ce jour, ait eu à se plaindre des décisions de la justice ordinaire ; bien au contraire, on peut remarquer dans ces décisions une tendance assez prononcée en faveur du fisc : et une certaine disposition à étendre plutôt qu'à restreindre les droits du trésor » (1). Il y a plus ; la Cour de Cassation, compétente pour statuer sur les pourvois contre les jugements des tribunaux de simple police relatifs aux infractions de petite voirie à interpréter un édit de Henri IV de décembre 1607 et un arrêt du conseil du roi du 27 février 1765 ; ce sont ces mêmes

1. Odilon Barrot, *l. c.*, n. 6, p. 90.

textes qu'a à interpréter le conseil d'État sur l'appel contre les arrêtés des Conseils de préfecture relatifs aux infractions en matière de grande voirie; eh bien! les solutions les plus favorables à l'intérêt général ne se trouvent pas du côté qu'on pourrait s'attendre : là où le conseil d'État ne prononce que l'amende, la Cour de Cassation décide que le contrevenant doit être condamné à la fois à l'amende et à « la démolition de la besogne mal plantée »; et là où le Conseil d'État estime qu'aucune peine n'est encourue, la Cour de Cassation prononce encore l'amende. Que l'on vienne donc soutenir après cela que les tribunaux judiciaires sacrifient de parti pris l'intérêt général à l'intérêt particulier, et apportent systématiquement des entraves à la marche régulière et normale de l'administration! Ainsi sur ce premier point la doctrine du maintien échoue complètement.

2. *Nécessité de protéger l'individu.* — Si la juridiction administrative doit être maintenue, ce n'est pas, dit-on, parce qu'elle est nécessaire pour que l'administration ne soit pas entravée, c'est parce que, au contraire, elle constitue pour l'individu de précieuses garanties qu'il ne rencontrerait nulle part ailleurs. « Ce serait faire fausse route que d'attaquer au nom des principes libéraux la justice administrative... La mission n'est pas d'éluder, mais d'appliquer le droit. Elle contrôle l'administration, bien plus qu'elle ne la sert » (1).

L'on prétend appuyer cette manière de voir d'abord

1. Dareste, *l. c.*, n. 12, pp. 685 et 686.

sur les faits : c'est ainsi, dit-on, que le Conseil d'Etat se montre plus libéral que la Cour de Cassation en matière de contraventions de voirie (1). Se plaçant, en outre, en face de l'hypothèse où les tribunaux administratifs seraient supprimés, les partisans de la doctrine du maintien montrent quels seraient les résultats défectueux entraînés par cette suppression : avant tout de l'aveu même de ceux qui désirent transporter les attributions contentieuses administratives aux tribunaux judiciaires, ces derniers ne pourraient pas réformer l'acte administratif qui donne lieu au procès, car autrement le juge ferait un acte d'administration, et l'on retomberait dans la confusion des pouvoirs ; pour la même raison de recours pour excès de pouvoirs disparaîtrait de la législation, car de sa nature il est purement gracieux et devrait être porté uniquement devant l'autorité active hiérarchiquement supérieure ; s'il est porté devant le conseil d'Etat, et s'il est déclaré contentieux par le bénéfice de la loi, c'est que la nature des choses l'a permis précisément parce que le conseil d'Etat est un tribunal administratif composé de fonctionnaires ; et l'on invoque l'enseignement des législations étrangères, comme l'Italie et la Belgique, qui ne connaissent pas la juridiction administrative, et dans lesquelles ces résultats se sont produits ; ainsi pour donner à l'individu de nouvelles garanties de bonne justice, on lui en fait perdre d'autres ; « on croit pouvoir attribuer tout le contentieux administratif au pouvoir judi-

1. Aucoc, *l. c.*, n. 2, tome 1, pp. 332 à 334.

ciaire, et par la force même des choses, une grande part en revient à l'administration active » (1).

A coup sûr, cette façon de défendre la juridiction administrative est infiniment plus ingénieuse et plus habile que la précédente ; sur ce terrain, les adversaires de cette juridiction se sentent mal à l'aise. Cependant cette manière de voir est-elle bien exacte, et porte-t-elle tout à fait juste ? A supposer même qu'il en fût ainsi, et à tout prendre, les adversaires de la juridiction administrative pourraient peut être répondre qu'en somme il s'agit de voir de quel côté se trouve la plus grande somme de garanties pour l'individu, du côté du maintien ou du côté de la suppression : le choix étant ainsi posé entre les deux partis extrêmes, il importerait d'examiner les raisons que l'on peut faire valoir en faveur de la suppression.

Mais même est-on admis à défendre l'institution au nom des principes libéraux plus qu'au nom des principes autoritaires ? Est-il vrai de dire que la juridiction administrative soit une institution libérale ? Avant tout, l'argument de fait que l'on prétend tirer de la comparaison entre la jurisprudence de la Cour de Cassation et celle du Conseil d'Etat en matière de contravention de petite et de grande voirie est un argument bien dangereux à invoquer : en effet, c'est en quelque sorte une arme à deux tranchants qui peut être également maniée dans les deux sens ; et nous avons vu tout à l'heure les adversaires de

1. Laferrière, *l. c.*, n. 27, tome 1, pp. 72, 79 et 80. Dubois, *l. c.*, n. 15, p. 20. Aucoc, *l. c.*, n. 3, pp. 299 à 303.

la juridiction administrative s'en prévaloir pour montrer que les craintes émises par ses partisans à l'encontre des tendances, que le pouvoir judiciaire aurait à sacrifier l'intérêt général à l'intérêt privé, sont des craintes purement chimériques ; à ce titre seul, il est déjà permis de se mettre en garde contre la valeur qu'on prétend lui attribuer ; à la vérité, la Cour de Cassation se montre en cette manière plus sévère pour les particuliers que le conseil d'Etat lui-même ; mais en définitive il s'agit simplement de savoir laquelle de ces deux juridictions donne l'interprétation fidèle de la loi, car ni l'une ni l'autre n'a le droit de se substituer au pouvoir législatif ; or, sans entrer dans l'étude de cette question, il nous suffira de dire à ce sujet que de l'aveu même de l'un des plus ardents défenseurs de la juridiction administrative ; c'est la Cour de Cassation qui juge bien et conformément aux textes (1). Quant au second motif qui est allégué, il est certain que si les tribunaux administratifs étaient supprimés, la dévolution de leurs attributions aux tribunaux judiciaires ne pourrait pas avoir pour conséquence de donner à ces derniers le droit de réformer l'acte administratif qui engendre le litige, mais ne suffirait-il pas pour que la loi fût respectée, et pour que l'individu y trouvât sa garantie, que l'administration se vit dans l'impossibilité d'appliquer cet acte entaché d'illégalité, et dans la nécessité de le refaire en se conformant cette fois aux principes du

1. Ducrocq, *l. c.*, n. 16, tome 2, n. 839, pp. 49 et 50 ; et Ducrocq, à son cours, leçon du 9 juin 1888.

droit? Il est certain aussi que la suppression de la juridiction administrative entraînerait fatalement avec elle la disparition du recours pour excès de pouvoirs au contentieux qui se trouverait remplacé par le recours hiérarchique pur et simple ; mais serait-ce là une perte si considérable pour la garantie des droits individuels ? Il serait peut-être permis d'en douter : car la jurisprudence du Conseil d'Etat tend à restreindre dans les limites les plus étroites les conditions de recevabilité de ce recours, ce qu'elle est en droit de faire du reste, puisque toute cette théorie est restée complètement en dehors de la loi ; pour s'en convaincre, il suffit de lire les longs développements que consacre à ce sujet, l'un des auteurs les plus récents et les plus éclairés, qui a écrit un traité de la juridiction administrative (1). Le Conseil d'Etat déclare le recours pour excès de pouvoirs non recevable, tantôt parce que l'acte n'est pas de nature à être attaqué par cette voie, tantôt parce que la partie n'a pas qualité pour saisir le Conseil d'Etat de ce recours, tantôt parce que le recours n'a pas été introduit dans les formes et dans les délais déterminés par la loi, tantôt enfin parce qu'il existe une voie de recours parallèle, multipliant ainsi à l'excès le nombre des cas où l'affaire ne sera susceptible que d'un simple recours hiérarchique devant l'autorité administrative supérieure.

Toutefois il est juste de convenir que même ainsi restreint par la jurisprudence du Conseil d'Etat, le recours pour excès de pouvoirs continue à se présenter comme

1. Laferrière, *l. c.*, n. 27, tome 2, pp. 387 à 467. Anonyme, *l. c.*, n. 1, pp. 358 et 359.

une garantie pour les particuliers, qui disparaîtrait par suite de la suppression de la juridiction administrative ; et il faut reconnaître que les adversaires de cette institution sont demeurés à peu près sans réponse sur ce point.

β. *Arguments accessoires ou considérés comme tels.*

1. *Nécessité d'une procédure spéciale.* — Les affaires administratives, dit-on en faveur de la doctrine du maintien, ont toutes un caractère commun ; elles sont urgentes et requièrent célérité : aussi y a-t-il une procédure spéciale en ce qui les concerne : la procédure administrative est beaucoup plus rapide et beaucoup moins coûteuse que la procédure ordinaire ; dès lors ce sont là des garanties que le justiciable trouve devant les tribunaux administratifs et qu'il ne trouverait pas devant les tribunaux judiciaires.

Tout d'abord l'objection serait susceptible d'être contestée en elle-même : « tout le monde sait si un procès devant le Conseil d'Etat est chose difficile, interminable et ruineuse (1) ».

Mais même à prendre l'objection telle qu'elle est, tout en reconnaissant la supériorité de la procédure administrative sur la procédure ordinaire, faut-il voir dans ce fait un obstacle insurmontable à la suppression de la juridiction administrative ? A quoi tend en réalité cet argument ? Uniquement à faire le procès à la procédure judiciaire : celle-ci est trop lente et trop coûteuse, soit ; il serait bon de la réformer de fond en comble, cela est encore vrai, et cette réforme est depuis longtemps

1. Poitou, *l. c.*, n. 35, pp. 70 et 71. Malapert, *l. c.*, n. 30, p. 295.

réclamée; « et dans cette voie si on peut diminuer les frais des affaires civiles, en augmentant ceux des affaires administratives, ce sera justice, et le principe d'égalité proportionnelle y trouvera son compte;.... car pourquoi ceux qui plaident contre l'Etat seraient-ils vus d'un œil plus favorable que ceux qui plaident contre un particulier ? » (1). Quoi qu'il en soit de ce point, et en attendant une refonte générale de la législation à cet égard, qu'y aurait-il de plus simple et de plus facile en vérité, si l'on supprimait les tribunaux administratifs pour transporter leurs attributions aux tribunaux judiciaires, que de transporter en même temps dans leur sein la procédure administrative en ce qui touche le jugement des litiges administratifs ? De même qu'il existe aujourd'hui pour les affaires commerciales une procédure commerciale devant les tribunaux civils jugeant commercialement, quel serait donc l'obstacle à ce qu'il y eut pour les affaires administratives une procédure administrative devant les tribunaux civils jugeant administrativement ?

Au reste, dans les quelques cas où les tribunaux judiciaires sont compétents en matière administrative, notre législation est déjà entrée dans cette voie : c'est ainsi qu'en matière de timbre et d'enregistrement la loi du 27 ventôse an IX, article 17, et la loi du 22 frimaire an VII, article 65, établissent devant les tribunaux judiciaires une procédure sommaire toute spéciale, qui se rapproche beaucoup de la procédure administrative. Ainsi cet argument,

1. Droz, *l. c.*, n. 14, p. 32.

que la doctrine du maintien ne considère d'ailleurs que comme secondaire, est dénué de valeur, et porte tout à fait à faux.

2. *Nécessité de connaissances spéciales.* — « Il faut que le juge soit éclairé... C'est déjà une étude absorbante que celle des principes et des textes du droit administratif, et il est difficile d'obtenir que les mêmes hommes aient approfondi toutes les branches du droit (1) ». Les partisans de la doctrine du maintien entendent se prévaloir de l'idée qu'il est indispensable ici, comme ailleurs, d'appliquer la loi naturelle de la division du travail : ce n'est pas trop d'une vie d'homme pour connaître le droit administratif.

L'argument se présente donc d'une manière très simple et assez séduisante. Pourtant dans l'état actuel de notre législation tout au moins il semble que les défenseurs de la juridiction administrative soient bien mal avisés à l'invoquer : en effet, s'il était exact, il aurait dû conduire d'une part à refuser la connaissance de toutes les lois administratives aux tribunaux judiciaires, et d'autre part à refuser la connaissance de toutes les lois civiles aux tribunaux administratifs, car ce ne doit pas être trop non plus d'une vie d'homme pour bien connaître les lois judiciaires ; or, ni l'un ni l'autre de ces résultats n'a été admis ; d'un côté il y a certaines lois administratives que les tribunaux judiciaires sont appelés à interpréter et à appliquer, dès lors les adversaires de la juridiction administrative peuvent à bon droit

1. Aucoc, *l. c.*, n. 3, p. 298.

demander pourquoi l'on se refuse à généraliser ce système (1) ; d'un autre côté les tribunaux administratifs sont souvent appelés à interpréter les lois civiles et à les appliquer ; c'est ainsi qu'ils doivent subsidiairement se conformer aux divers titres du Code civil relatifs à la vente d'immeubles, à la vente de meubles, et au louage d'ouvrage, lorsqu'ils ont à statuer sur les difficultés d'interprétation ou d'exécution d'une vente domaniale, d'un marché de fournitures, ou d'un marché de travaux publics, de même ils sont amenés, par suite de l'article 4, § 3, de la loi du 28 pluviôse an VIII, à appliquer l'article 1382 du Code civil ; dès lors, peut-on dire, les magistrats judiciaires sont trop incompetents pour pouvoir comprendre le sens des lois administratives, et pour les connaître toutes, mais la réciproque n'est pas vraie, et les membres des juridictions administratives sont certainement assez compétents pour connaître et pour pouvoir appliquer, comme il convient, les lois judiciaires ; tel est au fond le raisonnement, il n'est pas sans dénoter un certain orgueil, et en tous cas il suffirait de prouver que le motif tiré des connaissances spéciales n'est en réalité qu'un prétexte.

Mais le motif pris en lui-même n'est-il pas exact, et n'est-ce pas seulement les applications qui en sont faites qui sont incomplètes et défectueuses ? Si la connaissance de toutes les lois administratives était donnée aux tribunaux administratifs, et la connaissance de toutes les lois judiciaires aux tribunaux judiciaires, le principe de

1. Odilon Barrot, *l. c.*, n. 6, p. 90.

la division du travail étant sévèrement observé, ne pourrait-on pas alors justifier la juridiction administrative par le motif tiré de la nécessité des connaissances spéciales ? Les partisans de la suppression le nient encore ; pour eux « la science du droit est une, ses principes sont les mêmes, quelle que soit la nature des litiges » (1). A notre avis, il y a dans cette réponse une exagération évidente : on aura beau répéter avec Jérémie Bentham que « quand le livre de la loi est ouvert sous les yeux du juge, il n'est pas plus difficile pour lui de lire une page qu'une autre (2) », le simple bon sens indique qu'il est impossible d'exiger chez un homme la science juridique universelle, d'autant plus qu'il ne suffit presque jamais pour trancher une question de droit d'ouvrir le livre de la loi et de lire ce qu'elle décide ; souvent le texte législatif présente plusieurs sens, et est susceptible de recevoir des interprétations diverses ; quelquefois la loi est muette ; dans tous ces cas le juge doit, pour se décider, se référer aux principes généraux qui régissent la matière ; en un mot, pour savoir le droit, il ne suffit pas de connaître le texte même de la loi, il faut encore en comprendre l'esprit et la portée. Du reste, il est possible ici de tirer des législations étrangères un enseignement précieux : dans les pays, comme les États-Unis, l'Angleterre, et la Suisse, où il n'y a aucune juridiction administrative, l'on aboutit à la confusion des pouvoirs et ce

1. Dramard, *l. c.*, n. 13, pp. 457 et 458. Odilon Barrot, *l. c.*, n. 6, p. 90.

2. Henry Hugues, *l. c.*, n. 25, p. 210.

n'est certes pas là le résultat que désirent les adversaires de la juridiction administrative chez nous, partout ailleurs, il y a des tribunaux spéciaux chargés de statuer sur les litiges administratifs ; seulement ces tribunaux sont plus ou moins nombreux suivant qu'il s'agit de grands États, où la centralisation est fortement organisée, comme l'Autriche et l'Allemagne, ou qu'il s'agit d'États plus petits, dans lesquels les tendances de centralisation sont moins puissantes, comme la Belgique, et la Hollande, la Grèce, la Roumanie, le Danemark pays qui ont adopté le système Belge. Ainsi les partisans de la suppression de la juridiction administrative nous semblent faire trop bon marché de l'argument que la doctrine du maintien fait résider dans la nécessité de la spécialisation des connaissances.

En résumé, la doctrine du maintien renferme une certaine part de vérité : ce dernier motif, considéré seulement comme secondaire, a cependant son importance ; les adversaires de la juridiction administrative y répondent mal ; en outre, ils ne répondent pas du tout à cet autre motif que la suppression du recours pour excès de pouvoirs au contentieux serait une diminution des garanties individuelles. Ce sont là des faits sur lesquels la défense libérale de la juridiction administrative semble triompher, et dont il y a certainement lieu de tenir compte. Toutefois la doctrine du maintien pur et simple ne saurait être adoptée : la défense autoritaire qu'on en a tentée suffit pour la condamner et pour montrer que l'institution de la juridiction administrative est basée sur des principes

contraires à l'idée élémentaire de la justice; en outre la doctrine de la suppression pure et simple va, par une série d'arguments d'une grande force, nous confirmer dans cette manière de voir. Une réforme s'impose donc: doit-elle consister dans l'adoption de cette doctrine de la suppression radicale, qui constitue l'autre partie extrême de la question?

II

DOCTRINE DE LA SUPPRESSION.

Indépendamment de la force qu'elle puise dans la réfutation même de certaines des raisons alléguées par le système précédent, cette doctrine trouve une nouvelle vigueur dans l'exposé d'une série d'arguments qui lui sont propres. Elle s'attaque aux vices et aux contradictions que présente l'organisation des tribunaux administratifs, aux vices et aux contradictions que présente la répartition des attributions entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires; enfin elle peut invoquer puissamment plusieurs exemples pratiques tirés des faits qui viennent corroborer les motifs précédents. C'est surtout sur ces exemples pratiques que nous allons insister, puisque nous avons déjà dans la première partie de notre étude signalé en passant les deux autres ordres d'idées.

§ 4. — *Vices et contradictions dans l'organisation.*

Le vice capital de l'organisation des tribunaux administratifs réside dans ce fait que les membres de ces tribunaux ne jouissent d'aucune des garanties d'indépendance qui sont nécessaires au juge.

Tout d'abord, en effet, ils sont essentiellement amovibles et révocables au gré du pouvoir exécutif. Il y a là une contradiction manifeste : car les partisans de la juridiction administrative sont eux-mêmes unanimes pour reconnaître que l'inamovibilité est une garantie d'indépendance indispensable au juge ordinaire qui n'a à statuer que sur des procès entre deux particuliers qui lui sont inconnus l'un et l'autre, et à l'égard desquels il n'a par conséquent aucune raison de préférence ; dès lors l'inamovibilité ne doit-elle pas être étendue à plus forte raison au juge administratif qui statue sur des litiges entre un particulier et l'administration, plaideur qu'il connaît et pour lequel il aura, s'il n'est pas libre de tout lien de dépendance, une préférence marquée et systématique ? On peut même dire que le système inverse dans lequel le juge administratif serait inamovible, tandis que le juge ordinaire serait amovible présenterait beaucoup moins d'inconvénients, et serait infiniment plus rationnel que le système qui nous régit à l'heure actuelle. En outre l'un des tribunaux administratifs les plus importants, la Cour des Comptes jouit par exception de l'inamovibilité ; pourquoi en est-il ainsi ? Tous les auteurs du droit administratif sont eux-mêmes

d'accord pour dire que c'est pour la plus grande garantie de l'individu appelé à être jugé par cette juridiction, soit, mais alors pourquoi ne pas étendre cette garantie à tous les autres tribunaux administratifs ? Pour justifier cette restriction de l'immovibilité à la seule Cour des Comptes, il n'est même pas possible de tirer argument qu'il s'agit là d'une matière spéciale, le jugement des comptes, qui réclame de la part du juge des conditions spéciales d'indépendance ; car cette raison, si elle était exacte, aurait dû conduire le législateur à reconnaître dans tous les cas l'immovibilité en faveur des tribunaux chargés de juger les comptes ; or, les Conseils de préfecture restent toujours amovibles et révocables au gré du pouvoir exécutif même lorsqu'ils sont appelés à statuer sur les comptes des communes les moins importantes. Ainsi la différence de situation entre le juge administratif et le juge ordinaire ne se justifie en aucune manière ; elle est arbitraire et contraire à la justice.

Le défaut d'indépendance des tribunaux administratifs est l'un des griefs les plus graves que l'on ait portés contre eux. Le même reproche peut être formulé à un autre point de vue. La législation consulaire de l'an VIII, en établissant une administration active, délibérante et juridictionnelle avait posé le principe de la division des fonctions (1) : le législateur, tenant compte sans doute des diverses aptitudes de l'individu avait pensé que tel homme capable de faire un excellent administrateur n'était

1. Ducrocq, *l. c.*, n. 16, tome 1, n. 257, p. 242.

capable de faire ni un bon juge ni un bon conseiller, que tel autre, se recommandant au poste de conseiller par les connaissances économiques et sociales, ne pouvait prétendre qu'à être un administrateur médiocre, ou un mauvais juge, l'un possédait l'esprit de décision et d'initiative, à lui l'action ; l'autre avait le sentiment profond des besoins du pays, à lui la délibération ; un autre enfin excellait par l'ensemble varié de ses connaissances juridiques, à lui la juridiction, exacte ou fausse, il eût été tout au moins logique de mettre cette conception en œuvre ; au lieu de cela que trouvons-nous ? D'une part les mêmes hommes à la fois administrateurs actifs et juges, d'autre part les mêmes hommes à la fois administrateurs délibérants et juges.

Tout d'abord en effet, le maire, le préfet, le ministre, sont des juges dans certains cas assez rares en fait, il est vrai, mais qui n'existent pas moins ; et même le ministre est encore considéré, sinon par la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat, du moins par une partie de la doctrine comme étant le juge administratif de droit commun : de cette façon le pouvoir exécutif est constitué véritablement juge dans sa propre cause, l'administrateur actif aura à statuer sur ses propres actes, il sera rare de le voir condamner lui-même, ou bien il statuera sur les actes de ses inférieurs hiérarchiques, et ici encore il sera presque toujours disposé à leur donner raison, en tout cas s'il leur donne tort, ce sera l'effet exclusif de son bon vouloir, en un mot, c'est l'arbitraire tout pur ; le recours contentieux ne se distingue ici que par le nom du recours pure-

ment gracieux. D'un autre côté les mêmes hommes sont à la fois administrateurs délibérants et juges ; tel est l'aspect qui s'offre à nos yeux dans le Conseil de préfecture et dans le Conseil d'Etat, et cela bien qu'ils exercent tous deux depuis 1872 un pouvoir de juridiction propre. Celui qui veut avoir des avis choisit des conseillers : libre, à lui d'ailleurs de suivre ou non l'avis qui lui est donné, il veut s'éclairer il n'entend pas s'enchaîner ; dès lors il est naturel qu'il prenne ses conseillers parmi les hommes qui lui sont dévoués et soumis : et ce sont ces mêmes hommes qui auront à décider sur les différends auxquels donnent lieu les actes accomplis à l'encontre des particuliers par le demandeur d'avis ! Ce dernier ne va-t-il pas encore être juge dans sa propre cause ? Ajoutez à cela que le Conseil de préfecture est présidé par le préfet, dont la voix est prépondérante en cas de partage et le tableau sera complet. Telle a été l'œuvre de Bonaparte, qui a été réalisée en l'an VIII ; c'est encore à ce régime autoritaire que nous sommes soumis : encore aujourd'hui il n'existe pas en France à proprement parler des tribunaux administratifs, ce sont seulement des Conseils d'administration qui jugent. « Nous avons des commissions administratives qui jugent ; nous n'avons pas au sens vrai du mot, une justice administrative » (1). Il est curieux et en même temps regrettable de constater que, parmi les pays qui admettent l'institution de la juridiction administrative, la France et

1. Poitou, *l. c.*, n. 35, p. 312.

l'Espagne sont les deux seuls Etats où il en soit ainsi.

Il semble que la suppression radicale de la juridiction administrative, et que la translation de ses attributions aux tribunaux judiciaires, remédieraient à tous ces maux. Du même coup, disparaîtrait, comme devenant désormais inutile, le Tribunal des Conflits : la loi du 24 mai 1872 a organisé cette juridiction de telle façon que le partage d'opinions peut se produire facilement entre les éléments judiciaires et administratifs qui le composent, et que le dernier mot reste alors au Ministre qui préside avec voix prépondérante ; si de pareils faits ne se produisent pas toujours et nécessairement, cela tient bien plutôt à la valeur des hommes qu'à la valeur de l'institution, et il suffit qu'ils puissent se produire pour que l'institution soit vicieuse et pour qu'il soit impossible de considérer le Tribunal des Conflits comme un tribunal mixte, ni d'y voir autre chose qu'un tribunal administratif ; il est vraiment dérisoire, en effet, de trouver dans le Ministre de la Justice, un représentant du pouvoir judiciaire en même temps qu'un représentant du pouvoir exécutif, par essence même le Ministre est un fonctionnaire ; la preuve s'en trouve surtout dans ce fait que la législation actuelle refuse à ce Ministre la présidence du Conseil d'Etat lorsque celui-ci statue au contentieux, afin de donner plus d'indépendance à cette juridiction ; ici encore les législations étrangères sont précieuses à consulter ; c'est ainsi que toutes les législations de l'Allemagne, sauf une seule, se sont refusées à donner au Ministre la présidence de la Cour de compétence ; sans doute la décision

du Tribunal des Conflits chez nous ne se réduira pas toujours à une décision ministérielle, mais cela peut arriver; or, il ne suffit pas qu'une juridiction puisse être quelquefois impartiale, il faut en outre qu'elle le soit et même qu'elle le paraisse toujours.

§ 2. — *Vices et contradictions dans la répartition des attributions* (1).

La ligne de démarcation entre la compétence administrative et la compétence judiciaire n'existe pas chez nous en réalité; car elle est absolument incertaine et arbitraire. Ni la raison ni le raisonnement ne sont susceptibles d'en rendre compte; elle s'explique uniquement par l'observation de l'esprit général qui a présidé à la confection de notre législation administrative qui date de l'an VIII: en effet, d'un côté le législateur de cette époque a considéré certaines affaires comme étant de trop minime importance pour que le pouvoir exécutif ait à s'offusquer ni même à se préoccuper de les voir attribuer au pouvoir judiciaire; et d'un autre côté à l'inverse d'autres affaires ont eu, aux yeux de notre législateur, une importance si considérable qu'il n'a pas osé en dépouiller le pouvoir judiciaire pour les attribuer au pouvoir exécutif par l'organe de la juridiction administrative.

1. Poitou, *l. c.*, n. 35, pp. 301 et 302. Picot, *l. c.*, n. 34, pp. 221 et 222. Odilon Barrot, *l. c.*, n. 6, pp. 89 et 90. Glasson, *l. c.*, n. 23, pp. 499 à 502. Roger, *l. c.*, n. 36.

La première de ces deux propositions exerce tout le poids de son influence tout d'abord dans la distinction bizarre de la grande et de la petite voirie : pourquoi les contraventions en cette matière sont-elles dans le premier cas de la compétence des tribunaux administratifs, tandis que dans le second elles relèvent de la connaissance des tribunaux judiciaires ? On chercherait en vain un motif rationnel. De même le pouvoir exécutif n'avait pas à prendre ombrage du pouvoir judiciaire, à propos des quelques actes contractuels de l'administration dont il ne lui a pas retiré la connaissance : dans l'état actuel de notre législation c'est en effet une erreur certaine et voulue, qui est pourtant bien répandue, que d'affirmer que les actes de gestion de l'administration sont en principe de la compétence judiciaire, seulement par exception de la compétence de la juridiction administrative ; car tous les contrats importants passés par l'administration relèvent au contraire de la connaissance des tribunaux administratifs ; tels sont, nous l'avons vu, l'entreprise de travaux publics, le marché de fournitures, la vente domaniale ; quels sont au contraire les actes de gestion émanés de l'administration dont le contentieux appartient aux tribunaux judiciaires ? Dans cette catégorie on ne peut guère citer que le bail comme contrat, quelque peu important ; encore cette règle est-elle singulièrement atténuée par ce fait que le bail doit être soigneusement distingué de la concession qui, elle, reste toujours soumise au pouvoir discrétionnaire de l'administration active ; les applications les plus considérables

que l'on puisse trouver des baux consentis entre l'administration et des particuliers résident dans la ferme des biens des communes, et dans la location du droit de chasse dans les forêts de l'Etat; et voilà cette attribution énorme, faite à la compétence judiciaire, qui conduit à reconnaître celle-ci comme constituant la règle générale à l'égard des actes contractuels de l'administration; cela n'est-il pas vraiment dérisoire? En réalité cette attribution faite à la compétence judiciaire n'est qu'une exception, et une exception bien minime; c'est pourquoi la jalousie du pouvoir exécutif n'avait pas à y prendre garde.

A l'inverse, certaines affaires ont paru si importantes à notre législateur, qu'il a reculé devant l'idée d'en dépouiller le pouvoir judiciaire au profit de la juridiction administrative: cette seconde sorte de contradiction a une portée beaucoup plus grande que la précédente; car c'est elle qui s'observe dans l'attribution qui est faite au pouvoir judiciaire de la connaissance de certains litiges administratifs, et de certains actes de la puissance publique qui intéressent au plus haut degré l'ordre économique et social. Tout d'abord, à la différence des impôts directs, les contributions indirectes sont de la compétence des tribunaux judiciaires; comment s'explique cette différence? L'un des partisans de la juridiction administrative nous en donne lui-même la raison: les contributions indirectes, dit-il, « étaient très impopulaires sous l'ancien régime, et ont gardé pendant longtemps leur impopularité; des règles de prudence ont fait attribuer à l'autorité judiciaire la connaissance des difficultés qui

s'élèvent entre les redevables et l'Etat ou les communes » (1).

Il en est de même en ce qui touche l'expropriation pour cause d'utilité publique. En cette matière, le législateur de l'an VIII n'avait pas craint d'aller jusqu'au bout, et en cela il avait été logique : l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII avait en effet donné compétence au conseil de préfecture en vue de fixer l'indemnité due aux particuliers ; c'était aussi l'administration qui était juge des diverses opérations administratives de l'expropriation ; mais les réclamations très vives des particuliers parvinrent à faire cesser cet arbitraire manifeste, à la merci duquel était abandonné la propriété privée. La loi actuellement en vigueur du 3 mai 1841, qui n'est que la combinaison améliorée des deux lois antérieures du 8 mars 1810 et du 22 juillet 1833, règle la question de la façon suivante : d'une part, la légalité des actes de l'administration, acte déclaratif d'utilité publique, arrêté préfectoral de cessibilité, acte de délimitation, etc., est appréciée par le tribunal civil d'arrondissement, et d'autre part l'indemnité est fixée par le jury d'expropriation, autre tribunal de l'ordre judiciaire, dont les décisions sont subordonnées au contrôle supérieur de la Cour de Cassation ; de cette façon le règne de la justice est assuré. Mais pourquoi donc, en cette matière, les tribunaux judiciaires sont-ils compétents, à l'exclusion des tribunaux administratifs, en vue de juger le contentieux soulevé par l'exécution d'actes de la puissance publique ?

1. Aucoc, *l. c.*, n. 2, tome 1, p. 273.

Ici tous les partisans de l'institution de la juridiction administrative donnent sans exception la même réponse ; et cette réponse est de nature à réjouir les adversaires de cette institution : « On a cru sage de donner à la propriété privée des garanties plus considérables que celles qu'offraient alors les juridictions administratives (1). » Cet aveu n'est-il pas décisif à l'encontre de tous ceux qui tiennent pour le maintien de la juridiction administrative ? La propriété est un droit inviolable et sacré ; mais mérite-t-elle donc d'être protégée plus énergiquement que tous les autres droits ? Ceux-ci, dès l'instant que ce sont des droits, ne sont-ils pas dignes d'une égale protection, sont-ils donc moins sacrés et moins inviolables ? Ou bien au contraire sont-ils si peu de chose qu'ils puissent être dépourvus de toute sanction, qu'ils puissent être ouvertement méconnus et violés ? La contradiction et le motif que l'on donne pour la justifier sont saisissants et décisifs ; c'est la condamnation de l'institution des tribunaux administratifs, puisque tout le monde en convient et leurs partisans tout les premiers, ils sont moins capables que les tribunaux judiciaires de reconnaître et de sanctionner le droit.

Les adversaires de la juridiction administrative ne tarissent pas à ce sujet. L'un montre en termes piquants tout le ridicule qui s'attache à cette répartition respective des compétences : « Si le pavé n'est pas balayé devant ma maison, je suis justiciable d'un magistrat ; si mon chariot ne porte pas de plaque, c'est le Conseil de préfec-

1. Aucoc, *l. c.*, n. 2, tome 1, p. 273.

ture qui me condamnera à l'amende (1). » Un autre fait voit comment l'indécision de notre législation entraîne des conséquences invraisemblables et contraires à toute idée pratique : « Si le conseil de préfecture croit qu'il y a lieu de condamner à une peine d'emprisonnement, comme le législateur n'a pas osé lui donner ce pouvoir exorbitant, il a été décidé que le juge administratif renverrait le coupable frappé d'une amende devant le tribunal correctionnel pour entendre prononcer une peine corporelle (Circulaire du Ministre de la Justice du 28 vendémiaire an XI). Ce renvoi impraticable est la meilleure condamnation d'un système qui appelle une révision (2) ».

§ 3. — *Exemples pratiques.*

Ces exemples tirés des faits ont ce caractère commun d'avoir une portée très générale : sans doute, on pourrait aussi citer des exemples spéciaux ; mais ils seraient beaucoup moins probants précisément parce qu'ils constituent des décisions d'espèces. Ces exemples généraux sont relatifs à la responsabilité des fonctionnaires publics, à la théorie des actes de gouvernement, enfin à la coexistence des deux ordres de juridictions.

a. La responsabilité des fonctionnaires publics (3). — Le

1. Poitou, *l. c.*, n. 35, pp. 301 et 302.

2. Picot, *l. c.*, n. 34, p. 222, note 1.

3. Bernard, *l. c.*, n. 7. Glasson, *l. c.*, n. 23, pp. 516 à 519. Glasson, *l. c.*, n. 24, pp. 380 à 389. Ducrocq, *l. c.*, n. 16, tome 1, n. 687 à

décret-loi du 19 septembre 1870 a abrogé la nécessité de l'autorisation préalable à la poursuite intentée contre les fonctionnaires, ainsi que toutes autres entraves résultant de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et des autres lois « générales ou spéciales ». Il semble donc qu'aujourd'hui la responsabilité des administrateurs devrait exister d'une manière complète et se trouver régie par le droit commun. La vérité est au contraire qu'à l'heure actuelle l'individu trouve beaucoup moins de garanties de justice que sous l'empire de la législation antérieure, qui pourtant était loin d'être libérale : en effet, à la différence de ce qui existait autrefois, le conflit peut être élevé en cette matière, et cela bien que l'article 3 de l'ordonnance de juin 1828 qui l'interdit sur ce point n'ait pas été abrogé expressément ; de cette façon la connaissance des actions en responsabilité, soit civile, soit criminelle, contre les administrateurs, peut être retirée aux tribunaux judiciaires, et transférée soit à la juridiction administrative, soit à l'administration active elle-même ; en un mot on en est revenu au régime des évocations de l'ancienne monarchie. Comment de pareils résultats ont-ils pu se produire ? A la suite du décret-loi du 19 septembre 1870 plusieurs décisions avaient d'abord consacré sans restriction la liberté pour les particuliers d'intenter des actions en responsabilité contre les fonctionnaires : c'est en ce sens qu'avaient décidé un décret sur conflit du 7 mai 1871 (de Cumont

696, pp. 644 à 656. Gauthier, *l. c.*, n. 21, pp. 17 à 23. Laferrière, *l. c.*, n. 27, tome 1, pp. 583 à 597.

et Stofflet) rendu par la commission provisoire, qui remplaçait le Conseil d'Etat, ainsi que des arrêts de la Cour de Cassation du 3 juin 1872 (Méryère), du 25 janvier 1873 (Engelhard), et du 20 juin 1873 (Petit). Un arrêt rendu par le Tribunal des Conflits le 26 juillet 1873 (Pelletier) est venu bouleverser cette jurisprudence et inaugurer le système qui nous régit.

Le texte du décret-loi du 19 septembre 1870 semble cependant tout à fait compréhensif, et il paraît être à première vue tout au moins d'une clarté limpide et parfaite; comment le Tribunal des Conflits a-t-il donc pu raisonner pour le mettre ainsi à l'écart? avant 1870, dit l'arrêt du 26 juillet 1873, il y avait chez nous d'une part la garantie administrative, résultant de l'article 75 de la constitution de l'an VIII, et qui avait pour sanction la nécessité de l'autorisation préalable, et d'autre part la règle de la séparation des deux ordres de juridictions (1) que la jurisprudence et la doctrine presque unanimes faisaient découler de la loi des 16-24 août 1790, titre 2, article 13, texte reproduit par les constitutions de 1791 et de l'an III, et qui avait pour sanction l'élévation du conflit; or, ajoute l'arrêt, le décret-loi du 19 septembre 1870 a bien réellement supprimé la nécessité de l'autorisation préalable, mais il n'a pas pu avoir pour effet de supprimer la règle de la séparation des deux ordres de juridictions qui s'oppose à ce que le pouvoir judiciaire interprète les actes administratifs et en apprécie la légalité; telle ne saurait

1. L'arrêt ne prononce pas ces mots. Mais c'est en réalité de cette règle qu'il entend parler, lorsqu'il se sert des termes : « principe de la séparation des pouvoirs ».

avoir été la pensée des rédacteurs de ce texte législatif; à côté de ce premier argument l'arrêt du 26 juillet 1873 en donne un autre: à supposer, dit-il, que tel ait même été l'effet du décret-loi du 19 septembre, « une pareille interprétation serait inconciliable avec la loi du 24 mai 1872 qui, en instituant le Tribunal des Conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs, et les règles de compétence qui en découlent ».

Les auteurs qui admettent cette interprétation entendent donner à la réforme opérée par le décret-loi la portée suivante: les faits personnels du fonctionnaire, à la différence de ses actes administratifs, seraient désormais soumis au droit commun, contrairement à l'état de choses antérieur. Mais sur ce point déjà il y a une erreur certaine; même avant 1870 le fonctionnaire était responsable de ses faits personnels conformément au droit commun, et aucune autorisation préalable n'était nécessaire; c'est ce qui résultait avant tout du texte même de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, qui n'exigeait cette autorisation préalable qu'en ce qui touche les faits relatifs à la fonction publique, et c'est en ce sens que s'était définitivement fixée la jurisprudence par un arrêt de la Cour de Cassation du 31 mars 1864; il ne pouvait donc s'agir d'aucune réforme à cet égard, et il est absolument faux de présenter le décret-loi comme ayant cette portée.

Examiné en lui-même, et non plus seulement dans ses conséquences, le système inauguré par le Tribunal des Conflits en 1873 est-il plus solide? ni l'un ni l'autre des deux arguments qu'il invoque ne nous semble concluant:

Et d'abord, quant à l'affirmation d'après laquelle si la nécessité de l'autorisation préalable a été effectivement supprimée, la règle de la séparation des deux ordres de juridictions et la possibilité d'élever le conflit en matière de poursuites contre les fonctionnaires subsistent au contraire intactes, elle se trouve en opposition manifeste avec l'esprit du décret-loi, avec son texte, enfin avec les précédents.

L'esprit du décret-loi est d'abord évident : il avait pour but de donner des garanties nouvelles à l'individu, il ne peut donc pas avoir eu pour effet de faire disparaître celles qui subsistaient encore ; par un décret du 18 septembre 1870 fut instituée une commission chargée de se prononcer sur la suppression de la juridiction administrative ; à l'unanimité cette commission se prononça en faveur de cette suppression ; et c'est le lendemain, le 19, que fut rendu le décret-loi, à la rédaction duquel participèrent la plupart des membres de la commission nommée la veille ; que l'on vienne donc prétendre après cela qu'il n'était pas dans l'intention de ces législateurs de supprimer la règle de la séparation des deux ordres de juridictions ? Le décret-loi du 19 septembre 1870 n'était-il pas au contraire le premier pas dans cette voie, puisqu'il la repoussait absolument en ce qui touche la responsabilité des fonctionnaires ?

D'ailleurs le texte lui-même ne laisse aucun doute. La preuve que, contrairement à l'affirmation du Tribunal des Conflits, le décret-loi a eu pour effet non seulement de supprimer la garantie administrative, mais

encore la règle de la séparation des deux ordres de juridictions en notre matière est tirée généralement d'un argument indirect puisé dans l'article 2 du décret-loi : ce texte dit « qu'il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter dans l'intérêt public contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre les fonctionnaires » ; n'est-ce pas là la preuve que la liberté de la poursuite est rendue absolument libre, et que la responsabilité des fonctionnaires existe sans restriction ; car si le conflit pouvait être élevé cet article 2 serait bien inutile, et il ne signifierait rien d'accorder aux fonctionnaires une protection répressive contre les poursuites téméraires dirigées contre eux s'ils jouissaient déjà d'une protection préventive à l'égard de toutes les poursuites même non téméraires intentées contre eux par les particuliers. Cet argument est donc déjà très fort. Mais il y a plus et on peut en trouver un autre, qui résulte directement du texte de l'article 1 lui-même : cet article en effet comprend deux alinéas ; le premier alinéa abroge l'article 75 de la constitution de l'an VIII, pas de difficulté sur ce point ; mais le second alinéa, il faut bien le remarquer avec soin, abroge en outre « toutes autres dépositions des lois générales ou spéciales ayant pour but d'entraver les poursuites.... » ; des lois spéciales de cette nature, il est facile d'en trouver ; on peut d'abord rappeler tous les arrêtés rendus en l'an X et en l'an XI qui avaient eu pour effet de transporter le droit d'accorder l'autorisation préalable du Conseil d'Etat aux administrations supérieures

res ; on peut encore citer la loi du 18 germinal an X qui consacrait à l'égard des poursuites dirigées contre les ministres du culte un système analogue à celui de l'article 75 de la constitution de l'an VIII ; tous ces textes se trouvent aujourd'hui abrogés ; pas de difficulté encore à ce propos ; mais quelles sont les lois *générales* ayant pour but d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires qui sont abrogées par l'article 1 du décret-loi du 19 septembre 1870 ? Les partisans de la doctrine du Tribunal des Conflits restent muets à ce sujet ; ils rayent du texte de la loi ce mot important, sous prétexte d'interpréter le décret-loi, il le refont ; lorsqu'ils auront indiqué quelles sont ces lois *générales* qui se trouvent ainsi abrogées, nous serons peut-être disposés, non pas à nous ranger à leur avis, mais à abandonner cet argument qui nous paraît d'une grande force ; jusque-là au contraire nous penserons toujours que ces lois *générales*, qui sont abrogées par l'article 1 du décret-loi, ne sont pas autres que la loi des 16-24 août 1790, titre 2 article 13, reproduit par les constitutions de 1791 et de l'an III, et qui d'après l'interprétation qui avait prévalu et qui prévaut encore universellement dans la pratique, consacraient la règle de la séparation des deux ordres de juridictions. Cette règle est donc abolie dans la matière qui nous occupe, contrairement à l'affirmation de l'arrêt du 26 juillet 1873.

L'examen des précédents conduit aussi à décider que cette règle ne peut pas être invoquée en vue de limiter l'application du décret-loi : avant 1870, et sous l'empire de l'article 75 de la constitution de l'an VIII, le tribunal

judiciaire était seul juge du point de savoir si l'autorisation préalable était ou non nécessaire, puisqu'en vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 1 juin 1828 le conflit ne pouvait pas être élevé; le tribunal était donc libre s'il le voulait d'interpréter l'acte du fonctionnaire et d'en apprécier la légalité en vue de prononcer une condamnation à des réparations civiles ou à une peine proprement dite; en tous cas une fois l'autorisation préalable accordée par le Conseil d'Etat il avait incontestablement ce droit: dès lors l'abrogation de l'article 75 de la constitution de l'an VIII, à supposer même, comme le veut la doctrine du Tribunal des conflits, que ce texte constitue la seule disposition abrogée par le décret-loi, n'a pas pu avoir pour effet de maintenir une règle qui n'existait pas auparavant en cette matière. Enfin en ce qui concerne les poursuites contre les agents des contributions directes ou indirectes, l'autorisation préalable, déjà avant 1870, n'était pas nécessaire; dans ce cas particulier l'administration a-t-elle jamais prétendu élever le conflit? nullement: dès lors le décret-loi du 19 septembre 1870 n'a rien fait autre chose que de généraliser ce système en l'étendant à tous les fonctionnaires.

Ainsi de quelque façon qu'on l'envisage, à quelque point de vue que l'on se place, le premier argument de l'arrêt du 26 juillet 1873 est sans valeur aucune; il n'apparaît en réalité que comme un prétexte en vue de mettre à l'écart une réforme législative, qui si elle était libérale pour l'individu était bien gênante pour les membres de l'administration.

Il en est de même du second argument : soit, nous dit-on dans la doctrine du Tribunal des Conflits, le décret-loi du 19 septembre 1870 a supprimé entièrement la règle de la séparation des deux ordres de juridictions ; mais cette règle a été rétablie par la loi du 24 mai 1872, qui de la sorte a complètement anéanti le décret-loi de 1870 sur ce point ; car si cette règle n'avait pas été rétablie, l'institution d'un Tribunal des Conflits chargé d'en assurer la sanction eut été bien inutile.

Cette argumentation serait juste, s'il était vrai que le décret-loi de 1870 ait supprimé entièrement cette règle ; mais il n'en est pas ainsi ; et il est tout aussi faux de dire que le décret-loi a eu pour effet d'abroger entièrement cette règle, que de dire qu'il ne l'a pas supprimé du tout. La vérité se trouve au milieu de ces deux propositions ; le décret-loi de 1870 a voulu empêcher l'application de cette règle en ce qui touche la responsabilité des fonctionnaires ; au contraire, il l'a laissée subsister pleine et entière dans toutes les affaires du contentieux administratif ; il en est ainsi non seulement dans le cas prévu par l'article 4, § 3, de la loi du 28 pluviôse an VIII, lorsque la juridiction administrative est appelée à statuer sur un procès entre deux particuliers, et non entre un particulier et un fonctionnaire ; mais encore dans tous les cas où un particulier attaque, non pas un fonctionnaire pour l'entendre condamner à des dommages-intérêts ou à une peine, mais bien l'acte administratif lui-même dont il demande la réformation ou l'annulation, par exemple lorsqu'en matière d'impôts directs un particulier demande

sa décharge ou sa réduction devant le Conseil de préfecture ; la juridiction administrative reste encore compétente toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'une action en responsabilité contre un fonctionnaire, et qu'un texte de loi lui donne une compétence expresse ; par exemple en matière de contraventions de grande voirie pour prononcer l'amende, en matière de marchés de travaux publics pour en interpréter les clauses, etc. Telle est la portée exacte du décret-loi de 1870 ; il ne supprimait aucunement le contentieux administratif ; on comprend dès lors qu'en 1872 on ait senti le besoin d'instituer un Tribunal des Conflits ayant pour mission de veiller au maintien des règles concernant la répartition des compétences respectives. Le second argument de la doctrine que nous combattons porte donc, lui aussi, tout à fait à faux.

Ainsi dans son arrêt du 26 juillet 1873 le Tribunal des Conflits a éludé ouvertement la loi ; il n'y a guère possibilité de se méprendre sur ses intentions et sur son procédé : trouvant par trop incommode pour les membres de l'administration une réforme libérale et générale, écrite dans un texte de loi, il l'a tout simplement supprimée ; c'est ce que reconnaît un auteur éminent, et qui ne saurait être suspect de partialité en faveur de la suppression de la juridiction administrative ; « l'abrogation de l'article 75 de la constitution de l'an VIII est un leurre pour le public, et devient même pour les agents du gouvernement l'occasion d'une situation plus entièrement protégée que par le passé, si cette abrogation ne livre pas aux tribunaux judiciaires l'appréciation, si dangereuse qu'elle puisse être,

des actes des administrateurs dont se plaignent les administrés » (1).

Mais les partisans du maintien de la juridiction administrative ne vont-ils pas être tentés de dire : soit, la décision du Tribunal des Conflits n'est-elle pas conforme à la loi ; mais qu'est-ce que cela prouve en faveur de la doctrine de la suppression des tribunaux administratifs ? est-ce leur faute si une pareille jurisprudence est venue se substituer à la loi ? cette jurisprudence n'est-elle pas celle du Tribunal des Conflits, c'est-à-dire d'un tribunal mixte et non d'un tribunal administratif ? Une telle objection bien que spécieuse, serait fort mal fondée ; tout d'abord il est permis de contester le caractère soi-disant mixte du Tribunal des Conflits ; il est possible, sans qu'on puisse pourtant être très affirmatif sur ce point, que dans l'espèce particulière qui nous occupe le partage de voix se soit produit au sein du tribunal et que la décision du 26 juillet 1873 n'émane en réalité que du ministre qui présidait avec voix prépondérante ; ce fait n'est pas certain, mais il est fort à craindre ; en tous cas il est à suspecter que l'influence de ce fonctionnaire a dû se faire sentir d'une façon particulièrement énergique dans la solution donnée à cette question qui surexcitait à un si haut degré l'intérêt personnel de tous les membres de l'administration active ; cela n'est-il pas déplorable et contraire aux données de la justice la plus élémentaire ? Mais il y a plus, et l'on peut affirmer que l'existence de la juridiction administra-

1. Ducrocq, *l. c.*, n. 16, tome 1, n. 689 bis, p. 650.

tive est la cause indirecte de la solution donnée par l'arrêt du 26 juillet 1873 : car cet arrêt, pour éluder le décret loi du 19 septembre 1870, s'est appuyé sur la règle de la séparation des deux ordres de juridictions ; si la juridiction administrative n'avait pas existé en 1873, ce motif n'aurait pas pu être mis en avant ; le Tribunal des Conflits lui-même, n'ayant aucune raison d'être, n'aurait pas été créé par la loi du 24 mai 1872, et les dispositions du décret-loi du 19 septembre 1870 auraient été respectées.

Ce sont ces mêmes critiques que l'on peut faire valoir, encore avec plus de force, à l'encontre de la théorie des actes de gouvernement.

b. La théorie des actes de gouvernement (1). — Il importe grandement de ne pas confondre l'acte de gouvernement avec l'acte administratif : tandis que celle-ci donne lieu à un recours contentieux, celui-là n'engendre qu'un simple recours hiérarchique. C'est ce que reconnaît formellement l'article 26 de la loi organique du 24 mai 1872 qui a reproduit l'article 47 de la loi du 3 mars 1849 ; il est ainsi conçu. « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendraient

1. Poitou, *l. c.*, n. 35, pp. 223 à 242. Picot, *l. c.*, n. 34, pp. 225 et 226. Odilon Barrot, *l. c.*, n. 6, pp. 91 à 101. Aucoc, *l. c.*, n. 2, tome 1, p. 380. Aucoc, *l. c.*, n. 4. Glasson, *l. c.*, n. 23, pp. 503 et 504. Bernard, *l. c.*, n. 7, tome 44, pp. 449 et 452. Ducrocq, *l. c.*, n. 16, tome 1, n. 248. Laferrière, *l. c.*, n. 27, tome 2, pp. 30 à 64. Charles Constant, *l. c.*, n. 10. Un magistrat, *l. c.*, n. 38. Boullaire, *l. c.*, n. 8, pp. 42 et 43.

pas au contentieux administratif... ». Mais ce texte, tout en indiquant que la distinction existe, garde le silence à propos des bases sur lesquelles elle repose ; la question de savoir à quels signes caractéristiques on reconnaît l'acte gouvernemental de l'acte administratif offre cependant un intérêt pratique de premier ordre. Bien des définitions ont été tentées ; pour nous le gouvernement se distingue de l'administration dans ce fait qu'il a pour mission de représenter la France à l'extérieur, et de présider à l'intérieur aux rapports des divers pouvoirs publics constitués, tandis que l'administration a pour objet d'assurer la marche régulière et normale des divers services publics et de veiller à l'exécution des lois et au maintien de l'ordre et de la police à l'intérieur. On peut donc ranger les actes gouvernementaux en deux catégories : dans la première rentrent les actes de gouvernement relatifs aux rapports de la France avec les puissances étrangères, tels que les traités, les relations internationales, le droit d'expulsion diplomatique, les faits de guerre ; dans la seconde se placent les actes par lesquels le gouvernement préside aux rapports des divers pouvoirs publics à l'intérieur, tels que les décrets qui prononcent l'ouverture ou la clôture des sessions des Chambres législatives, les décrets relatifs au choix des ministres, les décrets de nomination des magistrats. L'acte de gouvernement résulte donc de sa nature même ; il ne réside pas seulement dans le mobile qui l'a fait accomplir : c'est le principe essentiel qui est reconnu par la doctrine à peu près unanime des auteurs, à quelque partie qu'ils appartiennent.

C'est ce même principe qui est au contraire méconnu absolument par la jurisprudence administrative : pour elle, l'acte de gouvernement est tel uniquement lorsqu'il a été inspiré par un mobile politique ; avec une pareille théorie, il est facile de transformer arbitrairement un acte administratif en un acte de gouvernement, car il suffit que l'auteur de l'acte veuille qu'il en soit ainsi.

Ainsi entendue, la théorie des actes de gouvernement avait trouvé déjà quelques applications sous la Restauration et sous la monarchie de juillet : des arrêts du Conseil d'Etat du 1 mai 1822 (Laffitte), du 5 décembre 1838 (duchesse de Saint-Leu), et du 22 août 1844 (prince Louis-Napoléon) l'avaient inaugurée à l'égard de certains membres des dynasties déchues.

Mais c'est sous le second Empire que cette théorie a trouvé son développement, et sa première formule ; les deux applications les plus célèbres ont été faites par l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 juin 1852 (princes d'Orléans), et par l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 mai 1867 (duc d'Aumale). La première de ces décisions, suscitée par l'exécution du décret du 22 janvier 1852, qui réunissait au domaine de l'Etat les biens de la famille d'Orléans compris dans la donation faite par Louis-Philippe à ses enfants le 7 août 1830 considéra « que le décret du 22 janvier 1852 est *un acte politique et de gouvernement* dont l'exécution et les effets ne peuvent être soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire ». Dans la seconde affaire, il s'agissait d'une saisie administrative pratiquée illégalement par le préfet de police sur l'ordre du ministre de l'Intérieur à l'encontre

d'un livre du duc d'Aumale, l'Histoire des princes de Condé ; l'auteur et l'éditeur de l'ouvrage avaient d'abord intenté une action devant les tribunaux judiciaires ; ceux-ci s'étaient déclarés incompétents, et à notre avis c'était leur devoir, étant donné qu'il s'agissait d'apprécier la légalité d'un acte administratif, et que la règle universellement reçue en pratique de la séparation des deux ordres de juridictions formait obstacle à l'exercice d'un pareil pouvoir ; espérant du moins trouver leur juge dans la juridiction administrative, les plaignants portèrent leur réclamation devant le Conseil d'Etat ; le déni de toute justice fut complet, lorsque celui-ci eut déclaré dans son arrêt du 9 mai 1867 « que ces mesures sont des *actes politiques* qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoirs en notre Conseil d'Etat au contentieux ». Le ministre de l'Intérieur de cette époque avait qualifié l'acte d'une autre manière en l'appelant *un acte de haute police administrative*.

Les mêmes faits se sont reproduits de nos jours, sous le régime actuel, et cela d'une façon plus frappante encore s'il est possible. Les décrets du 29 mars 1880 vinrent prononcer la dissolution des congrégations religieuses non autorisées ; l'exécution de ces décrets entraîna des mesures d'expulsion ; les membres de ces congrégations et les propriétaires des locaux occupés par elles intentèrent devant les tribunaux judiciaires soit des actions civiles, soit des actions criminelles contre les fonctionnaires pour attentat à la propriété privée et pour violation de domicile ; en toutes ces matières le conflit

fut élevé, et confirmé par une série d'arrêts du Tribunal des Conflits rendus au cours des années 1880 et 1881. Ces faits sont-ils conformes à la loi ? En ce qui touche les actions civiles en dommages-intérêts et en réintégration de domicile, nous croyons que les tribunaux judiciaires devaient se déclarer incompétents ; c'est ce que firent un certain nombre d'entre eux (1) ; mais la plupart affirmèrent au contraire leur compétence (2). Beaucoup d'auteurs qui comptent même parmi les partisans de la juridiction administrative entendent justifier cette solution par ce motif qu'il importe que dans un État civilisé l'affaire qui n'appartient pas à la connaissance des tribunaux administratifs appartienne à celle des tribunaux judiciaires afin que les particuliers trouvent une justice quelque part. Cette opinion nous semble inadmissible ; il en serait ainsi alors même qu'il s'agirait d'un acte de gouvernement véritable ; à plus forte raison doit-il en être de même lorsque, comme dans l'espèce, il ne s'agit en réalité que d'un acte administratif inspiré par un mobile politique, car le mobile ne saurait changer la nature de l'acte ; et à la différence de l'acte de gouvernement véritable, qui échappe au contrôle de toute juridiction, l'acte administratif rentre dans le contentieux administratif ; comme il s'agit d'en apprécier la légalité, la juridiction administrative est seule compétente à cet égard, c'est là du moins la conséquence de la fameuse règle de la sépa-

1. Sirey, 1881, 2, 206.

2. Sirey, 1881, 2, 193.

ration des deux ordres de juridictions que l'on fait à peu près universellement découler du texte de l'article 13, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790 ; c'est, en effet, cette disposition qui est visée par tous les arrêts du Tribunal des Conflits de 1880 et de 1881. On ne pourrait soutenir le contraire que, si, comme nous l'avons fait nous-mêmes, l'on niait l'existence de cette règle dans notre législation, et l'on prétendait, avec raison du reste à notre avis, que les tribunaux judiciaires sont les juges naturels et de droit commun en matière administrative comme en toute autre matière, à l'égard de tous les litiges qui ne leur sont pas enlevés expressément par un texte de loi ; c'est en effet cette thèse qui a été admise par les considérants des jugements du tribunal civil de Nancy du 15 juillet 1880, du tribunal civil de Nantes du 18 juillet 1880, et surtout du tribunal civil de Rouen du 4 août 1880 (1), qui avaient affirmé la compétence judiciaire dans ces procès ; mais c'étaient là des décisions isolées, bien hardies, et qui ne devaient trouver aucune chance de succès devant la règle quasi-légale de la séparation des deux ordres de juridictions, résultat d'une jurisprudence constante observée à l'égal de la loi dans la pratique ; on peut même s'étonner qu'en présence de cette jurisprudence presque séculaire, de simples tribunaux d'arrondissement aient fait preuve d'une indépendance si grande pour ne pas craindre de s'élever contre elle, et oser revenir aux vrais principes du droit complètement perdus de vue jusque-là. Ainsi si l'on se place au point de vue de la

1. Sirey, 1881, 2, 202, 203 et 204.

pratique courante, et de la jurisprudence acceptée sans contestation sérieuse à cette époque, il faut reconnaître que relativement aux actions civiles qui furent alors intentées, les tribunaux judiciaires devaient décliner leur compétence : ils ne l'ont pas tous fait, l'élévation et la confirmation du conflit pouvaient donc se justifier sur ce point.

Mais il en est tout autrement en matière criminelle ; ici nous assistons à une violation évidente de la loi ; l'article 1 de l'ordonnance du 1 juin 1828 est ainsi conçu : « A l'avenir le conflit d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative ne sera jamais élevé en matière criminelle » ; ce texte est absolu, général, et d'une clarté qui ne prête à aucune équivoque possible. Et cependant le conflit a été élevé en cette matière, et il a été validé par plusieurs jugements du Tribunal des Conflits du 22 décembre 1880, du 29 janvier 1881, du 12 mars 1881 (1), et du 2 avril 1881 (2), en tout huit décisions.

Telles sont les principales applications de cette triste et funeste théorie des actes de gouvernement. Ce qui est curieux de remarquer à ce propos, c'est que dans la plupart des cas où elle est intervenue, l'acte accompli par le gouvernement n'était en rien contraire à la loi : c'est dans l'affaire de l'Histoire des princes de Condé, et dans quelques autres hypothèses fort analogues, que l'acte de l'administration était illégal ; mais précisément dans ces espèces le gouvernement a fini par reconnaître de lui-même ses torts ; c'est

1. Sirey, 1882, 3, 57, 74 et 75.

2. Sirey, 1883, 3, 1.

ainsi qu'en 1869 l'Empire restitua au duc d'Aumale les exemplaires saisis avec des offres de dommages-intérêts. Dans les autres procès, le gouvernement avait au contraire pris des mesures parfaitement conformes à la légalité : c'est ainsi que le décret du 22 janvier 1852 pouvait s'autoriser d'un principe de droit public généralement reconnu pour annuler la donation des biens du domaine de l'État faite par le roi Louis-Philippe à ses enfants ; de même, et bien que la question ait été chaleureusement discutée, les décrets du 29 mars 1880 nous paraissent avoir été rendus en vertu des pouvoirs que conféraient au pouvoir exécutif non seulement les précédents traditionnels de l'ancien régime, mais même des textes de lois formelles encore en vigueur, tels que l'article 1 de la loi des 13-19 février 1790, l'article 11 de la loi du 18 germinal an X, le décret-loi du 3 messidor an XII, les articles 291 et 292 du Code Pénal, et la loi du 10 avril 1834. En accomplissant de pareils actes administratifs, le pouvoir exécutif agissait dans la limite légale de ses pouvoirs ; mais ce qu'il n'avait pas le droit de faire, c'était de se soustraire au contrôle de toute juridiction et de se constituer seul juge de la validité de ses actes.

Une semblable théorie est bien redoutable pour la sûreté des citoyens, et pour l'existence de la liberté civile : avec elle chacun peut à juste titre se sentir à tout instant menacé dans sa personne ou dans ses biens, et tous peuvent trembler d'être un jour victimes d'un acte arbitraire et de despotisme, car il n'y a plus de justice que sous le bon vouloir de l'administration ; rien n'est plus simple, puisque pour faire

échapper l'acte administratif à tout contrôle juridictionnel, à tout recours contentieux, il suffit de lui donner une autre qualification, et de l'appeler *Acte de haute police, Acte politique, Acte de gouvernement*.

C'est encore la juridiction administrative qui est la cause indirecte de cette théorie : si cette juridiction n'avait pas existé en 1880, le Tribunal des Conflits n'aurait pas pu l'asseoir sur la règle de la séparation des deux ordres de juridictions, et sur l'article 13, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790, qui dans la pratique, mettent obstacle à ce que les tribunaux judiciaires puissent apprécier la légalité des actes émanés de l'administration. Le Tribunal des Conflits lui-même, n'ayant aucune raison d'exister si la juridiction administrative avait été supprimée, n'aurait pas été appelé à statuer sur cette question, qui aurait été tranchée par la Cour de Cassation ; et il convient d'ajouter qu'ici il est notoire que le ministre président du Tribunal des Conflits en 1880 et 1881 a exercé son influence d'une manière tout particulièrement puissante dans les décisions prises au cours de ces deux années ; une décision de cette juridiction en date du 14 janvier 1880 (1), indique même assez clairement que le partage d'opinion s'est produit au sein du tribunal et que le ministre avec sa voix prépondérante a dû s'exercer ses pouvoirs de juge départiteur ; cette sentence commence en effet par ces termes. « Le Tribunal des Conflits... vidant le partage déclaré dans la séance du 10 janvier 1880... »

1. Sirey, 1881, 3, 39.

Ainsi dans une question aussi grave, c'est le ministre seul qui a statué. Le Conseil d'État lui aussi s'est associé à cette jurisprudence aux diverses époques où il a été appelé à statuer ; toutefois il est juste de remarquer qu'il semble être entré dans une voie nouvelle et meilleure par son arrêt du 20 mai 1887 (1), qui a déclaré recevable le recours formé devant lui par des princes des familles d'Orléans et Murat contre des décisions du ministre de la guerre qui les avaient rayés des contrôles de l'armée. Mais n'y a-t-il pas là seulement une solution d'espèce, et la théorie des actes du gouvernement ne subsiste-elle pas toujours menaçante pour la garantie des droits individuels ?

c. La coexistence des deux ordres de juridictions. — On peut invoquer en faveur de la suppression de la juridiction administrative un dernier exemple pratique qui est peut-être plus probant encore que les précédents : car il montre qu'alors même que les tribunaux administratifs seraient réformés et entourés des mêmes garanties d'indépendance que les tribunaux judiciaires, la coexistence de deux ordres de juridictions séparées et n'ayant à leur tête aucun supérieur hiérarchique commun constitue un danger social des plus graves.

Cet exemple est tiré des faits suivants qui se sont passés pendant la guerre de Crimée : un armateur de Fécamp avait loué à l'État l'un de ses navires, nommé l'Iris, en vue de transporter des vivres et des munitions

1. Sirey, 1889, 3, 19.

dans le port de ravitaillement de Kamiesch ; cet armateur avait assuré son navire à une compagnie d'assurances contre les risques de mer, et à l'Etat lui-même contre les risques de guerre ; le navire l'Iris ne put pas arriver à Kamiesch ; poussé par la tempête, qui ne lui avait fait du reste subir aucune avarie, devant le fort de Sébastopol, il fut coulé par les canons de cette place ; l'armateur intenta une action contre la compagnie d'assurances devant le tribunal de Fécamp, celui-ci et à sa suite la cour de Rouen décidèrent qu'il n'y avait pas eu risque de mer et par conséquent que la compagnie n'était pas responsable ; se retournant alors contre l'Etat, l'armateur porta son action d'abord devant le ministre compétent, puis en appel devant le Conseil d'Etat ; ceux-ci jugèrent qu'il n'y avait pas eu risque de guerre et qu'en conséquence l'Etat était irresponsable.

En réalité, dans cette affaire, et de l'avis des jurisconsultes les plus autorisés (1), les principes de cette matière auraient dû conduire à reconnaître qu'il y avait eu risque de guerre ; l'administration s'était donc ici encore illégalement déchargée de toute responsabilité.

Mais il faut aller plus loin : à supposer même que dans cette affaire la juridiction administrative ait statué avec une impartialité égale à celle des tribunaux judiciaires ; à supposer même que ce soit la décision de ces derniers qui constituait une erreur juridique, il n'est pas moins vrai que le défaut de juridiction supérieure commune entraîna un

1. Lyon-Caen et Renault, *l. c.*, n. 28, tome 2, p. 356, note 2.

véritable déni de justice : c'est par suite d'une erreur involontaire et commise de bonne foi que les deux juridictions, chacune dans leur sphère, avaient décidé qu'il n'y avait ni risques de mer, ni risques de guerre, soit ; mais il est certain pourtant qu'il y avait l'un des deux ; et il n'existait aucun tribunal pour dire de quel côté était l'erreur ; le résultat définitif fut que l'armateur, qui avait pris toutes les précautions voulues pour être indemnisé au moins une fois en cas de perte de son bâtiment, ne reçut aucune indemnité.

Il n'y avait pas à songer ici à saisir de cette contestation le tribunal chargé de statuer sur les conflits, le Conseil d'Etat à cette époque, pas plus que, si la question se reproduisait de nos jours, il n'y aurait possibilité d'en saisir le Tribunal des Conflits : en effet, ce tribunal a pour unique mission de statuer sur les conflits de compétence, nullement sur les conflits de faits, et l'on ne saurait raisonnablement désirer que cette attribution nouvelle lui soit donnée ; dans l'affaire du navire l'Iris, les deux juridictions étaient l'une et l'autre compétentes, chacune en ce qui la concernait ; le conflit était donc hors de cause ; en outre, même s'il pouvait en être autrement, le droit d'élever le conflit appartient exclusivement à l'administration active ; en de semblables matières il est fort à redouter que celle-ci s'abstiendrait d'invoquer son droit. Sans doute, cette affaire, heureusement, constitue un fait isolé. Mais, outre qu'il est à craindre de voir se présenter de nouvelles situations analogues, cet exemple n'est-il pas de nature à nous faire en quelque sorte toucher du

doigt le vice essentiel du système ? Par là n'est-on pas tout naturellement amené à dire que dans un même pays il ne saurait y avoir deux justices différentes, faute de quoi l'on risque de n'en trouver aucune ? Avec la suppression de la juridiction administrative, une injustice aussi criante serait impossible : à la vérité, pas plus que le Tribunal des Conflits, la Cour de Cassation ne pourrait se prononcer directement sur ces conflits de faits, car elle a pour unique mission de juger si la loi a été bien ou mal appliquée par les tribunaux inférieurs ; c'est à ces derniers qu'appartient souverainement le droit de décider quels sont les faits du procès ; même si la juridiction administrative était supprimée, de pareils conflits de faits seraient susceptibles de se reproduire ; il suffit par exemple de supposer deux tribunaux judiciaires compétemment saisis l'un et l'autre, ce qui est fort possible ; comme la Cour de Cassation ne pourra pas être appelée à statuer, il semble que la suppression des tribunaux administratifs ne réaliserait aucun progrès, et n'empêcherait pas les mêmes inconvénients pratiques, les mêmes dénis de justice de se produire ; mais ce n'est là qu'une apparence, et en réalité il n'en est rien ; car s'il est exact que l'individu ne pourrait pas saisir directement la Cour de Cassation du litige à double face en question, il trouverait du moins le moyen assuré d'avoir un juge unique dans les exceptions et dans les voies de recours du droit commun, notamment dans l'exception de connexité, et dans la demande en règlement de juges.

Ainsi la doctrine de la suppression nous apparaît comme

étant fort séduisante : elle nous confirme dans l'idée que la juridiction administrative est une institution contraire à la justice et à la raison, les exemples pratiques qu'elle peut invoquer à cet égard sont surtout saisissants, ils sont à notre avis la meilleure condamnation de la doctrine du maintien. « Dans un pays où de tels événements se passent, peu importe que l'Empire soit debout, ou que la République lui ait succédé, les mœurs sont identiques, et on peut affirmer que, si la conscience publique n'est pas soulevée, l'idée du droit est en déclin » (1). La doctrine de la suppression a pour elle un autre mérite : celui de la simplicité. Néanmoins nous ne pensons pas que ce système doive ni puisse être adopté purement et simplement. Tout d'abord, malgré sa supériorité incontestable à nos yeux sur la doctrine du maintien, nous avons déjà vu qu'il ne répond pas à toutes les raisons mises en avant par cette dernière ; celle-ci à un certain point de vue peut se flatter d'être plus libérale, car la suppression de la juridiction administrative entraîne la disparition du recours pour excès de pouvoirs ; en outre ce système méconnaît entièrement le principe fondamental, à notre avis, de la nécessité de la spécialisation des connaissances, pratiqué plus ou moins par tous les Etats, grands ou petits, qui admettent le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire. Enfin et surtout, il n'a jamais fonctionné en France : à ce titre il est suspect de mal fonctionner et d'être en opposition avec le génie propre à la

1. Picot, *l. c.*, n. 34, p. 226.

nation ; or pour qu'un système soit bon, il ne suffit pas qu'il soit conforme à la justice et à la raison, il faut encore qu'il soit approprié aux mœurs du peuple auquel il est destiné. La suppression radicale de la juridiction administrative, dont les attributions seraient transférées aux tribunaux civils, ne peut donc pas, croyons-nous, être admise plus que son maintien pur et simple. Dès lors la vraie solution ne va-t-elle pas consister dans l'adoption d'une doctrine intermédiaire, celle de la transformation ?

III

DOCTRINE DE LA TRANSFORMATION.

Cette doctrine invoque à peu près les mêmes arguments que la précédente ; les moyens sont identiques, les résultats seuls différents ; au lieu de supprimer, on transforme. Cette opinion présente le mérite de tenir compte d'une idée juste, méconnue par le système de la suppression : la nécessité d'appliquer la loi de la division du travail, et d'exiger des connaissances spéciales chez le juge administratif. Elle offre en outre l'avantage de mettre en application les principes de justice méprisés par le système du maintien ; elle assure en effet les conditions d'indépendance et d'impartialité chez le juge administratif. De cette façon en empruntant aux deux doctrines extrêmes des idées justes, bien qu'opposées, les partisans de ce système se flattent de concilier les deux partis inverses en se plaçant sur un terrain intermédiaire

et de corriger ainsi ce que chacun d'eux peut avoir de trop absolu.

Cette doctrine de la transformation y parvient en effet dans une certaine mesure, mais non d'une façon complète. De même qu'elle participe à certaines des qualités des deux doctrines extrêmes, de même elle participe aussi de certains des défauts de l'une et de l'autre. Et d'abord comme la doctrine de la suppression, elle entraîne la disparition du recours pour excès de pouvoirs, car celui-ci ne saurait être porté devant une juridiction autre que celle qui se compose de fonctionnaires ; il semble donc que la doctrine du maintien peut encore se dire plus libérale que toute autre sur ce point. D'un autre côté, comme cette dernière, ce système intermédiaire est de nature à laisser subsister dans quelques cas, qui pour être rares ne sont pas moins graves, de véritables dénis de justice : en effet dans cette opinion le Tribunal des Conflits subsiste, il est vrai que étant transformé il offrirait aux particuliers plus de garanties de bonne justice, néanmoins on conçoit que c'est encore la porte ouverte à la tentation pour le pouvoir exécutif d'exercer toutes les influences dont il dispose en vue de restreindre le domaine des tribunaux ordinaires au profit soit de celui des tribunaux administratifs, soit, ce qui serait plus grave, de celui de l'administration active elle-même ; en outre on pourrait encore, du moins si la transformation laisse subsister séparément et côte à côte les deux ordres de juridiction sans Cour supérieure commune, craindre de voir se renouveler des faits analogues à

ceux qui se sont accomplis dans l'affaire du navire l'Iris. Enfin la doctrine de la transformation présente à nos yeux un dernier vice capital, qui tient à un autre ordre d'idées : elle n'a jamais été formulée par personne d'une façon d'ensemble ; les uns se sont préoccupés à peu près exclusivement des questions d'organisation (1), les autres n'ont envisagé que le problème de la répartition des attributions respectives entre les tribunaux administratifs et les tribunaux ordinaires (2). La transformation de la juridiction administrative réaliserait un grand et sérieux progrès ; mais nous croyons qu'il y aurait encore mieux à faire.

Nous sommes donc amenés à proposer nous-mêmes un système nouveau qui, en essayant de satisfaire à la part de vérité contenue dans chacune des trois doctrines précédentes, cherche en même temps à éviter les écueils qu'elles présentent ; ce système doit donc faire en sorte d'être tout à la fois rationnel et juste ; pratique et conforme au sentiment national. Il peut être caractérisé un système de transformation accentuée et mélangée de suppression.

1. Dubois, *l. c.*, n. 15, pp. 49 à 55. Picot, *l. c.*, n. 34, pp. 222 à 226. Poitou, *l. c.*, n. 35, pp. 299 à 318.

2. Milcent, *l. c.*, n. 32. Droz, *l. c.*, n. 14.

IV

LE SYSTÈME PROPOSÉ.

§ 1. — *Domaine d'application de la juridiction administrative.*

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. — Si nous désirons maintenir des tribunaux administratifs à côté des tribunaux ordinaires, ce n'est pas dans le sens que l'on attribue chez nous à l'heure actuelle à ces expressions. Il ne s'agit pas d'opposer les tribunaux administratifs aux tribunaux judiciaires : on peut seulement les opposer aux tribunaux civils ; mais les uns comme les autres doivent être des tribunaux judiciaires ; par définition même tout tribunal, quel qu'il soit, doit, pour mériter ce titre, être un tribunal judiciaire ; car par la nature la justice est une ; pour être la justice, elle doit être la même pour tous, et c'est avec raison que l'on a longtemps considéré en Allemagne, dans une opinion qui compte encore quelques défenseurs, que l'idée d'une « Justice administrative » impliquait une contradiction dans les termes. Le système de la suppression qui transporte les attributions de la juridiction administrative aux tribunaux ordinaires réaliserait cette idée, mais nous avons vu qu'il ne doit pas être adopté surtout par ce motif qu'il n'a jamais été pratiqué en France ni même dans aucun autre pays.

Mais il est possible d'aboutir au même résultat par une autre voie. Il n'y a pour cela qu'à adopter dans ses grandes lignes le système Belge, qui est suivi du reste dans d'autres Etats, tels que la Hollande, la Grèce, la Roumanie et le Danemark. S'inspirant de cette pensée que les tribunaux administratifs, dont l'existence est nécessitée par le besoin économique de la division du travail, ne peuvent se justifier que s'ils rentrent dans l'organisation judiciaire générale, cette législation peut être ainsi résumée : les tribunaux civils sont les juges naturels et de droit commun de tous les litiges, de quelque nature qu'ils soient ; d'un autre côté des tribunaux spéciaux sont institués par la loi pour trancher les litiges administratifs les plus importants ; enfin ces tribunaux spéciaux restent des tribunaux judiciaires, car ils sont comme tous les autres soumis au contrôle supérieur de la Cour de Cassation, juridiction suprême qui est à la tête du pouvoir judiciaire.

Ce système a déjà été proposé chez nous (1) ; pour l'adapter aux besoins d'un grand pays comme la France il suffirait de le modifier légèrement en le généralisant : et d'abord ne serait-il pas d'une extrême simplicité que les tribunaux civils fussent regardés comme les juges de droit commun même en matière administrative ? Il n'y aurait pour cela qu'à interpréter sainement les textes encore en vigueur, et qu'à donner le sens naturel qu'elle comporte à notre législation, telle qu'elle résulte no-

1. Dubois, *l. c.*, n. 15, pp. 49 à 55. Picot, *l. c.*, n. 34, pp. 222 à 226.

tamment de l'article 17, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790, et des articles 6 et 9 de l'ordonnance du 1 juin 1828. Des tribunaux spéciaux devraient en outre être institués en vue de juger les litiges administratifs les plus importants; mais tandis que la Belgique et les autres puissances d'ordre secondaire qui ont une législation analogue n'admettent pour ainsi dire que par exception de semblables tribunaux spéciaux, qui sont en très petit nombre, il conviendrait au contraire d'instituer chez nous des tribunaux administratifs en quelque sorte généraux, ce qui pourrait être réalisé en créant une Cour d'appel administrative unique pour toute la France, et des tribunaux administratifs de première instance répartis dans chaque circonscription territoriale déterminée, par exemple dans chaque département; enfin ces tribunaux administratifs ne devraient pas cesser d'être des tribunaux judiciaires; à cet effet, il serait facile de créer à la Cour de Cassation une quatrième chambre, dite Chambre administrative.

Un pareil système nous paraît être à la différence de celui de la suppression radicale, et même de celui du maintien pur et simple, le seul conforme avec le sentiment national français. Nous avons déjà suffisamment établi, croyons-nous, que la juridiction administrative, telle qu'elle existe chez nous, n'est qu'une invention du despotisme: pendant une longue série de siècles, elle a été inconnue dans notre pays; les Chambres des Comptes, la Cour des Monnaies, la Cour des Aides, etc., le Grand Conseil lui-même n'étaient que des tribunaux judiciaires spéciaux

institués pour juger certains litiges administratifs ; c'étaient des juridictions souveraines, dont les arrêts, comme ceux des Parlements eux-mêmes, étaient soumis au contrôle supérieur de cassation exercé alors par le Conseil du roi ; c'est seulement au commencement du xvii^e siècle, tout au plus à la fin du xvi^e, lorsque la royauté absolue eut définitivement triomphé, que naquit la juridiction administrative proprement dite ; encore faut-il observer qu'un certain nombre des juridictions antérieures subsistèrent avec leur caractère purement judiciaire jusqu'en 1789. Sous la Révolution, le comité de constitution proposa l'institution de tribunaux judiciaires d'administration ; c'était la généralisation du système pratiqué avant Richelieu : l'Assemblée Constituante crut devoir le repousser en haine des corps judiciaires, et dans la confiance que les particuliers trouveraient auprès des agents de l'administration active les mêmes garanties de bonne justice qu'auprès des juges, puisque les uns comme les autres étaient recrutés par l'élection populaire. Napoléon ne devait pas tarder à profiter de cette faute : avec ses tendances naturelles au despotisme ; il lui fut facile de restaurer les institutions des deux derniers siècles. Conservé soit par mollesse, soit par égoïsme politique, par les divers gouvernements successifs, c'est encore ce régime qui nous régit. Le système de la transformation que nous admettons sur ce point n'est donc pas nouveau en réalité, il ne fait que revenir aux véritables traditions nationales : avant le xvii^e siècle, les tribunaux administratifs étaient des juridictions souveraines, soumises à la Cour de Cas-

sation de l'époque ; n'est-il pas juste, n'est-il pas naturel qu'il en soit de même aujourd'hui ? De cette façon la loi générale de la division du travail sera observée et pourtant l'unité sera rétablie au sommet de l'échelle ; ainsi le pouvoir judiciaire, autrefois confondu avec la puissance royale, sera intact et entièrement distinct du pouvoir exécutif. C'est cette solution qu'avait admise dans sa troisième séance, en date du 26 octobre 1870, la commission d'organisation judiciaire instituée par le décret du 18 septembre 1870 en ce qui concerne la juridiction administrative ; il est intéressant de reproduire ici le résumé de cette séance remarquable.

« *Troisième séance.* — 26 octobre 1870. »

« Au début de la séance, M. Hérold donne lecture de
« trois propositions destinées à examiner le sentiment
« auquel la commission a paru s'arrêter à la dernière
« séance. La commission est d'avis : »

« 1° Que le contentieux administratif rentre dans le
« domaine de l'autorité judiciaire au même titre que les
« litiges civils, commerciaux ou criminels ; »

« 2° Que le principe de la séparation des pouvoirs, tel
« qu'il est entendu aujourd'hui, invoqué pour réserver à
« l'autorité administrative la connaissance du contentieux
« administratif, conduit au contraire à attribuer ce con-
« tentieux à l'autorité judiciaire ; »

« 3° Que, en conséquence, et quels que soient les tri-
« bunaux ordinaires ou spéciaux auxquels il peut y avoir
« lieu de confier, soit à un seul degré, soit à deux degrés
« l'examen des divers litiges administratifs, les décisions

« de ces tribunaux seront déférées au Tribunal Suprême
« ou Cour de Cassation pour violation de la loi, comme
« les décisions de tous les autres tribunaux. »

« Après différentes objections présentées par MM. Hé-
« lie, Arago, Valette, M. Hérold propose une nouvelle
« rédaction qu'il croit propre à satisfaire les différentes
« idées exprimées au cours de cette discussion ».

« Cette rédaction est celle-ci : »

« Il y a en France une Juridiction suprême unique sta-
« tuant sur les recours pour violation de la loi, tant en
« matière civile ou criminelle, qu'en matière contentieuse
« administrative ».

« Cette proposition mise aux voix est adoptée à l'una-
« nimité (1). »

Ainsi ce système est infiniment supérieur sous tous les rapports au système du maintien pur et simple de la juridiction administrative actuelle. C'est parce qu'il a déjà fonctionné pendant longtemps en France, et parce que dès lors sa résurrection et son nouveau fonctionnement ne seraient de nature à inspirer aucune inquiétude, qu'il nous paraît surtout de beaucoup préférable au système de la suppression radicale.

A la suite de cette vue d'ensemble portée sur la réforme qu'il conviendrait d'opérer, il importe de pénétrer plus avant dans les détails et dans les conséquences de cette

1. Résumé des séances de la commission d'organisation judiciaire instituée par le décret du 18 septembre 1870 en ce qui concerne la juridiction administrative (Extrait des papiers de M. Ernest Picard).

réforme. Les tribunaux administratifs étant ainsi transformés, comment la répartition des attributions entre ces tribunaux et les tribunaux civils devrait-elle être faite ?

Il est tout d'abord une réforme qui nous paraît désirable, et qui nous semble devoir s'imposer. Les tribunaux civils devraient toujours avoir le droit d'interpréter les actes administratifs et d'apprécier leur légalité lorsque l'application de ces actes intervient incidemment en vue de la solution d'un procès civil ou criminel dont ces tribunaux sont compétemment saisis. Il en est ainsi non seulement en Belgique, mais encore en Allemagne ; et cette dernière législation nous offre un enseignement précieux à recueillir : car nous avons vu qu'elle réserve avec un soin jaloux à l'administration active elle-même la solution de la plupart des contestations administratives, et néanmoins les tribunaux judiciaires ont le droit de juger les points incidents de droit administratif ; à plus forte raison devrait-il en être de même chez nous, même dans le régime actuel, et surtout avec le système de transformation qui ferait rentrer les tribunaux administratifs dans l'organisation judiciaire générale. D'ailleurs, ce droit que nous réclamons pour les tribunaux civils ne leur a été en réalité refusé par aucun texte formel : la prohibition de l'exercer a été déduite par la jurisprudence et la doctrine de la règle imaginaire de la séparation des deux ordres de juridictions, que l'on fait reposer bien à tort sur l'article 13, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790, et sur le principe de la séparation des pouvoirs lui-même. Quant à ce dernier, il ne saurait être invoqué contre nous :

en interprétant les actes administratifs et en appréciant leur légalité les tribunaux civils ne sortiraient pas du cercle de leurs attributions naturelles qui consistent à juger; ils ne feraient en aucune façon des actes d'administration, pas plus d'ailleurs que les tribunaux judiciaires administratifs, que nous voudrions voir institués; car en interprétant les lois, le pouvoir judiciaire s'ingère-t-il donc dans l'exercice du pouvoir législatif? nullement; dès lors comment pourrait-on dire qu'en interprétant les actes administratifs et en appréciant leur conformité à la loi, il s'immisce dans l'exercice du pouvoir exécutif?

Une autre réforme s'impose également. A l'heure actuelle il n'existe en France aucune ligne précise de démarcation rationnelle, ni même raisonnable, entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. C'est elle qu'il s'agit de chercher et de formuler. La plupart des législations étrangères sont, elles aussi, assez flottantes à ce sujet.

C'est à notre avis la Belgique et l'Autriche qui nous fournissent le modèle à suivre sur ce point. Ces États reconnaissent la distinction fondamentale entre le contentieux formé par les actes de la puissance publique, et le contentieux composé des actes de la personne morale. Tout en adoptant en principe cette manière de voir, nous croyons qu'il y aurait avantage à la formuler d'une façon plus large : devraient rentrer dans le contentieux administratif les procès dans lesquels l'administration est partie en cause à titre de puissance publique, et dans le contentieux judiciaire toutes les autres affaires. Avec

un pareil critérium, rigoureusement appliqué, la compétence des tribunaux administratifs se restreindra aux bornes mêmes de leur raison d'être ; ce sont seulement les litiges administratifs qui sont tels par nature, qui exigent la nécessité de connaissances spéciales ; c'est donc de ces litiges uniquement que doit se composer le contentieux administratif. Quelles sont ces affaires ? C'est ce que nous verrons plus loin, à propos de l'examen des attributions des tribunaux administratifs : c'est là que nous aurons à faire les applications du principe qui vient d'être posé.

Dans l'ordre d'idées qui nous occupe un dernier point reste à trancher : quels pouvoirs convient-il de reconnaître au profit de nos tribunaux administratifs ? Nous en faisons des tribunaux judiciaires, il ne faut pas l'oublier : dès lors il faut prendre garde de respecter le principe de la séparation des pouvoirs, et par suite d'empêcher que ces tribunaux administrent, sous prétexte de juger. Il est tout d'abord certain qu'ils ne pourront pas réformer l'acte administratif qui leur est soumis ; car autrement ils feraient eux-mêmes cet acte administratif, les juges deviendraient des administrateurs, et l'on retomberait dans la confusion des pouvoirs qu'il faut à tout prix éviter : car si un pareil système fonctionne en Angleterre et aux États-Unis, et s'il peut même constituer pour le premier de ces pays une condition de liberté, cela tient à un état général de décentralisation qu'il serait impossible de transplanter chez nous. Nos tribunaux administratifs vont-ils donc avoir simplement le

droit d'interpréter les actes administratifs, d'en apprécier la validité, et d'en refuser l'application sans pouvoir les annuler s'ils sont illégaux ? Tel est le système Belge, auquel nous avons déjà tant emprunté. Ici toutefois nous pensons qu'il y a lieu de l'écarter ; à notre avis c'est dans les pouvoirs accordés à la Cour de justice administrative autrichienne qu'il faut chercher la solution de notre question : elle a le droit d'annulation. Sans doute cette Cour est une véritable juridiction administrative distincte des tribunaux judiciaires, et dans la législation autrichienne cette attribution s'explique d'elle-même. Mais à notre sens, le fait de transporter ce droit d'annulation des actes administratifs à nos tribunaux judiciaires administratifs n'apporterait aucun échec réel au principe essentiel de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire : en effet en annulant l'acte reconnu illégal, ces tribunaux ne feraient rien autre chose que de tirer la conséquence juridique de la loi ; ils n'accompliraient en aucune façon des actes d'administration, puisque le pouvoir de réformer l'acte ou plutôt d'en refaire un nouveau resterait toujours aux agents de l'administration active.

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux. — Cette question, comme la précédente, met en jeu le principe de la séparation des pouvoirs. C'est seulement la violation d'un droit qui engendre le contentieux qu'il peut être permis de déférer à des tribunaux ; au contraire, la simple lésion d'un intérêt ne peut donner lieu qu'à un recours purement gracieux et

hiérarchique devant l'agent, auteur de l'acte, et devant ses supérieurs. Si à l'heure actuelle le recours pour excès de pouvoirs qui est fondé seulement sur la lésion d'un intérêt est traité par la loi comme un recours contentieux et jouit du bénéfice d'être porté devant le Conseil d'État, c'est parce que cette juridiction se compose de fonctionnaires. C'est ici que la doctrine du maintien pur et simple prétend arrêter celle de la transformation, aussi bien que celle de la suppression radicale ; nos tribunaux judiciaires administratifs, nous dira-t-on, pour peu qu'ils aient quelque souci de ne pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir exécutif, ne vont pas pouvoir connaître du recours pour excès de pouvoir ; celui-ci disparaîtra, et de contentieux qu'il était, il redeviendra purement gracieux.

L'objection contient une certaine part de vérité : il est très juste de dire que, en principe tout au moins, nos nouveaux tribunaux administratifs ne pourront pas statuer sur le recours pour excès de pouvoirs ; mais est-il aussi exact d'affirmer qu'il disparaîtra de notre législation et ne pourra plus être porté que devant les agents de l'administration active ? Cette dernière proposition est au contraire fausse, et il est possible de faire acquérir à l'individu des garanties qu'il ne possède pas encore sans lui faire perdre celles qu'il a déjà. Un auteur (1), partisan de la suppression absolue de la juridiction administrative, a déjà répondu à l'objection de la manière suivante : tout en enlevant le contentieux aux tribunaux administra-

1. Fuzier-Herman, *l. c.*, n. 20, pp. 483 et 484, 493 et 494.

tifs actuels, ne serait-il pas fort simple d'excepter de cette translation du contentieux administratif aux tribunaux judiciaires le recours pour excès de pouvoirs qui resterait soumis au Conseil d'Etat, précisément parce que de sa nature il n'est pas contentieux ?

Cette réponse est certainement séduisante, et en principe nous l'adoptons ; cependant à notre avis une analyse plus pénétrante du caractère intime du recours pour excès de pouvoirs doit nous conduire à une solution encore plus juste : ce recours peut être fondé sur des moyens différents ; a-t-il donc exactement la même nature dans tous les cas ? Il n'en est rien à notre sens : en effet, lorsqu'il prend sa cause dans la violation de la loi, dans l'incompétence ou dans l'inobservation des formes substantielles, ne repose-t-il pas en réalité sur la violation d'un droit ? Il est donc contentieux de sa nature ; dès lors quel inconvénient y aurait-il à ce que nos tribunaux judiciaires administratifs pussent en connaître en vue d'annuler l'acte qui a violé un droit privé ? Aucun principe, aucune raison ne s'y opposerait. Au contraire, lorsque ce recours tire son moyen de l'abus ou détournement de pouvoirs, il repose sur la simple lésion d'un intérêt ; de sa nature il est alors purement gracieux ; les principes exigeraient donc qu'il relevât de l'administration active ; mais puisque le progrès existe déjà chez nous en cette matière, pourquoi donc dans ce cas particulier le Conseil d'Etat ne pourrait-il pas se substituer au chef du pouvoir exécutif et prononcer sur ce recours, en statuant du reste toujours comme conseil ayant un pouvoir

propre de rendre des décrets sur ce point, mais jamais comme tribunal pouvant rendre des arrêts ? De cette façon la garantie individuelle ne perdrait rien, et elle gagnerait au contraire beaucoup.

§ 2. — *Les divers tribunaux administratifs.*

a. Organisation.

La France, l'Espagne et l'Italie sont les seuls pays dans lesquels les tribunaux administratifs se trouvent confondus avec des Conseils d'administration, et par suite se composent uniquement de fonctionnaires amovibles et révocables au gré du gouvernement; encore avons-nous vu que l'Espagne commence à réagir contre cette tendance. Il s'agirait donc de séparer les tribunaux administratifs des conseils et de leur conférer l'inamovibilité; de cette façon on aurait de véritables tribunaux, et non pas seulement des conseils qui jugent. En agissant de la sorte, on ne ferait d'ailleurs que revenir aux vraies traditions pratiquées avant le xvii^e siècle.

Une semblable réforme était déjà demandée sous la Restauration par des hommes éminents (1). Il y aurait donc lieu de créer une Cour d'appel administrative et des tribunaux administratifs de première instance, tous soumis au contrôle suprême de la Cour de Cassation. À côté de ces tribunaux administratifs généraux, devraient né-

1. Duvergier de Hauranne, *l. c.*, n. 17, tome 1, pp. 290 et 291. Macarel, *l. c.*, n. 29, pp. 481 à 525. De Cormenin, *l. c.*, n. 11.

cessairement subsister quelques tribunaux administratifs spéciaux reliés eux aussi au sommet à la Cour suprême : tel serait le cas de la Cour des Comptes, qu'il suffirait de maintenir telle qu'elle est puisqu'elle jouit déjà de l'immovibilité ; ce maintien se justifie par la spécialité des questions et par l'expérience : la Cour des Comptes depuis qu'elle a été créée n'a jamais cessé d'exister chez nous sous ce nom ou sous un autre ; il n'en a été autrement que sous la période révolutionnaire qui connut un système dont les résultats sont peu enviables ; les pays qui ont supprimé ou qui ne connaissent pas les tribunaux administratifs généraux ont cependant une Cour des Comptes : tels sont l'Italie et la Belgique ; il en a été de même en Espagne dans la période comprise en 1868 et 1875 (1).

Quant à la juridiction exercée par les administrateurs actifs, elle ne trouve même plus de défenseurs aujourd'hui parmi les partisans de la juridiction administrative, et elle tend à disparaître tous les jours de plus en plus de tous les pays vraiment civilisés (2) : elle devrait donc être entièrement abolie.

A côté de la situation qu'il convient de faire aux juges administratifs une fois nommés, se place la question du mode de recrutement de ces juges. Sous ce rapport, il n'y aurait lieu, croyons-nous, d'apporter aucune modification à l'état de choses actuel. Sans doute, en Allemagne, les tribunaux administratifs inférieurs émanent de

1. Marcé *l. c.*, n. 31, p. 255.

2. Laferrière, *l. c.*, n. 27, tome 1, p. 103.

l'élection populaire ; mais c'est qu'ils se confondent avec les conseils locaux, c'est un système que nous venons de rejeter ; en outre, en fût-il autrement, le système de l'élection appliqué aux juges est en lui-même déplorable ; l'expérience tentée chez nous sous la Révolution, et encore de nos jours aux États-Unis et en Suisse, nous en fait voir tous les vices ; l'élection aboutit au choix de juges corruptibles ou incapables ; enfin il produirait, appliqué aux tribunaux administratifs, des résultats pires encore parce qu'il introduirait la politique dans le domaine de la justice ; l'exemple de la Belgique est là pour le prouver. La nomination des juges de tous les tribunaux doit donc appartenir au pouvoir exécutif. Par là, la société et par suite l'individu lui-même trouveront une double garantie : d'un côté le besoin de la spécialisation des connaissances serait parfaitement satisfait ; le pouvoir exécutif mieux que tout autre sera à même de « recruter les juges parmi des administrateurs formés à la pratique des affaires non contentieuses, sauf à leur retirer l'examen de ces affaires dont ils auront acquis une parfaite connaissance, dès qu'ils seront appelés à rendre la justice. Alors la juridiction profitera de l'expérience puisée au sein de l'administration, sans avoir à faire pour cela le moindre sacrifice d'indépendance ou de dignité (1) ». D'un autre côté, le droit réservé exclusivement au pouvoir exécutif de choisir les juges de nos tribunaux administratifs constituera pour lui un sûr garant que ces tribunaux ne cher-

1. Barboux. *l. c.*, n. 5, p. 305.

cheront pas à sortir de leurs attributions judiciaires et à empiéter sur les attributions exécutives.

b. Attributions (1).

C'est ici qu'il convient de faire l'application de notre principe d'après lequel doivent rentrer dans le contentieux administratif les affaires dans lesquelles l'administration est en cause à titre de puissance publique, et doivent en être exclues toutes les autres. Ce principe conduit à réclamer une réforme dont le résultat serait d'une part d'étendre le contentieux administratif sur certains litiges qui sont aujourd'hui jugés par les tribunaux civils, et d'autre part de le restreindre en en faisant sortir certains procès pour en attribuer la connaissance aux tribunaux civils.

a. Extension du contentieux administratif. — Cette extension consisterait à enlever aux tribunaux ordinaires certaines affaires dont ils connaissent à l'heure actuelle, et dans lesquelles l'administration est en cause à titre de puissance publique. Les plus importantes sont l'expropriation pour cause d'utilité publique et les contributions indirectes.

En ce qui touche la première de ces matières, notre proposition rencontrera sans doute une vive résistance de la part de ceux qui voient dans le jury chargé de fixer l'indemnité la meilleure de toutes les garanties pour la protection de la propriété privée. Mais cette réforme serait conforme au principe que nous avons admis ; il y a plus et nous pensons que personne n'aurait à s'en plain-

1. Milcent, *l. c.*, n. 32. Droz, *l. c.*, n. 14.

dre : tout d'abord il est absolument démontré que l'institution du jury d'expropriation a dépassé le but ; créé dans une intention louable, en vue d'accorder une protection sérieuse aux particuliers, elle a donné de mauvais résultats en aboutissant à l'allocation à leur profit d'indemnités énormes et hors de proportions avec la valeur du bien exproprié ; en outre, nos tribunaux administratifs rentrant dans le cadre des tribunaux judiciaires, et la Cour de cassation se trouvant toujours placée au sommet, l'individu n'aurait à craindre aucune partialité, ni aucune injustice ; enfin s'il était vrai que le jury fût la meilleure garantie du droit de propriété, pourquoi ne serait-il pas aussi la meilleure garantie de tous les autres droits ? Dès lors, on serait amené à généraliser cette institution, et à résoudre par là un problème général d'organisation judiciaire en substituant à notre organisation actuelle le système du jury civil ; c'est lui qui a toujours fonctionné en Angleterre ; c'est lui que réclament chez nous des esprits d'une rare distinction (1) ; mais nous croyons avec l'immense majorité des auteurs que ce serait s'exposer à de graves dangers et à de profonds mécomptes que de transplanter en France une organisation qui est oubliée depuis de longs siècles. Ainsi, à tous les points de vue, le jury d'expropriation constitue une anomalie injustifiable ; le système que nous proposons la ferait disparaître.

Quant aux contributions indirectes, il semble tout

1. Odilon Barrot, *l. c.*, n. 6. Jousserandot, *l. c.*, n. 26.

naturel que ce soient les tribunaux administratifs qui connaissent des difficultés qu'elles soulèvent, de même qu'ils connaissent des contestations engendrées par les impôts directs. On a voulu toutefois justifier la différence des compétences à ce sujet : « Les tribunaux civils, a-t-on dit, statuent sur la légalité de l'impôt, parce qu'il ne s'agit pas ici de rectifier des opérations administratives, telles que celles de répartition et de confection des rôles, mais seulement d'interpréter et d'appliquer un tarif » (1) ; mais cette explication repose sur cette idée fausse que l'existence de la juridiction administrative se justifie par la nécessité de maintenir l'indépendance de l'administration, et d'assurer le respect du principe de la séparation des pouvoirs ; en interprétant et en appliquant le rôle des impôts directs, acte administratif émané d'un fonctionnaire, les tribunaux judiciaires n'empièteraient pas plus sur le pouvoir exécutif, qu'ils n'empiètent sur le pouvoir législatif lorsqu'ils interprètent et appliquent le tarif édicté par la loi à l'égard des contributions indirectes. D'ailleurs nous n'entendons pas seulement fonder le contentieux administratif sur les difficultés suscitées par les actes d'autorité de l'administration ; nous partons d'une conception plus large ; le contentieux administratif doit se composer des procès dans lesquels l'administration est en cause avec la qualité de puissance publique ; peu importe la nature de l'acte qui occasionne cette intervention de l'administration dans l'instance ; cette conception est la seule conforme avec la raison d'être des tribunaux ad-

1. Ducrocq, *l. c.*, n. 16, tome 2, n. 1197, p. 348.

ministratifs, qui est basée sur la nécessité de la spécialisation des connaissances ; à ce titre les contributions indirectes doivent faire partie du contentieux administratif.

Enfin tous les actes de la puissance publique, même ceux qui sont inspirés par des mobiles politiques, et pourvu que par leur nature ils soient de véritables actes administratifs, devraient être soumis au contrôle juridictionnel des tribunaux administratifs ; il faut espérer pour l'honneur de notre pays que la théorie des actes de gouvernement qui est inconnue de la loi disparaîtra un jour de la pratique ; aussi bien est-il inutile d'insister à cet égard, puisque, abstraction faite de la jurisprudence administrative actuelle et des fonctionnaires dont elle a pour objet de couvrir les actes, tout le monde est d'accord à ce sujet.

β. *Restriction du contentieux administratif.* — Cette restriction consisterait à exclure du contentieux administratif, et à donner aux tribunaux civils les affaires dans lesquelles l'administration n'est pas en cause en qualité de puissance publique.

Telles sont d'abord les affaires dans lesquelles elle ne figure dans l'instance qu'à titre de personne morale ayant accompli des actes de gestion : la vente domaniale, le marché de fournitures, le marché de travaux publics sont des actes contractuels qui doivent appartenir au contentieux des tribunaux civils. Nous trouvons ici un exemple saisissant dans la plupart des législations étrangères, et surtout dans la législation Allemande, qui n'hésite pas à donner cette solution, bien qu'elle se montre

encore plus autoritaire que la nôtre en ce qui touche l'attribution du contentieux des actes de la puissance publique au pouvoir exécutif.

Dans une seconde catégorie prennent place les procès qui ne s'agissent qu'entre deux particuliers : par exemple, la demande de réparations civiles formée par un propriétaire contre un entrepreneur de travaux publics dont l'exécution a causé des dommages à sa propriété.

Enfin doivent rentrer dans le contentieux judiciaire les affaires qui mettent en jeu un intérêt plus élevé encore que celui de l'administration, l'intérêt de la société tout entière : telles sont les contraventions de toute espèce, en matière d'impôts aussi bien qu'en matière de voirie, grande ou petite ; telles encore les contestations suscitées par l'exercice des droits publics des citoyens, par exemple le contentieux de la formation des listes électorales, et le contentieux des élections.

§ 3. — *La responsabilité des fonctionnaires publics* (1).

Sur ce point, c'est la doctrine de la suppression radicale qui nous semble devoir être admise. Du reste, notre législation est déjà en ce sens, et en réalité il n'y aurait besoin d'aucune réforme ; il suffirait de ne pas se refuser de parti pris à donner au décret-loi du 19 septembre 1870

1. Poitou, *l. c.*, n. 35, pp. 159 à 213. Bernard, *l. c.*, n. 7. Glasson, *l. c.*, n. 22, tome 2, pp. 378 et 379.

l'interprétation toute simple qui lui convient. La responsabilité des fonctionnaires existe dégagée de toute entrave non seulement dans les pays qui, comme l'Angleterre et les Etats-Unis, réalisent la confusion des pouvoirs exécutif et judiciaire au profit de ce dernier, mais encore dans des pays qui respectent le principe de la séparation des pouvoirs, par exemple en Belgique, en Hollande, en Grèce, en Roumanie, en Danemark, et même en Allemagne, du moins d'une façon très générale. Certains défenseurs de la juridiction administrative, telle qu'elle existe encore chez nous, s'en déclarent partisans ; l'un d'eux dit fort justement : « La garantie administrative dépasse le but.... Qu'une pareille institution se soit établie sous des gouvernements despotiques, on le comprend sans peine ; mais il est plus difficile d'expliquer comment elle a pu se maintenir sous des gouvernements constitutionnels » (1). Toute entrave apportée à la pleine responsabilité du fonctionnaire constitue une inégalité devant la loi ; et pour ce motif elle est odieuse : car en quoi un fonctionnaire qui, abusant de ses pouvoirs, commet un acte illégal, serait-il plus respectable qu'un simple particulier qui viole le droit de son semblable ? Dès la Restauration, les plus grands d'entre les publicistes et les jurisconsultes s'élevèrent avec indignation contre la garantie des fonctionnaires (2).

1. Dareste, *l. c.*, n. 12, pp. 520 et 521.

2. Benjamin Constant, *l. c.*, n. 9, tome 1, pp. 90 à 97. Duvergier de Hauranne, *l. c.*, n. 17, tome 1, pp. 128 à 137. Henrion de Pansey, *l. c.*, n. 33, tome 2, pp. 407 à 424.

La Charte de 1830 voulut donner satisfaction à ces plaintes : dans son article 69 elle promet une loi à ce sujet. En 1835 un projet libéral fut présenté aux Chambres (1) ; adopté par la Chambre des députés, il n'aboutit pas. La constitution de 1848 dans son article 68 renouvela la promesse de la Charte de 1830 : un projet de loi du 28 février 1849 ne fut même pas discuté (2).

Repris en 1850, ce projet fut pris en considération et renvoyé devant le Conseil d'Etat, alors chargé de la préparation de toutes les lois (3) ; mais aucune suite ne fut donnée à cette proposition.

Le décret-loi du 19 septembre 1870 est enfin venu supprimer toute entrave aux actions dirigées contre les fonctionnaires : nous avons vu comment la jurisprudence a entendu ce texte de loi. Un jour viendra peut-être où la responsabilité des fonctionnaires devant les tribunaux ordinaires existera pleine et entière. La crainte des poursuites téméraires est chimérique : « Croit-on de bonne foi qu'un simple citoyen sera tenté de s'exposer légèrement aux frais d'un procès, ainsi qu'aux dommages-intérêts, auxquels il serait condamné s'il succombait. Certes, s'il s'en présente quelques exemples, ils seront bien rares » (4). Le système des entraves en cette matière est la source des maux les plus grands pour la société autant que pour l'individu. « La garantie des fonctionnaires de l'ordre admi-

1. *Moniteur* du 6 mars 1835.

2. *Moniteur* du 9 mars 1849.

3. *Moniteur* des 7, 10 mars, 22 juin 1850.

4. Duvergier de Hauranne, *l. c.*, n. 17, tome 1, p. 131.

nistratif est définitivement condamnée en principe. Elle est un obstacle au progrès social, encourage l'esprit de routine et favorise l'excès de centralisation ; elle fausse les institutions ; elle énerve le pouvoir gouvernemental en l'entraînant à d'inévitables faiblesses ; elle enorgueillit les fonctionnaires et les détourne des inspirations de la conscience ; elle accoutume les citoyens à l'humiliation, détruit la liberté civile et la liberté politique, en même temps qu'elle blesse les idées de justice et d'égalité devant la loi. Dans un Etat, il ne doit exister d'autre inviolabilité que celle de la loi. La justice doit dominer tous les pouvoirs ; toutes les souverainetés doivent graviter autour d'elle » (1). Au surplus, il y a déjà longtemps que Henrion de Pansey a montré d'une manière saisissante qu'il est préférable pour la dignité de l'administration elle-même que ses fonctionnaires soient poursuivis devant les tribunaux, plutôt que d'être destitués par leurs supérieurs hiérarchiques ; car à la différence de la décision judiciaire, cette destitution est prononcée en secret et sans motifs ; le fonctionnaire ne manque jamais de présenter sa destitution comme l'œuvre de la prévention ou de la calomnie ; tandis que le fonctionnaire condamné par un jugement n'a « aucun moyen d'échapper à la flétrissure qu'il imprime » (2) : Pour toutes ces raisons, le système de la responsabilité absolue des administrateurs devant les tribunaux ordinaires nous semble appelé à triompher définitivement dans un avenir plus ou moins prochain.

1. Bernard, *l. c.*, n. 7, tome 45, p. 92.

2. Henrion de Pansey, *l. c.*, n. 33, tome 2, pp. 415 et 416.

§ 4. — *Le conflit d'attributions.*

C'est surtout en cette matière, à notre avis, qu'il y a lieu de tenir compte de la doctrine de la suppression radicale.

Tout d'abord ce serait partir d'un point de vue exclusivement autoritaire et anti-libéral au premier chef que de considérer en quelque sorte le conflit comme un acte de gouvernement et que d'en confier par suite la décision au chef de l'État lui-même : c'est pourtant ce point de vue qui a longtemps prévalu en France, c'est lui qui prévaut encore en Espagne et dans quelques cantons Suisses. Aujourd'hui il ne compte plus chez nous que rares partisans (1) ; il doit être absolument repoussé.

Si le conflit doit être regardé uniquement comme la demande d'un règlement de juges, à qui convient-il donc d'en attribuer la décision ? Beaucoup d'auteurs, à l'heure qu'il est, approuvent l'institution d'un tribunal mixte composé d'un élément administratif et d'un élément judiciaire. Mais nous avons vu combien il est difficile pour ne pas dire impossible, de maintenir en équilibre ces deux éléments ; de quelque façon qu'on organise ce tribunal, on se heurtera à un obstacle : vouloir qu'il se compose pour partie de conseillers à la Cour de Cassation, et pour partie de membres nommés par l'une des Chambres législatives,

1. Flourens, *l. c.*, n. 18, pp. 356 à 361.

comme en 1848 et en 1872, c'est vouloir allier la politique à la justice (1). Si l'on y fait rentrer les deux éléments administratif et judiciaire, de deux choses l'une : ou bien c'est l'élément administratif qui a la prépondérance, et alors il est inutile d'employer ce simulacre de justice, on retombe en réalité dans la première des conceptions que nous avons repoussée ; ou bien c'est l'élément judiciaire qui prédomine, alors pourquoi ne pas reconnaître ouvertement à la Cour de Cassation le droit de statuer sur le conflit entre les tribunaux et l'administration, comme on l'a fait dans un certain nombre de pays parmi lesquels la Belgique et l'Italie ? C'est cette solution qui a été déjà réclamée à plusieurs reprises chez nous par des esprits libéraux (2).

A coup sûr une pareille réforme réaliserait un immense progrès, et donnerait à l'individu des garanties de bonne justice qui lui font encore défaut ; en outre elle serait conforme à la tradition Française la plus constante : jusqu'en 1789 c'est le conseil du roi, Cour de Cassation du royaume, qui vidait les conflits ; n'est-il pas naturel que la Cour de Cassation actuelle qui lui a été substituée, et qui l'a remplacé à la tête du pouvoir judiciaire, hérite de cette attribution ? Cette solution est donc séduisante.

Néanmoins il faut, croyons-nous, aller plus loin encore et supprimer complètement le droit d'élever le conflit au

1. Odilon Barrot, *l. c.*, n. 6, p. 149.

2. Duvergier de Hauranne, *l. c.*, n. 17, tome 1, p. 142. Foucher, *l. c.*, n. 19. Poitou, *l. c.*, n. 35, pp. 290 à 295.

profit du pouvoir exécutif, en prenant sur ce point-exemple sur la législation anglo-américaine. En effet le maintien du conflit constituerait à la fois un danger et une inutilité; c'est ce qui paraît démontré tant par l'expérience de notre propre pays que par celle des autres Etats.

Le conflit est une arme terrible de nomination dont le pouvoir exécutif est toujours tenté d'abuser; il n'hésite pas à s'en servir pour dessaisir le pouvoir judiciaire et se constituer son unique juge toutes les fois qu'il se sent vivement intéressé, et cela malgré l'existence des lois les plus formelles. Les faits que nous avons exposés, et qui se sont passés chez nous, fournissent à cet égard un éclaircissement frappant: l'article 1 de l'ordonnance du 1 juin 1828 interdit formellement le droit d'élever le conflit en matière criminelle, et le conflit a été élevé en cette matière; l'article 3 de la même ordonnance refuse expressément à l'administration le droit d'élever le conflit en matière de poursuites contre les fonctionnaires, et le conflit est élevé tous les jours en cette matière. De même en Italie c'est la pratique des conflits qui est venue considérablement aggraver les inconvénients de la loi du 20 mars 1865 en étendant le domaine du recours gracieux porté devant l'administration active au détriment des tribunaux judiciaires compétents seulement dans le domaine du recours contentieux. Mais, dira-t-on, un pareil danger ne sera plus à craindre si c'est la Cour de Cassation qui est instituée juge du conflit; nous répondrons qu'alors le conflit apparaît comme une institution parfaitement inutile; l'exemple de la Belgique sur ce point n'est-il pas un

enseignement des plus saisissants ? La constitution Belge a institué la Cour de Cassation juge des conflits ; et, en fait, le besoin d'une loi sur la procédure du conflit ne s'est jamais fait sentir ; c'est qu'en effet le conflit a complètement cessé d'être élevé en Belgique depuis 1831, date de la constitution ; bien qu'elle ait le droit de s'adresser directement à la Cour suprême par la voie du conflit, l'administration de ce pays n'a jamais usé de cette arme ; elle préfère d'elle-même se soumettre au droit commun et profiter des recours et des moyens qu'il procure ; c'est de cette façon que le conflit finit par être tranché par la Cour de Cassation après que l'exception d'incompétence proposée par l'administration aux tribunaux civils de première instance et d'appel a été repoussée par ceux-ci ; « de deux choses l'une : ou il faut admettre avec l'Assemblée Constituante et avec les auteurs de l'ordonnance du 4 juin 1828 que le conflit est une défense nécessaire à la liberté d'action du pouvoir responsable, ... alors on est forcé de convenir que la Cour de Cassation qui, en matière d'attributions, est guidée par l'esprit de corps commun à l'ordre judiciaire tout entier ne saurait constituer le juge du conflit ; ... ou il faut proclamer, comme plusieurs auteurs l'ont fait, que les empiètements de l'autorité judiciaire ne sont plus à craindre dans l'organisation actuelle des pouvoirs publics ; dans cette hypothèse, il faut renoncer à instituer le conflit d'attributions, et laisser se poursuivre à la diligence des parties le règlement des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires, comme il se poursuit entre les

juridictions criminelles et civiles, civiles et commerciales (1) ».

Le conflit est donc une arme à la fois dangereuse et inutile ; elle doit être écartée et mise au rebut, il doit complètement disparaître. Le pouvoir judiciaire sera le juge souverain des limites de sa compétence : sans doute la question de compétence pourra s'agiter non seulement au sein même du pouvoir judiciaire entre nos tribunaux judiciaires administratifs et les tribunaux civils, mais encore entre les tribunaux judiciaires quels qu'ils soient et l'administration active statuant sur le recours hiérarchique, ou le Conseil d'Etat chargé de prononcer sur le recours gracieux pour détournement de pouvoirs ; mais dans ce dernier cas aussi bien que dans l'autre les recours et voies du droit commun suffiront pour donner satisfaction à tous les droits et à tous les intérêts ; dans toutes les hypothèses c'est au pouvoir judiciaire qu'il appartiendra d'affirmer ou de décliner sa compétence ; car pourquoi redouterait-on les empiètements du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif, plus que ses empiètements sur le pouvoir législatif ? ceux-ci comme ceux-là lui sont interdits ; et pourtant l'on n'a jamais tenté d'instituer un conflit d'attributions entre les tribunaux et les Chambres législatives, pour quelle raison dès lors en instituer un entre les tribunaux et l'administration ? le pouvoir judiciaire n'est-il pas fait pour juger ; et le principe de la séparation des pouvoirs ne veut-il pas que les pouvoirs publics soient indépendants et souverains, chacun dans leur sphère ?

1. Flourens, *l. c.*, n. 18, p. 361 ; cf. aussi, pp. 345, 346 et 384.

CONCLUSION

1. Du rôle constitutionnel du pouvoir judiciaire dans une république.
2. L'avenir de la question de la juridiction administrative.

BIBLIOGRAPHIE

1. Daunou. Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société. Paris, 1819.
2. Demangeot. La centralisation et le self government. Revue de législation ancienne et moderne, 1875, pp. 82 à 121.
3. Picot. La réforme judiciaire en France. Paris, 1881.
4. Quentin-Bauchart. Étude sur la juridiction administrative. Revue critique, tome 37, 1870, pp. 130 à 170.

1. *Du rôle constitutionnel du pouvoir judiciaire dans une République.* — Le système de réformes que nous avons proposé réaliserait déjà dans une large mesure le principe de la séparation des pouvoirs, en rendant le pouvoir judiciaire souverain vis-à-vis du pouvoir exécutif. Mais ce principe ne devrait-il pas être appliqué d'une manière tout à fait complète, et cette souveraineté du pouvoir judiciaire ne devrait-elle pas lui être également reconnue dans ses rapports avec le pouvoir législatif ? Juge de la légalité des actes administratifs, le pouvoir judiciaire ne devrait-il pas aussi être juge de la constitutionnalité des

lois ? Déjà au ^{xvi}^e siècle, Jean Bodin pensait que le magistrat avait le droit de résistance à la loi dans le cas d'injustice flagrante, lors, dit-il, que « le prince franchit et brise les bornes sacrées de la loi de Dieu et de nature (1). » De nos jours, aux États-Unis, le pouvoir judiciaire a le droit de se prononcer sur la conformité des lois avec la constitution ; il peut refuser l'application des lois qui violent l'un des droits du citoyen qui figurent dans la constitution ; n'y a-t-il pas là une garantie considérable au profit de la liberté individuelle ?

Une pareille mesure est justifiée au moyen d'excellentes raisons par les auteurs Américains. L'un d'entre eux disait en 1788 : « Quiconque observe attentivement les différentes branches du pouvoir doit s'apercevoir que dans un gouvernement où ils sont séparés les uns des autres, le pouvoir judiciaire par la nature même de ses fonctions sera toujours le moins dangereux pour les droits politiques de la constitution, parce qu'il aura moins de puissance pour les blesser ou leur nuire. Le pouvoir exécutif ne distribue pas seulement les honneurs, mais il tient l'épée de la communauté ; la législature n'est pas seulement maîtresse du budget, mais elle trace les règles suivant lesquelles s'exercent les devoirs et les droits de chaque citoyen ; le pouvoir judiciaire au contraire n'a aucune influence ni sur l'épée ni sur la bourse, ne donne aucune direction soit aux forces, soit à la richesse

1. Bodin, *la République*, livre 3, ch. 4 : De l'obéissance que doit le magistrat aux lois et au prince souverain.

publique, et ne peut prendre l'initiative d'aucune action quelconque. Il est en vérité permis de dire qu'il n'a ni force, ni volonté, mais simplement du jugement... L'interprétation des lois est le domaine des tribunaux. Or, une constitution est, et doit être regardée par les juges comme une loi fondamentale. Il doit par conséquent leur appartenir de fixer son sens, aussi bien que le sens de toute loi particulière provenant du corps législatif... Cette conclusion n'implique en aucune façon la supériorité du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. Elle suppose seulement que le pouvoir constituant du peuple est supérieur à tous deux, et que, là où la volonté du pouvoir législatif exprimée dans ses lois est en opposition avec celle du peuple exprimée dans la constitution, les juges doivent être dirigés par la constitution (1)... » Un autre s'exprime en des termes non moins énergiques : « Dans une monarchie, les sympathies du peuple sont naturellement en éveil contre la tyrannie du maître, et elles cherchent à arracher les victimes à ses vengeances. C'est la lutte d'un seul contre tous. Dans les gouvernements libres où la majorité qui obtient le pouvoir, passe pour représenter la volonté du peuple, la persécution, surtout quand elle est politique, devient la cause de tous contre un seul..... De ce qui précède il résulte que l'indépendance du pouvoir judiciaire est plus nécessaire en une république qu'en une monarchie..... Dans le gouvernement des hommes, il n'y a que deux pouvoirs de contrôle : le pouvoir des

1. Hamilton, cité et traduit par Picot, *l. c.*, n. 3, pp. 420 à 428.

armes et le pouvoir des lois. Si ce dernier n'est pas appuyé sur un corps judiciaire sans crainte et sans reproche, le premier doit prévaloir et conduire ainsi au triomphe des institutions militaires sur les institutions civiles » (1).

Le droit de juger la constitutionnalité de la loi pourrait-il donc être attribué en France au pouvoir judiciaire, comme il l'est aux Etats-Unis ? Certes, cette imitation nous paraîtrait désirable ; mais une semblable réforme ne serait possible qu'à la suite d'une autre préalable et plus importante : à l'heure actuelle nous ne possédons aucun Code précis de la constitution ; à la vérité on peut soutenir avec raison que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est toujours en vigueur ; mais cette déclaration est elle-même fort incomplète ; il s'agirait donc avant tout pour la France de se donner une constitution limitée, c'est-à-dire une constitution qui, énumérant les droits de l'individu, apporterait une barrière infranchissable pour le législateur et un guide très sûr pour le juge ; jusque-là on ne saurait confier au pouvoir judiciaire l'examen de la constitutionnalité des lois sans courir le risque de voir celui-ci s'arroger le pouvoir constituant (2).

2. *L'avenir de la question de la juridiction administrative.* — Au contraire la souveraineté du pouvoir judiciaire dans ses rapports avec le pouvoir exécutif est dès

1. Story, cité et traduit par Picot, *l. c.*, n. 3, pp. 428 à 431.

2. Picot, *l. c.*, n. 3, pp. 210 à 219.

aujourd'hui une réforme possible ; elle seule est capable d'assurer la liberté individuelle ; et elle ne saurait créer une impossibilité d'administrer pour le gouvernement ; qu'il suffise à cet égard de considérer que la plupart des législations étrangères ignorent l'institution d'une juridiction administrative composée de fonctionnaires.

D'ailleurs c'est partir d'une conception entièrement fausse que d'opposer le pouvoir à la liberté ; les deux notions loin d'être incompatibles sont voisines et se justifient l'une par l'autre ; c'est grâce au pouvoir que la liberté existe, et c'est pour sauvegarder la liberté qu'un pouvoir est institué : « De nos jours, il n'est rien de si commun que d'entendre invoquer le principe d'autorité d'une manière pour ainsi dire abstraite, comme s'il avait une existence propre, une base en dehors de la protection de la liberté individuelle qui en est l'objet et qui lui donne une raison d'être (1) ».

Pourtant la juridiction administrative a résisté jusqu'ici à toutes les attaques dirigées contre elles ; elle « a traversé parmi nous près de trois quarts de siècle, et survécu à toutes les révolutions. N'est-ce pas la meilleure preuve de sa force intime et des besoins permanents auxquels elle répond (2) ? ». Voilà la raison dernière sur laquelle se reposent les partisans du maintien pur et simple de la juridiction administrative actuelle. Mais en transformant cette juridiction sur les bases que nous avons posées, et en la

1. Demongeot, *l. c.*, n. 2, p. 93.

2. Quentin-Bauchart, *l. c.*, n. 4, p. 134.

faisant rentrer dans le cadre de l'organisation judiciaire générale, on se bornerait à revenir à l'ancienne tradition : inventée par des souverains absolus, et conservée comme un instrument commode d'oppression, cette juridiction administrative n'est pas en harmonie avec le génie propre à la nation française ; il y a là, à notre sens, un point de vue qui ne peut manquer d'exercer tôt ou tard son influence. Seuls quelques fonctionnaires, mûs par un sentiment d'intérêt personnel, opposeront le plus longtemps possible une résistance opiniâtre à toute tentative de réforme vraiment sérieuse. Le gouvernement lui-même donnera sans doute pendant quelque temps encore son appui à ces prétentions ; car il serait chimérique de se flatter de voir disparaître dans un avenir très proche des idées si profondément enracinées ; mais l'administration elle-même finira par comprendre un jour que son propre intérêt bien entendu se trouve d'un autre côté. « Un usurpateur ne peut ni ne veut donner de garanties ; il a besoin pour se soutenir de la violence et de la fraude par lesquelles il s'est élevé. Mais un pouvoir légitime ne trouve sa propre sûreté que dans celle de tous les sujets qu'il gouverne (1) ». Au surplus, si toutes les institutions humaines sont perfectibles, aucune n'échappe au reproche de n'être pas parfaite. Celle que nous proposons, comme toutes les autres, participe de ce caractère ; mais pour qu'une institution soit bonne, il suffit qu'elle soit meilleure que celle qu'elle vient remplacer.

1. Daunou, *l. c.*, n. 1, p. 244.

TABLE BIBLIOGRAPHIQUE

Abella. — Tratado de derecho administrativo Espanol. Madrid, 1886-1889, 3 vol.

Anonyme. — Recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'État. France judiciaire, tome 2, 1877-1878, pp. 354 à 359.

Anonyme. — L'inamovibilité de la magistrature. France judiciaire, tome 4, 1879-1880, pp. 1 à 5.

Aucoc. — Conférences sur le droit administratif. Paris, 1869, 2 vol.

Aucoc. — Observations sur la question de la juridiction administrative. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, pp. 295 à 304 et 306.

Aucoc. — Note sur la jurisprudence du Conseil d'État en matière de recours contre les actes de gouvernement. Revue critique, tome 50, 1883, pp. 266 à 271.

Barboux. — Observations sur la question de la juridiction administrative. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, pp. 304 et 305.

Barckhausen. — Un paragraphe de l'esprit des lois. — Revue critique, tome 49, 1882, pp. 490 à 494.

Odilon Barrot. — De l'organisation judiciaire en France. Paris, 1872,

Bavoux. — Traité des conflits ou des empiètements de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire. Paris, 1828.

Beauchet. — Histoire de l'organisation judiciaire en France. Paris, 1886.

Bernard. — De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre 1870.

Revue critique, tome 43, 1876, pp. 515 à 538, 590 à 604.

id. tome 44, 1877, pp. 12 à 40, 441 à 475.

id. tome 45, 1878, pp. 41 à 59, 91 à 111.

Bertauld. — Des limites de la liberté individuelle et de la souveraineté sociale. Revue critique, tome 20, 1862, pp. 121, 412, 513.

- Du Beux.** — De l'organisation judiciaire de la Suisse. Revue de législation et de jurisprudence, tome 32, 1848, pp. 321 à 345.
- Bluntschli.** — Théorie générale de l'État, trad. de Riedmatten: Paris, 1881.
- De Bonald.** — Théorie sur le pouvoir politique et religieux. Paris, 1847.
- Bouchené-Lefer.** — De la justice administrative. Revue pratique, tome 15, 1863, pp. 354 à 381, 558 à 560.
- Boullaire.** — De la liberté individuelle, de l'inviolabilité du domicile et de la responsabilité des fonctionnaires publics. Paris, 1889.
- Boutmy.** — Le développement de la constitution et de la société politique en Angleterre. Paris, 1887.
- Boutmy.** — Les sources de la constitution anglaise. Nouvelle revue historique, tome 2, 1878, pp. 37 à 66.
- Brémond.** — De la juridiction des ministres. Revue critique, tome 53, 1886, pp. 261 à 272.
- De Broglie.** — De la juridiction administrative. Revue française, novembre 1828, p. 60.
- Bugnottet et Noirpoudre de Sauvigny.** — Études administratives et judiciaires sur Londres et l'Angleterre. Paris, 1889-1890, 2 vol.
- Bury.** — Manuel de droit public à l'usage du citoyen. Lausanne, 1869.
- Cauvet.** — De l'organisation judiciaire chez les Athéniens. Revue de législation, tome 20, 1844, pp. 129, 289.
- Cauvet.** — De l'origine commune de la constitution d'Angleterre et des institutions de l'ancienne monarchie française. Revue de législation et de jurisprudence, tome 17, 1843, pp. 521 à 557.
- Benjamin Constant.** — Cours de politique constitutionnelle. Introd. et notes par Ed. Laboulaye. Paris, 1861, 2 vol.
- Charles Constant.** — Les principes du droit public et les décrets du 29 mars 1880. France judiciaire, tome 4, 1879-1880, pp. 297 à 305.
- De Cormenin.** — Droit administratif. Paris, 1840, 2 vol.
- De Cormenin.** — Du conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction. Paris, 1818.
- Dareste (F. R. et P.).** — Les constitutions modernes. Paris, 1883, 2 vol.

- Dareste (R.).** — La justice administrative en France. Paris, 1862.
- Dareste (R.).** — Étude sur la juridiction administrative dans les divers États. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, pp. 275 à 291.
- Dareste (R.).** — Une procédure de conflit en 1789. Revue de législation ancienne et moderne, tome 2, 1872, p. 524.
- Daunou.** — Essai sur les garanties individuelles que réclame l'État actuel de la société. Paris, 1819.
- Debacq.** — Organisation judiciaire en Espagne. Revue critique, tome 38, 1872, pp. 145 à 158.
- Demombynes.** — Les constitutions européennes. Paris, 1883, 2 vol.
- Desjardins (ALBERT).** — L'inamovibilité de la magistrature dans l'ancienne France. France judiciaire, tome 5, 1880-1881, pp. 49 à 63, 82 à 100.
- Desjardins (ARTHUR).** — États-Généraux, 1355-1614. Paris, 1871.
- Dramard.** — De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative. Revue pratique, tome 35, 1873, pp. 433 à 475.
- Droz.** — Des tribunaux administratifs. Critiques et réformes. France judiciaire, tome 1, 1877, pp. 25 à 33, 88 à 95.
- Dubarle.** — Code d'organisation judiciaire allemand. Paris, 1885, 2 vol.
- Dubois.** — Le contentieux administratif en Italie. Paris, 1873.
- Dubs.** — Le droit public de la confédération suisse. Neuchâtel et Genève, 1878-1879, 2 vol.
- Ducrocq.** — Cours de droit administratif. Paris, 1881, 2 vol.
- Duvergier de Hauranne.** — De l'ordre légal en France et des abus d'autorité. Paris, 1828, 2 vol.
- Faucher.** — Études sur l'Angleterre. Paris, 1845, 2 vol.
- Féraud-Giraud.** — Des Conseils de préfecture. Revue de législation et de jurisprudence, tome 34, 1849, pp. 213 à 246.
- Fischel.** — La constitution d'Angleterre. Paris, 1864, 2 vol.
- Flourens.** — Organisation judiciaire et administrative de la France et de la Belgique (1814-1875). Paris, 1875.
- Foucart.** — De la nature de l'autorité judiciaire. Revue de législation et de jurisprudence, tome 23, 1845, pp. 433 à 450.
- Foucher.** — Législation des conflits. Revue de législation et de jurisprudence, tome 1, 1834-1835, pp. 15 à 35.
- De Footz.** — Droit administratif belge. Tournai, 1863-1867, 5 vol.

De Franqueville. — Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre. Paris, 1864.

Fustel de Coulanges. — Sur le tirage au sort appliqué à la nomination des archontes Athéniens. Nouvelle revue historique, tome 20, 1878, p. 613.

Fuzier-Herman. — La séparation des pouvoirs. Paris, 1880.

Gauthier. — Précis des matières administratives. Paris, 1879.

Giron. — Le droit administratif de la Belgique. Bruxelles et Paris, 1885, 3 vol.

Glasson. — Histoire du droit et des institutions de la France, 1887-1890, 3 vol. parus.

Glasson. — Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre. Paris, 1882-1883, 6 vol.

Glasson. — De l'organisation judiciaire en Angleterre depuis l'acte du 5 août 1873. France judiciaire, tome 6, 1881-1882, p. 289 à 314.

Glasson. — De l'incompétence absolue. Revue critique, tome 48, 1881, p. 226, 407, 496, 580.

Glasson. — Éléments du droit français considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique. Paris, 1884, 2 vol.

Gneist. — La constitution communale de l'Angleterre, son histoire, son état actuel, trad. Th. Hippert. Paris, 1867-1870, 5 vol.

Henrion de Pansey. — De l'autorité judiciaire en France. Paris, 1827, 2 vol.

Henry Hugues. — Les idées de Jérémie Bentham sur l'organisation judiciaire. France judiciaire, tome 4, 1879-1880, p. 209 à 217, 308 à 320.

De Humboldt. — Essai sur les limites de l'action de l'État, trad. Chrétien. Paris, 1867.

Von Ihering. — L'esprit du droit romain, trad. de Meulenaere. Paris, 1886-1888, 4 vol.

Jousserandot. — Du pouvoir judiciaire. Paris, 1878.

Laferrière. — Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Paris, 1887-1888, 2 vol.

Laferrière. — Historique du recours pour excès de pouvoir. Revue critique, tome 43, 1876, p. 303 à 327.

Lefèvre-Pontalis. — Du pouvoir judiciaire en Angleterre. Revue his-

- torique de droit français et étranger, tome 2, 1856, p. 237 à 251.
id. tome 3, 1857, p. 47 à 75.
- Lyon-Caen et Renault.** — Précis de droit commercial. Paris, 1884, 2 vol.
- Macarel.** — Des tribunaux administratifs. Paris, 1828.
- De Maistre.** — Essai sur le principe générateur des constitutions politiques. Œuvres complètes. Paris, 1841.
- Malapert.** — Observations sur la question de la juridiction administrative. Bulletin de la société de législation comparée, 1873, p. 294 et 295.
- Marcé.** — L'institution de la Cour des Comptes en France et dans les principaux États étrangers. Bulletin de la société de législation comparée, 1890, p. 195 à 259.
- Marcé.** — La Cour des Comptes italienne. Annales de l'école libre des sciences politiques, 1890, p. 268 à 289, 466 à 473 et 718 à 745.
- Meier.** — Das Verwaltungsrecht : Die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Encyclopädie der Rechtswissenschaft, von Holtzendorff. Leipzig, 1882.
- Mérilhon.** — Les Parlements de France. Paris, 1863.
- Meyer.** — Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux États de l'Europe. Paris, 1819, 5 vol.
- Milcent.** — De la réforme des Conseils de préfecture. Revue critique, tome 38, 1872, p. 301 à 331.
- Mispoulet.** — Institutions politiques des romains. Paris, 1882, 2 vol.
- Mommsen et Marquardt.** — Manuel des antiquités romaines : Le droit public romain, trad. Girard. Paris, 1889.
- Mounier.** — Rapport du comité chargé du travail sur la constitution.
- Pardessus.** — Essai historique sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII. Paris, 1851.
- Picot.** — Histoire des États Généraux. Paris, 1872, 4 vol.
- Picot.** — La réforme judiciaire en France. Paris, 1881.
- Poitou.** — La liberté civile et le pouvoir administratif en France. Paris, 1869.
- Quentin-Bauchart.** — Etude sur la juridiction administrative. Revue critique, tome 37, 1870, p. 130 à 170.

- Rey.** — Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France. Paris, 1826.
- Rigaut.** — Essai philosophique sur les principes fondamentaux du droit naturel envisagé comme science spéciale.
Revue critique, tome 3, 1853, p. 866.
id. tome 5, 1854, p. 12, 531.
id. tome 7, 1855, p. 199.
- Roger.** — Revue critique de la législation et de la jurisprudence, tant administrative que judiciaire sur le droit de propriété. Revue critique, tome 22, 1863, p. 97 à 107, 193 à 209.
- Rossi.** — Cours de droit constitutionnel. Paris, 1866-1867, 4 vol.
- Saint-Girons.** — Essai sur la séparation des pouvoirs. Paris, 1881.
- Schulze.** — Das preussische Staatsrecht. Leipzig, 1872-1877, 2 vol.
- Sclopis** (Frédéric). — Histoire de la législation italienne; trad. Ch. Sclopis. Paris, 3 vol.
- Secrétan.** — La féodalité en Espagne. Revue historique de droit français et étranger, tome 8, 1862, p. 625 à 670.
id. tome 9, 1863, p. 285 à 317.
- Serrigny.** — Droit administratif romain. Paris, 1862, 2 vol.
- Serrigny.** — Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative. Paris, 1865, 3 vol.
- Siegel.** — Deutsche Rechtsgeschichte. Berlin, 1886.
- Stengel.** — Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrecht. Freiburg. 1889-1890, 2 vol.
- Stubenrauch.** — Handbuch des österreichischen Verwaltungsgesetzkunde. Wien, 1856, 2 vol.
- Testoud.** — Essai sur la séparation des pouvoirs, de Saint-Girons (compte-rendu). Revue critique, tome 48, 1881, p. 538 à 543
- Theurault.** — Etude sur l'organisation judiciaire en Espagne. France judiciaire, tome 2, 1877-1878, p. 481 à 492, 509 à 528.
- Thonissen.** — De la constitution Belge. Bruxelles, 1879.
- Tissot.** — Principes du droit public. Paris, 1872, 2 vol.
- De Tocqueville.** — L'ancien régime et la Révolution. Œuvres complètes. Paris, 1861-1876.
- Troplong.** — Des républiques d'Athènes et de Sparte. Revue de législation, tome 41, 1851, p. 5.
- Ulbrich.** — Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts. Berlin, 1882.

Un magistrat. — La liberté individuelle et le droit de propriété devant les actes de gouvernement. France judiciaire, tome 5, 1880-1881, p. 1 à 12.

Valframbert. — Régime municipal en Angleterre. Paris, 1873.

Vivien. — Etudes administratives. Paris, 1852, 2 vol.

Wilhems. — Le droit public romain. Louvain et Paris, 1883.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT FRANÇAIS

De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel.

INTRODUCTION	1
I. — Idées générales.....	3
§ 1. — L'individu et l'Etat.....	3
§ 2. — Le pouvoir social ; — la séparation des pouvoirs	6
§ 3. — Tempéraments au principe de la séparation des pouvoirs	9
§ 4. — Le problème à examiner ; — objet de notre étude	11
II. — Caractères, — divisions générales de notre étude.	12
III. — L'antiquité.....	17
§ 1. — La Grèce	18
§ 2. — Rome.....	23

PREMIÈRE PARTIE

Histoire des institutions en France

Leur état actuel en France et dans les principaux Etats

Observations générales	30
CHAPITRE I. — A. LES GRANDES PUISSANCES.....	33
PREMIER TYPE : LA FRANCE.....	33
Ancien régime. — Période révolutionnaire. — Etat actuel	35

I. — Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs.....	35,47,52
§ 1. — Reconnaissance ou méconnaissance du principe	35,46,51
§ 2. — Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire.....	40,48,54
II. — Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire.....	56,61,66
§ 1. — Mode de recrutement du pouvoir judiciaire...	56,61,66
§ 2. — Condition d'indépendance du pouvoir judiciaire	57,63,68
III. — Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs.....	78,109,136
§ 1. — Domaine d'application de la juridiction administrative.....	78,109,136
<i>a.</i> Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire.....	78,109,136
<i>b.</i> Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux.....	79,114,142
§ 2. — Les divers tribunaux administratifs.....	81,116,144
<i>a.</i> Organisation.....	81,116,144
1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs.....	81,116,144
2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.....	90,119,156
<i>b.</i> Attributions.....	90,120,156
1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs.....	90,120,162
Actes de la puissance publique.....	91
Actes administratifs ; actes de gouvernement	91,95,120,122,162
2. Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs.....	96,120,123,162
Actes de la personne morale.—Affaires purement	

judiciaires. — Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics.....	96,100,124,127,175
3. Contentieux entre l'État et ses agents comptables.....	103,130,179
§ 3. — Le conflit d'attributions.....	106,132,180
<i>a.</i> Élévation du conflit.....	106,132,180
Par qui, — quand il peut être élevé; — ses effets.....	106,132,180
<i>b.</i> Jugement du conflit.....	108,134,183
Autorité chargée de statuer; — effets du jugement rendu sur conflit, — procédure.....	108,134,183
SECOND TYPE : <i>α.</i> L'ANGLETERRE. — <i>β.</i> LES ÉTATS-UNIS.	
<i>α.</i> L'ANGLETERRE.....	187
I. — Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs.....	189
§ 1. — Reconnaissance ou méconnaissance du principe..	189
§ 2. — Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.	195
II. — Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire.....	196
§ 1. — Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.....	196
§ 2. — Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.	202
III. — Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs.....	205
§ 1. — Domaine d'application de la juridiction administrative.....	205
<i>a.</i> Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire.....	205
<i>b.</i> Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux.....	206
§ 2. — Les divers tribunaux administratifs.....	207
<i>a.</i> Organisation.....	207
1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs.....	208

TABLE DES MATIÈRES

499

2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs	208
6. Attributions	209
§ 3. — Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics	210
§ 4. — Le conflit d'attributions	212
β. LES ÉTATS-UNIS	214
I. — Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs	215
§ 1. — Reconnaissance ou méconnaissance du principe..	215
§ 2. — Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.	216
II. — Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire	217
§ 1. — Mode de recrutement du pouvoir judiciaire	217
§ 2. — Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.	217
III. — Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs	220
§ 1. — Absence de juridiction administrative	220
§ 2. — Actions en responsabilité contre les fonctionnaires.	223
§ 3. — Le conflit d'attributions	225
TROISIÈME TYPE : α. L'ALLEMAGNE. — β. L'AUTRICHE.	
α. L'ALLEMAGNE	226
I. — Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs	227
§ 1. — Reconnaissance ou méconnaissance du principe..	227
§ 2. — Existence ou non existence du pouvoir judiciaire.	229
II. — Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire	230
§ 1. — Mode de recrutement du pouvoir judiciaire	230
§ 2. — Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.	231
III. — Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs	232

§ 1. — Domaine d'application de la juridiction administrative.....	232
<i>a.</i> Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire.....	232
<i>b.</i> Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux.....	234
<i>c.</i> Développement historique du contentieux administratif.....	235
§ 2. — Les divers tribunaux administratifs.....	242
<i>a.</i> Organisation.....	247
1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs.....	247
2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs.....	248
<i>b.</i> Attributions.....	249
1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs.....	249
Actes de la puissance publique.....	249
Actes administratifs ; — actes de gouvernement....	
2. Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs.....	250
Actes de la personne morale. — Affaires purement judiciaires. — Contentieux entre l'État et ses agents comptables.....	250
§ 3. — La responsabilité des fonctionnaires publics.....	253
§ 4. — Le conflit d'attributions.....	256
§. L'AUTRICHE.....	261
I. — Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs.....	262
§ 1. — Reconnaissance ou méconnaissance du principe.	262
§ 2. — Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire.	263
II. — Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire.....	265
§ 1. — Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.....	265

TABLE DES MATIÈRES	501
§ 2. — Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.	265
III. — Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs.....	266
§ 1. — Domaine d'application de la juridiction administrative.....	266
<i>a.</i> Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire.....	266
<i>b.</i> Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux.....	267
§ 2. — Les divers tribunaux administratifs.....	269
<i>a.</i> Organisation.....	270
1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs.....	270
2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs	271
<i>b.</i> Attributions.....	272
1. Attributions de la Cour de justice administrative.	
2. Attributions du Tribunal d'Empire.....	272
3. Attributions de la Cour des Comptes.....	274
§ 3. — La responsabilité des fonctionnaires publics.....	275
§ 4. — Le conflit d'attributions.....	275
<i>a.</i> Élévation du conflit.....	276
<i>b.</i> Jugement du conflit.....	277
CHAPITRE II. — B. LES PUISSANCES DE SECOND ORDRE.....	278
PREMIER TYPE : L'ESPAGNE.....	278
I. — Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs.....	279
§ 1. — Reconnaissance ou méconnaissance du principe..	279
§ 2. — Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire.	281
II. — Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire.....	282
§ 1. — Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.....	282

§ 2. — Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.	283
III. — Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs.....	284
§ 1. — Domaine d'application de la juridiction administrative.....	284
<i>a.</i> Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire.....	284
<i>b.</i> Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux.....	286
§ 2. — Les divers tribunaux administratifs.....	287
<i>a.</i> Organisation.....	289
1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs.....	289
2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs	292
<i>b.</i> Attributions.....	293
1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs.....	203
Actes de la puissance publique.....	292
Actes administratifs ; — actes de gouvernement..	293, 294
2. Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs.....	294
Actes de la personne morale. — Affaires purement judiciaires. — Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics.....	294, 295
3. Contentieux entre l'État et ses agents comptables.	
§ 3. — Le conflit d'attributions.....	296
<i>a.</i> Élévation du conflit.....	296
Par qui, — quand il peut être élevé ; — ses effets.....	297
<i>b.</i> Jugement du conflit.....	298
Autorité chargée de statuer, — et procédure.....	298

TABLE DES MATIÈRES

503

SECOND TYPE : α L'ITALIE. — β . LA SUISSE. — γ . LA
BELGIQUE. — α . L'ITALIE

299

I. — Garanties de l'individu dans le principe de la sépa-
ration des pouvoirs.....

300

§ 1. — Reconnaissance ou méconnaissance du principe.

300

§ 2. — Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire.

302

II. — Garanties de l'individu dans l'organisation du pou-
voir judiciaire.....

303

§ 1. — Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.....

303

§ 2. — Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.

304

III. — Garanties de l'individu dans la détermination de
l'autorité compétente à l'égard des litiges admi-
nistratifs.....

306

§ 1. — Domaine d'application de la juridiction adminis-
trative.....

306

a. Limites entre le contentieux administratif et le
contentieux judiciaire.....

306

b. Limites entre le contentieux administratif et le
recours purement gracieux.....

308

c. Résultats généraux de la réforme Italienne.....

311

§ 2. — Les divers tribunaux administratifs

313

a. Organisation

317

1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs.

317

2. Conditions d'indépendance des tribunaux admi-
nistratifs

318

b. Attributions.....

318

1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux
administratifs

318

Actes de la puissance publique.....

318

Actes administratifs; — actes de gouvernement....

319

2. Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux ad-
ministratifs.....

320

Actes de la personne morale. — Affaires purement
judiciaires. — Actions en responsabilité contre

les fonctionnaires publics. — Contentieux entre l'État et ses agents comptables.....	320,321
§ 3. — Le conflit d'attributions.....	322
<i>a.</i> Élévation du conflit	323
Par qui, — quand il peut être élevé ; — ses effets.	323
<i>b.</i> Jugement du conflit.....	325
Autorité chargée de statuer : — effets du jugement rendu sur conflit; — procédure.....	325,327
<i>β.</i> LA SUISSE.....	328
I. — Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs.....	329
§ 1. — Reconnaissance ou méconnaissance du principe..	329
§ 2. — Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire.	330
II. — Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire.....	331
§ 1. — Mode de recrutement du pouvoir judiciaire.....	331
§ 2. — Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.	332
III. — Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs.....	332
§ 1. — Domaine d'application de la juridiction administrative	332
<i>a.</i> Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire.....	332
<i>b.</i> Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux.....	333
§ 2. — Les divers tribunaux administratifs	334
<i>a.</i> Organisation.....	334
<i>b.</i> Attributions.....	335
§ 3. — La responsabilité des fonctionnaires publics.....	337
§ 4. — Le conflit d'attributions.....	338
<i>γ.</i> LA BELGIQUE.....	340
I. — Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs	341

TABLE DES MATIÈRES	505
§ 1. — Reconnaissance ou méconnaissance du principe..	341
§ 2. — Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire.	344
II. — Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire.....	345
§ 1. — Mode de recrutement du pouvoir judiciaire	345
§ 2. — Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.	346
III. — Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs	347
§ 1. — Domaine d'application de la juridiction administrative	347
<i>a.</i> Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire.....	347
<i>b.</i> Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux.....	349
<i>c.</i> Résultats généraux du système.....	350
§ 2. — Les divers tribunaux administratifs.....	351
<i>a.</i> Organisation.....	352
1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs.	352
2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs	353
<i>b.</i> Attributions.....	353
§ 3. — La responsabilité des fonctionnaires publics.....	355
§ 4. Le conflit d'attributions	357
<i>a.</i> — Elévation du conflit	358
<i>b.</i> Jugement du conflit.....	358

SECONDE PARTIE

Appréciations critiques sur l'institution d'une juridiction administrative en France.

CHAPITRE I. — HISTORIQUE DES ATTAQUES DIRIGÉES CONTRE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE.....	360
I. — Attaques émanées des pouvoirs publics.....	362
II. — Attaques émanées des publicistes et des juriscon- sultes.....	366
CHAPITRE II. — RAISONS THÉORIQUES INVOQUÉES DE PART ET D'AUTRES : EXISTENCE OU NON-EXISTENCE DU POUVOIR JUDICIAIRE	372
I. — Exposé de la question ; — son importance.....	373
II. — Etude de la question.....	376
§ 1. — Le pouvoir judiciaire envisagé d'après la raison et la nature des choses.....	376
§ 2. — Le pouvoir judiciaire dans l'histoire.....	369
§ 3. — Le pouvoir judiciaire dans notre droit constitu- tionnel.....	383
CHAPITRE III. — RAISONS PRATIQUES INVOQUÉES DE PART ET D'AUTRE.....	395
III. — Conséquences ; — appréciations théoriques.....	392
I. — Doctrine du maintien.....	398
α. Arguments fondamentaux.....	398
1. Nécessité de protéger l'administration.....	399
2. Nécessité de protéger l'individu.....	405
β. Arguments accessoires, — ou considérés comme tels.....	410
1. Nécessité d'une procédure spéciale.....	410
2. Nécessité de connaissances spéciales.....	412
Résumé.....	415

TABLE DES MATIÈRES	507
II. — Doctrine de la suppression.....	416
§ 1. — Vices et contradictions dans l'organisation.....	417
§ 2. — Vices et contradictions dans la répartition des attributions.....	422
§ 3. — Exemples pratiques.....	427
<i>a.</i> La responsabilité des fonctionnaires publics ; — le décret-loi du 19 septembre 1870.....	427
<i>b.</i> La théorie des actes de gouvernement.....	438
<i>c.</i> La coexistence des deux ordres de juridiction. — Résumé.....	447
III. — Doctrine de la transformation.....	452
Vue d'ensemble. — Appréciations.....	454
IV. — Le système proposé.....	455
§ 1. — Domaine d'application de la juridiction administrative. — Transformation.....	455
<i>a.</i> Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire.....	455
<i>b.</i> Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux.....	464
§ 2. — Les divers tribunaux administratifs. — Transformation.....	467
<i>a.</i> Organisation.....	467
<i>b.</i> Attributions.....	470
<i>α.</i> Extension du contentieux administratif.....	470
<i>β.</i> Restriction du contentieux administratif.....	473
§ 3. — La responsabilité des fonctionnaires publics. — Suppression.....	474
§ 4. — Le conflit d'attributions. — Suppression.....	478
CONCLUSION.....	483
1. Du rôle constitutionnel du pouvoir judiciaire dans une république.....	483
2. L'avenir de la question de la juridiction administrative.....	486

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

DROIT ROMAIN

- I. — La fiducie dans le droit des choses a été sanctionnée par la *condictio ob rem dati*, en même temps que par l'*actio fiduciæ*.
- II. — La fiducie dans le droit des personnes n'a eu pour sanction qu'une *cognitio extra ordinem*.
- III. — Le fidéicommiss a pour origine une *mancipatio familiæ cum fiducia*.
- IV. — La Table de Bétique contient un modèle de mancipation fiduciaire ; elle ne relate pas une opération effectivement accomplie, et cela bien que certaines de ses mentions ne soient pas fictives.

DROIT FRANÇAIS

- I. — La juridiction administrative en France ne date que du début du xvii^e siècle.
- II. — Le juge de droit commun en matière administrative est le tribunal civil d'arrondissement.

- III. — Le décret-loi du 19 septembre 1870 doit avoir pour effet de consacrer pleinement le principe de la responsabilité des fonctionnaires publics devant les tribunaux, sans qu'aucune autorisation préalable soit nécessaire, et sans que le conflit puisse être élevé.
- IV. — Le pouvoir judiciaire existe comme tel, à côté des deux autres, à titre de pouvoir constitué.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

DROIT ROMAIN

- I. — Les contrats réels innommés sont tous des contrats de bonne foi.
- II. — La *datio in solutum* a été considérée comme un paiement par les Sabinien, et comme une vente par les Proculien.
- III. — Avant la constitution de Zénon sur l'emphytéose, celle-ci était regardée par les uns comme un louage, par les autres comme une vente.
- IV. — La novation ne peut résulter que d'une stipulation.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

- I. — L'article 900 du Code civil ne s'applique qu'aux véritables libéralités.
- II. — Le droit du preneur n'est pas un droit réel.
- III. — Les cas dans lesquels la loi énumère le droit de rétention ne sont pas limitatifs.
- IV. — Les époux ne peuvent pas, par contrat de mariage, convenir que la femme conservera l'administration et la jouissance de ses biens, et que ceux-ci seront soumis à l'inaliénabilité dotale.
- V. — Pour que la stipulation pour autrui soit valable, il suffit qu'elle soit la condition ou la charge d'une dation opérée par le stipulant.

DROIT CONSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF

- I. — L'Assemblée nationale de révision n'est souveraine que dans les limites de la proposition de révision qui a été adoptée en des termes exprès et conformes par les deux Chambres séparément.
- II. — La compétence du Sénat, érigé en Cour de justice, est une compétence *ratione personæ* à l'égard du Président de la République, tandis qu'elle est une compétence *ratione materiæ* à l'égard des ministres.

- III. — Le scrutin uninominal est préférable au scrutin de liste, principalement par ce motif qu'il blesse moins profondément le principe de la représentation des minorités.
- IV. — Le décret-loi du 19 septembre 1870, qui a dégagé de toutes entraves quelconques l'action des particuliers contre les fonctionnaires publics, est absolument inapplicable aux représentants du pouvoir judiciaire.
-

Vu par le Président de la thèse,
PH. JALABERT

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

Imprimerie des Écoles, HENRI JOUVE, 15, rue Racine, Paris.



TABLE DES MATIERES

DROIT ROMAIN De la Fiducie

INTRODUCTION

- I. - Idées générales: origine rationnelle
 - 1. Les Principes anciens relatifs aux actes juridiques
 - 2. Les besoins pratiques et la conscience humaine en face de cette législation
 - 3. Les idées dominantes sur la fiducie
- II. - Sources et textes principaux
 - 1. Classification basée sur la nature des textes
 - 2. Développements relatifs aux textes interpolés
- III. - Définition de la fiducie; division du sujet

PREMIERE PARTIE La Fiducie envisagée en elle-même.

CHAPITRE I. - ORIGINE HISTORIQUE DE LA FIDUCIE

- I. - Notions préliminaires
- II. - L'opinion de M. Accarias: sa réfutation
 - 1. Exposé de l'opinion
 - 2. Sa réfutation
- III. - L'opinion de M. Mommsen; sa réfutation
 - 1. Exposé de l'opinion
 - 2. Sa réfutation
- IV. - Date à assigner à l'apparition de la fiducie
 - 1. Indication fournie par M. Lenel
 - 2. Indication fournie par M. Demelius
 - 3. Indication fournie par le raisonnement

CHAPITRE II. - NATURE ET FORME; CARACTERES JURIDIQUES DE LA FIDUCIE

- I. - Notions préliminaires
- II. - Nature et forme de la fiducie
 - 1. Nature de la fiducie: convention
 - [...] . Première opinion: contrat
 - [...] . Seconde opinion: pacte
 - 2. Forme de la fiducie: pacte accompagnant une datio
 - [...] . Première opinion: pacte inséré dans la datio
 - [...] . Seconde opinion: pacte adjoint à une datio
 - 3. Etude détaillée de ces points combinés: pacte, datio
 - [...] . Au lieu d'un pacte. une stipulatio est-elle possible?
 - [...] . Au lieu d'une datio solennelle, une traditio est-elle possible?
 - 4. Conséquences de cette nature juridique
 - [...] . De ce que c'est un pacte, non un contrat: fiducie dépendant de la datio dans son existence même
 - [...] . De ce que ce n'est pas un pacte adjoint à un contrat: pacte de fiducie indépendant de la datio dans sa forme et dans ses effets
 - [...] . De ce que c'est un pacte adjoint à une datio: indépendance respective des deux éléments dans leurs effets
- III. - Caractères juridiques de la fiducie
 - 1. Son but
 - 2. Sa sanction
 - 3. Son résultat
 - 4. Ses modes de réalisation

CHAPITRE III. - EFFETS DE LA FIDUCIE

- I. - Notions préliminaires
- II. - Effets de la fiducie dans le droit des personnes
 - 1. Le défaut de sanction légale
 - 2. L'ordo judicorum privatorum, ou la cognitio extra ordinem?
 - 3. Discussion sur ce sujet
 - 4. Discussion sur ce sujet
 - 5. Discussion sur ce sujet
- III. - Effets de la fiducie dans le droit des choses
 - A. Première période
 - 1. Le défaut de sanction légale
 - 2. La sanction de fait: la bonne foi
 - 3. La sanction indirecte: l'usureceptio
 - [...] . Origine historique de l'usureceptio
 - [...] . Son régime juridique
 - [...] . Sa justification rationnelle
 - B. Seconde période
 - 1. Création d'une sanction légale
 - [...] . Le crimen perfidia
 - [...] . L'actio fiduciae in factum
 - [...] . L'actio fiduciae in jus
 - 2. Rédaction de la formule de l'actio fiduciae
 - [...] . La formule de l'actio fiduciae in factum
 - [...] . La formule de l'actio fiduciae in jus
 - [...] . Adjectio à la formule
 - 3. Résultats de l'actio fiduciae
 - [...] . Actio fiduciae directa
 - [...] . Actio fiduciae contraria
- IV. - Effets des deux éléments combinés de l'opération fiduciaire
 - 1. Conséquences logiques des principes:
 - 2. Solutions dérogatoires aux principes:
 - [...] . Dans les rapports des parties
 - [...] . Dans leurs rapports avec les tiers

CHAPITRE IV. - INFLUENCES DE LA FIDUCIE SUR L'ENSEMBLE DU DROIT

- A. - Origine des actions de bonne foi
 - I. - Notions préliminaires
 - II. - Age de l'actio fiduciae
 - 1. L'actio fiduciae, première action de bonne foi
 - 2. Age de l'actio empti
 - [...] . Satisfaction des besoins pratiques, avant la création de l'emptio venditio
 - [...] . Date de l'actio empti
 - 3. Date de l'actio fiduciae
 - III. - Influence de l'actio fiducioe sur l'origine des actions de bonne foi
 - 1. Pourquoi l'idée de bonne foi devait trouver naissance dans la fiducie
 - 2. Pourquoi et comment elle fut étendue de la fiducie, simple pacte, aux contrats de bonne foi
- B. - Origine des contrats réels
 - I. - Notions préliminaires
 - II. - Influence de la fiducie sur l'origine des contrats réels nommés
 - 1. La fiducie précédant le pignus, le depositum et le commodatum au point de vue économique
 - 2. La fiducie engendrant ces contrats au point de vue juridique
 - III. - Influence de la fiducie sur l'origine des contrats réels innommés
 - 1. La datio ob rem et la conditio ob rem dati dans la fiducia cum creditore
 - 2. La datio ob rem et la conditio ob rem dati dans la fiducia cum amico

SECONDE PARTIE La Fiducie envisagée dans ses applications.

- A. Applications de la fiducie dans le droit des personnes
 - CHAPITRE I. - APPLICATIONS DE LA FIDUCIE DANS LE DROIT DES PERSONNES
 - I. - Notions préliminaires
 - II. - Fiducie employée en vue de modifier l'état des personnes
 - 1. Acquisition de la cité
 - 2. Emancipation
 - 3. Adoption
 - [...] . Le cas ordinaire
 - [...] . Les cas spéciaux
 - 4. Noxae deditio cum fiducia

Appendice: Des droits de tutelle et de succession fiduciaire	
III. - Fiducie employée en vue d'acquérir la capacité	
1. Coemptio fiduciae causa: idées générales	
2. Coemptio fiduciae causa, sacrorum interimendorum causa	
3. Coemptio fiduciae causa, tutelae evitandae gratia	
4. Coemptio fiduciae causa, testamenti faciendi gratia	
B. Applications de la fiducie dans le droit des choses	
CHAPITRE II. - FIDUCIA CUM CREDITORE	
I. - Notions préliminaires	
1. Importance pratique de la fiducia cum creditore, son but	
2. Comparaison entre cette institution, le pignus, et l'hypotheca	
3. Division du sujet	
I. - La fiducia cum creditore envisagée en général	
1. Les différentes causes du pactum fiduciae	
[...] . Dans l'intérêt du débiteur	
a. Precarium et locatio. Leurs effets	
b. Le droit aux fruits, au profit du débiteur	
c. L'obstacle à l'usureceptio	
[...] . Dans l'intérêt du créancier	
a. Clause pénale de droit commun	
b. Du pactum de vendendo	
c. De la lex commissoria	
2. Du non paiement de la dette à l'échéance	
[...] . Du droit de vendre	
[...] . Rapports entre le créancier vendeur et le tiers acheteur	
[...] . Rapports entre le créancier vendeur et le débiteur exécuté	
[...] . De la dominii, ou de la possessionis impetratio	
3. Du paiement de la dette à l'échéance	
[...] . Application des principes généraux	
[...] . Du paiement par un tiers	
[...] . Du paiement par le débiteur lui-même	
4. De l'actio fiduciae dans la fiducia cum creditore	
a. De l'actio fiduciae directa:	
b. De l'actio fiduciae contraria:	
Leur nature	
[...] . Leurs effets	
III. - La fiducia cum creditore, envisagée dans deux exemples	
1. Idées générales	
2. La Table de Bétique:	
3. Les Tablettes de Pompéi:	
[...] . Questions générales	
[...] . Questions relatives à la reconstitution du document	
CHAPITRE III. - FIDUCIA CUM AMICO	
I. - Notions préliminaires	
1. Définition de la fiducia cum amico	
2. Divisions de ses applications	
II. - Applications normales de la fiducia cum amico	
[...] . Applications ayant pour but de suppléer à l'insuffisance de la loi	
1. Fiducia cum amico réalisant un dépôt et un commodat	
2. Donatio mortis causa	
[...] . Applications ayant pour but d'éluder les prohibitions de la loi	
1. Donatio mortis causa sub modo	
2. Mancipatio servi cum fiducia	
[...] . Le caractère commun à ces applications: la révocabilité	
III. - Applications anormales de la fiducia cum amico	
1. Opération fiduciaire principale	
Dotis recepticiae datio	
2. Opérations fiduciaires accessoires	
3. Le caractère commun à ces applications: la non-révocabilité	
IV. - La doctrine de M. Heck	
CHAPITRE IV. - MANCIPIATIO FAMILIAE CUM FIDUCIA	
I. - Notions préliminaires	
II. - Exposé de notre théorie dans son ensemble	
A. Première période	
1. Le testament per aes et libram, mancipatio familiae	
2. L'obligation de l'héritier aux legs	
B. Seconde période	
1. Mancipatio familiae dicis gratia	
2. Rôle à assigner au pactum fiduciae	
3. Le fidéicommiss, inconnu à l'origine	
4. Forme originaire du fidéicommiss: mancipatio familiae cum fiducia	
C. Troisième période	
1. Influence de la forme du testament, devenu un acte unilatéral, sur la forme du fidéicommiss	
2. Le fidéicommiss devient un acte unilatéral	
3. Il se rapproche du legs	
III. - Justification de notre théorie	
A. Examen des textes	
1. Citation des textes	
2. L'argument à en tirer	
B. Ressemblances entre le fidéicommiss et la fiducie	
1. Leur but	
2. Leur base	
3. Leur résultat	
4. Leurs moyens de réalisation	
[...] . Du moyen direct	
[...] . Du moyen indirect: - usureceptio, et usucapio pro herede	
a. Leur destinée historique	
b. Leur régime juridique	
c. L'ordre suivi par les textes	
C. Différences entre les deux expliquées	
[...] . Différences de la première catégorie	
1. Le pactum fiduciae n'impose une obligation qu'au fiduciaire	
2. L'opération fiduciaire ne peut avoir pour objet que le bien dont le fiduciaire dans est dominus ex jure Quiritium	
[...] . Différences de la seconde catégorie	
1. Le fidéicommiss toujours au profit d'un tiers	
2. Le fidéicommiss, sanctionné par la cognitio extra ordinem	
D. Explications de certaines particularités propres au fidéicommiss	
1. La sanction légale, datant d'Auguste	
2. La nature de cette sanction: cognitio extra ordinem	
IV. - Conclusion sur ce sujet	
1. Le fidéicommiss, application de la fiducia cum amico	
2. Action réciproque de la forme du testament et de la forme du fidéicommiss l'une sur l'autre	
CONCLUSION	
I. - Notions préliminaires	
1. Les causes de disparition de la fiducie	
2. Ses vestiges	
II. - Disparition de la fiducie	
1. Dans le droit des personnes	
[...] . Mancipium cum fiducia	

- [...] . Noxae deditio cum fiducia
- [...] . Emancipation et adoption
- 2. Dans le droit des choses
- 3. Date à assigner à la disparition de la fiducia cum creditore
- III. - Les derniers vestiges de la fiducie au moyen-âge et dans les temps modernes
- 1. Le mort-gage; - et le contrat pignoratif
- 2. La fiducie, sorte de fidéicommis
- [...] . Nature et nom de cette institution
- [...] . Ses caractères principaux
- IV. - L'idée-mère de la fiducie; - sa destinée

TABLE DES MATIERES

DROIT FRANCAIS De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel.

INTRODUCTION

- I. - Idées générales
- § 1. - L'individu et l'Etat
- § 2. - Le pouvoir social; - la séparation des pouvoirs
- § 3. - Tempéraments au principe de la séparation des pouvoirs
- § 4. - Le problème à examiner; - objet de notre étude
- II. - Caractères, - divisions générales de notre étude
- III. - L'antiquité
- § 1. - La Grèce
- § 2. - Rome

PREMIERE PARTIE Histoire des institutions en France Leur état actuel en France et dans les principaux Etats

Observations générales

CHAPITRE I. - A. LES GRANDES PUISSANCES

PREMIER TYPE: LA FRANCE

Ancien régime. - Période révolutionnaire. - Etat actuel

I. - Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs

§ 1. - Reconnaissance ou méconnaissance du principe

§ 2. - Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire

II. - Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire

§ 1. - Mode de recrutement du pouvoir judiciaire

§ 2. - Condition d'indépendance du pouvoir judiciaire

III. - Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs

§ 1. - Domaine d'application de la juridiction administrative

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux

§ 2. - Les divers tribunaux administratifs

a. Organisation

1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs

2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs

b. Attributions

1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs

Actes de la puissance publique

Actes administratifs; actes de gouvernement

2. Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs

Actes de la personne morale. - Affaires purement judiciaires. - Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics

3. Contentieux entre l'Etat et ses agents comptables

§ 3. - Le conflit d'attributions

a. Elévation du conflit

Par qui, - quand il peut être élevé; - ses effets

b. Jugement du conflit

Autorité chargée de statuer; - effets du jugement rendu sur conflit, - procédure

SECOND TYPE: . L'ANGLETERRE. - . LES ETATS-UNIS.

[...] . L'ANGLETERRE

I. - Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs

§ 1. - Reconnaissance ou méconnaissance du principe

§ 2. - Existence ou non existence du pouvoir judiciaire

II. - Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire

§ 1. - Mode de recrutement du pouvoir judiciaire

§ 2. - Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire

III. - Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs

§ 1. - Domaine d'application de la juridiction administrative

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux

§ 2. - Les divers tribunaux administratifs

a. Organisation

1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs

2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs

b. Attributions

§ 3. - Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics

§ 4. - Le conflit d'attributions

[...] . LES ETATS-UNIS

I. - Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs

§ 1. - Reconnaissance ou méconnaissance du principe

§ 2. - Existence ou non existence du pouvoir judiciaire

II. - Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire

§ 1. - Mode de recrutement du pouvoir judiciaire

§ 2. - Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire

III. - Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs

§ 1. - Absence de juridiction administrative

§ 2. - Actions en responsabilité contre les fonctionnaires

§ 3. - Le conflit d'attributions

TROISIEME TYPE: . L'ALLEMAGNE. - . L'AUTRICHE.

[...] . L'ALLEMAGNE

I. - Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs

§ 1. - Reconnaissance ou méconnaissance du principe

§ 2. - Existence ou non existence du pouvoir judiciaire

II. - Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire

§ 1. - Mode de recrutement du pouvoir judiciaire

§ 2. - Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire

III. - Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs

§ 1. - Domaine d'application de la juridiction administrative

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux

c. Développement historique du contentieux administratif

§ 2. - Les divers tribunaux administratifs

a. Organisation

1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs

2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs

b. Attributions

1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs

Actes de la puissance publique

Actes administratifs; - actes de gouvernement

2. Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs

Actes de la personne morale. - Affaires purement judiciaires. - Contentieux entre l'Etat et ses agents comptables

§ 3. - La responsabilité des fonctionnaires publics

§ 4. - Le conflit d'attributions

[...] . L'AUTRICHE

I. - Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs
§ 1. - Reconnaissance ou méconnaissance du principe
§ 2. - Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire
II. - Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire
§ 1. - Mode de recrutement du pouvoir judiciaire
§ 2. - Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire
III. - Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs
§ 1. - Domaine d'application de la juridiction administrative
a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire
b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux
§ 2. - Les divers tribunaux administratifs
a. Organisation
1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs
2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs
b. Attributions
1. Attributions de la Cour de justice administrative
2. Attributions du Tribunal d'Empire
3. Attributions de la Cour des Comptes
§ 3. - La responsabilité des fonctionnaires publics
§ 4. - Le conflit d'attributions
a. Elévation du conflit
b. Jugement du conflit

CHAPITRE II. - B. LES PUISSANCES DE SECOND ORDRE

PREMIER TYPE: L'ESPAGNE

I. - Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs
§ 1. - Reconnaissance ou méconnaissance du principe
§ 2. - Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire
II. - Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire
§ 1. - Mode de recrutement du pouvoir judiciaire
§ 2. - Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire
III. - Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs
§ 1. - Domaine d'application de la juridiction administrative
a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire
b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux
§ 2. - Les divers tribunaux administratifs
a. Organisation
1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs
2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs
b. Attributions
1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs
Actes de la puissance publique
Actes administratifs; - actes de gouvernement
2. Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs
Actes de la personne morale. - Affaires purement judiciaires. - Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics
3. Contentieux entre l'Etat et ses agents comptables.
§ 3. - Le conflit d'attributions
a. Elévation du conflit
Par qui, - quand il peut être élevé; - ses effets
b. Jugement du conflit
Autorité chargée de statuer, - et procédure

SECOND TYPE: [..] L'ITALIE. - [...] . LA SUISSE. - [...] . LA BELGIQUE. - [...] . L'ITALIE

I. - Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs
§ 1. - Reconnaissance ou méconnaissance du principe.
§ 2. - Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire.
II. - Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire
§ 1. - Mode de recrutement du pouvoir judiciaire
§ 2. - Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.
III. - Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs
§ 1. - Domaine d'application de la juridiction administrative
a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire
b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux
c. Résultats généraux de la réforme Italienne
§ 2. - Les divers tribunaux administratifs
a. Organisation
1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs
2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs
b. Attributions
1. Contentieux administratif jugé par les tribunaux administratifs
Actes de la puissance publique
Actes administratifs; - actes de gouvernement
2. Contentieux judiciaire jugé par les tribunaux administratifs
Actes de la personne morale. - Affaires purement judiciaires. - Actions en responsabilité contre les fonctionnaires publics. - Contentieux entre l'Etat et ses agents comptables
§ 3. - Le conflit d'attributions
a. Elévation du conflit
Par qui, - quand il peut être élevé; - ses effets
b. Jugement du conflit
Autorité chargée de statuer: - effets du jugement rendu sur conflit; - procédure

[..] . LA SUISSE

I. - Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs
§ 1. - Reconnaissance ou méconnaissance du principe
§ 2. - Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire
II. - Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire
§ 1. - Mode de recrutement du pouvoir judiciaire
§ 2. - Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire
III. - Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs
§ 1. - Domaine d'application de la juridiction administrative
a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire
b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux
§ 2. - Les divers tribunaux administratifs
a. Organisation
b. Attributions
§ 3. - La responsabilité des fonctionnaires publics
§ 4. - Le conflit d'attributions
[..] . LA BELGIQUE
I. - Garanties de l'individu dans le principe de la séparation des pouvoirs
§ 1. - Reconnaissance ou méconnaissance du principe
§ 2. - Existence ou non-existence du pouvoir judiciaire
II. - Garanties de l'individu dans l'organisation du pouvoir judiciaire
§ 1. - Mode de recrutement du pouvoir judiciaire
§ 2. - Conditions d'indépendance du pouvoir judiciaire.
III. - Garanties de l'individu dans la détermination de l'autorité compétente à l'égard des litiges administratifs
§ 1. - Domaine d'application de la juridiction administrative
a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire
b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux
c. Résultats généraux du système
§ 2. - Les divers tribunaux administratifs
a. Organisation
1. Mode de recrutement des tribunaux administratifs.

2. Conditions d'indépendance des tribunaux administratifs

b. Attributions

§ 3. - La responsabilité des fonctionnaires publics

§ 4. Le conflit d'attributions

a. - Elévation du conflit

b. Jugement du conflit

SECONDE PARTIE Appréciations critiques sur l'institution d'une juridiction administrative en France.

CHAPITRE I. - HISTORIQUE DES ATTAQUES DIRIGEES CONTRE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

I. - Attaques émanées des pouvoirs publics

II. - Attaques émanées des publicistes et des jurisconsultes

CHAPITRE II. - RAISONS THEORIQUES INVOQUEES DE PART ET D'AUTRES: EXISTENCE OU NON-EXISTENCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

I. - Exposé de la question; - son importance

II. - Etude de la question

§ 1. - Le pouvoir judiciaire envisagé d'après la raison et la nature des choses

§ 2. - Le pouvoir judiciaire dans l'histoire

§ 3. - Le pouvoir judiciaire dans notre droit constitutionnel

CHAPITRE III. - RAISONS PRATIQUES INVOQUEES DE PART ET D'AUTRE

III. - Conséquences; - appréciations théoriques

I. - Doctrine du maintien

I...]. Arguments fondamentaux

1. Nécessité de protéger l'administration

2. Nécessité de protéger l'individu

I...]. Arguments accessoires, - ou considérés comme tels

1. Nécessité d'une procédure spéciale

2. Nécessité de connaissances spéciales Résumé

II. - Doctrine de la suppression

§ 1. - Vices et contradictions dans l'organisation

§ 2. - Vices et contradictions dans la répartition des attributions

§ 3. - Exemples pratiques

a. La responsabilité des fonctionnaires publics; - le décret-loi du 19 septembre 1870

b. La théorie des actes de gouvernement

c. La coexistence des deux ordres de juridiction. - Résumé

III. - Doctrine de la transformation

Vue d'ensemble. - Appréciations

IV. - Le système proposé

§ 1. - Domaine d'application de la juridiction administrative. - Transformation

a. Limites entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire

b. Limites entre le contentieux administratif et le recours purement gracieux

§ 2. - Les divers tribunaux administratifs. - Transformation

a. Organisation

b. Attributions

I...]. Extension du contentieux administratif

I...]. Restriction du contentieux administratif

§ 3. - La responsabilité des fonctionnaires publics. - Suppression

§ 4. - Le conflit d'attributions. - Suppression

CONCLUSION

1. Du rôle constitutionnel du pouvoir judiciaire dans une république

2. L'avenir de la question de la juridiction administrative