La Justice privée en droit moderne, par Alexandre Vallimaresco, docteur ès sciences juridiques. Préface de M. René [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Vallimaresco, Alexandre. La Justice privée en droit moderne, par Alexandre Vallimaresco, docteur ès sciences juridiques. Préface de M. René Demogue, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris. 1926.

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.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

LA JUSTICE PRIVÉE

EN

DROIT MODERNE

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R F

Melius et enim occurrere in tempore
quam post exitium vindicare.
(Code 1, 3 27).

PAR

Alexandre VALLIMARESCO

Docteur ès-sciences juridiques

PRÉFACE

DE

M. René DEMOGUE

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

DÉPOT LÉGAL
BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R. F.
13. 2. 1926
1423

2486

PARIS (5e)
LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE
EDOUARD DUCHEMIN
L. CHAUNY et L. QUINSAC, Successeurs
18, *Rue Soufflot*, 18

1926

La Justice privée en Droit moderne

4° F
1945

LA JUSTICE PRIVÉE

EN

DROIT MODERNE

BIBLIOTHÈQUE DE L'INSTITUT
IMPRIMÉ

Melius et enim occurrere in tempore quam post exitium vindicare.
(Code 1, 3, 27).

PAR

Alexandre VALLIMARESCO

Docteur ès-sciences juridiques

PRÉFACE

DE

M. René DEMOGUE

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

PARIS (5e)
LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE
Edouard DUCHEMIN
L. CHAUNY et L. QUINSAC, Successeurs
18, *Rue Soufflot*, 18

1926

PREFACE

La monographie de M. Vallimaresco vient combler une lacune de notre littérature juridique. La question de la Justice privée apparaissait jusqu'à ces dernières années comme purement historique. Il semblait qu'il ne s'agissait que d'une institution désuète perdant tous les jours du terrain devant la Justice étatique. Mais le droit est fait pour la vie. Si celle-ci n'a besoin de certaines formes qui l'encadrent, c'est le rôle du juriste de ne pas les exagérer et de déterminer comment le droit peut rapidement arriver à exécution sans le secours souvent lent et coûteux des procédures ordinaires. Aussi l'auteur oppose-t-il avec beaucoup de raison la Justice privée des temps anciens, justice d'anarchie, peut-on dire, et la Justice privée subsidiaire : celle des temps modernes, où une exécution privée et prompte vient dans des cas divers suppléer, compléter la Justice d'Etat. La première a des formes diverses : tantôt elle est simplement négative ou défensive tantôt elle est positive, offensive. Et là encore elle se présente à des degrés divers. Si dans des cas nombreux elle peut se ramener à un acte accompli en état de nécessité, parfois elle va au delà, elle constitue quelque

chose de distinct. C'est ce que M. Vallimaresco a fort bien dégagé.

L'utilité d'un tel travail où la documentation très large est mise en valeur par une méthode d'exposition déjà très claire et très sûre, ce n'est pas seulement d'être un examen complet d'un point spécial, c'est aussi d'être un guide pour l'avenir. Dans le silence de nos textes français qui, comme ceux de bien d'autres pays, ne prohibent, ni ne permettent la Justice privée, la jurisprudence française a eu à donner sous des aspects variés, maintes solutions du problème. Elle l'a fait le plus souvent avec ce sens très juste des besoins pratiques qui est son grand mérite et qui lui a permis de tant faire progresser le droit depuis un siècle. Mais qu'il me soit permis d'ajouter qu'elle l'a fait un peu comme M. Jourdain faisait de la prose. Les problèmes particuliers se trouvant désormais rattachés à un principe général mieux étudié, peuvent, étant ainsi pris de haut, acquérir plus de netteté dans leurs solutions, celles-ci peuvent mieux s'harmoniser et la jurisprudence peut éviter des hésitations, des contradictions, former cet ensemble cohérent et souple qui complète la loi écrite.

En notre matière, la place plus limitée faite à l'adage que : nul ne peut se faire justice à soi-même a aussi l'avantage de donner une autre leçon. Ces brocards sont le produit d'expériences séculaires. Comme accumulation de réflexions sur des cas divers, ils ont évidemment une valeur que l'on ne

peut négliger. Ils créent une présomption, mais ces vérités sociales ne sont que relatives. Elles sont comme ces pratiques des ouvriers où des lois scientifiques sont inconsciemment appliquées, sans qu'on en connaisse la portée exacte. Vient un moment où les faits se présentent dans de nouvelles conditions. Si la loi scientifique ne peut plus s'appliquer, le tour de main ne donne plus le résultat attendu. De même ici. Si l'adage juridique est souvent utile et évite le désordre, il survient des cas où son application sans limite devient une application sans raison suffisante. Il faut alors que le juriste réfléchisse et déterminant la valeur exacte de l'adage en présence d'éléments nouveaux, pèse de quel côté est l'intérêt le plus considérable. Des travaux comme celui-ci qui attestent tout le profit tiré des années d'études sont pour cela l'instrument le mieux adapté et ils sont utiles au pays où ils ont été écrits en même temps qu'ils font honneur au pays ami de la France d'où vient leur auteur.

R. Demogue.

AVANT-PROPOS

Cette étude est consacrée, comme son titre l'indique, à la justice privée en droit moderne. C'est dire qu'il ne sera question que de cette forme de justice privée, compatible avec l'organisation sociale et la civilisation actuelles de la plupart des Etats modernes. Etant donné que toute violence grave est et doit être réprimée par les lois, qu'en principe, la mise à exécution des droits appartient à l'autorité publique, la justice privée dont nous nous occupons ne saurait être *qu'un auxiliaire exceptionnel*, mais parfois indispensable de la justice étatique, ne se manifestant que par des actes nullement attentatoires à l'ordre public, base de toute société. L'admission de la justice privée par deux des codifications les plus récentes et les plus importantes, nous voulons parler du *Code civil allemand de* 1896 et du *Code suisse des obligations de* 1911 a rendu de l'actualité à la question de la justice privée qui semblait être reléguée dans le domaine de l'histoire.

Voilà pourquoi, après les rares auteurs qui, en France se sont occupés de la justice privée moderne, nous avons entamé cette étude, destinée à présenter l'institution sous son aspect actuel. Nous avons cependant trouvé utile de consacrer quelques développements à l'étude de la justice privée en droit romain, étant convaincus que l'on ne peut se faire une idée juste d'une institution sans se reporter à l'œuvre magistrale que constitue le droit romain. En outre, comme la plupart des études consacrées à la justice privée en droit romain, ne s'occupent que de la justice privée *solennelle ou anarchique*, nous croyons qu'il est nécessaire de montrer que les Romains ont connu une forme de justice privée sensiblement analogue à celle que nous étudions. Enfin, comme le droit allemand est issu directement du droit romain qui formait encore le droit commun en Allemagne avant le Code civil, l'analyse de la justice privée romaine est indispensable pour pouvoir bien comprendre l'institution consacrée par le Code civil allemand (1).

Nous avons laissé à la fin l'étude de la justice privée en droit français, à cause de l'imprécision où se trouve encore l'institution dans le droit français, imprécision due à l'absence de texte la visant

(1) Naturellement, nous ne parlerons du droit romain que dans la mesure nécessaire à la compréhension des développements ultérieurs, une étude complète de la justice privée en droit rom. étant en dehors des cadres de notre travail.

directement en même temps que de l'absence d'une théorie d'ensemble élaborée par la jurisprudence ou la doctrine. L'analyse préalable des institutions de justice privée dans les droits étrangers, nous permettra, croyons-nous, en nous ouvrant certains horizons, de faire une synthèse de la question en droit français.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES

Le titre du présent ouvrage paraîtra peut-être paradoxal. En effet, dans beaucoup d'esprits, l'idée de justice privée est associée à celles de guerre privée, vengeance privée, anarchie, désordre. L'étude de la justice privée est considérée comme n'ayant qu'un pur intérêt historique. Et si on peut encore en parler en droit moderne, c'est sous la forme de rares survivances, destinées à disparaître. Nous chercherons cependant à démontrer dans ce travail qu'il n'en est aucunement ainsi et qu'au contraire, cette institution tend à prendre de l'extension dans les droits contemporains, soit sous forme législative, dans les pays à codification récente, soit sous forme jurisprudentielle et doctrinale, voire même législative, dans les pays régis par des Codes ou coutumes plus ou moins anciens, notamment dans ceux où rè-

gnent les Codes napoléoniens. Pour cela, nous devons commencer par nous mettre en garde contre l'abus des généralisations, des concepts et des abstractions logiques contre lesquels d'éminents auteurs contemporains ont entrepris une rude guerre. « L'abus de la logique a conduit à la stagnation du droit », dit M. Gény (1). Nulle part, peut-être, que dans les questions de la justice privée, les idées préconçues et la tendance à la généralisation, n'ont empêché davantage une étude vraiment scientifique de la question. On a oublié ici, comme ailleurs, que « la science sociale se trouve dans l'harmonie et la conciliation de toutes les antinomies de principes » (2). En partant de l'idée que la justice privée est une institution barbare, anarchique, propre aux sociétés primitives et en proie au désordre, on est arrivé à proscrire — théoriquement au moins — toute justice privée. Et ceci a eu comme conséquence l'élimination presque totale de l'étude de cette question, de la littérature juridique portant sur le droit moderne. Mais après plus d'un siècle de silence, voilà que l'admission par deux législations, des plus récentes et des plus complètes, — nous voulons parler des Codes civils allemand et suisse — de la justice privée, a eu comme effet une sorte de renaissance de la question. Des

(1) Méthode d'interpr., t. I, p. 148, 2e éd.
(2) Saleilles cité dans Œuvre jurid., de R. Saleilles, p. 164.

auteurs contemporains, dont nous aurons à citer souvent le nom, ont consacré des études plus ou moins détaillées à la justice privée, études qui ont eu et auront sûrement des répercussions sur le droit positif. Cela prouve que la question de la justice privée est loin d'être définitivement résolue, comme on le croyait. Et nous faisons nôtre la formule de Paul Valéry, selon laquelle « on peut se dire en feuilletant l'histoire, qu'une dispute qui n'est pas sans issue est une dispute sans importance » (3).

En abordant l'étude de la justice privée, nous nous demanderons d'abord si vraiment la justice privée n'appartient plus qu'au domaine de l'histoire et si on n'a pas le tort de confondre sous le nom de justice privée, des institutions assez différentes. Les développements ultérieurs, consacrés à la justice privée en droit moderne, donneront une réponse éloquente à la première question. Et nous répondrons à la seconde question en affirmant — à charge de le prouver dans nos développements ultérieurs — qu'il y a plusieurs formes de justice privée, ayant chacune des causes et une physionomie différentes. D'après nous, il y a *une justice privée anarchique*, qui n'est due qu'à l'inexistence ou à l'impuissance des pouvoirs publics, ce qui fait que les individus étant privés de la protection d'un pouvoir souverain, s'en remettent à leurs propres for-

(3) Revue de France, 15 juin 1925.

ces. C'est la forme soit *primitive* lorsque l'Etat n'existe pas ou presque pas; soit *pathologique*, lorsque l'Etat est impuissant. Et il y a une autre forme de justice privée : c'est la justice privée que nous appellerons *subsidiaire*, celle qui n'est qu'un auxiliaire de la justice publique, qui ne fait que remédier aux défaillances exceptionnelles, aux insuffisances de la justice publique, justice privée compatible avec l'existence d'un Etat civilisé et solidement organisé. Et nous croyons voir dans la *justice privée solennelle ou formelle*, une troisième forme de justice privée, qui ne sert ordinairement que de transition entre la première et la seconde, et que nous appellerons pour cela, *transitoire*. En distinguant ainsi les différentes sortes de justice privée — distinction qui dominera toute cette étude — nous croyons pouvoir éviter les écueils résultant d'une généralisation, qui peut avoir pour effet d'empêcher une vue exacte de la question (4). Ainsi, en constatant qu'il y a plu-

(4) Durkheim (Règles de la méthode sociologique Alcan, 7e édition, p. 47) a admirablement mis en évidence les inconvénients du système consistant à traiter de choses dont nous parlons sans cesse (famille, propriété, crime, etc.), sans en donner une définition préalable et rigoureuse : « On s'en réfère à la notion commune, dit-il. *Or, celle-ci est très souvent ambiguë.* Cette ambiguité fait qu'on réunit sous un même nom et dans une même explication des choses en réalité très différentes. De là proviennent d'inextricables confusions.» Et il cite comme exemples la monogomie et la démocratie que l'on rencontre à différentes époques de l'histoire, notamment au commencement et à la fin, ce qui déroute les sociologues. Ainsi Spencer conclut qu'il n'y a pas de rapport régulier entre le progrès social et l'avancement progressif vers un type parfait de famille. Une définition opportune, dit

sieurs formes de justice privée, on ne sera pas tenté d'appliquer ici encore la théorie du perpétuel renouvellement des choses, le cercle fermé, le périple de Vico. Car il ne s'agit plus de la même institution. La justice privée moderne et la justice privée des sociétés primitives, sont deux institutions différentes. Et s'il s'agit d'opter pour une théorie philosophique, nous accepterions plutôt celle de Gœthe, suivant laquelle l'histoire ne serait qu'une spirale montante, dont la courbe s'élargit en s'élevant. « Oui, l'humanité revient sur elle-même, dit M. Picard (5). Oui, on croirait à première vue qu'elle retourne stérile en ses œuvres, comme en ses espoirs, à son point de départ. Mais c'est à un étage plus haut et avec une amplitude plus large ! » Il en est ainsi, croyons-nous, de la justice privée. La justice privée que nous trouverons dans les Codes civils allemand et suisse, dans le droit français, dans le droit anglais modernes, n'est sûrement plus *la justice sauvage* de Bacon, mais une tout autre institution, présentant toutes les garanties et portant l'empreinte des civilisations modernes.

Et maintenant, tâchons de donner une définition de la justice privée, définition assez générale pour pouvoir englober les trois variétés que nous avons distin-

Durkheim, eût prévenu cette erreur, car il y a monogamie et monogamie, comme il y a démocratie et démocratie (p. 49 et note).

(5) Le droit pur, Alcan, 1899, p. 297.

guées. *La justice privée est le fait pour le titulaire d'un droit de procéder de sa propre initiative et sans l'intervention des autorités à la protection ou à l'exécution de son droit* (6). Ce qui caractérise donc d'après nous, la justice privée, *c'est que le particulier se fait juge et partie de sa propre cause* et *qu'il réalise son droit par ses propres forces et sans le secours de l'autorité.* Cette définition exclut la justice déférée par des particuliers (l'arbitrage) où, s'il est vrai que les autorités n'interviennent pas, on ne peut pas dire que l'individu est juge et partie de sa propre cause, car ce sont des tiers impartiaux qui décident du litige (7). Nous ne parlerons donc pas de la justice privée entendue dans ce sens (8).

(6) Comp. Demogue (Not. fond., p. 623) : « d'une façon générale, on parle de justice privée au cas où une personne poursuit elle-même l'exécution de son droit, sans l'intervention des autorités. »

Crémieu (La Justice privée, thèse, Paris 1908, p. 1) : « La justice privée est le fait pour un individu titulaire d'un droit, d'en poursuivre l'exécution ou d'en assurer le respect en n'ayant recours qu'à sa propre autorité. ». — V. plus bas définition des auteurs allemands.

(7) M. Demogue (op. cit., p. 623) appelle celle-ci la justice privée proprement dite en réservant à celle dont nous nous occupons le *nom d'exécution privée.*

(8) Cette définition comprend donc aussi bien le fait de procéder à la réalisation de son droit sans faire confirmer la prétention par le juge, que celui de procéder à l'exécution forcée (*exécution privée proprement dite*), au cas où on a un droit certain, soit confirmé par un jugement soit résultant d'un acte authentique. Dans le premier cas, on est juge et exécuteur dans son propre droit, dans le second, on n'est qu'exécuteur. Nous verrons dans les cas cités au cours de l'ouvrage, que les deux hypothèses se retrouvent dans les institutions modernes.

En examinant les raisons qui se trouvent à la base de chacune des formes de justice privée que nous avons distinguées et leur physionomie particulière, on se rendra bien compte de la différence qui existe entre elles. Nous avons vu que la justice privée que nous avons appelée *anarchique* s'épanouissait dans toute société où les pouvoirs publics étaient inexistants ou faibles. Et en nous plaçant à diverses époques de l'histoire et dans les différents pays, nous constatons qu'à l'origine de chaque société, lorsque l'autorité est encore timide et en voie d'organisation, les particuliers procèdent à la défense et à la réalisation de leurs droits — vrais ou présumés — de leur propre initiative. Et ceci est naturel, car les pouvoirs publics ne remplissent pas encore leur rôle. Et le même phénomène se produit lorsque pour une cause ou une autre, l'autorité faiblit, s'émiette ou se désorganise. C'est la justice privée *anarchique* ou *pathologique*. Cette justice présente de très graves inconvénients, car c'est la force qui finit par avoir le dernier mot. Aucun pouvoir objectif supérieur n'existe pour réprimer les abus ou confirmer le bien-fondé d'une prétention ramenée à exécution par autorité privée (9). C'est aussi l'époque de la *vengeance privée*, forme primitive de la peine, ou l'individu prend la revanche d'un mal qui lui a été causé. Et les dangers de ce

(9) V. Crémieu, op. cit., p. 58 s.

mode de répression résultent suffisamment du fait que la mesure de la réaction est donnée par le degré de surexcitation de l'individu lésé (10) d'où arbitraire et trouble de l'ordre public (11). En faisant abstraction des périodes primitives, le Moyen Age est un exemple édifiant des conséquences de l'arnarchie et du désordre, dus à l'émiettement de la souveraineté et à l'affaiblissement du pouvoir central. Dans tous les pays ,nous trouvons à cette époque la guerre privée, forme la plus dangereuse de la justice privée. L'Angleterre, la France, l'Allemagne sont ravagées par la justice privée poussée à son paroxysme. La justice privée *anarchique,* c'est donc le désordre, les troubles sociaux, le règne de l'arbitraire et de la

(10) V. Ihering Esprit du droit romain, trad. Meulenaere, t. I, p. 131.

(11) La vengeance privée est la forme unique de la justice privée aux époques primitives ; en effet, elle est à l'origine de la peine qui devait suivre tout délit. Or, à ces époques, toute lésion du droit, toute injustice soufferte constitue un délit, qui est sanctionné par une peine, peine infligée par la victime elle-même ou sa famille. Il faut au lésé une satisfaction en plus de la réparation du dommage. Ce n'est que peu à peu que l'idée de réparation du dommage se sépare de la peine ; en outre, l'inexécution des obligations cesse d'être un délit, et le créancier n'exige plus une peine, mais uniquement l'exécution. C'est ce qu'Ihering appelle *justice privée stricto sensu* qui n'est que la réalisation du droit. Il n'y a donc pas de distinction entre la vengeance privée et la justice privée aux époques primitives. (V. Ihering, Esprit du droit romain, t. 1, p. 127, 130, 131). Tout se ramène à la vengeance privée, peine de toute injustice soufferte. (V. aussi Faute en droit privé, p. 11). C'est ce qui explique que les législations primitives contiennent surtout des dispositions relatives aux délits : loi des XII tables, loi Salique (3/4 consacrées aux compositions, etc.).

force (12). Cette forme de justice privée est absolument incompatible avec la civilisation et l'existence de pouvoirs publics forts. Aussi la voyons-nous disparaître avec l'organisation ou le renforcement du pouvoir étatique (13). Ce que nous venons de dire sur la justice privée anarchique est admis par tout le monde. Mais ce que nous nous refusons à admettre, c'est qu'on prenne cette justice privée comme type

(12) Cette justice privée, que nous appelons *anarchique*, c'est certes, une forme de réalisation du droit. Comme l'a très bien remarqué Ihering, « le droit n'a pas attendu le législateur, mais il a existé depuis les temps les plus reculés sous forme de coutumes »; de même, il n'a pas attendu le juge pour se réaliser. (Esprit t. I, p. 121). « La justice privée, celle qu'à défaut d'Etat et de justice publique, le créancier se rend à lui-même, est un régime fort imparfait, dit M. Renard (Le droit, la justice et la volonté, p. 30) ; mais ce n'est pas le banditisme et la piraterie ; c'est un régime de droit ». C'est un régime de droit, certes; mais nous l'appelons *anarchique*, parce qu'il ne pouvait éviter *ni l'arbitraire, ni l'excès, ni les erreurs*. En effet, il n'y avait pas de puissance supérieure qui controlât le bien-fondé de la prétention et qui réprimât les abus. Ihering lui-même avoue que ce régime est imparfait (p. 122). Il montre les inconvénients de la vengeance privée, forme primitive et unique de la justice privée (p. 130, 131). Et en outre « lorsque la prétention était douteuse, dit-ill (p. 124), sa poursuite par voie de justice privée *devait nécessairement amener une lutte sauvage, et dut être suppléée par la création d'institutions ayant pour but la décision des contestations* ». L'intérêt public autant que l'intérêt privé étaient donc mal assurés. Et ce fut la justice *transitoire* qui fut le premier remède à ces imperfections (V. Crémieu, p. 128 s.).

(13) V. Ihering, loc. cit., Crémieu, loc. cit., p. 61 ; 28 s. pour la France féodale. Gierke Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895, p. 338, Bruner, Encyklopädie de Hoeltzendorf, 1882 Leipzig, p. 200 s., p. l'Allemagne (v. bibl. complète dans la partie allemande ; Morot p. l'Angleterre (Thèse, Paris, 1923).

de toute justice privée et qu'on raisonne toujours sur elle. M. Crémieu, auteur d'une remarquable thèse sur la justice privée affirme, et nous sommes parfaitement d'accord avec lui sur ce point, que « la justice privée doit son existence à l'absence de pouvoir organisé et elle tend à disparaître à mesure que les groupes sociaux se forment et se généralisent » (14). Et plus loin : « En second lieu on peut constater que toutes les fois que l'Etat s'affaiblit, immédiatement la justice privée réapparaît » (15). Et nous admettons également avec lui, *quant à la justice privée anarchique*, les inconvénients qu'il signale : « la justice privée est un moyen de contrainte insuffisant; elle est une voie de droit grossière et brutale... L'individu pouvait souvent se voir repousser par une force plus grande du débiteur » (16). L'intérêt de l'individu comme celui de la collectivité en souffrent donc. Mais ce que nous ne pouvons admettre c'est que toutes ces appréciations se rapportent à la *justice privée tout court*, et non seulement à la *justice privée anarchique* comme nous le soutenons. En effet, M. Crémieu en parlant de la justice privée en droit moderne, parle de « survivances » comme s'il s'agissait de la même justice privée, et que les cas existants encore seraient destinés à disparaître. Or, nous nous demandons si une institution consacrée

(14) Op. cit., p. 9.
(15) Ibid, p. 13.
(16) Ibid., p. 51.

par les Codes les plus récents peut être qualifiée de survivance. D'ailleurs, l'auteur comme la plupart des auteurs qui ont étudié la justice privée, traitent surtout de la justice privée que nous avons appelée *transitoire*, et qui d'après leurs propres affirmations, se distingue de la justice privée anarchique. Il y a donc plusieurs formes de justice privée, ce qui fait qu'on ne peut pas porter un jugement identique sur toutes. M.Collinet (17) constate que « la saisie privée se rencontre dans toutes les civilisations, aryennes ou sémites;*mais nulle part elle n'apparaît pure de toute réglementation* »... Et M. Crémieu fait la même remarque (17 *bis*). C'est dire que les pouvoirs publics interviennent, dès qu'ils en ont la force, pour entourer la justice privée de garanties, garanties qui lui enlèvent les dangers qu'elle présente. Et en étudiant le premières lois romaines (L. des XII Tables), les lois barbares (L. Salique, etc), et en général toutes les législations primitives, nous voyons que partout le législateur, sans supprimer la justice privée, la soumet à une réglementation. Nous nous trouvons donc en présence de la *justice privée transitoire*, qui constitue la première ingérence des pouvoirs publics dans l'administration de la justice (18). La réglementation de la justice privée a pour

(17) La saisie privée, thèse, Paris 1893, p. 8.

(17 *bis*) Op. cit. p. 14.

(18) Voici ce que dit M. Crémieu à propos de ce qu'il nomme la seconde phase (j. p. procédure légale). « Peu à peu le besoin d'ordre et de sécurité se fait sentir. Il fallait donner

but d'éviter les erreurs et les abus, de donner au poursuivant la certitude qu'il obtiendra la satisfaction due et au poursuivi celle qu'il ne sera pas exposé à des abus. Pour cela, le contrôle par la justice publique est une garantie sûre. Les inconvénients de la *justice privée anarchique* sont ici presque inexistants. « La procédure y est plus l'œuvre des parties que celle de l'autorité publique, dit M. Brissaud (19); le demandeur doit agir selon les formes au poursuivant la certitude qu'il aurait les satisfactions qui lui étaient dues ; il fallait aussi éviter qu'il agît sans droit ou qu'il abusât de ses forces. La j. p. devient une procédure légale. Elle est soumise à des restrictions et à des formes solennelles. D'abord les familles imposèrent certaines garanties : publications de la provocation, présence des témoins pour surveiller les moyens déloyaux... Puis l'Etat, tout en reconnaissant la légalité de la j.p., la réglementa. Ainsi, le jeûne établi parce que le créancier ne put plus entrer dans la maison du débiteur. La loi athénienne défend la vengeance dans les places publiques. En Irlande, la loi exige trois sommations. A Rome, dans la *manus injectio*, le créancier doit traîner son débiteur devant le magistrat, etc... Les formalités exigées l'étaient surtout dans l'intérêt des parties, pour éviter les méprises et les erreurs. En outre, la réglementation comporte le contrôle du magistrat ou de l'assemblée du peuple. Ceci dans un but d'intérêt général : éviter le désordre » (p. 65). M. Collinet fait des constatations analogues à propos de la réglementation de la saisie privée après l'époque des guerres privées du Moyen Age. « Le progrès consiste, dit-il, en matière de saisie tant contre le plège que contre un débiteur quelconque à arrêter les luttes entre créancier et débiteur qui rappelaient trop l'époque primitive du règne de la guerre privée ; on y arriva en interdisant au débiteur de résister, en lui défendant de contredire à la saisie et en lui permettant s'il croyait avoir été saisi à tort, de se plaindre à la justice et de réclamer le gage pris et des dommages intérêts (Loc. cit., saisie privée dans les coutumes du Nord de la France, p. 126). Voir pour la justice privée chez les autres peuples, Crémieu et Collinet.

(19) Histoire du Droit français, t. 1, p. 567.

mes ; à cette condition, il triomphe sûrement de la résistance de son adversaire, l'acte formel fonctionne mécaniquement, mais c'est une arme à deux tranchants, elle se retourne contre celui qui l'emploie, s'il y recourt à tort ou s'il commet des irrégularités; l'amende est la même pour le débiteur récalcitrant et pour le créancier qui se trompe » (20). Toutes ces constatations s'appliquent aussi bien à la *manus injectio romaine*, qu'à la *pigneratio germaniques*, au jeûne en Irlande et chez les Juifs (21). C'est la phase de la *justice privée transitoire*. Partout, comme nous l'avons vu, cette forme de justice privée sert de transition entre la *justice privée anarchique* et la justice publique. On ne peut pas passer brusquement d'un système à l'autre, sans risquer de provoquer des perturbations profondes. Les individus n'ont pas pu se trouver d'un jour à l'autre privés de leur pouvoir d'initiative spontanée. C'est pourquoi l'Etat, en voie d'organisation ou de consolidation a commencé par leur imposer des restrictions. Et nous avons à Rome un exemple de la manière timide mais ingénieuse employée par la souveraineté pour s'emparer de la justice. C'est la procédure du *sacramentum*, où la justice privée se manifeste sous la forme d'un combat simulé. En réalité, c'est le juge qui dé-

(20) Il est à remarquer que c'est surtout de cette forme solennelle qu'il s'agit dans les législations anciennes. C'est dire que dès que le souverain édicte des lois, il met un frein aux abus de la justice privée anarchique, en la réglementant.

(21) Crémieu loc. cité, p. 15 s.

cide; mais les parties ont l'illusion de se faire justice à elles-mêmes. Montesquieu (22) nous montre que les législateurs germaniques s'y sont pris de la même façon « Les Germains, nous dit-il, qui n'avaient jamais été subjugués, jouissaient d'une indépendance extrême : les familles faisaient la guerre pour des meurtres, des vols, des injures. On modifia cette coutume, *en mettant ces guerres sous des règles :* elles se firent par ordre et sous les yeux du magistrat; ce qui était préférable à une licence générale de nuire ». C'est dire que les réformateurs sociaux, comme la nature, ne procèdent pas par sauts. On voit par là combien le facteur psychologique est prédominent dans l'œuvre de ceux qui ont la lourde tâche de régler la destinée des peuples (23). La *justice privée solennelle ou transitoire* est donc loin de présenter les inconvénients de la justice privée anarchique et n'est qu'un acheminement vers la justice publique. Nous allons voir dans nos développements ultérieurs sur la justice privée dans les différents pays, comment la justice a passé par cette phase et dans quelles conditions. Et nous verrons qu'il y a une troisième forme de justice privée, dont nous avons déjà parlé, et qui est parfaitement compatible avec la ci-

(22) Esprit des Lois. Garnier, L.XXVII, chapitre 17.

(23) M. Renard (Le droit, la justice et la volonté, p. 30), compare la lente mainmise par les pouvoirs publics sur la justice à « un protectorat qui se fait d'abord modeste par déférence pour les susceptibilités des indigènes, et puis qui lentement se développe jusqu'à se transformer en annexion totale ».

vilisation : c'est la justice privée que nous appelons *subsidiaire*. Celle-ci est un auxiliaire précieux de la justice étatique imparfaite comme toute œuvre humaine. En effet, cette justice privée s'exerce sous le contrôle des tribunaux; elle n'est accordée qu'à ceux qui ont le droit pour eux, tout excès, toute erreur sont réprimés. *Ce n'est donc pas du tout le triomphe de la force*. Elle présente toutes les garanties de la justice publique, sans en avoir les inconvénients, consistant en frais, lenteurs, etc.

En faisant cette distinction entre les différentes formes de la justice privée, nous croyons que beaucoup de confusions et d'exagérations seront évitées. On est toujours parti, comme nous l'avons dit, de l'idée que la justice privée était une et on a décrété que *nul ne pouvait se faire justice à soi-même*. Et on a voulu tirer toutes les conséquences logiques de ce principe, en oubliant, comme on l'a souvent fait, qu'il avait une raison d'être, qu'il était édicté dans un but; et ce but, cette raison d'être, portaient en eux-mêmes la limitation du principe. Pourquoi l'appliquer dans des circonstances ou dans des cas où cela n'était pas exigé par son but ? Or, celui-ci est clair. La justice privée est généralement défendue, parce qu'elle est une cause de troubles, de désordre et d'arbitraire (et en disant cela, on pense surtout à la *justice privée anarchique*). Donc il nous semble évident que lorsque ces dangers n'existent pas, il n'y a pas de raison de prohiber la justice privée. Pro-

clamer que *nul ne doit se faire justice à soi-même* en donnant une valeur absolue à cette règle, c'est oublier qu'il n'y a pas de principes sans raison et de règle juridique sans but. « Dans le domaine du droit, rien n'existe que par le but, dit Ihering (24), et en vue d'un but, le droit tout entier n'est qu'une unique création de but. Le droit n'exprime pas la vérité absolue; sa vérité n'est que relative et se mesure d'après son but. *Seulement, la plupart des actes créateurs isolés remontent à un passé si lointain, que l'humanité a perdu leur souvenir* ». C'est dire qu'à un moment donné, on oublie que toute règle a un but, une cause finale et cette règle acceptée sans être raisonnée, prend le caractère d'un dogme et entre, pour ainsi dire, dans le domaine mystique (25). Lorsque l'ordre n'est pas en danger, pourquoi

(24) Evolution du droit. Trad. Meulenaere, p. 291.

(25) Nous pourrions citer de multiples exemples d'institutions motivées par les nécessités du moment, ayant perdu leur raison d'être et pourtant continuant à fonctionner. M. Bonnecase (supplément au Traité de Boudry-Lacoutinerie, t. 1, p. 305), cite plusieurs articles du Code civil, inspirés par la philosophie ou l'idéologie régnantes au moment de la confection du Code civil, et qui avec les changements politiques et économiques ne correspondent plus à leur but initial : ainsi les articles 896 (défense des substitutions), 686 (défense d'établir une servitude sur la personne), 826 (partage en nature des successions). Et l'auteur fait des remarques suivantes: « or, il se trouve que ces principes directement inspirés de préoccupations politiques se sont révélés à l'usage comme nuisibles au point de vue économiques, partiellement tout au moins, *alors que les dangers politiques auxquels ils étaient destinés à parer, étaient devenus inexistants...* ». Et nous pourrions ajouter comme exemple le cas des conditions illicites, immorales ou impossibles dans les donations (art. 900), qui,

prohiber la justice privée d'une façon absolue ? Nous croyons que ceux qui, législateurs ou jurisconsultes, proclament à l'envi que toute justice privée est prohibée, tombent dans un double écueil : ils prennent pour un principe exprimant une vérité absolue, une règle qui n'a qu'une valeur contingente. En second lieu, ils englobent dans leur principe, toute justice privée, fût-ce la justice privée que nous avons appelée *subsidiaire*. La valeur dogmatique qu'ils accordent à cette règle est un obstacle au progrès en même temps que contraire à la nature des choses. « La vie réelle se moque du veto de la logique, a dit quelque part William James (26). En effet, les événements ont prouvé le caractère relatif de cette règle, comme de tant d'autres. Le législateur allemand de 1896 (B. G. B.); le législateur suisse de 1911 (Code Civil des obligations), non seulement ne prononcent pas de prohibition générale de la justice privée, mais admettent qu'on puisse se faire justice à soi-même dans certains cas. Où en est l'évolution rectiligne de la justice privée vers son abolition totale, de cette justice privée dont certains sonnaient le glas ? Et ce n'est pas pour des raisons théoriques

contrairement au droit commun, tombent en laissant debout la donation (v. Colin et Capitant, t. 3, 2e éd., p. 646). L'art. 900 est inspiré de considérations politiques, qui n'ont plus de raison d'être aujourd'hui. La jurisprudence a d'ailleurs cherché à tourner les dispositions exprimées par les articles cités (v. Bonnecase, p. 305, s.).

(26) Philosophie de l'expérience. Flammarion, p. 247.

que ces législations ont admis la justice privée : des raisons purement pratiques tirées des nécessités sociales les ont guidées. A ces raisons pratiques, on oppose le dogme de la prohibition absolue de la justice privée. Cela nous fait songer aux arguments mystiques de Pascal, proclamant la justice privée et le duel, comme contraires au droit divin. « Elle (l'Eglise), dit-il (26 *bis*) a toujours enseigné à ses enfants qu'on ne doit point rendre le mal pour le mal; qu'il faut céder à la colère; ne point résister à la violence; rendre à chacun ce qu'on lui doit, honneur, tribut, soumission; obéir aux magistrats et aux supérieurs même injustes; parce qu'on doit toujours respecter en eux la puissance de Dieu qui les a établis en nous. *Elle leur défend encore plus fortement que les lois civiles de se faire justice à soi-même* (27) ». Et plus loin : « Jésus-Christ a mis l'honneur à souffrir, le Diable à ne point souffrir. Jésus-Christ a dit à ceux qui reçoivent un soufflet de tendre l'autre joue; et le Diable a dit à ceux à qui on veut donner un soufflet de tuer ceux qui leur voudront donner cette injure ». Nous comprenons très bien ces arguments mystiques, en tant qu'il s'agit de morale; mais dans le domaine du droit, ce n'est pas en invoquant des dogmes qu'on justifie une institution. Et comme nous nous plaçons dans notre ouvrage à un

(26 bis) XIV[e] Lettre provinciale. Ed. Havet, t. 2, p. 122.

(27) On voit qu'en morale, selon Pascal, même la légitime défense n'est pas admissible. Or, jamais législateur n'a prohibé la légitime défense.

point de vue éminemment pratique, en nous demandant uniquement si à un moment donné, dans un pays donné, la justice privée doit ou non être admise, nous ne trouvons pas utile d'invoquer des raisons d'ordre plus ou moins métaphysique pour justifier la justice privée, telles que le retour à l'état de nature (28), l'instinct de conservation (29), la réaction du sentiment juridique ou le devoir de défendre le droit (30), la liberté individuelle (31), etc., idées qu'on a voulu mettre à la base surtout de la justice privée défensive. Ce n'est pas qu'on ne doive pas justifier théoriquement la justice privée; mais cette théorie doit être tirée de

(28) Grotius : « necessitas rem reducit ad merum jus naturae ».

(29) Puffendorf ; v. Moriaud Du délit nécessaire, thèse Genève, 1889, p. 128, s., sur les différentes théories mises à la base de l'état de nécessité et de la légitime défense.

(30) Jhering *Esprit*, t. 1, p. 122 ; *Lutte pour le droit*, p. 49 et p. 123 : « La défense du droit est donc un devoir de la conservation morale de l'individu ; l'abandon complet, aujourd'hui impossible, mais autrefois possible, est un suicide moral ». *Evolution du droit*, p. 175 : « Elle (la légitime défense), constitue un droit et un devoir pour l'homme ; elle est un droit en tant qu'il existe pour lui-même ; elle est un devoir en tant qu'il existe pour le monde. C'est pourquoi la notion de légitime défense ne s'applique qu'à l'homme, l'animal n'ayant pas conscience de son existence pour le monde et pour lui-même. Refuser à l'homme le droit de légitime défense, y mettre des entraves, c'est le ravaler au-dessous de l'animal ».

(31) Cornil, Le droit privé, p. 25 : « Au regard des particuliers, comme au regard des agents de l'autorité, il serait déplorable qu'une organisation trop parfaite de la force collective *étouffât toute activité spontanée individuelle, toute manifestation de l'énergie physique de l'individu.*

l'observation des faits sociaux et de l'étude de l'histoire, et non de considérations transcendantes. Or, en étudiant l'histoire de la justice, nous constatons que depuis qu'il y eût des sociétés (et nous croyons qu'il y en eut toujours), il a fallu un droit pour régler les rapports entre les hommes. Or, pour que ce droit se réalise, il faut, par définition, un pouvoir de coercition. « Droit et contrainte, c'est tout un », a dit Kant. Et Ihering (32) nous dit : « Le point essentiel dans l'idée de l'ordre juridique, *c'est la réalisation sûre et constante du droit* ». Pour cela il faut donc un pouvoir de contrainte, une force coercitive. Cette force sera sociale ou individuelle. La justice publique est la forme supérieure de la contrainte, car elle implique l'existence de sanctions objectives; au-dessus des individus, naturellement partiaux dans leur propre cause, il y a un pouvoir objectif qui tranche leurs litiges et exécute les sentences. L'arbitraire, les erreurs et les excès sont ainsi évités. Or, ce pouvoir objectif peut faire défaut, soit d'une façon totale et absolue, en raison de l'inexistence ou de l'impuissance de la souveraineté, et alors nous avons *la justice privée anarchique* (33), soit d'une façon exceptionnelle, les pouvoirs publics étant organisés, mais étant incapables de remplir leur rôle protecteur dans des circonstances particulières ou le remplissent d'une manière imparfaite, et nous

(32) Esprit du droit romain, t. I, p. 120.
(33) Voir plus haut, p. 15 s.

avons alors *la justice privée subsidiaire*. Il y a donc des époques de l'histoire, comme nous l'avons vu plus haut, où l'individu n'a pas d'autre moyen de réaliser son droit, que ses propres forces. Et comme chacun recourt à sa propre initiative, et qu'il n'y a personne pour contrôler le bien-fondé des prétentions et pour réprimer les abus, le désordre et l'anarchie règnent. C'est un état, soit *primitif*, soit *pathologique* d'une société donnée. Aussi ne dure-t-il pas, et les pouvoirs publics s'organisent ou se ressaisissent-ils. D'autre part, aux époques d'ordre et de civilisation — et c'est l'état normal des sociétés — au-dessus des individus, il y a un arbitre suprême, l'Etat. Or, celui-ci peut, ou bien faire défaut dans certaines circonstances, ou bien remplir imparfaitement son rôle. Dans ce cas, les individus, dénués de la protection étatique, se font justice à eux-mêmes. Mais cette justice privée, nous l'avons vu, est loin de présenter les inconvénients de l'autre, car l'Etat momentanément absent, reprend ses droits de contrôle et de répression des abus. Ce que nous tenons à souligner ici, c'est le fait que dans les deux cas, l'individu se fait justice à lui-même, *vu la carence des autorités* (34). Dès lors, on ne peut pas dire que c'est

(34) Cette idée est aussi exprimée par M. Tarde dans ses Transformations du droit, p. 17. « La vendetta, dit-il, est le seul mode de répression pratique, là où une force publique extérieure et supérieure aux tribus fait défaut. C'est d'ailleurs un des plus efficaces remèdes contre le délit qui aient jamais été imaginées, et je ne sais pas si les criminalistes *utilitaires*, au lieu de tant dénigrer cette coutume barbare, ne devraient

un instinct barbare qui le pousse; ce qui est anormal, ce n'est pas son attitude, qui est un effet, c'est l'état de la société, qui en est la cause. Il est donc à désirer que l'etat puisse être assez fort pour assurer sa protection aux individus. Et il en est ainsi généralement. Mais, quelle que soit son organisation, il y a des cas où il en est incapable. Et nous avons alors la *justice privée subsidiaire*, qui ne présente pas de dangers pour l'ordre public, comme nous l'avons vu. Voilà, selon nous, l'explication théorique de la justice privée. Et nous pouvons citer à l'appui de notre opinion, celle de plusieurs éminents jurisconsultes..

« Si ce sentiment (le sentiment du droit) ne trouve pas, pour se réaliser, un organe constitué à cet effet, il cherchera à se satisfaire directement », dit Ihering (35).

« Instituée pour protéger l'individu, la société n'a pas le droit de l'empêcher d'assurer lui-même sa

pas logiquement proposer de la rétablir. Un jour ou l'autre, si la série des bombes anarchistes ne s'arrête pas d'elle-même, on s'apercevra que le seul mode de répression efficace est de revenir à l'antique procédé des représailles. Pour lutter contre cette sauvagerie, il faudra nous refaire à ces mœurs sauvages ». Et l'auteur termine en constatant qu'en Algérie, la suppression de la vengeance privée, a eu comme effet la disparition de la sécurité (cit. Seignette). Ainsi, M. Tarde affirme ici qu'il ne faut pas condamner *en principe* une institution qui selon les temps et les lieux, peut présenter des avantages.

(35) Esprit du droit romain, t. 1, p. 122.

sécurité personnelle, lorsqu'elle est dans l'impossibilité de le faire elle-même », s'écrie M. Garçon (36).

« Mais la force sociale n'est pas toujours présente et même présente, il pourrait se faire qu'elle ne fût pas en état de défendre avec efficacité l'individu en danger : alors celui-ci a le droit incontestable de recourir à la force peronnelle, à la défense privée, *à défaut de la défense publique qui est absente ou insuffisante.* » (Ortolan) (37).

« La défense publique a été organisée, dit Carrara (38), pour suppléer à l'insuffisance de la défense privée et *pour en réfréner les abus.* Mais lorsque, au contraire, *par l'impuissance momentanée de la défense publique*, la défense privée est seule suffisante *et ne peut produire d'excès*, la défense publique n'a plus aucun fondement et ne peut plus intervenir ni comme force supplétive, ni comme force modératrice. »

Nous n'irons pas plus loin, avec ces citations. Il nous suffira de conclure es affirmant encore une fois que pour nous *la justice privée* n'est autre chose que la tendance naturelle qui pousse l'individu à réaliser son droit, et qui ne trouve pas de pouvoir objectif

(36) Code pénal annoté art. 328, n° 8.
(37) Elém. de droit pénal, 3e éd., p. 168.
(38) Opuscoli 1, p. 144 (cité par Vidal et Magnol, Droit criminel, 6e édition., p. 335. Nous verrons dans la partie allemande des idées semblables proposées par les auteurs allemands.

capable de le faire à sa place. En second lieu, nous constatons que cette justice privée est dangereuse, lorsqu'elle est l'unique moyen de réaliser le droit (*justice privée anarchique*), mais qu'elle ne l'est plus lorsqu'elle n'intervient que dans des cas exceptionnels, contrôlée et réglementée par l'Etat. C'est pourquoi nous croyons qu'il ne faut pas jeter l'anathème sur toutes les formes de justice privée. Et c'est en partant de ces idées que nous croyons pouvoir expliquer l'attitude des différents peuples vis-à-vis de la justice privée à travers l'histoire, ainsi que tirer de cet examen la règle de conduite que le droit doit observer sur ce point. En examinant donc l'histoire de la justice privée, nous voyons que partout, lorsla souveraineté faiblit ou se désagrège, ou lorsqu'encore inexistante elle est en voie de formation, elle cherche à prohiber la justice privée. *Et c'est alors que nous trouvons des dispositions générales interdisant la justice privée comme telle.* L'hostilité vis-à-vis de la *justice privée anarchique* rejaillit sur la *justice privée subsidiaire.* C'est une loi éternelle de l'histoire : toute réaction est exagérée et tombe dans l'excès contraire. La Révolution française, dans sa haine des corporations, dont elle ne voyait que les abus, est arrivée à interdire tout groupement (Loi Le Chapelier, 14 juin 1791 et art. 291 C. pénal). Et au cours du XIX^e^ siècle, le législateur est revenu peu à peu à la liberté des associations. *Abusus non tollit usus.* Et il en fut ainsi pour la justice privée. A

Rome, nous verrons que les mesures contre la justice privée interviennent lorsque l'ordre[e] romain commence à fléchir (lois Juliae, Decretum, Marci, etc.). Le même phénomène se produit au Moyen-âge, lorsque tous les pays sont ravagés par les guerres privées. Ainsi, en France, nous trouvons les Capitulaires de Charlemagne (802), l'ordonnance de St-Louis (1257), les différentes trêves et paix de Dieu (39). En Allemagne, nous avons de nombreuses paix publiques (Landesfrieden) interdisant toute justice privée (40). En Angleterre : « Au XVIII[e] siècle, nous dit M. Morot, le self-help est interdit d'une façon absolue » (41). La légitime défense elle-même n'est pas admise (42). Et ce qu'il faut constater en même iemps, c'est que ce n'est pas par ces mesures que la justice privée anarchique est supprimée. L'ordonnance de St. Louis resta inefficace (43). « Il est connu que tous ces efforts (décisions royales et paix publiques), donnèrent de faibles résultats et *que le but fut atteint beaucoup plus par la consolidation de l'autorité territoriale* », nous dit Heyer, à propos de la justice privée en Allemagne (44). En effet, les mesures sévères prises par une autorité faible restent lettre morte, tant qu'elle n'est pas capable de les appliquer. Ce n'est qu'au moment où l'Etat se renforce,

(39) Voir partie française.
(40) Voir partie allemande.
(41-42) Morot, thèse citée, p. 15 et 16.
(43) Crémieu, p. 43.
(44) Heyer, op. cit., Bibl., p. 50.

où les lois qu'il édicte sont mises à exécution par des tribunaux bien organisés et dont les décisions sont exécutées par une force publique suffisante, que la justice privée disparaît (nous parlons de la justice privée anarchique), car les particuliers n'ont plus besoin de recourir à leurs propres forces et en même temps les fauteurs de désordre craignent la répression. En ce moment, il devient inutile de prohiber la justice privée *comme telle*. En effet, les lois civiles et pénales sanctionnent sévèrement les cas les plus dangereux de justice privée, notamment les actes de violence. En même temps, les tribunaux, soutenus par la force publique, remplissent leur rôle d'arbitres dans les litiges entre les particuliers. En revanche, une prohibition de principe de la justice privée n'est plus nécessaire, car elle pourrait constituer un obstacle à l'exercice de la *justice privée subsidiaire* qui est indispensable dans une certaine mesure, et qui ne présente plus de dangers, maintenant qu'elle est sous le contrôle des autorités et réglementée par le droit. L'Etat n'a plus à la craindre, étant sûr de pouvoir en réprimer les abus. Et nous verrons ainsi que dans la législation de la Rome républicaine, il n'y a pas de prohibition de principe de la justice privée *comme telle* ; cela ne veut pas dire que les violences graves ne soient pas réprimées ; mais la justice privée ne se manifestant pas par des actes de nature à troubler l'ordre public et la sécurité des particuliers, reste licite ; et cela

permet le développement d'*une justice privée subsidiaire*, qui est aussi nécessaire qu'utile. Ce n'est que vers la fin de la République, à l'époque des guerres civiles que nous trouvons une législation plus sévère, mais pourtant pas prohibitive de la justice privée *comme telle*.

Et nous pouvons voir que les auteurs des Codes napoléoniens n'ont nulle part inséré de prohibition générale de la j. p. ; « Le Code pénal français traite cette situation *par une prudente abstention* », dit M. Garraud (45). En effet, ils n'ont pas trouvé nécessaire de se lier les mains par un principe trop général. Et il est intéressant de constater que certains cas de justice privée, que l'ancien droit français traitait avec circonspection, tel le droit de rétention, sont aujourd'hui largement admis par la loi et la jurisprudence, car il n'y a plus de dangers d'abus (46). Et M. Morot (47) fait la remarque suivante sur le self-help : « Le self-help, dit-il, a été rigoureusement combattu lorsque la société s'organisait et que la puissance publique se fortifiait : à mesure que le roi étendait sa paix, la Kings-peace à tout le royaume, il refoulait par là-même le self-help. Mais cette paix partout assurée, *l'appréhension de la souveraineté pour le self-help se comprenait beaucoup moins*. Et aujourd'hui, l'Etat puissam-

(45) Précis de droit criminel, 12e éd., p. 276.
(46) Voir partie française.
(47) Op. cit., p. 8.

ment organisé, sûr de ses tribunaux et de sa police, peut sans inconvénients admettre un self-help raisonnable ». Et il cite cette phrase de Holdsworth (48) : « C'est seulement quand l'obéissance à la loi est devenue la règle, que les cas où le self-help est permis peuvent être définis en toute sécurité ».

Quant au droit allemand, nous verrons que le B. G. B., comme le Code pénal de 1871 ne contiennent pas de prohibition de la justice privée *comme telle ;* et en cela, ils innovent, car les législations particulières, antérieures aux Codes d'Empire, contenaient de pareille dispositions (A.L.R., art. 77 (49), B.G.B. saxon, art. 179, Codes pénaux badois, wurtembergeois, hessois, etc.). Et les Motifs (50) nous en donnent la raison : « si un acte se montre en soi comme permis ou non permis, alors nous ne voyons pas la raison d'interdire cet acte pour le cas où il servirait à la justice privée. L'intention de réaliser la situation qui correspond au droit, n'est pas illicite. *Tout aussi peu est troublée la paix sociale par un acte se mouvant sur le terrain du droit. Si l'interdiction se trouve dans la plupart des législations antérieures, ceci est un vestige des temps plus anciens où il était nécessaire de combattre particulièrement la justice privée* ».

(48) A History of English Law, t. III, p. 243, cité p. 8.
(49) A.L.R. Allgemeines Landrecht fur preussische Staaten, de 1794.
(50) Motifs p. 353 du premier projet de Code civil.

Le législateur allemand constate donc qu'il n'est aucunement nécessaire de prohiber la justice privée *comme telle*, car le principe de la justice étatique n'est plus mis en question, avec la forte armature sociale que possède l'Allemagne moderne, comme d'ailleurs tous les Etats civilisés. En outre, tous les cas graves de justice privée sont réprimés par le Code pénal, ou donnent lieu à responsabilité civile, non comme actes de justice privée, mais comme actes contraires à l'ordre public. Donc, les moyens graves par lesquels la justice privée pourrait être exercée sont réprimés comme tels, indifféremment de leur but, fût-il la réalisation du droit. Il est donc inutile de déclarer le but de justice privée illicite.

C'est la théorie du but de justice privée indifférent en lui-même pour la qualification d'un acte (51). Et nous allons montrer dans les développements ultérieurs, qu'il en est de même en France et en Angletrre, et qu'il en a été de même à Rome jusqu'au Décret de Marc-Aurèle. Dès lors nous estimons que la règle *nul ne peut se faire justice à soi-même n'a pas de valeur impérative* dans les pays où elle n'est pas inscrite dans les lois (comme c'est le cas du Code civil autrichien, art. 19, ou du Code pénal italien, art. 235). *Et l'intérêt de cette idée consiste en ce que l'adage n'est pas un obstacle à l'admission de certains cas de justice privée, cas qui seraient imposés par les nécessités sociales.*

(51) Puchta, voir plus loin.

La question de la justice privée est un exemple de plus servant à illustrer les inconvénients des généralisations et des principes *a priori*. « Périssent les colonies, plutôt qu'un principe ! », a dit Robespierre. Nous lui répondrons avec Montesquieu : « Je dis que dans les lois, il faut raisonner de la réalité à la réalité, et non pas de la réalité à la figure ou de la figure à la réalité. » (52).

Nous ne contestons pas qu'il faille des principes et des abstractions logiques dans la science juridique. Mais ces principes ne doivent pas avoir une valeur absolue, car le droit ne fait qu'exprimer les nécessités sociales, qui sont essentiellement mouvantes et variables. Et attribuer à un principe juridique la force d'un dogme, c'est lui donner une immobilité qui est contraire au perpétuel mouvement des choses (53).

(52) Op. cit., l. XXIX, chap. XVI, p. 534.

(53) « C'est donc que nos conceptions n'ont rien d'absolu, dit Saleilles, rien qui s'impose et que loin d'être un principe, elles devraient n'être qu'une résultante. Au lieu de constructions *a priori* desquelles on ait à déduire des conséquences pratiques, construisons nos institutions juridiques, en droit privé, comme en droit public, d'après les résultats où les lois de l'expérience, en vue des besoins immédiats de la pratique, sans nous préoccuper des contradictions théoriques et des illogismes auxquels nous pouvons prêter, et laissons aux théoriciens futurs le soin de mettre de la logique et de la raison pure dans l'édifice mouvant que crée lhistoire. La logique s'y mettra le jour où il aura cessé de vivre ; elle immobilisera ce qui a été déjà immobilisé. *Tout ce qui est et évolue, n'a que faire de la logique et de i'abstraction.* (Saleilles, Personnalité juridique, 2e édition, p. 214).

On a reproché au premier projet du B. G. B. son caractère purement doctrinaire (54). En partant donc de théories abstraites, le Allemands n'auraient jamais dû admettre la justice privée, eux chez lesquels la théorie de l'Etat tout-puissant est lettre d'Evangile et pour lesquels l'individu n'a de droits que ceux que lui accordent les pouvoirs publics. Et cependant, le B.G.B. est le premier Code moderne consacrant formellement des cas de justice privée. C'est dire que les principes ont dû plier devant les nécessités pratiques. Les Anglais qui ne s'embarrassent pas de théories, admettent beaucoup de cas de justice privée. Et nous ne voyons pas pourquoi la *justice privée subsidiaire* ne serait pas admise en France. Dans un pays arrivé à un stade si avancé de civilisation, où l'ordre le plus parfait règne, qu'aurait-on à craindre du fait de certaines institutions de justice privée, qui ne seraient *qu'un complément utile à l'œuvre des tribunaux.*

Il faut donc se demander uniquement si tel ou tel cas de justice est utile ou non. Il est inadmissible qu'on empêche le progrès en invoquant un principe qui ne peut avoir une valeur absolue. « Y a-t-il utilité pratique, oui ou non, à admettre des contraintes privées ? C'est là le véritable terrain du débat », dit M. Demogue (55). Et c'est ainsi que nous procéderons en étudiant les cas où la justice privée

(54) Voir plus loin, partie allemande.
(55) Notions fondamentales, p. 667.

devrait être admise. En abordant ce sujet, nous nous inspirerons surtout de raisons pratiques. Nous nous refusons donc d'ignorer ces nécessités pratiques, uniquement par respect pour un principe à la relativité duquel nous ne pouvons nous empêcher de croire. « Il y a toujours une raison contre toute loi : c'est qu'elle porte atteinte à la liberté, à dit Bentham (56). Celui qui propose une loi doit donc prouver non seulement qu'il existe une raison spéciale en faveur de cette loi ; mais encore que cette loi l'emporte sur la raison générale contre toute loi ».

Sans pousser aussi loin l'individualisme, nous croyons cependant qu'il faut soigneusement peser les avantages et les désavantages d'une règle juridique avant de la proclamer.

Nous allons chercher maintenant dans un second chapitre d'esquisser une théorie de la justice privée moderne, en tâchant d'élaborer une construction technique en même temps de l'institution, telle qu'elle peut se présenter dans nos sociétés modernes.

(56) Cité par Fouillée, Idée moderne du droit, p. 137.

CHAPITRE II

Esquisse d'une théorie de la justice privée en droit moderne

Il est entendu, chose qui résulte du titre même de cette section, qu'il ne s'agira ici que de la *justice privée subsidiaire*, seule compatible avec le degré de civilisation et d'organisation des Etats modernes. Et par là même est éliminée une des manifestations les plus typiques de la *justice privée anarchique* ou *primitive*, nous voulons parler de la *vengeance privée*. Il est en effet inadmissible de permettre à un particulier, sous l'empire de la colère, de se venger du mal qui lui a été causé. Aucun élément objectif, indispensable au droit, n'intervient plus ici : la mesure de la sanction n'est autre que le degré d'excitation de l'individu lésé. « La vengeance ne connaît d'autre mesure que le degré (*purement accidentel et arbitraire*) de surexcitation de l'individu lésé, dit Ihering (1) ; au lieu de briser la force de l'injustice,

(1) Esprit du droit romain, t. I. p. 131.

elle ne fait que la doubler, en ajoutant à l'injustice qui existe déjà, une injustice nouvelle. Il est aisé de comprendre qu'elle doit bientôt céder devant la loi de l'ordre. Aussi n'en rencontrons-nous plus que des traces isolées dans l'ancien droit romain... » (2). Il est inutile d'insister encore sur les dangers et les inconvénients que présente la vengeance privée. Dans les droits modernes, on ne trouve pas de cas de vengeance privée licite. Si l'on tient parfois compte de la colère d'un individu lésé, c'est pour atténuer la peine qui devrait le frapper. Ainsi le Code pénal français admet une excuse atténuante en cas de délits commis sous l'empire de la colère, colère qui enlève au délinquant la libre disposition de ses facultés (art. 321, 324, 325, C. pénal).

Nous allons donc chercher, en examinant l'histoire et les droits modernes, à voir comment et dans quelle mesure la *justice privée subsidiaire* peut être admissible dans les systèmes juridiques actuels. Naturellement la construction technique de l'institution sera variable selon les pays et les époques, chaque société modelant l'institution selon ses particularités résultant des différences de mentalité, de mœurs, de conditions économiques ou sociales. Il est cependant permis de tirer quelques aperçus de caractère général sur la manière dont la justice privée est réglée ou est concevable dans un Etat civilisé du XX^e^ siècle.

(2) Voir partie romaine.

Nous avons défini plus haut la justice privée, telle que nous l'entendions (3). Avant de procéder à un essai de construction théorique et technique de l'institution, nous tenons à mettre en garde contre un malentendu qui pourrait résulter de la confusion entre *l'exécution ou réalisation* d'un droit et *son exercice*. Ce qui distingue l'exercice de l'exécution d'un droit, c'est que dans le premier cas, il s'agit bien de faire valoir un droit, mais sans qu'une volonté étrangère, manifestée par une résistance matérielle s'y oppose, tandis que dans l'exécution privée (lire justice privée) on fait valoir son droit en faisant plier une résistance reposant sur une volonté étrangère, et cela par ses propres forces et sans le secours de l'autorité (4). Or, cette résistance contre la réalisation d'un droit est brisée ordinairement par la force étatique, tandis que l'exercice du droit

(3) Page 14.

(4) *V. Heyer.* Die Selbsthilfe Archiv für Bürgerliches Recht, tome 19, p. 57.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts 1912 t. I. p. 343 : « L'exercice de sa propre autorité d'un droit par celui qui le détient est, cela va de soi, permis en lui-même et constitue même la règle en fait pour beaucoup de droits, notamment la propriété et les servitudes. Mais il y a une limite qui consiste en ce que l'ayant droit ne peut pas employer la violence contre une personne pour l'exercice d'un droit et ne peut attenter à la possession d'autrui. »

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, p. 533 : « Mais il s'agit toujours d'une violence contre la volonté de tierces personnes qui s'opposent au droit ». Voir aussi *Unger*, System des Oesterreichisches Allgemeinen Privatrechts 1876 t. II, p. 337 ; Endemann : Einführung in das Studium des B.G.B., 5e éd., 1899, t. I, p. 367.

appartient toujours à l'individu. Celui qui se fait justice fait donc ce qui appartient d'habitude à l'Etat. Passer sur un chemin sur lequel on a une servitude de passage, est un acte d'exercice du droit ; briser la résistance d'un individu qui s'y oppose ou détruire la barrière qu'il a élevée, est un acte de justice privée.

La justice privée peut être *défensive* ou *agressive*. Elle est *défensive*, lorsque l'individu se maintient dans une situation existante par ses propres forces contre une atteinte extérieure. La principale application en est *la légitime défense* qui est le fait de repousser par la force une attaque injuste contre notre personne ou notre patrimoine. La *justice privée agressive* est la *satisfaction ou la garantie d'une prétention* par la propre autorité de l'individu, et par atteinte à la sphère juridique de son adversaire (5). Tandis que dans la première, l'individu ne sort de sa passivité que pour se défendre, dans la seconde, il a l'initiative de l'acte, qui n'a pas été provoqué. C'est pourquoi la *justice privée défensive* a toujours été admise et n'a été discutée que dans son fondement et dans sa mesure, tandis que *la justice privé eagressive* a généralement été traitée avec méfiance et circonspection, car l'auteur est ici l'agresseur. Cependant il y a toujours eu des actes de

(5) *Dernburg* p. 295, *Unger* p. 339, *Titze* p. 121, op. cit. Les auteurs allemands appellent la justice privée agressive, satisfaction privée (Selbstbefriedigung).

justice privée agressive admis et nous assistons de nos jours à une extension de plus en plus large donnée à cette forme de justice privée (B.G.B. et Code civil des obl. suisse). Et l'hostilité qu'on lui a montrée parfois, n'est pour nous, comme nous l'avons déjà montré qu'un effet de la crainte justifiée qu'on avait de la *justice privée anarchique*, crainte qui rejaillissait sur *la justice privée subsidiaire*. Mais comme pareille crainte n'a plus de raison d'être de nos jours, les pouvoirs publics ont toute liberté pour examiner dans chaque cas particulier, si tel ou tel cas de *justice privée subsidiaire* et admissible ou non. Par conséquent, l'Etat moderne, se sentant fort et capable d'éviter ou réprimer tout abus; le législateur n'ayant pas à s'incliner devant une théorie plus ou moins métaphysique de la souveraineté sur laquelle on ne doive jamais empiéter,la seule question qui se pose à lui est de savoir si oui ou non, dans un cas déterminé, il est préférable qu'on laisse à l'individu le droit de se faire justice à lui-même. « Il faut toujours se demander : la société a-t-elle perdu ou gagné par l'acte de justice privée ? C'est la réponse à cette question qui condamnera ou excusera l'agent, qui lui permettra ou non d'obtenir l'absolution en raison de son empiétement sur les droits garantis à autrui » (6). Tout se réduit donc à un pesage des intérêts en présence, intérêt public et intérêt privé

(6) de *Hoon*, Etat de nécessité en droit pénal et civil 1911, p. 29.

d'une part, intérêts privés entre eux, d'autre part.

On peut distinguer deux catégories de cas de justice privée dans les droits modernes. Il y a d'abord les cas qui peuvent être considérés comme *des cas de nécessité, c'est-à-dire des cas où un individu se trouve dans l'alternative de subir une lésion ou de commettre un acte contraire au droit* (7). Ce sont donc *des cas exceptionnels*,où l'autorité ne peut pas intervenir pour éviter à l'individu la lésion qui le menace, et que celui-ci ne peut éviter *qu'en commettant un acte contraire au droit*. Et alors le droit reconnaît le caractère licite de cet acte, vu la situation exceptionnelle: des délits pénaux et civils sont considérés comme des actes licites.

La seconde catégorie comprend un certain nombre d'institutions où, pour des raisons pratiques, tirées de *la rapidité, la simplicité* ou *l'économie de frais*, l'Etat abdique son rôle, qu'il pourrait remplir, mais dans des conditions plu désavantageuses pour l'une des parties ou pour les deux. Et alors il permet à l'individu, titulaire du droit, de procéder de sa propre autorité à son exécution. Dans les deux cas, l'Etat conserve son rôle de surveillance et de contrôle, ce qui est une garantie indispensable pour les individus.

§ 1. *Justice privée fondée sur l'idée de nécessité.* — Nous ne ferons pas ici une théorie de l'état de néces-

(7) Ces cas peuvent aussi être rattachés à l'idée d'urgence.

sité pas plus qu'un historique de la question. Il nous suffit en renvoyant aux nombreuses monographies consacrées à cette question, de constater qu'elle tend à prendre de plus en plus d'importance et à être admise d'une façon de plus en plus large (8). Et on pourrait dire en paraphrasant la célèbre formule d'Ihening : « L'histoire de l'état de nécessité est une extension constante » (9). Nous avons vu que l'état de nécessité au sens large, se caractérisait par une alternative : subir une lésion ou commettre un acte contraire au droit (10). Et cette conception large de l'état de nécessité comprend : *la justice privée défensive* et la *justice privée agressive* (11). Dans les deux

(8) Voir thèse précitée *Moriaud; Merkel* Die Kollision rechtmässiger Interesse ; *de Hoon*, op. cité ; *Lallement*, Etat de nécessité en matière civile, thèse Paris 1922 ; *Titze*, Die Notstandrechte im Deutschen Rechte... Thèse citée. *Demogue*, Obligations t. III, p. 394.1.s. ; *Garraud*, Traité, p. 680, t. I. 3e éd. ; *Garçon*, Code pénal annoté, art. 64 ; *Vidal et Magnol*, Droit criminel, 6e éd., p. 348 s. Pour une bibliographie complète sur l'état de nécessité, v. *Moriaud* et *Lallement*.

(9) Ihering, Faute en droit privé, p. 4 : « L'histoire de la peine est une abolition constante ».

(10) Voir définitions de Merkel, Moriaud, Garçon, Garraud, Vidal, Lallement, etc.

(11) La grande majorité des auteurs allemands fait cette distinction et les auteurs français, qui ne s'occupent pas de la justice privée agressive, considèrent aussi la légitime défense comme faisant partie de l'état de nécessité au sens large. Voir *Garraud*, op. cit., p. 680 ; Précis de droit criminel, 12e éd., p. 267, 278 ; *Garçon*, op. cit., art. 328, 4.3 : « La légitime défense n'est qu'un cas particulier de l'état de nécessité » ; *Vidal* et *Magnol*, op. cit., p. 348e; *Moriaud*, op. cit., p. 31 ; Auteurs allemands : *Gierke*, p. 335 s. ; *Œrtmann*, p. 657 ; *Leonhard*, p. 207 ; *Unger*, p. 337 ; *Windscheid*, p. 624 ; *Dern-*

cas, l'auteur de l'acte de justice privée commet un délit pénal ou civil pour échapper à un danger, danger qu'il ne peut éviter autrement, vu l'impossibilité d'intervention de l'autorité pour l'en préserver. La justice privée défensive comprend *la légitime défense* et *l'état de nécessité proprement dit*. Dans les deux cas, l'auteur de l'acte se défend contre un danger qu'il n'est pas obligé de supporter : mais tandis que dans la légitime défense, la personne menacée détruit la cause même du danger, dans l'état de nécessité elle cherche à faire tomber sur autrui le dommage qu'elle veut éviter (12). C'est pourquoi la légitime défense a toujours été reconnue licite par le droit, car on met hors de danger ce qui va causer un dommage injuste, d'où le caractère de justice de l'acte (13). Tandis que dans l'état de nécessité proprement dite, c'est un tiers qui supportera les conséquences du danger, ce qui fait que l'admission de l'état de nécessité a toujours été discutée (14). Selon

burg, p. 295 ; *Plank*, p. 682 ; *Enneccerus*, p. 602 ; *Crome*, p. 533 ; *Cosack*, p. 343 ; Motifs du Projet 1 du B.G.B., p. 348 ; *Binding*, t. I, p. 790. Voir références complètes, Bibliographie de la partie allemande.

(12) Voir *Garraud*, Précis, p. 267 ; *Garçon*, art. 64, n. 94, C. p. annoté ; *Vidal* et *Magniol*, p. 348 ; *Moriaud*, p. 40 ; *Lallement*, p. 113.

(13) Moriaud, p. 40.

(14) Sur cette distinction, il y a divergence entre la doctrine et la législation allemande d'une part, et la doctrine française de l'autre : les premières tirant argument du fait que le Code pénalallemand (art. 53) et le B.G.B. art. 227 exigent qu'il y ait une *attaque injuste* pour la légitime défense,

le fondement que l'on met à la base de l'état de nécessité, celui-ci sera déclaré licite d'une manière plus ou moins étendue; en somme il y a deux grands groupes de théories : les premières, subjectives, justifient l'état de nécessité par des considérations tirées de la personne du menacé : instinct de conservation, contrainte morale, etc.; les secondes objectives, fondent le caractère licite de l'état de nécessité, soit sur un conflit d'intérêts, soit sur l'indifférence du législateur, soit sur le défaut d'intérêt qu'aurait celui-ci à punir l'auteur de l'acte, etc. Nous penchons vers les théories objectives et nous nous bornons à constater que la théorie de la contrainte morale, selon laquelle la nécessité priverait le menacé de la libre disposition de ses facultés, est insuffisante, car elle ne justifie que les dangers très graves et en outre, elle n'explique pas l'aide par un tiers; du reste, on ne peut pas dire que l'individu n'est pas libre, car il a choisi : qui mavult, vult (15).

considèrent qu'il ne saurait y avoir légitime défense que contre une personne, car seule une personne est capable de commettre une attaque injuste et par suite la défense contre une chose ou un animal sera un cas de nécessité : *c'est dire que les deux cas se distingueront par la cause du danger ;* la doctrine française, au contraire distingue *selon le sens dans lequel se produit la réaction,* et considère donc comme légitime défense, même la défense contre un animal ou une chose. Au fond, la divergence se ramène à une conception différente *de la notion d'injustice :* la conception allemande est subjective, la conception française objective, considérant comme injuste ce qui ne doit pas être supporté.

(15) Voir sur ces théories, Moriaud, p. 174 s. ; Garçon, Garraud, Vidal, de Hoon, Lallement.

Pour nous, du moment que l'Etat ne peut pas éviter cette alternative, l'individu a le droit de se faire justice. Naturellement, il appartient à l'Etat, au droit positif, de déterminer et de réglementer strictement ces cas, en s'inspirant de différentes considérations. Ainsi, pour la légitime défense, il déclarera l'acte licite, vu le carcatère injuste de l'agression. De même, en cas de nécessité proprement dite, il devra tenir compte de la valeur des intérêts en présence, et ne pas permettre qu'on sacrifie un bien précieux à un bien de minime valeur. Tout cela est question d'appréciation pour le législateur ou le juge, et sera variable selon les différents pays. Mais à cette occasion, nous croyons devoir affirmer que le droit ne peut pas se désintéresser de la question, comme on l'a préconisé (16). Le législateur devra intervenir pour déterminer les cas où il sera permis de se faire justice et prononcer des sanctions contre les abus ou les erreurs. Autrement, ce serait l'arbitraire, et les reproches qu'on fait à la justice privée seraient pleinement justifiés (17).

Nous avons dit que les auteurs allemands considéraient qu'il y avait un troisième cas d'application de l'état de nécessité : *la justice privée agressive*, que ces auteurs appellent *justice privée proprement dite*

(16) Fichte. Théorie de l'irrelevance juridique, V. Moriaud, p. 144.

(17) Dans ce sens : Moriaud, loc. cit. ; Merkel, p. 34,35 ; Lallement, p. 90.

ou stricto sensu. C'est le cas du titulaire d'un droit qui procède de lui-même à l'exécution de son droit, tout retard provenant de l'intervention de l'autorité étant de nature à rendre cette exécution impossible ou très difficile. C'est un cas de *justice privée agressive*, fondée sur la nécessité (*Nothrecht*, disent les Allemands) (18). En effet, il y a bien une alternative entre un dommage à subir (réalisation du droit impossible ou difficile) et la commission d'un acte en lui-même illicite, car le créancier, pour exécuter son droit, devra employer des moyens illicites : saisie d'une chose appartenant au débiteur (ce qui serait un vol), destruction ou endommagement de choses (ce qui tomberait sous le coup des lois sanctionnant le délit civil), arrestation du débiteur, etc. En ce cas, le droit peut exceptionnellement déclarer ces actes licites, vu l'état de nécessité et la carence des autorités. C'est ce qu'ont fait le B.G.B. (art. 229), le Code suisse des obligations (art. 52), et nous verrons que le droit romain lui-même avait prévu de pareilles éventualités. Il semble même que la jurisprudence française déclare licites certains actes illicites en eux-mêmes ; c'est ce que nous verrons dans la partie consacrée au droit français. Le cas typique de cette justice privée agressive fondée sur la nécessité, est la saisie par le créancier pour se constituer un gage, d'une chose appartenant au débiteur en

(18) Voir Binding, Titze, Cosack, op. cit.

fuite. L'intervention de l'autorité pour procéder à la saisie ne pouvant avoir lieu que tardivement, le créancier y procédera lui même. Le B. G. B. (art. 229) décide qu'en ce cas, le créancier ne sera pas responsable civilement et l'acte étant déclaré licite, il n'y aura pas de pénalité.

Il est intéressant de constater comment l'extension de plus en plus large de l'état de nécessité a porté tantôt sur un terme, tantôt sur un autre terme, de l'alternative (19). Ainsi, pour la légitime défense, on a commencé par ne l'admettre qu'en cas de danger pour la personne (art. 328, C. pénal français) (20), et on a fini par l'étendre à la défense des biens (C. pénal all. art. 53, 227 B. G. B., Code civil suisse art. 53, etc.). De même, tandis que le Code pénal allemand excuse l'acte nécessaire seulement en cas de danger pour la personne, le B. G. B. déclare licite même l'acte nécessaire commis en cas de danger pour les biens (art. 228, 904). Ici, c'est le premier terme de l'alternative (danger) qui a été conçu d'une façon de plus en plus large. Pour la justice privée agressive, c'est au contraire, le second terme de l'alternative qui a été élargi (21). Ainsi, le droit prussien n'admettait pas que l'on puisse arrêter le débi-

(19) Les deux termes sont : danger à courir, acte illicite à commettre.

(20) Il est vrai que la doctrine française tend à admettre la légitime défense des biens. V. Garçon, art. 328.

(21) L'acte illicite que l'on peut commettre en état de nécessité.

teur en fuite (22), le B.G.B. art. 229 l'admet, ce qui est assez grave, car il s'agit d'un acte attentatoire à la liberté, acte puni par les Codes pénaux. De même, l'admission de la justice privée agressive est un progrès sur les autres cas de nécessité, car tandis que dans la légitime défense et l'état de nécessité proprement dite, il s'agit d'un danger menaçant la personne ou les biens, dans la justice privée agressive le danger est uniquement de voir la réalisation du droit devenir difficile (art. 229). Et le dommage prévu ne doit même pas être irréparable ; le Code civil prussien exigeait que le dommage dont est menacé le créancien fût irréparable (art. 78 A.L.R. Einleitung).

En concluant sur *la justice privée nécessité*, nous croyons que s'il est juste de permettre à l'individu en état de nécessité de se faire justice à lui-même devant la carence de l'autorité, il est indispensable que le législateur intervienne pour éviter l'arbitraire en réglementant la justice privée et en en sanctionnant les abus. De cette façon seulement, des actes qui pourraient devenir dangereux pour l'ordre public et les intérêts privés, échapperont aux reproches qu'on adresse à la justice privée. Et nous croyons qu'au point de vue législatif, il faut, comme le fait le B.G.B. (art. 231), déclarer que l'auteur agit à ses risques et périls. Il sera donc responsable même sans faute de sa part.

(22) Motifs du 1^er^ projet du B.G.B., p. 355.

§ 2. Tandis que la justice privée nécessité se caractérise par le fait qu'il s'agit d'autoriser exceptionnellement des actes *illicites en eux-mêmes*, mais que la carence de l'autorité rend indispensables, dans la seconde catégorie de cas de justice privée, il ne s'agit ni de carence des pouvoirs publics, ni d'autorisation d'actes illicites. *Il s'agit uniquement de savoir si l'exécution privée ne serait pas préférable à l'exécution étatique.* Et cela peut arriver dans de nombreux cas, où le créancier a besoin d'une exécution rapide ou peu coûteuse. Et le problème qui se pose alors, est de savoir si les avantages de la justice privée sont ou non plus grands que ses désavantages. Ceux-ci peuvent être d'ordre général : danger pour l'ordre public, crainte d'excès ou d'erreurs ; ou d'ordre particulier : sécurité du créancier ou des tiers, garanties résultant des délais ou de la présence des agents de l'autorité. Les avantages peuvent résulter de l'économie de temps, de frais, des chances pour le créancier d'obtenir plus sûrement satisfaction en procédant rapidement ; et l'économie de frais profite au débiteur comme au créancier. « Nous pensons même que l'on peut donner une ligne de départ entre l'exécution qu'il convient de réserver à l'Etat et celle qui peut être privée, en disant : là où on veut donner de la sécurité au débiteur en ralentissant les procédures, en empêchant celles injustifiées, l'exécution par les organes de l'Etat s'impose. Mais là où l'on *veut de la rapidité*,

des garanties d'exécution rapide, mettant obstacle à de graves dommages pour le créancier et peu de frais, on peut avoir une exécution se rapprochant plus de l'exécution privée », dit M. Demogue (23). Et à cela s'ajoute la possibilité d'un recours à l'Etat, qui dans les circonstances actuelles sera toujours efficace, vu le pouvoir dont celui-ci jouit dans les sociétés modernes. De sorte que les dangers que l'on pourrait invoquer, et qui résulteraient de la justice privée *comme telle*, ne sont pas de grand poids aujourd'hui. Il faut ajouter que le recours aux tribunaux devient très lent et très onéreux (de nos jours), vu le grand nombre d'affaires dont ils sont encombrés et les frais que cela exige. Et ces inconvénients sont de nature à faire perdre aux plaideurs la plupart des avantages qu'ils escomptaient.

« Il est fâcheux de constater, remarque Tarde (24), que dès sa plus haute origine, la justice apparaît partout comme une chose essentiellement coûteuse ». Combien plus coûteuse est-elle aujourd'hui, avec le recours forcé aux avoués et huissiers ! Le législateur et la jurisprudence, s'inspirant de ces éléments ont souvent admis des exécutions privées. Et cela surtout en droit commercial, où le besoin de rapidité est prédominant : le Code de commerce français, art. 93, admet la saisie du gage sans titre exécutoire ; la coutume commerciale, consacrée par

(23) Notions fondamentales, p. 643.
(24) Transformations du droit, Alcan, 8e éd., p. 34.

des textes ,admet l'exécution en Bourse ; la jurisprudence valide la vente des marchandises par le voiturier sans observer les formalités de l'art. 106 C. comm. (25). Et la jurisprudence civile valide la rupture du contrat par volonté unilatérale, etc. Nous verrons tout cela plus loin. On s'est très bien rendu compte combien les intérêts des parties pouvaient souffrir de la lenteur et des frais que comportent les formalités de justice. Montesquieu, déjà le constatait : « Les formalités de justice, dit-il (26), sont nécessaires à la liberté. Mais le nombre en pourrait être si grand, *qu'il choquerait le but des lois mêmes* qui les avaient établies ». Et en nous inspirant de Montesquieu, nous revenons à l'idée de finalité des lois : le but du législateur est d'assurer la marche de la société dans l'ordre ; or, ce but est-il atteint lorsqu'on expose les individus à voir leurs droits compromis, en soumettant leur réalisation à des réglementations infinies ? Et en mettant en présence l'idée d'ordre, exprimée par l'adage *nul ne peut se faire justice à soi-même* et l'intérêt des particuliers, si ce dernier est mieux assuré par la justice privée, et que l'ordre n'est pas périclité, nous ne voyons pas pourquoi on prohiberait tous les actes de justice privée. Et comme les tribunaux sont aujourd'hui de plus en plus encombrés, l'intérêt public lui-même exige qu'on per-

(25) V. Demogue, Notions fondamentales.
(26) Op. cit., L. III, ch. I.

mette aux particuliers, *dans les cas où cela ne présente aucun danger*, de se faire justice à eux-mêmes.

Nous concluons donc que souvent, *l'intérêt public* comme *l'intérêt privé* exigent qu'on admette la justice privée. Naturellement, ce seront des cas exceptionnels, où les différentes considérations que nous avons invoquées, sont d'un poids décisif. Mais ce qu'il faut retenir, c'est que le principe de la prohibition de la justice privée *comme telle*, exprimé par l'adage, n'est plus d'une force prédominante, lorsqu'on lui oppose des avantages tirés des nécessités pratiques. Et cela, vu l'état de civilisation et la solide organisation des sociétés modernes, où les pouvoirs publics, en même temps qu'ils déterminent les cas particuliers de justice privée, sont capables de réprimer les abus et même de les éviter.

Appendice. — Nous ne voulons pa finir cette introduction avant de dire quelques mots sur *le duel*, institution de justice privée par excellence. C'est, pour nous, le seul cas de justice privée qui puisse être qualifié de survivance des époques de justice privée anarchique. En effet, deux individus ayant à trancher une question d'honneur, recourent à leur propres forces pour cela malgré les lois qui prohibent le duel en lui-même ou dans ses moyens. *C'est la force qui aura le dernier mot.* Cette institution présente tous les inconvénients de la justice pri-

vée anarchique sans présenter les avantages de la justice privée subsidiaire. Il n'y a ni état de nécessité — car les autorités peuvent très bien intervenir à temps pour donner satisfaction au lésé — ni désir de simplification ou de rapidité. C'est une survivance de l'époque féodale, qui ne se justifie plus par aucune raison, sinon la faible répression par les lois des outrages à l'honneur (26). Or, cette raison est toute contingente et relative, car rien n'empêche le législateur de punir sévèrement les injures et outrages. Et il est à remarquer que les législations qui ont réprimé le plus sévèrement le duel ont aussi un système de sanctions sévères contre l'outrage à l'honneur (Angleterre, Amérique, Italie, etc.). En tout cas, il est inadmissible qu'on puisse encore au XX^e^ siècle trancher un litige par la force, force qui n'est pas nécessairement du côté de celui qui est dans son droit. Et si autrefois on pouvait croire que le duel était un jugement de Dieu qui châtie le coupable, on ne peut plus aujourd'hui mettre à la base d'une institution aussi dangereuse une raison d'ordre mystique (27). C'est pourquoi nous tenons ici même à affirmer notre hostilité à l'égard du duel.

En terminant cette introduction, nous rappelons les idées fondamentales qui nous ont guidés jus-

(26) V. Max Nordau, Biologie de l'Ethique, p. 105 s.

(27) V. René Worms, Le Duel et les Manuels et Traités de droit criminel.

qu'ici et que nous retrouverons dans les développements suivants consacrés à l'analyse des institutions de justice privée dans les différents pays :

1) Nous croyons qu'il ne faut pas parler de justice privée en général, mais distinguer entre les trois formes : *justice anarchique, transitoire* et *subsidiaire* (p. 11-12).

2) Qu'il faut considérer que la justice privée est un phénomène devant se produire nécessairement sous une forme ou sous une autre, lorsque le pouvoir social est incapable de remplir son rôle protecteur (p. 29-30).

3) Qu'il est inutile de proclamer d'une façon absolue que *nul ne peut se faire justice à soi-même*, dans un Etat fort et civilisé, où tous les moyens graves que pourrait employer l'auteur de l'acte de justice privée, tombent déjà sous le coup des lois pénales et civiles et où les organes judiciaires sont capables d'appliquer ces lois ; que la prohibition de la justice privée *comme telle* peut constituer un obstacle à l'existence et au développement de certaines institutions *de justice privée subsidiaire* (p. 32-36).

4) Enfin, nous considérons que dans les pays où les lois ne prononcent pas une pareille prohibition, l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » n'a pas de valeur impérative (p. 37).

Notre étude portant sur la justice privée en droit moderne, c'est en principe de la *justice privée*

subsidiaire qu'il s'agira, car nous avons vu que seule elle était compatible avec l'état social et l'organisation étatique modernes. Et l'étude du droit romain sera aussi consacrée à la justice privée subsidiaire, car nous prendrons pour base le droit romain classique, donc le droit d'une époque de civilisation avancée.

LIVRE PREMIER

Droit Romain

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

Le droit romain nous présente un tableau complet des phases typiques par lesquelles passe l'organisation de la justice dans toutes les sociétés (1). Nous retrouverons ici les trois formes de justice privée que nous avons distinguées dans notre Introduction. Nous verrons qu'à l'époque antérieure aux XII Tables, c'est *la justice privée anarchique* qui domine, la puissance publique à l'état encore rudimentaire, se désintéresse de la justice. La loi des XII Tables, premier monument législatif indubitable du droit romain, nous met en présence d'un système de justice privée *solennelle*, *formaliste* (que nous avons appelée *transitoire*), avec de rares vestiges de vengeance privée. Les pouvoirs publics, qui commencent à fortifier leur souveraineté, interviennent dans l'administration de la justice en la réglementant. Mais, à côté de cette justice privée solennelle, qui

(1) V. Crémieu, sur l'évolution de la justice à Rome.

pour nous, se rapproche davantage de la justice étatique que de la justice privée anarchique, — dont elle n'a aucun des inconvénients, comme nous le verrons plus loin — il a toujours subsisté à Rome une forme de justice privée, qu'Ihering appelle justice privée *sans formes* (2) et que nous appelons *subsidiaire*, car elle n'est qu'un complément de la justice privée solennelle, devenue étatique à la fin de l'époque classique — et dont l'existence s'explique par le fait que le droit romain n'est arrivé *à la justice étatique* que très tard. En effet, comme le droit romain n'a jamais formulé le principe que l'Etat a le monopole de la justice — ce que nous montrerons plus loin — et par suite comme il n'y a jamais eu de prohibition générale de la justice privée *comme telle*, il y a toujours eu des actes licites de justice privée, qui ne tombaient sous le coup d'aucune interdiction. Peu à peu, le législateur a édicté des dispositions restrictives, mais qui n'ont jamais porté que sur des cas particuliers. Ce qui fait qu'en prenant le droit romain à son époque de plein épanouissement — l'époque classique — nous trouvons de nombreux cas de justice privée, et cela malgré la puissante organisation étatique de Rome (3). Cette *justice privée subsidiaire* nous pouvons la di-

(2) Esprit, t. I, p. 152.

(3) V. Ihering, op. cit., p. 131, 177. — Girard, Manuel, p. 969 : « ...Cette autorité existe au-dessus des particuliers. Et, avec le temps, elle s'est chargée de leur rendre la justice que leur faiblesse les empêchait de se faire à eux-mêmes, *comme*

viser en deux catégories : la justice privée qui subsiste à défaut de prohibition générale; *la justice privée nécesité* qui consiste dans l'admission comme licites,*dans des cas de nécessité*, d'actes prohibés par le droit, soit comme actes de justice privée, soit comme actes de violence. Mais nous tenons à insister sur le fait que cette justice privée *est la forme civilisée de l'institution*, car elle existe à une époque où l'Etat est fort et où il est capable par ses organes judiciaires de contrôler le bien-fondé de l'acte et d'en réprimer les abus. C'est donc une forme de justice privée analogue à celle que nous trouvons en droit moderne, avec la seule différence que certains de ces cas ne s'expliquent que par l'absence du principe de justice étatique, principe qui domine dans les sociétés modernes et qui souvent empêche l'existence d'institutions nécessaires de justice privée.

Nous allons dire quelques mots de la *justice privée anarchique* et *de la justice privée transitoire*, pour passer ensuite à l'étude de la *justice privée subsidiaire*, qui forme l'objet principal de notre thèse.

d'ailleurs elle en est venue à lur défendre de se la faire. Le second but n'a été visé à Rome que longtemps après le moment où s'ouvre l'histoire du droit romain, par un mouvement qui a commencé tard, *et qui ne s'est peut-être jamais achevé entièrement*, par des dispositions législatives rendues à la fin de la République, qui ont non seulement permis, mais commandé de demander justice aux tribunaux qui ont frappé celui qui usait de la force pour réaliser son droit de peines criminelles et même de peines civiles telles qu la perte de la créance (*decretum Marci*) *ou* la perte de la propriété ».

1) *Justice privée anarchique ou primitive.* — La forme primitive de la justive privée est la *vengeance privée*, qui comme on le sait, est à l'origine du droit pénal (4). Les Romains de l'époque préhistorique, comme tous les peuples, voyaient dans toute lésion de droit un délit, dont la sanction était la punition de l'adversaire (5). Or cette punition, c'est la vicime qui l'infligeait en se vengeant. Il est donc probable qu'au début, il n'y eut d'autre sanction du droit lésé, que la vengeance. Nous ne retracerons pas ici l'histoire de la peine, en renvoyant pour cela aux ouvrages y consacrés. De même, il est inutile de rappeler les dangers et les inconvénients de cette manière brutale de se faire justice, où la réaction est mesurée par la colère du lésé; c'est une sanction purement subjective. Lorsque plus tard, toute injustice ne fut plus considérée comme un délit, exigeant une peine comme sanction, et que le titulaire d'un droit ne prétendit qu'à son exécution, cette exécution aussi fut privée. Et il est probable que la *manus injectio* et la *pignoris capio* ont commencé par être des actes de justice privée dénués de toute forme, avant de devenir des actes solennels de justice privée extrajudiciaire et plus tard judiciaires (6). La vengeance privée, comme l'exécution privée sans formes, sont des cas de *justice privée anarchique*,

(4) V. Introd., p. 15.
(5) V. Ihering, op. cit., p. 127. Crémieu, op. cit., p. 4. G. May, Droit rom., 11e éd., p. 285. Girard, p. 390.
(6) Girard, p. 969, Cuq, p. 803, May, p. 596.

dus à l'absence ou à la faiblesse des pouvoirs publics, inhérentes à toute société primitive. Les particuliers, faute de pouvoir judiciaire qui tranche leurs différends et assure l'exécution des jugements, se font justice à eux-mêmes. Et, comme le remarque M. Cuq (7), ce système a deux vices essentiels : « il provoque entre les familles des conflits contraires à l'ordre social; il tend à l'oppression des faibles sous la loi du plus fort. »

2) *Justice privée solennelle*. — C'est, comme nous l'avons dit, la phase où se trouve déjà la justice à Rome, à l'époque des XII Tables. Il n'y a plus que des survivances de la vengeance privée (*fur manifestus*, *adultère*, *membrum ruptum*). Quant à la réalisation des droits, elle est soumise à des formalités, extrajudiciaires ou judiciaires. « Comme en matière de délits, il y a eu une évolution, dit M. Girard (7 *bis*). Longtemps avant de supprimer le droit de se faire justice, le groupe social, la collectivité, ayant la coutume pour organe, *a établi pour lui des formes réglées lui donnant une sécurité et une efficacité propres*. Seulement ces formes n'ont pas été immédiatement des formes judiciaires; ces procédures ont commencé, partout probablement, à être des procédures sans procès. Elles se résumaient dans des actes par lesquels le particulier dont le droit était

(7) Op. cit., p. 803.
(7 bis) Op. cit., p. 970.

méconnu en poursuivait la réalisation, *en s'exposant souvent à un dommage sérieux, quand il les employait sans droit*, mais en se ménageant aussi par là des avantages particuliers. On rencontre à Rome et ailleurs, bien des types de pareilles procédures. Mais toutes avaient l'aptitude à devenir des procédures judiciaires au sens large, à conduire à de véritables procès par la position d'une question qu'elles soulevaient toutes : la question de savoir si elles étaient faites à tort ou à bon droit. » La *justice privée formelle*, telle que nous la trouvons à Rome, présente donc tous les caractères de ce que nous avons appelé la *justice privée transitoire*. Elle est entourée de garanties, consistant dans la prononciation de paroles solennelles, qui précisaient les prétentions du saisissant, évitant ainsi l'arbitraire ; dans les délais, dans la présence du magistrat, ce qui empêchait le trouble de l'ordre public et la production d'abus ou excès. L'intérêt public comme l'intérêt privé étaient sauvegardés. C'est de la justice privée, parce que le titulaire du droit agit de sa propre autorité et que le magistrat a un rôle passif; mais c'est une justice privée très atténuée, car elle ne présente aucun des dangers de la justice privée anarchique. Son existence s'explique par le principe que nous avons développé dans l'Introduction (8), selon lequel les pouvoirs publics ne procèdent que par étapes dans

(8) p. 21.

leur œuvre consistant à s'emparer de la justice. La justice privée solennelle se présente à Rome sous trois formes de procédures, de *legis actiones :* le *sacramentum,* la *manus injectio* et la *pignoris capio*. Qu'est-ce qu'étaient les *legis actiones* ? « C'étaient, nous dit M. Girard (9), des procédures établies par une loi positive, des procédures *légales*..., c'étaient des procédures soumises à des formes arrêtées, de procédures *formalistes;* enfin c'étaient des procédures *judiciaires,* non seulement des procédures aboutissant à un procès en cas de contestation, mais sauf une exception (la *pignoris capio*), se déroulant contradictoirement en présence de l'autorité judiciaire. » D'après cette définition des legis actiones, on peut se rendre compte combien loin elles sont de la justice privée anarchique. Ces procédures étant *solennelles,* c'est-à-dire liées à l'observation de certaines formes : prononciation de paroles solennelles, présence de témoins, jours et lieux déterminés, délais ; *judiciaires* se déroulent devant le magistrat (10), et *légales,* c'est-à-dire établies par les lois, les parties ont des garanties presque pareilles à celles résultant de la justice étatique, et l'ordre public n'a rien à craindre.

Nous ne parlerons pas du *sacramentum* qui est une action de la loi ne constituant qu'un acte simulé

(9) Op. cit., p. 971.

(10) D'après la majorité des auteurs, la p. c. était la seule l. a. non soumise à la nécessité de la présence du magistrat. Cependant Ihering est de l'avis contraire.

ou fictif de justice privée : en effet les parties, devant le magistrat, faisaient semblant d'en venir aux mains. La *manus injectio* était la saisie par le créancier, de la personne de son débiteur. Elle a commencé par être une procédure introductive d'instance *pour finir par être une voie d'exécution* (11). Elle pouvait être *extrajudiciaire*, non pas que la présence du magistrat ne fût pas exigée, mais celui-ci n'avait aucun rôle contentieux, se bornant à assister à la mainmise. Elle devenait judiciaire, lorsque le saisi trouvait un vindex pour contester le bien-fondé de l'opération (plus tard lui-même pouvait s'y opposer (*lex Vallia*) ; alors intervenait un débat et le litige était tranché par le juge. La m. i. était la forme la plus parfaite de justice privée solennelle, car elle était entourée de nombreuses garanties : délai de trente jours, présence de témoins, paroles solennelles, présence du magistrat, enfin possibilité de contestation de la prétention (12).

La *pignoris capio* était la saisie par le créancier, d'une chose appartenant au débiteur. C'est la pre-

(11) La m.i. est un mode d'exécution des obligations qui peut intervenir soit après un jugement (*m. i. judicati*), soit en vertu d'une obligation résultant d'une damnatio (v. Girard, p. 986). Dans les deux cas, les garanties résultant des formalités existent ; mais dans le premier, il y a en plus l'intervention du juge, ce qui suppose d'ailleurs l'existence d'une procédure préalable portant sur le bien-fondé de la créance. Il s'agit donc de l'époque où existe déjà le sacramentum (V. Cuq, p. 841).

(12) V. Crémieu, op. cit., p. 126 s. ; Ihering, p. 153 s. ; Girard, p. 981 ; Cuq, p. 840 ; Gaius (IV, 20).

mière forme de la saisie réelle à Rome. L'origine ainsi que la nature de cette *legis actio* sont très controversées. D'après la description de Gaius (13) elle consistait dans la saisie d'une chose, accompagnée de paroles solennelles (*certa verba*), en dehors de la présence du magistrat et même de l'adversaire. Ceci fait qu'on lui a même contesté le caractère d'un acte de procédure (14), en la considérant uniquement comme un acte solennel de justice privée. Ihering cependant affirme qu'il y avait deux formes de *pignoris capio*, comme de *manus injectio* : une forme *extrajudiciaire*, acte solennel de justice privée et *une forme judiciaire*, qui est la procédure de pignoris capio et qui se produisait en cas de contestation. Autrement, dit-il, Gaius ne l'aurait pas comptée parmi les *legis actiones* (IV, 12). « Le but du travail qui va suivre dit-il, est de fournir la preuve que les deux legis actiones dont il s'agit étaient de véritables espèces de procédures : non point d'une manière absolue comme les trois autres, mais conditionnellement : dans le cas où le droit du créancier d'exercer la justice privée était contesté » (15). Et plus loin (16) « une legis actio per pignoris capionem sans garantie de sa légitimité, c'est-à-dire sans une procédure ayant pour objet sa légitimité, *aurait été un*

(13) IV. 26-29.
(14) V. Ihering, op. cit., p. 153.
(15) Page 153.
(16) Page 161. V. dans le même sens Collinet, op. cit., p. 34.

bill d'indemnité accordé à toute espèce de saisies arbitraires, au brigandage et à la violence. » La pignoris capio était donc un acte solennel de justice privée, ce qui était déjà une garantie ; en outre, si l'on suit Ihering, la possibilité d'une contestation qui entraînât une instance judiciaire, était une garantie sûre contre l'arbitraire, ce qui fait que la pignoris capio, comme la manus injectio, ne présentent pas les inconvénients et les dangers de la justice privée anarchique.

De ce rapide exposé de la justice privée solennelle à Rome, nous pouvons conclure que nous sommes en présence d'une forme de justice privée donnant aux parties toute la sécurité nécessaire et évitant les troubles de l'ordre public. Ce sont des anciens actes de *justice privée anarchique* qui deviennent procédures par leur fixation dans un rituel et la possibilité d'un procès, leur donnant la double garantie du contrôle par les pouvoirs publics et de la sanction légale (17).

3) *Justice privée subsidiaire* (*non formelle*). — Nous arrivons ainsi à la forme de la justice privée qui constitue l'objet principal de notre étude. Nous avons vu que *la justice privée non formelle* n'a jamais disparu à Rome et nous avons expliqué ce phénomène par le fait que jamais le droit romain ne connut une prohibition générale de la justice pri-

(17) V. Crémieu, op. cit., p. 126-131.

vée, ce qui fit que malgré les lois successives prononçant des interdictions contre certains actes de justice privée, il resta toujours une marge pour celle-ci. Nous verrons plus loin pourquoi les Romains n'ont pas édicté de disposition prohibitive générale de la justice privée.

Avant d'entrer dans le détail de cette question, nous devons rappeler que nous ne connaissons pas de monographies consacrées à l'étude de cette forme de justice privée, dans la littérature juridique française. Les ouvrages de droit romain en général, autant que les monographies, ne s'occupent que de la *justice privée anarchique* (vengeance privée) ou de la *justice privée formaliste* (18). Au contraire, les auteurs allemands consacrent de nombreux développements à cette forme de justice privée qu'ils appellent *justice privée proprement dite* (Selbsthilfe), et à côté de nombreuses monographies traitant cette question, nous trouvons dans tous les ouvrages de Pandectes des chapitres concernant *la justice privée non formelle* (19).

En raison de l'importance de la matière, nous lui consacrerons tout un chapitre.

(18) V. Crémieu, Collinet, Cuq, Girard, etc...

(19) Monographies. Schwartze, Benfey, Sartorius, Linde, Friedmann ; *Pandektes*, *Windscheid*, t. I. p. 619.

CHAPITRE II

JUSTICE PRIVÉE NON FORMELLE

Section I. — *Position du droit romain à l'égard de la justice privée non formelle ou subsidiaire.*

Nous avons donné une définition de la justice privée en général (20). Nous avons vu qu'on pouvait distinguer deux sortes de justice privée, selon la situation où elle intervenait : *la défense privée* qui est le maintien d'une situation existante contre les empiétements des tiers; la *satisfaction privée* ou *justice privée agressive* qui est le rétablissement par notre propre autorité d'une situation conforme au droit (21). Cette distinction ne se trouve pas dans les textes romains, car les auteurs romains n'ont pas construit une théorie de la justice privée; nous nous en servirons cependant pour la commodité de l'exposition. Il est entendu qu'il s'agira ici de cette justice privée qui subsiste à Rome, même aux époques du

(20) Page 14.

Dernburg, p. 295 s. ; *Regelsberger*, p. 675 s. ; *Puchta*, p. 123, etc.

(21) V. Windscheid, p. 620 ; Dernburg, p. 295 ; Regelsberger, 695 ; Unger, p. 337.

plus haut développement de l'Etat, et qui par conséquent ne constitue pas un danger pour l'ordre public et pour la sécurité des particuliers, les organes judiciaires étant en mesure d'en réprimer les abus. *La justice privée défensive*, a été toujours admise par le droit romain, comme par tous les droits; nous en parlerons à propos de *la justice privée nécessité*. Quant à la *satisfaction privée*, elle a fait l'objet de plusieurs dispositions restrictives, ce qui fait qu'à l'époque de Justinien il n'en reste plus qu'un nombre restreint d'applications.

La justice privée agressive a été limitée par deux sortes de dispositions : des lois (entendues dans un sens large) réprimant certains actes qui peuvent être *aussi* accomplis dans un but de justice privée, donc ne se rapportant pas à la *justice privée comme telle*, mais à des moyens graves qui pouvaient en être l'instrument; des dispositions frappant directement des actes de justice privée *comme tels*. Par conséquent, il y eut des mesures visant directement la justice privée et des mesures la visant indirectement. En analysant l'acte de justice privée, nous voyons qu'il se compose *d'un élément psychique* ou *intentionnel*, l'intention de se faire justice soi-même, et un *élément matériel*, le fait par lequel l'intention se réalise. Dans les dispositions du premier groupe, c'est l'acte matériel qui est frappé en lui-même, indépendamment de son but; dans les dispositions du second groupe, c'est l'élément intention-

nel, qui, joint à un acte matériel donné, est pris en considération pour caractériser l'acte de justice privée et lui donner une physionomie spéciale, celle du *délit de justice privée*. Mais nous le répétons, si l'intention de se faire justice à soi-même est un élément constitutif d'un délit, ce ne sont jamais que *certains actes* accomplis dans ce but qui sont prohibés à Rome. Et c'est ainsi que nous arrivons à une question que nous nous étions posés au début, celle de savoir si le droit romain a jamais connu une prohibition générale de la justice privée.

On l'a cru longtemps et comme le remarque Heyer (22) l'introduction du droit romain en Allemagne eut pour effet une hostilité générale à l'égard de la justice privée. Ce ne fut qu'avec l'école historique qu'on réagit contre cette conception et Puchta fut le premier a en contester le bien-fondé. « Beaucoup de juristes, dit-il, posent le principe que la voie de fait (Eigenmacht) et la justice privée sont en elles-mêmes interdites et que c'est une exception si elles sont permises de temps en temps. *Ce principe n'a pas de base en droit romain*, et il n'est pas fondé non plus

(22) Op. cit., p. 51. « Le droit romano-canonique qui fut introduit en Allemagne, n'était pas favorable à la justice privée. Mais encore plus défavorable était l'interprétation de celui-ci par les jurisconsultes. On croyait que non seulement dans les cas compris dans les lois prohibitives, mais que toute sorte de justice privée était interdite en droit romain. »

(23) Vorlesungen, I, p. 180. Dans le même sens Windscheid, p. 619 ; Wendt, p. 59 ; Benfey, p. 15 ; Schwartze, p. 127.

en droit germanique. C'est un principe moderne issu de l'excès d'étatisme et de tutelle publique... Le principe est plutôt le suivant : qu'un acte ait été accompli dans le but de la protection du droit, *ceci est d'abord indifférent pour sa valeur juridique*. Par ce but : un acte illicite ne devient pas licite; un acte autrement licite, ne devient pas illicite ». C'est dire que le droit romain n'a pas attaché de valeur au but de justice privée, lorsque l'acte par lequel elle s'accomplissait n'était pas illicite en lui-même, et cela en exceptant certaines dispositions dont nous parlerons plus loin. Nous croyons pouvoir expliquer ceci par la méthode employée par les jurisconsultes romains qui ne procédaient pas par des théories générales, mais en suivant les nécessités pratiques (24). Et rien ne reflète mieux cette méthode, que les écrits des jurisconsultes classiques qui sont les véritables représentants, sinon les créateurs, de l'esprit juridique romain. Comme le remarque M. Cuq (25). « Appréciés au point de vue des idées modernes, les

(24) M. Cuq a très bien mis cette idée en évidence : op. cit., p. 48 : « Les prudents, dit-il, n'ont jamais cessé de rester en contact avec la pratique. Si le droit a commencé par être interprété avec une rigueur telle qu'on a pu qualifier la période antique « période de droit strict », il n' a pas tardé à perdre sa raideur et sa pointe. Comme les philosophes, *les juristes ont renoncé aux formules absolues* : à la stricte application des formules (stricta ratio), ils opposent une raison supérieure (summa ratio), fondée sur l'utilité ou sur l'équité et qui doit prévaloir en cas de conflit. Dans le même sens, Ihering, Esprit t. IV, p. 307, n° 69-71.

(25) Page 49, Manuel.

écrits des classiques présentent une particularité qui doit être signalée : *l'absence des idées générales...* Cette abstention volontaire révèle une jurisprudence sûre d'elle-même et qui n'attache d'importance qu'à la fin pratique qu'elle a mission de réaliser. » On peut aussi invoquer comme argument théorique en faveur de notre opinion, l'attachement des Romains à l'idée d'indépendance individuelle, dont Ihering (26) dit que « bien des peuples, impuissants à concilier cette idée d'une manière durable avec le développement toujours croissant du principe de l'Etat, l'ont abandonnée, et ont déposé avec découragement le sentiment de l'indépendance juridique individuelle, devant l'Etat dont ils ont fait le créateur du droit subjectif. Mais cette idée s'est enracinée trop profondément, pour pouvoir jamais disparaître, dans la conception juridique des Romains, grâce à sa nature indestructible et à leur mâle sentiment individuel. L'instinct juridique des Romains sut la modeler avec une précision telle, *qu'il ne put se concilier même avec le plus haut développement de l'Etat* ».

En passant à l'analyse des textes romains, nous ne trouvons nulle part une disposition prohibant la justice privée en général. Tous les textes contenant une prohibition de la justice privée ne visent que des cas particuliers. Ainsi le plus important, le décret de Marc-Aurèle (D. 48, 7-7) ne punit

(26) T. I, p. 177.

que la mainmise par le créancier sur la chose du débiteur. Et la rédaction même du texte prouve le caractère particulier de la disposition, car il s'agit d'un dialogue entre Marc-Aurèle et un certain Marcianus, qui lui expose un cas particulier. De même, la *loi* 7 *Code* 8-4 (constitution de Valentinien 389), ne se rapporte qu'à la prise de possession *violenter* de la part du propriétaire ou d'un tiers. Les Novelles dont nous parlerons plus loin, punissent la saisie des enfants du débiteur ou de la chose d'un tiers. Et les textes admettant des cas licites de justice privée ne sont nulle part donnés comme des exceptions à un principe général (D. 42, 8-10-16; D. 9, 12-4, Paul Sent, 5, 26-4). Cela ne veut pas du tout dire qu'à Rome on pouvait impunément se faire justice : les lois que nous avons citées prouvent le contraire. En outre, nous verrons qu'un certain nombre de lois, édictés à partir du VII^e^ siècle (a. u. c.), frappent de peines sévères les actes de violence, et cela sans distinguer selon qu'il s'agit d'actes de justice privée ou non. Il était absolument contraire à l'esprit pratique des Romains de se lier par des principes généraux qui les empêchaient de tenir compte des nécessités pratiques (27). Nous concluons donc que les Romains n'ont jamais connu de prohibition générale de la justice privée *comme telle*.

(27) Le fait même que les Romains n'ont pas connu une théorie générale du délit, comme celle de 1382, prouve qu'ils procédaient toujours par analyse. V. dans ce sens Benfey, p. 5.

Section II. — *Justice privée illicite.*

Nous examinerons dans cette section les restrictions successives que le droit romain mit à la justice privée *non formelle*. La première disposition prononçant une peine contre la justice privée *comme telle* (contre un cas particulier, cela reste entendu), a été le fameux Decretum Marci. Mais avant d'en arriver à celui-ci, voyons quelle était l'attitude du droit romain avant le Décret, vis-à-vis de la justice privée. Nous pouvons constater que jusqu'au Décret, il n'y eut que des dispositions frappant la violence sous toutes ses formes, *mais indifféremment du but poursuivi* (28). Mais ces dispositions pouvaient très bien s'appliquer à des actes de justice privée, lorsque celle-ci se réalisait par des moyens tombant sous leur coup. Il faut ajouter à cela que la justice privée pouvait aussi être réprimée lorsqu'elle consistait dans des actes constituant le délit de *furtum, dammum injuria datum, injuria,* etc. Mais en dehors de ces cas, différentes lois interviennent à partir du moment où l'Italie commence à être ravagée par la guerre civile (VII^e^ siècle). Ces dispositions dictées par les circonstances,^e^ punissent la violence *comme telle*. Les premières, ce sont les édits prétoriens instituant les interdits possessoires (29), *unde*

(28) V. Girard, p. 969 : « Le droit de se faire justice était resté intact durant toute la République où son exercice n'était puni ni de peines publiques ,ni de peines privées ». V. Ihering, t. I, p. 168, v. Heyer, p. 45.

(29) Girard, p. 280, Cuq p. 218.

vi armata et *unde vi quotidiana*, qui datent de la fin du VII^e^ siècle. Ces interdits sont donnés contre toute personne procédant à une dépossession violente, même si c'est le propriétaire de l'immeuble (cas de justice privée). Ensuite, *l'édit vi bonorum raptorum*, rendu par le prêteur M. Terentius Lucullus en 678, pour les faits de dommages et de soustraction commis en bandes. De la même époque date *l'édit quod metus causa* (680,83), créé par le prêteur Octavius, peut-être, sous l'influence des extorsions des créatures de Sylla, comme le croit M. Girard (30). Enfin, l'aboutissement de ces mesures contre la violence se trouve dans la répression de la violence considérée comme délit public par *les lois Juliae*, dont la date est discutée. Elles sont de César ou d'Auguste (31). Nous parlerons plus loion de ces lois, à propos de leur rapport avec le Décret de Marc-Aurèle. Donc, jusqu'au Décret, il n'y a pas de défense de la justice privée *comme telle :* les individus peuvent se faire justice à eux-mêmes, *pourvu q'uils n'emploient pas de moyens constituant des délits punis par le droit.*

Le but de justice privée ne rend pas licite un acte illicite en lui-même et réciproquement, il ne rend pas illicite un acte licite en lui-même.

§ 2. *Le décret de Marc-Aurèle.* — Ce décret se trouve inséré au Digeste dans deux textes de rédac-

(30) Page 417, 3.

(31) Dict. Antiq., t. V, p. 927 et t. III, p. 1.148.

tions un peu différentes (D. 48, 7-7 et 4, 2-13), tous les deux tirés du livre 6 des *Cognitiones de Callistrate*, auteur contemporain des Sévères. Les différences entre les deux textes sont considérées par la plupart des auteurs comme dues à une interpolation du second. Nous y reviendrons. Le premier *D. 47, 7 Ad legem Juliam de vi privata* 7 est ainsi conçu :

Creditores si adversus debitores suos agant, per judicem id quod debere sibi putant, reposcere debent. Alioquin, si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente : divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt : Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris : interim ille in possessione debet morari, tu petitor es ; et cum Marcianus diceret : vim nullam feci, Caesar dixit : tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur ; vis est tunc quoties quid, id quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit : non puto autem, nec verecundiae, nec dignitati tuae convenire, quicquam non jure facere. Quisquis igitur mihi probatus fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.

Passons à l'analyse de ce texte. Il y a délit puni par le décret, lorsqu'un créancier, pour se payer d'une créance, ou obtenir une garantie, s'est mis en possession de la chose du débiteur, sans la volonté

de celui-ci (id nullo concedente) et sans la permission du magistrat (sine ullo judice). Le délit privé de justice privée est donc constitué par les deux éléments que nous avons analysés : le fait matériel de s'emparer de la chose du débiteur et l'intention de se faire justice. Si cette intention manque, nous avons un délit de droit commun (vol). En effet, le fait de s'approprier la chose d'autrui est un vol, lorsqu'on a une intention de lucre (lucri faciendi gratia) (32). Or, celui qui se fait justice n'a pas cette intention : il veut uniquement se faire payer de sa créance. Voilà l'utilité du Décret, car on ne pouvait avant lui punir pour vol, celui qui avait enlevé la chose du débiteur pour se payer de sa créance, son acte manquant de l'élément *lucri faciendi gratia.*

Voyons maintenant plus en détail, en quoi consiste, le délit.

a) *Personnes.* — Le délit est commis par le créancier contre le débiteur. Il ne s'agit donc que des rapports d'obligation. Le texte ne parle que de *creditor*, *debitor*, *jus crediti*, *res debitoris*. On a cependant soutenu que le texte pouvait s'appliquer aussi aux rapports autres que ceux d'obligation : cela résulterait des expressions *petitor*, *possessio*, qu'on trouve dans la loi. Mais comme le remarque Sartorius (33), — nous croyons avec raison —, *petitor*

(32) D. 42.2.13 et Paul Sent. 2.31.1. V. Schwartze, p. 144.
(33) Sartorius, p. 40.
(34) Page 19.

ici signifierait que le créancier aurait dû s'en tenir à son rôle de demandeur et agir selon les voies légales, en laissant la *possessio* de la chose enlevée au débiteur jusqu'à la solution du litige par le juge. Le Décret ne s'appliquerait donc qu'aux rapports du débiteur et du créancier, et non aux titulaires de droits réels, ce qui résulte d'ailleurs suffisamment de l'expression *rem ullam debitoris*. Il y a eu aussi des controverses sur la nature de la créance. Sartorius (35) a soutenu qu'il ne pouvait s'agir que de créances contractuelles, ce qui résulterait des mots *jus crediti*. On lui a répondu que le texte ne distinquait pas (36). Nous pourrions en outre invoquer D. 50, 16-11) (37).

b) *Objet du délit*. — Le Décret dit « rem ullam *debitoris* ». Il faut donc qu'il s'agisse d'une chose appartenant au débiteur. Il n'y aura donc pas de délit si le créancier s'empare de choses lui appartenant. La saisie peut avoir comme but, le paiement ou l'obtention d'une sûreté (38). D'ailleurs, en cas d'obligations de faire ou de ne pas faire, il ne pouvait s'agir que d'une sûreté.

(35) Page 21.

(36) Benfey, p. 5. Schwartze, p. 128, Puchta Vorlesungen, page 182.

(37) Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur qui pecuniam crediderunt ; sed omnes quibus *ex qualibet causa* debitum.

(38) Benfey, p. 7.

c) *Fait constitutif du délit.* — C'est la *mainmise* sur la chose du débiteur, *contre sa volonté* et sans *l'autorisation de la justice, dans le but de réaliser son droit*, c'est-à-dire *de se faire jutice à soi-même* (eumque sibi jus in eam rem dixisse). Nous avons vu que ce but contituait l'élément caractéristique du délit, qui autrement serait un vol. Voyons en quoi consiste l'élément matériel du délit : c'est le fait par le créancier de s'emparer de la chose du débiteur, *sans que celui-ci lui en ait fait tradition* (non *ab ipso traditam*) et sans autorisation du magistrat. Si donc le créancier a obtenu la tradition de la chose par le débiteur, *même de force*, il ne tombera pas sous le coup du Décret, pas plus que sous celui de *l'édit quod metus causa*. En effet, la tradition, même forcée, était valable en droit civil. Pour faire tomber un acte juridique obtenu de force, il fallait l'action prétorienne *quod metus causa*. Or, celle-ci d'après les termes de la loi 12 *D.* 2-4, n'était accordée que s'il y avait dommage. Or, ce n'est pas le cas ici. C'est seulement la nouvelle rédaction du Décret (D. IV, 2-13) qui remplace « *non ab ipso traditam* », par « *nonab ipso sponte datam* », ce qui fit que la tradition obtenue de force tombe sous le coup du Décret (on verra cela plus loin) (V. Benfey, p. 29.)

d) *Peine.* — La peine du délit consiste dans la perte de la créance (*jus crediti eos non habere, amississe*). La chose sera restituée et en outre, le créancier perdra son droit. C'est une peine privée, qui

profite au débiteur. On s'est demandé si la créance perdue civilement laissait subsister une obligation naturelle. Benfey (39) et Schwartze (40) répondent par l'affirmative, en citant *D.* 12-6 *de cond. indebiti* loi 19: « si poenae causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, *naturalis obligatio manet :* et ideo soluti *repetit non potest* ». Windscheid croit que ce texte ne vise qu'un cas particulier et ne peut s'appliquer à d'autres cas sans une disposition expresse. Voilà pour la *loi* 7 D. 48-7.

Prenons maintenant la *l.* 13 (*D.* 4-2 *quod metus causa :* Estat enim decretum divi Marci in haec verba : optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Cum Marcianus diceret : vim nullam feci, Caesar dixit : tu vim putas esse solum si homines vulnerentur ? vis est tunc et quoties quid id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. Quisquis igitur mihi probatus fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam *non ab ipso sponte datam,* sine ullo judice, temere possidere, *vel accepisse,* isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit (42).

Ce texte diffère de la *loi* 7 *D.* 48-7 par les mots : *non ab ipso sponte datam* substitués à *non ab ipso traditam* et par l'adjonction *d'accepisse* à *possidere.*

(39) Benfey, p. 14.
(40) Schwartze, p. 132.
(41) Windscheid, p. 621, note 3.
(42) Les mots en italique sont ceux modifiés par les compilateurs.

C'est une extension de l'application du Décret, car se rend coupable du délit prévu par celui-ci, non seulement le créancier qui a pris la chose du débiteur sans en avoir obtenu la tradition, *mais même celui qui obtient la tradition de force.* Il s'agit toujours d'une chose du débiteur, et la peine est la même. Mais la contrainte employée pour prendre cette chose, qui, comme nous l'avons vu, ne tombe pas sous le coup de *l'édit quod metus causa* qui exige un *damnum* sera punie par le Décret (nouvelle rédaction). La majorité des auteurs croient que ce texte est interpollé, ce qui résulterait du fait que l'étendue de son application est plus large que celle de la loi 7. Or, il est naturel que le Décret ait commencé par édicter une disposition plus étroite, vu l'innovation qu'il contenait, et que les compilateurs en aient étendu la portée, l'esprit de l'époque étant plus hostile à la justice privée, comme cela résulte des Novelles que nous analyserons plus loin (48). Mais la loi 13 ne s'appliquait quand même qu'au cas d'obligations de donner. La force employée par le créancier pour contraindre le débiteur à remplir son obligation de faire ou de ne pas faire, restait impunie (*rem ullam debitoris*, dit la loi 13 comme la loi 7). Les compilateurs firent alors une nouvelle interpolation pour ce cas : ils attribuèrent au Décret tous les cas où l'exécution d'une obligation est obtenue de

(43) Dans ce sens : Schwartze p. 127, Benfey p. 28, Sartorius p. 15, Linde, p. 400.

force. C'est ce qui résulte du texte suivant : *D.* 4-2 *quod metus causa*, loi 12,2, qui précède immédiatement la loi 13.

« Julianus ait eum qui vim abhibuit debitori suo, *ut ei solveret*, hoc edicto non teneri, propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit : quamvis negari non possit in Juliam eum de vi incidisse et *jus crediti amississe*.

Suit la loi 13: extat enima Decretum... Les compilateurs constatent donc que *l'édit quad metus causa* est inapplicable, car il exige *un damnum*, mais comme ils veulent réprimer toute contrainte pour obtenir le paiement, quelle que fût la nature de celui-ci, ils en attribuent la solution au Décret, ce qui résulte des mots « jus crediti amississe », peine propre au Décret et des paroles avec lesquelles commence la loi 13 : extat *enim* », ce qui relie la loi 13 à la fin de la loi 12 (44). Sous Justinien, le Décret s'étend donc à toute exécution d'obligation obtenue de force.

§ 3. *Rapports du Décret avec les lois antérieures* et en spécial avec les lois Juliae.

Comme nous l'avons déjà dit, nous avons avant le Décret des dispositions réprimant des actes de justice privée *en tant qu'actes de violence*, mais pas en tant qu'actes de justice privée, la violence étant

(44) V. Benfey, p. 28 ; Sartorius, p. 15, et surtout Linde page 400.

frappée *comme telle*, indifféremment du but poursuivi. L'innovation du Décret consiste dans la punition d'un acte de justice privée, qui consiste dans la mainmise par le créancier sur la chose du débiteur, *avec ou sans violence. Il y a donc un délit privé spécial de justice privée*. L'intention de se faire justice est ici prise en considération pour constituer un délit spécial. L'acte de mainmise sur la chose d'autrui pouvait tomber sous le coup d'autres pénalités avant le Décret. Il pouvait constituer un vol, s'il y avait intention de lucre. Ou bien il pouvait constituer le *délit public* (*crimen*) prévu par *les lois Juliae*, s'il était accompli dans les conditions exigées par celles-ci (45). De même le délit de rapine (édit vi bonorum raptorum). Mais il restait bien des cas de justice privée ne tombant sous le coup d'aucune de ces dispositions. On a soutenu que les lois Juliae punissaient déjà les faits prévus par le Décret. On a invoqué pour cela *la loi 8 D. 48-7 ad Legem Juliam de vi privata* où il est dit : « Si creditor sine auctoritate judicis res debitoris occupet, hac lege (Julia) tenetur et tertia parte bonorum multatur et infamis sit. »

Les faits sont bien les mêmes que ceux du Décret, mais la peine est ici une peine publique, tandis que le Décret institue une peine privée. Il ne peut donc s'agir du cas prévu par le Décret; il s'agit

(45) Linde, p. 399 ; Benfey, p. 19.

probablement de la mainmise violente (*vis* pris dans le sens de la loi Julia) sur la chose du débiteur (46), acte puni des peines publiques de la loi Julia. Les deux dispositions ont donc des objets différents, la loi Julia frappant des actes de violence, troublant l'ordre public et constituant des délits publics (crimina), le Décret punissant des actes lésant des particuliers et constituant des délits privés. On a invoqué un autre texte. C'est *la loi* 12, 2 *D.* 4-2 déjà citée qui semble attacher la perte de la créance à la loi Julia (in legem Juliam incidisse et jus crediti amississe). Nous répondrons ici encore que la perte de la créance ne peut résulter de la loi Julia, qui prévoit une peine publique (47) (D. 48, 7-4, 1). Il est vraisemblable comme le remarque Linde (48), que le texte ne fait pas découler la perte de la créance de la loi Julia, mais qu'il affirme simplement que l'auteur de l'acte pouvait encourir en même temps que ces peines publiques de la loi Julia, la peine privée du Décret.

Mais pour pouvoir mieux mettre en évidence les rapports entre le Décret et la loi Julia (ou les lois Juliae), voyons ce qu'étaient ces lois. Ces dernières ont été rendues nécessaires par les guerres civiles qui avaient amené une recrudescence des actes de

(46) Benfey, p. 19 ; Linde, p. 399 ; Sartorius, p. 43 soutient même qu'*occupare* signifie prise de possession violente.
(47) Sartorius, p. 36.
(48) Page 413.

violence. Jusqu'alors, la violence était surtout considérée comme un délit privé, c'est-à-dire ne constituant qu'une lésion des intérêts privés, frappée par conséquent de peines prives et poursuivie par une action privée (49). Il en est ainsi *du délit de violence* prévu par l'édit quod metus causas, *du délit de rapina et de la dépossession violente* sanctionnée par les interdits possessoires (50). *Les lois Juliae* (de vi publicata et de vi privata D. 48 6 et 7), après la *loi Plautia* (676) qui fut appliquée contre Catilina, et *la loi Pompeia* (701) érigent certains actes de violence en délits publics (crimina), par conséquent frappés de peines publiques et poursuivis par une action publique, comme lésant l'intérêt public (51). Il est difficile de trouver un criterium précis pour distinguer les actes punis par *la loi Julia de vi publica* de ceux prévus *par la loi Julia de vi privata ;* dans les textes romains on ne trouve que l'énumération de quelques actes. Cependant, dans le *Dictionnaire des antiquités* (III, p. 927) on peut trouver une classification. *La loi Julia de vi publica* comprendrait des

(49) V. Girard, p. 391 sur la distinction entre délits privés et publics.

(50) Sur le fondement des interdits possessoires il y a eu des controverses entre Savigny, Ihering et Rudorff, les premiers soutenant que c'était dans un intérêt privé que les interdits existaient (quoique se posant à un point de vue différent), le dernier au contraire y voyant une mesure contre la justice privée, et d'intérêt général. Nous y reviendrons. (Voir Savigny, Possession, p. 40; Ihering, Fondement des interdits, p. 6; Girard, p. 269 ; Cuq, p. 318.).

(51) Girard, p. 308, 4. Dict. Antiq., op. cit.

actes commis en bandes ayant pour but de troubler l'administration de la justice ou les comices électoraux, les abus des magistrats, enfin le rapt et le viol (V. 48, 6-10; Paul Sent, V. 30).

La *vis privata* comprendrait de nombreux autres cas, notamment : le fait pour des hommes armés d'expulser quelqu'un de chez lui (Paul Sent, V. 26-3). infliger des coups en bandes armées (C. 9, 12-4), se rassembler pour empêcher quelqu'un de se rendre en justice (D. 48, 7-4), etc. ; des constitutions impériales, des sénatus-consultes et l'interprétation des jurisconsultes étendirent les cas prévus par ces lois (52). Ainsi le fait de torturer l'esclave d'autrui, la contrainte pour faire accepter une obligation; enfin, d'après un texte de Paul Sent (V. 26-4), le créancier qui s'empare *violemment* de la chose de son débiteur pour se constituer un gage, tombe sous le coup de la loi Julia de vi privata (Creditor chirographarius si sine jussu proesidis per vim debitoris suis pignora, cum non haberet obligata, ceperit, in legem Juliam de vi privata committit). Nous expliquerons plus loin ce dernier texte. *Les lois Juliae considèrent* tous ces actes comme des délits publics (crimina), et les frappent de peines publiques (53). Quelles

(52) Dict. Antiq., p. 927 (V) : « Elles ont été étendues à *toute violence* engendrait une responsabilité civile ; toute rapina peut être punie comme vis ». V. aussi une énumération plus complète. V. aussi t. 3, p. 1148 (Cuq).

(53) 48, 7, 5, 3. V. aussi sur ces lois Schocker, (Berna-Leipzig), thèse 1909.

sont ces peines ? La *vis publica* est punie de *l'aquæ et igni interdictio*. La *vis privata* de la confiscation du tiers des biens et de l'infamie (D. 48-78). Maintenant, nous pouvons procéder à une comparaison de ces lois avec le Décret. Il faut d'abord constater que les compilateurs ont inséré le Décret dans le titre 7 (D. 48-7) consacré à la *loi Julia de vis privata.* Comment expliquer ceci, ainsi que le texte sus-mentionné de Paul ? Nous croyons que l'acte prévu par le Décret n'était pas puni par les lois Juliae, sinon lorsqu'il était accompli avec la violence exigée par ces lois (vis major). En outre, nous avons affirmé que le délit de justice privée n'existait que depuis Marc-Aurèle; jusqu'au Décret, seule la justice privée accomplie avec violence était punie. Voici nos raisons : En premier lieu, tous les textes se rapportant à ce délit privé, punis d'une peine privée, sont postérieurs à Marc-Aurèle : la loi 7 (D. 48-7) est de Callistrate, contemporain des Sévères ; la loi 12 (D. 4-2) est d'Ulpien, jurisconsulte de la même époque, et Julien lui-même, que cite Ulpien est contemporain de Marc-Aurèle (54). En second lieu dans les deux versions du Décret, Marcianus répond à l'Empereur : *vim nullam feci*, ce qui prouve que la *vis* avant Marc-Aurèle ne comprenait pas ce cas (55). La plupart des auteurs constatent que la *vis* du Décret est différente de celle des *lois Juliae*. « La loi Julia

(54) D. 37.14.17. Benfey, p. 19.
(55) Sartorius, p. 36 ; Schwartze, p. 130.

de vi édicte une peine sévère contre le créancier *qui use de violence* pour se faire payer par son débiteur, dit M. Cuq (56) (D. IV. 2-12-2 ; 48, 7-8). Un décret de Marc-Aurèle déclare déchu de son droit, le créancier qui, *même sans violence*, s'empare des biens de son débiteur sans y être autorisé par le juge (C. VIII, 13-3, D. 48-88) » (57) Enfin, les *lois Juliae* prononcent des peines publiques, sanctionnent des actes qui constituent des troubles de la paix publique; c'est *la violence comme telle* qui est punie (D. 48, 7-4; 48-6-10-2; C. 9-12). Au contraire, le Décret punit un acte d'empiétement sur la sphère juridique d'un autre, dans le but de se faire justice, et prononce une peine privée. L'acte est donc moins grave et considéré uniquement comme lésant un intérêt privé. Il y a donc entre les deux dispositions, une différence de *peine*, *de fait constitutif* et *de fondement*. Et maintenant, comment expliquer les textes considérant l'acte de justice privée par le décret comme puni par la loi Julia ? Il y a d'abord le texte de Paul Sent (V. 26-4). Or, ce texte ne parle que de la mainmise *per vim* et ne mentionne que les peines publiques de la *loi Julia*. Il ne se rapporte donc pas au cas du Décret, mais au cas d'un acte de justice privée accompli avec violence (violence de la loi Julia) Il faut croire que l'acte prévu par le Décret

(56) P. 809, note 2.
(57) Idem : Girard, p. 969, note 2 ;Schwartze, p. 130 ; Benfey, p. 19 ; Sartorius, p. 36.

pouvait être frappé aussi bien des peines publiques de la *loi Julia* que de la peine privée du Décret. En effet, les actions pénales pouvaient se cumuler entre elles (58). La loi 12-2 (D. 4-2) et la Novelle 134-7 le prouvent pour notre cas . Quant à l'insertion du Décret au titre de la loi Julia *de vi privata*, on peut expliquer ceci ou bien par le fait que toutes les dispositions relatives à des actes de violence postérieurs *aux lois Julias*, ont été incorporés à celles-ci (59), ou bien par la tendance des compilateurs à grouper les matières se rattachant à une idée commune ou analogue (60).

En résumé : le Décret de Marc-Aurèle a créé un délit spécial de justice privée consistant à s'emparer, même sans violence, des choses du débiteur, dans le but de se faire justice. Cet acte n'était puni par les lois Juliae, que lorsqu'il était accompagné de la violence prévue par elles; donc en tant que violence, et point en tant qu'acte de justice privée (61).

§ 4. *Dispositions postérieures au Décret.* — Nous trouvons à partir du Décret et jusqu'à Justinien, un certain nombre de constitutions impériales et de Novelles, frappant de peines privées ou publiques

(58) Girard, p. 699 ; Schwartze, p. 130 ; Linde, p. 400, 428.

(59) Dict Antiq. V, p. 927.

(60) Sartorius, p. 36.

(61) Le texte de Modestinus, D. 48.7.8 se rapporte à ce cas, car il parle de peines publiques.

des actes particuliers de justice privée. C'est d'abord une constitution *de Valentinien de l'an* 389 *C.* 8-4-7 ainsi conçue :

« Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quolibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii *violenter invaserit*, dominus quidam constitutus possessionem quam abstulit restituat possessoris, et dominium ejus amittat. Si verum alienorum rerum possessionem invaserit, non solum eam possidentibus reddat, rerum etiam aestimationem earumdaram rerum restituere compellatur ».

Cette Constitution contient deux dispositions d'ordre différent. La première vise le propriétaire qui enlève *violemment* sa chose au possesseur, en se faisant ainsi justice à lui-même. La seconde se rapporte à toute autre personne qui s'empare violemment d'une chose ne lui appartenant pas. Dans le premier cas, nous sommes en présence d'une acte de justice privée, mettant face à face le *propriétaire* et le *possesseur*. Dans le second, c'est d'un simple acte de dépossession violente qu'il s'agit. Tandis que dans le premier, la peine est la même que celle du Décret, dans le second, il y a en outre une amende pécuniaire. Enfin, dans les deux cas, il faut que la dépossession soit *violente* (violenter), ce qui marque une opposition avec le Décret. Seul le premier cas rentre dans notre sujet, car il s'agit de réalisation

d'un droit : le droit de propriété. Nous nous trouvons donc en présence d'un cas analogue à celui du Décret; il s'agit d'un acte de justice privée et qui est puni par une peine privée. La différence consiste dans les *personnes* qui dans le Décret sont le créancier et le débiteur, tandis que dans la constitution de Valentinien, il s'agit de propriétaire et possesseur.

Savigny (62) croit que cette constitution n'est que l'extension de l'interdit *unde vi* aux meubles. Il en donne deux arguments: d'abord le fait que les sources mettent cette règle en rapport avec l'interdit (la constitution et insérée au titre *unde vi* dans le Code). En second lieu, le fait que les conditions d'application ne sont précisées en aucune manière : « ce qui en présence de son importance et des conséquences qu'elle entraîne, serait tout à fait inexplicable si nous ne devions y voir un renvoi implicite aux dispositions connexes de l'interdit *unde vi*. »

Nous croyons que si la deuxième disposition peut être considérée comme une extension de l'interdit *unde vi* aux meubles, avec en plus une peine privée (paiement de la valeur de la chose), l'acte étant le même que celui sanctionné par l'interdit, la première disposition *est spéciale à la justie privée*, ce que nous déduisons du fait qu'il s'agit d'un propriétaire qui veut réaliser son droit, et de la peine qui est la même que celle du Décret. Les interdits

(62) Page 423. Cette opinion a été combattue par Thibaut et par Linde, v. Benfey, p. 35.

possessoires s'appliquent à toute dépossession, indépendamment du droit qui serait à sa base et l'existence d'un droit à réaliser n'est pas une condition exigée. Savigny lui-même a soutenu contre Rudorff (63) que les interdits ne poursuivaient pas la répression de la justice privée, l'existence d'un droit à réaliser n'étant pas supposée.

La première partie de la constitution de Valentinien est donc une nouvelle prohibition de la justice privée.

Novelles de Justinien. Il *y a deux Novelles de* Justinien visant des cas de justice privée.

Novelle 52 cap. I *de pignerationе.*

Propterea sancimus nullam omnino pignerationem in nostra republica praevalere, neque in mercatis (hoc quod maxime ibi praesumptum invenimus),... neque alio omnino modo quoquumque, vel tempore ; sed praesumentem alium proalio secundum pignerationis formam, aurum aut aliquid alium exigere hoc reddere in quadruplum, violentiam passo : et cadere etiam ab actione quam habuit, adversus eum pro quo exactionem fecit.

Cette Novelle frappe la saisie privée de la perte de la créance, comme le Décret. Mais en outre, elle prévoit le cas où le créancier saisit une chose entre les mains d'un autre que le véritable débiteur, et

(63) Page 41.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

le punit en ce cas du paiement du quadruple de la valeur de la créance. Dans les deux cas, il s'agit de la saisie privée, c'est-à-dire de la mainmise sur une chose pour avoir une sûreté. La Novelle contient une disposition différente de celle du Décret, car elle prévoit le cas de la saisie d'une chose entre les mains d'un autre que le débiteur; en ce cas, le saisissant paiera le quadruple de la valeur de la créance; en même temps, il perdra sa créance contre le véritable débiteur (peine du Décret). Avant cette Novelle le saisi avait plusieurs actions : les interdits possessoires, les actions de vol et de rapine et la revendication. Par la Novelle, c'est l'acte de justice privée qui est puni, car le saisissant perd son droit de créance.

Novelle 134-7. —

Quia vero et hujusmodi iniquitatem in diversis locis nostrae reipublicae cognovimus admitti, qui creditores filios debitorum praesumunt retinere aut in pignus aut in servile ministerium, aut in conductionem : hoc modis omnibus prohibemus : et jubemus ut si quid hujusmodi aliquid deliquerit, non solum debito cadet, sed tantam aliam quantitatem adjiciat dandam ei qui retentus est ab eo, aut parentibus ejus, et post hoc etiam corporalibus poenis ipum subdi a loci judice : quia *personam liberam* prodebito praesumpserit retinere, aut locare, aut pignorare.

Cette novelle vise le cas du créancier qui retient les enfants du débiteur comme gages, ou les traite

comme esclaves, ou enfin les loue comme esclaves afin de se payer de sa créance. Il sera frappé d'une double peine : perte de la créance et paiement de son montant à la personne retenue ou à ses parents; en outre, de peines corporelles publiques. C'est un acte de justice privée qui est puni de la perte de la créance à laquelle s'ajoute le paiement du montant de la créance à la victime.Jusqu'ici nous sommes en présence d'un cas semblable à celui du Décret de la constitution de Valentinien et de la Novelle 52. Il s'agit toujours d'un acte de justice privée frappé d'une peine privée. Cette peine, appliquée d'abord au créancier s'emparant de la chose du débiteur, ensuite au propriétaire prenant violemment possession de la chose se trouvant entre les mains d'un possesseur, enfin au créancier saisissant la chose d'un tiers, est étendue au créancier saisissant les enfants du débiteur. Ce qu'il y a de particulier dans cette Novelle, *c'est la peine publique corporelle qu'elle édicte*. Nous croyons pouvoir expliquer ainsi cette sanction : le fait, en tant qu'acte de justice privée, est frappé d'une peine privée, comme il est de règle. Mais cet acte présente une circonstance aggravante : *il y a ici une atteinte à la liberté*. En effet, le texte lui-même donne la raison de cette peine publique en ajoutant : « quia personam liberam... » Se faire justice en saisissant des choses, des esclaves, et même des choses appartenant à un tiers, constitue un délit privé, frappé de peines privées;

mais s'emparer d'une personne libre, c'est un acte grave, constituant un *crimen*, donc puni d'une peine publique (64). Nous ajouterons que si le texte ne vise que les enfants du débiteur, la saisie de la personne du débiteur lui-même devra *a fortiori*, être aussi sévèrement punie. (V. Benfey, p. 32; Linde, p. 425).

Section III. — *Justice privée licite.*

Nous avons vu jusqu'ici, que les Romains n'ont jamais édicté une prohibition générale de la justice privée. Ils ont institué des procédures solennelles, rappelant la justice privée, mais entourées de toutes les garanties nécessaires; ils ont édicté des mesures répressives contre les actes graves par lesquels pouvait s'exercer la justice privée. Enfin, ils ont frappé la justice privée elle-même *comme telle*, dans des cas particuliers. Mais le principe de la justice étatique n'a jamais été formulé par le droit romain, même lorsque disparaissent les dernières traces de justice privée dans la procédure (procédure extraordinaire) (65). Et à l'absence de ce principe, nous devons l'existence en droit romain, de multiples cas de justice privée qui, n'étant prohibés par aucune disposition légale directe ou indirecte, restent lici-

(64) On peut remarquer que les délits contre la personne ont été les premiers frappés de peines publiques (v. Cuq, p. 161, p. injuria).

(65) V. Crémieu, p. 210 s. — V. aussi Girard, loc. cit., p. 969 et note 2.

tes (66). En dehors de ces cas, il y a des dispositions déclarant exceptionnellement licites, des actes normalement illicites c'est *la justice privée nécessité*. Nous allons, dans deux paragraphes successifs, parler d'abord de la première catégorie de cas de justice privée et en second lieu de la justice privée nécessité.

§ I. *Cas de justice privée dont l'existence est due à l'absence de prohibition générale de la justice privée.* — Ces cas ne peuvent être rattachés à un principe général : certains d'entre eux n'ont qu'un intérêt purement historique, car ils ont été peu à peu supprimés, leur existence n'étant due qu'au défaut de prohibition générale. D'autres ont subsisté jusqu'à la fin et nous les retrouvons même aujourd'hui dans les législations modernes, ce qui prouve qu'il n'y avait pas de raison de les supprimer.

Comme nous avons tracé dans la section précédente le tableau des mesures prises contre la justice privée, nous ferons état surtout ici de ce qui reste permis sous Justinien. Or, d'après le Décret dans la versions des compilateurs (interpolée d'après nous) *D.* 4-2-12, 2 et 13, est défendu : l'acte par lequel le créancier *prend possession ou reçoit* (*possidere vel accepisse*), *arbitrairement* (temere), *de choses ou de l'argent appartenant au débiteur* (rem ullam vel pe-

(66) Ces cas de justice privée sont licites, car ils passent entre les mailles des prohibitions légales.

cuniam debitoris), *ou à un tiers* (Nov. 52-1), *ces choses ne lui étant pas librement remises* (non a sibi sponté datam), *et sans autorisation du tribunal* (sine ullo judice); de même s'il use de violence pour contraindre son débiteur à exécuter son obligation de faire ou de ne pas faire (vim adhibuit debitori suo ut ei solveret *D.* 4-2-12-2); enfin, s'il se saisit de la personne du débiteur ou de celle de ses enfants (Nov. 134-7 (67). En outre, le propriétaire qui s'empare violemment d'une chose lui appartenant qui se trouve en la possession d'un tiers, perd son droit de propriété (C. 8-4-7).

Restent donc en dehors de ces dispositions spéciales à la justice privée et en même temps échappent aux dispositions visant indirectement la justice privée (exemple *lois Juliae*), les actes suivants :

a) Le Décret (D. 4-2-13) dit : « non sponte datam », c'est-à-dire contre la volonté du débiteur. Mais cela ne veut pas dire que le débiteur doive s'exécuter spontanément, de sa propre initiative, pour que le paiement soit valable. Les faits de presser le débiteur, de le sommer, de le mnacer de poursuites légitimes ne peuvent être considérés comme des contraintes viciant la volonté (violence juste; idem en droit moderne).

b) De même, on peut employer le dol pour déterminer le débiteur à payer, car le dol suppose un

(6) Voir Linde, p. 421.

dommage pour être punissable (arg. D. 4-2-12-2) (68).

c) Pour qu'il y ait délit de justice privée, il faut que la chose enlevée appartienne au débiteur (res debitoris). Par conséquent, il n'y aura pas justice privée illicite lorsque le créancier s'emparera de sa propre chose. Ainsi le commodant pourra enlever la chose prêtée au commodataire (pourvu que ce ne soit pas violemment). Et le possesseur peut enlever la chose au détenteur, qui n'a pas les interdits contre lui (contre personne d'ailleurs) (69). Ainsi le bailleur peut expulser de sa propre autorité le locataire à la fin du bail. Le dépositaire peut enlever la chose déposée au dépositaire, même avec violence, car les interdits possessoires ne sont donnés qu'aux possesseurs et non aux détenteurs. De même le *possessor justus* (c'est-à-dire celui qui a acquis la possession *nec vi, nec clam, nec precario*), pouvait opposer (jusqu'à Justinien) au *possessor injustus* qu'il avait dépossédé et qui usait de l'interdit *unde vi* contre lui, *l'exceptio vitiosœ possessionis* (70). Dans tous ces cas le Décret et la constitution de Valentinien étaient inapplicables, car il s'agissait de choses appartenant à l'auteur de l'acte de justice privée ; or les deux dispositions exigent qu'il s'agisse de *res alienae*.

(68) Linde, p. 423 ; Benfey, p. 3 et p. 27 ; Unger, p. 341.
(69) Unger, p. 340 ;Dernburg, p. 296 ; Ihering Fondement, p. 32 ; Cuq, p. 312.
(70) V. Savigny, p. 82 ; Ihering Fondement, p. 32.

Enfin, le propriétaire d'une chose volée pouvait l'enlever au voleur, en se faisant ainsi justice. Le voleur n'avait aucune action contre lui, car aucune des actions sanctionnant le vol ne lui étaient données, pas plus que les interdits (71).

d) La saisie privée est également permise lorsqu'elle a été autorisée par contrat, car elle n'a pas lieu contre la volonté du débiteur. Des textes formels décident que le créancier qui s'empare de la chose du débiteur comme gage en vertu d'une convention, ne commet pas d'acte illicite.

Ce sont : *Paul Sent*, V. 26-4, dont nous avons vu le début p. 91 et qui finit ainsi : « Fiducia vero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate judicis vindicare non prohibetur. » En outre C. 8-14-3 : « Creditores, qui non reddita sibi pecunia, *conventionis legem*, *ingressi* possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis adipisicis debent. » Enfin : C 4-24-11 : « ...nec creditor citra conventionem vel praesidialem jussionem debiti causa, res debitori arbitrio suo aufferre potest. »

Ces trois textes décident que le créancier non payé à l'échéance, ne commet pas de violence illicite en s'emparant d'une chose comme gage, si une convention lui permet de le faire en ce cas. Mais comment un gage peut-il être constitué (72), par

(71) Girard, p. 409, note 5 ; Ihering Fondement, p. 33.
(72) Benfey, p. 21 ; Dernburg, p. 296.

simple accord de volonté, car nous savons que c'est un contrat *re*, qui ne se forme que par la remise de la chose ? Benfey (73) suppose que le débiteur s'est remis par hasard en possession du gage et que le créancier le reprend de sa propre autorité. Nous croyons qu'il s'agit ici de *l'hypothèque*, gage sans tradition ou contrat consensuel de gage, et cela résulte des expressions *pignora obligata* (Paul Sent V. 26-4) et *res obligata* (C. 4-24-11), qui sont employées pour désigner l'hypothèque par opposition au gage proprement dit pour lequel on emploie l'expression *rem tradere* (74). Donc, le créancier hypothécaire pouvait s'emparer de la chose hypothéquée, de sa propre autorité, s'il n'était pas payé à l'échéance.

e) *Le droit de rétention* qui est un acte de justice privée ne tombe pas sous le coup du Décret, car il n'y a pas prise de possession par le créancier, de sa propre autorité, mais seulement refus de restituer une chose remise par accord de volonté (75).

f) Le bailleur pouvait aussi enfermer les choses du locataire et empêcher celui-ci de les enlever, tant que ce dernier n'avait pas exécuté ses obligations, au cas où il avait affecté ses meubles au gage du bailleur. Cela s'appelait *percludere*. Les esclaves du

(73) Page 21.
(74) Cuq, p. 663, Manuel.
(75) Linde, p. 424.

locataire ne pouvaient même pas être affranchis D. 20-2.9 (76).

g) Un dernier cas de justice privée est celui du propriétaire qui coupe les branches et racines des arbres qui empiètent sur son fonds (D. 43-27-2, 6-8-9). D'abord accordé seulement pour les branches, ce droit fut étendu aux racines par Alexandre Sévère (C. 8-11). L'utilité de ce droit était évidente, car avec *l'action negatoria* le propriétaire du terrain n'était pas sûr d'arriver à une exécution en nature et il pouvait craindre que le voisin ne préférât payer la *litis æstimatio* pour ne pas voir ses branches coupées. Ceci met en lumière un des avantages de la justice privée : obtenir l'exécution en nature, avantage précieux au temps de la procédure formulaire où toute condamnation portait sur une somme d'argent (77).

Nous en avons ainsi fini avec la première catégorie de cas de justice privée. La plupart de ces cas existent dans presque tous les droits modernes, notamment le droit de couper les branches et racines (673 C. Civ. Fr., 910 B.G.B.), le droit de rétention, le droit de retenir les meubles du locataire, la violence juste. D'autres cas, comme la mainmise par le possesseur sur la chose se trouvant entre les mains

(76) Cuq, p. 484 ; Dernburg, p. 296. Nous verrons plus loin que la jurisprudence française refuse ce droit au bailleur ; au contraire le B.G.B. art. 561, adopte la solution romaine.

(77) Voir V. Tuhr, p. 72.

du détenteur, ont disparu des droits modernes, où les détenteurs sont protégés par les actions possessoires.

§ 2. *Justice privée nécessité.* — Nous allons voir que les Romains, avec leur esprit réaliste et pratique ont admis de nombreuses dérogations aux différentes règles de droit pour les cas de nécessité. Nous avons dans l'Introduction, défini ce que nous entendions par état de nécessité et quelle était la portée que nous lui donnions. Il s'agit, comme on le sait, de l'alternative où se trouve une personne de commettre un acte *illicite en lui-même*, ou de subir une lésion (78). L'autorité ne pouvant intervenir pour lui éviter cette lésion, elle se fait justice à elle-même. Et nous avons vu que ceci pouvait arriver dans deux circonstances différentes : il s'agit soit de maintenir une situation juridique existante contre les empiètements des autres, soit de rétablir une situation juridique conforme au droit. Dans le premier cas, nous sommes en présence de la *justice privée défensive*, dans le second, de la *justice privée agressive*. Pour plus de facilité, nous allons diviser la justice privée défensive en *légitime défense et état de nécessité proprement dit;* il reste entendu que les Romains n'ont jamais connu ctte division; pas plus qu'ils n'ont construit une théorie de la nécessité. Mais cela n'empêche pas qu'ils aient donné presque toutes les so-

(78) Page 46.

lutions dont nous nous servons aujourd'hui, et cela au fur et à mesure que les cas se présentaient. Les auteurs modernes ont donc trouvé déjà dans le droit romain les éléments des constructions juridiques qu'ils ont échafaudées sur la nécessité. De là l'utilité de cette étude. Nous ne reprendrons pas ici la controverse sur la distinction de la légitime défense et de l'état de nécessité (79). Nous considérons comme légitime défense, l'acte par lequel on repousse un danger en s'attaquant à la cause même de ce danger. L'acte nécessaire proprement dit est celui par lequel, pour éviter un danger, on lèse les intérêts d'un tiers.

Si les Romains n'ont jamais élaboré une théorie de l'état de nécessité, nous n'en trouvons pas moins des textes d'une portée assez générale, proclamant que la nécessité permet de déroger aux lois. Ce n'est pas, d'ailleurs, comme une exception à la prohibition de la justice privée qu'ils considèrent les actes nécessaires, une telle prohibition n'ayant jamais existé à Rome, comme nous avons essayé de le prouver, mais comme des dérogations aux lois prononçant des peines contre ces actes lorsqu'ils sont commis dans des circonstances normales. Ce sont des exceptions à la *loi Aquilia*, aux lois contre le meurtre et contre la violence, etc. L'état de nécessité nous

(79) Voir page 48, note 14.

apparaît donc comme une cause d'impunité, une excuse (80).

Nous avons d'abord deux textes de Paul Sent, qui ont une portée assez générale, car ils sont insérés au titre « De regulis juris » (D. 50-16). Le premier, c'est la *loi* 162 : *quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi*. Le second semble poser un principe plus général : *loi* 172 *ibidem*) : « Non et singulis concedendum quod per magistratum possit fieri ; neo occasio sit majoris tu-multi faciendi. *Infinita aestimatio est libertatis dac necessitudinis.* » Ce texte présente pour nous une double importance .Il exprime l'idée que les particuliers ne doivent pas se faire justice, *lorsque le magistrat peut le faire*. Puis il ajoute que la liberté est la nécessité sont sérieusement prises en considération. Sans donner à ce texte une valeur trop absolue (81), il n'en reste pas moins l'idée que les particuliers peuvent se faire justice lorsque la nécessité les y oblige (deuxième phrase; arg. à contrario de la première : *quod per magistratum possit fieri*). Nous retrouvons la même idée dans une *Constitution des empereurs Théodose, Valentinien et Arcadius, Code* 3-27-1. « Melius est enim occurrere in tempore, quam post exitium vindicare ». C'est dire qu'il

(80) Pour le fondement à Rome de l'état de nécessité. V. Moriaud, Titze, op. cit.

(81) Windscheid, p. 620, nous dit que dans ses premières éditions il avait adhéré à la théorie de la prohibition de la justice privée. Il en est revenu.

est préférable de se faire justice pour éviter le danger, plutôt que de demander satisfaction après coup d'une lésion déjà causée.

Passons maintenant à l'analyse des trois cas de justice privée que nous avons distingués. Nous ne nous étendrons pas sur la légitime défense et sur l'état de nécessité proprement dit, qui ont fait l'objet de nombreuses monographies; nous nous bornerons à citer quelques textes pour mettre en évidence l'esprit dont s'inspiraient les Romains, dans leurs solutions (82).

a) Légitime défense. — La légitime défense est admise par tous les textes romains, qui la considèrent comme de droit naturel. D'après Titze (83) les Romains l'auraient même considérée comme un droit. Nous ne discuterons pas ici la nature de l'acte de légitime défense, d'autant plus que les jurisconsultes romains ne s'étaient pas posés la question, se bornant à le déclarer licite. Nous ne citons que pour mémoire un passage de Ciceron (Pro Milone) (84), qui affirme que le droit naturel nous permet de nous défendre contre la violence.

Et *Gaius* nous dit : « Nam adversus periculum, naturalis ratio permittit se défendere » (D. 9-2-4).

(82) V. Moriaud, op. cit., p. 45 s. ; Titze, p. 37 s. Bibliographie des monographies allemandes dans Lallement, op. cit. Historique dans les traités de Garraud, t. I, Vidal et Magnol, Garçon, sous art. 64.

(83) Page 49, op. cit.

(84) IV, 10. éd., Hachette.

De même *Ulpien* : Vim vi repellere licet, Cassius scribit; idque jus natura comparatur (D. 43-16-1-27). Et *Paul* : « Qui cum aliter se tueri non possunt, damni culpa dederint, innoxii sunt : vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt. (D. 9-2-45-4) V. aussi *C.* 9-16-3.

En examinant ces textes nous constatons que le droit romain permet de commettre des actes tombant sous le coup des lois pénales, lorsqu'il s'agit de se défendre contre la violence. Et ces dispositions sont données comme des exceptions à l'application de la *loi Aquilia* (Gaius, Paul), *de l'interdit de vi armata* (Ulpien) ou de la *loi Cornelia de sicariis* (C. 9-16-3). *Ce sont donc des dérogations à des lois frappant des actes particuliers de violence, et non à la prohibition de la justice privée.* Nous trouvons aussi dans ces textes l'idée que l'on a le droit de se faire justice lorsque l'on ne peut éviter le danger d'une autre manière (aliter se tueri non possunt). Ce sont donc des cas de nécessité.

Quid pour la légitime défense des biens ? Il y a des textes permettant la défense de la possession par la violence : D. 43-16-3-9 : « Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo ; dummodo sciamus, non solum resistere permissum, ne dejiciatur ; sed etsi dejectus qui fuerit, eundem dejicere, non ex intervallo, sed ex continenti (85).

(85) Disposition de l'art. 859 B.G.B. où la même condition de réaction immédiate (confestim) est exigée.

Même idée *D*. 43-16-17 et 43-16-1-28. Ces trois textes déclarent que celui qui a été violemment dépossédé par le possesseur qu'il avait dépossédé lui-même avec violence, n'aurait pas l'interdit *unde vi* Mais il faut agir tout de suite (confestim). Un autre texte *C*. 8-4-1 déclare : « Recte possidenti, ad defendendam possessionem quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet. » Dans ce texte nous trouvons l'idée intéressante qu'il ne faut employer que la violence indispensable pour repousser l'usurpateur (86). Comme légitime défense des biens, on peut considérer celle contre le voleur. Nous savons que la loi des XII Tables permettait de tuer le voleur pris sur le fait la nuit ou le jour lorsqu'il était armé. Ce droit relève encore de la vengeance privée (87), car il n'implique pas du tout l'existence d'un danger dont on ne peut se défendre autrement; c'est encore l'impétuosité du premier sentiment qui réagit. (Gaius D. 9-2-4-1). On voit d'ailleurs très bien que la disposition se rattache à l'idée de flagrant délit, car la loi exige les clameurs de la victime pour le constater. Ce n'est qu'à l'époque classique que ce droit prit le caractère de la légitime défense, c'est-à-dire d'une défense contre un danger qu'on ne pourrait pas éviter autre-

(86) V. Savigny, op. cit., p. 418 ,sur la nature de l'acte de défense de la possession. — Idem, p. 14.

(87) Ihering Esprit t. I, p. 129, 131 ; Cuq, Manuel, p. 563, note 11.

ment. *Ulpien* 48.8.9 « furem nocturnum si quis occiderit, ita demun impune fecerit, *si parcere ei sine periculo non potuit* » (88). Lorsqu'il ne s'agit plus de légitime défense, la victime n'aura plus le droit de tuer le voleur, mais seulement une action au quadruple.

Nous pouvons constater en terminant, que le droit romain admet largement la légitime défense, même celle des biens ; cette dernière est contestée en droit français (v. controverse sur l'art. 329).

b) *Etat de nécessité proprement dit.* — Nous avons dit qu'il s'agit ici du cas où une personne menacée d'un danger venant d'une chose, ou de la nature, lèse les intérêts d'un tiers pour y échapper (89). La plupart des textes romains s'y réfèrant sont insérés au titre de *la loi Aquilia*, loi comprenant la plupart des dommages causés à autrui (art. 1382 français).

Ils décident que *la loi Aquilia* ne sera pas applicable en cas de nécessité. Ici aussi on a discuté sur le point de savoir s'il y avait uniquement impunité ou bien aussi un droit de nécessité (90). Nous n'y insistons pas, nous bornant à rappeler que la question n'a pas grande importance, l'impunité attirant après elle la dispense de réparation en droit

(88) V. Titze, p. 59 ; Windscheid, 621 ; Dernburg, 296 ; Moriaud, p. 45 et 80 ; Cuq, p. 563, note 11.
(89) V. détails dans Moriaud et Titze.
(90) Titze, p. 65.

romain, qui ne distinguait pas la peine de la responsabilité civile.

Nous citerons la *loi* 29.3. *D.* 9.2 *ad legem Aquiliam*, où il s'agit du bateau pris dans des amarres ou des filets de pêcheurs, que les bateliers coupent pour le dégager. — C'est un cas classique de nécessité. Pour éviter un dommage, on commet un délit (en l'espèce délit de la loi Aquilia). Le texte exprime aussi l'idée que le danger ne peut être évité autrement (si nullo alio modo). En outre, nous trouvons dans ce texte une idée que l'art. 228 du B.G.B. a adoptée : si l'état de nécessité est dû à la faute du nécessité (culpa nautarum, en l'espèce), celui-ci sera responsable. La *loi Rhodia de jactu* est encore une application de l'état de nécessité. *La loi* 49.1.*D.*9.2 se rapporte au cas où le propriétaire d'une maison menacée d'incendie venant de la maison voisine, démolit cette dernière pour préserver la sienne. Il ne sera pas passible de la loi Aquilia. Un autre texte *D.*43.24. *L.* 7.4 exclut dans le même cas l'application de l'interdit *quod vi aut clam*. V. aussi D. 47.9. L. 3.7.

Les Romains exigeaient-ils aussi qu'il y ait une certaine disproportion entre les deux dangers ou les deux biens? M. Moriaud (91) affirme qu'on peut trouver cette idée dans les textes. Ainsi, dans le cas du bateau pris dans les filets, le dommage causé

(91) Page 76.

aux pêcheurs est moindre que celui qu'eussent subi les bateliers.

c) *Justice privée agressive.*

Ici, il ne s'agit plus de se défendre contre un danger menaçant ou de maintenir une situation existante, *mais de procéder à la réalisation d'un droit ou de rétablir une situation conforme au droit. C'est une exécution privée.* C'est l'auteur de l'acte qui prend l'initiative, tandis que dans la justice privée défensive, il ne fait que réagir contre une attaque. Cette forme de justice privée est admise dans des limites bien plus étroites que la défense privée. Elle implique un empiétement sur la sphère juridique d'autrui, qui n'est pas provoqué par l'adversaire. Aussi la plupart de ces cas tombent-ils sous le coup des différentes lois, L. Aquilia, lois contre la violence et mêmes dispositions contre la *justice privée comme telle* (v. plus haut) (92).

Mais ici encore, on fait des exceptions pour *les cas de nécessité* et les auteurs sont unanimes à constater que le droit romain faisait une exception aux dispositions prohibitives, lorsque l'autorité était dans l'impossibilité d'assurer la satisfaction du droit aux particuliers. « La satisfaction privée est admise, nous dit Dernburg (93) lorsque l'aide de l'autorité vien-

(92) Windscheid, p. 621, note 2 ; Dernburg, p. 295 ; Regelsberger, p. 676 ; Unger, p. 341.

(93) Page 296. Idem Regelsberger, p. 676 ; Puchta, Pand. p. 123 ; Unger, 343 ; Schwartze, p. 132 ; Linde, p. 420.

drait trop tard et pour éviter un dommage irréparable ». Et Girard (93 *bis*) : « En outre, il semble qu'il reste permis de recourir à la force pour réaliser son droit, en cas de force majeure, quand la justice régulière n'arriverait pas à temps ».

Les auteurs sont donc d'accord pour admettre que l'on pouvait procéder à la réalisation du droit par justice privée, lorsque l'autorité ne pouvait pas intervenir à temps pour éviter au titulaire la perte de son droit. *Nous sommes en présence d'un état de nécessité*. Le titulaire du droit se trouve dans l'alternative de subir un dommage ou de réaliser son droit en commettant un acte illicite, qui sera un délit quelconque ou le Délit prévu par le Décret. Sur quoi se fondent les auteurs pour admettre cette exception dans le droit romain ? La plupart invoquent la *loi* 10.16.*D. quae in fraudem* 42.8. (texte qui, nous le verrons plus loin, a inspiré les rédacteurs de l'art. 229 B.G.B.).

« Si debitorem meum, dit ce texte, et complurium creditorum consecutus essem fugientem, secum ferentem pecuniam, et abstulissem id ei quod mihi debeatur ; placet Juliani sententia dicentis, multum interesse, antequam in possessionem bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit, an postea : si ante, cessare in factum actionem ; si postea, huic locum fore. »

(93 *bis*) Page 969. Idem Cuq, p. 804, note 2.

Ce texte vise le cas où le créancier enlève au débiteur en fuite, l'argent que celui-ci lui doit. Ce n'est pas comme une exception au Décret qu'il est présenté, car il figure au titre de la *fraus creditorum*. C'est ce qui a fait dire à Titze (94) qu'il ne vise pas la question de la justice privée, mais celle de savoir si dans ce cas les autres créanciers auront l'action Paulienne. En outre, il est de Julien, qui n'aurait pas pu prévoir une exception au Décret. Cet argument n'est pas décisif, car nous avons vu que Julien était contemporain de Marc-Aurèle. On ne peut nier en tout cas que ce texte admet au moins implicitement une exception pour le cas de fuite du débiteur. Et de ce cas particulier, les auteurs ont très bien pu déduire un principe plus général. — Regelsberger ne trouve même pas nécessaire de s'appuyer sur le texte cité :il considère que l'exception a sa base dans la nature des choses (95). Et Puchta croit trouver le fondement de cette exception de principe dans les termes mêmes du Décret. « Le Décret, dit-il, renvoie lui-même à l'aide judiciaire et autorise par là tacitement des exceptions (*optimum est*, dit-il). Il y a là une nécessité certaine, *et ce serait peu raisonnable de défendre la justice privée là où l'aide judiciaire est impossible* » (96). Donc, selon Puchta, l'Empereur lui-même en n'employant pas de termes

(94) Page 56.
(95) Page 676.
(96) Vorlesungen, p. 182. Idem Pandekten, p. 123, note 4.

impératifs, aurait laissé entendre que le créancier n'était tenu de recourir à l'autorité judiciaire que lorsque celle-ci était en mesure d'intervenir.

Moriaud voit dans *la loi* 10.16 *D.* 42.8, un droit spécial, basé soit sur les rapports d'obligation entre créancier et débiteur, *soit sur l'état de nécessité*, qui justifie un acte de justice propre, ordinairement frappé des peines sévères de la *loi Julia de vi privata* (au du Decretum Marci) (97). L'auteur montre ici clairement que la nécessité autorisait en droit romain le créancier à se faire justice, même en commettant des actes ordinairement illicites.

Titze (98) cite un autre texte permettant la justice privée agressive. C'est la *loi* 7.3 *D.* 43.24 *quod vi aut clam.*

« Bellissime apud Julianum quaeritur an haec exceptio noceat in hoc interdicto, *Quod non tu aut vi aut clam feceris ?* utputa utor adversus te interdicto quod vi aut clam : an possis mihi objicere eandem exceptionem : *quod non tu vi aut clam fecisti ?* Et ait Julianus acquissimum esse, hanc exceptionem dare ; nam si tu aedificaveris vi aut clam ; ego item demolitus fuero vi aut clam, te adversus me utaris interdicto: hanc exceptionem profuturam: quod non aliter procedere debeat, *nisi ex magna et necessaria causa ;* alioquin haec omnia officio judicis celebrari opportet.

(97) Page 68.
(98) Page 57.

Quelqu'un a construit *vi aut clam* sur le terrain d'autrui. Le propriétaire du terrain démolit le travail, vi aut clam aussi. S'il est poursuivi par *l'interdit quod vi aut clam*, il pourra opposer l'exception du même nom. Julien ajoute que l'on ne peut procéder vi aut clam *qu'ex magna et necessaria causa*. Dans d'autres conditions (alioquin), tout cela doit être résolu par le juge. Il s'agit donc d'un acte admis en cas de nécessité seulement.

Moriaud (99) cite un autre texte qu'il considère comme consacrant un acte de justice privée agressive, dans un état de nécessité. C'est la *loi* 1.4. *D.* 18.6 *de periculo et commodo rei venditae*. Il s'agit du vendeur qui répand le vin vendu dont l'acheteur n'a pas pris livraison avant les vendanges. C'est bien un cas de nécessité, le vendeur ayant un besoin absolu des tonneaux pour les vendanges.

Dans ces trois textes, nous trouvons des cas *de justice privée agressive* formellement admis par le droit romain. Ces trois cas nous prouvent que les Romains ne se faisaient pas scrupule d'écarter l'application de la loi, lorsque la nécessité l'imposait.

L'idée qui se dégage de toute cette matière de la *justice privée nécessité*, c'est que l'on ne peut exiger des individus de supporter la lésion de leurs droits, lorsque l'autorité est dans l'impossibilité de la leur éviter. Et nous pouvons conclure en constatant que les éléments de la théorie (ou des théories)

(99) Page 68.

actuelle sur l'état de nécessité se retrouvent tous en germe dans le droit romain (100).

Section IV. — *Conclusion.*

Résumons maintenant tout ce que nous avons constaté sur la position du droit romain à l'égard de la justice privée.

1) Le droit romain, parti de la *justice privée anarchique*, qui ne se développe qu'à l'abri de l'impuissance des pouvoirs publics, passe par une phase de transition, caractérisée par *la justice privée solennelle*, phase qui se continue sous la procédure formulaire laquelle conserve encore des traces de justice privée (V. Crémieu, op. cit., p.), pour arriver enfin à la justice étatique véritable sous le Bas-Empire (procédure extraordinaire).

2) Mais tout en s'acheminant vers la justice publique, le droit romain ne prononce pas de prohibition générale de la justice privée *comme telle ;* si celle-ci est de plus en plus limitée, c'est par suite de dispositions spéciales, qui la visent directement ou indirectement dans ses applications les plus dangereuses pour l'ordre public ; l'absence d'un principe général prohibant la justice privée ou procla-

(100) V. Moriaud, p. 68 s. Dans une synthèse finale l'auteur constate que le droit romain est allé plus loin au point de vue de l'état de nécessité, que toutes les législations subséquentes. (L'auteur écrit avant le B.G.B.).

mant le monopole étatique, laisse une assez grande marge à la justice privée. Celle-ci, que nous trouvons sous l'aspect de la justice privée *non formelle* ou *subsidiaire*, est comme nous l'avons vu, la forme civilisée de la justice privée, car, par opposition avec la justice privée *anarchique*, elle est compatible avec l'existence de pouvoirs publics solidement organisés, étant sous le contrôle de ceux-ci et ne comprenant que des cas non susceptibles de provoquer du désordre, soit parce qu'ils ne sont admis que dans des circonstances exceptionneles, soit parce qu'ils ne constituent que des compléments à la justice publique.

3) Si nous jetons maintenant un bref regard rétrospectif sur l'histoire de la justice privée à Rome, nous nous trouvons en présence des constatations suivantes : A l'époque de la procédure solennelle des legis actiones, comme à celle de la procédure formulaire et extraordinaire, des dispositions successives sont intervenues pour interdire certains cas de justice privée *non formelle*, soit *directement*, lorsque c'est la justice privée *comme telle* qui est prise en considération, soit *indirectement*, lorsque ce sont les moyens les plus graves par lesquels elle peut s'exercer qui forment l'objet de ces dispositions restrictives. Ainsi, la saisie de la chose du débiteur, par le créancier est frappée d'une peine privée par le Décret de Marc-Aurèle, même accomplie sans violence : c'est une disposition visant *directement* la

justice privée. Cette saisie n'était punie avant le Décret, que lorsqu'elle était accompagnée de violences caractérisées (L. Juliae).

4) En dehors de ces dispositions particulièrers, le but de justice privée est indifférent pour la qualification d'un acte. Il ne rend pas plus licite un acte illicite en lui-même, qu'il ne rend illicite, un acte licite en lui-même (1). Lorsque le législateur intervient, pour donner une importance au but de justice privée, il le fait dans deux directions : soit pour frapper d'une peine un acte licite, lorsqu'il est commis dans un but de justice privée (Décret) ; soit pour déclarer licite exceptionnellement, un acte illicite en lui-même (état de nécessité) (2).

5) Et maintenant voyons pourquoi les Romains ont frappé d'une peine spéciale certains actes de justice privée non formelle. Est-ce en prenant, en considération, l'intérêt public, l'atteinte à la sécurité publique, ou dans l'intérêt des individus lésés par les actes de justice privée ? (3).

Nous croyons que c'est la protection des intérêts privés qui a inspiré les mesures dont il s'agit. En effet, quels sont les actes de justice privée spécialement prohibés par le droit romain ? Ce sont : la sai-

(1) V. Formule de Puchta Vorlesungen I, p. 180.
(2) Puchta Vorlesungen, p. 181.
(3) Une question analogue s'est posée quant au fondement des interdits possessoires et a fait l'objet de vives controverses.

sie de la chose du débiteur par le créancier (D. 48. 7.7.), l'emploi de la contrainte pour obtenir l'exécution d'une obligation (D. 4.2., L. 12.2), la dépossession violente (C. 8.4.2.), la saisie des enfants du débiteur (Novelle 134). Tous ces actes constituent surtout des atteintes aux intérêts privés, aux personnes ou aux choses (4). *Ce sont des empiétements sur la sphère juridique d'autrui* (5). Lorsque le créancier agit de sa propre autorité, sans empiéter sur la sphère juridique du débiteur, par exemple en le sommant de payer, en le menaçant de poursuites et même en usant de dol, est-il puni ? Aucun loi romaine ne le déclare (v. p. 102). Eu pourtant le créancier n'a pas eu recours à la justice pour obtenir son paiement. Linde (6) a cependant soutenu que la seule existence de l'Etat rend la justice privée illicite et qu'agir de sa propre autorité est un acte non permis en lui-même, en tant qu'empiétement sur

(4) Quand nous disons que ce sont des atteintes aux intérêts privés, nous nous plaçons au point de vue du droit romain. En effet, ce dernier en considérant ces actes comme des délits privés, en ne les frappant que de peines privées, ne prenait en considération que la lésion des intérêts privés (V. Girard, op cit., p. 391 ; Cuq, op. cit., p. 554 s. et plus loin, p. 125). Naturellement, tous ces actes constitueraient de nos jours des délits pénaux ; mais la plupart des délits pénaux actuels, vol, injure, rapine, étaient des délits privés en droit romain.

(5) « Ce qu'il y a de plus caractéristique dans la justice privée, dit Unger (op. cit., p. 341), c'est qu'on s'empare d'une façon unilatérale de la chose appartenant à autrui, véritablement ou présomptivement, donc, qu'on empiète, par son propre fait, sur la sphère juridique d'autrui. »

(6) P. 393 s.

les prérogatives de l'Etat. Schwartze (7) lui a très bien répondu en disant que ni le particulier n'a voulu usurper les droits de l'Etat, ni l'acte de justice privée ne contient une pareille usurpation. C'est le débiteur qui est lésé dans son patrimoine et dans son droit que les tribunaux résolvent le différend.

« L'Etat n'a pas un droit inconditionné et exclusif à la solution des différends privés et ne peut pas être directement lésé par le fait qu'on évite cette solution, dit-il ; c'est plutôt l'atteinte à la sphère juridique d'un autre qui est l'élément prédominant dans la justice privée ».

Ces considérations d'ordre général sont d'autant plus vraies pour le droit romain, où jamais l'étatisme n'avait pris l'extension qu'il a aujourd'hui (8). Les Romains qui ne considéraient pas l'Etat comme ayant un droit subjectif de souveraineté, droit que les particuliers méconnaîtraient en se faisant justice, n'ont donc pas pu arriver à la conception de la justice privée empiétant sur le droit de l'Etat. Et il est à remarquer en outre que les Romains sont arrivés très tard à la conception du délit public et que jusqu'à la fin ils ont considéré comme délits privés, des actes punis aujourd'hui par les Codes pénaux, donc en tant que lésant l'ordre public. Le vol, l'injure, la rapine même, étaient frappés de

(7) Page 134.
(8) Puchta op. cit. et Ihering Esprit du dr. rom.

peines privées (9). Et ceci est vrai aussi pour les délits de justice privée, que le Décret, la constitution de Valentinien et même la Novelle 52, ne punissent que de peines privées. Et les interdits possessoires eux-mêmes sont considérés par Ihering et même par Savigny (10) comme étant institués dans un but de justice privée. « Je maintiens au contraire, dit Savigny, que ce sont des considérations de droit privé qui ont servi de bases aux interdits possessoires ». Le fait donc que la justice privée est frappée de peines privées, est pour nous un argument en faveur de l'idée que les Romains n'ont poursuivi dans la répression de *certains cas*, de justice privée, que la protection des intérêts privés.

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude de la justice privée à Rome. Nous espérons, que ces développements auront été utiles à un double point de vue : au point de vue historique, en ce qu'ils auront présenté un aspect assez peu connu de la justice privée ; au point de vue dogmatique, en mettant en évidence les éléments que le droit romain fournit à la théorie de la justice privée telle qu'elle peut être concevable dans un Etat civilisé.

(9) V. Girard, p. 391 s. ; Cuq, p. 354 s.
(10) Fondement, op. cit. et Possession, p. 41.

Livre II

Droit Allemand

La partie principale de cette étude portera sur la justice privée en Allemagne, telle qu'elle se présente dans le B.G.B., qui, nous le savons déjà, lui a consacré plusieurs articles dont certains ont trouvé place dans la partie générale, ce qui prouve que le législateur a mis la justice privée parmi les principes dominant la matière du droit civil. Mais, ici, plus que partout ailleurs, un historique plus développé s'imposait. En effet, d'une part, on peut constater que jamais la justice privée n'a subi une éclipse complète dans l'évolution du droit allemand, ce qui est de nature à faire croire que les Allemands sont plus attachés à l'institution que d'autres peuples. Et d'autre part, le B.G.B. lui-même n'est pas une pure œuvre de doctrinaires, imposant à l'Allemagne une législation nouvelle, mais comme l'a remarqué Saleilles « une cristallisation des éléments juridiques qui jusqu'alors s'étaient développés sur le sol allemand et dans la conscience du peuple al-

lemand » (1). Une étude historique plus approfondie aura la double utilité de nous mettre en présence des sources où les auteurs du B.G.B. ont puisé leur théorie de la justice privée, en même temps qu'elle mettra en évidence le caractère national et nullement factice de l'institution dans le droit allemand contemporain. Le droit allemand actuel est le produit de la fusion de deux droits différents, qui depuis le XV^e^ siècle se disputèrent ou plutôt se partagèrent le terrain juridique : le droit romain et le droit germanique, de même que les Codes Napoléoniens constituent une fusion de l'élément coutumier et de l'élément romain. Mais tandis qu'en France, droit romain et droit coutumier s'étaient partagé la France en deux parties, en Allemagne, les deux droits, romain et germanique, exerçaient leur souveraineté sur le même territoire. De ce contact plus étroit devaient résulter des influences réciproques et des interpénétrations qui souvent se traduisaient par des luttes, qui arrivèrent à leur paroxysme au XIX^e^ siècle, où sous le souffie de l'esprit de codification, qui traversait l'Europe, deux grandes écoles, romanistes et germanistes, se livrèrent combat pour le triomphe de l'une ou de l'autre doctrine dans l'œuvre de codification. Et l'étude du droit allemand au XIX^e^ siècle est particulièrement intéressante, car ce siècle représente la période de laborieuse gestation qui précéda la confection des Codes d'Empire.

(1) **Annuaire de législation étrangère, 1896, p. 157.**

Pendant la première moitié du XIX[e] siècle, nous assistons à de multiples codifications dans les États allemands, dans lequelles nous pouvons trouver maintes solutions adoptées par le B.G.B. ou le Code pénal. En même temps, avec l'école historique, le droit national prit une importance nouvelle. Et la doctrine joua un rôle prédominant dans l'élaboration des Codes, phénomène inhérent aux pays de droit non codifié (2). C'est pourquoi nous insisterons sur les idées doctrinales qui peuvent être mises parmi les sources du B.G.B.

Nous commencerons par jeter un rapide coup d'œil sur l'histoire de la justice privée en Allemagne depuis les invasions jusqu'au XIX[e] siècle. Nous pourrons constater que ce pays a eu à passer par les mêmes phases que le droit romain. Il a connu les trois formes de justice privée que nous avons distinguées : *anarchique* dans la période primitive et aux époques de désordre du Moyen-âge, *solennelle* dans les périodes de transition, *subsidiaire* lorsque le pouvoir étatique se raffermit.

Nous allons consacrer un chapitre à l'histoire de la justice privée jusqu'au XIX[e] siècle, chapitre que nous diviserons en trois sections correspondant à autant d'époques : *époque des invasions*, *Moyen-âge*, et *Réception du droit romain*. Un second cha-

(2) V. Gény, Méthode d'interprétation, t. 2, p. 56. En Angleterre, V. Dicey : Les relations entre l'Etat et l'opinion publique. — Lévy-Ullmann, Cours 1923-24.

pitre portera sur les prodromes de la codification, comprenant l'étude du droit allemand au XIX[e] siècle, tel qu'il résulte *du droit romain, du droit commun allemand, des codifications particulières* et enfin *de la doctrine*. Le Code pénal d'Empire sera étudié dans une section spéciale.

Enfin, nous arriverons à l'objet principal de notre étude, avec le chapitre III, consacré au B.G.B., et qui comprendra trois sections : Esprit général du B.G.B. et travaux préparatoires; art. 229 s. B.G.B.; cas particuliers de justice privée. Dans un appendice, nous traiterons de la saisie privée du bétail.

Chapitre Premier. — HISTORIQUE

Section I. — *Droit germanique. Période des invasions*

Les peuples germaniques, dont nous possédons plusieurs recueils de lois, ont passé par la phase de la *justice privée anarchique*, sur laquelle on ne possède pas trop de renseignements, car les lois nous mettent en présence du stade *de la justice privée transitoire*. Dans les lois Salique, des Burgondes, des Frisons, Ripuaire, nou ne trouvons plus que des survivances de justice privée sous sa forme anarchique. Comme le dit M. Maynial (2) : « En général, on peut dire que dans les lois barbares le droit pour la victime de s'en tenir à la Faida, à la vengeance, de refuser la composition, ce droit est bien plus rare qu'on ne pourrait le croire. Presque pour tous le délits de cette époque, la loi impose aux parties l'acceptation de la composition et la renonciation à la vengeance. Cela tient peut-être à ce que

(1) Pour plus de détails voir *Bruner* Rechtsgeschichte. Collinet, op. cit., p. 14 s. ; Crémieu, op. cit., p. 20 s.

(2) Cours, 1922-23.

déjà depuis un certain temps (qu'on ne peut d'ailleurs pas apprécier exactement), chez ces populations, *l'institution royale est bien assise* et son rôle a été par-dessus tout un rôle de pacification. » Les lois barbares représentent à peu près la phase de la loi des XII Tables à Rome.

En matière délictuelle, elles instituent le régime des compositions obligatoires. Ainsi, dans la loi Salique, il n'y a plus que trois cas de vengeance privée licite : la violation de sépulture (T. 15 ou 17), l'insolvabilité (T. 57, 58), le flagrant délit (T. 77 ou 79.) (3).

En matière contractuelle, très réduite au début où les délits constituaient la source principale des obligations, la justice privée se présente à nous sous sa forme *solennelle*. L'autorité intervint d'abord pour soumettre l'exécution privée à des formalités, ensuite pour exiger une autorisation judiciaire préalable. « La transformation de la pigneratio s'accomplit en général d'une façon parallèle, dit M. Collinet (4) : les lois qui la maintiennent en la réglementant exigèrent soit l'autorisation du juge, soit plusieurs sommations adressées au débiteur ». Ainsi la loi Salique exige une autorisation du thunginus (5) ; les lois lombardes, et anglo-saxonnes des somma-

(3) V. Maynial ; Crémieu, p. 23. V. p. les autres lois, Maynial, etc.

(4) Op. cit., p. 15.

(5) Crémieu, p. 24. Viollet, Histoire du droit, p. 639 s. Collinet, p. 16 ; Heyer op. cit., p. 47.

tions préalables. En outre, le créancier qui saisissait témérairement ou abusivement était puni comme voleur et perdait aussi son droit. Le débiteur avait le droit de résister par la force, de faire *rescousse*. Voilà autant de garanties pour l'ordre public comme pour l'intérêt privé, qui rendaient la justice privée peu dangereuse. Enfin, dans certaines lois barbares, on prévoit une saisie judiciaire à côté de la saisie privée (L. Salique, t. 50, parag. 3-4) (6).

Cette évolution de la justice privée vers la justice publique fut interrompue par le désordre et l'anarchie qui survinrent partout après l'effondrement de l'Empire carolingien et qui marquent l'avènement de la féodalité.

Section II. — *Moyen Age.*

La justice privée qui avait été réduite au minimum par les lois barbares et surtout par la solide organisation de l'Empire carolingien, réapparaît avec le démembrement de l'Empire en même temps qu'avec l'émiettement des souverainetés qui caractérise l'avènement de la féodalité. Pendant presque huit siècles l'Etat assiste impuissants aux guerres privées que se livrent seigneurs, familles, roturiers. Cette *justice privée anarchique* est une justice de fait, qui se développe malgré les prohibitions légales. Mais à quoi servent les lois, lorsque l'autorité n'est

(6) Gierke, p. 339 ; Brunner, p. 250.

pas capable de les appliquer ? (7). Pour mettre fin à cet état de guerre perpétuelle, l'Etat et l'Eglise prirent toutes sortes de mesures. Ce fut d'abord l'Eglise qui intervint en instituant *la paix ou trêve de Dieu* (*treuga Dei*), en vertu de laquelle la guerre privée était interdite certains jours de la semaine, en même temps qu'y étaient soustraits certains biens ou certaines personnes (8). Henri III et Henri IV introduisirent la paix de Dieu en Allemagne en 1043, 1085 (9). Les Empereurs suivants décrétèrent la *paix publique* (Landesfrieden). La première fut celle de Frédéric II, 1235 (paix publique de Mayence); d'autres suivirent, notamment celles de Rudolf I, 1281, 1287 (cap. 47 et 34). D'ailleurs toutes ces paix publiques donnèrent de faibles résultats, ce qui résulte suffisamment du fait que l'on dut renouveler tant de fois la défense de la justice privée. Ce ne fut que par la consolidation de l'autorité que *la justice privée anarchique* fut enrayée (10). La dernière paix publique

(7) « A côté du droit de vengeance privée pour le meurtre, dit Brunner (Encyklopëdie Hoeltzendorff 1882 Leipzig p. 240), s'est développé en Allemagne une Faida (guerre privée) due au défaut d'aide judiciaire,... Elle doit son existence principalement à l'incapacité des tribunaux, reposant sur l'effondrement du pouvoir judiciaire, à aider partout à la réalisation des droits. »

(8) Brunner op. cit. p. 240 ; Wilfferodt Selbsthilfe nach dem B.G.B., Thèse Borna- Leipzig, 1905, page 6. Gierke Deutsches Privatrecht Leipzig 1895, p. 335, 338. Heyer, op cit., p. 50.

(9) Wilfferodt, op. cit., p. 6.

(10) V. Heyer, op. cit., p. 50.

et la plus importante, fut celle de *Worms*, 1495 (11), qui fut la plus efficace, car en même temps qu'elle intervint à un moment où le pouvoir central était devenu fort, elle institua un tribunal suprême (*Reichskammergericht*) chargé de statuer sur tous les litiges susceptibles de provoquer des guerres privées. Une telle juridiction, possédant des pouvoirs étendus était de nature à rendre superflue la justice privée (12). Nous verrons plus loin que c'est de cette disposition de Worms que date la Réception officielle du droit romain en Allemagne.

A côté de cette *justice privée anarchique*, justice privée de fait, se développant grâce à l'impuissance des autorités, il y avait une *justice privée subsidiaire* admise par les lois et coutumes, dans des cas exceptionnels. La plupart des paix publiques citées admettent des exceptions à la prohobition de la justice privée, qui consistent dans le droit de saisie-privée. Cette saisie est admise soit pour la satisfaction d'une créance soit pour la garantie. La saisie privée pour sûreté a comme principale application la saisie du bétail (*Pfändung*), dont nous parlerons plus loin. Quant à la saisie pour satisfaction ou réalisation d'un droit,elle est due soit *à des droits féodaux*, soit *au retard, soit à la nécessité* (13). Comme *saisie*

(11) Appelée *paix perpétuelle* (ewiges).
(12) Heyer, p. 50 ; Gierke, p. 335 ; Wilfferdt, p. 6.
(13) V. Heyer, p. 48 s. ; Gierke, p. 339 s. ; Schocke, op. cit., p. 43.

féodale, nous pouvons citer celle appartenant au seigneur censier contre le censitaire, et qui plus tard fut étendue au bailleur contre le fermier et au crédirentier contre le débiterentier; ce droit de saisie subsista longtemps et se maintint jusqu'au siècle dernier (14).

Dans les sentences judiciaires anciennes (Weisthümmer) (15) nous trouvons une série de droits de saisie spéciaux *pour le retard*, autorisant une partie en cas de retard, à faire usage de la justice privée (16). Ainsi, les faucheurs, s'ils n'étaient pas payés à temps, pouvaient prendre eux-mêmes le salaire qui leur était dû. Si le cabaretier ne voulait pas tirer le vin, le client mettait lui-même l'argent sur le tonneau et tirait le vin. Si le meunier ne voulait pas moudre le blé, le client jetait lui-même le blé sur la pierre du moulin. L'ayant droit à l'affouage, auquel on ne remettait pas son bois, se le taillait lui-même.

Une troisième catégorie de cas de justice privée formellement admis par le droit allemand, est celle se basant sur *l'état de nécessité*. Cette exception, quoique non exprimée d'une façon générale, est cependant à la base de beaucoup de dispositions autori-

(14) Gierke, p. 340 ; Schocke, p. 43 ; Brunner, op. cit., p. 250.

(15) Ces Weisthümmern, qui sont des décisions judiciaires consacrant des coutumes, rappellent les Year-books anglais.

(16) Cas cités par Heyer, p. 41 ; Gierke, p. 340, note 2 ; Schocke, p. 44.

sant des cas de justice privée. Nous ne parlerons pas de la justice privée permise pour les cas de déni de justice (17). Mais on trouve aussi des cas de justice privée fondés sur l'idée que la justice privée doit être permise lorsque la justice publique ne peut intervenir à temps (18). En dehors de la légitime défense et de l'état de nécessité proprement dit (j.p. défensive) (19), nous trouvons de nombreux cas de *justice privée agressive* (*nécessité*). Ainsi ,le cabaretier pouvait saisir l'hôte qui s'éloignait du cabaret sans avoir payé (20). Le gagnant au jeu avait le droit de saisir le perdant; le serviteur son maître, pour ses gages ; le créancier d'une femme mariée pour la dette non reconnue par son mari (21). Enfin, dans les temps plus anciens, était permise la saisie privée pour dettes incontestables (*urkundliche Schulden*); ce droit fut même reconnu par certaines paix publiques (22).

Nous pouvons encore citer *la clause de saisie privée*, très usitée jusqu'aux derniers temps, consistant dans une autorisation contractuelle de la saisie privée (*Pfändungsklausel*). Elle fut formellement re-

(17) Heyer, p. 49 ; Gierke, p. 339.
(18) Heyer, p. 49 ; Gierke, p. 340 ; Schocke, p. 44 ; Brunner, op. cit., p. 250.
(19) V. Titze, p. 69 s. ; Moriaud, p. 81 s.
(20) Heyer, p. 48 ; Gierke, p .340, note 28.
(21) Gierke p. 340, note 28.
(22) Gierke, p. 339 ; Schultze, Histoire du droit allemand, p. 486.

connue par de nombreuses paix publique (paix publique de Rudolf Ier, 1281 ; Albert Ier 1401; Wenceslas 1389); elle fut maintenue par la paix perpétuelle de 1495 (23).

Passons maintenant à la saisie privée du bétail et des hommes. Cette saisie était accordée exclusivement aux propriétaires terriens. Elle se présentait sous le double aspect de la mainmise sur le bétail surpris sur le fonds d'autrui (Schüttung) et la *saisie personnelle*, qui ne veut pas dire saisie de la personne, mais des choses se trouvant sur les personnes qui empiètent sur un fonds étranger ou qui accompagnent le bétail. On trouve cette institution dans les lois barbares déjà (loi Salique T. 9; loi des Burgardes T. 23; Edit de Rotharis T. 344, etc.) (24). Le fondemnt de cette saisie était le dommage causé. Le but poursuivi a commencé par être la satisfaction directe, car le saisissant pouvait mettre à mort l'animal saisi (25). Mais dans la plupart des lois barbares, on voit déjà très bien qu'il s'agit pour le propriétaire du fonds, de s'assurer une preuve, et plus tard une sûreté pour la réparation du dommage causé. Dans le Recueil d'Ansegise (II 35) (26), il est question de la saisie « ad comprobandum ». Ce qui prouve que le but de s'assurer une preuve était primitivement

(23) Gierke, p. 339 ; Schocke, p. 43 ; Wilfferdi, p. 6.
(24) V. Gierke, p. 341.
(25) Ibid., p. 342, note 38. Cela rappelle l'abandon noxal romain.
(26) Cité par Gierke, p. 348, note 75.

le seul à la base de la saisie privée, c'est que dans la saisie personnelle, on se contentait souvent d'un objet de minime valeur, telle qu'une courroie de chaussures, un fouet, etc. En outre, en cas de saisie du bétail, on devait le restituer dès que son propriétaire avait reconnu sa dette. Nous consacrerons de plus amples développements à l'évolution de la saisie privée, dans la section qui lui est consacrée.

En concluant sur cette époque, nous devons constater que le droit allemand au Moyen Age se présente à nous comme très complexe, vu les variations de la situation politique, en même temps que la diversité des sources du droit. Nous sommes en présence d'un droit qui n'a pas encore sa physionomie propre, étant composé d'une foule de législations et de coutumes particulières, procédant de sources et d'inspirations diverses et sans trait d'union entre elles. C'est le droit romain qui allait donner à l'Allemagne un droit commun, qui peu à peu allait se substituer au droit allemand, vu la supériorité de sa facture et l'admirable monument juridique qu'il représentait. Par un phénomène d'osmose juridique, le droit romain, en s'insinuant en même temps qu'il s'y adaptait, dans la vie sociale allemande, devait, pendant cinq siècles constituer le droit commun de l'Allemagne.

Section II. — *Le droit allemand depuis la Réception.*

La réception du droit romain est l'événement capital de l'histoire du droit allemand jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle. Qu'est-ce que c'est que la réception du droit romain, ou plutôt des droits étrangers, car en même temps furent reçus le droit canonique et les Libri Feudonum ? « C'est, nous dit Heilfron (27), l'événement par lequel le droit romain sous la forme du *Corpus juris civilis*, le droit canonique sous la forme du *Corpus juris canonici* et le droit féodal lombard sous la forme des *Libri Feudorum*, furent reçus en Allemagne comme sources du droit commun ». C'est surtout l'introducion du droit romain qui présente de l'importance, car ce dernier resta le droit commun en Allemagne jusqu'à la promulgation du B. G. B. Ce n'est pas par un acte de législation que s'accomplit ce grand événement, mais plutôt coutumièrement par l'entremise des interprètes du droit. Les auteurs allemands distinguent deux éléments dans la réception : un élément pratique et un élément théorique (28). La *réception théorique* est due d'abord à la faiblesse et au manque d'unité du droit allemand en même temps qu'à l'idée que le Saint Empire romain germanique était le succes-

(27) Geschichte des gemeinen Privatrechts und Civilprocess. Berlin, 1894, t. I, p. 338.

(28) Heilfron, op. cit., p. 338 ; Saleilles, Introd. à l'étude du droit allemand, p. 8 s.

seur de l'Empire romain et que par conséquent le droit romain y avait force de loi. La *réception pratique* est due aux jurisconsultes allemands qui puisèrent à la science des Glossateurs et qui exercèrent une influence à la fois théorique et pratique, d'abord dans l'enseignement et puis dans les tribunaux dont le personnel était recruté parmi eux ; donc de « haut en bas » comme le dit Gierke. C'est au xv^e^ siècle que cette lente infiltration fut considérée comme définitivement consacrée par la reconnaissance officielle de la réception qui résulte de l'acte de 1495 créant le tribunal de la Chambre suprême (Reichskammergericht) (29), où il est dit que les juges prêteront serment de juger d'après « le droit de l'Empire et le droit commun » (30). La création de ce tribunal, due comme nous le savons, à l'intention de supprimer les guerres privées, présente pour nous en même temps une autre importance, par le fait qu'il devait statuer en s'inspirant du droit romain. Or, nous savons que le droit romain, du moins celui de la dernière époque, était assez hostile à la justice privée et nous avons vu que l'interprétation qui lui fut donnée par les jurisconsultes exagéra ce caractère, probablement sous l'impression des ravages de la guerre privée qu'il fallait à tout prix enrayer (31)

Deux phénomènes marquent la période com-

(29) V. p. 137, plus haut.
(30) Heilfron, p. 338 ; Heyer, p. 50.
(31) V. Heyer, p. 50.

mençant avec la réception du droit romain-canonique : *la suppression de la justice privée anarchique*, due, d'après nous, moins aux dispositions sévères la prohibant, qu'a l'affermissement du pouvoir central, car ces mesures existaient même à l'époque la plus florissante de la guerre privée, mais étaient inefficaces, le pouvoir étant incapable de les appliquer; *le développement de l'idée de nécessité*, sous l'impulsion de la doctrine canonique et du droit romain, permettant d'une façon de plus en plus étendue, des dérogations à la prohibition de la justice privée (32).

La réception du droit romano-canonique eut donc comme effet une hostilité marquée envers la justice privée, et qui se traduisit par la prohibition de celle-ci *même sous sa forme subsidiaire*, dans les cas que nous avons vu plus haut, exception faite pour l'état de nécessité (33). Et Heyer, dans le passage déjà cité (34) remarque avec raison que les jurisconsultes allemands ont faussement considéré que le droit romain prohibait en principe toute justice privée. Gierke fait la même observation : « Après la réception du droit étranger, dit-il (35), la considération que la justice privée était inadmissible *comme telle* se développe de plus en plus... Dans

(32) Heyer, p. 51,53.
(33) Heyer, p. 50.
(34) P. 50. Cité dans la partie romaine p. 75.
(35) Page 336.

le droit commun furent en outre mises en application les peines privées romaines contre la justice privée défendue. La justice privée fut évidemment admise à titre exceptionnel. *Cependant le cercle de ces excptions fut souvent rétréci dans une mesure incompatible avec les sentiments juridiques nationaux.* »

Cette conception hostile domina en Allemagne jusqu'au XIX^e^ siècle, et ce ne fut qu'à ce moment que les grands romanistes allemands s'élevèrent avec vigueur contre cette fausse interprétation des textes romains. Quoiqu'il en soit, nous constaterons que la réaction contre la justice privée anarchique en même temps que la réception du droit romain eurent comme effet la prohibition générale et en principe de la justice privée. Mais parallèlement avec ce courant de prohibition totale de la justice privée, se développe, comme nous l'avons déjà vu, l'idée que l'état de nécessité pouvait justifier des dérogations. Et si les autres cas de justice privée du droit allemand furent supprimés (36), la justice privée nécessité prit une extension considérable. De sorte que, si le principe que la justice privée n'est pas interdite *comme telle*, ne triompha qu'au XIX^e^ siècle, celui de la justice privée nécessité trouve de multiples appli-

(36) « Ainsi la saisie du bétail, nous dit Heyer, p. 52, fut soumise à des conditions sévères. La chose saisie devait être remise au tribunal et une décision de celui-ci était requise ».

cations à partir même de la réception (37). Nous allons donc examiner maintenant la *justice privée nécessité* après la réception du droit romano-canonique. Cet examen présente d'autant plus d'importance que nous trouverons dans le droit allemand combiné avec le droit romano-canonique, presque tous les éléments de la justice privée telle qu'elle se présente dans le B. G. B. Nous n'insisterons pas trop sur l'état de nécessité dont l'histoire a été magistralement tracée par M. Moriaud (38) et par Titze (39). Nous nous bornerons uniquement à mettre en évidence l'importance que les Allemands ont toujours accordée à cette idée qui se trouve à la base des art. 227, 228, 229 s. B. G. B. On a pu appeler l'Allemagne la terre classique de la nécessité. Et une foule de brocards populaires affirment que la nécessité n'a pas de loi : Noth kennt klein Gebot, Noth bricht Eisen, ein besser Recht ist Leibes Noth als Herren Gebot, etc. (40). Et les lois allemandes consacrent des dispositions expresses à l'état de nécessité. Ainsi, dans le Miroir de Saxe (II 68) nous voyons que le voyageur peut faire paître son cheval dans un pré voisin et lui

(37) Comme nous le verrons plus loin, le B.G.B. donne deux solutions de principe sur la justice privée : une *solution négative* : la justice privée n'est pas interdite *comme telle* (v. Motifs) ; *une solution positive* : la justice privée est admise en cas de nécessité même avec des moyens illicites. Or, cette seconde solution existe déjà dans le droit allemand historique.

(38) Op. cit., p. 81 s.

(39) Op. cit., p. 65 s.

(40) Cités par Moriaud, p. 82.

couper le fourrage nécessaire (41). La Constitution criminelle de Charles Quint (1532 art. 166, 175) permet le vol d'aliments sous l'empire de la faim (42). A cette conception purement germanique de la nécessité, s'ajoutent les solutions romaines que nous connaissons déjà (43) et celle du droit canonique. Ce dernier, d'après M. Moriaud (44), contient une conception objective de l'état de nécessité, consistant à mettre en balance les deux intérêts en présence, et à faire triompher le plus important. Il met en balance, dit M. Moriaud, d'un côté l'intérêt individuel, de l'autre l'importance au point de vue moral et religieux de la loi violée, pour la sauvegarde de ces intérêts ». Le Corpus juris canonici contient nombre de dispositions s'inspirant de cette conception. « Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum », dit le chapitre 4 X de regulis juris 5-41 (45). Le droit canonique admet aussi le vol d'aliments en cas de nécessité. « La notion de l'état de nécessité, conclut M. Moriaud (46), est en résumé, d'après le Corpus juris canonici, celle d'un état de choses dans lequel l'observation de la loi entraînerait un mal qui balance, et au delà, le mal résidant dans sa violation ». C'est la conception qu'adopte le B. G. B. Les trois sources

(41) Idem, p. 86.
(42) de Hoon, op. cit. p. 17 ; Moriaud, p. 118-126.
(43) Page 107, s. V. plus haut.
(44) Page 99 s.
(45) Titze, p. 59 ; Moriaud, p. 99.
(46) Page 99.

du droit en Allemagne depuis la réception concourent donc à créer un état d'esprit favorable à l'admission aussi large que possible de la *justice privée nécessité*. Et en dehors de la légitime défense et de l'état de nécessité proprement dit, le texte d'Ulpien (D. 42-8-10-16) cité plus haut (47) est pris comme base du droit pour le créancier de saisir les biens du débiteur pour le cas où l'aide judiciaire était impossible à venir ou viendrait trop tard (48).

Nous nous trouvons donc au seuil du XIX^e^ siècle en présence d'une théorie de la justice privée présentant deux aspects : *un aspect négatif*, prohibition en principe de la justice privée; *un aspect positif :* admission large d'exceptions pour le cas de nécessité.

Et si les premières codifications particulières s'inspireront de ces idées, le puissant courant doctrinal qui se manifestera dès le début du XIX siècle, aura pour effet d'acheminer l'évolution de la justice privée dans deux directions : *la reconneissance du but de justice privée comme indifférent juridiquement, les moyens employés étant seuls pris en considération; la consécration de la justice privée comme institution de nécessité principalement.* Et ces

(47) Partie romaine, p. 116.

(48) V. Heyer, p. 51. Pour les théories sur l'état de nécessité, particulièrement abondantes en Allemagne, V. Moriaud, p. 100 s.

deux idées qui auront déjà triomphé dans les codifications précédant immédiatement les Codes d'Empire, trouveront leur formule définitive dans le B. G. B.

Nous arrivons ainsi au Chapitre II consacré aux prodromes de la codification.

CHAPITRE II

PRODROMES DE LA CODIFICATION

Section I. — *Généralités, terminologie et définition.*

Nous avons dit que le XIX^e^ siècle présentait pour notre question une importance particulière, car nous assistons dans le courant de ce siècle à une intense activité juridique se traduisant par des codifications, des luttes doctrinales et des décisions jurisprudentielles dont le couronnement en même temps que la synthèse allait être le B. G. B.B qui, selon Saleilles (1) « résume à lui seul tout le mouvement scientifique du XIX^e^ siècle ».

Nous analyserons donc tour à tour le droit commun (droit romain, lois d'Empire et coutumes générales), les droits particuliers et enfin la doctrine et la jurisprudence. La doctrine est représentée par les romanistes ou Pandektistes, et par les germanistes, et nous nous occuperons du droit civil comme du droit pénal. Le point de vue pénal est particulièrement intéressant, car dans les

(1) Introduction à l'étude du Code civil allemand, p. 3.

codifications spéciales des Etats, c'est surtout l'aspect pénal de la justice privée qui est pris en considération. En outre, comme on avait tendance à considérer les peines privées romaines comme des dispositions pénales, chose assez discutable cependant, après chaque Code pénal nouveau et surtout après le Code pénal d'Empire de 1871, la question se posa si ceux-ci avaient abrogé ou non les peines privées. Et c'est la jurisprudence pénale qui eût à se prononcer sur ce point.

Rappelons enfin que nous avons jusqu'ici, traité de la jutice privée *lato sensu*, comprenant toute *protection ou réalisation* des droits sans le secours de l'autorité; donc la *justice privée défensive* comme la *justice privée agressive* rentraient dans nos développements. Avant d'entrer dans le détail de cette étude, nous devons commencer par bien circonscrire le champ de la matière. Comme le droit allemand, avant comme après la B. G. B. contient des dispositions complètes sur toutes les formes de justice privée, nous nous trouvons obligés de restreindre notre étude à la *justice privée agressive, c'est-à-dire à celle consistant dans la rélisation ou l'exécution d'un droit sans le secours de l'autorité*. Quant à la justice privée défensive, comprenant *la légitime défense* et *l'état de nécessité proprement dit*, nous n'y ferons que de brèves allusions, leur analyse dépassant le cadre de notre thèse et exigeant des études approfondies pouvant faire l'objet d'un ouvrage spé-

cial. Nous éliminons donc de nos développements, la *légitime défense* et *l'état de nécessité proprement dit*, dont la première consiste à se défendre contre une attaque injuste venant d'une personne, selon la doctrine allemande, et le second, à se défendre contre un danger venant d'une chose (y compris les animaux), en s'en prenant à la chose elle-même ou à une personne ou une chose étrangère (2) (art. 228 et 904 B. G. B.).

Par conséquent toutes les fois que nous parlerons au cours de cette étude de droit allemand, de *l'état de nécessité*, il s'agira du sens large de cette expression, c'est-à-dire *de l'alternative entre un dommage à subir et un acte illicite à commettre*. Cette conception large de l'état de nécessité comprend la

(2) La plupart des auteurs allemands consacrent une section ou un chapitre à la *justice privée largo sensu*, en distinguant la *justice privée défensive*, qui comprend la *légitime défense* et l'*état de nécessité*, et la *justice privée agressive*, qu'ils appellent aussi justice privée proprement dite ou stricto sensu (*Selbsthilfe im engen Sinne*), sens dans lequel le B. G.B. lui-même prend le mot *Selbsthilfe*. V. Leonhard, p. 207; Windscheid, p. 619 s. ; Dernburg, p. 295 ; Regelsberger, p. 675 ; Gierke, p. 335, 337 ; Oertmann, p. 657 ; Enneccerus, p. 595 et 602 ; Crome, p. 533 ; Cosack, p. 343 ; Titze, p. 15. s ; Motifs, p. 348. Le mot Selbsthilfe est pris en général dans le sens de justice privée agressive, et cela surtout depuis que les Motifs (p. 348) et le B.G.B. (art. 229) l'ont fait. Les auteurs donc, après avoir constaté que l'expression a un sens large et un sens étroit, mettent sous la rubrique Selbsthilfe, *la justice privée stricto sensu* (*agressive*). Pour une bibliographie de l'état de nécessité, en dehors des développements se trouvant dans les ouvrages de droit civil général, nous renvoyons à la liste des monographies donnée par Titze, Moriaud, Lallement, etc.

justice privée agressive nécessité, qui consiste dans le fait pour le titulaire d'un droit de procéder de sa propre autorité à son exécution, *par des moyens illicites normalement*, et cela vu le risque qu'il courrait de voir la réalisation de son droit compromise par le retard qu'exigerait le recours aux tribunaux. C'est le cas de l'art. 229 B. G. B. Mais en dehors de ce cas de justice privée fondé sur l'état de nécessité, nous trouverons d'autres cas de justice privée dans le B. G. B. et dans les droits particuliers, qui rentrent dans la seconde catégorie que nous avons distinguée dans notre Introduction, et qui sont fondés sur des raisons pratiques de simplification ou de rapidité (3). Lorsque nous arriverons à la justice privée dans le B. G. B., nous reprendrons cette distinction.

Et en finissant avec ces généralités, nous croyons qu'il est nécessaire de donner quelques précisions sur la terminologie juridique allemande concernant notre matière.

Comme nous l'avons déjà vu, les Allemands emploient l'expression *Selbsthilfe* dans deux sens différents: *un sens large*, où *Selbsthilfe*, comprenant tout acte d'autorité privée, et signifiant étymologiquement aide par soi-même, s'oppose à *Staatshilfe*, c'est-à-dire aide par l'Etat, justice publique; *un sens étroit*, où *Selbsthilfe* ne comprend que la *justice privée agressive*, s'opposant à la *justice privée défen-*

(3) Page 46, 54.

sive. Ils appellent aussi la justice privée agressive *Selbstbefriedigung* (4) par opposition à la *justice privée défensive Selbstverteidigung*. Il y a aussi l'expression *Eigenmacht*, se traduisant à peu près par *voie de fait*, et qui a un sens plus large que *Selbsthilfe*, car il comprend tout acte d'autorité privée, qu'il soit juste ou non. *Eigenmacht* serait donc le genre dont *Selbsthilfe* serait l'espèce, cette dernière impliquant l'existence d'un droit à défendre ou d'une prétention à réaliser (au sans large). La justice privée défensive comprend *la légitime défense, Nothwehr, et l'état de nécessité proprement dit, Nothtand;* certains auteurs distinguent du *Nothstand*, le *Nothangriff* (attaque nécessaire), qui consiste à toucher à une chose étrangère non participante (art. 904 B. G. B.) par opposition à la défense contre la chose elle-même. *Nothhilfe* enfin signifie l'aide par un tiers.

Voyons maintenant comment on définit la justice privée (hoc sensu). Nous ne citerons pas toutes les définitions, mais les plus caractéristiques, celles qui mettent en évidence les éléments de la justice privée.

« Par justice privée, nous dit Crome, le B.G.B. comprend seulement l'attaque (Selbstzugriff) person-

(4) V. Windscheid, p. 627 ; Dernburg, p. 295 ; Leonhard, p. 214 ; Cosack, p. 345 ; Motifs, p. 348, etc. *Selbstbefriedigung* se traduit par *satisfaction privée.*

nelle, l'exercice d'un droit échu, sans aide judiciaire, par un acte permis seulement à titre exceptionnel (5). »

« Par justice privée, dit Windscheid, le B. G. B. comprend, quoiqu'il ne donne pas explicitement cette définition, l'acte d'autorité privée tendant à la satisfaction d'une prétention (6).

« La justice privée, dit Dernburg, est le rétablissement de propre autorité d'une situation conforme à notre droit (7). »

« Par justice privée au sens étroit, nous entendons, comme on l'a dit souvent, la réalisation d'une prétention de propre autorité », dit Titze (8).

« C'est la satisfaction d'une prétention réelle ou présumée, dit Bücking, par attaque unilatérale de propre autorité dans la sphère juridique d'un autre, sans intervention de l'autorité » (9).

Ces définitions nous paraissent assez incomplètes, car elles n'insistent pas assez sur tous les éléments caractéristiques de la justice privée (hoc sensu). En effet, Crome, en parlant *d'exercice* du droit, crée une équivoque, car nous savons qu'il ne faut pas confondre l'exercice avec l'exécution d'un

(5) Page 214.
(6) Page 626.
(7) Page 295. Dernburg définit ainsi la *satisfaction privée ;* mais nous savons que celle-ci est synonyme de la justice privée stricto sensu.
(8) Page 120.
(9) Page 15.

droit (10). En outre, il parle d'acte permis seulement à titre exceptionnel. Or, « si la justice privée consiste en réalité à commettre un acte normalement illicite, et c'est le cas de l'art. 229 du B.G.B., il n'en est pas de même pour les autres cas de justice privée.

Les autres définitions ne parlent que de « satisfaction » d'un droit; or, nous le verrons par la suite, souvent l'acte de justice privée n'a pas pour but immédiat la satisfaction, mais seulement une prise de sûreté. Nous chercherons donc, en analysant les éléments caractéristiques, de la justice privée, de donner une définition qui les comprenne tous. Pour nous, la justice privée comprend trois éléments caractéristiques (11) :

1) Une prétention (Anspruch) à réaliser.

2) Empiètement dans une sphère juridique étrangère.

3) Pas de recours à l'autorité publique.

Reprenons ces trois éléments :

1) Il faut une prétention à réaliser. Cette prétention peut consister dans n'importe quel droit, personnel, réel ou de créance. L'existence d'une prétention distingue la justice privée de tous les au-

(10) Voir Introduction, p. 43.

(11) Nous avons donné une définition générale de la justice privée dans notre Introduction (p. 14); ici, il ne s'agit que de la *justice privée agressive*, la seule que nous étudierons en droit allemand. C'est pourquoi nous trouvons nécessaire de la bien définir.

tres actes par lesquels on empiète sur la sphère juridique d'un autre et qui sont illicites soit civilement, soit pénalement. Ainsi la prise d'une chose appartenant à autrui, est un vol, s'il n'y a pas de droit à réaliser. De même, la justice privée (hoc sensu) se distingue par cela de la légitime défense ou de l'état de nécessité, où il s'agit uniquement de se défendre, contre un danger, aucune prétention n'étant à réaliser. Mais la justice privée se rapproche en cela de l'exercice du droit qui est aussi la réalisation d'une prétention.

2) Empiètement sur la sphère juridique d'autrui. Ceci distingue la justice privée de l'exercice du droit. En effet, comme on l'a vu (12) l'exercice d'un droit consiste à le faire valoir sans se heurter à une volonté étrangère, à laquelle il faut faire violence. Au contraire, la justice privée consiste à agir malgré cette volonté, à empiéter sur la sphère juridique d'autrui, c'est-à-dire sur ses droits ou intérêts protégés (13). Tandis que l'exercice appartient toujours au particulier, l'exécution est l'attribut de l'Etat ordinairement.

3) Le troisième élément c'est le recours à sa propre autorité par le titulaire du droit. C'est l'Etat qui

(12) Page 43.
(13) Endemann, p. 381 ; Cosack, p. 343 ; Heyer, p. 57, etc. ; Crome, p. 533.

assure normalement l'exécution des droits ; or, ici, le particulier agit par lui-même (14).

Et maintenant, nous pouvons définir ainsi l'acte de justice privée : *c'est l'acte par lequel le titulaire d'un droit pénètre dans la sphère juridique d'autrui pour procéder à l'exécution ou à la garantie de son droit, sans recourir à l'autorité publique.*

Après ces généralités, nous pouvons procéder à l'étude de la justice privée au cours du XIX^e^ siècle, en commençant par voir dans quel stade se trouvait *le droit commun*.

Section II. — *Droit commun.*

Le droit commun comprend le droit romain, les lois d'Empire et les coutumes générales. Comme ces deux dernières ne contiennent pas de dispositions relatives à la justice privée, nous nous occuperons seulement du droit romain. Nous avons vu dans la partie qui lui est consacrée, que le droit romain connaisait un délit privé spécial de justice privée, qu'il punissait d'une peine privée, la perte du droit. Cette peine privée fut adoptée en Allemagne après la réception. Nous avons vu, en outre, que les auteurs alemands avaient la tendance de donner aux prohibitions *particulières* romaines, un caractère général. Nous allons voir que les premières codi-

(14) Dans cette analyse de la justice privée, nous pouvons trouver au fond les deux éléments, matériel et intentionnel que nous avons distingués dans notre partie romaine (p. 74).

fications particulières se sont inspirées de cette idée. Telle était la situation au début du XIX^e^ siècle, lorsqu'avec l'école historique, l'étude du droit romain prit un éclat nouveau en même temps que l'analyse des textes fut poussée plus à fond. Puchta fut le premier grand romaniste qui s'éleva contre l'idée que le droit romain prohibe la justice privée *comme telle* et en général. Nous avons vu qu'il attribue cette conception à l'excès d'étatisme qui règne dans les droits modernes (15). « Un acte, dit-il, n'est pas en soi-même, et abstraction faite de dispositions juridiques spéciales (16), illicite, parce qu'il tombe sous ce principe, parce qu'il se présente comme un acte de justice privée » (17). Et dans ses Leçons (Vorlesungen) il donne la formule qui sera adoptée par le Code pénal d'Empire et par la B.G.B. (dont les motifs contiennent les arguments de Puchta) : « Le principe est plutôt le suivant : qu'un acte ait été accompli dans le but de la protection du droit, ceci est d'abord indifférent pour sa valeur juridique. Par ce but : 1) *un acte illicite ne devient pas licite ;* 2) *un acte autrement licite, ne devient pas illicite* (18). Et plus loin : « Par contre, certains actes ont été particulièrement réprimés lorsqu'ils proviennent de l'intention de se faire justice. Le motif c'est la né-

(15) Page 75 (partie romaine).
(16) Telles que le Décret de Marc-Aurèle.
(17) Pandekten, paragr. 80, p. 123.
(18) Vorlesungen, p. 180.

cessité d'écarter certains cas où la justice privée pourrait mettre en danger la sécurité juridique. (Décret, constitution de Valentinien, etc) ». Donc, d'après Puchta, le droit romain considère le but de la justice privée comme *juridiquement indifférent ;* ce qui importe, ce sont les moyens : si ceux-ci sont licites ou illicites, le but de la justice privée ne changera pas leur caractère. Voilà le *principe négatif* qui sera adopté plus tard par les codifications. Cependant, par exception, le droit romain prend en considération le but de justice privée pour déclarer illicites des actes licites, ou pour frapper d'une peine privée spéciale, des actes déjà illicites. C'est le cas du Décret de Marc Aurèle, qui punit de la perte de la créance, même la mainmise *non violente* sur la chose du débiteur, acte auparavant non puni ; de la constitution de Valentinien, qui punit de la perte de son droit, le propriétaire qui dépossède *violemment* le possesseur ; cet acte n'était jusque là sanctionné que par les interdits. Mais Puchta a en outre formulé aussi un *principe positif :* exceptionnellement, lorsque l'aide de l'autorité est impossible à obtenir, des actes illicites en eux-mêmes ou en vertu des dispositions mentionnées plus haut, seront déclarés licites. *C'est la justice privée nécessité.* « Les peines tombent, notamment, *si dans un pareil cas l'aide judiciaire est absolument impossible,* et que l'ayant droit est en danger de perdre

pour toujours et irrévocablement son droit... » (19).

Les auteurs qui ont consacré des monographies à la justice privée et que nous avons cités plus haut, Schwartze (20, Benfey (21), Sartorius (22), se rallient à ces opinions. Et Windscheid, qui dans les premières éditions de ses Pandektes, avait soutenu que le droit romain prohibait la justice privée *comme telle*, revint sur son opinion dans sa 5ᵉ édition. « Il ne faut pas émettre la proposition, dit-il, que la justice privée *comme telle*, serait interdite et d'ici déduire qu'un acte permis en lui-même ou non permis, deviendrait illicite, s'il est accompli dans le but de justice privée. En fait, la proposition que la justice privée est illicite en elle-même ne trouve pas sa justification dans les sources du droit commun » (23). Et après avoir montré que les textes invoqués dans les éditions précédentes (D. 50.17. 176 48.7.7. et 4.2.13) ne se réfèrent pas à la justice privée *comme telle*, mais à des cas particuliers, il conclut : « Il ne peut être permis de parler de la prohibition de la justice privée que dans le sens qu'un acte illicite en lui-même, ne devient pas licite parce qu'il poursuit un but de justice privée » (24). Plus loin (25), Windcheid affirme que la jus-

(19) Vorlesungen, p. 181.
(20) Page 125.
(21) Pages 1-2, et p. 43.
(22) Page 1.
(23) Page 620.
(24) Page 621.
(25) Page 623.

tice privée, même par des moyens exceptionnels, est licite, lorsque sans elle, il arriverait un dommage irréparable. Et tous les Pandektistes admettent cette exception, qu'ils déclarent ou non la justice privée prohibée comme telle (26). Linde lui-même qui proclame la prohibition absolue de la justice privée comme contraire à l'idée de l'Etat (27), admet que ce principe ne s'applique plus « lorsque quelqu'un se fait justice à un moment où la justice publique ne pouvait intervenir ; ou alors qu'il y avait un réel danger dans le retard » (28).

Donc, d'après Puchta et les auteurs qui le suivent, la justice privée n'est pas interdite[e] *comme telle*, sinon dans des cas particuliers ; en second lieu elle est licite en cas de nécessité et on peut se servir même de moyens illicites, pour se faire justice. Nous verrons par la suite que le problème se posa si les peines privées romaines étaient encore applicables.

Section III. — *Droits particuliers.*

Nous allons examiner dans cette section les législations particulières les plus importantes, dans lesquelles on puisse voir, en même temps que l'évolution des idées, le germe des solutions qu'allaient

(26) V. Dernburg, p. 296 ; Regelsberger, p. 676.
(27) Op .cit., p. 393 s., v. réfutation de Benfey, op. cit. page 43.
(28) Page 428.

adapter le Code pénal d'Empire et le B.G.B. — Ce que nous pouvons relever dès maintenant, c'est que les premiers Codes particuliers, surtout les Codes pénaux contiennent tous des prohibitions de la justice privée, soit qu'ils la frappent de peines spéciales *comme telle*, soit qu'ils aggravent la pénalité de certains actes de violence lorsqu'ils sont accomplis dans un but de justice privée ; soit enfin qu'ils la considèrent comme un délit privé spécial, à l'instar du droit romain. D'ores et déjà nous pouvons donc constater que deux conceptions différentes règnent dans ces dispositions : soit conception de la justice privée *comme délit contre l'Etat ;* soit *comme délit privé*, lésant les intérêts particuliers. — Tout autre sera la position des Codes précédant immédiatement les Codes d'Empire : les uns Codes pénaux, garderont le silence sur la justice privée, donc considèreront la justice privée comme indifférente pénalement ; les autres, Codes civils, quoique certains énoncent encore une prohibition générale de la justice privée, mais sans prononcer de sanction spéciale, insistent surtout sur la justice privée licite, permettant exceptionnellement la commission d'actes illicites en eux-mêmes, en cas de nécessité (29).

1) La première codification importante en Allemagne est celle qui eut lieu en Prusse en 1794

(29) Pour la justice privée au point de vue pénal v. Bücking, Thèse Göttingen, 1892.

sur l'initiative de Frédéric-Guillaume II. Elle comprend tout le droit commun pour le royaume de Prusse, droit civil et droit pénal, et est intitulée « Allgemeines Landrecht für die preussische Staaten » (A.L.R.) (30). Dans l'Introduction (Einleitung) de ce Code, un article spécial proclame la prohibition de la justice privée *comme telle :* « On ne peut, par l'emploi de la force, dit l'art 77, se faire justice à soi-même ». Et dans la IIe partie (pénale) titre 20, *l'article* 157 établit des sanctions pénales pour les actes de justice privée : « Celui qui, dit cet article, en tournant l'intervention de l'autorité, se rend justice à soi-même, *sans droit spécial résultant des lois*, sera, *s'il n'a pas commis de violence* envers les personnes ou les choses, puni d'une peine privée (Büsse) ou de prison ; *mais s'il a usé de violence* il sera puni de prison jusqu'à six mois, de forteresse ou de réclusion ». Et *art.* 157 : « Si dans l'exercice de la justice privée, il est commis une autre infraction qui est frappée de peines plus sévères, *celles-ci seront aggravées, à cause de l'offense à l'Etat* » (31). Le droit prussien, par conséquent, considère la justice privée à un double point de vue : en *tant qu'atteinte aux intérêts privés*, et comme telle, indépendamment de toute violence, elle sera frappée d'une peine privée ; *comme offense à l'Etat*, ce qui fait

(30) Traduit généralement par « Coutume générale de Prusse ».

(31) V. Bücking, op. c't., page 2.

que la peine sera aggravée lorsque la justice privée s'est exercée par un acte constituant déjà une infraction pénale en lui-même ; en outre, lorsqu'il y aura violence, la justice privée sera frappée de peines privatives dc liberté. — Le Code prussien donc, prohibe la justice privée *comme telle* et en général, soit en la punissant, même s'il n'y a pas d'autre infraction, soit en aggravant la peine s'il y a une autre infraction en même temps. En quoi il se montre plus sévère que le droit romain, qui ne punissait que certains cas de justice privée et ne prononçait que des peines privées. Mais le même Code, dans son Introduction, contient une exception à ce principe : « On n'est excusable, déclare *l'art.* 78, que dans le cas où l'autorité ne pourrait, par son intervention réparer le dommage ». Il faut remarquer d'abord que l'exception est conçue en termes très vagues, quoiqu'inpirée évidemment de D. 42.8.10.16 ; en second lieu, l'art. 78 exige que le dommage soit irréparable, exigence plus sévère que celle de l'art. 229 B.G.B. C'est ce que nous verrons plus loin.

2) Le second Code qui prend attitude vis-à-vis de la justice privée, c'est le Code Civil autrichien de 1811, dont l'*art.* 19 déclare : « Celui qui se considère lésé dans son droit, est libre de porter sa plainte devant les tribunaux déterminés par la loi. Mais celui qui se sert de la justice privée, au mépris des tribunaux, ou qui excède les limites de la légitime défense, est responsable pour cela ». Nous n'insis-

terons pas sur cet article, auquel nous consacrerons des développements plus étendus dans la section consacrée au droit autrichien.

3) Un autre Code sanctionnant pénalement la justice privée est *le Code pénal bavarois de* 1813, dont l'art. 420 s'exprime ainsi : « Celui qui en tournant l'aide judiciaire, *en dehors des cas admis par les lois*, fait valoir ses droits, véritables ou présumés contre un autre, de sa propre autorité, est coupable de justice privée illicite et sera puni d'une amende de dix à cent Gulden ou de prison de trois jours à un mois ». *Et l'art.* 421 : « Celui qui par une offense présumée ou réelle se fait justice à lui-même, ou pour exécuter une prétention juridique, frappe avec violence une personne, sera frappé d'une peine d'un mois à six mois, si l'acte de violence ne constitue pas une infraction punissable en elle-même ».

Ici encore, la justice privée constitue un délit pénal spécial, soit qu'elle ait été exercée avec violence, soit sans violence.

Des dispositions analogues contiennent les Codes pénaux de Wurtemberg (1839) art. 200 ; d'Oldenburg, art. 449 (1814), de Saxe (1838) art. 204 (32).

Le Code pénal de Bade, art. 279 (1845) prononce aussi des peines publiques contre la justice privée *comme telle*.

(32) V. Bücking, p. 3 ; Heyer, p. 52 ; Motifs, p. 352.

Il est à remarquer que tous ces Codes contiennent une réserve pour la justice privée licite. « *En dehors des cas admis par les lois, sans droit spécial résultant des lois* » disent les Codes bavarois, prussiens, badois, etc.

Ceci est parfaitement logique, car, comme le remarque Bücking (33), en partant de l'idée que la justice privée constitue une offense contre l'Etat, ils ne pouvaient plus la punir lorsque ce dernier est incapable d'intervenir.

4) Une dernière série de Codes punissent la justice privée *seulement lorsqu'elle est accompagnée de violence contre les personnes ou les choses*, le but de justice privée étant considéré comme une circonstance aggravante. Tels sont les Codes pénaux de *Hesse* (1841), art. 167 ; de *Brunswig* (1840), art. 118 et de *Hambourg* (1841) art. 167 (34).

Donc, les codifications de la première moitié du XIX^e^ siècle, sous l'influence de la doctrine romaniste ancienne, prononcent des prohibitions générales contre la justice privée, la considérant comme un délit soit pénal soit civil (Autriche). Ce qu'il faut remarquer cependant, c'est que les Codes pénaux, en instituant des peines publiques contre la justice privée, ont tacitement abrogé les peines privées romaines (35). En effet, tous ces Codes devaient servir

(33) P. 4.
(34) V. Bucking p. 4; Heyer p. 52; Gierke, p. 336, note 8.
(35) Heyer, p. 53.

de droit commun dans leurs pays, en remplaçant ainsi le droit romain (36). Les peines privées restent cependant applicables dans les pays qui ne possèdent pas de Codes spéciaux.

5) Dans la seconde moitié du XIX^{e} siècle le mouvement doctrinal dont nous avons parlé et qui tendait à la déclaration de la justice privée comme juridiquement indifférente, commence à avoir des répercussions sur les législations particulières. Les nouveaux Codes pénaux saxon de 1856, prussien 1851 et bavarois 1861, ne punissent plus la justice privée *comme telle* (37). La justice privée n'est prise en considération qu'indirectement lorsqu'elle s'exerce par des actes constituant des infractions (lésion corporelle, violation de domicile, privation de liberté, etc).

6) D'autre part, *le Code civil de Saxe* de 1865, le plus complet avant le B.G.B., quoique prohibant encore en principe la justice privée, mais sans prononcer de sanction spéciale (art. 179), déclare licite dans son *art.* 180, la justice privée *en cas de nécessité* c'est-à-dire lorsque l'aide de l'autorité ne peut intervenir à temps et que sans l'action immédiate du titulaire, la réalisation de son droit deviendrai impossible ou très difficile. En outre, il précise les actes permis exceptionnellement au titulaire et qui sont :

(36) Saleilles Introduction p. 7, p. le Code prussien.
(37) Bucking, p. 6; Heyer, p. 53.

la mainmise, la destruction ou l'endommagement d'une chose appartenant au débiteur, la rupture de sa résistance et même son arrestation. Il impose aussi des mesures complémentaires, consistant dans la livraison des choses ou la présentation de la personne arrêtée au tribunal. Le Code saxon marque ainsi un grand progrès sur l'A.L.R. qui, dans son art. 78, ne fait qu'énoncer une vague exception et qui en outre exige que le dommage soit irréparable, tandis que le B.G.B. saxon se contente de l'éventualité d'une réalisation plus difficile du droit (38) ; enfin le Code prussien n'admet pas l'arrestation du débiteur (39).

Le Code saxon est donc presqu'aussi complet que le B.G.B. ; il y a une seule lacune : l'art. 180 ne précise pas les mesures que devait prendre le tribunal saisi, lacune qui fut comblée par le B.G.B. (art. 230) (40).

7) Pourquoi les derniers Codes ne punissent-ils plus la justice privée *comme telle*, en ne la frappant plus que dans ses moyens ? Les motifs du Code pénal prussien de 1851 l'expliquent ainsi (1) : « On peut, vu le défaut d'une disposition spéciale sur la justice privée dans notre Code, accepter deux points

(38) V. Heyer p. 55; Schocke, p. 46; Motifs du B.G.B., p. 355.

(39) Motifs, p. 355.

(40) Heyer, p. 55; Schocke, p. 46.

(41) Goldmann. Die Materialen Zum Strafgesetzbuch für die preussische Staaten 1852 II Teil p. 150 cité par Bücking p. 8.

de vue, en considérant la justice privée ou bien comme une inobservation du pouvoir de l'autorité, ou comme une lésion de droits privés. Le défaut de disposition spéciale entraîne l'impunité au premier point de vue. Comme lésion de droits privés, la justice privée *ne peut venir en considération que par ses moyens*. Car, comme défense privée elle tombe sous le principe de la légitime défense ou de la défense de la possession, ou de la vengeance privée qui est frappée de peines spéciales comme délit d'autre nature, duel, injure, etc. En dehors de ces cas, où la justice privée est encore possible, *seul le moyen*, la forme de l'acte, peut donner lieu à une peine. Si ce moyen est la violence contre les personnes ou les choses ou la violation de domicile, alors on applique les dispositions sur les lésions corporelles, dommage aux choses, violation de domicile. Mais s'il n'y a pas de violence, on n'aura que les dommages-intérêts »...

Cette argumentation qui sera reprise dans les motifs du premier projet du B.G.B., repose toute entière sur l'idée qu'il n'y a pas lieu de considérer la justice privée comme une offense à l'autorité, celle-ci étant suffisamment assise pour ne plus craindre de pareilles offenses (42) ; quant au danger qu'elle présente pour les intérêts particuliers, il

(42) Les Motifs du B. G. B. diront : « Si l'interdiction se trouve dans la plupart des législations antérieures, ceci est un vestige des temps plus anciens où il était nécessaire de combattre particulièrement la justice privée. » (p. 353).

n'est pas considérable, car la plupart des actes par lesquels la justice privée peut s'exercer, sont déjà punis en euxmêmes, constituant des délits pénaux ; sinon, ils engagent la responsabilité civile (43). Et comme nous l'avons déjà affirmé dans notre Introduction, une prohibition générale et en elle-même de la justice privée, nécessaire dans les pays et les époques de troubles, où les excès sont à craindre, comme ce fut le cas à Rome, à partir des guerres civiles et en Allemagne au Moyen Age, ne peut être qu'un obstacle au progrès dans les pays à forte souveraineté telle que l'Allemagne au XIX° siècle et en général tous les pays occidentaux (44). Le même état d'esprit domina lors de la confection du Code pénal pour l'Empire d'Allemagne de 1870, auquel nous arrivons maintenant.

Section IV. — *Le Code pénal de* 1870.

Ce Code, institué d'abord pour la confédération des Etats du Nord, fut étendu à tout l'Empire lors de la réalisation de l'unité politique allemande. Comme il garde le silence sur la *justice privée comme telle* (45), une grande controverse se produisit après sa promulgation sur le point de savoir si les peines privées romaines étaient abrogées; il fallut plusieurs

(43) Motifs, p. 353.
(44) Introduction p. 37.
(45) Une proposition tendant à punir la justice privée fut repoussée par la commission du Reichstag (v. Bucking, p. 15).

arrêts du tribunal d'Empire (46) pour mettre fin aux discussions. Le Code dans la Loi d'introduction 2. 1, abroge toutes les dispositions pénales antérieures générales ou particulières *pour les matières dont il traite*. Or, la plus grande partie de la Doctrine, à laquelle se rallia la jurisprudence soutenait que si le Code ne parlait pas expressément de la justice privée, il la visait cependant indirectement en punissant les formes les plus graves dont elle pouvait se servir. Et on citait les art. 123, 124, 223, 201, 240, 239, 303, etc., punissant les lésions corporelles, les dommages aux choses, l'atteinte à la liberté, la violation de domicile, etc. Windscheid (47), Dernburg (48), Regelsberger (49) se prononcent dans ce sens :

« Il est vrai que la matière de la justice privée n'est pas réglée positivement, mais les matières de la mainmise sur les choses et de la contrainte y sont réglées, et à cause de cela les dispositions romaines sont à considérer comme abolies », dit Windscheid. Et Regelsberger est tout aussi affirmatif : « Le Code pénal, dit-il, n'a sûrement soumis à une peine que les cas graves de justice privée, mais il a par

(46) Le tribunal d'Empire (Reichsgericht) qui siège à Leipzig, correspond à peu près à la Cour de cassation. Sur sa compétence et la différence avec le droit français, voir art. Chavegrin, Bulletin de la soc. de législ. comp. 1882, p. 238.

(47) p. 623.

(49) p. 297.

(49) p. 676.

cela, suffisamment donné à entendre que d'autres actes seraient impunis, *en concordance avec la nouvelle évolution du droit* (50). Merkel (51). Arndt (52), Liszt, se prononcent dans le même sens. Contre cette manière de voir, Binding s'est élevé avec vigueur (53). Il a soutenu d'abord que le Code pénal ne parlait pas de la justice privée, donc qu'elle restait en vigueur, en vertu de l'art. 2-1 de la loi d'Introduction, en second lieu que les peines privées appartenaient au droit civil et point au droit pénal (54). Ce point de vue n'a pas été accepté par la jurisprudence; d'ailleurs la question a perdu son intérêt, depuis le B. G. B. qui n'accepte pas les peines privées, pas plus qu'il ne prononce de prohibition de la justice privée. Nous croyons cependant que Binding avait raison, car les peines privées étaient considérées à Rome comme faisant partie du droit civil, et de nos jours encore, il y a des peines privées en droit civil (art. 792, 1477, C. civ. français, 2005, 2338, B.G.B., etc.) (55).

(50) Dans le même sens Schocke, p. 41 ; Heyer, p. 54 ; Bucking, p. 15.

(51) Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889, p. 161.

(52) Lehrbuch des Pendektenrechts, 13e éd., parag. 94,2.

(53) Handbuch des Strafrechts Leipzig 1885, p. 318-330, t. I.

(54) A ce point de vue s'est rallié Gierke, op. cit., p. 336, note 8 et Heyer, p. 54.

(55) V. Hugueney. L'idée de peine privée en droit contemporain. Thèse Paris, 1904 ; Cours de M. Bartin 1924-25. Droit civil et répression pénale ; Demogue, Obl. t. IV, p. 188 198.

Le tribunal d'Empire se prononça deux fois sur la question en déclarant les peines privées romaines abolies par le Code pénal de 1871. Le premier arrêt de la chambre civile (Civilsenat) est du 22 février 1884 : « D'après le droit romain, comme d'après les prescriptions du droit canonique et de l'ancienne législation allemande, dit l'arrêt, le droit du propriétaire et de celui qui use de violence est perdu, comme peine de la justice privée illicite et est transmis ipso jure à l'adversaire qui peut le revendiquer immédiatement (v. Code 8-4-7, etc.). Mais abstraction faite de la question de savoir si cette voie de fait ou seulement la justice privée accompagnée de violence grave (vis atrox) avait cet effet, *la peine privée dont il s'agit a été abolie par le Code pénal d'Empire du* 31 *mai* 1870, même dans les pays de droit commun, dans lesquels elle n'avait pas été écartée auparavant par le droit coutumier ou par la législation locale. Il est évident que les dispositions mentionnées du droit romain, canonique et allemand ancien, avaient en vue la punition de la justice privée illicite. Mais cette dernière appartient aux matières dont la punition ou la non punition devait être réglée par le Code pénal d'Empire. Comme celui-ci frappe de peines déterminées la voie de fait seulement lorsqu'elle est exercée dans des cas particulièrement graves, notamment par l'emploi de moyens punissables, alors est fondée la conclusion que les peines de la justice privée qualifiée ne peu-

vent être autres que celles qui existent dans le Code pénal, *mai la voie de fait comme telle n'est plus punie* » (56).

Cet arrêt qui se prononce spécialement sur l'abolition de la constitution de Valentinien de 389 (Code 8-4-7) (57), c'est-à-dire sur le cas du propriétaire qui dépossède violemment le possesseur, se fonde sur les arguments que nous connaissons déjà : le Code pénal ayant aboli toutes les dispositions concernant les matières dont il traite, et comme il punit les cas les plus graves de justice privée, les peines privées romaines sont supprimées.

Un autre arrêt de la même juridiction donne la même décision quant au Décret de Marc-Aurèle, en se fondant sur la décision de 1884 et en reprenant la même argumentation (58). En résumé, le droit allemand, après le Code pénal d'Empire, se présente ainsi quant à la justice privée : *il n'y a plus de délit pénal spécial de justice privée;* le Code pénal d'Empire a aboli toutes les législations pénales antérieures prononçant des peines contre la justice privée *comme telle*, en même temps que les peines privées romaines; donc, *au point de vue pénal, le but de justice privée est indifférent :* la justice privée n'est punie que lorsqu'elle s'exerce par un acte

(56) Reichsgerichte in Civilsachen. Civilsenat. Tome 11, p. 244 (1re série).

(57) V. plus haut, p. 95.

(58) R. G. in Civilsachen. Civilsenat, 22 avril 1887, Tome 18, p. 218 (1re série).

constituant lui-même un délit puni par le Code (lésion corporelle, contrainte, violation de domicile); *dans ce cas, ce n'est pas la justice privée qui est punie, mais le procédé employé* (60). La justice privée n'est ni cause justificative, ni cause aggravante. Mais la Justice privée restait délit civil spécial, obligeant à la réparation du dommage, dans les pays dont les lois civiles prohibaient la justice privée *comme telle* (C. civil saxon, art. 179, A. L. R., art. 77) (61). Le derniers pas, consistant à considérer le but de justice privée *juridiquement indifférent*, au point de vue civil, allait être fait par le B. G. B.

Mais avant d'y arriver, voyons ce qui advint de la justice privée licite exceptionnellement. Nous avons vu que le Code civil saxon réglementait minutieusement *la j. p. nécessité* (art. 180), et que l'A. L. R., art. 78 énonçait en termes vagues cette exception en même temps que les Codes pénaux dont nous avons parlé faisaient une réserve pour les cas de justice privée licite. Mais que se passait-il pour

(60) V. Bucking, p. 18 ; Heyer, p. 54. — Motifs, p. 352. Ainsi, pour donner un exemple, l'acte du créancier s'emparant d'une chose du débiteur pour avoir une sûreté, qui constituait *le délit pénal de justice privée*, dans les législations punissant la justice privée comme telle, n'est plus punie depuis le Code pénal d'Empire : en effet, il ne réunit les éléments d'aucun délit pénal, car il lui manque l'intention d'appropriation illicite pour qu'il puisse constituer un vol (art. 242 St. G. B.). C'est ce qu'a décidé le Tribunal d'Empire. (R. G. in Strafsachen, t. II, p. 184 s.). — V. Bücking, p. 24.

(61) V. Heyer, p. 54.

le droit commun ? Dans la section consacrée au droit romain en Allemagne (62), nous notions que les romanistes étaient unanimes à admettre une exception aux peines privées et même aux peines publiques frappant les moyens illicites employés, lorsque le secours de l'autorité était impossible à obtenir (63). Les criminalistes aussi admettent qu'on peut se faire justice en employant des moyens que le Code pénal punit, dans les cas où l'aide judiciaire ne pourrait être obtenue à temps pour éviter la perte du droit. Binding (64) nous dit : « Son admission (de la justice privée nécessité) doit être reconnue dans toutes les législations qui ne la défendent pas expressément. A défaut de réglementation plus précise, elle semble admissible dans la mesure où l'aide de l'autorité ne peut être obtenue et que le dommage à éviter par la justice privée serait irréparable. » (65). Ce qui est à remarquer, c'est que les auteurs exigent un dommage *irréparable* à éviter, tandis que le B. G. B. se contentera d'une réalisation plus difficile du droit. Binding cite aussi un arrêt déclarant licite une atteinte à la liberté (Freiheitsberäubrug), en cas de nécessité (66).

(62) P. 159, Section II.

(63) Et nous pouvons ajouter l'opinion de Gierke, germaniste célèbre, qui déclare qu'on peut se servir de moyens illicites si on ne peut obtenir à temps le secours de l'autorité (op. cit., p. 338).

(64) Op. cit., p. 790, t. I.

(65) Dans le même sens : Merckel, op. cit., p. 161 ; Bücking, p. 20.

(66) R. G. in Strafsachen, 18 juin 1881. T. III, p. 416 s.

La justice privée nécessité, depuis le Code pénal, ne consiste donc plus à commettre un acte ordinairement illicite en vertu d'une prohibition de la justice privée, *comme telle*, mais à commettre un acte constituant normalement un délit puni par le Code pénal (lésion corporelle, violation de domicile). En outre, lorsque l'acte ne constitue qu'un délit civil (dommage causé), il ne donnera pas lieu à réparations en cas de nécessité. Cette dernière idée ne sera pleinement mise en évidence que par le B. G. B.

Quoiqu'il en soit, nous devons constater avant d'en arriver au B. G. B. que la plupart de ses solutions se trouvent déjà en germe dans les législations particulières, et dans le droit commun législatif, complété par la jurisprudence et la doctrine.

En résumé : 1) Les peines privées romaines n'existent plus; 2) Il n'y a pas de délit spécial de justice privée en matière pénale; 3) Certains Codes particuliers considèrent encore la justice privée comme délit civil spécial; 4) Un acte illicite en lui-même, devient licite lorsqu'il a pour but la justice privée, en cas de nécessité. Le B. G. B., en même temps qu'il déclarera la justice privée juridiquement indifférente, donnera une formule précise de la justice privée nécessité.

CHAPITRE III

LE B. G. B.

Section I. — *Esprit général du B. G. B. et travaux préparatoires.*

En entamant l'étude de la justice privée dans le B. G. B., nous croyons indispensable de faire quelques appréciations sur l'esprit général qui l'anime, ce qui nous permettra de nous rendre compte de la conception d'où sont partis ses auteurs dans leur attitude vis-à-vis de la justice privée.

On a reproché au Code civil allemand de 1896, d'être une œuvre de doctrinaires, où les nécessités pratiques étaient impitoyablement sacrifiées à la logique. Ce qui est vrai, c'est que le premier projet, élaboré par des théoriciens surtout, avait fait une trop large part aux idées et constructions romaines. Gierke, l'un des plus fougueux adversaires du premier projet, a même soutenu que ce dernier n'était qu'une mise au point des ouvrages de Pandectes (1).

(1) Voir sur ces discussions : Saleilles, Annuaire de législation étrangère 1896, p. 142 s. ; Bufnoir. Bulletin de législation comparée, février 1889, p. 147*; Saleilles, Introduction à l'étude du Code civil allemand ; La Grasserie, Code civil allemand, Introduction p. XIX s. ; Gierke, Der Entwurf des

Nous n'insisterons pas sur ces discussions, mais nous nous bornerons à constater, à charge de le prouver par la suite, qu'en ce qui concerne la justice privée, c'est surtout l'esprit pratique qui a dominé. Et nous rappelons que la seconde commission du B. G. B. comprenait à côté de théoriciens de marque, des personnages représentant tous les intérêts du pays : l'agriculture, le commerce, l'industrie, et en outre, des magistrats. Et le second projet s'est ressenti de la nouvelle composition de la commission qui l'élabora. Et si le B. G. B. s'est gardé de prononcer une prohibition générale de la justice privée, en même temps qu'il consacrait une section spéciale dans la partie générale et plusieurs articles dans les parties spéciales, à la justice privée, ce n'est pas par doctrinarisme, ce n'est pas davantage, comme on l'a prétendu, pour rendre hommage à la force (2), mais parce qu'il s'est rendu compte que la rigidité du principe de la justice publique, devait plier souvent devant les nécessités immédiates de la vie. Nous pouvons cependant rattacher les solutions du B. G. B. relatives à la justice privée, à la tendance de ce dernier à accorder une liberté aussi large que possible à la volonté privée, tant dans la création que dans l'exécution des droits, et cela dans le souci d'éviter aux parties le recours à la justice, ce qui est autant dans leur intérêt que dans celui de l'Etat, les tribunaux étant moins encombrés. Saleilles

(2) Gaëtan d'Aubery, France et Allemagne.

a mis en évidence cet état d'esprit dans son « Introduction à l'étude du droit civil allemand ». « Cette sorte de philosophie juridique, dit-il (3) part de cette idée que tous les droits subjectifs en ce qui concerne l'individu, existent antérieurement à la loi et dérivent de la liberté initiale de l'individu, et par suite d'une libre création de volonté de sa part; la loi les consacre et ne les crée pas. » Et plus loin : « Il consacre, comme tous les Codes modernes, le principe de l'autonomie de la volonté, et dans beaucoup de cas où il s'agit des conséquences à faire produire à un rapport de droit préexistant, *là où le droit antérieur exigeait l'intervention de la loi ou du juge*, le Code allemand s'en remet le plus souvent à la volonté des intéressés, laquelle n'a qu'à se traduire par une volonté purement privée, *sans autre formalité judiciaire*, pour que l'effet juridique ainsi visé se réalise ». Et il cite la compensation, qui se fait par déclaration de volonté, l'annulation et la résolution qui résultent aussi d'une telle déclaration, et qui en droit français exigent une action devant les tribunaux (4). « Le droit allemand, continue Saleilles,

(3) p. 44.

(4) MM. Baudry et Barde font la même remarque à propos de la résolution des obligations (Obl. t. II, n° 923) : « Toutefois, comme nous l'avons déjà dit, le système allemand est différent, disent-ils : il admet la résolution volontaire, en ce sens que la résolution a lieu dès que le créancier opte pour elle. *Ce système se justifie par une considération pratique, c'est-à-dire par le désir d'épargner aux contractants les frais de justice.* La même solution a été consacrée par le Code fé-

écarte, autant que possible, les formalités légales ou judiciaires, *pour faire des intéressés les régulateurs de leurs intérêts privés, et leur remettre en quelque sorte le pouvoir d'exécution même*, pour ce qui est la réalisation des effets de droit qui les concernent. »

Comme il résulte des considérations que nous venons de citer, les auteurs du B. G. B. ont cherché à éviter autant que possible, le recours aux tribunaux. Et ce n'est pas en partant d'une théorie abstraite (5) qu'ils donnent ces solutions, mais des nécessités pratiques, éviter aux particuliers les frais de

déral des obligations. *D'ailleurs, d'une façon générale, les auteurs des deux Codes, pour la raison que nous venons d'indiquer, se sont appliqués à écarter autant que possible la nécessité de l'intervention des tribunaux* ».

(5) On pourrait reprocher aux art. 229 s. B.G.B., d'être inspirés d'un individualisme outrancier. Nous croyons que ce reproche semblerait paradoxal ici, car si l'on devait rattacher le droit allemand à quelque philosophie, ce serait plutôt à l'autoritarisme qu'à l'individualisme. C'est en Allemagne que les doctrines étatiques ont été le plus en vogue, et philosophes comme juristes s'ingénient à prouver la subordination de l'individu à l'Etat. Ainsi pour Hegel « l'homme est sans doute fin en soi et respecté comme tel (idée de Kant) ; mais l'homme individuel n'est à respecter comme tel que par l'individu et non quant à l'Etat, *parceque l'Etat ou la nation est sa substance* ». Pour Hegel, l'Etat, cest la vollonté de l'Esprit absolu « le terrestre divin » (v. Fouillée Idée moderne du droit ; Beudant, Le droit individuel et l'Etat, p. 202). Nous renvoyons aux mêmes auteurs pour les doctrines de Jellineck, Bluntschli, etc. — Et nous pouvons ajouter qu'il est dans le caractère même des Allemands de se soumettre aveuglèment à l'autorité, pour laquelle ils professent un culte. Mme de Staël le constatait déjà : « L'esprit des Allemands et leur caractère, dit-elle, paraissent n'avoir aucune communication ensemble ; *l'un ne peut souffrir de bornes, l'autre se soumet à tous les jougs* ».

justice et les lenteurs (6). Donc, partant de l'idée qu'il faut laisser aux particuliers toute la liberté compatible avec l'ordre public et avec les intérêts privés, liberté se traduisant dans la création autant que dans l'exécution des droits, les auteurs du B. G. B. ne se sont liés par aucun principe proclamant le monopole de la justice étatique, ce qui leur a permis d'admettre de multiples cas de justice privée. Et les dispositions relatives à la justice privée se rapportent, soit à des actes qu'il est plus avantageux de laisser à l'initiative des particuliers, vu l'économie de frais et de temps, soit à des actes qui, ordinairement illicites, sont déclarés exceptionnellement licites, le législateur s'étant rendu compte que le dommage que souffrirait le titulaire du droit serait plus grand s'il recourrait à l'autorité, que celui souffert par le sujet passif de l'acte de justice privée ou l'ordre public, du fait de la justice privée (justice privée nécessité) (7). Les auteurs du Code se sont donc livrés à un pesage soigneux des intérêts en présence, en laissant de côté les principes (8). Pesage, d'abord entre l'intérêt du titulaire du droit et celui de la personne contre laquelle s'exerçait l'acte de justice privée. Pesage en second lieu, entre l'intérêt privé et

(6) V. Baudry et Barde loc. cit.

(7) V. Introduction, sur la distinction des deux catégories de cas de justice privée.

(8) Dans ce procédé, qui a dominé aussi dans les solutions sur l'état de nécessité, il faut noter l'influence de Merkel Die Kollision rechtmässiges Interesse.

l'intérêt public. Or, ce dernier n'était pas en danger, l'Etat allemand de 1890 étant assez fort pour éviter ou réprimer tous les abus de nature à faire péricliter l'ordre public; et l'acte de justice privée du citoyen recourant à sa propre autorité, même dans les cas les plus graves, ne pouvait rien avoir d'un acte de rébellion. D'ailleurs, comme nous le verrons plus loin, le législateur a eu la précaution de déclarer que l'auteur de l'acte agissait à ses risques et périls (art. 231 B. G. B.). Ce qui fait que la justice privée sera rarement exercée d'une façon arbitraire, l'auteur réfléchissant sérieusement avant d'y procéder.

En analysant les travaux préparatoires, nous retrouverons toutes ces idées. Avant d'y arriver, nous rappelons que deux problèmes se posaient aux auteurs du B. G. B. : *en premier lieu, allait-on prohiber la justice privée comme telle, comme l'avaient fait certaines législations particulières; en second lieu, quels seraient les cas de justice privée licite ?*

Voyons d'abord ce que répondit le législateur à la première question, et quels sont les fondements de sa solution (9).

(9) Les travaux préparatoires du Code comprennent : *les Motifs* du premier Projet (Entwurf eines B.G.B. Motive) ; *le Protocole* de la commission de la seconde lecture (Protokolle des Kommission fur die zweite Lesung des Entwurf des B.G.B. Achilles) : le second projet a deux rédaction, première et seconde lecture ; *du Projet modifié* par le Conseil fédéral (Bundesrath): Entwurf eines B.G.B. in der Fassung der vom Reichstag machten Vorlage ; *d'un Mémoire du gouvernement* (Denkschrift) ; enfin de la *décision de la commission du Reichstag* (*Bericht des Reichstag Kommission*).

1) Nous savons que la question de savoir si la justice privée constituait *comme telle* un délit pénal, avait été définitivement tranchée par le Code pénal de 1870, dans le sens de la négative. Mais il restait à se demander si on devait en faire un *délit civil* spécial, comme le faisaient les Codes prussien, saxon, autrichien. Dans les Motifs, nous trouvons un exposé des arguments donnés dans un sens et dans l'autre. « La discussion doctrinale sur la question de savoir si la justice privée (stricto sensu) comme telle est permise ou non, n'est pas encore aplanie, y est-il dit à la page 352. Les dispositions du droit romain dirigées contre la justice privée trouvent des interprétations différentes. Certains y voient des applications particulières du principe fondamental de l'interdiction de la justice privée, d'autres trouvent là seulement la lutte *devenue nécessaire à l'époque impériale avancée* contre des formes de manifestation dangereuses de la justice privée, combat nécessaire en partie à cause des lacunes du système juridique, partie à cause de l'affaiblissement de l'esprit juridique ». Et plus loin : « On voyait (10) dans la poursuite du droit par autorité propre, un agissement contre la souveraineté, un trouble de la paix publique, une incursion punissable dans le droit de l'adversaire au jugement étatique. Le Code pénal prussien de 1851 rompit le premier avec cette

(10) Dans les Codes civils ou pénaux prononçant la prohibition de la justice privée ou la frappant de peines publiques.

conception et le Code pénal du Reich l'a suivi dans cette voie. La justice privée ne tombe plus sous le coup d'une peine publique, *que dans la mesure où elle se sert de moyens punissables; elle n'est plus punissable en elle-même*. Cette idée du droit pénal n'est pas restée sans contre-coup dans le droit privé. L'effort actuel tend de plus en plus à transposer le point de vue pénal dans le droit civil (11). *On traite le but de justice privée comme sans signification juridique et on considère qu'un acte permis ou non en lui-même ne devient pas illicite ou licite parce qu'il sert à la justice privée.* » Et les Motifs reprennent les raisons qu'on donne pour la prohibition de la justice privée. « Les raisons qu'on fait valoir aujourd'hui pour interdire la justice privée, disent-ils, peuvent être comprises en substance dans l'idée que l'interdiction serait de grande importance pour l'ordre juridique, et spécialement pour la sauvegarde de la paix sociale; que cette défense correspondrait à l'évolution historique et à celle du droit existant dans la plus grande partie de l'Allemagne; que la théorie inclinant vers l'interdiction était relativement récente et n'avait pas encore pu faire ses preuves; que même si le danger de la réalisation violente du droit n'était pas si grand, on ne pouvait pourtant pas permettre à l'individu de résoudre d'après son jugement peu propre à cela, peut-être, la question

(11) Voir les auteurs cités plus haut.

difficile selon les circonstances, de savoir si l'acte servant à la réalisation du droit est permis ou non. »
Et les Motifs de répondre à cette argumentation (12): « On ne peut pas attribuer un poids décisif à ces considérations. La différence entre la prohibition de la justice privée et la reconnaissance du principe que le but de justice privée est indifférent juridiquement pour l'appréciation d'un acte, n'a en soi qu'une importance pratique insignifiante. En règle, l'acte de justice privée est en lui-même, déjà illicite, et ceci d'autant plus que d'après l'art. 814 (13) toute atteinte à ce que détient autrui est illicite. Les moyens juridiques que la loi met à la disposition des particuliers pour la réparation du dommage, produisent le même résultat que celui que pourrait avoir l'interdiction de la justice privée; car les peines privées du droit romain ne peuvent plus être acceptées dans l'état du droit actuel. Si un acte se montre *en soi* comme permis ou non permis, alors nous ne voyons pas les raisons d'interdire cet acte par le cas où il servirait à la justice privée. *L'intention de réaliser la situation qui correspond au droit, n'est pas illicite.* Tout aussi peu est troublée la paix sociale par un acte se mouvant sur le terrain du droit. *Si l'interdiction se trouve dans la plupart des législations antérieures, ceci est un vestige des temps plus anciens où il était nécessaire de combattre particulièrement la justice privée.* Quant aux difficultés

(12) Page 353.

(13) 823 B.G.B. correspondant à 1382 français.

auxquelles peut donner lieu la solution de la question de savoir si un acte est permis ou non, elles n'existent pas seulement lorsqu'il s'agit de justice privée, mais dans tous les cas. »

Nous avons cité ce long passage, parce qu'il nous montre combien les auteurs du projet ont pesé tous les arguments pour ou contre la justice privée. Ils sont finalement arrivés à la conclusion que la prohibition de la justice privée *comme telle* n'avait plus de raison d'être dans l'état actuel des choses où les pouvoirs publics sont forts et qu'en outre, une telle prohibition était superfétatoire, tous les actes graves par lesquels pourrait s'exercer la justice privée étant déjà illicites en vertu des autres dispositions du Code civil, spécialement de celles relatives au délit civil (814 1er Projet, 823 B.G.B.).

Que décide donc le premier projet ? *Il déclare le but de justice privée juridiquement indifférent, c'est-à-dire qu'il ne rendait ni licite un acte illicite, ni illicite un acte licite.* Il trouve même bon d'insérer cette idée dans un article (188) ainsi conçu : « Il est défendu de se faire justice à soi-même, *au moyen d'actes qui sont défendus en soi,* à moins de dispositions contraires. » Mais la seconde commission supprima cet article. « On fut d'avis, lisons-nous dans le Protocole (14) que la disposition *était de nature doctrinale* et d'autant plus inutile que l'art. 189 spécifiait individuellement les cas de

(14) Protokolle... p. 240, t. I.

justice privée permise ». Par conséquent, on considéra qu'il n'était pas nécessaire d'affirmer que le but de justice privée était sans influence sur la nature d'un acte, l'article suivant (189) déclarant les cas où exceptionnellement on pouvait user de moyens illicites pour se faire justice, ce qui constituait une exclusion tacite de tous autres cas. Et la Denkschrift (Mémoire du gouvernement) (15), donne la formule définitive : « En ce qui concerne la justice privée, le projet part de la conception, dit-il, que le but de justice privée poursuivi dans un acte est sans signification juridique. *Un acte illicite en lui-même ne devient pas licite, un acte licite en lui-même, ne devient pas illicite par le fait qu'il est accompli dans un but de justice privée. Le projet a donc renoncé à régler la justice privée comme telle. Une interdiction de la justice privée est sans signification pour le cas où l'acte de justice privée est déjà illicite en lui-même, et n'est pas plus fondée pour le cas où l'acte servant à la justice privée est permis en lui-même. La proposition que le but de justice privée ne rend pas licites des actes illicites n'a donc pas besoin d'être exprimée. La loi ne doit régler que les exceptions.* »

Donc, après le droit pénal, le droit civil est arrivé à la même conclusion : *la justice privée comme telle est indifférente juridiquement* et ne sera plus prise en considération que selon les principes du

(15) Page 36.

droit commun, c'est-à-dire *indirectement*, par ses moyens. Et Heyer (16) exprime ainsi ce résultat : « Par cela, l'évolution de la justice privée est arrivée à un résultat *par le côté négatif*. Ce résultat consiste en ce que la justice privée illicite n'attire plus après elle des inconvénients juridiques particuliers, *mais doit être traitée uniquement d'après les principes juridiques généraux.* »

Tous les commentateurs du B. G. B. expriment cette idée (17). Pourtant, le B. G. B. a pris exceptionnellement en considération le but de justice privée, *mais alors pour déclarer licites des actes illicites*, lorsqu'ils sont accomplis dans ce but. Et nous arrivons ainsi à la deuxième question que nous nous étions posés (18) : Quels sont les cas de justice privée licite ? Dans sa partie générale, le B. G. B. (art. 189, 1[er] projet, 229 G. B. G.), ne formule que le principe de *la justice privée nécessité*, c'est-à-dire le cas

(16) Page 54.

(17) Plank (qui prit une part active dans la confection du B.G.B.), p. 382 ; Leonhard, p. 207 ; Gierke, p. 336. note 6 ; Enneccerus, p. 602 ; Crome, p. 533 ; Œrtmann, p. 670 ; Titze p. 120, note 2 ; Schocke, p .49 ; Wifferodt, p. 9. etc. .. Cependant on a soutenu que la justice privée était illicite *comme telle*, qu'elle constituait *une injustice formelle* (v. Œrtmann, p. 670 qui s'élève contre cette conception) en tirant un argument à contrario de l'art. 229 B.G.B. qui serait une exception à la prohibition générale. Or, cet art., comme il résulte de ses dispositions et des travaux préparatoires, n'est pas une exception à la prohibition de la justice privée comme telle, mais admet exceptionnellement qu'on puisse se servir d'actes *illicites*, dans un but de justice privée. V. Denkschrift, p. 36 ; Plank, p. 946 ; Endemann, p. 382.

(18) Page 187.

de carence de l'autorité. Pourtant, il y a bien d'autres cas de justice privée licite dans le Code civil, mais qui ne consistent pas dans la commission d'actes autrement illicites. C'est la seconde catégorie dont nous avons parlé et à laquelle nous consacrerons la section III de ce chapitre. Dans cette section nous ne parlerons que de la *justice privée nécessité*, la seule dont s'occupent les travaux préparatoires relatifs à la justice privée se trouvant dans la partie générale du B. G. B. (19), et comme il est entendu, rien que de la justice privée agressive.

2) Les auteurs du Projet se trouvaient maintenant devant un autre problème : fallait-il admettre exceptionnellement le caractère licite de certains actes, civilement ou pénalement illicites, lorsqu'ils étaient commis dans un but de justice privée ? Nous avons vu dans nos développements précédents que les droits particuliers comme le droit commun antérieurs au Code répondaient positivement à cette question. Ils déclaraient licites des actes illicites en eux-mêmes accomplis dans un but de justice privée, lorsque l'aide de l'autorité viendrait trop tard et pour éviter un dommage irréparable. Et ils considéraient cette exception comme un cas de nécessité.

(19) Les auteurs distinguent aussi ces deux catégories. Ainsi Titze, op. cit. p. 120, dit : « Nous n'avons à traiter ici que de ces exceptions qui sont fondées sur l'état de nécessité. D'autres cas de justice privée se trouvent dans le B. G. B.,art. 561, 859, 910, etc. »

« Il n'y a rien qui s'oppose, disait Binding (20), de considérer cette collision entre un dommage et la prohibition de la justice privée, *comme un état de nécessité* et le droit de justice privée comme un véritable *droit de nécessité* » (21). En effet, ce cas de justice privée n'est qu'un *cas de nécessité lato sensu*, car il est caractérisé par l'alternative entre un danger à subir et un acte illicite à commettre. Et les auteurs commentateurs des dispositions du Code, considèrent l'art. 229 comme consacrant un cas de nécessité. Ainsi Cosack (22) qui appelle la justice privée Notangriff (attaque nécessaire); Titze, dans sa thèse sur l'état de nécessité *lato sensu*, consacre un chapitre spécial à la *justice privée agressive* qui pour lui est *un droit de nécessité* (Notrecht) à côté de la *légitime défense* et *l'état de nécessité proprement dit* (23). Et Heyer, dans son intéressante monographie sur la justice privée, fonde les art. 229 s. sur l'état de nécessité (24).

Le B. G. B. donc, qui ne faisait que consacrer un principe adopté par le droit antérieur, admit que la justice privée pouvait justifier *la commission d'actes illicites civilement ou pénalement*, lorsque l'aide de l'autorité viendrait trop tard pour éviter un

(20) Op. cit., p. 790, note 2, t. I.

(21) Idem *Dernburg*, op. cit., p. 296 ; *Merkel*, Kollision rechtmässiger Interesse, p. 15, etc.

(22) Page 345.

(23) Page 20, p. 120 s.

(24) Op. cit., p. 55 s. De même Schocke, p. 46.

dommage considérable au titulaire d'un droit (art. 229). Nous avons dit *pénalement*, car le droit civil droit déterminateur, en déclarant un acte licite, le rend aussi pénalement non punissable (25). Nous reviendrons sur cette question en parlant des effets pénaux de l'art. 229. Nous ne saurions trop insister sur le fait que la caractéristique de la *justice privée nécessité* consiste dans le caractère exceptionnellement licite, d'actes ordinairement illicites (26); mais illicites en vertu du droit commun, et non de par une prohibition de la justice privée *comme telle*.

Revenons aux travaux préparatoires. Toutes les commissions furent d'accord pour admettre cette exception. Mais il y eut des divergences d'opinion sur les modalités d'application du principe, divergences qui se reflètent dans les rédactions successives des art. 229 et suivants. Et d'abord, il y eut unanimité sur les fondements de l'exception, que les

(25) V. Cosack, p. 350 ; Plank, p. 384 ; Œrtmann, p. 671 ; Endemann, p. 363, 365 ; Titze, p. 32 ; Merkel, p. 39 (Kollision).

(26) « L'art. 229 détermine les cas dans lesquels exceptionnellement *un acte illicite en lui-même devient licite parce qu'il est accompli dans un but de justice privée* », dit Plank (p. 382). « La justice privée juridiquement intéressante », dit Leonhard, (p. 206) est toute aide par un acte interdit... »

« Ce qui doit être mis en évidence, ce n'est pas l'interdiction de la justice privée, mais l'admission d'actes illicites dans un but de justice privée », dit Endemann (p. 381, note 1).

« On peut définir la justice privée, dit Wilfferodt, p. 9, comme un acte qui consiste dans l'emploi de moyens illicites, dans le but de réalisation du droit.

Motifs résument ainsi : « La limite tirée à la justice privée, lisons-nous, à la page 354, qu'on ne peut accomplir en l'exerçant, des actes illicites, ne doit être maintenue *qu'à la condition que l'aide étatique est prête et attentive à la protection du droit*. Si cette condition n'est pas remplie, et l'ayant-droit est menacé, s'il n'agit pas immédiatement, du danger de ne pas pouvoir réaliser sa prétention, *alors la faculté de se faire justice soi-même devient de droit*, l'ayant-droit peut s'assurer la satisfaction de sa prétention par son propre fait, dans la mesure où cela est nécessaire, par l'emploi de la violence ou de menaces. Ceci est un principe qui est reconnu même par les législations qui en principe, sont hostiles à la justice privée. » Le Protocole (27) ainsi que le Mémoire du gouvernement (28) disent la même chose. Et toutes les rédactions du Code, *art.* 189 1^er^ *Projet*, *art.* 193 du second, *art.* 223 dans le Projet du Bundesrath, admettent le principe. La seule note discordante est donnée par une proposition présentée devant la commission du Reichstag, qui tendait à supprimer complètement du Code la justice privée agressive. « Cette proposition, nous dit le Bericht (29) fut repoussée à une grosse majorité. « Le projet limite déjà, lisons-nous dans le Bericht, comme cela a été décidé par les gouvernements fédéraux et la majorité de la com-

(27) Page 242.
(28) Page 36.
(29) Bericht der Reichstag Kommission, sous art. 223.

mission, la justice privée dans une grande mesure, en concordance avec la plupart des droits en vigueur et ne l'admet que sous des conditions tout à fait particulières, notemment lorsque sans la main-mise immédiate, il y a danger à ce que la réalisation du droit soit rendue impossible ou très difficile. *Mais dans ces limites, il fallait l'admettre.* On ne peut pas empêcher le propriétaire dont on a volé la chose, de la reprendre violemment au voleur, ou de l'arrêter, car autrement, il la perdrait pour toujours. On ne pouvait pas interdire au créancier qui atteindrait au dernier moment avant la fuite, le débiteur, de l'arrêter pour le cas où l'aide de l'autorité ne pouvait être obtenue. Les garanties nécessaires contre les excès sont données par l'art. 224, notamment dans l'alinéa 3 et dans l'art. 225 qui oblige à réparer le dommage celui qui procède à la justice privée illicite, même lorsque son erreur est excusable ».

Donc, toutes les commissions furent d'accord sur le principe de la justice privée nécessité. C'était une conséquence logique de l'idée que l'Etat ne pouvait imposer son monopole aux particuliers, lorsqu'il n'était pas en mesure de remplir son rôle protecteur. Et c'était faire preuve d'esprit pratique, en ne s'embarrassant pas de principes devant les nécessités imposées par la vie (3o).

(3o) Quoiqu'inspirées de considérations foncièrement pratiques, les dispositions de l'art. 229 sont attribuées par Léon-

Mais le désaccord se manifesta dans l'organisation technique de l'institution et l'art. relatif à la justice privée fut modifié plusieurs fois par les différentes commissions qui eurent à se prononcer à son sujet. Comme nous dit le Protocole (31), « l'idée qui est à la base de l'art. 189 (32) d'étendre les conditions sous lesquelles la justice privée serait licite, au-delà du droit en vigueur, fut approuvée généralement ». Et, en effet, le B. G. B. va, à certains points de vue, plus loin que les droits antérieurs. « On peut se faire justice à soi-même, dit l'art. 189 P. 1, en emportant, en détruisant ou en endommageant les choses, *ou en forçant l'obligé à remplir ses obligations*, lorsqu'on ne pourrait obtenir à temps l'assistance de l'autorité ou lorsque l'ayant-droit, faute d'une mainmise immédiate court le danger que l'exécution du droit devienne impossible, *ou tout à fait difficile*. » Le premier projet se montrait donc très large. Il admettait qu'on puisse faire violence à l'obligé, en le forçant à exécuter ses obligations, et même qu'on puisse l'arrêter; en quoi il allait bien au-delà du droit prussien, dont la jurisprudence déniait ce moyen de justice privée et punissait pour privation de liberté, celui qui arrêtait le débiteur en fuite (33). Et il allait

hard à un principe supérieur de morale : « La justice privée est un principe qui dépasse le droit privé, dit-il (p. 206), et est reconnu expressément par la morale (Aide-toi et Dieu t'aidera).

(31) Page 242.
(32) Du premier Projet.
(33) Voir Motifs, p. 355.

aussi plus loin que le B. G. B. saxon, dont l'art. 180 n'admettait que l'arrestation du débiteur *en fuite*, condition que ne posait pas le P 1. Aux objections de principe qu'on faisait à l'admission de ce moyen attentatoire à la liberté, les Motifs répondent par des arguments d'ordre éminemment pratique. « Avec les moyens actuels de circulation et la facilité de se soustraire aux obligations à l'aide de ceux-ci, l'arrestation est dans beaucoup de cas, le seul moyen par lequel le créancier peut s'assurer son droit », lit-on, à la page 356.

A un autre point de vue, le P. 1 se montrait plus large que le droit antérieur. Tandis que l'A. L. R. et le droit commun exigeaient que le dommage menaçant fût *irréparable* (34), le P. 1 après l'art. 180 du B. G. B. saxon se contentait du danger que la réalisation du droit devînt plus difficile. Par conséquent, même si le titulaire du droit avait la possibilité d'obtenir la réparation du dommage subi, il pouvait agir par justice privée. Et les Motifs (35) nous donnent les raisons de cette solution. « En rapport avec ceci, disent-ils, se pose la question de savoir si, la justice privée doit être permise, même lorsque l'ayant-droit sait, d'après les circonstances connues par lui, qu'il pourra obtenir réparation du dommage. *Ce que l'on doit décider dans cette direction est en fonction du but*

(34) Voir p. 178 et Motifs p. 355 sur la jurisprudence de droit commun.

(35) Page 355.

poursuivi par l'ayant-droit. Etablir si un dommage menaçant est réparable ou non, est une chose très difficile, et peut facilement donner lieu à des réponses différentes. *Le dommage sera toujours irréparable si la réalisation de la prétention est d'une importance particulière pour l'ayant-droit*. Si la réalisation a cette importance, cela dépend évidemment de l'idée que s'en fait l'ayant-droit. Et en admettant un examen ultérieur par le tribunal et que la décision constate que le dommage n'était pas irréparable, l'ayant-droit se trouve dans une mauvaise situation, quoiqu'il ait agi en science et conscience. D'ailleurs *réparation du dommage et exécution en nature ne sont pas semblables*. On ne peut pas demander à l'ayant-droit, au cas où il doit agir immédiatement, qu'il examine d'abord si les circonstances lui permettraient éventuellement d'obtenir réparation » (36). Ici encore, on peut se rendre compte de l'esprit pratique qui animait les auteurs du Projet et ce qui est surtout intéressant, c'est la parfaite intelligence de la différence qu'il y a entre la réparation du dommage et l'exécution en nature. En outre, c'était une conception très élargie de l'état de nécessité, le danger menaçant n'étant pas d'une gravité extraordinaire, vu que le dommage ne devait pas être irréparable.

Si on ne revint plus dans les discussions ultérieures sur ce dernier point, il en fut autrement

(36) Idem Denkschrift, p. 36.

quant aux moyens que l'ayant-droit pourrait employer. Nous avons vu que ce dernier avait à sa dispositions deux sortes de moyens, les uns consistant dans des actes de violence contre les choses (endommagement, destruction ou mainmise), les autres contre les personnes (obtenir de force l'exécution ou arrêter l'obligé). Pour les premières il n'y eut plus de discussion et on s'en tînt aux dispositions du P. 1. Mais pour les secondes, il y eut des résistances au sein des différentes commisions. On demanda d'abord la suppression du droit de forcer l'obligé à remplir ses obligations; plusieurs propositions dans ce sens furent déposées devant la seconde commission (37). « On fit valoir, nous dit le Protocole, l'argument que la personne comme telle méritait plus de protection que les choses. De même ou invoqua le danger des excès, dont la possibilité était d'autant plus à craindre que la justice privée avait lieu en général dans des circonstances où les passions des parties étaient déjà assez agitées. » La seconde commission se rendit devant le bien fondé de ces objections et elle décida qu'il ne serait plus permis à l'ayant-droit que de briser la résistance de l'obligé à un acte qu'il était obligé de supporter. Cela revint à dire qu'on ne pouvait plus forcer ce dernier à exécuter les obligations de faire, mais uniquement celles de ne pas faire. Et cette solution s'imposait d'autant plus que les auteurs du Projet étaient partis de

(37) Voir Protocole, p. 242.

l'idée que la justice privée étant *un simple succédané de la justice étatique*, le particulier ne pouvait pas user de moyens autres que ceux appartenant aux organes étatiques d'exécution (38). Or, si ceux-ci peuvent briser la résistance d'une personne obligée à supporter un acte, ils ne peuvent pas la forcer à s'exécuter d'une obligation de faire. L'art. 193 du P. 2 ne contient donc plus cette disposition. Le bailleur pourra par exemple briser la résistance du locataire s'opposant à sa rentrée dans la maison louée à l'expiration du bail (dans les conditions de l'état de nécessité, bien entendu). Mais le maître ne pourra pas forcer le serviteur à continuer ses services (39).

Le droit d'arrestation de l'obligé rencontra encore plus d'opposition et la disposition y consacrée fut l'objet de plusieurs modifications. On proposa de supprimer ce droit ou bien de ne l'admettre que lorsque l'obligé voulait se soustraire par la fuite à l'exécution de son obligation (40). La deuxième commission n'admit pas ces propositions et l'art. 193 (P. 2) maintenait intact le droit d'arrestation. Aux objections qu'on faisait à cette disposition, et qui consistaient dans la crainte des excès auxquels pourrait donner lieu cet acte attentatoire à la liberté, le Protocole répond que l'expérience faite par le droit saxon ne confirmait pas ces craintes. Quant à la pro-

(38) Nous développerons plus loin cette idée.
(39) Voir Œrtmann, op. cit., p. 671.
(40) Protocole, p. 242.

position selon laquelle on devrait exiger que le débiteur fût en fuite, le Protocole (41) réplique qu'il y a danger même si l'obligé ne fuit pas, car il pourrait très bien abuser de sa liberté pour rendre impossible ou très difficile la satisfaction du créancier, en mettant de côté, par exemple, des objets susceptibles d'exécution forcée. Le projet du Bundesrath ainsi que le mémoire du gouvernement ne changèrent rien au texte et reprirent les arguments de la seconde commission. Mais devant la commission du Reichstag, les adversaires de la disposition reprirent l'offensive et eurent cette fois-ci le dessus. Il est vrai qu'une proposition tendant à supprimer complètement le droit d'arrestation, fut repoussée (2). Il en fut de même d'une proposition subordonnant ce droit à la condition qu'il s'agît d'un débiteur en fuite *portant sur lui les moyens de payer*. En effet, comme le remarque le Bericht, cela rendrait la disposition inapplicable, car il serait impossible de présumer chez le créancier la connaissance du fait que le débiteur porterait sur lui les moyens de payer.

Par contre, on adopta en seconde lecture une proposition portant que l'arrestation ne serait permise qu'au cas où le débiteur serait suspect de vouloir fuir (fluchtverdächtig), mais sans exiger qu'il portât sur lui les moyens de payer. Et ce fut l'art. 229 du B.G.B.

(41) Page 242.
(42) Bericht, sous art. 223.

Après avoir montré les avatars de l'art. 229 à travers les discussions et les controverses au cours des travaux préparatoires, nous devons insister encore sur certaines idées qui dominent l'institution pour achever d'en présenter la physionomie générale, avant d'entrer dans les détails. *En premier lieu, les auteurs du Code partirent de l'idée que la justice privée n'était qu'un succédanné de la justice publique* (43) Que signifie cette formule ? Elle signifie que la justice privée n'est admissible que pour remédier aux insuffisances de la justice étatique. Elle ne fait qu'accomplir exceptionnellement ce qui incombe normalement à la justice publique. Par conséquent, le titulaire du droit ne peut avoir à sa disposition d'autres moyens que ceux appartenant aux organes étatiques d'exécution, particulièrement à l'huissier. Cette idée est plusieurs fois exprimée dans les travaux préparatoires. « Les conditions de l'art. 189 (P1) étant données, dit le Protocole (44) on doit concéder à l'ayant-droit pour l'exercice de la justice privée, *les mêmes moyens que ceux qui seraient à la disposition de l'autorité au cas où on y ferait appel.* Mais ce principe, *qui donnerait le critérium* pour la réglementation de la justice privée, ne doit pas être exprimé ainsi dansla loi. Il serait bien plus à recommander dans l'intérêt de la précision, de met-

(43) Voir page 202 ; Crome, p. 540 ; Enneccerus, p. 603, note 5 ; Plank, p. 383 ; Leonhard, p. 215 ; Heyer, pages 59, 63, 66 ; Titze, page 122.

(44) Page 242.

tre spécialement en évidence les actes d'exécution les plus importants auxquels serait autorisé l'huissier ou le tribunal lui-même, et d'autoriser aussi l'ayant-droit lui-même à entreprendre ces mesures pour le cas où les conditions de la justice privée seraient remplies. Sous ce rapport, abstraction faite de la nécessité immédiate d'enlever, détruire ou endommager des choses, viendrait en considération l'arrestation du débiteur ». Et plus loin (45) « Il faut d'autre part s'attacher au principe qu'on ne doit concéder à l'ayant-droit, aucun moyen pour l'exercice de la justice privée, qui irait au delà des mesures se trouvant à la disposition de l'autorité publique. » Et, comme on l'a déjà vu, en conséquence de ce principe, la seconde commission supprima le droit pour le titulaire du droit de forcer l'obligé à exécuter une obligation de faire, chose que l'huissier lui-même ne peut pas faire. « Car d'après cette disposition, dit le Protocole (46) l'obtention d'une prestation due par l'emploi de la torture, serait aussi un acte permis de justice privée, quoiqu'un pareil moyen de contrainte ne fût permis ni à l'huissier, ni au tribunal d'exécution ». La même idée est exprimée dans la Denkschrift, p. 36. — L'auteur de l'acte de justice privée pourra donc détruire, endommager, enlever des choses de l'obligé, arrêter celui-ci, et briser sa résistance à un acte qu'il doit supporter, tous actes qu'il appartient aux organes éta-

(45) Page 243.

(46) Page 243.

tiques d'exécution de faire. Mais il ne pourra pas procéder à l'exécution forcée dans les cas où l'Etat lui-même ne pourrait pas le faire : ainsi dans les cas de l'art. 888 Code de procédure civile (rétablissement de la vie conjugale, prestation de services). De même, en cas de mainmise sur des choses, la saisie ne pourra pas porter sur les choses soustraites à l'exécution forcée étatique par l'art. 811 C. proc. civ. (47).

Ce caractère de succédanné de la justice privée apparaît encore plus dans le cas où l'acte de justice privée n'est que provisoire et exige des mesures complémentaires. Ainsi en cas de mainmise sur une chose à titre de sûreté, l'art. 230 (al. 2) exige du saisissant qu'il s'adresse au tribunal pour demander la *saisie réelle* (48), mesure provisoire qui prépare l'exécution forcée. Et en cas d'arrestation du débiteur, le créancier devra requérir du tribunal *la saisie personnelle à titre de sûreté* (49). Ces mesures sont destinées à éviter les lenteurs de l'exécution forcée (50). Elles peuvent être demandées, dit l'art. 916 C. proc. civ., « lorsqu'il est à craindre que sans cette mesure, l'exécution du jugement ne soit éludée ou rendue sensiblement plus difficile ». On peut se rendre compte que la formule est presque la même que celle de l'art. 229 ; ce sont des dispositions *judiciaires* ayant le même but que la justice privée, mesure

(47) V. Plank, p. 383 ; Enneccerus, p. 603 ; Wilfferodt, p. 13.
(48) Dingliches Arrest (916-917 C. procéd. civile all.).
(49) Persönliches Sicherheitsarrest (918 C. p. c.).

extra-judiciaire, mais qui est encore plus rapide. Mais comme elles doivent être prises tout de suite après l'acte de justice privée, il résulte que celui-ci ne peut intervenir que dans les cas où les mesures provisoires elles-mêmes pourraient l'être (51).

Ceci fait ressortir encore plus le caractère de succédané de la justice publique que présente la justice privée (52). Il faut cependant se garder de tirer les conséquences extrêmes de l'idée de succédané et affirmer que les actes de justice privée sont soumis aux mêmes formes que les actes d'exécution forcée étatique. Une pareille exigence enlèverait à la justice privée tous les avantages qu'elle présente et la rendrait inutile. Les mesures provisoires elles-mêmes sont exposées à des lenteurs inhérentes à toute procédure judiciaire. Comme le dit Plank (53) « D'après la nature de la procédure processive, cela dure toujours assez longtemps jusqu'à ce que la satisfaction d'une prétention soit obtenue par l'exécution forcée judiciaire. Contre le danger qui provient de

(50) Plank, p. 32. Nous en parlerons en détail à propos de l'art. 230.

(51) L'expression « dingliches Arrest » est traduite par *saisie réelle*. Quant à « *persönlicher Sicherarrest* », Gruber le traduit par *contrainte personnelle à titre de sûreté*, et Saleilles par *saisie de sûreté personnelle* (sous art. 230, trad. off.). Les deux sont des mesures provisoires de sûreté qui exigent une instance ultérieure sur leur bien fondé.

(52) Dans les développements consacrés aux art 229 s., nous exposerons les conditions exigées par les art 916-918, C. pr. civ. pour l'application de ces mesures. V. Plank p. 383 ; Enneccerus, p. 603.

(53) Page 382.

cela, le Code de procédure civile fournit le moyen *de la contrainte* (saisie) *réelle ou personnelle*, art. 916 et de *la disposition provisoire* (art. 935) (54). Mais même l'application de ces moyens dure souvent si longtemps, que par eux la réalisation d'une prétention n'est pas toujours assurée suffisamment. Pour de pareils cas, l'art. 229 permet la justice privée de la part du titulaire du droit. »

Le B.G.B. n'a donc pas voulu soumettre l'ayant droit à des conditions qui rendraient son droit illusoire. Et les Motifs le disent clairement en même temps qu'ils relèvent les inconvénients d'une pareille réglementation : « Il saute aux yeux, disent-ils (55), combien peu, par une pareille réglementation, on pourvoierait aux nécessités de la vie, *qui si elle exige quelque part une disposition non douteuse et à la portée de tous alors c'est ici...* On ne peut pas admettre que les limites qui sont posées aux tribunaux dans l'institution en question (l'Arrest), soient propres à être transposées à la justice privée, *dont l'importance principale se trouve précisément dans les cas où on doit agir immédiatement*, de façon à ce qu'une attaque soit nécessaire pour atteindre le but, et qui par la nature des choses se soustrait à l'ordre judiciaire ». La justice privée ne sera donc liée à aucune forme ; elle ne sera pas soumise à des conditions de délai ; elle pourra être

(54) Einstweilige Verfügung.
(55) Page 354.

accomplie les jours de fête et la nuit ; pas de présence nécessaire de témoins en cas d'absence du débiteur ou de procès-verbal (56). Donc, la justice privée étant un succédané de la justice publique, sera soumise aux mêmes conditions de fond et disposera des mêmes moyens d'exécution que celle-ci. Mais, comme la raison d'être de la justice privée est la nécessité d'agir rapidement dans certaines circonstances où les lenteurs inhérentes à la justice étatique seraient de nature à occasionner de grands dommages aux particuliers, elle ne sera pas soumise aux conditions de forme de cette dernière.

Mais la justice privée laissée à l'arbitraire de l'ayant-droit présentait des dangers d'abus ou d'erreurs. Les auteurs du Code ajoutèrent donc trois correctifs à l'admission de la justice privée. correctif qui atténuent heureusement ce qu'elle a d'excessif et qui en servant en même temps de frein et de sanction contre les actes téméraires d'autorité privée, réduisent au minimum les dangers qu'elle pourrait présenter.

Le premier correctif est la disposition qui existait déjà dans l'art. 189 P1 et qui a passé intacte dans l'art. 230, al. 1 du B.G.B. ainsi conçu : « La justice privée ne doit pas excéder ce qui est indispensable pour écarter le danger ». Cette disposition donne un large pouvoir d'appréciation au juge. Nous y reviendrons.

(56) Heyer, p. 67. V. aussi Endemann, op. cit p. 383.

Le second correctif est l'exigence de mesures complémentaires que doit prendre l'auteur de l'acte pour le légaliser (57) en quelque sorte et qui existant déjà dans le premier projet et maintenue dans toutes les rédactions, se trouve dans l'article 230, al. 2, 3, 4. — Ces mesures, dont nous avons déjà parlé, feront l'objet de développements plus détaillés dans la suite. Il nous suffit de constater que cette possibilité de contrôle judiciaire, qui se trouve dans l'art. 230, 1, et la nécessité de requérir des mesures judiciaires ultérieures, qui se trouvent dans l'art. 230, al. 2, 3, 4, sont de nature à éviter bien des abus ou des erreurs et de donner la sécurité nécessaire au sujet passif de l'acte de justice privée.

Enfin, le troisième correctif et le plus original est constitué par la disposition se trouvant dans l'article 231 B. G. B. et qui décide que l'auteur agira à ses risques et périls, c'est-à-dire sera responsable d'un acte illicite de justice privée, même en cas d'erreur excusable, c'est-à-dire même sans faute de sa part. Cette disposition qui consacre un cas de responsabilité pour faits de risques, contrairement aux principes généraux du Code civil allemand, dont l'art. 823 fonde la responsabilité sur la faute, n'existait pas dans le projet 1. Dans ce projet, les effets de la justice privée illicite étaient régis par le droit commun. Dans la seconde commission, on proposa d'ajouter l'alinéa suivant

(57) Crome, p. 541.

à l'art. 189 : « Si l'un des actes mentionnés plus haut a été commis dans l'opinion erronée que les conditions exigées sont remplies, l'auteur sera obligé de réparer le dommage, même en cas d'erreur excusable (58) ». La commission adopta cette proposition qui devint l'art. 195 du 2e projet (seconde lecture). Le Protocole donne les raisons suivantes pour la justification de cette addition : « C'est conforme au sentiment juridique, dit-il, que celui qui fait usage de la justice privée exceptionnelle, le fasse à ses propres risques et périls et par suite si on établit que l'exercice de la justice privée est objectivement illicite, qu'il ne puisse pas se libérer de l'obligation de rendre indemne l'autre partie, en invoquant une erreur excusable. Par l'adoption de l'une de ces idées à la base de la disposition indiquée, on ne préjudicie en rien au principe de l'art. 707, selon lequel un acte tenu pour licite, par une erreur excusable, n'obligeait pas son auteur à la réparation du dommage, *mais on créa plutôt une disposition spéciale* qui à défaut d'une autre disposition, ne permettrait pas une application à des cas similaires (59)» Par conséquent, le législateur a considéré que le droit exorbitant accordé au titulaire du droit, devait être limité par une responsabilité illimitée en cas d'illicéité objective (60). Du moment que le condi-

(58) Protocole, p. 244.
(59) Dans le même sens Denkschrift, p. 37.
(60) Endemann, p. 384 ; Heyer, p. 100.

tions exigées par l'art. 229 ne sont pas objectivement remplies, l'acte obligera à réparation, sans tenir compte de l'élément subjectif de la faute, indispensable dans les termes du droit commun (823 B. G.B.). Ce correctif, comme les précédents sera un moyen de prévenir en même temps que de réprimer les actes inconsidérés de justice privée.

Cependant,au cours des discussions,des voix discordantes s'élevèrent,en considérant la disposition comme trop dure pour le créancier en même temps que contraire aux principes généraux du droit allemand (spécialement à l'art. 823). On proposa, devant la commission du Reichstag, d'ajouter un alinéa qui atténuerait la lourde responsabilité de l'auteur, en le dispensant de réparer au cas où le dommage causé était en dehors de toute vraisemblance et imprévisible par lui (61). On proposa même de biffer simplement l'article. Mais la commission repoussa ces propositions vu le caractère exceptionnel de l'acte qui exposait l'adversaire à un grand danger. Quant à l'objection selon laquelle la disposition était contraire aux principes, on répliqua que le B.G.B. consacrait plusieurs exceptions au principe de la responsabilité fondée sur la faute, notamment l'art. 122 (Negatif Vertrag Interesse) (62) ; de même l'art. 829 B.G.B. (813 Bericht), sur l'obligation de l'incapable à réparer le dommage causé l'art.904 (888 Bericht)

(61) Bericht sous art. 225.
(62) V. Saleilles, p. 165. Obligations.

qui oblige à réparation du dommage celui qui l'a causé en état de nécessité même sans faute.

En finissant ce chapitre, résumons brièvement les conclusions principales qui s'en dégagent :

1° Le législateur allemand, considérant la prohibition de la justice privée *comme telle*, comme n'ayant pas une valeur absolue qui l'imposerait, mais une valeur contingente, variant avec les circonstances politiques et la situation sociale, a renoncé à lui attacher des effets juridiques spéciaux, soit pénalement, soit civilement, n'en tenant compte que pour les moyens par lesquels elle s'exerçait.

2° Mais, tout en admettant la supériorité de la justice étatique, les auteurs du B.G.B. ont considéré que l'Etat *ne pouvait imposer* son monopole dans les cas où son intervention ne pourrait éviter aux particuliers des dommages, graves, d'où l'admission de la *justice privée nécessité* sous ses trois formes (63) ; en outre ils ont pensé que l'Etat *n'avait pas intérêt* à obliger les particuliers de s'adresser à lui, lorsque ces derniers obtiendraient beaucoup plus facilement la réalisation de leurs prétentions, en usant de leurs propres forces, et ceci sans mettre en danger l'ordre public ; d'où la seconde catégorie d'actes de justice privée, se fondant sur la rapidité et l'économie de frais.

(63) Nous voulons parler de la légitime défense, l'état de nécessité proprement dit, et la justice privée agressive.

3° Mais comme les cas de *justice privée nécessité* présentent certains dangers autant pour l'ordre public que pour les intérêts particuliers, car ils consistent dans la commission d'actes illicites en eux-mêmes, constituant même des délits pénaux, dans la plupart des cas, le législateur a trouvé bon de réglementer strictement cette forme de justice privée, en le soumettant à une série de conditions en même temps qu'il lui ajoutait des correctifs qui sont autant de freins à l'arbitraire et aux excès.

4° La justice privée nécessité étant un principe général, dont l'application peut se produire dans toutes les situations juridiques, les auteurs du Code ont inséré les articles qui s'y rapportent (en même temps que les articles relatifs à la légitime défense et à l'état de nécessité proprement dit), dans la partie générale du B. G. B. (art. 129, 231).

Dans la section suivante nous parlerons des art. 229 à 231, c'est-à-dire de la *justice privée* (*stricto sensu*) *nécessité*. Quant aux autres cas de justice privée se trouvant dans le B. G. B., nous en parlerons dans la section III.

Section II. — *Les articles* 229-231 *B. G. B.*

Les articles 229-231 B. G. B. sont insérés dans le livre premier, consacré à la partie générale, section VI, dont la rubrique porte : *De l'exercice des droits; de la légitime défense; de la justice privée*

(64). L'article 226 est relatif à l'abus des droits; l'article 227 à la légitime défense ; l'article 228 à la défense contre les choses menaçantes (que la doctrine allemande considère comme un état de nécessité); enfin les art. 229-231, se rapportent à la *justice privée agressive* fondée sur l'état de nécessité. Voyons d'abord ce que disent ces articles (65).

Art. 229. Celui qui, dans un but de justice personnelle, appréhende une chose, la détruit ou la détériore, ou qui, dans le même but, arrête une personne soumise à une obligation lorsqu'elle est soupçonnée de vouloir prendre la fuite, ou repousse la résistance qu'elle lui oppose contre un fait qu'elle est obligée de subir, ne fait pas un acte contraire au droit, lorsqu'il est impossible à la justice publique d'intervenir en temps utile et que sans cette mainmise immédiate il y ait danger que la réalisation de ce à quoi sa prétention lui donne droit soit rendue impossible ou essentiellement plus difficile.

Art. 230. La justice personnelle ne peut pas licitement aller au delà de ce qui est exigé pour repousser le danger.

Au cas d'appréhension de choses, dès qu'il n'est pas procédé à l'exécution forcée, il faut requérir la saisie réelle.

(64) Stricto sensu.
(65) Nous nous servons de la traduction de l'Office de législation comparée, t. I. — Nous renvoyons aussi à la traduction de *Gruber*, Strasbourg.

Au cas d'arrestation d'une personne soumise à une obligation, dès qu'elle n'est pas remise en liberté, il faut requérir la saisie de sûreté personnelle, en s'adressant au tribunal de baillage, dans le ressort duquel l'arrestation a eu lieu; la personne soumise à l'obligation, doit être sans retard conduite devant la justice. Si la requête à fin de saisie est ajournée ou rejetée, on doit sans retard procéder à la restitution des choses appréhendées ou à la libération de la personne arrêtée.

Art. 231. Celui qui accomplit l'un des faits désignés à l'art. 229, dans la supposition erronée que les conditions prévues, exigées pour en exclure l'irrégularité se trouvaient exister, est obligé, vis-à-vis de l'autre partie, à la réparation du dommage, même si son erreur ne repose pas sur une négligence ».

L'art. 229 pose donc le principe de la *justice privée* (*hoc sensu*) *nécessité*. Il détermine les cas où une personne peut exceptionnellement user de moyens illicites, lorsque c'est dans un but de justice privée. En même temps, il énumère les moyens que l'ayant-droit peut employer.

L'art. 230 1, pose la limite à la justice privée consistant dans le fait qu'il ne doit pas dépasser la violence nécessaire pour repousser le danger. Les alinéas 2, 3, 4 déterminent les mesures que devra prendre l'auteur tout de suite après la commission de l'acte.

Enfin l'art. 231 s'occupe de la justice privée

putative et établit la responsabilité fondée sur l'idée de risque, de l'ayant-droit.

Passons maintenant à l'analyse des dipositions comprises dans ces articles.

Et d'abord, demandons-nous dans un paragraphe 1, quel est le but des actes de justice privée prévus par l'article 229.

§ 1. *But des actes de justice privée.* — Cette question est très discutée par les auteurs. Les actes de justice privée ont-ils pour but la réalisation de la prétention ou seulement l'obtention d'une sûreté, en attendant l'intervention de l'autorité qui procéderait à l'exécution forcée ou à la saisie réelle, en d'autres termes, est-ce une mesure d'exécution ou simplement une mesure provisoire de sûreté, *une préparation de la procédure judiciaire*, comme le dit Heyer (66). Nous croyons qu'il faut répondre à la question, par une distinction : de l'examen même des textes, il résulte que les cas peuvent se présenter, d'après la nature du procédé employé. Il y a des moyens qui conduisent directement à la satifaction du titulaire du droit; il y en a d'autres qui ne sont que des mesures provisoires de sûreté. C'est pourquoi il ne faut pas généraliser et donner une réponse qui ait une portée absolue. Cependant, Endemann soutient que la justice étatique aura toujours à intervenir pour

(66) Pages 60, 66. La saisie réelle est une mesure provisoire assurant un gage au titulaire du droit ; ce n'est qu'après le procès sur le fond que l'exécution forcée aura lieu, à moins qu'il n'y ait un titre exécutoire.

décider sur le bien-fondé de la prétention, sinon pour ratifier l'acte de justice privée. « Si le monopole de l'Etat pour l'exécution forcée, spécialement pour la saisie provisoire (Arrest), dit-il (67) est ici rompu, il n'en est plus ainsi pour le pouvoir de décider sur la consistance d'une prétention juridique. » Nous ne voyons pas du tout pourquoi l'auteur de l'acte s'adresserait à la justice, après avoir obtenu complète satisfaction, par exemple après avoir brisé la résistance de l'obligé à un acte qu'il devait supporter. S'il y a quelqu'un qui aurait à contester le bienfondé de la prétention ou la légalité de l'acte de justice privée, c'est l'obligé; or, si celui-ci ne proteste pas, il n'y aura plus d'instance judiciaire. Ce n'est donc qu'en cas de contestation de la part de ce dernier, que le tribunal exercera son pouvoir de contrôle (68). Nous croyons donc que les autorités judiciaires, n'auront à intervenir que dans les cas spécifiés par l'art. 230 B. G. B. Or, celui-ci (al. 2 et 3) n'exige des mesures complémentaires qu'en cas d'arrestation du débiteur ou de la mainmise sur une chose. A contrario donc, ces mesures ne sont pas imposées pour les autres actes de justice privée énumérés dans l'art. 229, c'est-à-dire : destruction, endommagement de choses et rupture de la résistance de l'obligé, qui sont des actes de satisfaction définitifs. Les Motifs aussi, en parlant des mesures com-

(67) Page 383. Note 3.
(68) Dans ce sens Wilfferodt, p. 16.

plémentaires, ne se rapportent qu'aux cas de saisie d'une chose et d'arrestation du débiteur. « Par *la saisie privée*, disent-ils (69), l'ayant droit ne devient pas juge et exécuteur de sa propre cause ». La même chose a lieu en cas d'arrestation. Donc, dans les autres cas, il sera juge et exécuteur de sa propre cause. La majorité des auteurs font cette distinction. « Les mesures judiciaires, dit Heyer (70) ne sont nécessaires que lorsque par la justice privée a été créée une situation imparfaite, nécessitant une solution, et ne concordant pas avec le droit matériel. L'Arrest et la disposition provisoire serviront à la préparation de l'action. Ils seront donc inutiles si le créancier n'a plus de raisons d'agir en justice après l'exercice de la justice privée. » De même Plank (71); Léonhard (72), Oertmann (73), Schocke (74), Staudinger (75). Il semble donc qu'il n'y ait plus de discus-

(69) Page 356.

(70) Page 65.

(71) Sous art. 230.

(72) Page 216.

(73) Page 673. « Avec Heyer, dit-il, on peut douter de l'application nécessaire de l'un ou de l'autre de ces moyens de sûreté, malgré la lettre de la loi : *dans les cas notamment où la situation légale a été déjà rétablie par la justice privée* ».

(74) Page 52.

(75) Page 763 : « La demande d'Arrest n'est pas nécessaire lorsque par l'acte de justice privée on ne fait que rétablir la situation correspondant à un droit déjà existant, par exemple lorsque le propriétaire reprend sa chose au voleur, ou lorsque l'usufruitier s'empare des fruits malgré la résistance du nu propriétaire... »

sion quant au caractère définitif des actes de destruction, endommagement ou rupture de résistance: ce sont des exécutions privées.

Mais si, pour l'arrestation du débiteur, tout le monde est d'accord pour admettre qu'elle ne constitue qu'une mesure provisoire de sûreté, car une personne ne peut pas constituer l'objet direct d'un droit et par conséquent le titulaire ne peut pas trouver une satisfaction définitive en arrêtant l'obligé, il n'en est plus de même pour la saisie d'une chose. Ici la Doctrine est divisée en deux partis, l'un soutenant qu'on ne peut jamais saisir une chose qu'à titre de sûreté, l'autre distinguant selon que le droit porte directement sur la chose ou sur une autre prestation. Et il est difficile d'invoquer l'art. 230 qui ne distingue pas. C'est ce sur quoi se fondent les premiers auteurs qui interprètent littéralement le texte. *Lex non distinguit*, disent-ils. Cosack (76) nous dit que la justice privée « ne doit servir qu'exceptionnellement à l'exercice du droit mis en danger, notamment lorsque le droit porte sur un acte que l'obligé doit supporter. *Pour le reste, la justice privée ne sert qu'à la sûreté du droit.* » Et Crome est tout aussi catégorique. « Si une chose a été enlevée, dit-il (77), l'auteur ne doit pas la garder, mais il doit, ou bien demander l'exécution forcée, ou la saisie réelle, ou bien restituer sans retard la chose...

(76) Page 397.
(77) Page 542.

Fût-ce la saisie définitive pour une créance d'argent ou l'exécution réelle pour le cas où le droit porterait sur la chose elle-même » ajoute-t-il (78). Nous croyons que cette opinion ne correspond pas à la réalité, et faute de distinction dans l'art. 230, nous pouvons nous reporter aux travaux préparatoires. « S'il ne demande pas l'Arrest, *et s'il ne possède pas un droit de rétention fondé sur des rapports spéciaux, en particulier sur un droit réel ou d'obligations à la remise de la chose elle-même*, lisons-nous dans les Motifs (79), il est obligé de restituer la chose enlevée. » Donc, les auteurs du Code n'ont voulu donner le caractère d'une mesure de sûreté à la saisie d'une chose, que lorsque le droit ne portait pas sur la chose elle-même. Il faut en conclure que lorsque le saisissant est propriétaire de la chose saisie, si c'est par exemple le volé qui reprend sa chose au voleur, le déposant qui reprend la chose déposée au dépositaire, le prêteur la chose prêtée au débiteur, etc., la saisie sera exécutoire et il n'y aura plus de mesure judiciaire à prendre. Car, à supposer que le saisissant dût demander la saisie réelle (Arrest), qui comme on le verra par la suite, lui confère un droit de gage sur la chose, on arriverait au résultat absurde que le propriétaire eût un droit de gage sur sa propre chose (80).

(78) Note 4o. — Idem Endemann, loc. cit.
(79) Page 356.
(80) V. Wilfferodt, p. 29.

Et nous allons plus loin encore, en nous fondant toujours sur les Motifs : même si le saisissant n'a qu'un droit de créance, la saisie sera définitive et ne comportera plus de mesures de sûreté complémentaires. En effet, les Motifs (81) parlent de droit réel *ou d'obligation*. Ainsi, le locataire qui saisirait la chose louée, l'acheteur la chose achetée (82), etc. ; leur acte aura servi à la réalisation, et non à la garantie du droit. Oertmann est de cet avis : « La loi n'a envisagé manifestement, dit-il (83), que le cas où la chose enlevée n'est qu'objet de sûreté, *et non celui où elle est déjà objet de la prétention* ». Dans le même sens Léonhard (84), Schocke (85), Wilfferodt (86), Windscheid (87), qui dit : « Si au contraire la mainmise sur la chose est accomplie *pour la satisfaction d'une prétention sur la chose elle-même* (*restitution*, *livraison*), alors les mesures mentionnées ne viennent pas en question ». La même réserve est faite par Plank (88) et par Saleilles, dans la Traduction de l'office de législation étrangère (« à moins que la prétention ne porte sur la chose elle-même », art: 229 in fine). — Heyer cependant, qui admet le caractère définitif de

(81) Loc. cit.
(82) Le droit allemand ne considère pas la vente comme opérant transfert de la propriété (art. 1138 français) ; il exige une tradition.
(83) Page 674.
(84) Page 215.
(85) Page 53 s.
(86) Page 17.
(87) Page 626.
(88) Sous art. 230.

la saisie lorsqu'il y a *jus in re* (droit réel), ne l'admet plus lorsqu'il y a *jus ad rem* (droit de créance : vente, louage, etc. (89).

Nous croyons donc que la saisie de la chose peut avoir pour but aussi bien *la satisfaction* que *la garantie* d'une prétention. Si le titulaire d'un droit de créance saisit la chose qui forme l'objet de son droit, il n'a sûrement pas eu l'intention d'acquérir un droit de gage sur elle. Il ne peut s'agir de sûreté, que lorsque le créancier d'une chose ou d'une somme d'argent, a saisi une autre chose que celle qu'on lui doit ou si son droit porte sur une obligation de faire ou de ne pas faire. Et dans ce derniers cas, il devra s'adresser à la justice pour obtenir soit un droit de gage, soit l'exécution forcée. car le droit de gage ne peut résulter que d'une convention ou d'une décision judiciaire (90).

En concluant sur le but de actes de justice privée, nous répétons que celui-ci peut être double : *soit satisfaction d'une prétention*, auquel cas la justice n'a plus rien à dire, sauf le cas de contestation, par l'adversaire du bien-fondé de la prétention ou de la légalité de l'acte; *soit obtention d'une sûreté*, auquel cas l'auteur de l'acte devra s'adresser à la justice pour sa légalisation.

Paragraphe 2. *Conditions de la justice privée.* — Le B. G. B. a subordonné l'exercice de la justice

(89) Pages 65, 71.

(90) Plank, sous art. 231 ; Wilfferodt, p .17.

privée à des conditions strictes, dont l'inobservation rend l'acte illicite et par conséquent entraîne toutes les conséquences civiles et pénales qui découlent des moyens employés en dehors des conditions de l'article 229. Ces conditions se rattachent aux principes qui dominent l'institution : *l'état de nécessité* et *l'idée que la justice privée est le succédané de la justice publique.*

Les conditions peuvent être générales, applicables à tous les actes de justice privée énumérés dans l'art. 229, ou spéciales à certains de ces actes.

Il y a trois conditions générales :

1) L'existence d'une prétention (91).

2) Le danger que la réalisation de la prétention soit rendue impossible ou très difficile, faute d'action immédiate.

3) L'impossibilité d'obtenir le secours de l'autorité (92).

Conditions spéciales quant à la prétention et aux moyens.

1) En cas d'enlèvement de choses, il faut que les conditions de fond exigées par le Code de procédure civile pour l'exécution forcée ou pour la saisie réelle, à moins que la prétention porte sur la chose elle-même, soient remplies.

(91) Par prétention (Anspruch) le B.G.B. entend tout droit qu'on peut faire valoir.

(92) Leonhard, p. 215 ; Endemann, p. 383 ; Œrtmann, p. 671 ; Plank, p. 383 ; Enneccerus ,p. 602 ; Heyer, p. 52 s. ; Titze, p. 121 ; Schocke, p. 501 ; Wilfferodt, p. 221, etc.

2) En cas d'arrestation du débiteur, il faut que les conditions de l'art. 918 C. P. O., sur la prise de corps, soient remplies ; en outre, il faut que le débiteur soit suspect de fuite.

Passons maintenant à l'analyse de ces conditions :

1) *Existence d'une prétention.*

Comment doit être cette prétention ? Ce peut être *un droit réel, de créance* ou *de famille, pur et simple* ou *accompagné de modalités, pourvu d'action* et *judiciairement exécutoire.*

a) Ce peut être un droit réel, de propriété, d'usufruit, de servitude, etc. Ce peut être un droit d'obligation, dont l'objet serait un dare, un facere ou un non facere. Enfin, un droit de famille, par exemple, le droit du père de reprendre son enfant mineur entre les mains d'un tiers (93).

Une seule limitation est posée. La prétention doit être de droit privé; elle ne doit pas être dirigée contre l'Etat. En effet, on ne peut pas admettre que les particuliers emploient la force contre l'Etat (94). Plusieurs arrêts du tribunal d'Empire se sont prononcés en ce sens (95).

Il faut noter que la condition de l'existence d'une prétention n'est pas expressément énoncée

(93) Titze, p. 121 ; Heyer, p. 58, p. 72 ; Wilfferodt, p. 23 ; Schocke, p. 51, etc.
(94) Enneccerus, p. 602 ; Heyer, p. 58.
(95) R. G. in Strafsachen, t. 22, p. 300 ; t. 25, p. 151.

dans l'art. 229; mais cela va de soi, car la justice privée est par définition, un acte par lequel on procède à la réalisation ou la garantie d'une prétention. D'ailleurs nous trouvons dans l'art. 229 lui-même, *in fine* : « court le danger que *la réalisation de la prétention* ».

b) Le droit peut être pur et simple ou à terme ou sous condition. Il y a cependant des auteurs qui exigent que le droit soit échu (96). Nous ne croyons pas que cela soit nécessaire. Le Code ne distingue pas. En outre, nous ne voyons pas pourquoi il ne serait pas permis au titulaire d'un droit à terme ou sous condition de prendre des garanties au cas où la réalisation de son droit serait mise en danger. Et, comme le remarque Titze : « C'est justement dans les cas de prétentions à terme ou sous conditions, que le danger est plus fréquent à ce que la réalisation soit rendue illusoire ou plus difficile ». Il est d'ailleurs entendu qu'il ne saurait s'agir que de justice privée en vue d'obtenir une sûreté, un droit non exigible ne pouvant être ramené à exécution. Les auteurs invoquent aussi un autre argument : la justice privée est un succédané de la justice publique ; en particulier dans le cas de mainmise sur une chose et d'arrestation du débiteur, il y a parallélisme com-

(96) Leonhard, p. 214.

plet entre les dispositions de l'art. 229 et celles des articles 916-918 C. P. O. (97).

Or, l'art. 916, s'exprime ainsi : « La contrainte provisoire peut avoir lieu *même quand la prétention est soumise à un terme ou à une condition*, à moins que la prétention conditionnelle n'ait aucune valeur présente en raison de l'éloignement du moment où la condition pourra se réaliser ».

c) Du fait que la justice privée n'est qu'un succédané de la justice étatique et que le particulier ne dispose pas d'autres moyens que ceux appartenant aux organes d'exécution, il résulte que la prétention doit être *propre à fonder des mesures judiciaires d'exécution ou de sûreté* (98).

Le droit doit donc d'abord être pourvu d'action. Ce qui fait qu'une obligation naturelle, résultant par exemple d'un pari ou d'un jeu, ne saurait être exécutée par justice privée (99). En outre, la justice privée ne pourrait pas être exercée pour obtenir l'exécution d'actes non susceptibles d'exécution forcée, par exemple la prestation de services ou le rétablissement de la vie conjugale (art. 887, 888 C. P. O.) (100).

(97) Titze, p. 122 ; Heyer, p. 59 ; Enneccerus, p. 602 ; Œrtmann, p. 670.

(98) Schocke, p. 51 ; Enneccerus, p. 602 ; Heyer, p. 59.

(99) Heyer, p. 59.

(100) Plank, p. 383 ; Enneccerus, p. 602 ; Heyer, p. 72.

Conditions spéciales.

1) En cas de saisie de choses, comme le saisissant doit demander l'exécution forcée ou le séquestre (saisie réelle à titre de sûreté, art. 916 C. P. O.), il faut que les conditions exigées pour que ces mesures puissent être prises, soit remplies.

Et, en premier lieu, il faut que les choses soient saisissables; donc, tous les objets soustraits par l'art. 811 C. P. O. à la saisie, ne pourront être enlevés par l'ayant droit, à moins que la prétention ne porte sur la chose elle-même (101).

En second lieu, les conditions posées par l'art. 916 C. P. O. pour l'admission de la saisie réelle doivent être réunies, pour que l'ayant droit puisse saisir une chose par justice privée, car il devra demander cette mesure s'il n'a pas obtenu l'exécution forcée. Or, nous dit l'art. 916, « la contrainte provisoire a lieu pour assurer l'exécution sur les biens meubles ou immeubles, *en vertu d'une créance de somme d'argent ou d'une prétention qui peut être convertie en une créance de somme d'argent* (102).

2) En cas d'arrestation du débiteur, il faut d'abord que ce dernier soit suspect de vouloir prendre la fuite, et en second lieu que les conditions des art. 916-918 sur la contrainte personnelle à titre de

(101) Plank, p. 383 ; Enneccerus, p. 602 ; Trad. Officielle sous art. 229.

(102) Sur la contrainte réelle et personnelle, nous reviendrons à propos des mesures complémentaires.

sûreté soient remplies, l'ayant droit devant requérir cette mesure tout de suite après l'arrestation.

Voilà pour la première condition.

Deuxième condition. — Danger que la réalisation du droit soit rendue impossible ou très difficile par le retard.

Nous avons vu que cette seconde condition est plus large que celle posée par le droit antérieur (A. L. R. et droit commun) (103), qui exigeait qu'il y eut danger de perte *irréparable* du droit. Or, le B. G. B. se contente de l'éventualité d'une réalisation impossible ou *essentiellement plus difficile* de la prétention (vereitelt oder wesentlich erschwert). C'est une conception très large de l'état de nécessité, qui peut motiver des actes de justice privée même si le dommage menaçant n'est pas trop considérable. Et nous avons vu que les Motifs considéraient que la certitude même de la réparation pécuniaire du dommage n'excluait pas la justice privée, car dans beaucoup de cas l'ayant droit a tout intérêt à la satisfaction en nature (104).

Quant peut-on dire qu'il y aura danger à voir la réalisation du droit compromise et quel sera la nature de ce danger ? *C'est une question de fait*

(103) V. Motifs, p. 355 et plus haut, p. 199.

(104) V. Plank, p. 382 et Motifs p. 355 ; Denkschrift, p. 36.

(105). Les juges auront donc un pouvoir d'appréciation étendu. Ainsi il y aura danger si le débiteur veut fuir, emportant toute sa fortune ou la chose due, s'il veut accomplir l'acte dont il est obligé de s'abstenir. Il y aura aussi danger au cas où le débiteur voudra recéler des moyens de couverture. La situation de fortune aisée du débiteur n'empêchera pas qu'on puisse se faire justice et réciproquement sa mauvaise situation ne permettra pas à elle seule la justice privée (106).

Par contre, n'est pas une raison suffisante pour l'exercice de la justice privée, la possibilité d'une faillite et la crainte de subir le concours des autres créanciers, à moins que l'auteur n'agisse comme *negotiorum gestor* de la masse. Il y a bien danger de voir son droit perdu ou diminué, mais comme le remarque Heyer (107), le principe de la faillite est que la masse doit servir à la satisfaction de tous les créanciers, et cela constitue une *lex specialis* dérogeant à la *lex generalis* de l'art. 229.

De même, il n'est pas suffisant pour pouvoir user de la justice privée, que la réalisation du droit dût subir un retard, correspondant au temps nécessaire pour finir un procès, s'il n'y a pas danger dans ce retard. Car autrement, observe Oertmann (108),

(105) V. Heyer, p. 60 ; Titze, p. 123 ; Schocke, p. 56 ; Wilfferodt, p. 14.
(106) Schocke, p. 52.
(107) Page 60.
(108) Page 671.

la justice privée devrait être admise pour toute prétention à exécution immédiate. Et un arrêt de la chambre criminelle du Tribunal d'Empire du 17 novembre 1905 (109) a déclaré illicite l'acte du propriétaire qui, ayant donné congé à ses locataires pour un jour déterminé, pénétra dans la maison et mit dehors les meubles, faute d'évacuation à cette date. En effet les conditions de l'art. 229 n'étaient pas remplies, car rien n'empêchait le propriétaire de demander à temps le secours de l'autorité et d'obtenir ainsi l'évacuation; de plus, il n'y avait pas danger, dans l'espèce, que la réalisation de la prétention fût rendue illusoire ou très difficile. Le propriétaire avait demandé que la maison lui fut rendue le 1er avril; cela ne veut pas dire qu'il pût user de justice privée après cette date. Comme le remarque l'annotateur de l'arrêt dans la *Deutsche Juristen Zeitung* : « Ceci arrive pour toute prétention à exécution immédiate, et ce n'est pas le sens de l'art 229 que celui qui prétend à une prestation immédiate, puisse employer la justice privée, parce que la procédure judiciaire exige un certain temps et que la prestation ne sera pas accomplie le jour de son échéance. »

Il n'est pas nécessaire que le danger soit absolument certain, car autrement on ne pourrait jamais agir par justice privée, la certitude absolue existant

(109) R. G. in Strafsachen, rapporté dans la Deutsche Juristen Zeitung, 1906, p. 264.

rarement. Oertmann (110) cite l'exemple du millionnaire qui quitte l'hôtel sans avoir payé sa note. Il pourra sûrement la payer, mais ceci ne sera pas un obstacle pour l'hôtelier qui veut user de la justice privée, car il peut très bien ignorer la situation matérielle du voyageur. Il n'est même pas nécessaire que l'auteur de l'acte de justice privée ne soit pas en faute : par exemple, un restaurateur a servi un repas abondant à un individu suspect. Il aura quand même le droit de justice privée (111).

Nous rappelons, pour finir, la complète identité qu'il y a, quant à cette condition, entre l'art. 229, et les art. 917, 918, 935 C. P. O. sur les mesures provisoires de sûreté. « La contrainte provisoire sur les biens a lieu, nous dit l'art . 917 C. P. O., lorsqu'il est à craindre que sans cette mesure, l'exécution du jugement ne soit éludée ou rendue sensiblement plus difficile. » *Idem* art. 918, 935.

Troisième condition. — Impossibilité d'obtenir le secours de l'autorité à temps.

Il faut que l'autorité ne soit pas capable d'intervenir à temps pour éviter au titulaire du droit le danger que nous connaissons. La carence de l'autorité peut être due, soit à une interruption durable de toute justice (guerre, révolution, inondation), soit à une impossibilité momentanée d'intervention.

(110) Page 670. Voir aussi Wilfferodt, p. 30.

(111) Œrtmann, page 671.

Cette dernière circonstance se présente lorsque, par exemple, le tribunal est trop loin, et qu'il y a urgence ou bien lorqu'il n'y a pas d'agent de police dans la proximité. La jurisprudence a même validé la justice privée dans le cas où l'autorité présente, en l'espèce un agent, refuse injustement de venir au secours de l'ayant droit (112).

L'art. 229 parle du *secours de l'autorité* (*obrigkeitliche Hilfe*). Qu'est-ce qu'on entend ici par autorité ? Il s'agit de tout organe étatique compétent, tribunaux judiciaires ou administratifs, police, etc. Et c'est pour cela d'ailleurs que le B. G. B. emploie l'expression générale *d'aide* étatique, pour qu'on ne croie pas qu'il s'agit uniquement des tribunaux judiciaires (113). En concluant, nous devons constater qu'ici aussi, *c'est une question de fait* de savoir si l'aide de l'autorité était possible ou non et les tribunaux auront un large pouvoir d'appréciation. Nous en avons ainsi fini avec les conditions de la justice privée et nous passons, dans un troisième paragraphe, aux moyens licites de justice privée.

§ 3. *Moyens licites de justice privée.*

Comme nous l'avons vu dans la section précédente, pour la détermination des moyens licites de

(112) R. G. in Strafsachen, Tome III (1re série), p. 416 ; Titze, p. 123.

(113) Œrtmann, p. 670 ; Plank, p. 383 ; Saleilles, trad. officielle, art. 229.

justice privée on part d'un criterium précis : la justice privée n'étant qu'un succédané de la justice étatique, le particulier ne pourra user que des moyens appartenant au pouvoir judiciaire (114). C'est ce qui fait dire à Heyer (115) que la procédure de la justice privée pourrait très bien constituer un livre VIII du C. P. O., consacré aux voies d'exécution. En effet on peut dire que le titulaire d'un droit possède trois voies pour ramener son droit à exécution : *la procédure ordinaire d'exécution, les mesures provisoires et la justice privée*, celle-ci assurant le maximum de célérité.

De ce principe dérivent deux conséquences : le particulier ne peut pas aller plus loin que les organes étatiques d'exécution (116) ; réciproquement, tous les moyens appartenant à ceux-ci peuvent être employés par le particulier. Nous rappelons cependant la réserve que nous avons déja faite (116 bis) : la justice privée n'est pas soumise aux conditions de formes des voies d'exécution étatique, car cela irait directement contre le besoin de célérité auquel correspond la justice privée.

Ceci dit, voyons quels sont les moyens énoncés par l'art. 229; ce sont : *la destruction, l'enlèvement*

(114) Voir plus haut, p. 204.
(115) Page 62.
(116) D'où résulte, dit Léonhard, l'interdiction de l'emploi de la torture. (P. 216, note 2.)
Idem Protocole, I, p. 243.
(116*bis*) Page 207.

et *l'endommagement d'une chose, l'arrestation du débiteur* et *la rupture de la résistance de celui qui est est obligé de tolérer un acte*. Cette énumération est-elle *énonciative* ou *limitative?* D'après les travaux préparatoires, il semble qu'elle ne soit qu'énonciative. « Il serait à recommander, dit le *Protocole* (117), dans l'intérêt de la précision, *de mettre spécialement en évidence les actes d'exécution les plus importants*... » Et *la Denkschrift* (118). « Dans l'intérêt de la précision, dit-il, il était nécessaire de ne pas énoncer seulement le principe, mais de relever *les cas les plus importants*. » Donc, d'après les travaux préparatoires eux-mêmes, l'art. 229 ne ferait qu'énumérer *les actes les plus importants* de justice privée licite. Si d'autres actes sont permis, il faut savoir lesquels. Et Heyer (119) en partant de l'idée que le B. G. B. n'énonce que les cas les plus importants, cherche à remonter au principe d'où sont tirés ces exemples. Et il trouve deux principes : en premier lieu, *le but de justice privée*, qui est de triompher de la volonté de l'adversaire s'opposant injustement à l'exercice du droit ;en second lieu, *le principe que la justice privée ne peut pas aller plus loin que la justice étatique*, principe qui limite le premier et qui est formellement exprimé dans les travaux préparatoires.

(117) Page 242.
(118) Page 36.
(119) Page 62 s.

En partant de la première idée, l'ayant droit aurait à sa disposition, quatre moyens : *la violence, la menace, le secret et la ruse*. Heyer appelle les deux premiers moyens, *la justice privée du fort* et les deux derniers *la justice privée du faible*. Ainsi, l'ayant droit pourrait enlever des choses au débiteur en son absence (secret) ou par dol. Mais il faut se demander si l'huissier peut user de tous ces moyens pour ramener un droit à exécution. Or, d'après Heyer, la ruse est interdite aux agents d'exécution étatiques. Quant aux trois autres moyens, ils seraient permis dans la mesure où les agents du tribunal pourraient en user (120).

Nous pourrions encore donner un autre argument en faveur de l'opinion selon laquelle l'énumération de l'art. 229 ne serait pas limitative. En effet, l'art. 229 ne parle que de l'arrestation du débiteur et de la rupture de sa résistance. Or, nous lisons dans les Motifs (121) : « En outre, le fait de retenir un instant le débiteur dans la mesure où c'est indispensable pour s'emparer de moyens de sûreté, *doit certainement être admis*, et ce fait se distingue souvent très difficilement de l'arrestation. » Il ne serait donc pas seulement permis au créancier d'arrêter

(120) Page 64. Nous croyons cependant que la justice privée est permise par dol, lorsqu'elle est accomplie dans un but licite, et c'est le cas ici. V. Demogue, Obl., t.I, p.538. Nous avons vu qu'en droit romain l'action de dol exigeait l'existence d'un dommage.

(121) Page 356.

le débiteur (festnehmen), mais aussi, ce qui est moins grave, de le retenir un instant (festhalten). Et les auteurs admettent aussi qu'on puisse employer d'autres moyens attentatoires à la liberté (Freiheistsberäubungen), moins graves que l'arrestation. *Qui peut le plus, peut le moins*. Ainsi Enneccerus (122), admet que l'on puisse enfermer le débiteur, lui enlever des vêtements, des titres, etc. Heyer (123) aussi distingue de l'arrestation le fait de retenir le débiteur, pour le fouiller. Naturellement, tout cela dans les conditions de l'art. 229. Ainsi, la logeuse ne peut pas s'emparer des vêtements du locataire qui dort, pour le forcer de payer, car il n'y a pas danger dans le retard.

Nous croyons donc que le particulier disposera dans l'exercice de la justice privée de tous les moyens appartenant aux organes d'exécution étatiques, que ces moyens soient ou non exprimés dans l'art. 229 (124). Prenons maintenant les actes envisagés par le B. G. B. et pour plus de commodité dans l'exposition, divisons-les en deux catégories : *a*) moyens contre les choses; *b*) moyens contre les personnes.

a) *Moyens contre les choses.* L'art. 229 prévoit

(122) Page 603.
(123) Page 68.
(124) Cependant ,quoique la ruse et la menace ne soient pas permises aux organes étatiques dexécution, nous croyons que le particulier pourrait en user dans la mesure où cela pourrait éviter des actes de violence.

trois de ces moyens : *la mainmise sur une chose, sa destruction* ou *son endommagement*.

A) Nous avons vu que la saisie d'une chose avait donné lieu à des controverses sur le point de savoir si elle pouvait servir à la satisfaction aussi ou seulement à la sûreté d'une prétention. Nous avons conclu qu'on devait distinguer selon que le droit portait sur la chose elle-même ou sur une autre, dans ce dernier cas, l'acte ne pouvant servir qu'à l'obtention d'une sûreté (125). Le créancier donc, qui s'emparera d'une chose du débiteur, autre que celle qui constitue l'objet de sa créance, ne le fera qu'à titre de sûreté. Cette saisie correspondra à la *saisie réelle à titre de sûreté* (art. 916-917 C. P. O.), dans la procédure étatique. C'est ce qui résulte suffisamment de l'art. 230, alinéa 2 qui exige qu'en ce cas le saisissant demande cette mesure aux tribunaux. Il faudra donc qu'il s'agisse d'une créance d'argent ou convertible en argent. En outre, il faut que la chose ne soit pas de celles que l'art. 811 C. P. O. soustrait à la saisie, comme objets de première nécessité. Un arrêt de la Chambre criminelle du tribunal d'Empire du 3 mai 1900 (126), affirme nettement ce principe. Il s'agissait d'un créancier qui avait enlevé à son débiteur ses bottes et de l'argent qu'il avait dans sa poche. « Il résulte de l'art. 230, alinéa 2, dit l'arrêt, combiné avec l'art. 811 C. P. O. que le droit d'en-

(125) Voir plus haut, p. 220.
(126) R. G. in Strafsachen, tome 33, p. 249.

lever au débiteur par justice privée des choses, ne s'étend pas à celles qui sont soustraites à la saisie et par suite à la contrainte réelle (dingliches Arrest) ». En dehors de cela, le créancier pourra saisir n'importe quoi. Il pourra saisir de l'argent; mais même s'il s'empare de la somme due exactement, il ne pourra le faire qu'à titre de sûreté, car son droit ne peut pas porter sur les deniers saisis individuellement, l'argent étant chose fongible. Il pourra mettre la main sur un objet se trouvant sur son débiteur, ainsi le cabaretier pourra prendre au client sa montre. Il pourra même saisir des titres (127).

Cette saisie ne confère au saisissant ni droit de gage, ni droit de rétention; elle permet uniquement de s'assurer l'efficacité d'une saisie exécutoire, au cas où il xiste un titre exécutoire, ou celle des mesures provisoires (saisie réelle ou disposition provisoire), s'il n'y a pas un pareil titre (128).

Au contraire, lorsque la mainmise porte sur une chose appartenant au saisissant ou faisant l'objet d'une créance, ce dernier aura obtenu pleine satisfaction et ne devra pas prendre d'autres mesures. La question s'est posée si on pouvait saisir des choses appartenant au débiteur, mais se trouvant entre les mains d'un tiers. Heyer ne l'admet que si le saisissant a un droit réel sur ces choses (129).

(127) Heyer, p. 69.
(128) Heyer, p. 69 ; Plank, sous art. 230.
(129) Page 71.

b) *Destruction ou endommagement d'une chose.*

Ces actes peuvent être nécessaires au titulaire d'un droit, pour lui permettre de l'exercer. Ainsi, celui qui a un droit de passage sur un fonds peut détruire le grillage y posé par le grevé pour l'empêcher de passer (130). Ou bien, le créancier peut détruire les roues de la voiture dans laquelle le débiteur veut s'enfuir en emportant tout son argent (131). Enfin le créancier peut forcer des serrures ou casser des fenêtres pour pénétrer dans les endroits où se trouvent des choses saisissables ou le débiteur qui se cache (132). Ces actes, d'après Titze, ne peuvent être accomplis que sur les choses du débiteur. Heyer (133) au contraire, considère que le créancier pourra pénétrer même dans une maison n'appartenant pas au débiteur ou détruire les choses d'un tiers, l'huissier aussi pouvant le faire.

Nous savons que ces actes ne doivent pas être suivis de mesures judiciaires, le Code ne l'exigeant pas et leur auteur ayant obtenu satisfaction. Ils ne sont par suite, pas soumis non plus aux conditions des art. 811, 916, 917, 935 C. P. O. (134). Seules, les conditions de l'art. 229 doivent être remplies.

b) *Moyens contre les personnes.* Ce sont *la rupture de la résistance* contre un acte qu'on a droit

(130) Endemann, p. 383.
(131) Enneccerus, p. 603.
(132) Titze, p. 126.
(133) Page 67.
(134) Plank, p. 383, voir plus haut, p. 218.

d'accomplir et *l'arrestation du débiteur*. Nous avons vu les discussions auxquelles donnèrent lieu ces actes au cours des travaux préparatoires (135). Quant *à la rupture de la résistance*, nous savons que le titulaire d'un droit pourra user de violence envers celui qui s'oppose à l'exercice de son droit. Ainsi si le propriétaire d'un fonds grevé de servitude de passage s'oppose à l'exercice de cette servitude par le propriétaire du fonds dominant, celui-ci pourra l'écarter de force. Cette mesure est le succédané de l'exécution en nature permis aux organes étatiques d'exécution par le C. P. O. (art. 758, alinéa 3, 759, 883, 887, 890, 892 (136). L'acte par lequel on repousse la résistance de l'obligé est définitif, et il n'y aura plus aucune mesure provisoire à requérir. En effet, celui qui a usé de justice privée, a procédé directement à l'exécution de sa prétention et il est pleinement satisfait.

Pour *l'arrestation de l'obligé*, nous n'avons pas à revenir sur les raisons qui l'ont fait admettre (137). Ce droit est le succédané de la *contrainte personnelle à titre de sûreté* admise par l'art. 918 C. P. O., qui est une contrainte par corps qui subsiste en Allemagne.

L'arrestation n'est possible que lorsque la contrainte personnelle l'est aussi, ce qui résulte de l'art.

(135) Page 201 s.
(136) Voir Crome, p. 540, Heyer, p. 66.
(137) Voir plus haut, p. 202.

230, al. 3 qui impose au créancier de demander cette mesure tout de suite après l'arrestation. Elle a le même but que la saisie judiciaire, c'est-à-dire assurer au créancier l'exécution forcée future, qui sans cela serait compromise.

L'art. 229 exige que le débiteur soit suspect de fuite pour que le créancier puisse l'arrêter. Il n'est donc pas nécessaire que le débiteur soit déjà en fuite : il suffit de l'impression qu'il fait de vouloir fuir. Ainsi, un voyageur qui n'a pas payé sa note à l'hôtel et qui se tient à l'entrée de celui-ci, les bagages à la main (138). De même un automobiliste qui a écrasé un passant, et qui veut continuer la route ;il peut très facilement disparaître sans laisser de trace si on ne l'arrête pas.

L'arrestation peut aussi avoir lieu lorsque le créancier craint que le débiteur ne prenne la fuite en emportant des choses sur lesquelles le créancier pourrait se faire payer.

Enfin, nous avons vu plus haut que l'arrestation n'était pas le seul moyen attentatoire à la liberté dont on pouvait user par justice privée, mais qu'il y avait d'autres actes moins graves qui étaient permis (139).

c) Voyons maintenant *par qui* et *contre qui* peuvent être employés les actes de justice privée dont nous avons parlé. En d'autres termes, quels sont le

(138) Œrtmann, page 672.
(139) Page 236.

sujet passif et le sujet actif du droit de justice privée ? Il y a des controverses sur ce point. Un certain nombre d'auteurs, en assimilant la justice privée à la légitime défense et à l'état de nécessité proprement dit, accordent ce droit à n'importe quelle personne, et pas seulement au titulaire du droit ; d'autres au contraire, soutiennent que la justice privée ne peut être exercée que par le titulaire ou ses représentants. Il faut remarquer qu'il ne s'agit pas du concours donné par des tiers, à l'ayant droit, mais de l'exécution de la prétention par ces tiers eux-mêmes. Le concours prêté par d'autres est licite, d'après les termes mêmes des Motifs (140) qui en cela n'ont fait que suivre le B. G. B. saxon (art. 179). Ce qu'il s'agit de savoir, c'est si des tiers, n'ayant aucun rapport de droit avec le titulaire, n'étant ni ses fondés de pouvoirs, ni ses représentants légaux, peuvent agir eux-mêmes. Il y a ici deux opinions extrêmes et une opinion moyenne. Crome (141), Cosack (142), Œrtmann (143), Heyer (144) se prononcent contre toute intrusion des tiers dans les affaires du titulaire. Œrtmann et Heyer se fondent, pour soutenir cela, d'abord sur l'expression *Selbsthilfe* qui exprime l'identité entre le titulaire et l'exécuteur du droit. « Si une prétention d'Y..., dit Œrt-

(140) Page 356.
(141) Page 540.
(142) Page 347.
(143) Page 672.
(144) Page 67.

mann, est réalisée par X..., alors Y... s'est protégé aussi peu soi-même que s'il avait demandé l'aide étatique ».

En outre, l'auteur compare l'art. 229 aux art. 227 et 228 où l'aide par les tiers est admise d'une façon expresse, d'où il résulterait *à contrario* qu'elle serait refusée dans le cas de l'art. 229.

Enfin, un argument d'ordre pratique résulte de ce qu'il serait dangereux d'admettre l'immixtion d'un tiers dans un acte aussi grave, là où l'intéressé peut-être pour de bonnes raisons, n'agit pas par lui-même.

Heyer va plus loin encore et n'admet même pas le concours donné à l'intéressé par des tiers ; il déduit cela du fait que l'huissier lui-même ne peut se servir de tiers dans l'exécution forcée. Il n'admet même pas la représentation par un acte de justice privée. « Il faut concéder, dit-il, que par l'exclusion des tiers, le créancier peut subir un dommage. Mais en face de cela, il y a le dommage que souffrirait la paix publique par l'attroupement de bandes entières, et en outre l'inconvénient qui résulte de ce que le débiteur ne serait même pas en état de prouver l'identité des tiers en cas d'excès. »

L'opinion contraire est représentée par Titze (145) qui déduit des termes « impersonnels » de la loi, que le droit appartient à tout tiers. En outre,

(145) Page 121.

pour lui, *Selbsthilfe* ne signifierait pas réalisation par le titulaire du droit lui-même, mais s'opposerait simplement à Staatshilfe (aide étatique).

L'opinion moyenne est représentée par Plank (146) qui admet le droit de justice privée du représentant légal ou du fondé de pouvoirs ; mais il se demande si le gérant d'affaire sans mandat pourrait le faire. Il invoque, pour l'affirmative, l'art. 680 du B.G.B., qui semble bien admettre la justice privée exercée par un gérant d'affaires sans mandat Le gérant agirait à ses risques et périls et si le maître ne ratifiait pas, il serait obligé de réparer le dommage.

Nous croyons que l'intervention des tiers est inadmissible, et cela d'abord parce que l'art. 229 l'aurait exprimé s'il avait voulu l'admettre, comme il l'a fait pour les art. 227 et 228. En outre, la gravité de l'acte de justice privée milite en ce sens. La légitime défense et l'état de nécessité ont pour but d'éviter un danger grave qui impose la nécessité de l'admission de l'intervention des tiers, et comme le dit Œrtmann, le Code ne l'eût-il pas exprimé, une pareille disposition serait allée de soi pour les actes de défense. Il en est autrement pour la justice privée : un tiers ne peut pas savoir si le titulaire se serait décidé à accomplir un acte qui entraîne des risques importants (art. 231). C'est pourquoi nous

(146) Page 384.

n'admettons pas même la gestion d'affaire ; seuls les représentants légaux ou les fondés de pouvoirs pourraient agir.

Contre qui sera exercée la justice privée ? Contre celui contre lequel l'ayant droit eût agi en justice. Par conséquent, si c'est un droit de créance, contre le débiteur ou ses ayants cause. Si c'est un droit absolu, en particulier un droit réel, ce sera contre celui qui se met en opposition avec le droit et contre lequel l'action réelle ou autre serait donnée. (147).

Voilà pour les moyens de la justice privée licite. Voyons maintenant quels en sont les effets.

§ 4. *Effets de la justice privée licite.* — Les effets de la justice privée peuvent être résumés dans ces deux idées : 1) la justice privée est *juridiquement indifférente* en principe. 2) exceptionnellement, elle peut rendre licites certains actes illicites en eux-mêmes. C'est sur cette dernière idée que porteront surtout nos développements. Quant à la première, nous ne ferons que rappeler brièvement ce que nous avons déjà vu précédemment.

1) Dire que la justice privée est juridiquement indifférente signifie qu'elle ne sera pas prise en considération pour caractériser un acte civilement ou pénalement. La justice privée ne sera punie par le Code pénal que lorsqu'elle sera exercée par un acte

(147) Heyer, p. 67 ; Wilfferodt, p. 26.

tombant sous le coup d'une disposition de ce Code.
Elle ne sera illicite civilement que si le moyen employé est déclaré comme tel par le droit civil. Au contraire, avant le Code pénal de 1870, la justice privée constituait *en elle-même*, un acte puni de peines publiques (droits particuliers. Saxe, Prusse, Bavière, etc.). De plus, si elle s'exerçait par un acte constituant un délit pénal en lui-même, la peine était aggravée (Bavière, Wurtemberg, etc). En même temps, certains Codes en faisaient un délit civil spécial (art. 77 A-L. R., 179 B.G.B. saxon). — Depuis le Code pénal d'Empire, la justice privée est indifférente pénalement ; depuis le B. G. B. elle l'est devenue civilement. Donc, en supposant que le particulier qui veut se faire justice, emploie un moyen qui ne constitue pas en lui-même un délit pénal, l'acte restera impuni. Celui qui s'empare d'une chose appartenant à son débiteur, en vue de se procurer un gage, ne commettra pas de *vol*, car l'art. 242, Code pénal, exige l'intention d'appropriation illicite. Et la jurisprudence a jugé qu'il en était de même lorsque le créancier s'emparait de l'argent qu'on lui devait (148). Or, cet acte constituait avant le B.G.B. le délit public ou privé de justice privée (Peines privées romaines, Codes prussien, saxon, badois, etc.). — Mais l'acte restait quand même un délit civil spécial, en vertu de l'art. 179 du Code civil saxon, par exemple. Il ne constitue plus de dé-

(148) R. G. in Strafsachen, t. II, p. 184.

lit civil depuis le B.G.B., que s'il réunit les conditions de l'art. 823 (1382 français) (149).

2) Exceptionnellement, le B.G.B. prend en considération le but de justice privée, *pour déclarer licites des actes illicites en eux-mêmes*. En effet, l'art. 229 décide que « n'agit pas illicitement (handelt nicht widerrechtlich), celui qui... » ; suit l'énumération des actes que nous savons et qui constituent tous des délits pénaux ou civils, lorsqu'ils sont *commis dans des circonstances ordinaires*. Quelles sont les conséquences de cette disposition de l'art. 229 ? Du fait que les actes mentionnés sont déclarés licites, il en résulte les conséquences civiles ou pénales suivantes :

a) Ils ne pourront pas être frappés des peines comminées contre eux par le Code pénal.

b) La légitime défense ne pourra pas être opposée à ces actes.

c) Celui qui se fait justice dans les conditions prévues par l'art. 229 ne sera pas responsable, en principe, du dommage qu'il aura causé (150). Re-

(149) Heyer, p. 86 ; Wilfferodt, p. 36 ; Bücking, p. 23.

(150) Œrtmann, p. 672 ; Wilfferodt, p. 36 ; Plank, p. 379 ; Cosack, p. 349 ; Titze, p. 128 ; Heyer, p. 78, 95, 98, etc. Certains auteurs se sont posé la question si l'acte de justice privée était simplement licite, ou s'il y avait aussi *un droit subjectif*. Nous croyons que la question est dénuée d'intérêt pratique et renvoyons aux auteurs. Œrtmann, p. 661, 672 ; Léonhard, p. 207 et surtout Titze, p. 23, 33 ; Crome, p. 634, note 3 ; Endemann, p. 365.

prenons ces effets, en distinguant *les effets civils* et *les effets pénaux*.

A) *Effets au point de vue pénal* (151).

Du fait que les actes visés par l'art. 229 sont déclarés licites par le Code civil, il en résulte leur impunité. Pour qu'un acte soit puni par le droit pénal, il faut qu'il soit illicite. Le droit civil, *droit déterminateur*, a le pouvoir de déclarer les actes licites ou illicites, et les actes civilement licites, ne peuvent pas être frappés de peines par le droit pénal, droit *sanctionnateur*. « Le droit pénal est pour le droit civil un droit accessoire, dit Endemann (152). Il protège les rapports de droit ordonnés et reconnus par le droit civil, lorsqu'il y a un intérêt précis à les protéger ». Merkel n'est pas moins catégorique : « La question de savoir si un acte acte est licite ou non, dit-il (153), ne dépend que du droit civil ». L'art. 229 déclarant licites les actes qu'il énumère, il s'en suit qu'ils ne pourront plus être frappés de peines. « Les actes nécessaires et les actes de justice privée déclarés « non illicites » par les art. 228, 904 (et 229) deviennent par là-même non punissables, même s'il n'y a pas de disposition spéciale de l'art. 54 C. pénal. Car, *pas illicite* est un principe général qui exclut aussi le caractère punissable, et

(151) Titze, p. 24 ,32 ; Merkel Kollision, p. 30, 39.
(152) Page 363.
(153) Op. cit., p. 30.

d'autre part le B.G.B. est une loi nouvelle qui prévaut sur toutes les lois antérieures... » (154), dit Œrtmann (155).

Quels sont les actes qualifiés délits par le Code pénal, qui deviennent licites lorsqu'ils sont accomplis dans un but de justice privée, en vertu de l'art. 229 B.G.B. Ce sont en général des actes de violence contre les personnes ou les choses, par exemple : *la violation de domicile* (art. 123 St. G. B.) (156), qui peut être rendue nécessaire pour pouvoir saisir quelque chose ou arrêter le débiteur ; *la privation de liberté* (Freiheitsbéräubung, art. 239 St. G. B.), en cas d'arrestation du débiteur ; *les lésions corporelles* (Körperverletzungen, art. 223 St. G. B.) ; *le dommage aux choses*, lorsque le titulaire du droit détruit une grille, une serrure (art. 303), etc. ; enfin *la contrainte* (Nöthigung, art. 240 St. G. B.), consistant dans l'emploi de menaces ou de violences contre l'adversaire, pour le forcer à une action ou à une abstention.

Si le caractère licite au point de vue civil entraîne l'impunité, la réciproque n'est point vraie. Par le fait qu'un acte n'est pas puni par le droit pénal, il n'en résulte nullement qu'il est licite civilement. Nous avons vu que le droit pénal

(154) Page 668.
(155) Voir aussi p. 672 ; Plank, p. 379, 383 ; Cosack, p. 350 ; Heyer, p. 79.
(156) Strafgesetzbuch : Code pénal.

était un droit accessoire et que ses dispositions ne sauraient avoir une influence sur le droit civil (157).

Ansi, l'excès dans la légitime défense est impuni (art. 53,3 St. G. B.), lorsqu'il provient de la peur, la surprise ou la frayeur, mais n'en reste pas moins illicite civilement (158). De même, tandis que l'art. 54 St. G. B. excuse tout acte commis en état de nécessité, fût-ce une atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle d'une personne, les art. 228 et 904 B.G.B. ne déclarent licites que les atteintes aux choses

f) Effets civils (159). — L'art. 229 décidant que les actes énumérés par lui sont licites, lorsqu'ils sont commis dans un but de justice privée et sous les conditions déterminées par lui, il s'en suit que ces actes ne sauraient donner lieu à la responsabilité civile pas plus qu'à une action possessoire ou une annulation (ou résolution).

Les actes admis par l'art. 229 réunissent tous les conditions de fait de l'art. 823 B.G.B., c'est-à-dire qu'il y a dommage intentionnel, lorsque le titulaire du droit détruit, endommage ou enlève une chose ou bien use de violence envers la personne du débiteur. Mais comme ils sont déclarés licites, il n'y

(157) Endemann, p. 363; Merkel, p. 31; Cosack, p. 360.
(158) Cosack, p. 350.
(159) Voir Heyer, p. 98 s. Plank p. 379 ; Titze p. 129 ; Cosack, p. 349 ; Crome, p. 542.

aura pas réparation du dommage, car celle-ci implique qu'il y a eu acte illicite (160).

De même, en cas de mainmise sur une chose, il ne saurait y avoir d'action possessoire, car celle-ci implique qu'il y a *eu voie de fait défendue* (861 s. B. G. B.) (161).

Enfin la justice privée peut rendre licite une violation de contrat et empêcher ainsi la résolution du contrat (art. 325 B.G.B., 1184 C. civ. français). Supposons qu'une vente soit conclue entre Primus et Secundus. Primus l'acheteur paie la moitié du prix et prend livraison de la chose vendue. Secundus le somme de payer le reste à échéance. Comme Primus ne s'exécute pa, Secundus reprend la chose par justice privée dans les conditions de l'art. 229. Primus déclare le contrat résolu et agit en restitution du prix dont il avait payé la moitié. Il sera débouté, car la reprise de la chose ne constituera pas une violation fautive du contrat, étant licite en vertu de l'art. 229 B.G.B. (162).

g) Un troisième effet de la justice privée licite et qui touche au droit civil comme au droit pénal, c'est l'impossibilité d'user de la légitime défense contre l'auteur d'un acte de justice privée licite. En ef-

(160) La rubrique du titre 25 du B.G.B. porte : actes illicites. Le droit allemand fonde la responsabilité sur le caractère illicite de l'acte. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle établit une responsabilité pour actes licites (art. 904 B.G.B., etc.).

(161) Voir Heyer, p. 104.

(162) Voir Heyer, p. 103.

fet, pour qu'il y ait légitime défense, il faut *une attaque injuste* (art. 53 C. pénal, 227 C. civil).

Une dernière question qui se pose et celle des dépens. On peut supposer que le créancier a dû faire un voyage pour atteindre le débiteur ou encore qu'il a dû amener un serrurier pour forcer la porte. Qui supportera ces dépenses ? Comme le B.G.B. ne dit rien, on appliquera l'art. 91 C. P. O. par analogie ce qui fait que ce sera l'auteur de l'acte qui paiera s'il a usé de justice privée illégalement ; ce sera l'adversaire, si la justice privée était licite.

§ 5. *Correctifs.*

Nous avons déjà vu (163) que le B.G.B. avait, dans les art. 230, 231, ajouté trois correctifs à ce qu'avait d'excessif le droit accordé dans l'art 229. Ces correctifs sont :

1) La disposition selon laquelle l'ayant droit ne peut pas aller plus loin qu'il est nécessaire, pour réaliser son droit (230,1).

2) Les mesures complémentaires exigées en cas de mainmise sur une chose ou d'arrestation du débiteur (230,2,3,4).

3) La responsabilité, fondée sur l'idée de risque, de l'ayant droit en cas de justice privée illicite.

Nous allons reprendre chacune de ces dispositions :

(163) Page 209.

1) « La justice privée, nous dit l'art. 230, ne doit pas excéder ce qui est indispensable pour écarter le danger ». Cette disposition est d'une grande importance pratique ; plus d'un titulaire de droit emporté ou fougueux, hésitera avant d'entreprendre un acte dont il ne se sent pas capable de limiter la mesure. Comme elle est rédigée dans des termes assez vagues, n'établissant aucun critérium précis, il en résulte un large pouvoir d'appréciation du juge. Tandis que dans les art. 228 et 904 la loi établit un critérium de proportionnalité entre les intérêts en conflit, dans l'art. 229, il n'y a rien de tel. C'est pourquoi on peut citer ici les paroles de Saleilles (164) : « le juge redevient l'arbitre suprême de la vie sociale ».

On s'est demandé si l'art. 230, al. 1, avait sa raison d'être après l'art. 226 sur l'abus des droits. En effet, a-t-on dit, l'excès dans l'exercice de la justice privée serait tombé sous le coup de l''art. 226 (165). Les travaux préparatoires nous répondent que cette disposition s'imposait, à raison de sa grande importance pratique. « Dans l'exercice de la justice privée, nous disent les Motifs (166), l'ayant-droit ne doit pas aller plus loin que cela n'est nécessaire pour écarter le danger. L'idée semble aller de soi, mais a trouvé accueil dans le second

(164) Traduction de lOffice de législ. étrangère, sous art. 228 in fine.

(165) Willferodt, p. 31.

(166) Page 356.

alinéa (de l'art. 189, p. 1), *en raison de sa grande importance pratique* » (167). Et la Denkschrift s'exprime dans les mêmes termes. Nous pouvons ajouter que l'art. 226 eût été insuffisant, car il ne considère comme abus des droits que celui inspiré par l'intention de nuire.

Quoique l'art. 230, all. 1, n'établisse aucune règle de proportionnalité, ce critérium cependant rentrera dans les éléments d'appréciation du juge. Celui-ci devra tenir compte de la valeur des intérêts en présence. D'après la plupart des auteurs, ce qui devra être déterminant, ce sera le rapport entre le but poursuivi et les moyens employés. « Que dans la rupture d'une résistance, dit Léonhard (167 *bis*), la force des moyens employés doive être en rapport avec la valeur du but poursuivi, c'est tout à fait en harmonie avec ce qui est dit au texte ; car ce principe fondamental ne vaut pas seulement pour les particuliers, mais aussi pour les organes publics d'exécution qui brisent une résistance en vertu de leurs fonctions. Qu'on ne doive pas tirer du canon sur les moineaux, n'est d'ailleurs pas une disposition légale, mais une idée qui va de soi ». Le but de la justice privée étant d'éviter le danger de voir la réalisation d'une prétention devenir illusoire ou très difficile, le moyen employé doit être propre à réaliser ce but.

(167) Page 37.
(167 *bis*) Page 216, note 2.

Ainsi, si l'on veut obtenir une sûreté, on ne devra pas se saisir de plus de choses qu'il n'est nécessaire pour garantir le droit. Si l'enlèvement de la chose est suffisant, on ne devra rien détruire. Enfin, tant que la sûreté pourra être obtenue par un moyen quelconque n'atteignant que les choses, on ne devra pas recourir à l'arrestation du débiteur « Car on devra tenir pour non douteux, dit OErtmann (168), que la justice privée contre les personnes est une mesure plus grave que celle sur les choses. » Il y a donc une sorte de hiérarchie entre les moyens licites de justice privée.

Ce qui est certain, c'est qu'une stricte équivalence entre la chose saisie et le montant de la créance n'est pas exigée : on peut très bien saisir une montre valant 300 francs, pour la sûreté d'une créance de 100 francs (169).

Nous concluons donc que *tout se réduit à une question de fait* où les juges auront un large pouvoir d'appréciation, tiré d'éléments divers.

2) *Mesures complémentaires.*

Ces mesures constituent le correctif le plus important, car dans les cas où elles sont imposées par la loi, l'acte de justice privée est nécessairement soumis au contrôle des tribunaux, tandis que dans les autres cas, les juges n'auront à intervenir que si

(168) Page 673. Voir Plank, p. 384 ; Enneccerus, p. 603 ; Titze, p. 129.

(169) Voir Titze, p. 129.

la personne contre laquelle l'acte a été accompli soulève quelque contestation sur le fondement du droit ou la légalité de l'acte de justice privée. Comme on l'a vu plus haut (170) lorsque le titulaire d'un droit se fait justice en s'emparant d'une chose sur laquelle il n'a pas un droit spécial, réel ou de créance, dans le but de se procurer une sûreté, ou lorsqu'il procède à l'arrestation du débiteur, il devra immédiatement s'adresser aux tribunaux pour la légalisation de l'acte (art. 230, al. 2.3.). Celui-ci n'est en ce cas qu'une mesure provisoire de sûreté, ne lui conférant ni droit de gage, ni droit de rétention sur la chose saisie (171), pas plus qu'un droit de tenir séquestrée la personne arrêtée. L'acte de justice privée ne fait qu'assurer l'efficacité de mesures judiciaires ultérieures, qui deviendraient illusoires faute d'action immédiate. Comme le disent les motifs (172), « le but de titulaire ne peut être autre que de s'assurer les conditions de fait de l'Arrest. »

Pourquoi l'auteur de l'acte devra-t-il prendre ces mesures ? C'est que son acte est particulièrement grave, car il s'est emparé d'une chose ne lui appartenant pas, pour avoir une sûreté, que ni la convention, ni la loi ne lui avaient accordée. Or, comme le dit Heyer (173) : « la mainmise ne peut pas rem-

(170) Page 217 s.
(171) Plank, art. 230 ; Heyer, p. 69.
(172) Page 356.
(173) Page 64.

placer la tradition, comme dans le gage conventionnel, ni un acte de l'Etat, comme dans la saisie publique. » Dans ce cas, disent les Motifs (174),l'ayant-droit ne devient pas juge et partie dans sa propre cause... Concéder à l'ayant-droit un droit de rétention spécial sur la chose saisie, ne serait pas conciliable avec une considération équitable des intérêts du débiteur ». En effet, dans les cas où son acte est définitif, par exemple en cas de saisie d'une chose lui appartenant ou de rupture de résistance, le titulaire n'acquiert pas un droit nouveau : il ne fait que réaliser son droit ; au contraire, en cas de saisie d'une chose comme sûreté, c'est un droit nouveau, de gage ou de rétention qu'il s'agit d'acquérir; or, ce droit nouveau il ne peut pas le prendre de sa propre autorité, faute de convention, ce n'est que le tribunal qui peut le lui accorder. L'auteur de l'acte ne fera donc que s'assurer les conditions de fait des mesures judiciaires, conditions mises en danger par des circonstances exceptionnelles.

Voyons maintenant ce qu'aura à faire l'ayant-droit :

« Dans le cas d'enlèvement d'objets on doit, lorsqu'on n'obtient pas l'exécution forcée, demander par requête la saisie réelle, dit l'art. 230.2.

« Si on a arrêté l'obligé, on doit, lorsqu'il n'a été remis en liberté, demander la contrainte (saisie) personnelle à titre de sûreté au tribunal cantonal

(174) Page 356. Idem Denkschrift, p. 37.

dans le resort duquel l'arrestation provisoire a eu lieu ; l'obligé doit être conduit immédiatement devant le tribunal (al. 3.).

« Si l'on tarde de présenter cette requête ou si elle est rejetée, les choses saisies doivent être restituées aussitôt, et celui qui a été arrêté, remis en liberté ».

Donc, l'auteur de l'acte de justice privée, une fois celui-ci accompli, aura le choix entre trois mesures : 1° s'il a un titre exécutoire, il demandera l'exécution forcée et transférera ses droits aux organes d'exécution étatiques ; 2° s'il n'a pas de titre exécutoires, il devra requérir les mesures provisoires dont il s'agit dans l'art. 230, al. 2.3., mesures qui en lui donnant un droit de gage sur la chose saisie ou un moyen de contrainte sur la personne, lui permettront de faire valoir ses droits devant le tribunal; 3° s'il ne fait ni l'une ni l'autre de ces deux démarches, il devra restituer la chose ou remettre la personne arrêtée en liberté.

La première et la troisième mesure n'exigent pas d'autres explications, car tout est fini avec elles : dans le premier cas, l'ayant-droit obtiendra pleine satisfaction ; dans le troisième, tout ce qu'il aura fait sera anéanti. C'est le second cas qui est plus intéressant et nécessite des explications.

Celui, avons-nous dit, qui s'est emparé d'une chose sur laquelle il n'a aucun droit, ou qui a arrêté

le débiteur, devra demander l'*Arrest*, expression que nous traduirons par *contrainte provisoire* (175).

L'*Arrest* peut être *réel* (176) ou *personnel* (177), selon qu'il s'agit de la saisie d'une chose (*dinglicher Arrest*, art. 917, C.P.O.) ou de l'arrestation d'une personne (*persönlicher Sicherheitsarrest*, art. 918). La contrainte provisoire (Arrest) qu'elle soit réelle ou personnelle, ne peut être demandée que s'il s'agit « d'une créance de somme d'argent ou d'une prétention qui peut être convertie en créance de somme d'argent » (art. 916). La prétention peut être à terme ou sous condition. *La saisie réelle* aura lieu « lorsqu'il est à craindre que sans cette mesure l'exécution du jugement ne soit éludée ou rendue sensiblement plus difficile » dit l'art. 917 C.P.O. Quant à *la contrainte personnelle à titre de sûreté* elle n'a lieu « que si elle est nécessaire pour assurer sur les biens du débiteur l'exécution forcée, qui sans cela serait compromise » (art. 918). Ce dernier cas peut se présenter lorsqu'il y a crainte que le débiteur ne veuille fuir à l'étranger, dissiper son argent ou recéler des choses saisissables (178). En tout cas, la contrainte provisoire n'est pas une exécution forcée : elle n'est qu'une mesure de sûreté, comme la justice privée, mais émanant du tribunal, elle a plus de force, car elle confère un droit

(175) Voir C. P. O. Trad. dans Org. polit., adm. et législ. de l'Alsace Lorraine, 2e partie, t. IV. Paris, 1923. Art. 916.
(176) Art. 917.
(177) Art. 918.
(178) Protokolle, p. 243.

de gage. Elle répond aux mêmes besoins que la justice privée : éviter que la réalisation du droit ne soit compromise par le retard. C'est, comme le dit si bien Heyer (179), *un droit de nécessité judiciaire* (180) par opposition à la justice privée, *droit de nécessité extra-judiciaire*. Comme cette dernière est plus rapide, elle est permise dans les cas où la contrainte provisoire elle-même serait trop lente ; mais une fois le danger évité, la justice étatique reprend ses droits.

Quelle sera la procédure à suivre par l'auteur de l'acte de justice privée ? (181). S'il a saisi une chose, il se présentera devant le tribunal pour demander *la saisie réelle ;* s'il a arrêté le débiteur, il se présentera *avec ce dernier* et demandera *la contrainte personnelle à titre de sûreté*. Le tribunal, après un procès sommaire, rendra une ordonnance *d'Arrest*, sans examiner le fond de l'affaire. En vertu de l'ordonnance *d'Arrest*, il sera procédé à la saisie réelle ou à l'arrestation du débiteur, dans les conditions du droit commun (art. 930, 933 C. P. O.). Cette saisie conférera au titulaire du droit *un gage* sur les meubles, une *hypothèque* de sûreté sur les immeubles (930, 932 C. P. O.). Mais ce sera tout :

179) Page 110.

(180) La saisie personnelle est un cas de contrainte par corps, que le C. P. O. maintient pour le cas de nécessité. Pour plus de détails, voir art. 918, 933 ; sur un autre cas de contrainte par corps, voir art. 911 s. C.P.O.

(181) Voir Encyklopädie de Birkmayer, Berlin, 1904, Civilprocess *Stein*, p. 1013.

il n'y aura pas d'enlèvement ou de vente des objets saisis, car il ne s'agit pas d'une exécution forcée. « *L'Arrest n'est pas une exécution forcée accomplie,* lisons-nous dans l'Encyclopädie, de Birkmayer (182), *mais sert seulement à sa réalisation future.* » Après la prise de ces mesures conservatoires, aura lieu le procès sur le fond de l'affaire, qui pourra avoir deux issues : ou bien le bien-fondé de la prétention de l'ayant droit sera constaté, et alors il sera procédé à l'exécution forcée définitive, ou bien si les mesures n'étaient pas justifiées, le tribunal prononcera leur mainlevée et la partie saisissante devra réparer le dommage causé, *même sans faute* (art. 945 C. P. O.).

Effets de la non-exécution des obligations imposées par l'art. 230, *al.* 2, 3, 4.

L'échec de la tentative d'obtenir l'exécution forcée ou la contrainte provisoire, n'est pas en lui-même une cause de responsabilité civile. Il a uniquement pour effet d'obliger l'auteur de l'acte de justice privée, de restituer *sans retard* la chose saisie ou de remettre la personne arrêtée en liberté. Le fait de ne pas demander l'exécution forcé ou la contrainte provisoire rendra l'auteur responsable de sa faute, en vertu du droit commun, c'est-à-dire en cas de retard coupable (art. 823, 121) (183). Mais le fait

(182) Loc. cit., p. 1014.
(183) Plank, p. 384. Trad. office de législ. sous art. 230. Œrtmann, p. 672.

de ne pas conduire le débiteur arrêté devant le tribunal, comme celui de ne pas restituer la chose saisie ou mettre en liberté la personne arrêtée, comment sera-t-il sanctionné ? L'art. 230 al. 3 in fine et 4, nous dit que ces mesures doivent être prises *sans retard* (unverzüglich). C'est ce qui fait croire à certains auteurs, que, contrairement au premier cas, il faudra que, dans ce cas, l'auteur de l'acte répare le dommage, même si son retard n'est pas fautif (184). Faute de requérir les mesures imposées par l'art. 230, al. 2, 3, l'auteur sera responsable civilement en vertu de l'art. 823, à moins qu'il n'établisse que le retard n'est pas dû à sa faute (art. 121 B. G. B). Mais « si la justice refuse ou néglige les moyens de contrainte qu'on lui demande, dit Saleilles, l'acte d'appréhension personnelle ou réelle, doit cesser aussitôt; c'est un droit pour l'individu arrêté ou dont la chose a été saisie, de recouvrer ou sa chose ou sa liberté, de telle sorte que, *même si le retard opposé par son adversaire n'était dû à aucune faute de sa part*, il y aurait lieu à dommages-intérêts. ».

Troisième correctif. Art. 231 *B.G.B.*

« Celui qui a accompli l'un des actes énoncés à l'art. 229, dit l'art. 231 dans la supposition erronée, que les conditions exigées pour en exclure l'irrégularité se trouvaient exister, est obligé, vis-à-vis

(184) Plank, p. 384. Saleilles (Trad. off. législ. étrangère), sous art. 230.

de l'autre partie à la réparation du dommage, *même* si son erreur ne repose pas sur une négligence. » Nous ne reviendrons pas sur les raisons qui ont déterminé l'adoption de cette disposition exceptionnelle, ayant suffisamment insisté sur ce point dans la section précédente (185).

Si cet article n'existait pas, on appliquerait purement et simplement l'art. 823, en vertu duquel on n'est responsable que de sa faute ou sa négligence. Par conséquent, celui qui aurait usé de justice privée, en croyant, par une erreur excusable, que les conditions de l'art. 229 étaient réunies, ne devrait pas réparer le dommage causé. Il n'y aurait donc responsabilité civile qu'au cas d'erreur non excusable ou de négligence grave (186). L'art. 231 en rendant responsable l'auteur de l'acte de justice privée, même en cas d'erreur excusable, crée un cas de responsabilité sans faute, fondée sur un pur risque (187). Le caractère licite ou illicite de l'acte sera donc apprécié d'une façon purement objective : du moment que les conditions posées par l'art. 229 feront défaut, l'acte sera illicite; aucun élément subjectif ne sera pris en considération. Et les conséquence de ce point de vue seront les suivantes : l'auteur sera obligé de réparer le dommage, et la vic-

(185) Page 211.

(186) Plank, p. 384 ; Œrtmann, p. 675 ; Heyer, p. 100.

(187) Nous avons vu plus haut (p. 212) que ce n'était pas le seul cas de responsabilité fondée sur l'idée de risques admise par le B. G. B.

time aura le droit de légitime défense contre lui (188). Mais les auteurs ne sont pas d'accord sur les conséquences pénales du caractère illicite donné à l'acte. Il est logique de dire que, l'acte n'étant plus couvert par le Code civil, il tombera sous le coup des dispositions du Code pénal qui le visent. En effet, si les peines du Code pénal n'étaient plus applicables, c'était parce que l'art. 229 déclarait les actes énoncés licites. Mais, du moment que les conditions de l'art. 229 ne sont pas remplies et que l'art. 231 déclare qu'en ce cas, l'acte n'est plus licite, le Code pénal reprend ses droits. Endemann soutient cependant, que la pénalité ne découle pas du tout de l'obligation de réparer (189). La pénalité peut ne pas résulter de l'obligation de réparer; mais elle résulte du fait que l'art. 231 en obligeant à réparer, retire par là même, le caractère licite à l'acte. Et Titze pose très bien la question (190) « Endemann, dit-il, pose la question de savoir si la pénalité n'intervient pas du moment que l'obligation de réparer existe (et il la résoud négativement). Nous ne comprenons vraiment pas cette question. Car les deux effets juridiques sont pleinement indépendants l'un de l'autre. Si un acte qui n'est plus couvert par la justice privée licite et par suite qui reste contraire au droit, est puni ou non, cela dépend si dans la circons-

(188) Endemann, p. 384 ; Plank, p. 385 ; Titze, p. 228 ; Heyer, p. 100, etc.

(189) Page 384, note 2.

(190) Page 130, note 38.

tance les conditions de l'art. 59 C. pénal existent ou non. Si elles existent, la peine tombe, sans considération du fait si le B. G. B. prévoit ou non une obligation de réparer. »

Titze raisonne avec beaucoup de logique : l'art. 229 du B. G. B. déclare exceptionnellement licites, certains actes frappés de peines par le B. G. B.; ceci exclut la peine en ces cas. L'art. 231 décidant que si les conditions de l'art. 229 n'existent pas *objectivement*, les actes redeviennent illicites, le Code pénal reprend ses droits. Que les peines s'appliquent ou non, ceci est l'affaire du Code pénal uniquement, qui s'inspirera des dispositions qui lui sont spéciales, notamment de l'art. 59, relatif à l'erreur sur l'existence de certains éléments constitutifs du délit. Donc les actes prévus par l'art. 229, seront punis ou non, selon que l'art. 59 du Code pénal ne sera pas ou sera applicable.

Nous avons dit que l'acte *objectivement* illicite, obligera à réparation du dommage, indépendamment de toute faute. Il faut, logiquement, déduire que la réciproque sera tout aussi vraie. L'acte restera donc licite lorsque les conditions de l'art. 229 seront réunies, même si son auteur croyait agir illicitement ou était incapable. En effet, le point de vue objectif jouant au détriment de l'auteur de l'acte, il est non seulement logique, mais équitable, qu'il joue aussi à son profit. Du moment qu'on fait table rase de l'élément subjecif, ce sera dans toutes

les circonstances (191). La loi n'a fait ici qu'appliquer le vieil adage : *plus est in re, quam in existimatione mentis* (192). L'acte réunissant les conditions de l'art. 229 sera donc licite, même si son auteur était incapable ou croyait agir d'une façon illicite.

Une question controversée est celle de savoir si la responsabilité établie par l'art. 231 rentre dans le principe général des art. 823 s., étant alors soumise à tous ses effets (courte prescription, art 852,etc) ou bien obéit à des règles propres, étant une disposition exceptionnelle. Les auteurs sont partagés sur ce point. Léonhard (193) considère cette disposition comme créant une responsabilité spéciale, non soumise aux règles des art. 823 s. et par suite il déclare la courte prescription de l'art. 852 inapplicable ici. Mais la plupart des auteurs font rentrer cette responsabilité dans le cadre de la responsabilité pour actes illicites des art. 823 s. En effet, l'acte de justice privée qui ne réunit pas les conditions de l'art. 229 *est illicite*, car il oblige à réparation du dommage (194). Or, les actes illicites sont régis par les art. 823 s. qui se trouvent sous la rubrique : *actes illicites*. Et comme au titre même des actes illicites

(191) Titze, p. 124. Œrtmann, p. 662, 673, 75 ; Schocke p. 50.
(192) Œrtmann, p. 672.
(193) Page 217.
(194) Plank, p. 386°; Œrtmann, p. 675 ; Titze, p. 129 ; Endemann, p. 383 ; Wilfferodt, p. 41.

nous trouvons des actes obligeant à la réparation du dommage, sans qu'il y ait faute (art. 829, 833, 835, etc.), actes dont personne ne contestera qu'ils soient soumis aux effets généraux des actes illicites, notamment à la courte prescription (194 *bis*), rien n'empêche qu'il n'en soit de même pour la responsabilité de l'art. 231 B. G. B. « Si nous n'avons pas ici affaire à une responsabilité pour faute, nous avons quand même affaire à une responsabilité pour actes illicites. Et c'est pour cela que le droit à des dommages-intérêts de l'art. 231, doit être soumis à la courte prescription (3 ans) de l'art. 852, al. 1 », dit Titze. Oertmann est tout aussi catégorique : « La responsabilité est sans aucun doute délictuelle, dit-il ; elle n'est donnée que si l'acte putatif de justice privée remplit les conditions de fait d'un acte illicite. La particularité réside seulement dans les conditions de fait subjectives ; mais de ce que par là le fondement de la responsabilité ne devient pas nécessairement un autre, cela est suffisamment établi par de nombreuses analogies de responsabilité sans faute. »

L'acte de justice privée tombant sous le coup de l'art. 231 est donc illicite. Il sera soumis à toutes les conséquences résultant du caractère illicite d'un acte. La prescription sera de trois ans, la victime aura le droit de légitime défense, l'auteur sera obli-

(194 *bis*) Enneccerus, p. 536 s. ; Crome, p. 542.

gé de réparer le dommage, enfin, la pénalité ne sera plus exclue.

Une dernière question se pose. Cette responsabilité pour risques existera-t-elle toujours, même en cas d'inobservation des prescriptions de l'art. 230, ou seulement lorsque les conditions de l'art. 229 ne seront pas remplies. En nous tenant à la lettre de l'art. 231, il semble qu'il ne vise que les conditions de l'art. 229. Mais en nous fondant sur les raisons qui ont motivé cette disposition, telles qu'elles résultent des travaux préparatoires (195), et qui tendent à assurer à la partie adverse, le maximum de garanties, nous croyons que la disposition de l'art. 231 vaut tout autant pour l'art. 229, que pour l'art. 230. C'est ce que décide Crome (196), qui met sur le même plan le défaut de l'une des conditions de l'art. 229, l'excès dans la justice privée (230-1), et l'inobservation des obligations imposées par l'art. 230, al. 2, 3, 4.

Nous en avons ainsi fini avec l'étude de la justice privée prévue par les art. 229-231 B. G. B. Nous avons vu que les dispositions de ces art. établissaient un principe général : *celui de l'état de nécessité justifiant des actes de justice privée agressive*. La justice privée des art. 229-231, se caractérisait donc par le fait qu'elle avait à sa base un état de nécessité, c'est-à-dire *l'alternative entre un acte*

(195) Page 211, plus haut.

(196) Page 542, Idem Enneccerus, p. 603.

illicite à commettre et un dommage à subir. Nous passons maintnant à une seconde catégorie d'actes de justice privée, qui ne peuvent être rattachés à un principe général; ils sont inspirés de considérations pratiques, consistant surtout dans les avantages de *rapidité*, de *simplification* et *d'économie de frais* qu'ils présentent, avantages importants vis-à-vis du danger minime qu'ils pourraient constituer pour l'ordre public. Ces cas se distinguent de ceux de l'art. 229, *en ce qu'ils ne sont pas des cas de nécessité;* il n'y a pas impossibilité d'intervention de l'autorité, et les moyens employés ne sont pas généralement illicites, ou bien ils sont très peu graves. C'est pourquoi ils ne seront pas soumis aux conditions des art. 229-231, dont la raison d'être est précisément de servir de contre-poids à la gravité des actes exceptionnellement licites. Nous allons donc, dans une troisième section, étudier les cas particuliers de justice privée se trouvant dans le B. G. B.

Quant à la saisie privée du droit rural allemand, comme elle ne se trouve pas dans le B. G. B., nous lui consacrerons un appendice spécial.

Section III. — *Cas particuliers de justice privée se trouvant dans le B. G. B.*

§ 1[er]. — Le cas le plus important est le droit de justice privée du possesseur (art. 859 B. G. B.). Voici ce que dit cet article :

« Le possesseur peut, par la force, repousser la voie de fait défendue.

Si une chose mobilière lui est enlevée par voie de fait défendue, il peut la reprendre par la force à l'auteur surpris en flagrant délit ou poursuivi sur-le-champ.

Si la possession d'un immeuble a été enlevée par voie de fait défendue, le possesseur peut, aussitôt après sa dépossession, déposséder l'auteur en employant lui-même la force.

Les mêmes droits appartiennent au possesseur contre celui auquel on peut opposer l'exception de possession vicieuse d'après l'art. 858, alinéa 2. »

Art. 860. — « L'exercice des droits conférés au possesseur par l'art. 859 appartient aussi à celui qui exerce le pouvoir effectif au profit du possesseur, conformément à l'art. 855 ».

Nous nous trouvons ici en présence d'une institution hybride, qui tient de la légitime défense et de la justice privée (stricto sensu). L'alinéa 1 de l'article 859 est un cas de légitime défense : le possesseur repousse par la force celui qui veut lui enlever la chose possédée. C'est une application à la possession, de l'art. 227 (197). Mais les alinéas 2 et 3 de l'art. 859 sortent du cadre de la légitime défense et se rapprochent de la justice privée (hoc sensu). En effet, pour que la légi-

(197) Trad. office législ. étrangère, t. II, art. 859 ; Schocke, p. 56 ; Wilfferodt, p. 46 ; Cosack, t. II, p. 87.

time défense soit admise, il faut une attaque *actuelle* (art. 227) (198). Une attaque est actuelle, lorsqu'elle n'est pa encore achevée. « Quand il en est ainsi, dit Œrtmann, cela ne dépend en fin de compte que de l'état des choses particulier. Ainsi l'attaque est achevée en cas d'enlèvement de choses, quand elles ont déjà passé dans la possession du voleur, même s'il ne les a pas encore portées dans sa maison ou dans une cachette ». Par conséquent, lorsque l'agresseur s'est déjà mis en possession, l'attaque est achevée : il n'y a plus de légitime défense possible. L'acte par lequel le dépossédé récupère sa chose en vertu des al. 2 et 3 de l'art. 859, *est une attaque, donc un acte de justice privée*. « La poursuite de l'auteur contient une nouvelle attaque, dit Œrtmann, de la part de celui qui était jusqu'ici l'attaqué; *autrement l'art.* 859 *serait inutile à côté de l'art.* 227 » (199). Et ceci doit être mis en évidence, car on a soutenu que l'art. 859 faisait double emploi avec l'art. 227 (200). Mais cet acte de justice privée n'est pas non plus celui prévu par l'art. 229 : l'art. 859 ne fait pas double emploi avec l'art. 229. En effet, ce dernier pose comme condition que « l'intervention de l'autorité ne puisse avoir lieu à temps et qu'en n'agissant pas immédiate-

(198) Plank, p. 378 ; Œrtmann, p. 658 ; Cosack, p. 347 (t. I).

(199) Page 658. Idem Cosack, t. II, p. 87[e]; Endemann, p. 368.

(200) Titze, p. 78.

ment, on court le risque que la réalisation de la prétention soit rendue impossible ou essentiellement difficile. » Or, l'art. 859 ne formule pas une pareille exigence. « C'est ici que git la force de son droit de justice privée (du possesseur), s'exclame Cosack (201); car les autres ayants droit ne peuvent faire usage d'une pareille attaque *que dans des cas de nénécessité*, lorsqu'il y a danger dans le retard et que l'aide de l'autorité ne peut pas être obtenue. »

La justice privée de l'art. 859, al. 2, 3 se distingue encore de celle de l'art. 229, en ce qu'elle n'est pas soumise aux correctifs des art. 230, 231 (202).

Pourquoi la justice privée en matière de possession est-elle plus large ? C'est que le possesseur qui attaque pour reprendre sa possession est dans une situation assez proche de celle de la personne en état de légitime défense : il ne procède à l'attaque que parce que celle-ci a été provoquée par une agression injuste; en somme c'est d'une contre-attaque qu'il s'agit, plutôt que d'une attaque. Et nous pouvons même dire que *c'est une différence de technique juridique* qui sépare la justice privée de l'art. 259 de la légitime défense, car ce n'est que parce que l'art. 227 exige une attaque *actuelle*, c'est-à-dire non achevée, de l'adversaire, que l'acte prévu

(201) T. II, p. 88.

(202) Voir aussi Saleilles. Possession des meubles, p. 9; Wilfferodt, p. 46.

par l'art. 859 n'est pas un acte de légitime défense (203).

Il y a cependant une limite posée à la justice privée de l'art. 859 : le dépossédé doit agir immédiatement après la dépossession (204). Cette exigence est une innovation du B. G. B. par rapport au droit antérieur. En effet, celui-ci permettait au possesseur d'un immeuble, dépossédé en son absence, sans qu'il le sût, de se remettre en possession par justice privée, dès qu'il avait eu connaissance de la dépossession (205). Le B. G. B. après l'A. L. R. (1, 7, 141) et le Code civil saxon (art. 181), ne l'admet plus. Et la Denkschrift en donne les raisons suivantes : « Mais dans ce cas, dit-elle, il pourrait passer un espace de temps considérable, entre la dépossession et l'expulsion de l'usurpateur, et en pareil cas, la justice privée entraînera facilement des perturbations graves et des troubles de la paix publique. En outre, dans les circonstances actuelles, on peut facilement obtenir l'aide de l'autorité contre des atteintes par voie de fait à la possession ».

(203) Le droit romain d'après Savigny (op. cit., p. 14 et 418) considérait la reprise violente de la possession comme un acte de légitime défense. « Il n'y a pas deux dépossessions qui se succèdent, dit-il (p. 418) : il n'y a qu'un seul et même fait par lequel le possesseur protège sa possession par la violence ». Sur l'intérêt qu'il attache à cette idée, voir p. 14 et 418 s. — V. Code 8.4.1 ; D. 43.16.17 ; 43.6.3.9

(204) In continenti, confestim, disent les textes romains cités.

(205) Denkschrift, p. 110.

Nous avons dit que l'art. 859 ne posait pas la condition de l'impossibilité d'intervention de l'autorité et de danger dans le retard : donc, en la forme il ne consacrait pas un état de nécessité. Cependant, nous croyons qu'il s'agit encore d'un cas de nécessité. Le fait que l'art. 859 ne l'exprime pas n'empêche pas que la disposition repose sur la nécessité. D'ailleurs, l'art. 227 sur la légitime défense n'exige pas non plus la condition du danger dans le retard et de l'impossibilité d'intervention de l'autorité. Et pourtant, qui contestera que ces raisons sont à sa base ?

Dans l'art. 859 il y a une alternative entre *un acte illicite à commettre* (violence contre la personne) et *un dommage à subir* (perte de la possession). Et c'est aussi l'impossibilité d'intervention à temps de l'autorité qui justifie l'acte de justice privée. En effet, le dépossédé, lorsqu'il s'agit d'un meuble, risque de perdre la trace de l'usurpateur, et l'action possessoire qu'il intenterait après serait illusoire ; lorsqu'il s'agit d'un immeuble, il court le danger de voir sa prétention devenir « essentiellement plus difficile », car il devra subir les difficulté de la preuve et les frais du procès. — *Nous sommes donc en présence d'un véritable cas de nécessité* : si les conditions de celui-ci ne sont pas exigées, elles n'en sont pas moins tacitement à la base de l'art. 859.

A qui appartient le droit de l'art. 859 ? Au possesseur et à celui qui exerce le pouvoir effectif à son profit, en vertu de l'art. 855, nous dit l'art. 860.

Qui est possesseur en droit allemand ? Le B.G.B. considère comme possesseur, non seulement celui qui a *l'animus domini*, mais aussi celui qui exerce le pouvoir effectif (art. 854). Le premier est possesseur médiat (art. 868), le second possesseur immédiat (art. 854) : dans cette catégorie rentrent l'usufruitier, le créancier gagiste, le locataire, le dépositaire, etc., (art. 868), personnes considérées comme détenteurs en droit français et dans la théorie classique de la possession. Comme détenteurs, le B.G.B. ne considère que « celui qui exerce le pouvoir effectif *au profit d'un autre* vis-à-vis duquel il se trouve dans la situation d'un administrateur de ménage ou d'industrie, ou dans une toute autre situation en vertu de laquelle il doit suivre les instructions de l'autre relatives à la chose » (art. 855) (206). Si les personnes des deux premières catégories sont des possesseurs, avec toutes les prérogatives qui s'y rattachent, les personnes visées par l'art. 855 ne le sont pas, et n'ont pas les actions possessoires. Logiquement, ils ne devraient pas avoir le droit de justice privée non plus, car les actions possessoires et la justice privée sont tous les deux des moyens de protection de la possession. Le législateur le leur a pourtant accordé, et ceci en partant de considérations pratiques : il a pensé que si les actions possessoires pouvaient être utilement exercées par le possesseur, qui a un an pour agir, il n'en était plus de même

(206) V. Cosack, p. 88 s. t. II.

pour la justice privée qui exige la rapidité. En effet, les préposés doivent pouvoir agir dans les cas d'absence du maître (207). A défaut de la disposition de l'art. 860, les détenteurs n'auraient eu que les droits des articles 227 et 229, qui sont insuffisants, comme on l'a vu (208). Cosack a soutenu que le droit de justice privée n'appartenait, par contre, pas au possesseur médiat : il se fonde pour cela sur le silence de la loi qui ne l'accorde qu'au détenteur expressément. En outre, l'art. 869 qui concède au possesseur médiat les actions possessoires (861, 862) n'en fait pas autant pour la justice privée (859). A contrario donc, il refuse le droit de justice privée au possesseur médiat.

Nous ne croyons pas que l'argument à contrario soit aussi concluant ; en revanche, nous pensons que les termes généraux de l'art. 859 (« le possesseur »), et l'assimilation des deux catégories de possesseurs faite par l'art. 869, sont de nature à entraîner la conclusion que la justice privée appartient aussi bien au possesseur médiat qu'au possesseur immédiat.

Contre qui le droit de justice privée sera-t-il exercé ? Contre l'auteur de la voie de fait illicite en première ligne (art. 859). Est voie de fait illicite celle par laquelle on retire la possession au posses-

(207) V. Saleilles, possession des meubles, p. 10 ; Cosack, loc. cit.

(208) Voir Saleilles, avec plus de détails.

seur ou on le trouble dans sa possession (art. 858, al. 1), à moins qu'on ne se trouve dans les cas permis par la loi (228, 229, 904).

En second lieu, contre celui auquel on peut opposer l'exception de possession vicieuse (859, al. 4), c'est-à-dire au successeur à titre universel du possesseur, ou à l'acquéreur à titre particulier qui a eu connaissance du vice de la possession de son auteur (art. 858, al. 2).

En supposant que le possesseur excède les limites dans lesquelles ce procédé lui et permis, il sera responsable en vertu de l'art. 823, à moins que les conditions de l'art. 229 ne soient réunies ; sinon il tombera sous le coup de l'art. 231 (209).

§ 2. — Un cas particulier de justice privée qu'on peut rapprocher de celui de l'art. 859 est celui de l'art. 1029, qui s'exprime ainsi : « Lorsque le possesseur d'un fonds de terre est troublé dans l'exercice d'une servitude inscrite au livre foncier au profit du propriétaire, il y a lieu d'appliquer par analogie les dispositions relatives à la protection possessoire, si la servitude a été exercée dans l'année qui a précédé le trouble, ne fût-ce qu'une seule fois ». Cette disposition très large étend au possesseur d'une servitude *les dispositions relatives à la protection possessoire*, ce qui comprend à côté des

(209) Trad. Office de législ., t. II art. 859.

actions possessoires, le droit de justice privée de l'art. 859.

Le possesseur de la servitude pourra donc défendre par la violence tout trouble à sa possession. Il pourra ainsi détruire le mur qui s'opposerait à son passage (210).

§ 3. — Une autre disposition du B.G.B. accordant un droit de justice privée est celle de l'art. 561 « Le bailleur, dit cet article, peut empêcher, même sans intervention de justice, l'enlèvement des choses soumises à son droit de gage, en tant qu'il a le droit de s'y opposer, et si le preneur quitte les lieux, les prendre en sa possession ».

Le bailleur d'un immeuble, qui a un droit de gage sur les choses apportées par le preneur (art. 559), peut réaliser ce droit en empêchant *de sa propre autorité* le preneur d'enlever les choses soumises à son gage ou en en prenant possession au cas où ce dernier quitterait les lieux. C'est un acte de justice privée, car le bailleur procède de sa propre autorité à la réalisation ou exécution de son droit de gage. Ce cas de justice privée diffère de ceux admis par l'art. 229, en ce qu'il n'est pas soumis aux conditions de cet article, pas plus qu'aux correctifs des art. 230, 231. Et ceci est dû encore à ce que l'acte du bailleur ne présente pas de gravité, n'étant pas un acte tombant ordinairement sous le coup des

(210) Voir Cosack, III, p. 197.

lois pénales ou civiles (211). En outre, les mesures de l'art. 230, al. 2 seraient ici dépourvues de sens, le bailleur ayant déjà un droit de gage ; or, l'art. 230, al. 2 imposant la saisie réelle a justement pour but de conférer un tel droit au saisissant (212).

Quoique l'acte du bailleur ne présente pas les caractères d'un droit de nécessité, il s'en rapproche cependant par le fait que le bailleur court le danger de perdre son gage. C'est probablement cette considération en même temps que le désir d'éviter les lenteurs et les frais de justice qui a inspiré les auteurs du B.G.B. dans cette disposition. Si les choses ont déjà été enlevées, le bailleur aura le droit de justice privée dans les conditions de l'art. 229-231. La justice privée du bailleur est étendue au fermier et au cabaretier par analogie (art. 581, 704).

§ 4. — Un autre cas de justice privée d'après la plupart des auteurs (213) serait le droit du propriétaire d'un immeuble de couper les branches et racines d'un arbre, qui empiètent sur son fonds (art. 910) (214).

(211) Pourtant, nous verrons que la jurisprudence française n'admet pas ce droit de justice privée.

(212) Wilfferodt, p. 44 ; Trad. office législ. art. 561; Endemann, p. 389.

(213) Plank, p. 384 ; Endemann, p. 384 ; Enneccerus, p. 604 ; Crome, p. 542, etc.

(214) Art. 673 français. Voir aussi à Rome.

§ 5. — Enfin, les auteurs citent aussi parmi les cas de justice privée, le droit reconnu au propriétaire d'un essaim d'abeilles de pénétrer sur le terrain d'autrui pour le pourchasser (art. 962) (215). Ce droit, comme le précédent, imposé par des raisons pratiques, n'est pas soumis non plus aux conditions des art. 229-231. Il a de particulier l'obligation qui en résulte de réparer le dommage causé ; c'est un cas de réparation pour actes licites (analogie avec enclave, art. 904 B.G.B., etc.) (215 *bis*).

§ 6. — Une disposition analogue se trouve dans les art. 867, 1005, permettant au propriétaire d'une chose de pénétrer sur un fonds étranger pour rechercher la chose qui s'y trouve par hasard, sous l'obligation de réparer le dommage causé.

S'il y a obligation de réparer le dommage, il n'en reste pas moins que la permission de la loi est utile, car dans les deux cas, on ne pourra pas opposer la légitime défense à ces actes déclarés licites.

§ 7. — Les Motifs (216) posent la question de savoir si le pouvoir des parents et du tuteur d'employer la force pour ramener les enfants et les pupilles en fuite, tombe sous le point de vue de la jus-

(215) Loi française du 4 avril 1889, art. 9.

(215 *bis*) Enneccerus, p. 604 ; Crome, p. 542 ; Titze, p. 34 ; Plank, p. 384.

(216) Page 354.

ic ptrivée, ou s'il ne s'agi pas plutôt de l'exercice d'un pouvoir employé dans un intérêt public. Ils laissent la question indécise.

§ 8. — On peut encore citer le droit de vente privée, (Selbsthilfeverkauf) prévu par les art. 383-86 B.G.B., selon lesquels le débiteur est autorisé à vendre les choses non susceptibles de consignation au cas où le créancier est en demeure (217).

§ 9. — Enfin, nous savons que le Code civil allemand consacre formellement et d'une façon large, *le droit de rétention* et *l'exception n. a.c.* (273, 74 ; 320 s.), qui peuvent être considérés comme des cas de justice privée, car il s'agit d'un créancier *qui prend une garantie de sa propre autorité* : dans le premier cas, en refusant de restituer une chose appartenant à son débiteur, dans le second en refusant d'exécuter son obligation jusqu'au moment où le débiteur remplira la sienne (218). En outre, d'après le B.G.B., la compensation (art. 388) s'opère par déclaration de volonté ; de même la résolution se produit par déclaration de volonté (219) (art. 325 B.G.B.). Ces solutions sont dues, comme on l'a déjà dit (219 *bis*), au large pouvoir donné par le légis-

(217) Voir Saleilles. Obligations, p. 42.
(218) Voir Saleilles. Obligations, p. 47 et 183.
(219) Saleilles, p. 42, 195. — Baudry et Barde, op. cit., t. II, p. 115. Capitant Cause, p. 340, 2e éd.
(219 *bis*) Page 183.

lateur allemand à l'initiative privée et au souci d'éviter autant que possible le recours à la justice.

On s'est demandé si l'art. 231 était applicable aux cas particuliers de justice privée. Léonhard (220) cite l'opinion de Rehbein et Kullenbeck qui soutiennent que la disposition de l'art. 231 n'est pas propre aux cas de justice privée de l'art. 229, mais qu'elle s'étend à tous les cas. Wilfferodt (221) veut étendre la disposition de l'art. 231 à la justice privée en matière de possession (art. 859) et cela en considération du fait que le législateur a voulu protéger la victime de l'acte de justice privée contre tout acte illicite, *le caractère illicite étant apprécié objectivement :* celui donc qui a agi en dehors des conditions de l'art. 859, en croyant qu'il en avait le droit, sera responsable même sans faute de sa part. En outre, il considère l'art. 859 comme une application particulière de l'art. 229, modifié seulement dans certaines conditions.

Nous croyons que la disposition de l'art. 231 n'est applicable qu'à la justice privée de l'art. 229. En effet, les termes mêmes de l'art. 231 semblent restreindre la disposition aux cas de l'art .229 : « celui qui a fait l'un des actes énoncés en l'art. 229 », dit l'art. 231. En outre, cet article contient une disposition exceptionnelle et contraire aux principes généraux du B.G.B. Or, nous savons que les dispo-

(220) Page 217, note 3.
(221) Page 48.

sitions d'exception s'interprètent restrictivement ; elles ne sont pas susceptibles d'extension par analogie. Et les travaux préparatoires eux-mêmes affirment le caractère exceptionnel et d'interprétation stricte de la disposition. Le Protocole (222) nous dit « qu'on créerait une disposition spéciale qui, à défaut d'une autre disposition particulière de la loi, *ne permettrait pas une application analogue à des cas similaires* ».

Enfin, le fait que les cas particuliers ne sont soumis ni aux conditions de l'art. 229, ni aux correctifs de l'art. 230, prouve, comme nous l'avons déjà dit, que le législateur a voulu se montrer moins sévère pour des cas de justice privée, ne présentant pas les dangers des cas de justice privée nécessité, qui pour la plupart consistent dans la commission d'actes illicites assez graves. Quant à l'art. 859, si nous ne croyons pas que la justice privée qu'il prévoit tombe sous le coup de l'art. 231, c'est, nous l'avons dit, parce que l'auteur de l'acte est en quelque sorte attaqué lui-même.

(222) Page 244.

APPENDICE

La saisie privée du Droit rural allemand (223)

Cette saisie est une vieille institution allemande qu'on trouve déjà dans les lois barbares (L. Salique, t.2; L. Ripuaire, t.82; L. des Burgondes, t.22; L. des Wisigoths, t.19, etc) (224). On la retrouve dans toute l'évolution du droit allemand, au Moyen-âge (225), après la Réception du droit romain, dans les droits particuliers (A. L. R. Prussien I, 14, 413 ; L. R. bavarois II.6.24 ; B.G.B. saxon, art. 488-494, etc.). Tandis que les différentes saisies germaniques ont peu à peu disparu sous l'influence du droit romain (saisie pour dettes incontestables, saisies féodales, saisie du bailleur, etc) (226), la saisie privée rurale se maintint. Cependant, les Romanistes essayèrent de la soumettre aux conditions de l'état de nécessité, c'est-à-dire d'exiger le danger dans le retard et l'impossibilité d'obtenir l'aide judiciaire. Mais cette restriction ne pénétra pas dans les droits particuliers et disparut bientôt même du droit commun, étant en opposition avec la tradition germanique comme le remarque Gierke (227). La saisie

(223) Gierke, op. cit., p. 338 s. et bibliographie ; Léonhard, p. 217 ; Crome, p. 542 ; Endemann, p. 384 ; Œrtmann, p. 770 s. ; Motifs p. 359, etc.
(224) Citées par Gierke, p. 339 s.
(225) Voir plus haut, p. 140 s.
(226) Heyer, p. 50.
(227) Page 344 ; Heyer, p. 50.

privée continua à se développer comme institution purement germanique, avec des variations selon les différents droits particuliers. Le B.G.B. considéra qu'il fallait laisser la réglementation de cette institution aux droits particuliers : « Il s'agit d'une institution juridique anormale, disent les Motifs (228) en étroite relation avec le droit rural des Etats particuliers, dont l'existence actuelle ne peut donner lieu qu'à l'examen de la question de savoir si, et dans quelle mesure son maintien doit être laissé à l'appréciation des droits particuliers par *la loi d'Introduction du B.G.B.* ». Cette dernière, donc, dans son *art.* 89, décida le maintien des « dispositions législatives des Etats sur la saisie des choses, permises dans le but de protéger les immeubles et leurs produits, y compris les dispositions sur le paiement des deniers de gage et d'indemnité ». Comme lois particulières, nous pouvons citer *la loi prussienne du 1^er^ avril 1880 sur la police forestière et rurale* et *la loi bavaroise du 6 mars 1902 sur les dommages aux champs* (229).

1) *Nature et fondement du droit.* — C'est un droit de justice privée, car il s'agit d'une exécution de propre autorité par l'ayant-droit. Tous les auteurs la considèrent ainsi, et en traitent à propos de

(228) Page 354.

(229) Cette institution existe en France (L. 4 avril 1889); en Angleterre (distress dammage feasant), en Autriche (art. 1321, C. civil), en Suisse (art. 57, Code des obligations) etc.

la justice privée. Les Motifs eux-mêmes en parlent à ce propos (230). Sur quoi se fonde ce droit ? La plupart des auteurs considèrent que, contrairement à la justice privée de l'art. 229, la saisie privée n'est pas fondée sur l'état de nécessité. Elle n'est pas subordonnée à la condition du danger dans le retard et de l'impossibilité d'intervention de l'autorité. Elle aurait pour base la nécessité pour le propriétaire du fonds de s'assurer une preuve en même temps qu'une garantie pour la réparation du dommage. Mais cela la rapproche de la justice privée nécessité, car le propriétaire ne procède à la saisie du bétail qui empiète sur son fonds *que parce qu'il est en danger de voir la réalisation de sa prétention devenir illusoire ou très difficile, faute de pouvoir faire la preuve du dommage ou d'avoir une sûreté.* Il est vrai que l'existence de ce danger n'est pas exigée, pas plus que l'impossibilité d'intervention de l'autorité. Mais en fait, c'est toujours ainsi que se passent les choses, car le propriétaire qui trouve du bétail étranger sur son fonds, a rarement la possibilité de trouver dans la proximité un agent de l'autorité. Heyer, qui appelle la saisie privée « *un droit de nécessité improprement dit* », après avoir constaté que les conditions propres à l'état de nécessité ne sont pas exigées, ajoute : « Mais la nécessité est certainement présumée dans cette institution » (231).

(230) Motifs, p. 354 ; Crome, p. 542 ; Cosack, p. 348 ; Endemann, p. 384, etc.

(231) Page 110.

Nous croyons donc que si l'état de nécessité ne résulte pas de la construction technique du droit de saisie privée, il n'en forme pas moins sa raison d'être.

2) *But de la saisie privée.* — Le but de la saisie privée du bétail et des choses, *c'est l'obtention d'une preuve et d'une sûreté pour la réparation du dommage* (232). Mais il n'en a pas toujours été ainsi et primitivement la saisie privée avait pour but la satisfaction directe du propriétaire, consistant dans une sorte de droit de vengeance : le saisissant avait le droit de tuer l'animal. De cet aspect primitif de la saisie privée, il reste encore des traces dans le droit de tuer les volailles surprises sur un fonds étranger. « Aujourd'hui encore, nous dit Gierke (233), on rencontre un pareil droit en matière de chasse et de pêche et en cas de nécessité. Le droit ancien connaissait d'ailleurs aussi des animaux qui ne pouvaient être tués, mais seulement être chassés avec ménagement (le taureau, porc ou bélier du village qui servait à la procréation) ». Ce droit de vengeance a disparu, sauf quelques exceptions. Le but de la saisie privée est donc dans la plupart des cas, l'obtention d'une preuve et d'une sûreté (234). Nous avons vu (235) que c'est le premier but qui avait commencé par être prédominant. Cela résulte du fait que l'on

(232) Gierke, p. 341, 342.
(233) Page 346.
(234) Les Motifs le disent clairement, p. 354.
(235) 139.

se contentait souvent de la saisie de choses de minime valeur et en outre on devait restituer l'animal ou la chose saisie après reconnaissance de sa dette par le propriétaire de ces choses (236). D'après les Motifs (237), la saisie privée peut aussi avoir un autre but : certains droits particuliers admettent que la saisie a pour effet d'interrompre une prescription ; ainsi, elle empêcherait le propriétaire du bétail d'acquérir par prescription une servitude de passage ou de pacage sur le fonds piétiné.

3) *En quoi consiste la saisie privée.* — La saisie privée rurale appelée *Pfändung* (terme générique) peut s'exercer de deux manières : par *la saisie du bétail* (Schüttung), et par la *saisie personnelle* (Personalpfändung) ; la première consiste dans la mainmise sur le bétail étranger surpris sur un fonds de terre ; la seconde, dans la saisie de choses se trouvant sur la personne accompagnant le bétail ou causant elle-même le dommage. Cette dernière n'est pas admise par la loi prussienne rurale et forestière du 1er avril 1880, art. 77 s., qui ne permet que la saisie du bétail (238). En revanche, le B.G.B. saxon admet même l'arrestation du débiteur, mais seulement lorsque les conditions de l'état de nécessité existent (art. 488 s. B.G.B. saxon).

(236) Gierke, p . 349 ; Crome, p. 543 ; Cosack, p. 348.
(237) Page 354.
(238) Cosack, p. 348.

4) *Conditions d'exercice.*

Il faut : *a*) Une atteinte illicite à *un fonds de terre*. Illicite signifie non autorisée par une loi ou une convention. L'empiétement peut consister soit dans le pacage de bétail étranger sur le fonds ; soit dans le fait qu'une personne étrangère y laboure, moud, coupe du bois, chasse ou pêche. Mais il faut un dommage présent ou éventuel (239). La loi prussienne de 1880 n'admet la saisie privée qu'en cas d'empiétement sur un fonds *non bâti* (240).

b) Le bétail ou la personne doivent être surpris *sur le fait* et sur le fonds même. Il ne faut pas qu'ils soient déjà partis du fonds.

c) Peut saisir toute personne qui est lésée ou menacée dans ses droits par l'empiétement. Ce qui comprend le propriétaire, le possesseur immédiat, le titulaire d'un droit réel, enfin les parents ou domestiques au nom du lésé et les gardes champêtres ou forestiers (241).

d) La saisie doit avoir lieu sans violence inutile et avec mesure. Ce qui signifie que le bétail ne doit être ni tué ni blessé. De même, on ne doit saisir que le bétail ou les choses strictement nécessaires pour la sûreté (disposition correspondant à l'art.

(239) Gierke, p. 343 ; Schocke, p. 44.
(240) Cosack, p. 348.
(241) Gierke, p. 344 ; Cosack, p. 348 ; Motifs, p. 354.

230 B.G.B.). Réciproquement, la personne saisie ne peut pas se mettre en défense, ou reprendre le gage.

4) *Mesures après la saisie.*

Le saisissant doit veiller à la garde des choses saisies et à la nourriture du bétail, de même qu'aux soins nécessaires (242). Dans le droit plus ancien, l'obligation de garde finissait lorsque l'animal n'était pas délivré dans un délai déterminé et après avertissement adressé au propriétaire ou à ses voisins et plus tard, à l'autorité publique. Après quoi, le saisissant pouvait laisser mourir de faim le bétail ou le chasser (243). Certaines sources du Moyen-âge prescrivent la livraison des choses saisies à la garde judiciaire et celle du bétail à la fourrière. Les droits particuliers modernes donnent pour la plupart cette dernière solution (244).

5) *Effets.* — Après la notification au propriétaire, plusieurs éventualités sont à prévoir : ou bien celui-ci remet d'autres choses en gage au saisissant, en reprenant le bétail ; ou bien les parties tombent d'accord sur le montant de la réparation ; ou bien le propriétaire des choses saisies conteste la légitimité de la saisie, et le litige sera tranché par les tribunaux; ou bien, enfin, si le propriétaire ne se présente pas, la chose est vendue aux enchères et le prix

(242) Gierke, p. 347 ; Schocke, p. 45.
(243) Voir lois barbares, citées par Gierke.
(244) Gierke, p. 347 ; Cosack, p. 348 ; Crome, p. 545.

en est attribué au saisissant (245). Dans l'ancien droit, le saisi pouvait aussi être condamné à une peine privée (Pfandgeld), pour la violation du droit commise (246).

Une question importante est celle de savoir quelle est la nature du droit du saisissant sur la chose saisie. Ceci varie selon les droits particuliers. C'est tantôt *un droit de gage*, tantôt *un droit de rétention*, tantôt *un droit sui generis*, intermédiaire entre le gage et la rétention. Nous savons que le but principal de la saisie privée était d'obtenir une sûreté pour la réparation du dommage. Pour cela il fallait accorder au saisissant un droit sur la chose. « Primitivement, nous dit Gierke (247), ce but ne fut assuré que médiatement, par la rétention de l'animal ou de la chose saisie et par la menace de tuer l'animal pour le cas de non paiement. Mais déjà au Moyen-âge se développa une garantie immédiate pour la prétention du saisissant, qui s'approchait de plus en plus d'un véritable gage ». Et il conclut : « En général, on devra s'en tenir pour le Moyen-âge à un droit de rétention avec certains effets juridiques du gage (droit de suite) ». Il y avait donc un droit de rétention, permettant la revendication du bétail ou des choses dont on perdait la possession (effet du gage). Mais ce n'était pas un véritable droit de gage

(245) Cosack, p. 348.
(246) Gierke, p. 351.
(247) Page 349.

car il ne permettait pas la vente des choses saisies.

Le droit moderne connaît trois formes de garanties : certaines législations (Prusse, Bavière, Saxe) accordant au saisissant *un véritable droit de gage* (248). Il aura donc le droit de rétention, de suite et de vente des choses.

D'autres législations ne lui accordent *qu'un droit de rétention*, donc se limitant à la conservation de la chose, comme pression exercée sur le propriéaire jusqu'au paiement de la réparation. Enfin, une troisième catégorie donne au saisissant *un droit intermédiaire entre le gage et la rétention :* c'est un droit de gage avec réalisation pignorative, semblable à la rétention commerciale (371 C. de comm.) (249).

La vente se fait aux enchères publiques ; le saisissant est payé sur le prix et on restitue le restant éventuel au propriétaire des choses saisies.

Clause de justice privée. — On s'est posé la question si on pouvait accorder conventionnellement un droit de justice privée. C'est la *clause de saisie* (Pfändungsklausel). Le débiteur pourra-t-il accorder au créancier le droit de saisir ses biens, en dehors des conditions de l'art. 229 ? Les auteurs ne sont pas d'accord là-dessus. Il convient cependant de remarquer qu'aucun ne l'admet sans réserve. Certains déclarent cette clause illicite comme *contra bonos mo-*

(248) Gierke, p. 350.
(249) Crome, p. 545.

res (250). D'autres l'admettent en tant qu'elle peut créer une obligation à la soumission à la justice privée ; mais si le débiteur s'oppose à l'exécution privée, le créancier ne pourra agir que sous les conditions de l'art. 229, ou bien recourir aux tribunaux (251). Donc, la clause ne serait pas nulle *ab initio ;* mais elle ne pourra être exécutée par autorité privée que si l'obligé ne s'y oppose pas.

Cette clause était très usitée en Allemagne jusqu'au XVIII[e] siècle. Elle fut expressément réservée par toutes les paix publiques (1235, 1281) et même par la paix perpétuelle de 1495 (252). Heyer considère que son existence s'expliquait par la nécessité de tourner les défenses exagérées de la justice privé. Et il croit qu'aujourd'hui elle n'est plus jutifiée, avec l'admission de la justice privée par le B.G.B. Léonhard aussi considère la clause comme dangereuse pour la paix publique (253). Œrtmann, Enneccerus, Titze (253 bis) admettent la validité de la convention ; mais elle ne peut se faire valoir, devant la résistance du débiteur, que par la voie judiciaire, à moins qu'on ne se trouve dans les conditions de l'art. 229 (254). La valeur de cette clause serait donc denuée

(250) Heyer, p. 61. L'art. 1229 du B.G.B. ne défend que le pacte commissaire.

(251) Titze, p. 129 ; Œrtmann, p. 670 ; Enneccerus, p. 603.

(252) Gierke, p. 339 ; Schocke, p. 43 ; Wilfferodt, p. 6.

(253) Page 217.

(253 *bis*) Page 670 ; page 603 ; page 129.

(254) La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. R.G. in Straf., 7, p. 64.

d'effets pratiques : le contrat est valable, mais son exécution, devant la résistance du débiteur, ne peut être qu'étatique. Cela lui enlève toute utilité, car c'es justement le fait de briser la résistance de l'adversaire qui constitue l'utilité de la justice privée. L'affirmation que la clause est valable est donc toute platonique. Il vaut donc mieux dire franchement qu'elle est nulle.

CONCLUSION

Trois conclusions se dégagent de cette étude :

1) D'abord, la reconnaissance du principe que la justice privée n'est pas illicite en elle-même, seuls les moyens employés pouvant être illicites pénalement ou civilement.

2) En second lieu, l'admission de l'idée que l'état de nécessité peut justifier la commission d'actes illicites en eux-mêmes, dans un but de justice privée.

3) Enfin, la large part laissée par le droit allemand à l'initiative individuelle, lorsque les besoins pratiques l'exigent et que l'ordre public n'est pas en danger.

Le droit allemand est arrivé à ce stade après une longue évolution historique, où il a connu toutes les formes de justice privée. Il a connu *la justice privée anarchique* dans sa période primitive et au Moyen-âge ; il a connu *la justice privée formelle* dans les époques de transition. Enfin, le droit allemand a toujours laissé une marge à l'initiative individuelle en admettant *la justice privée subsidiaire*, complément nécessaire, voire indispensable, de la justice étatique.

Après la réalisation de l'unité politique, qui exigeait comme corollaire l'unité législative, le droit allemand se trouva devant le problème de la justice

privée : fallait-il la prohiber totalement dans les codifications nouvelles ? Devant la force du pouvoir étatique, en même temps que de l'ordre public stable, le législateur décida qu'il n'y avait pas lieu de prononcer une interdiction de principe de la justice privée, une telle interdiction ne pouvant constituer qu'un obstacle à l'admission de certains cas nécessaires de justice privée. Et après le Code pénal, qui ne punit plus la justice privée *comme telle*, le B.G.B. ne la déclare pas illicite ; en même temps il consacre formellement des cas licites de justice privée. Naturellement, c'est toujours la justice étatique qui résoudra la majorité des conflits et qui toujours aura à dire le dernier mot. Mais la justice publique est souvent aidée dans sa tâche par l'initiative privée. C'est *la justice privée subsidiaire* seule compatible avec la civilisation actuelle.

Et le fait qu'elle est admise formellement par le Code le plus récent et le plus important de l'époque contemporaine, Code dont Saleilles a dit, « qu'il résume à lui seul tout le mouvement scientifique du XIX^e^ siècle » (255), et que les Codes postérieurs ont suivi dans cette voie, prouve que la justice privée n'est pas une institution morte et dont l'intérêt n'est plus qu'historique.

(255) Page 3. Introduction à l'étude du droit civil allemand.

LIVRE III

Autres Droits Étrangers

CHAPITRE PREMIER

Droit autrichien (1)

Le droit autrichien fait partie des droits qui, contrairement au droit allemand, prononcent une prohibition générale de la justice privée; mais c'est uniquement au point de vue civil que la justice privée est illicite, car au point de vue pénal, il n'y a pas de sanction spéciale contre la justice privée *comme telle*.

L'art. 19 (2) du Code civil autrichien de 1811 est ainsi conçu :

« Celui qui se considère lésé dans son droit, est libre de porter sa plainte devant les tribunaux déterminés par la loi. Mais celui qui se sert de la justice privée au mépris des tribunaux ou qui excède les limites de la légitime défense, est responsable pour cela. »

Cet article contient deux dispositions de prin-

(1) Unger, System des Œsterreichischen Privatrechts, 1872, t. II, par. 111. Stubenrauch Kommentar zum œsterreichischen allgemeinen B.G.B., 8e éd., t. I, p. 55 s.

(2) Cet art. n'a pas été modifié en 1917 lors de la révision du Code civil autrichien.

cipe : une disposition *prohibant la justice privée agressive*, une autre admettant *la légitime défense*, lorsqu'elle n'est pas excessive. « La défense privée est ordinairement permise, la satisfaction privée est ordinairement défendue », dit Unger (3). C'est le système de l'A. L. R. et du B. G. B. saxon. La justice privée est illicite *comme telle* et constitue un délit civil spécial. Ce qui est prohibé par l'art. 19, c'est la justice privée agressive, celle par laquelle on procède à « la satisfaction d'une prétention présumée ou véritable, de sa propre autorité, par atteinte à la personne ou aux choses de l'adversaire », nous dit Unger. Et le même nous dit que le fondement de la prohibition se trouve dans le fait que la justice privée « va à l'encontre du principe moderne de l'Etat, d'après lequel celui-ci nous apparaît comme le gardien et l'exécuteur de l'ordre judiciaire, qui par les juges préposés par lui, s'il ne montre pas exclusivement le droit, du moins le porte exclusivement à sa réalisation. »

Unger renverse la proposition de Puchta (4 bis), selon laquelle le but de justice privée est juridiquement indifférent: pour le droit autrichien, un acte licite en lui-même, par exemple la mainmise par le créancier sur sa propre chose qui se trouve entre les mains du débiteur, quoique licite en elle-même, devient illicite comme acte de justice privée (5). De

(3) Page 338.
(4) Page 339, 341.
(4 *bis*) Vorlesungen, p. 180.
(5) Unger, page 338, note 3.

même, l'acte par lequel le possesseur reprend sa chose au détenteur, acte qui n'était pas frappé de peine privée en droit romain, est illicite en droit autrichien (6).

Effets de la justice privée illicite. — Celui qui agit par justice privée illicite commet un délit civil: il devra restituer immédiatement la chose saisie et en même temps réparer le dommage causé (7). En revanche, les peines privées romaines n'existent plus en droit autrichien. Par conséquent, le titulaire du droit qui a usé de justice privée ne perdra plus son droit. Le droit autrichien *ne connaît pas non plus de délit pénal de justice privée :* cette dernière n'est punissable que si son exercice est accompagée de violence (art. 83, 84, 93, 98, C. pénal) et surtout si elle est commise de façon à ce qu'une autre loi pénale soit enfreinte (par exemple, celle contre le vol) (8).

Ainsi, la saisie privée pour la sûreté d'une créance ne sera pas considérée comme un vol (9), de même il n'y aura pas *extorsion* punissable, si le créancier cherche à obtenir par des menaces l'exécution de l'obligation (10).

(6) Unger, page 342.
(7) Unger, p. 342 ; Stubenrauch, p. 55.
(8) Stubenrauch, p. 56 ; Unger, p. 342, note 15 ; Voir décisions de jurisp. citées par Stubenrauch.
(9) Cass. 6 novembre 1869, n° 206 cité par Stubenrauch, page 56.
(10) Cass.30 déc. 1881, n° 401, cité par Stubenrauch, p.56.

Le système autrichien peut donc être résumé ainsi : la justice privée est *un délit civil;* elle oblige *comme telle* à la réparation du dommage et à la restitution de la chose; elle ne constitue pas un délit pénal *comme telle*, et n'est punie que lorsqu'elle est exercée par un acte constituant un délit pénal en lui-même.

Au point de vue civil, le système autrichien se distingue du système allemand (depuis le B. G. B.) du système romain, qui ne déclarait illicites que certains cas de justice privée et du système français qui ne connaît pas de prohibition, de principe de la justice privée. Mais en fait, l'art. 19 Code civ. autrichien n'a pas une trop grande importance pratique, car les sanctions qui en résultent, existent pour la plupart des cas dans les droits ne prohibant pas la justice privée, en vertu du droit commun sur la responsabilité civile et la possession (11). Quant au point de vue pénal, il est le même qu'en Allemagne et en France; mais il est différent du système italien et suédois, qui édictent des peines contre la justice privée *comme telle*.

Justice privée licite. — Le Code civil autrichien ne contient pas de disposition générale analogue à l'art. 229 du B. G. B., prononçant l'admission d'une justice privée licite. En dehors de la légitime dé-

(11) Il faut donc undommage et une faute, pour qu'il y ait responsabilité civile, car l'art. 19 Code civil autrichien ne prononce pas de sanction spéciale.

fense et de l'état de nécessité (12), que le droit autrichien admet expressément, les auteurs, probablement toujours sous l'inspiration du célèbre texte du Digeste (42-8-10-16), déclarent licite la justice privée agressive « lorsque la justice privée est exercée à cause de l'insuffisance de l'aide judiciaire, pour éviter une perte irréparable » (Unger) (13). C'est le cas du débiteur en fuite qu'on arrête pour l'obliger à payer ou pour lui enlever les choses qu'il porte avec lui.

L'art. 334 *Code civil* admet la justice privée pour la protection de la possession, consistant dans la défense contre les troubles ou la reprise immédiate de la chose. C'est art. est l'équivalent de l'art. 859 B. G. B., les deux étant d'ailleurs inspirés du Code de Justinien 8-4-1. Le possesseur dépossédé ou troublé, peut user de violence pour reprendre la chose ou se défendre contre le trouble. Mais il doit le faire *immédiatement* (in continenti) et *dans* la mesure où cela est nécessaire (cume moderatione inculpatae tutelae) (14). La doctrine autrichienne considère ce droit comme une application de la légitime défense. « Car si on reprend la chose au voleur, *in continenti*, dit Unger, *ce n'est une attaque que dans la forme*, mais en fait c'est une défense, car la lutte avec ses alternatives d'attaque et de contre-attaques apparaît comme un

(12) V. Unger, p. 43 ; Stubenrauch, p. 56.
(13) Page 343.
(14) Stubenrauch, t. I, p. 419 ; Unger, p. 344, note 2.

seul acte » (15). Nous avons vu, au contraire, que les auteurs allemands considéraient le droit de reprendre la chose dont on a été dépossédé, comme un cas de justice privée (stricto sensu), car il s'agit d'une attaque (16).

L'art. 416 *Code civil*, qui correspond à l'art. 910 B. G. B. et 673 Code civil français, permet au propriétaire d'un fonds de couper les branches et racines des arbres d'un fonds voisin qui empiètent sur son terrain.

Un cas intéressant de justice privée licite, résultant de la jurisprudence, est le droit qu'accorde celle-ci au bailleur d'empêcher par la violence le locataire d'enlever les meubles soumis à son droit de gage (17). C'est l'admission par la jurisprudence du droit accordé en Allemagne par l'art. 561 B. G. B. Il est intéressant de constater que la jurisprudence autrichienne, qui se trouve pourtant en présence d'un texte prohibitif comme l'art. 19 C. civ., se montre plus large que la jurisprudence française qui n'est pourtant pas tenue par un pareil texte (18). Le Code Civil autrichien de 1811, fidèle au principe de l'art. 19, n'admettait pas le droit de rétention (art. 471 ancien), sinon dans des cas particuliers. Le nouvel *art.* 471 (révisé en 1917) consacre le

(15) Page 344, note 2. C'est la théorie de Savigny, op. cit., p. 418.

(16) Page 271.

(17) Stubenrauch, t. I, p. 419 (Cass. 26 mars 1879).

(18) Voir plus loin, partie française.

droit de rétention en cas de *debitum cum re junctum*, suivant en cela l'évolution de la plupart des droits européens (19).

Le Code civil autrichien contient deux articles sur la *saisie privée du bétail* (art. 1321, 1322), contrairement aux droits allemand et français qui laissent la réglementation de cete institution à la législation rurale.

« Celui qui trouve sur son fonds du bétail étranger, dit *l'art.* 1321, n'est pas justifié à le tuer pour cela. Il peut le chasser par une violence nécessaire, ou bien, s'il a souffert un dommage de ce fait, *exercer le droit de saisie privée* sur autant de têtes de bétail, qu'il est nécessaire pour garantir son droit à la réparation du dommage. Mais il doit, dans l'espace de huit jours, s'arranger avec le propriétaire, ou porter son action devant le juge; au cas contraire, restituer le bétail saisi. »

« Le bétail saisi, ajoute l'art. 1322, doit aussitôt être restitué, lorsque le propriétaire offre une autre sûreté satisfaisante. »

Les auteurs autrichiens considèrent cette saisie, comme un acte de justice privée, ce que font d'ailleurs aussi les auteurs allemands, français et anglais (20).

(19) Voir De Gallaix, La réforme du Code civil autrichien Thèse, Paris, 1925.

(20) Voir Unger, p. 343.

« Le Code civil autrichien, dit Stübenrauch (21), établit dans l'art. 19, la règle que la justice privée qui ne sert pas à la défense est interdite, et déclare dans l'art. 471 (22), que le droit de rétention est interdit. A cette règle, l'institution juridique de la saisie privée des animaux reposant sur un principe de droit allemand, apporte une exception. »

La construction technique de la saisie privée du bétail en droit autrichien se rapproche beaucoup de celle du droit allemand. Elle a de particulier le fait que la saisie *ne peut s'exercer que sur le bétail;* la saisie personnelle des droits particuliers allemands n'est pas admise par le droit autrichien (23). Le but de la saisie est le même, c'est-à-dire l'obtention d'une preuve et d'une garantie. Elle appartient aux mêmes personnes; les mêmes conditions sont exigées : dommage causé à un fonds, saisie sur le fait, pas d'excès. Le saisissant et obligé de restituer le bétail si le propriétaire de ce dernier lui offre une autre garantie (art. 1322). Le saisissant obtient sur le bétail tous les droits, mais aussi assume toutes les obligations incombant à un créancier gagiste (24). Il a un délai très court (8 jours) pour traiter avec le propriétaire ou réaliser son gage par la voie judiciaire. S'il ne le fait pas dans le délai, il perd son gage, *sans*

(21) Op. cit., p. 682, tome II.
(22) Ancien.
(23) Voir plus haut, p. 285.
(24) Stubenrauch, p. 684.

préjudice de son droit personnel à la réparation du dommage (25).

Voilà ce que nous pouvons dire sur la justice privée en droit autrichien. Il faut constater que s'il observe la même attitude que le droit allemand au point de vue pénal, il se montre bien moins large que ce dernier, quant au droit civil, d'abord en prononçant une prohibition générale, en second lieu, en admettant très peu d'exceptions. Il est vrai que la jurisprudence est assez hardie; en outre, la révision du Code civil de 1917 a mis le droit autrichien en harmonie avec les nécessités nouvelles, notamment en admettant largement le droit de rétention.

(25) Pour plus de détails, voir Stubenrauch, t.II, p.682 s.

CHAPITRE II

Droit Suisse (1)

Le droit suisse présente pour nous un grand intérêt, car ayant été codifié récemment, il représente le dernier stade du droit.

Le droit civil suisse a fait l'objet de deux Codes différents : *un Code civil pour les personnes et les biens* (1907), un *Code des obligations* (1911). Ses dispositions sur la justice privée sont en grande partie inspirées du B. G. B., ce qui ne leur enlève rien de leur importance, car cela prouve que le courant en faveur *d'une justice privée subsidiaire* dépasse les limites du droit allemand.

Quant au principe général, les Codes suisses comme le Code allemand, ne contiennent pas de prohibition de la justice privée *comme telle*. Le but de justice privée est donc indifférent pour caractériser un acte, qui demeure licite ou illicite en lui-

(1) Kommentar des Schweizerischen Civilgesetzbuch Wieland, 1909.
Oser, Obligationenrecht, 1re éd., 1911.
Rossel, Manuel de droit fédéral des obligations.
Rossel et Mentha, Manuel de droit civil suisse, t. II et III.

même, sans considération du but de justice privée. Mais, exceptionnellement, la justice privée peut rendre licites, des actes illicites en eux-mêmes, pénalement ou civilement, et cela *en cas de nécessité* (lato sensu). En dehors de cette exception qui figure dans la partie générale du Code des obligations (art. 52), il y a dans les deux Codes des cas particuliers de justice privée, qui ne se rattachent pas à une idée d'ensemble.

L'art. 52 *Code obligations* contient à lui seul, *les trois cas de justice privée nécessité* que nous avons distingués en droit allemand : *légitime défense, état de nécessité proprement dit* et *justice privée agressive* (stricto sensu).

Il est ainsi conçu :

« Celui qui en légitime défense justifiée, écarte une attaque, n'a pas à réparer le dommage qu'il cause à l'attaquant en sa personne ou en ses biens (2).

« Celui qui atteint aux biens d'autrui pour écarter de soi-même ou d'un autre un danger menaçant, doit réparer le dommage d'après l'appréciation du juge (3).

« Celui qui, dans le but de s'assurer une préten-

(2) Légitime défense (art 227, B.G.B.).
(3) Etat de nécessité (art. 228 B.G.B.) ; cet article est complété par l'art. 701 du Code civil, correspondant à l'art. 904 B.G.B.

tion justifiée, se fait justice à soi-même, ne sera pas obligé de réparer, si d'après les circonstances l'aide de l'autorité ne peut être obtenue à temps et que seulement par la justice privée, un anéantissement de son droit ou une réalisation beaucoup plus difficile de son droit pourraient être empêchées (4).

Les auteurs suisses considèrent ces trois cas comme « des réalisations de propre autorité des intérêts privés par atteinte aux droits d'autrui » (5). Ce sont des actes illicites en eux-mêmes, *exceptionnellement déclarés licites*, vu l'état de nécessité. La justice privée peut être *défensive* (al. 1 et 2, art. 52), ou *offensive* (al. 3); cette dernière constitue la justice privée, stricto sensu, dont nous nous occuperons dans les développements qui suivent.

Justice privée agressive. — Cette forme de justice privée n'était pas réglée par le Code des obligations (O. R.) (6) de 1881. Celui-ci ne s'occupait que de la légitime défense. Par conséquent, la justice privée agressive, même accomplie en état de nécessité, obligeait à la réparation du dommage causé, en cas de lésion des droits (7). Cependant l'art. 66 du Code de 1881 contenait une disposition relative à la saisie privée du bétail, et en même temps ce Code concédait un droit de rétention, au bailleur et au cabaretier.

(4) Justice privée, *stricto sensu* (229 B.G.B.).
(5) Oser. Op. cit., p. 218.
(6) Obligationenrecht, voir Oser, , p. 221.
(7) Oser, page 222.

Oser définit la justice privée de *l'art.* 52, *al.* 3 : « la sûreté d'une prétention obtenue par propre autorité » (8).. De cette définition, il résulterait que la justice privée sert toujours à la garantie d'une prétention et jamais à sa satisfaction, comme en droit allemand. La rédaction même de l'alinéa 3 de l'art. 52 pourrait aussi nous faire pencher dans ce sens, car, d'une part, il dit : « celui qui *dans le but de* s'assurer », et d'autre part, il ne spécifie pas les moyens dont dispose le titulaire du droit dans l'exercice de la justice privée, deux points sur lesquels le Code suisse diffère du B. G. B., qui dit : « Celui qui *dans un but de justice privée* » (ce qui est plus large), et en même temps énumère les moyens licites. Mais Oser lui-même, après avoir constaté que la loi ne précise pas les actes licites de justice privée ajoute que l'on appliquera les solutions allemandes, c'est-à-dire qu'on permettra l'enlèvement, la destruction ou l'endommagement des choses, en même temps que la rupture de la résistance et l'arrestation de l'obligé. Or, nous avons vu que la destruction, l'endommagement d'une chose et même la saisie de cette chose lorsqu'on, a un droit réel ou de créance sur elle, servaient à la satisfaction et non à la sûreté de la prétention (9). Oser ajoute (10) : « Comme le but *est la sûreté et non la satisfaction* de la prétention,

(8) Page 222.
(9) P. 218, voir plus haut.
(10) P. 223.

les mesures de justice privée ne peuvent être maintenues et entreprises que lorsque les moyens légaux sont insuffisants. Donc, dès que la chose a été saisie ou la personne arrêtée, on devra employéer les moyens légaux. » C'est dire que l'auteur de l'acte devra procéder aux *mesures complémentaires* exigées par l'art. 230 B. G. B., malgré le silence de la loi suisse. Mais comme il ne s'agit que de la saisie d'une chose comme sûreté et de l'arrestation de l'obligé, les autres moyens seront définitifs et serviront directement à la satisfaction de la prétention.

Quant aux conditions, ce sont les mêmes qu'en droit allemand, c'est-à-dire :

1) *Une prétention justifiée.* — Mais il faut qu'il s'agisse d'un droit propre à l'auteur, par opposition à la légitime défense et à l'état de nécessité. Le droit peut être conditionnel ou à terme; mais s'il est contesté ou frappé d'une exception, l'auteur agira à ses risques et périls et devra réparer le dommage (11).

2) L'intervention de l'autorité ne doit pas pouvoir être obtenue à temps.

3) La réalisation de la prétention doit être rendue impossible ou très difficile, faute de justice privée.

L'effet de la justice privée consiste en ce que l'acte est licite; donc il n'y aura pas d'obligations de réparer; la légitime défense n'est pas permise contre

(11) Oser, page 222.

la justice privée licite; toute sanction pénale sera exclue (12). Le Code suisse ne contient pas de disposition analogue à l'art. 231 B. G. B. Etant donné son caractère exceptionnel, contraire aux principes généraux du droit suisse lui-même (13) [(l'art. 42 Code obl.) (823 B. G. B., 1382 français) fondant la responsabilité sur la faute)], nous ne croyons pas qu'on puisse appliquer cette disposition en Suisse.

Cas particuliers de justice privée.

1) Comme en droit allemand, le cas particulier de justice privée le plus important, est la protection de la possession.

L'art. 926 du Code civil de 1907 (Livre IV, titre XVIII), correspondant à l'art. 859 B. G. B. est ainsi conçu :

« Le possesseur a le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble. Il peut, lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement la reprendre aussitôt, en expulsant l'usurpateur, et, s'il s'agit d'un meuble, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite. Il doit s'abstenir de toutes voies de fait non justifiées par les circonstances. »

Les auteurs suisses, comme les auteurs allemands considèrent le droit accordé par l'art. 926 au possesseur, comme un cas de justice privée (14) et

(12) Ibid., p. 223.
(13) Demogue Obligations, t. III, p. 495.
(14) Strcto sensu (agressive).

non de légitime défense. Ici, comme en droit allemand on peut invoquer l'argument selon lequel, si l'art. 926 était un cas de légitime défense pure et simple, il ferait double emploi avec l'art. 52, al. 1, C. O. Oser (15), qui appelle le droit du possesseur Selbsthilfe (justice privée, stricto sensu), nous dit : « L'art. 926 est considéré comme une extension de la légitime défense, car il ne suppose pas une attaque actuelle, c'est-à-dire non achevée, vu qu'il permet la reprise de la chose, la dépossession une fois achevée, donc l'attaque finie. Par suite, ce cas ne tombe pas sous l'application de l'art. 52, al. 1, C. O. » Et Wieland (16) qui appelle aussi le droit du possesseur *un droit de justice privé* constate « qu'il va plus loin que la légitime défense en général » (17).

Les conditions pour pouvoir exercer ce droit, sont :

1) *Une voie de fait illicite.* — Est voie de fait illicite, toute atteinte à la possession entreprise *contre* la volonté du possesseur et non permise pour des raisons particulières (18). Il est indifférent que l'usurpateur ait un droit ou non sur la chose. La justice privée peut être exercée même contre le propriétaire (possesseur indirect). Seules, les dispositions particulières peuvent rendre la voie de fait licite (lé-

(15) Op. cit. p. 219.
(16) Op. cit., pages 499, 502.
(17) Ibid., p. 502.
(18) Ibid., page 500.

gitime défense, état de nécessité, justice privée, stricto sensu (art. 52, al. 3) ou droits de l'autorité publique).

2) *La justice privée peut être exercée par tout possesseur*, même par le possesseur direct contre le possesseur indirect. (Le droit suisse admet, comme le B. G. B., deux catégories de possesseurs, directs et indirects, correspondant aux possesseurs immédiats et médiats du droit allemand). Ainsi le locataire peut empêcher avec violence le bailleur de pénétrer chez lui sans son consentement. Les détenteurs (préposés du possesseur) ont le droit de justice privée contre les tiers (19).

3) *Le possesseur doit agir immédiatement.* — D'ailleurs, cela ne doit pas être pris à la lettre et les tribunaux auront un pouvoir d'appréciation. Wieland cite comme justice privée licite, celle exercée par le propriétaire d'un pardessus volé contre le voleur qu'il rencontre quelques jours après, portant son pardessus (20).

4) *L'article* 926 contient une limitation du droit de justice privée. Le possesseur doit s'abstenir de toute voie de fait non justifiée par les circonstances.

Effets. — La justice privée exercée dans ses conditions, sera *licite*, ce qui exclut la légitime défense

(19) Ibid., p. 501 Voir plus haut, page 271 s.
(20) Page 502.

contre elle, la peine et la réparation du dommage.

En cas d'excès, le possesseur sera responsable dans les termes de l'art. 42 C. O., c'est-à-dire pour sa faute (21).

2) *Saisie privée du bétail.*

L'article 57 *C. obligations* est ainsi conçu :

« Le possesseur d'un fonds de terre est autorisé às'emparer des animaux appartenant à des tiers, qui causent des dommages à son fonds, en vue de la sûreté de la créance en réparation et les prendre en sa garde, et là où les circonstances le justifient, *même les tuer*. Il est cependant obligé d'avertir sans retard le propriétaire des animaux, et si celui-ci n'est pas connu, de faire le nécessaire pour le découvrir. »

La *saisie privée* du droit suisse a presque les mêmes caractères que celle des droits allemand et autrichien. C'est un acte de justice privée, qui se distingue de celui de l'art. 52, 3, en ce qu'il n'est pas soumis aux mêmes conditions.

Comme en droit autrichien, c'est le Code civil qui s'occupe de la saisie du bétail; de même le droit suisse n'admet pas la saisie personnelle. Contrairement au droit allemand, *la saisie ne confère jamais qu'un droit de rétention* (22). L'art. 57 contient une disposition originale : *il permet de tuer l'animal, là où les circonstances le justifient*. Quelles sont ces

(21) Ibid., p. 503.
(22) Oser, p. 239.

circonstances ? « On entend par là, dit Oser (23), des cas où le dommage déjà causé ou imminent, n'est pas sans importance, mais où la saisie n'est pas possible (par exemple, chats, volailles, animaux sauvages), ou (vu le peu de valeur de l'animal, notamment en face des frais de conservation et dans les cas où le propriétaire de l'animal n'est pas connu) ne mènerait pas au but ». L'obligation pour le saisissant d'avertir le propriétaire de l'animal, a pour but de permettre à celui-ci de délivrer l'animal contre la réparation du dommage.

Pour *les conditions, le but de la saisie* et *les mesures ultérieures à prendre*, on n'a qu'à se reporter aux développements sur le droit allemand ou autrichien (24).

3) L'art. 687 Code civil de 1907 admet le droit de couper les branches et racines.

4) Pour le droit de rétention, voir art. 272, 274, 280, 491 C. O. (25).

En concluant, nous pouvons constater que le droit suisse, à quelques exceptions près, présente la même physionomie que le droit allemand quant à la justice privée. Le fait que ces Codes récents, en même temps que très complets ont admis la justice privée, est un démenti pour ceux qui voyaient la fin de cette institution.

(23) Ibid., p. 239.

(24) Voir Oser pour les détails.

(25) Nous ne nous sommes pas occupés du droit pénal, la Suisse n'ayant pas de Code pénal fédéral. Voir Avant-Projet de 1916.

CHAPITRE III

Droit Anglais (1)

Nous n'insisterons pas beaucoup sur le droit anglais, dont les dispositions sur la justice privée ont déjà fait l'objet d'un excellent ouvrage de M. Morot, auquel nous renvoyons pour l'étude détaillée de la question. Pour nous, il est cependant essentiel de mettre en évidence ce qu'a de caractéristique la justice privée en Angleterre, et de pouvoir ainsi montrer l'aspect du droit anglais dans le système général.

Dans l'étude de la justice privée en Angleterre, il faut tenir compte avant tout du fait que le droit anglais est un droit historique, traditionaliste et parfois archaïque. Par conséquent, une institution de droit anglais est moins concluante dans une étude de droit moderne, tendant à faire ressortir le carac-

(1) Morot. Droit de se faire justice en Angleterre. Thèse Paris1923 ; Gérard : Torts en droit anglais, Thèse, Rennes, 1910 ; Jencks : Digeste de droit anglais, t. I.

tère scientifique actuel de l'institution. Et cela est particulièrement vrai pour notre sujet, où il s'agit de démontrer que la justice privée peut encore utilement exister dans un état moderne civilisé. On pourrait nous répondre, lorsque nous invoquons le droit anglais, que celui-ci connaît encore le droit d'aînesse et la propriété féodale (au moins jusqu'au 1er janvier 1925). Cependant il ne faut pas exagérer, et dire que tout le droit anglais est traditionaliste. Il nous suffira de citer la plupart des institutions démocratiques modernes, qui existent en Angleterre depuis longtemps, et pour ne parler que du droit privé, l'émancipation de la femme (2) est aussi avancée en Angleterre, sinon plus, que dans les autres pays européens; enfin, la législation sociale, les lois sur les associations sont plus que séculaires en Angleterre (3). Comme le remarque M. Lévy Ullmann (4), le droit anglais est un droit paradoxal : l'Angleterre est le pays des trois principes politiques (aristocratique, démocratique, monarchique); elle est le pays de l'individualisme et du corporatisme; de l'utilitarisme et du puritanisme. Elle se maintient par un « équilibre dynamique ».

En matière de justice privée, le droit anglais présente les mêmes caractères : à côté d'institutions archaïques, qui tendent à disparaître, nous trou-

(2) Lois de 1870, 72, 82.
(3) Voir Dicey. Les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre.
(4) Cours de doctorat 1923-24.

vons des institutions de justice privée sensiblement analogues à celles des droits continentaux contemporains. Et M. Gérard (5) en faisant cette dernière constatation, ajoute : « Ce qui sépare à l'heure actuelle le droit anglais des droits français et allemand, en matière de justice privée, *est bien plus une question de mesure qu'une question de principe* ». Il y donc des cas de justice privée en droit anglais qui peuvent parfaitement servir à l'illustration de notre théorie de la justice privée moderne. Mais avant de procéder à une analyse succincte de la justice privée moderne en Angleterre, il nous faut insister sur deux points qui constituent des éléments indispensables à la connaissance du droit en général, du droit anglais en particulier; nous voulons parler de *l'histoire du droit anglais* et *de la psychologie du peuple anglais* (6). Et en commençant avec cette dernière nous constaterons que la justice privée reflète à merveille les conceptions morales, sociales et psychologiques du peuple anglais.

En effet, *le self-help* (aide de soi-même) est un principe qui dépasse le terrain juridique en Angleterre et qui forme la devise des Anglais dans tous les domaines : c'est l'idéal des Benthamistes et des libéraux utilitaires, c'est celui de la théologie évangéliste, c'est le « laisser faire, laisser passer » du libéralisme économique; et malgré la socialisation pro-

(5) Op. cit, p. 361.
(6) Voir *Dicey*, op. cit.; Fouillée : L'idée moderne du droit, p. 511 ; *Emerson* : L'Anglais.

gressive à laquelle nous assistons depuis un demi-siècle, l'individualisme n'en est pas moins ancré dans l'esprit anglais (7). Et l'idéal de Spencer n'était-ce pas « l'état social où l'autorité sera réduite au minimum, et la liberté élevée au maximum ? » (8). Une pareille mentalité ne pouvait pas ne pas avoir ses répercussions sur le droit. Et nous verrons que le droit anglais a toujours laissé une large place à l'initiative individuelle, dans la création comme dans l'exécution des droits.

En jetant un coup d'œil sur l'histoire de la justice privée en Angleterre, nous constatons que le droit anglais a connu les mêmes vicissitudes à ce point de vue, que les autres droits. Sévèrement combattue après les périodes d'anarchie, la justice privée était largement admise aux époques calmes (9). L'évolution rectiligne vers l'abolition totale de la justice privée, que certains esprits épris de logique veulent voir partout, est encore moins une réalité ici qu'ailleurs. Le principe que nous avons formulé, et selon lequel *la justice privée subsidiaire*, c'est entendu, n'est plus un danger pour un Etat solide, est pleinement confirmé par l'étude de l'histoire du droit anglais.

« C'est seulement lorsque l'obéissance à la loi est devenue la règle, que les cas où la justice privé est permise, peuvent être définis en toute sécu-

(7) Voir Dicey, op. cit., p. 197 s.
(8) Voir Fouillée sur Spencer, op. cit., p. 68 s.

rité, dit Holsworth (10). Le Moyen Age anglais nous apparaît comme une période de troubles et de guerres privées. Les rois cherchent à combattre le désordre par l'institution de la *paix du roi*, qui correspond à la *paix publique* en Allemagne (11) et à la *trève de Dieu* religieuse. D'abord réservée à certaines personnes, privilégiées, à certaines routes, *la paix du roi* s'étend à toutes les personnes et à tous les biens après la conquête normande (12). Au XIII^e^ siècle, le self-help est absolument interdit, mais à cette interdiction de droit, correspond un état de fait opposé, car c'est l'époque où la guerre privée fait des ravages en Angleterre. « Le pouvoir public ne pouvant contenir le self-help dans des limites raisonnables, le prohibe d'une façon absolue, nous dit M. Morot (13) ». Après une recrudescence de la justice privée aux XIV^e^ *et* XV^e^ siècles, l'affermissement de l'Etat amena la paix sociale et mit fin à la justice privée anarchique. Aujourd'hui, *le common law* admet de multiples cas de *justice privée subsidiaire* qui sont parfaitement compatibles avec l'ordre et ne donnent lieu à aucun abus. « La kings-peace, dit Holdswort h(14) nous paraît aussi indispensable que

(9) Voir Morot, p. 9.

(10) A History of english law, III, p. 243, cité par Morot, p. 9.

(11) Voir plus haut, p. 136.

(12) Morot, p. 14.

(13) Ibid, p. 15.

(14) Cité par Morot, p. 17.

l'air qu'on respire : elle est si fermement établie, qu'un self help tranquille ne peut l'ébranler. »

Quels sont les cas de self-help dans le common law actuel ? Nous devons distinguer le *self-help stricto sensu, de la self-défence*. Le premier, c'est la justice *privée agressive*, c'est la réalisation d'un droit de propre autorité. La *self-defence* consiste à prévenir un dommage imminent en repoussant la force par la force (15). Nous ne parlerons que du *self-help* proprement dit. Les auteurs distinguent le self-help dans le droit des contrats, le self-help dans le droit des délits (torts) (16). Dans le droit des torts, le self-help consiste dans le « fait d'obtenir par ses propres forces, la réparation d'un préjudice déjà subi » (17). On distingue cinq cas (18) : 1) *Expulsion d'un intrus* (expulsion of trespasser), droit pour le possesseur d'un fonds d'expulser violemment celui qui s'introduit sans droit sur son fonds (19). 2) *Reprise paisible d'un fonds* (peaceable re-entry upon one's land). Le possesseur dépossédé peut rentrer paisiblement sur son fonds. 3) *Reprise de meubles* (retaking of goods), droit pour le propriétaire d'un meuble de le reprendre de force à celui qui s'en est emparé. 4)

(15) Voir Gérard, op. cit., p. 99 et 351.
(16) Morot, p. 20.
(17) Définition de Pollock, The law of torts, citée par Gérard, p. 351.
(18) Morot, p. 20 ; Gérard, p. 351 ; Demogue, obl. t. IV, p. 275 ;
(19) Art. 859 B.G.B. ; 926 C. civ. suisse.

Destruction d'un état de fait nuisible (abatement of nuisance) : c'est le droit de détruire ce qui cause un préjudice à la jouissance du propriétaire : couper les branches et racines (20); détruire le mur ou la palissade qui empêche l'exercice d'un droit de servitude (art. 229 B. G. B.; 52 C. O. suisse et jurisprudence française) (21). 5) *Saisie d'un objet qui cause un dommage*. C'est la saisie du bétail ou d'une chose causant un dommage à un fonds (Pfändung allemande).

En matière de contrats, nous renvoyons à la thèse de M. Morot. Ce qu'il faut relever ici, c'est la survivance de saisies privées féodales, ainsi la *saisie des hériots*, ou droit du seigneur de saisir le meilleur *chattel* à la mort du tenancier, dans les tenures enregistrées (copyholds) (22). Il y a aussi la saisie pour les différentes rentes foncières (23), saisies consistant dans une prise de gage (art. 229 B.G.B. et 52 C.O. suisse). *L'art.* 906 est consacré au droit de la caution d'arrêter celui pour qui elle s'est portée garante, si elle a de justes raisons de croire qu'il veut prendre la fuite. Ceci nous rappelle le droit accordé par l'art. 229 B. G. B., mais qui est relatif au créancier et non à la caution.

(20) 673 C. civ. franç. ; 910 B.G.B., etc.
(21) Jencks I. 181 ; Gérard, p. 356.
(22) V. Morot, p. 19.
(23) Voir Jencks. Digeste I, art. 178, 179 ; Morot, p. 80.

En terminant, nous constatons que la justice privée se présente en Angleterre, sous deux aspects : *un aspect archaïque*, qui tend à disparaître avec les derniers restes de féodalité (24) ; *un aspect moderne*, où la justice privée nous apparaît comme sensiblement analogue à celle des droits continentaux. Cette seconde forme de self-help présente pour nous de l'intérêt, car elle rentre dans le fonds commun de justice privée que nous retrouvons dans tous les droits et qui constitue, peut-on dire, *la marge intangible* laissée à l'initiative privée. D'ailleurs beaucoup de cas de justice privée en droit anglais peuvent être rattachés à *l'idée de nécessité*, notamment le « distres dommage feasant » et « l'expulsion of trespasser » ,qui, d'après M. Gérard « rentrent bien dans la notion générale de nécessité qui domine les art. 229, 230, 231 B. G. B. » (25). Ces deux cas, en même temps que *la reprise paisible d'un fonds, la reprise d'un meuble* et *la destruction d'un état de fait nuisible* (dans une certaine mesure) (26) sont des cas de justice privée moderne et qui trouvent leurs analogues dans les droits continentaux.

(24) Gérard, p. 356.
(25) Page 358.
(26) Voir Gérard, op. cit., p. 356.

CHAPITRE IV

Autres Législations

I. — Nous avons d'abord une série de Codes pénaux, qui punissent la justice privée *comme telle*, en la considérant comme un délit contre l'autorité.

1) C'est d'abord *le Code pénal suédois*, ou plutôt le titre pénal de 1864 (1). *L'art.* 20 du *chap. X* intitulé : « Infractions contre l'autorité », s'exprime ainsi : « Celui *qui usurpe sur l'autorité publique* et les officiers qui en sont investis, en prenant des gages, de son autorité privée ou en privant quelqu'un de sa possession, ou en se rendant autrement justice à soi-même, sera puni d'une amende ou d'un emprisonnment de six mois au plus. »

La justice privée constitue donc, en droit suédois, *un délit pénal spécial.*

2) *Droit italien.* — Il en est de même en droit italien, dont le Code pénal de 1889, *art.* 235, *livre*

(1) La Suède possède de vieux Codes de 1734 qui ont été remaniés plusieurs fois ; en 1864 on rédigea un nouveau titre pénal.

II, *titre* IV, intitulé : « Des délits contre l'administration de la justice », est ainsi conçu :

« Quiconque, à seule fin d'exercer un droit prétendu, dans les cas où il pourrait recourir à l'autorité, s'il se fait justice à lui-même, en usant de violence envers les choses, est puni d'une amende, qui peut atteindre 50 lires. Si le coupable use de violence ou de menaces contre les personns, alors même qu'il n'use pas de violence contre les choses, il est puni de la détention d'un an au plus, ou du confinement (2) de deux ans au plus et d'une amende qui peut atteindre mille lires.

Si la violence a été commise avec armes, ou accompagnée de lésions personnelles, pourvu qu'elle n'ait pas produit un effet plus grave que celui qui est prévu au dernier paragraphe de l'art. 372, la détention ne peut être inférieure à un mois, ni le confinement à trois mois, ni l'amende à 300 lires.

Si le fait n'a pas été accompagné d'un autre délit, relativement auquel l'action est intentée d'office, la poursuie n'est intentée que sur la plainte de la partie.

Art. 236. — Quand le coupable du délit prévu à l'art. précédent prouve l'existence d'un droit, la peine est diminuée d'un tiers (3).

(2) Le confinement est une sorte d'interdiction de séjour.

(3) Trad. Lacointa. Voir Introd. p. LXXIX et notes p. 117 ; Manzini, Tratato di diritto pénale, t. I, p. 559 s. (1913); Chironi Institutioni, Torino, 1888, p. 145.

C'est le délit pénal « d'exercitio arbitrario delle proprie ragioni ». Le Code pénal le considère comme un délit contre l'administration de la justice. La disposition de l'art. 235 se trouvait déjà dans le Code Sardo-Italien art. 286 s. et dans les art. 146 s. du Code toscan (4).

Il faut remarquer que l'art. 235 contient une réserve très importante : « dans le cas où il pourrait recourir à l'autorité », dit-il. Ce qui nous fait croire que lorsque l'autorité n'est pas présente, le titulaire du droit pourrait se faire justice à soi-même. Manzini nous dit que pour qu'il y ait délit, il faut que l'agent ait la possibilité de choisir entre le recours à l'autorité et l'emploi de la violence (5). Et il cite des décisions de jurisprudence ne punissant pas la justice privée lorsque l'acte était imposé par la nécessité. Si nous examinons les articles du Code pénal italien relatifs à la justice privée, nous pouvons constater que ces articles, tout en punissant la justice privée *comme telle, contiennent des dispositions de faveur pour la justice privée*. Car si, contrairement aux Codes français et allemand, le Code italien punit *tout acte de justice privée*, même si le moyen employé ne constitue pas un délit pénal en lui-même (indépendamment du but poursuivi) il n'en est pas moins vrai qu'il frappe de peines moins graves des actes délictuels en eux-mêmes, lorsqu'ils sont com-

(4) Voir Manzini, p. 560.
(5) Page 569.

mis dans un but de justice privée. Ainsi, la mainmise sur la chose d'autrui, qui pourrait constituer un vol, n'est pour le Code pénal italien en ce cas, *que le délit de justice privée*, bienmoins sévèrement puni que le vol (50 lires d'amende). En outre, dans tous les autres cas, lorsque l'auteur prouve le bienfondé de son droit, la peine est diminuée du tiers (art. 236). Vidal et Magnol (7), en regrettant que le Code pénal français ne contienne de disposition analogue, ajoutent : « C'est (la justice privée) un délit d'une nature spéciale *et qui doit être légèrement puni*, puisque les actes de violence répréhensibles qu'il commet (l'auteur), *sont inspirés par la conscience et le désir d'exercer un droit*. C'est ce qu'a compris le législateur italien, concluent-ils, dans les art. 235-236 Code pénal, en considérant ces actes comme des délits contre l'administration de la justice. »

II. — Nous passons maintenant à une seconde catégorie de législations, qui, pour la plupart récentes, ayant rompu avec la prohibition pénale ou civile de la *justice privée comme telle*, édictent au contraire, de dispositions en faveur de la *justice privée nécessité* (lato sensu). Si elles ne contiennent pas de dispositions relatives à la justice privée agressive, comme celles des *art.* 229 B.G.B. et 52 al. 3 Code des obligations suisse, ces législations se font cepen-

(6) Page 580.
(7) Droit criminel, 4e édition, p. 429.

dant une large conception de l'état de nécessité, auquel ils consacrent des articles dans le Code civil. Ceci est à remarquer, car il n'y a pas très longtemps, *l'état de nécessité* n'était connnu que sous son aspect pénal (8).

1) Nous pouvons citer dans ce sens le *Code civil de la République Brésilienne* de 1916 (9), qui dans sa partie générale, livre III, titre II (des actes illicites) contient un *art.* 160, ainsi conçu : « Ne sont pas illcites : I Les actes accomplis en légitime défense ou dans l'exercice régulier d'un droit; II L'endommagement ou la destruction de la chose d'autrui, afin d'écarter un danger imminent. »

2) *Le Code civil de la République Argentine* (1869), admet la protection privée de la possession, *au cas où le secours de l'autorité viendrait trop tard* (art. 2470). Ce qu'il est intéressant de constater, c'est que ce Code n'admet la protection privée de la possession *qu'en cas de nécessité* (contra 859B. G. B.; 926 C. O. suisse).

3) Enfin, *le Code civil Portugais* (1867) contient plusieurs articles relatifs à la *justice privée nécessité* (lato sensu). *L'art.* 486 admet la protection privée de la possession; *l'art.* 2354, celle de la propriété; les *art.* 2367, 2368, admettent la légitime défense, et *l'art.* 2370 ajoute : ces dispositions ne sont applica-

(8) Voir Merkel, Kollision ; Lallement, op. cit.
(9) Edition annotée par Josa Louiz Alvez. Voir aussi éd. ann. Manuel Paolo Merea ; Clovis Bevilaqua.

bles que lorsqu'il n'est pas possible de recourir à l'autorité. Ceci fait ressortir le caractère *nécessaire* de la légitime défense. *L'art.* 2396 est consacré à *l'état de nécessité proprement dit* (10).

4) Nous pouvons encore citer comme favorables à une extension de la justice privée (défensive), les dispositions des différents Codes pénaux sur la légitime défense des biens, l'admission de celle-ci constituant un progrès sur le Code pénal français qui ne parle que de la légitime défense de la personne (11).

a) *L'art.* 8 *du Code pénal Espagnol,* déclare exempt de responsabilité criminelle celui qui agira pour la défense de sa personne ou *de ses droits* (4°) ». De même, il exclut la responsabilité de celui qui a causé un dommage à la propriété, pour éviter un mal (7° état de nécessité).

b) *Le Code pénal Hollandais de* 1881, paragr. 41 décide : « N'est pas punissable celui qui commet un acte commandé par la défense *nécessaire,* de la vie, de l'honneur *ou de ses biens,* de soi-même ou d'autrui, contre une attaque soudaine et illégale. »

c) Les Codes pénaux : *Russe* de 1903, art. 41; *Hongrois* de 1879 § 79 ; *Danois, art.* 40-41 ; *Norvégien,* art. 5-7, chap. VII, etc., admettent la légitime défense de la propriété. Il faut faire la même observa-

(10) Voir Demogue. Obligations, t. IV, p. 275 s.
Ferreira Codigo civil portuguez, 2e éd., t. I.
(11) Voir Toinet. Légitime défense du droit de propriété, Thèse, Paris, 1908.

tion quant aux Codes pénaux suisses des cantons (12).

Avant de finir, nous citerons une disposition de *l'Avant-Projet de Code pénal suisse de* 1916, sur les injures réciproques : « Le juge, dit l'art. 158, al. 2, pourra exempter le délinquant de toute peine ,si l'injurié a directement provoqué l'injure par une conduite répréhensible. Si l'injurié a riposté immédiatement par une injure *ou par des voies de fait*, le juge pourra exempter de toute peine les deux délinquants ou l'un d'entre eux. »

(12) Voir Toinet, p. 99.

LIVRE IV

Droit Français

CHAPITRE PREMIER

Généralités — Historique

La question de la justice privée en droit français est très difficile à étudier, vu d'abord l'absence de tout texte s'y rapportant expressément et en second lieu le silence presque complet de la doctrine et de la jurisprudence. Alors que les doctrines allemande et anglaise étudient généralement le problème *sous son aspect moderne*, les auteurs français, autant romanistes que civilistes ou criminalistes se bornent à considérer la justice privée comme une institution primitive ou anarchique, ne présentant qu'un pur intérêt historique. En prenant donc comme criterium et comme type la *justice privée anarchique* ils arrivent naturellement à admettre comme indiscutable l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même ». C'est ce qui fait que dans les traités de droit civil ou criminel, la question est laissée dans l'ombre. Abstraction faite de quelques-uns des premiers exégètes du Code civil, Merlin, Troplong, Toul-

lier, qui consacrent quelques développements à la théorie des *voies de fait* considérées dans le sens d'actes de justice privée, tous les autres commentateurs du Code civil — comme du Code pénal — semblent ignorer l'existence d'une justice privée moderne. Il est à noter cependant que depuis quelque temps, probablement sous l'influence du Code civil allemand qui a rendu à la question son actualité, on recommence à s'occuper de la justice privée. M. Demogue, dans ses *Notions fondamentales du droit privé*, est le premier qui examine en détail la justice privée, sous son aspect moderne (1). Après lui, M. *Crémieu*, dans sa thèse *La Justice privée*, consacre quelques développements à la justice prvée en droit actuel. Mais d'une part, il étudie surtout la justice privée à Rome, sous ses formes *anarchique* et *transitoire*, et d'autre part, il met à la base de son étude, l'idée que « le domaine de la justice privée est en raison inverse du domaine des souverainetés », d'où nous pouvons conclure qu'il prend comme criterium la justice privée *anarchique* ou *solennelle;* il qualifie d'ailleurs lui-même les cas modernes de justice privée, de *survivances* (2). Nous reviendrons plus loin sur les opinions doctrinales quant à la justice privée. Ici, nous nous bornons à constater que ces deux ouvrages sont les seuls à s'occuper d'une façon détaillée de la justice privée. Le reste des auteurs n'y

(1) Voir aussi Obligations, t. IV, p. 270.
(2) Crémieu. La justice privée, Thèse 1908, p. 1, 265.

fait que de brèves allusions que nous retrouverons par la suite.

Quant à la jurisprudence, sans presque jamais invoquer l'adage *nul ne peut se faire justice à soi-même*, elle consacre, nous allons le voir, maintes applications de la justice privée. C'est qu'elle ne s'embarrasse pas trop de principes et qu'elle suit plutôt les nécessités pratiques.

Enfin, le législateur semble ignorer la justice privée. Les Codes gardent le silence là-dessus et les lois postérieures ne prononcent jamais les mots de justice privée. Cependant beaucoup de lois consacrent indirectement des cas de justice privée, surtout d'exécution privée.

Quoiqu'il en soit, nous devons constater que l'absence presque complète d'ouvrages ou de développements sur la question, le silence du législateur et le disparate des décisions judiciaires s'y référant, rendent notre tâche autrement plus difficile pour l'étude du droit français que pour celle des droits anglais, allemand ou suisse. C'est pourquoi nous nous rendons bien compte de l'imperfection de notre travail, qui ne peut constituer qu'une tentative de réaction contre la portée trop absolue attribuée à l'adage *nul ne peut se faire justice soi-même*, tentative étayée cependant sur une étude scientifique tirée de l'analyse des textes de la jurisprudence et de la doctrine. Ici encore nous partirons de l'idée qui nous a guidés dans tout cet ouvrage : *la*

justice privée n'est pas une; il y a plusieurs formes de justice privée qui ayant chacune des caractères et des causes différentes, ne produisent pas les mêmes effets. A côté de la *justice privée anarchique* qui n'a comme raison d'être que l'absence ou la faiblesse des pouvoirs publics, et de la *justice privée transitoire*, il y a une *forme de justice privée* compatible avec la civilisation et avec l'existence d'une forte souveraineté, forme que nous avons appelée *justice privée subsidiaire*, et qui constitue un complément nécessaire et même *indispensable* de la justice publique, qui ne peut pourvoir à tous les besoins. C'est d'ailleurs cette dernière forme de la justice privée qui constituera l'objet exclusif de notre étude.

Nous n'insisterons pas beaucoup sur l'histoire de la justice privée en France, pour laquelle nous renvoyons quant à l'époque barbare et franque, aux développements y consacrés dans la partie allemande (3). Pour les périodes suivantes, nous nous bornerons à rappeler qu'avec l'effondrement de l'Empire carolingien, coïncidant avec l'avènement de la féodalité, la France traverse une époque de guerres privées et de troubles sociaux, phénomènes se produisant à cette époque dans tous les pays de l'Europe occidentale (4). Ici aussi le roi et l'Eglise durent intervenir pour mettre fin au désordre insupportable

(3) Page 133; V. aussi Collinet, op. cit., p. 14 s. ; Crémieu, op. cit., p. 20 s. ; Maynial, Cours d'histoire du droit, Doctorat 1922-23.

(4) Voir plus haut, p. 136 et 324.

qui ravageait le pays (5). Ce n'est qu'avec l'affermissement du pouvoir royal, à partir du XVe siècle, que l'ordre fut enfin rétabli en France. A partir de cette époque, la *justice privée anarchique* disparut peu à peu et nous ne trouverons plus, jusqu'à la Révolution, que de rares cas de *justice privée transitoire* ou *subsidiaire*. Ce qu'il est intéressant de constater, c'est l'hostilité manifestée par l'ancien droit à l'égard de la justice privée, *même subsidiaire*, donc ne présentant pas de danger pour l'ordre public. Ceci peut être expliqué par le souvenir encore vivant des ravages de la justice privée anarchique, et la justice privée subsidiaire a dû fatalement subir le contrecoup des mesurese sévères prises contre toute justice privée au moment de la consolidation des pouvoirs publics. C'est ainsi que la légitime défense, aujourd'hui reconnue par toutes les législations comme fait justificatif, n'écartait pas la culpabilité de l'auteur du crime ou du délit : il fallait des « lettres de rémission » du roi pour absoudre le coupable. Et il est intéressant de constater la même méfiance vis-à-vis du droit de rétention, si largement admis dans les droits actuels ; les coutumes, les ordonnances royale et les auteurs limitent à l'extrême l'application du droit de rétention, qu'ils considèrent comme une *voie de fait* dangereuse pour l'ordre public (6).

(5) Esmein, Cours élém., p. 253 s. ; Brissaud, op. cit., t. I ; Collinet, Crémieu ; Beaumanoir, L. XXVIII-16-17.

(6) Voir plus loin, p. 395 s. — Parmi les auteurs hostiles à la justice privée. Nous pouvons citer Domat (Lois ci-

Nous trouvons cependant dans l'ancien droit, certains cas de justice privée *licite*.

a) Le plus intéressant de ces cas, c'est la saisie opérée par le créancier sur les meubles du débiteur. Cette institution qui s'était développée dan la période d'anarchie féodale, fut peu à peu réglementée et restreintes dans ses effets par les chartes royales : celles-ci exigent l'assistance de témoins, la prononciation de paroles solennelles ou même l'autorisation de justice (7). La saisie privée se présente donc à nous, dans les chartes royales, dans les mêmes conditions que la *pigneratio* dans les lois barbares et la *manus injectio* dans la loi des XII Tables, c'est-à-dire sous la forme *transitoire, solennelle*. Elle finit par devenir un privilège attaché à certaines personnes (nobles), à certainese créances (saisie gagerie, saisie foraine), ou contre certains débiteurs (bourgeois en fuite, forains).

b) Un autre cas de justice privée, qui avait d'ailleurs disparu bien avant la Révolution, c'est celui prévu par *l'art.* 229 *de la Coutume de Bretagne*, qui permet aux mercenaires « de prendre de leur autorité, pour leur loyer et service, en présence de deux témoins, les biens de ceux qui les ont employés, pour

viles, Paris 1777, Nyon aîné, t. I) qui adopte toutes les dispositions prohibitives romaines. Ainsi, p. 235, VII, il déclare que le créancier ne peut pas par voie de fait se saisir d'un gage ; p. 245, VIII, il reproduit la loi 13 D.IV.2 (Decretum Marci).

(7) Voir Collinet, op. cit., p. 90 s., étude sur la saisie privée dans les coutumes du Nord de la France.

les vendre et se payer par leurs mains; et qui les empêche, doit l'amende comme d'écousse faite à sergent » (8).

c) Les coutumes permettaient aussi aux propriétaires et fermiers de saisir les bestiaux qui causent du dommage à leurs terres. Le saisissant était obligé de les mettre en fourrière dans le parc du seigneur, sinon dans quelque hôtellerie, écurie ou étable (9). D'après la coutume d'Orléans (10), le propriétaire ou fermier pouvait saisir aussi des choses se trouvant sur la personne du gardien des bestiaux, gibecière, houlette, etc., disposition analogue à celles des droits particuliers allemands (11). Le but de la saisie était l'obtention d'une preuve et d'un gage pour la réparation du dommage (12).

(8) Voir Répertoire de Merlin *Voie de fait*, art. II, par X.

(9) Répertoire de Merlin *Fourrière*.

(10) Pothier. Coutume d'Orléans, Ed. Bugnet I, p. 195, art. 158 : « Bestes qui sont trouvées ès prez, vignes, terres, bois, escrues et autres endroits cy-dessus défendus, peuvent être prises et baillées en garde par les Seigneurs, leurs serviteurs, gens, fermiers desdits héritages, ou déférées à la justice, vingt-quatre heures après la prise d'icelles : et outre, *par eux prins pan ou gage pour faire preuve et être satisfaits et réparés du dommage* que lesdites bestes auraient fait : duquel et du lieu de la prinse, il sera creu par serment jusqu'à cinq sols tournois ». Bugnet, en note, explique ainsi les termes *pan* et *gage* : « Ces termes sont synonimes et signifient ce qui peut être pris au berger pour le convaincre du dommage, comme sa houlette, sa gibecière ».

(11) Voir page 285, plus haut.

(12) Sur la saisie du bétail en droit actuel, voir plus loin, p. 423. Sur le droit intermédiaire, voir loi sur la police rurale du 28 sept., 6 oct. 1791, art. 12, titre 2. — V. Aubry et Rau, op. cit., t. III, p. 50.

d) Lorsque la voie publique n'est pas praticable, chacun, peut, de son autorité, se frayer une route sur les champs voisins, lisons-nous dans le Répertoire de Merlin (13); cela est permis par l'équité naturelle, l'usage et la jurisprudence (14).

e) Comme dans l'ancien droit, la réintégrande n'était accordée qu'à celui qui avait une possession annale, le possesseur annal qui rentrait en possession de son héritage, *même par violence*, moins d'un an après avoir été dépossédé, ne devait pas restituer provisoirement (15). Donc, la voie de fait dont usait le propriétaire ou possesseur pour se remettre en possession de sa chose, était licite. Il n'en est plus de même actuellement, la juriprudence accordant la réintégrande contre toute voie de fait, en considérant cette action plutôt comme une action personnelle sanctionnant un acte illicite que comme une action protégeant la possession. Une grande partie de la doctrine est d'ailleurs hostile à cette manière de voir (16).

(13) Voies de fait, art. IV, par. V.

(14) Voir loi du 28 sept. ; 6 oct. 1791, titre II, art. 41, mettant la réparation du dommage à la charge de la commune en cas de nécessité.

(15) Voir Claude Joseph de Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique. Réintégrande. — Répertoire Merlin, Voie de fait, art. II, par. I ; Garsonnet, Traité de procédure, 3e éd., t. I, 679 s. ; Planiol, op, cit. t. I, p. 712 ; Sourdat, Traité général de la responsabilité, 5e éd., t. I, p. 525 s.

(16) Voir les auteurs cités ci-dessus. Y ajouter Toullier, Droit civil, t. XI, p. 178 s. Dans le sens de la jurisprudence, Voir Aubry et Rau, op. cit., t. II, p. 248 ; Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 1002.

Ces quelques cas de justice privée suffisent à nous montrer que même dans l'ancien droit, assez méfiant en général, vis-à-vis des voies de fait, une certaine marge était laissée à la *justice privée subsidiaire*.

CHAPITRE II

Le Droit Français actuel contient-il une prohibition générale de la justice privée ?

Nous commencerons par constater que dans aucun des Codes napoléoniens, pas plus que dans les lois postérieures, il ne se trouve une défense de la justice privée *comme telle*, analogue à celle de *l'art.* 235 *C. pénal italien*, *de l'art.* 20, *chap.* X *C. pénal suédois*, de *l'art.* 19. *C. pénal autrichien*, enfin *art.* 179 B. G. B. saxon et 77 A. L. R. prussien (ces deux derniers abrogés par le B. G. B. allemand). A moins qu'on ne veuille voir cette prohibition dans l'art. 3 de la *Déclaration des droits de l'homme du 2 août* 1789, ainsi conçu :

« Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation : nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » Mais la portée de ce texte est trop large et trop vague pour qu'on puisse l'invoquer ici. Et alors, la question se pose si en dehors de tout texte le formulant expressément, on peut accorder

à l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même », une valeur impérative qui ferait que toute acte de justice privée serait *illicite comme tel*, ce qui met trait le droit français dans la catégorie des droits qui prononcent une interdiction formelle de la justice privée. Nous ne le croyons pas. Et ceci d'abord parce que nous contestons la valeur absolue des adages traditionnels. Nous ne ferons pas ici une théorie de l'autorité de ces adages (1). Nous constaterons simplement que la jurisprudence prend beaucoup de libertés vis-à-vis des adages, et ne les applique que suivant les nécessités pratiques. Elle ne s'en embarrasse pas lorsqu'il s'agit de consacrer une solution exigée par l'équité ou les nécessités pratiques, quoique contraire à ces adages. C'est ce que constate M. Perreau qui, quoique accordant une grande importance à ces maximes (2), remarque que la jurisprudence *les étend, les transforme* ou *les restreint selon les circonstances*. « Les transformations, et restrictions, ajoute-t-il (3), concernent celles qui se fondent, *soit sur l'utilité pratique, base évidemment changeante, soit même sur la logique juridique, nécessairement susceptible d'une plus ou moins grande rigueur* » (4). Il est vrai qu'on pourrait nous répondre que l'adage « nul ne peut... » est

(1) Voir pour cela Perreau. Technique de la jurisprudence t. I, p. 148 s.
(2) Page 203.
(3) Page 165.
(4) Voir aussi Gény, Méthode d'interpr., t. II, p.18, 2e éd.

d'ordre public, résultant du principe moderne de l'Etat, et comme tel s'impose sans restriction à l'interprète. Mais nous pouvons constater que la jurisprudence se réserve toute liberté même vis-à-vis d'autres adages reposant sur l'ordre public, notamment : *nemo censetur ignorare legem*, *nemo propriam suam turpitudinem allegans auditur*, etc. (5). Ainsi, malgré l'adage *nemo censetus ignorare legem*, elle admet l'erreur de droit (6). Quant à l'adage *nemo propriam suam turpitudinem...*, nous savons que la jurisprudence en a restreint de plus en plus la portée au cours du XIX^e^ siècle (7). La même constatation peut être faite vis-à-vis de la maxime : « nemo praecise potest cogi ad factum » (8). Donc, pas plus que pour ces adages reposant sur l'ordre public, nous ne croyons à la valeur absolue de l'adage *nul ne peut...* Et nous verrons que la jurisprudence ne s'est pas fait scrupule d'y passer outre, devant les nécessités sociales ou l'équité qui imposaient de solutions le contredisant. M. Cassin l'a brillamment démontré à propos de *l'exceptio non admipleti contractus*, du droit de rétention et de la rupture des contrats par volonté unilatérale (9). Ce n'est pas à

(5) Que M. Perreau range, avec l'adage *nul ne peut...* dans la classe de ceux reposant sur le bon ordre social.

(6) Voir Capitant. Cours de Doctorat 1923-24.

(7) Voir Capitant Cause, p. 235 s. ; Ripert, La règle morale dans les obl. civiles, p. 36 s. ; Perreau, p. 174°; Demolombe, t. XXXI, n° 436.

(8) Colin et Capitant, 3^e^ éd., t. II, p. 18.

(9) Thèse, Paris 1914. De l'exception tirée de l'inexécution des contrats synallagm.

dire que la maxime n'ait aucune valeur en droit français; elle correspond en réalité à l'organisation actuelle de la société; mais, n'étant pas inscrite dans la loi, elle n'a pas la valeur d'une disposition législative, et par suite l'interprète français peut beaucoup plus facilement l'enfreindre que l'interprète italien, suédois ou autrichien se trouvant en présence d'une prohibition formelle (10). Et le législateur français lui-même a souvent cansacré des solutions contraires à l'adage en question. Devant le courant irrésistible de l'évolution sociale, des adages que M. Demogue appelle « des adages d'expérience courte, qui depuis des siècles ont peu à peu étouffé toute pensée » (11) ne peuvent pas constituer un obstacle pour le législateur comme pour la jurisprudence, forcés de suivre les exigences de la vie.

Nous consacrerons les trois sections suivantes, formant le chapitre II, à l'étude de la question de

(10) Il est indiscutable que l'interprète a beaucoup plus de liberté en l'absence d'une loi écrite, qu'en sa présence. V. sur ce point Gény, Méthode dinterpr. et Science et technique, t. IV, p. 58 s.

A ce sujet nous pouvons aussi citer Demolombe. Voici ce qu'il dit à propos de l'adage : « nemo propriam suam turpitudniem... (t. XXXI, n° 436) : Mais où est-elle écrite cette maxime ? Que dans notre ancienne société, en l'absence des lois écrites, les jurisconsultes et même aussi les magistrats aient cru pouvoir appliquer des maximes empruntées aux lois romaines, on le comprend. Mais sous notre régime nouveau, devant un Code de lois écrites, et contrairement aux art. formels du Code, est-il possible de fonder sur une simple maxime une décision judiciaire, qui a véritablement un caractère pénal ? »

(11) Notions fondamentales, p. 640.

savoir quel est la valeur de l'adage dans l'opinion des auteurs, dans le droit pénal et dans le droit civil. Ce chapitre représentera donc *l'aspect négatif* de la question, que nous avons distingué dans tous nos développements antérieurs et qui consiste à se demander si la justice privée est prohibée *comme telle*, dans une législation donnée. Le troisième chapitre sera consacré à *l'aspect positif* du problème, c'est-à-dire à la *justice privée licite*.

Section I. — *Opinion de la Doctrine.*

Nous constatons en premier lieu que si les premiers commentateurs des Codes napoléoniens font quelques allusions à la question de la prohibition ou non de la justice privée, ceux qui suivent gardent un silence absolu et, il faut arriver à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ pour trouver certaines opinions relatives à ce sujet.

Nous commençons par citer le *Répertoire de Merlin* où se trouvent des considérations sur la justice privée à propos des *voies de fait* que Merlin prend dans un sens synonyme de justice privée. Merlin d'ailleurs ne fait que reproduire ici l'article écrit par *Lajuniais dans le Répertoire Universel de jurisprudence* (Guyot). Il reprendra les mêmes idées dans ses *Questions de droit* (12). Merlin dans ses Questions

(12) Merlin. *Répertoire.* Voies de fait. *Questions de droit* Voies de fait.

La définition et la conception des voies de fait sera re-

de droit et Lajuniais dans le Répertoire, définissent ainsi la voie de fait dans son sens étroit, équivalent à la justice privée : « Dans une acception plus étroite et plus ordonnée, voie de fait se dit de tout acte par lequel on exerce, de son autorité privée, des prétentions ou des droits contraires aux droits ou aux prétentions d'autrui. » C'est bien de la justice privée qu'il s'agit, car l'auteur procède de sa propre autorité à la *réalisation d'une prétention*, malgré la résistance d'une volonté contraire. C'est ce qui distingue, comme nous le verrons, la voie de fait dans son sens étroit, de la voie de fait au sens large, qui n'implique pas l'existence d'un droit. Et Lajuinais (Répertoire de Merlin) se pose la question : « si la voie de fait (lisez justice privée) est essentiellement illicite ». « Si l'on prétendait, réplique-t-il, qu'elle est toujours légitime ou qu'elle est toujours illicite, et provisoirement réparable dans les deux cas, *on s'écarterait également de la justice et de l'équité, du bien public et de la raison*. Sans doute, les citoyens ne doivent pas *sans nécessité*, se faire droit à eux-mêmes; le plus légitime propriétaire ne doit pas troubler une possession de fait subsistante, s'emparer sans forme juridique de ce dont jouit son adversaire sous la garde sacrée de la loi : autrement, ce serait renverser l'ordre public et violer la première

prise à propos de l'aspect pénal et civil de la question. Nous renvoyons dès maintenant à un ouvrage récent de M. Arbus, intitulé : Etude sur la voie de fait et ses sanctions dans l'ordre interne et dans l'ordre international.

condition du pacte social. La voie de fait serait repoussée par la violence, celle-ci occasionnerait de nouveaux excès, les guerres privées renaîtraient avec leurs atrocités et l'Etat serait menacé d'une dissolution prochaine. *Ces inconvénients sont réels, mais ils ne doivent pas aussi nous faire abuser du sage principe qu'ils nous ont fait introduire.* » Il y a des voies de fait parfaitement justifiées, continue l'auteur. Et il conclut ainsi : « Ce serait donc une maxime *fausse* et *dangereuse* d'avancer indistinctement comme certains auteurs le font, que toutes voies de fait sont défendues et doivent être réparées par provision. Il y a des voies de fait qui sont de véritables délits, au moins des fautes punissables et qui pour la plupart doivent être avant tout réparées; *il en est de formellement autorisées ou tolérées par la jurisprudence.* » Pour les cas de justice privée licite cités par Merlin, nous y reviendrons dans le chapitre consacré à la justice privée licite. Nous constatons seulement ici que Lajuinais (et Merlin dans ses Questions du droit) font preuve d'esprit pratique en protestant contre la valeur absolue accordée à des principes qui n'ont de valeur qu'en tant que les inconvénients qu'ils veulent éviter sont à craindre.

Toullier dans son *Traité de droit civil* (13) donne la même définition que Merlin, de la voie de fait, et cela à propos des actions possessoires. Il refuse toute

(13) T. XI, p. 178.

action possessoire, même la réintégrande à celui qui possède depuis moins d'un an, et répond aux objections qu'on lui fait, par les considérations suivantes, d'ordre général. « Des anciens auteurs avaient posé en principe que toute voie de fait, *c'est-à-dire toute acte par lequel sans autorisation de justice, sans violence, on se ressaisit de sa propre chose est contraire à l'ordre public et doit être réprimé, car on se rend juge dans propre cause.* Le principe d'où l'on partait est faux. *En quoi l'ordre public est-il troublé, quand un propriétaire se remet paisiblement en possession d'un bien dont on l'avait injustement dépouillé ?* L'ordre de la justice est au contraire rétabli par la rentrée en possession du propriétaire. »

Toullier, comme les auteurs précédents, cherche à prouver que la prohibition de la justice privée n'a aucun sens, dans les cas où les raisons qui la motivent n'existent pas. C'est dire que le but d'une institution en constitue la limite, idée développée brillamment plus tard par Ihering (14).

Troplong dans le tome de son Traité de droit civil, consacré au louage (15), protestant contre le refus du droit au bailleur d'enlever les portes et fenêtres pour forcer le locataire à déménager, ajoute : *Je crois que ces scrupules sont exagérés et tiennent à un abus*

(14) Lutte pour le droit. Evolution du droit, op. cit.
(15) N° 435.

de cette règle souvent faussée et mal comprise, que nul ne peut se faire justice à soi-même. »

Rauter, dans un article paru dans la *Revue Etrangère* de 1841 (16), consacré au droit de rétention, admet une large application de ce droit et réfute les objections de ceux qui opposent la règle « nul ne peut... », en invoquant les cas assez nombreux où le droit français admet la justice privée : « Il en résulte, conclut-il, que ce droit, quelque contraire qu'il paraisse au principe que *nul ne peut se faire justice à soi-même*, est cependant compatible avec ce principe sous certaines conditions, *et à l'instar d'autres cas où notre droit admet la voie de fait ou l'aide propre et privée; il faut se garder d'exagérer...* »

Vers la fin du XIX^e^ siècle, *M. Guillouard*, l'éminent auteur qui continua le Cours de droit civil de Demolombe, affirme le caractère contingent de la règle prohibant la justice privée, à propos du droit de rétention (17)^e^: « A l'origine des sociétés, dit-il, le droit de rétention présente un inconvénient assez grave : *en permettant au créancier de se faire justice à soi-même*, il peut provoquer un conflit, une lutte à main armée, entre le propriétaire qui veut reprendre sa chose, et le créancier qui veut le retenir. Aussi, verrons-nous que notre ancien droit, se plaçant à ce point de vue n'était pas très favorable au droit de rétention. » Et il cite un passage

(16) T. 8, p. 769.
(17) Rétention, t. I, p. 268 s.

de Guy Coquille (18), pour conclure ainsi : « *Plus tard, quand la civilisation se développe, cette crainte des voies de fait disparaît.* » Ce passage de Guillouard montre que la justice privée ne présente pas beaucoup de danger lorsque les pouvoirs publics sont forts, théorie que nous avons développé dans notre Introduction (19).

Le début du xx^e^ siècle marque, comme nous l'avons remarqué, une certaine réaction contre la valeur absolue accordée à l'adage. M. *Demogue* démontre dans ses ouvrages (20), que la règle « nul ne peut... » est loin d'avoir la portée qu'on lui attribue. « C'est devenu un adage incontesté, dit-il (21), qu'on ne peut se faire justice à soi-même. *Mais la force des choses se joue de nos distinctions rectilignes et l'exécution privée tend à se maintenir dans les limites que nous essayerons de préciser.* On peut même souhaiter qu'elle se développe. » Et plus loin (22) : « D'ailleurs les faits sont là. Bien que la règle « nul ne peut... », soit assez souvent citée, l'exécution privée des obligations, c'est-à-dire la mise à exécution des droits en dehors des formes étatiques, reste d'une importance considérable, et se présente

(18) Coutume du Nivernais, Chap. XXXII, art. 13. Edition 1703, I, p. 315.

(19) Page 21 s.

(20) Notions fondamentales, p. 639 s. ; Obligations t. IV, p. 270 s. ; Analyse de la jurisprudence dans la Revue trimestrielle de droit civil.

(21) Notions fondamentales, p. 639.

(22) Page 640.

à la fois sous deux formes : défensive et offensive. »

Et dans son traité des obligations (23), M. Demogue s'exprime ainsi : « Le droit de justice privée n'est visé par aucun texte. Mais il existe cependant, en vertu des principes généraux et malgré l'adage *qu'on ne peut se faire justice à soi-même.* » Dans une note sous un arrêt de Cassation du 26 février 1907 (S. 1908-1-278) (24) il conclut ainsi : « Elle (la Cour) ramène au fond le vieil adage qu'on ne peut se faire justice à soi-même, à une portée raisonnable : *on ne doit pas faire des actes troublant l'ordre matériel, pouvant occasionner des rixes, des luttes. Mais le surplus reste permis.* »

M. Cassin, professeur à la Faculté de droit de Lille, dans sa remarquable thèse (25), constate que l'adage a été souvent opposé par les adversaires de l'exception n. a. c. et du droit de rétention (26). Mais la jurisprudence ne s'est pas laissé impressionner par des arguments de pur principe, et a largement admis les deux institutions mentionnées. « Par suite, conclut, M. Cassin (27) et en acceptant à la base l'existence de la règle *nul ne peut*... on a bien été forcé de convenir que le Code lui-même a créé dans des textes nombreux et formels, une brèche au

(23) T. IV, page 273.
(24) Rev. trim., 1908, page 690.
(25) De l'exception tirée de l'inexécution dans les cont. syn. Thèse Paris 1914.
(26) Page 333.
(27) Page 337.

principe initial. Le problème qui s'imposait alors aux juges consistait donc uniquement à savoir si cette brèche était susceptible d'élargissement. » Et plus loin, à propos de l'admission par la jurisprudence de la rupture du contrat par volonté unilatérale, *et ici malgré l'art.* 1184 *qui s'y oppose*, l'auteur est amené à des conclusions plus catégoriques encore : « En reconnaissant à maintes reprises, la légitimité de la rupture du contrat par volonté unilatérale, dit-il (28), intervenue à la suite de faits d'inexécution et en dehors des prévisions formelles de la loi ou de la convention, *la jurisprudence a ruiné l'autorité absolue et presque dogmatique que certains auteurs épris de logique et de sécurité avaient attribué à la règle nul ne peut...* Désormais une brèche est taillée dans ce principe... »

M. Gérard, dans sa thèse sur les *Torts en droits anglais* (29) constate que « la jurisprudence française s'inspire de plus en plus *de la notion de finalité* du droit dans l'application du principe que personne ne doit se faire justice à soi-même ».

Enfin, nous citerons en dernier lieu, M. Lallement, auteur d'une thèse sur l'état de nécessité (30), qui, après avoir constaté l'extension de l'état de nécessité et de la légitime défense au cours du XIX^e^ siècle, ajoute : « Depuis la fin du XIX^e^ siècle, notre doc-

(28) Page 360.
(29) Op. cit. Rennes, 1910 (Thèse).
(30) Etat de nécessité en matière civile. Paris, 1922.

trine a su édifier en dehors des textes, une théorie assez satisfaisante. Pour cela, il lui a fallu d'ailleurs vaincre une répugnance qui s'était inscrite dans une maxime traditionnelle : nul ne peut se faire justice à soi-même. *Il semble qu'aujourd'hui que l'autorité de cette maxime soit sérieusement ébranlée et que le droit de légitime défense puisse être reconnu dans tous les cas où il est utile et juste qu'il le soit* » (31).

Dans cette analyse des opinions doctrinales sur la justice privée, nous avons pu constater que beaucoup d'auteurs doutaient de la valeur absolue de l'adage. Le témoignage que nous apportent les premiers interprètes du Code civil nous est précieux pour la connaissance de l'atmosphère de l'époque. Par contre, les constatations des auteurs contemporains ont une importance pratique plus grande, car ils raisonnent surtout sur les faits et pas simplement sur des principes. Nous allons voir maintenant si, faute de texte prohibant la justice privée *comme telle* en général, nous ne pouvons pas en trouver qui le fassent indirectement. En outre, nous chercherons à montrer que la jurisprudence ne s'embarrasse pas

(31) Voir aussi Cornil. Le droit privé, Essai de sociologie juridique simplifiée. Paris, 1924. Quant aux autres auteurs célèbres, Laurent, Demolombe, Aubry et Rau, nous n'avons pas trouvé de développements consacrés à la justice privée en principe ; cependant on verra plus loin leur opinion dans des cas particuliers. On peut citer le Cours de Procédure civile de M. Morel (p. 6 s.) qui constate l'existence de cas de justice privée en droit moderne français.

de l'adage, lorsque des textes précis ne lui imposent pas de réprimer un acte.

Section II. — *Le droit pénal et la non-prohibition de la justice privée.*

Le Code pénal français ne contient aucun article punissant la *justice privée comme telle*, pareil à l'art. 235 C. pénal italien, à l'art. 20 Code pénal suédois et aux dispositions des Codes pénaux saxon, badois, bavarois, etc. (abrogés en 1871). *Par conséquent on peut affirmer qu'il n'y a pas de délit pénal de justice privée en droit français.* La justice privée ne sera punie que lorsqu'elle réunira les éléments matériels d'un délit prévu par le Code pénal. Un acte de justice privée ne tombant pas sous le coup d'une disposition du Code pénal, restera impuni. Et nous croyons inutile de prouver que l'adage « nul ne peut... » n'a aucune valeur au point de vue pénal; et cela en vertu de l'art. 4 Code pénal, qui décide que « nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis » (nulla poena sine lege) (32). Donc, pas de peine contre la justice privée *comme telle*. Mais n'y aurait-il pas de textes d'où l'on puisse déduire une pénalité contre la justice privée ? Notamment les voies de fait

(32) Toullier le remarquait déjà, loc. cit., p. 179 : « Vainement objecterait-on, dit-il, que tout attentat est défendu et doit être puni. Oui, sans doute, l'ordre public l'exige. Mais, nulle contravention, nul délit... »

ne sont-elles pas punies par le Code pénal ? Il s'agit de s'entendre sur le sens de l'expression *voie de fait*. Dans le Répertoire de Merlin (33), nous lisons : « Ce mot, dans le sens le plus étendu, désigne presque toutes les actions qui blessent une personne dans son corps, dans son honneur, ou dans ses biens, ou qui seulement contrarient ses prétentions, comme violence, dommage, méfait injurieux, mauvais traitement, construction ou destruction d'ouvrage, dégradation, détérioration, innovation, spoliation, trouble à la possession, en un mot tout ce que les jurisconsultes comprennent sur le nom d'injure réelle. Mais dans une acception plus étroite... » suit la définition de la justice privée que nous avons citée plus haut (34). Dans la première acception, l'expression *voie de fait n'implique* donc pas l'existence d'une prétention à réaliser. Dans ce sens, le vol, les coups et blessures, la dépossession, sont des voies de fait. Mais dans le second sens, la notion de voie de fait se confond avec celle de justice privée. C'est toujours un acte qui blesse une personne dans son corps, son honneur ou ses biens, *mais il s'ajoute ici un élément psychologique : l'intention de réaliser une prétention.* Dans quel sens le Code pénal emploie-t-il cette expression ? Nous la trouvons dans les art. 109, 209, 309, 311, 412, 438; 505, 507 C. Instr. Crim. Dans tous ces art. (excepté l'art. 438), l'expression voie de

(33) Voie de fait.

fait est prise dans le sens *d'actes de violence contre les personnes* (35); dans aucun article il n'est question de prétention à réaliser. Donc, la justice privée ne sera punie, d'après le Code pénal, que lorsqu'on aura usé de violence envers les personnes. C'est ce que nous dit M. Garraud (36) : « Le titulaire d'un droit peut-il user de voies de fait ou de violences, pour se faire justice à lui-même ? *Si ces voies de fait constituent des violences envers les personnes*, répond-il, elles sont punissables. Le sont-elles si elles constituent des voies de fait envers les choses ? Certaines législations ont un texte spécial sur l'exercice arbitraire de son propre droit. *Le Code pénal français traite ce fait par une prudente abstention. Par suite, le fait n'est punissable que dans les conditions du droit commun. Le désir de faire justice à soi-même ne pouvant être considéré que comme un motif de l'action incriminée, ne saurait être dans ce cas, une cause d'irresponsabilité.* » Donc, le but de justice privée est indifférent : il ne rend ni licite un acte illicite, ni illicite un acte licite. Au point de vue pénal le système français est semblable au système allemand (37). Haus (38), qui oppose à la voie de

(35) Voir Garçon, C. pénal annoté arté. 209,20,30 ; 184 ; 309-311. Garraud, Traité, t. III et V (art. 309-311) ; et A. Arbus, op. cit., p. 194, 353 ; on y trouvera aussi un historique complet du sens de l'expression.

(36) Précis, 12e éd., p. 275.

(37) V. aussi Garçon, op. cit. art. 309-311, n. 16, 18. Même idée, *Haus*. Droit pénal belge, 1879, 3e éd. p. 495 et *Prins*, Science pénale et droit positif, 3e éd., p. 197.

(38) Op. cit., page 496.

fait personnelle, la *voie de fait réelle*, qu'il assimile à la justice privée, exprime la même idée : « En effet, dit-il, à la différence du droit romain, *nos lois ne punissent pas les voies de fait par lesquelles on exerce un droit actuel et certain, quoique contraire* aux prétentions d'autrui, pourvu qu'elles ne troublent pas la possession légale d'un tiers, et qu'elles ne soient accompagnées ni de violences envers les personnes, ni de menaces qui constituent généralement des crimes, des délits ou des contraventions » (39).

L'expression voie de fait n'est donc pas employée par le Code pénal dans le sens d'actes de justice privée. Il faut donc en conclure que le Code ne punit pas la justice privée *comme telle : il faut que le but de justice privée se réalise par un acte qualifié crime, délit, ou contraventions par le Code pénal*. Et réciproquement, si une infraction pénale est commise dans le but de justice privée, cela n'empêchera pas l'application de la peine. Vidal et Magnol regrettent que le but de justice privée ne soit pas pris en considération, comme en droit italien. « Il est difficile de laisser impunis les actes de violence, *et cependant il est excessif de les assimiler au vol, à l'extorsion, à l'escroquerie, au faux*, disent-ils (40), par exemple, lorsqu'un créancier, ne pouvant se

(39) Voir aussi Vidal et Magnol, op. cit., p. 329 ; Toullier, op. cit., p. 179 ; Merlin Questions préjud., p. 510 (Rép.).

(40) Page 329.

faire payer par son débiteur, s'empare lui-même de l'argent appartenant à celui-ci, emploie des menaces ou des manœuvres frauduleuses, pour le contraindre à payer, se fait payer par un tiers, dépositaire d'un fonds appartenant à son débiteur, à l'aide d'un billet faux ou d'une fausse procuration. »

Le fait que le but de justice privée *est juridiquement indifférent* au point de vue pénal, peut être formulé dans les deux propositions suivantes : 1) *un acte de justice privée auquel manque un des éléments constitutifs d'une infraction prévue par le Code pénal, ne peut être puni comme tel;* 2) *réciproquement, un acte constituant une infraction pénale, sera puni, même s'il est commis dans un but de justice privée.*

Reprenons ces deux propositions :

§ 1. — « Quoi qu'en dise l'adage, dit M. Demogue (41), il y a des cas nombreux où l'on peut se faire justice à soi-même. Ce sont principalement ceux où le droit revendiqué consiste à demander la possession d'un bien qu'un autre détient. On est obligé en pareil cas, de reconnaître la possibilité de la justice privée, *pourvu qu'on passe entre les mailles de la loi pénale.* Il est admis en droit pénal qu'il n'y a pas vol lorsqu'on soustrait sa propre chose (Garçon, art. 379, Garraud T. V, nos 2078, 2099), par exemple, lorsqu'on reprend un objet dont on

(41) Notions fond., p. 658. Voir aussi Obligations t. IV, p. 274.

(34) Page 354.

nous refuse la restitution, quand on appréhende une chose vendue dont on est déjà propriétaire. En pareil cas, on échappera à toute répression, pourvu que l'acte ne soit pas accompagné de circonstances, qui, à elles seules, constituent un délit : violences, bris de clôtures, violation de domicile, etc.»

Le fait de s'emparer de sa propre chose, ne constitue donc pas un vol, l'art. 379 C. pénal exigeant pour cela *la soustraction de la chose d'autrui*. C'est la même solution qu'en droit anglais, qui, comme nous l'avons vu, permet le « retaking of goods » (42). De même, la jurisprudence allemande s'est prononcée dans ce sens (43). Sous une législation qui punit la justice privée *comme telle*, la soustraction de sa propre chose, quoique ne constituant pas un vol, sera punie comme justice privée. Mais comme ce délit n'existe pas en droit français, l'acte n'aura pas de sanction pénale. « Il importe peu, nous dit M. Garçon (44), que la chose dont le légitime propriétaire s'est emparée, soit possédée, en droit par une autre personne. En reprenant ce qui lui appartient, ce propriétaire use seulement de son droit : il n'usurpe pas une possession que son titre lui permet d'exercer. Les moyens qu'il peut employer sont indifférents : celui qui s'introduit dans le domicile du détenteur

(42) V. plus haut, p. 326.

(43) Voir plus haut, p. 176 ; Buc ing. cit., p. 23 ; Heyer, p. 87.

(44) Code pénal, annoté, art. 379, n° 318.

pour appréhender sa chose, soit par la ruse, soit par le mensonge, soit par escalade, ou effraction, celui même qui emploie la violence, *ne commet pas un vol*. Ces actes peuvent seulement constituer des délits spéciaux de violation de domicile, de bris de clôture, de coups et blessures». Le propriétaire d'une chose litigieuse peut la reprendre. « En se faisant ainsi justice à lui-même, *il ne commettra aucun délit correctionnel*, s'il prouve dans l'instance qu'il était propriétaire » (45). Si une personne s'empare de la chose d'autrui, et que celui-ci court après le voleur et lui arrache la chose, c'est une voie de fait, mais qui ne sera pas punie, faute de texte; si le propriétaire use de violence, il sera puni en vertu des art. 309, 311 C. pénal, pour violences ou voies de fait personnelles. *Mais ce qui sera puni en ce cas, ce ne sera pas la justice privée, mais la violence* (46).

De même, il n'y aura pas chantage dans le fait d'employer des moyens de nature à peser sur la volonté du débiteur, pour le décider à s'acquitter de sa dette. Il n'y aura donc aucune peine, quoique ce soit un acte de justice privée. Cet acte était frappé de peines privées par le droit romain (D. 4-2-12, in fine et 13) ;il ne sera pas puni par le Code pénal français, car, faute de texte le frappant comme justice privée, il

(45) Garçon, op. cit., n. 318 (art. 379) ; v. aussi Merlin, Répert. Question préjud., p. 510 ; Prins, op. cit., p. 197 ; Haus, op. cit., p. 496 ; Toullier, op. cit., p. 186.

(46) Merlin, loc. cit.[e]; voir aussi Sourdat, Théorie générale de la responsabilité, 5[e] éd., t. I, p. 524.

ne constitue pas de délit pénal, le délit de chantage prévu par l'art. 400, al. 2, exigeant que l'auteur recherche un enrichissement injuste. Or, ici, le créancier ne fait qu'obtenir ce qui lui est dû. « Le créancier, nous dit M. Garçon (47), qui menace son débiteur de le diffamer pour le contraindre à s'acquitter de sa dette, ne commet pas un délit de chantage punissable. Il n'aura pas extorqué, c'est-à-dire volé la chose remise, puisqu'elle lui est due et que le gain qu'il poursuit n'est pas illégitime » (48). La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée dans ce sens. Ainsi, dans le cas d'un commerçant qui, croyant avoir été volé par son employé, avait exigé la restitution des deniers volés en menaçant le coupable et sa femme. La poursuite en chantage, accueillie en première instance, échoua en appel. « Attendu, dit l'arrêt de la Cour de Caen, du 20 nov. 1878 (49)... que l'une des circonstances nécessaires pour établir le délit prévu par l'art. 400, al. 2, Code pénal, la mauvaise foi, n'est pas suffisamment établie à la charge de Hommey ». La chambre criminelle de la Cour de cassation décide la même chose, dans un arrêt du 2 avril 1897 (50). « Attendu, dit-elle..., que Grollet réclamait seulement la réparation d'un préjudice qui lui avait été ou qu'il croyait lui avoir été causé; qu'ainsi, il agissait de

(47) Op. cit. art. 400, n° 67.
(48) Voir aussi Demogue, Not. fond., p. 659.
(49) S. 80.2.202. Voir aussi Garçon, art. 400, n. 126.
(50) D.98.1.150. V. aussi Garçon, op.cit, art. 400, n. 122 s.

bonne foi et ne poursuivait pas un gain illégitime; attendu que de ces constatations de fait, qui sont souveraines, il résulte que deux des éléments du délit ne se rencontraient pas dans la lettre du 1er juin... »
La même solution est donnée pour le cas d'escroquerie employée par un créancier pour se faire payer, l'*art.* 405 *Code pénal* supposant qu'on agit dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire (51. Et il faut décider la même chose pour le cas du propriétaire qui détruit les clôtures ou comble les fossés qu'un tiers sans droit avait pratiqués sur son terrain ; la peine de l'art. 456 Code pénal, n'est prononcée que contre celui qui détruit des clôtures ou comble des fossés pratiqués sur le terrain d'autrui (52).

Tous ces cas nous démontrent que la justice privée ne sera jamais punie *comme telle* en droit français, et qu'elle restera impunie, si le moyen employé ne tombe pas sous le coup d'un texte pénal.

§ 2. — Nous avons dit que le principe du caractère indifférent juridiquement du but de justice privée, avait comme conséquence, réciproque de la première, *que des actes de justice privée, lorsqu'ils réunissent les éléments d'une infraction pénale, seront punis, sans qu'on tienne compte du but de justice privée.*

(51) Voir Demogue, op. cit., p. 659e; Haus, p. 497.
(52) Merlin, Questions préjud. (Répertoire) ; Toullier, op. cit., p. 179.

Comme le dit M. Garraud dans le passage cité (53), « le désir de se faire justice à soi-même, ne pouvant être considéré que comme un motif de l'action incriminée, ne saurait être dans ce cas, une cause d'irresponsabilité. » Celui qui se sera emparé de la chose d'autrui, pour se payer de sa créance, sera considéré comme un simple voleur (54). Celui qui blessera ou tuera son adversaire en duel, sera puni pour coups et blessures ou meurtre (art. 295 s.; 309 s., Code pénal). Le fait que celui qui se rend justice à lui-même, but légitime en lui-même, est frappé des mêmes peines, lorsqu'il emploie des procédés punis par le Code pénal, que celui qui le fait dans un but illicite, nous semble assez injuste. En effet, s'l est juste de punir celui qui recourt à des voies de fait graves au lieu de s'adresser à la justice, et qui, par cela même risque de troubler l'ordre social, il est inéquitable de le traiter comme un voleur, un escroc ou un faussaire. L'individu qui se fait justice à lui-même en usant de moyens dangereux pour l'ordre public, est coupable de ne pas s'adresser à l'autorité pour réaliser son droit; mais la société n'est

(53) Page 364 plus haut. Merlin le remarque aussi (Questions de droit, voie de fait) : « Du reste, il est bien entendu, dit-il, et je l'ai supposé clairement dans l'intitulé de ce paragraphe, qu'une voie de fait même purement réelle, donne lieu nécessairement à l'action publique, toutes les fois qu'elle est accompagnée de circonstances qui la font dégénérer en crimes, délits ou contraventions ». Voir aussi Vidal et Magnol, loco. cit.

(54) Nous avons vu que la jurisprudence allemande en décidait autrement (v. plus haut p. 176).

pas intéressée à le frapper comme celui qui est un élément nuisible à la société. Et l'institution du jury, qui a pour but de permettre à des particuliers, représentant l'opinion publique, de se prononcer sur l'importance qu'ils accordent à tel ou tel crime, n'arrive-t-elle pas pratiquement à excuser des actes de justice privée qui se manifestent par des crimes très graves, comme le meurtre ? Et les crimes passionnels (55) ou politiques, que le jury acquitte si fréquemment, en tenant compte de l'intention de l'auteur, ne constituent-ils pas des actes de justice privée ? Or, lorsqu'il s'agit de délits correctionnels, celui qui se fait justice à lui-même, est mis sur un pied d'égalité avec celui qui commet un délit dans un but illicite, immoral ou anti-social. C'est ce qu'a compris le législateur italien, qui considère l'acte de justice privée, comme un délit contre l'administration de la justice et le frappe comme tel, mais d'une peine moins grave que celle du droit commun. Nous avons vu plus haut ce que pensaient là-dessus MM. Vidal et Magnol (56).

Voyons maintenant des applications pratiques de la proposition sus-mentionnée. Le créancier qui s'empare de la chose du débiteur *pour se constituer un gage, ou pour se payer*, commet un vol d'après la

(55) Nous voulons parler surtout du mari tuant ou blessant la femme adultère au lieu d'agir en justice (337 C. pénal).

(56) Page 365, voir plus haut.

jurisprudence (57). En effet, il s'agit d'un acte réunissant tous les éléments du délit de vol, c'est-à-dire *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui*. La jurisprudence se prononce généralement en ce sens, malgré certaines décisions divergentes, et cela sans distinguer entre la saisie de la chose dans le but de se payer, ou de se constituer un gage. « Attendu qu'en admettant (ce qui n'est pas démontré), dit un arrêt de la Cour de Rouen du 10 novembre 1899 (58), qu'au moment où il s'appropriait ainsi le mobilier, L... fût ou se considérât créancier de la veuve Dugard, d'une somme quelconque, il ne pouvait poursuivre le paiement de sa créance par les moyens qu'il a employés, sans commettre un délit dont il a compris la gravité, et cherché un moment à en faire tomber la responsabilité sur sa femme... Que le fait de s'être emparé dans les conditions spécifiées du mobilier de la veuve Dugard, constitue une soustraction frauduleuse... » La Cour de Rouen considère donc que le seul fait de s'emparer de la chose d'autrui, en connaissant la gravité de l'acte, constituait la soustraction frauduleuse prévue par l'art. 379; l'intention de se faire justice n'est pas prise en considération. Il y a eu cependant des décisions qui ont refusé d'admettre qu'il y eût vol (59), en se fon-

(57) Voir Garçon. Op. cit., art. 379, n. 287, 299, 341. — Demogue, Obligations, p. 274 (t. IV).

(58) D. 1901-1-210.

(59) Dans des cas où le créancier avait usé de justice privée pour se payer de sa créance.

dant sur le défaut d'intention frauduleuse, résultant du but de justice privée. « Attendu, dit un arrêt de la Cour de Bastia, du 9 juillet 1902 (60) que si, en principe, une créance ne peut justifier l'appréhension d'objets appartenant à autrui, il appartient toujours aux juges d'apprécier si le fait reproché contient les caractères constitutifs du vol, exigés par l'art. 479 du Code pénal; qu'il ne peut y avoir délit lorsque l'absence de fraude est établie par les circonstances de la cause; que pour qu'il y ait vol, il faut qu'il y ait eu l'intention de voler, *animus furandi ; que dans l'espèce Muccheli a voulu exercer, quoique par des moyens illicites son droit de créance sur son débiteur*... Qu'il semblerait excessif de voir dans ce fait, si répréhensible soit-il, le véritable délit de vol, puisque l'un des éléments essentiels, l'intention frauduleuse, échappe, et que la bonne foi de Muccheli ne peut être contestée ». Cette manière de voir, qu'on ne trouve d'ailleurs que dans de rares décisions est vivement combattue par M. Garçon (61). « Mais juridiquement, dit-il, cette décision paraît insoutenable. Le créancier s'approprie ainsi des deniers qui ne lui appartiennent pas, avec la claire connaissance qu'il agit contre le gré du débiteur et que l'argent est la propriété de celui-ci. S'il pensait avoir le droit de se payer lui-même, il commettrait

(60) La Loi, 3 mars 1903.
(61) Voir Garçon, article 379, n. 299, les arrêts anciens cités.

une erreur de droit grossière qui ne serait pas relevante. » Nous approuvons cette manière de voir, car il y a indiscutablement appropriation illicite de la chose d'autrui, dans l'état actuel du droit français; et *de lege lata* on ne peut voir dans l'intention de se faire justice une cause excluant la culpabilité.

Ceci pour la mainmise pour se payer. Quid pour la saisie en vue de se constituer un gage ? La jurisprudence assimile les deux cas, et considère le dernier aussi comme un vol (62). « Attendu, dit un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 9 mai 1851 (63), qu'il ne suffit pas, pour enlever à la soustraction de la chose d'autrui son caractère frauduleux, que cette soustraction n'ait pas été commise avec clandestinité, et que le prévenu se prétendant créancier du propriétaire de cette chose, ait voulu se procurer un gage de sa créance... » (64). Ici. M. Garçon s'élève contre la solution considérant l'acte comme un vol. Il estime que l'auteur, n'ayant pas l'intention de s'approprier la chose d'autrui, ne commet pas de vol (65). Le créancier se conduit comme un gagiste, et ne prétend exercer qu'une possession précaire. En effet, d'après M. Garçon, pour qu'il y ait soustraction *frauduleuse*, il faut l'intention de s'approprier la chose, de la posséder *animo*

(62) Garçon, loc. cit., n. 287.
(63) S. 51.1.795.
(64) Voir note sous S. 48.1.62 et arrêts cités.
(65) N. 290 s. loc. cit.

domini. Cette opinion est discutable, l'art. 379 C. pénal ne parlant pas *d'appropriation*, mais de *soustraction*. Blanche (66), soutient, en s'appuyant sur la jurisprudence, que la soustraction prendra le caractère frauduleux « dès qu'elle aura eu lieu dans le but criminel de dépouiller le maître de la chose »; l'intention d'appropriation ne serait pas nécessaire. La jurisprudence sur la soustraction en vue de se constituer un gage est aussi une confirmation de ce dernier point de vue. Nous croyons qu'il y aura vol, toutes les fois qu'il y aura soustraction *de la chose d'autrui*. Et cela comprend la mainmise par le créancier sur la chose du débiteur, indifféremment du but (paiement ou gage). Lorsqu'il s'agit d'une créance de chose de genre, par exemple un sac de blé, il y aura vol, lorsque le créancier s'emparera d'un sac de blé quelconque. Comme il ne devient propriétaire de la chose due, que par l'individualisation de celle-ci, il se rend coupable de soustraction *de la chose d'autrui*, lorsqu'il le fait avant cette individualisation. Donc, le but de justice privée n'empêche pas qu'il y ait vol, lorsque les éléments constitutifs de ce délit sont réunis.

La question se pose d'une façon sensiblement analogue, lorsqu'il s'agit de l'escroquerie. L'art. 405 C. pénal, ne qualifie d'escroquerie que les manœuvres employées en vue d'escroquer « la totalité

(66) Etudes pratiques sur le Code pénal, t. V (1870) n° 477. V. arrêts cités.

ou partie *de la fortune d'autrui* ». Ceci exclut donc les manœuvres employées en vue de rentrer en possession, de sa propre chose. « Le propriétaire ne commet point de délit en employant la ruse pour rentrer en possession d'un objet qui lui appartient », nous dit M. Garçon (67). La Cour de Grenoble, dans un arrêt du 13 août 1908 (68), s'est prononcée dans ce sens : « Attendu, dit l'arrêt, que ce fait ne saurait constituer le délit d'escroquerie retenu par le tribunal d'Embrun, puisque les auteurs de la fausse lettre *n'avaient usé de ce moyen que pour se faire remettre leur propre chose* déposée chez un tiers, et qu'il est de principe que le délit de l'art. 405 Code pénal devant avoir pour résultat d'escroquer ou de tenter d'escroquer *la totalité ou partie de la fortune d'autrui*, le véritable propriétaire ne commet pas de délit en employant la ruse ou la fraude pour rentrer en possession d'un objet qui lui appartient... »

Si cela est vrai lorsqu'il s'agit de la chose de celui qui se livre à des manœuvres, il n'en est plus de même pour le cas où le créancier s'empare de cette façon *de la chose d'autrui* pour se constituer un gage, où de choses de genre ou argent en vue de se payer. Ici, il y a vraiment escroquerie *de la fortune d'autrui*. C'est ce que décide un arrêt de la Cour de cassation du 2 août 1866 (69) et M. Garçon se rallie à

(67) C. pénal annoté, art. 405, n. 110. V. Demogue, Not. fond., p. 659.

(68) D. 1909.2.142.

(69) D. 66.1.456.

cette solution (70), « le créancier se fait remettre la chose d'autrui, dit-il, puisqu'il n'a sur la chose qu'un *jus ad rem et non un jus in re* ». M. Demogue (71), soutient cependant que le débiteur n'a payé que ce qu'il devait (72).

Section III. — *Le droit privé et la non-prohibition de la justice privée.*

En droit privé (73), nous constaterons la même chose qu'en droit criminel. Il n'y a pas de dispositions d'ordre général prohibant la justice privée *comme telle*, comme cela est le cas pour le Code civil autrichien, art. 19, et comme cela l'était pour le droit romain (Décret de Marc-Aurèle) pour certaines hypothèses de justice privée, et pour le droit prussien (A. L. R. art. 77) et saxon (art. 179 B. G. B.). Par conséquent, aucune sanction civile ne pourra être attachée à un acte de justice privée ne réunissant pas les conditions d'un acte déclaré illicite par le Code civil. « Voici une grande règle de droit qui n'est écrite nulle part en termes formels, mais dont

(70) Op. cit., n. 113 (art. 405).

(71) Not. fond., p. 659.

(72) Nous croyons que la ruse ne constituant pas de délit pénal lorsqu'il s'agit de récupérer sa propre chose, ne peut pas non plus constituer un dol entraînant l'annulabilité du paiement. En effet, le dol suppose un but illicite. Voir Demogue, Obligations, t. I, p. 538.

(73) Nous raisonnerons surtout sur le droit civil.

l'existence est certaine, dit M. Planiol (74). Tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis ». Tout acte de justice privée qui n'est pas illicite en vertu d'une règle de droit privé, soit par l'art. 1382, qui oblige à la réparation du dommage, soit par d'autres règles prononçant la nullité ou une peine privée (75), restera donc licite. « Là où une règle de droit privé, dit M. Demogue (76), n'a comme sanction que l'art. 1382, là où une peine privée a été écartée, et ce cas est fréquent, il en résulte fatalement que s'il n'y a ni préjudice matériel, ni préjudice moral, il n'y a plus de sanction du tout. » Et nous allons voir que la jurisprudence admet la validité ou la licéité de nombre d'actes, qui quoique constituant des actes de justice privée, ne tombent sous le coup d'aucune prohibition particulière. Et lorsque — ce qui arrive très rarement — elle proclame que « nul ne doit se faire justice à soi-même », c'est qu'une règle de droit privé, se rattachant indirectement à cette idée, a été enfreinte. C'est ainsi qu'un arrêt déjà ancien de la

(74) Traité élém. de droit civil, 6e éd., t. I, p. 110. Portalis avait écrit dans le Livre préliminaire du Code civil (t. IV, art. 8) « La loi répute licite tout ce qu'elle ne défend pas ».

Il est vrai que cette règle est difficilement applicable à l'art. 1382, où les actes illicites ne sont pas spécifiés. Il n'en reste pas moins, qu'on ne pourra pas condamner quelqu'un qui s'est fait justice, en vertu de l'art. 1382, lorsqu'il n'y aura pas dommage ou mauvaise foi. Cest ce que nous verrons plus loin.

(75) Art. 792, 1477 etc. V. Hugueney, op. cité ; Ripert, op. cit., p. 287 s. ; Cours de M. Bartin, 1924-25, etc.

(76) Not. fond., p. 657.

Chambre des requêtes, du 8 janvier 1850, qui dénie à un contractant le droit de se dégager du contrat de sa propre autorité, la résolution devant être demandée en justice, en vertu de l'art. 1184 Code civil, ajoute « qu'on ne peut pas se faire justice à soi-même ». En ce cas, ce n'est pas en vertu de l'adage que la Cour condamne celui qui s'est fait justice, mais en vertu d'un texte précis du Code civil, art. 1184 qui en est peut-être une application ; mais il n'en reste pas moins que la décision est fondée sur un texte, et pas simplement sur l'adage dont nous contestons la valeur impérative. Et on ne pourra pas condamner à des dommages-intérêts celui qui s'est fait justice à lui-même, en commettant un acte qui ne réunit pas les deux conditions de l'art. 1382 : préjudice et faute (77). De l'idée donc, que le but de justice privée *est juridiquement indifférent en droit privé*, nous pouvons tirer les deux mêmes conséquences qu'en droit criminel :

1) Un acte commis dans le but de justice privée n'est pas illicite *comme tel*, s'il ne tombe pas sous le coup d'une prohibition du droit privé.

2) Réciproquement, un acte illicite, même accompli dans le but de justice privée, restera tel, du moment qu'une disposition de droit privé le déclare.

Reprenons ces deux propositions :

§ 1. — Nous allons prouver par des exemples ti-

(76 *bis*) S. 1860, 1, 304.

(77) V. Colin et Capitant, op. cit., t. II, p. 374. Planiol, op. cit., p. 254, 275 ; Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 5e édition, t. VI, p. 327.

rés de la jurisprudence que dans la plupart des cas, là où cette dernière ne s'est pas trouvée devant un texte, elle ne s'est pas fait scrupule de déroger à l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même ». Toutes les fois qu'elle déclare illicite un acte de justice privée, elle s'appuie sur un texte l'interdisant directement ou indirectement. Le développement pris par des institutions de justice privée, telles que le droit de rétention et *l'exceptio* n. a. c., n'est dû qu'à la facilité avec laquelle la jurisprudence a passé outre à l'adage, que des jurisconsultes lui opposaient.

a) Voyons d'abord certains actes de justice privée, qui, ayant passé « entre les mailles du droit pénal », vont passer aussi par celles du droit civil, faute de dispositions les prohibant. Nous avons vu que celui qui s'emparait de sa propre chose, sans se rendre coupable de violences, violation de domicile, etc., ne commettait pas de vol. La question se pose s'il sera responsable civilement. Nous croyons que le propriétaire de la chose (mobilière), ne pourra être condamné à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382, faute de préjudice causé. En effet, celui auquel la chose a été enlevée, ne subit aucun préjudice, en supposant, bien entendu, qu'il était obligé à la restitution de la chose (voleur, dépositaire, etc.), et comme le remarque M. Demogue (79), il devrait

(78) Voir plus haut, p. 285.

(79) Notions fondamentales, p. 658. Obligations, t. IV, p. 274.

même s'estimer satisfait qu'on ne lui demande pas de dommages-intérêts moratoires, car il est en faute de n'avoir pas exécuté à temps son obligation.

b) Prenons d'autres exemples dans la jurisprudence :

Un arrêt de cassation du 25 novembre 1896 (80), nous présente une espèce intéressante. Une personne avait donné à bail sa maison. Les locataires avaient quitté les lieux, en laissant la maison ouverte, et dans un état de délabrement tel, qu'il constituait un danger pour la sécurité des personnes. Le propriétaire devant cette situation avait pénétré dans les lieux et repris possession. Actionné en dommages-intérêts par les locataires, le propriétaire eut gain de cause devant la justice. « Attendu, dit l'arrêt, qu'il résulte des constatations du jugement dont l'arrêt attaqué a adopté les motifs, que si le 2 août 1892, Magnin a pénétré dans les lieux qu'il avait donnés à bail aux dames Groz, et en a repris possession *sans formalités de justice*, il avait dû croire qu'elles abandonneraient lesdits lieux... que de plus, il n'est résulté du fait de Magnin aucun préjudice pour les demandeurs en cassation. » Ici, le propriétaire, au lieu d'agir en justice contre ses locataires pour défaut d'entretien, ou autre chef, s'était fait justice à lui-même. Cependant, les tribunaux ne le condamnèrent pas à des dommages-intérêts, faute de préju-

(80) Gazette du Palais, 1897-1-28.

dice. Voilà donc un acte de justice privée déclaré licite, faute de réunir les conditions d'un texte le prohibant, en l'espèce l'art. 1382.

c) Un autre cas intéressant est celui résolu par la Chambre des requêtes le 26 février 1907 (81) : Une société dont l'administrateur a été membre du jury d'une exposition, a sur ses en tête de lettres, des mentions faisant croire que c'est la société elle-même qui a été hors concours. Un concurrent révèle au public la supercherie. Ce dernier est actionné par ladite société, pour concurrence déloyale. La Cour déboute la société demanderesse, le délit de concurrence illicite supposant la mauvaise foi; la société poursuivie ne pouvait être condamnée à la réparation du dommage, étant de bonne foi (82). « Attendu, dit l'arrêt, que les juges du fond ont tenu pour constant que Wilhelm et consorts avaient fait simplement la lumière sur une situation qui pouvait leur causer un réel préjudice, par suite de la façon dont la Compagnie demanderesse l'avait dénaturée, *et n'avaient employé qu'un moyen de défense légitime*, en essayant de démontrer à leur tour que leur appareil était préférable à celui de la Compagnie concurrente... » Ici encore, le défendeur aurait pu agir lui-même en concurrence déloyale, au lieu de

(81) S. 1908-1-278. Voir Revue trim., 1908, p. 690, note de M. Demogue.

(82) On sait que la concurrence déloyale constitue un délit civil qui donne lieu à une responsabilité en vertu de l'art. 1382, v. Wahl, Droit commercial, p. 127.

se faire justice. Mais comme l'élément de la mauvaise fois manquait pour constituer le délit susvisé, la juridiction saisie débouta le demandeur, en validant ainsi un acte de justice privée.

d) Un autre cas de justice privée où la jurisprudence a refusé d'appliquer l'art. 1382, est celui de lacération d'affiches injurieuses ou diffamatoires. Nous savons que si la lacération d'affiches électorales constitue une infraction pénale en vertu de l'art. 17, al. 3, de la loi du 29 juillet 1881, la lacération d'affiches privées, autres qu'électorales ne peut constituer qu'un délit civil (art. 1382) (83). Or, cette lacération constitue un acte de justice privée, la personne outragée procédant de sa propre autorité à la suppression de l'affiche, au lieu de s'adresser aux tribunaux. Cependant, la jurisprudence admet le caractère licite de cet acte. Plusieurs décisions ont débouté de sa demande celui qui a apposé les affiches, en considérant que l'auteur de la lacération n'était pas en faute. « Attendu, dit un jugement du tribunal de la

(83) L'art. 17 de la loi du 29 juillet 1881, paragraphe 3, permet au propriétaire de lacérer les affiches apposées sur son mur, sans son consentement. Cette exécution privée est autorisée par une disposition légale et ne rentre donc pas dans ce chapitre (v. chap. III). Il s'agit donc ici uniquement de savoir si une personne, *autre que le propriétaire*, peut lacérer une affiche injurieuse ou diffamatoire pour lui, sans engager sa responsabilité en vertu de l'art. 1382 C. civil. V. Dalloz, 1881-4-72, notes 1 et 2 (sous art. 17). Voir aussi Rév. trim. de droit civil, 1924, p. 99, note de M. Demogue. Dans la même note, voir la question de la lacération d'affiches injurieuses ou diffamatoires pour les pouvoirs publics.

Seine du 3 mai 1909, que les affiches apposées par Berthier étaient au premier chef injurieuses pour Goulier,... que ce dernier a donc pu, dans ces circonstances sans commettre de faute, les faire disparaître » (84). Ici encore, le tribunal n'applique pas l'art. 1382, en l'absence de faute. Nous ne croyons d'ailleurs pas que cet acte constitue un acte de légitime défense, car l'auteur pouvait trè bien recourir à la justice.

e) Une jurisprudence intéressante est celle qui s'est formée à propos de l'art. 106 Code de Commerce. On sait que le voiturier, en cas de refus ou de contestation pour la réception des objets transportés, peut, en vertu de l'art. 106, en faire vérifier l'état par des experts judiciaires nommés par le président du tribunal de commerce et en faire ordonner la vente jusqu'à concurrence du prix du transport. Le voiturier a un privilège sur les marchandises transportées (art. 2102, al. 6, Code civil). Ce privilège repose, comme celui de l'aubergiste ou du bailleur, sur l'idée de gage tacite. Mais la réalisation du gage, au lieu de se faire ici par la procédure sommaire prévue par l'art. 93 C. commerce (vente publique huit jours après signification), se fait après ordonnance

(84) Gazette du Palais, 1909-1-786. Dans le même sens P. F. 1903-2-224. Voir aussi Rev. trim. 1910, note de M. Demogue, p. 821. Notions fond. p. 654. Voir aussi Anca, L'affiche privée, Thèse, Paris, 1924, p. 182. Il semble que même la lacération d'affiches immorales soit licite. Ainsi, le cas de l'abbé Viollet lacérant une affiche pornographique (1924, journaux).

du président du tribunal de commerce ou du juge de paix (85). Or, la jurisprudence valide les ventes faites sans observations des formalités de l'art. 106 C. commerce, pourvu que les marchandises aient été vendues à leur véritable valeur, de sorte que le destinataire ne puisse encourir aucun préjudice. Les tribunaux déclarent que l'art. 106 n'est pas impératif, n'édictant qu'une simple faculté (86). La vente faite, contrairement aux dispositions de l'art. 106 C. commerce, reste valable et peut tout au plus engager la responsabilité civile du voiturier. Mais cela seulement s'il y a préjudice, conformément à l'art. 1382. « Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1909 (87) que si le transporteur qui fait vendre sans faire observer les formalités prescrites par l'art. 106 Code commerce, les marchandises dont le destinataire n'a pas pris livraison, commet un acte qui peut engager sa responsabilité, il ne saurait être tenu de payer au destinataire une somme supérieure au produit de la vente, qu'autant qu'il est constaté que l'inobservation des formalités de l'art. 106 a été la cause du dommage éprouvé. » M. Thaller considère que le voiturier agit en ce cas en gérant d'affaires de l'expéditeur auquel il évite des frais. Quelle que soit l'interprétation de l'opéra-

(85) Voir Thaller, Droit commercial, 4e éd., n. 1182.

(86) Voir Cass. 15 novembre 1897, D.99-1-516 et Thaller loc. cit.

(87) Gazette du Palais, 1909-1-321. D. 89-1-106 ; D. 96-1-502 ; D. 1911-1-248, etc.

tion, nous constatons que l'acte du voiturier est un acte d'exécution privée qui est validé par la jurisprudence, lorsqu'il n'y a pas de préjudice causé. Comme le dit M. Demogue (88), « on aboutit à affirmer ce grave principe que les voies d'exécution légales sont impunément méconnues, lorsqu'il n'en résulte aucun préjudice pécuniaire. L'observation des formalités n'est une garantie qu'en ce sens qu'elle établit l'absence de faute et de préjudice d'une façon indiscutable... Nous voilà bien loin de cette exécution privée contraire à l'essence de l'Etat, dont parlait Ihering », conclut l'auteur. Et dans le même ordre d'idées, la Cour d'Aix a déclaré qu'elle n'avait pas à relever la nullité de la vente amiable du gage, faite par le créancier, celle-ci n'étant pas d'ordre public (89). Donc, un acte d'exécution privée, où les formes légales ne sont pas observées est pourtant licite, si le débiteur n'en a pas éprouvé de préjudice. La jurisprudence a très bien compris que pareille décision n'était pas de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice, à une époque où cette autorité n'était plus en question. En outre, les avantages que présentent ces actes d'exécution privée, rapidité, économie de frais, etc., étaient bien plus grands que les inconvénients, qui se réduisent principalement à ce qu'il est dérogé à l'adage *nul ne peut*...

(88) Not. fond., p. 655.

(89) S. 72-2-112. Demogue, Not. fond., p. 657.

f) Une autre institution de justice privée qui a été longtemps admise par la jurisprudence, c'est *la clause de voie parée* (90). C'est la clause par laquelle le débiteur consent, s'il ne paie pas à l'échéance, à ce que le créancier vende la totalité ou une partie de son patrimoine, moyennant les formalités convenues entre eux, mais sans observation des formalités préalables de la saisie. Cette clause était très usitée autrefois en matière immobilière, et tendait à éviter les lenteurs et les frais de la saisie immobilière; elle prévoyait d'ailleurs les garanties nécessaires, car les biens devaient être vendus aux enchères publiques, après deux séries d'affiches précédées d'un commandement (91). Elle fut pourtant interdite par *la loi du* 1^er^ *juin* 1841, insérée dans *l'art.* 742 *C. procédure civile*, comme contraire à l'ordre public et dangereuse pour le débiteur. Nous n'entrerons pas dans les détails de la question, en renvoyant pour cela aux ouvrages cités. Ce que nous devons relever ici, c'est que la jurisprudence antérieure à la loi de 1841, prononçait la validité de la clause, sans se laisser impressionner par l'adage « nul ne peut... », et cela vu qu'elle n'était prohibée par aucun texte, les art. 2078 et 2088 C. civil étant d'interprétation stricte et en outre l'ordre public n'était pas en danger, la

(90) V. Besnard. La clause de voie parée, Thèse Paris, 1906. Herbert, Thèse Paris 1905 ; Garçonnet et César Bru, Traité de procédure, 3^e^ éd., t. IV, n. 38.

(91) V. Besnard, op. cit., p. 88.V. formulaire de la clause, p. 3-4.

clause conservant au débiteur « la triple garantie de la mise en demeure, de la publicité et de la concurrence » (92). En second lieu, aprèe la loi de 1841, qui ne passa d'ailleurs pas sans de vives résistances (93), la jurisprudence chercha à limiter autant que possible le champ d'application de la loi, vu les avantages indiscutables de la clause. Ainsi, elle a validé la convention pasée à l'échéance, par laquelle le débiteur autorise le créancier à vendre à l'amiable. En ce cas, la clause ne présente plus aucun danger, car le débiteur ne subit plus la contrainte du créancier (94). Il est à remarquer que le législateur lui-même est en partie revenu de son hostilité à l'égard de la clause, car il l'admet en faveur du Crédit Foncier (loi du 28 mars 1852), et à Madagascar (23 juillet 1897) (95).

(92) Arrêt de la Cour de cass. du 20 mai 1841 (S. 41-1-385) Besnard, p. 67.

(93) V. Rapport de M. Chegray, cité par Besnard, p. 5.

(94) D. 1904-1-273. V. aussi la convention sous forme de mandat. Besnard, p. 119 s. ; Demogue Not. fond., p. 653 ; D. 52-2-2. V. aussi Garsonnet et César Bru, Traité théorique et pratique de procédure, 3 éd., t. IV, n. 38.

(95) Nous n'avons parlé ici que de la clause de voie parée en matière immobilière, c'est-à-dire de la convention autorisant la *vente aux enchères* d'un immeuble, sans formalités de saisie. Quid de la clause de voie paré een matière mobilière ? Celle-ci reste valable, car elle n'est visée ni par *l'art.* 742, *Code procéd. civ.*, ni par *l'art.* 2078 *C. civ.*, qui ne déclare nulle que « la clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer, *sanslesformalités ci-dessus* » c'est-à-dire attribution du gage par la justice ou vente aux enchères. La convention par laquelle le débiteur autoriserait le créancier à vendre *aux enchères* les meubles, sans formalités de saisie, est donc valable (V. Garsonnet et César

g) Une question qui s'est posée devant la jurisprudence, est celle de savoir si le bailleur pourrait expulser de force le locataire qui reste en jouissance après l'expiration du bail. On s'est spécialement demandé si le bailleur pouvait enlever les portes et fenêtres de la maison pour forcer le locataire à déménager. Le tribunal civil de Ruffec s'est prononcé pour l'affirmative. Dans un jugement du 20 décembre 1906 (96), il déclare : « Attendu qu'un particulier qui occupe indûment un immeuble ne saurait reprocher au propriéaire l'exercice de ce droit, *si le propriétaire n'a d'ailleurs commis aucune violence soit vis-à-vis de cette personne, soit vis-à-vis des meubles ou objets lui appartenant;* qu'il ne peut que s'en prendre à lui-même si le propriétaire en exerçant son droit, lui cause indirectement des ennuis

Bru. Traité théor. et pratique de procédure civile et commerciale, t. IV (3e éd.), p. 111). En revanche, la convention permettant la vente des meubles à l'*amiable* est illicite, en vertu de l'art. 2078 C. civ. (in fine)e; en effet, cet art. ne défend pas seulement le *pacte commissoire* (attribution de la propriété du meuble gagé faute de paiement à l'échéance), mais aussi comme on l'a vu plus haut, la convention autorisant la vente à l'amiable. Nous avons vu que la question s'était posée en droit allemand, l'art. 1229 du B.G.B. ne prohibant que le pacte commissoir e(v. plus haut, p. 239). On pourrait aussi se demander si la convention autorisant l'exécution privée en général serait licite, par exemple la convention permettant l'exécution par la force d'une obligation de faire. Nous croyons que, même si la clause était valable, son effet serait nul, car si le débiteur résiste, le créancier devra quand même s'adresser à la justice. Toute violence employée pour obtenir l'exécution tomberait sous le coup des lois pénales et civiles.

(96) Gazette du Pallais, 1907-1-209. Rev. trim. 1907, p. 420. Note Demogue.

ou un préjudice. » La solution est claire et absolument conforme à notre théorie : s'il n'y a ni violence tombant sous le coup de la loi pénale, ni dommage direct aux choses donnant lieu à la responsabilité de l'art. 1382 C. civ., l'acte de justice privée, ne donnera lieu à aucune sanction. Mais beaucoup d'auteurs contestent le caractère licite de cet acte. Baudry et Wahl (97) refusent nettement en bailleur le droit d'user de la force pour expulser le preneur. « Le bailleur ne peut de lui-même, disent-ils expulser le locataire ou sortir ses meubles de l'appartement loué, alors même qu'il se trouve dans des circonstances, où sans aucun doute, l'expulsion aurait été obtenue du tribunal ;il doit donc, s'il le fait, des dommages-intérêts ».

Et ailleurs (98) : « Si après l'époque où il doit avoir quitté les lieux, le preneur reste en jouissance, il peut être expulsé et condamné à des dommages-intérêts... En tout cas, le bailleur ne peut, de lui-même, expulser le preneur; il doit recourir à la force publique. *Il ne peut pas non plus enlever* les portes et fenêtres pour forcer le preneur à déménager ».

Il semble que les auteurs plus anciens se montraient moins hostiles à cet acte. Troplong, notamment, qui nous l'avons déjà vu, (99), proteste contre l'application abusive de l'adage « nul ne peut...», ne voit pas d'inconvénients à accorder au bailleur le

(97) Louage, t. I, n. 778.
(98) Ibidem, n. 1397.

droit d'enlever les portes et fenêtres. « Mais ce procédé (expulsion, par la force publique), dit-il (100), est dispendieux, et il faut qu'un propriétaire, déjà exposé à perdre tous ses loyers, fasse encore des frais pour avoir la liberté de la chose qui lui appartient. *Il y a un procédé plus expéditif, plus économique et non moins légal.* C'est d'enlever les portes et fenêtres de l'appartement, en présence d'un huissier requis. Cet uage, pratiqué dans plusieurs de nos provinces, remonte à l'antiquité la plus reculée; les anciennes coutumes l'autorisaient. On le retrouve en Ecosse, dans ce pays où règle au plus haut point un esprit pacifique et moral. Je sais que plusieurs jurisconsultes respectables, condamnent cette pratique. *Pour moi, je crois que ces scrupules sont exagérées, et tiennent à un abus de cette règle souvent faussée et mal comprise, que nul ne peut se faire justice à soi-même.* » Et Troplong cite un ancien auteur dauphinois (101) en même temps qu'un arrêt de la cour de Nancy (102) qui décide que le propriétaire étant redevenu maître de se servir de la chose de la manière qu'il entendait, à l'expiration du bail, « n'avait fait qu'user de son droit de propriété devenu plein et absolu. L'arrêt conclut ainsi : « Considérant que, d'ailleurs, il est certain que celui qui cumule sur sa tête la propriété et la possession est autorisé par la

(99) P. 356, v. plus haut.
(100) Echange et Louage, n. 435.
(101) Ibid., n. 439.
(102) Inédit, selon Troplong.

jurisprudence de tous les temps *à repousser par des voies de fait (pourvu qu'elles ne soient pas accompagnées de coups ou violence contre les personnes)*, les atteintes qu'on voudrait apporter à son droit par une détention répréhensible et injuste ». De cet arrêt, comme du jugement du tribunal de Ruffec, et des arguments de Troplong, il s'ensuit que l'acte du bailleur ne tombant sous le coup d'aucune loi civile et pénale, ne saurait entraîner aucune responsabilité. Et en outre, il y a des avantages pratiques qui militent en faveur de cette solution, avantages résultant de l'économie des frais et de la rapidité. Et nous finirons, en rappelant, comme le dit Troplong (103) : « qu'il n'est nullement question d'exécuter la personne du preneur ou de ses biens, de faire saisir et arrêter ses meubles et de les déplacer. C'est un propriétaire qui, maître chez lui, veut agir en maître sur sa propre chose. »

h) Nous pouvons encore mentionner comme cas de justice privée licite ne tombant pas sous le coup des prohibitions légales, *la violence légitime exercée par le créancier sur la volonté du débiteur pour le contraindre à payer*. Cette violence ne viciera pas le consentement et le paiement sera valable (104). L'acte n'en est pas moins un acte de justice privée,

(103) Page 245, ibid.

(104) Baudry et Barde, Obligations I, p. 124e; Demogue, Obligations I, p. 502 ; Colin et Capitant, Droit civil, II, p. 285 ; Aubry et Rau, IV, p. 498 (5e éd.) ; Planiol, II, p. 358. Pothier, éd. Bugnet (2) T. II, p. 19.

car le créancier, au lieu de s'adresser aux tribunaux pour se faire payer, use de pressions sur la volonté du débiteur. Mais comme pour l'annulation d'un acte juridique obtenu par violence, il faut que celle-ci soit injuste, l'acte sera valable, car ici le but poursuivi par le créancier est licite. Naturellement, pour que l'acte échappe à toute sanction, il faut en outre qu'il ne constitue pas un des délits prévus par les art. 309, 311 Code pénal, ou 400 du même code. De même, si les menaces ont été employées pour obtenir des engagements excessifs, l'acte pourra être annulé (105). En dehors de cela l'acte sera valable. Il y a ici, comme le dit D. Demogue (106), l'idée « de favoriser ou du moins accepter une certaine énergie de la part du créancier à maintenir ses droits, autrement que par le simple emploi d'offres ou de modes d'exécution légaux.

i) On peut encore citer comme cas de justice privée licite, le droit du possesseur dépossédé par violence, de reprendre la chose à l'usurpateur, *même par voie de fait*, si depuis la cassation de la violence, il ne s'est point écoulé un délai moral suffisant pour faire considérer la détention de l'usurpateur comme paisible (107). En effet, la jurisprudence qui accorde la réintégrande même au *détenteur*, pos-

(105) D. 1917, 1-103. Voir Colin et Capitant, op. cit., t. II, p. 286.

(106) Not. fond., p. 660.

(107) Voir Aubry et Rau, t. II, p. 250 ; Colin et Capitant op. cit., t. I, p. 382 ; S. 46-1-49 ; S. 82-1-215.

sédant depuis moins d'une année, solution combattue par une grande partie de la doctrine (108), exige cependant que la détention soit *paisible* et *publique*. Nous avons vu que les Codes civils allemand suisse et autrichien consacraient formellement ce droit de justice privée (859 B. G. B., 926 Code civil suisse, 334 C. civil autrichien).

j) Nous croyons devoir parler ici de deux institutions de justice privée, *le droit de rétention* et *l'exceptio non adimpleti contractus*, d'abord parce que nous les considérons comme des institutions de justice privée, en second lieu parce qu'elles ont été reconnues ou élargies par la jurisprudence, malgré leur opposition avec l'adage « nul ne peut... », et *cela en l'absence d'un texte les prohibant expressément.*

Nous avons dit que la *rétention* et *l'exceptio n. a. c.* étaient *des institutions de justice privée ;* en effet, par ces actes, un créancier, soit qu'il refuse de restituer une chose à son débiteur, soit qu'il refuse d'exécuter son obligation, « cherche à ramener son droit à exécution au moyen d'une pression exercée sur la volonté de son adversaire, sans recourir à l'autorité publique (109) ». Et il y a empiètement

(108) Voir Garsonnet, Traité et procédure civile, 3e éd., t. I, p. 679. Sourdat, op. cit. p. 524 s. (t. I). Planiol, op. cit., p. 712. Pour la solution de la jurispr., voir Aubry et Rau, op. cit., t. II, p. 248 s. ; Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 1003.

(109) Voir Cassin, op. cit., p. 331.

sur la sphère juridique d'autrui, car *c'est une main-mise sur un droit entré dans le patrimoine de l'adversaire. En somme, ce sont des prises de gage d'autorité privée* qui consistent, selon l'heureuse formule de M. Cassin (110) à « conserver ce que l'on doit et qu'on ne nie pas devoir, afin de garantir ce qui nous est dû ». Ces deux institutions nous intéressent donc *comme institutions de justice privée*. Quant à leur construction technique et à leur fondement, différents pour chacune, vu leurs évolutions historiques différentes, cela ne rentre pas dans notre sujet (111). Elles nous intéressent en second lieu, parce qu'elles nous représentent des institutions admises ou étendues (pour le droit de rétention) par la jurisprudence malgré l'adage, n'étant prohibées par aucun texte.

Et c'est uniquement à ces deux points de vue que nous nous occuperons de ces deux actes de justice privée. Nous étudierons d'abord le droit de rétention et puis l'exceptio n. a. c. Mais il nous faut auparavant les définir chacune pour voir ce qui les distingue. Ce sont tous les deux des moyens de contrainte, des garanties que prend le créancier. Leur différence essentielle réside dans la nature du rapport qui relie les deux adversaires : tandis que l'exceptio n. a. c. implique l'existence d'un contrat synallogmatique entre les parties, la rétention exige la

(110) Op. cit., p. 66.

(111) Voir pour cela l'excellent ouvrage de M. Cassin : De l'exception tirée de l'inexécution dans les contrats synallagmatiques et Capitant, De la cause dans les obligations.

détention par le créancier d'une chose appartenant au débiteur. D'où les définitions suivantes : Le droit de rétention est le droit en vertu duquel le détenteur d'une chose appartenant à autrui est autorisé à la retenir jusqu'au paiement d'une dette qui lui est due par le propriétaire de cette chose (112). L'exceptio n. a. c. est le droit pour un contractant lié par un contrat synallagmatique de refuser la prestation qu'il a promise tant que l'autre n'exécute pas la sienne (113).

1) *Droit de rétention.* — Le droit de rétention est un droit de justice privée, nous l'avons vu. Il a été considéré comme tel de tout temps et a même été l'objet de certaines dispositions restrictives pour cela dans l'ancien droit. Les auteurs anciens le considéraient comme une *voie de fait*, expression qui souvent était prise dans le sens de justice privée « Un seul fait se dégage implicitement, mais avec une absolue netteté des coutumes et des commentaires, nous dit M. Cassin (114), c'est que la situation de tout rétenteur se caractérise, quelle que fût l'origine de sa créance, en ce « qu'il se faisait droit et prenait sa raison par ses mains » (115). M. Guil-

(112) Colin et Capitant t. II p. 776. V. aussi Saleilles Obligations... op. cit. p. 187 et 46 ; Planiol t. II p. 771; Capitant Cause p. 260 et Cassin op. cit.

(113) Colin et Capitant t. II p. 337 ; Planiol t. II p. 320 ; Baudry et Barde op. cit. t. II p. 145 ; Saleilles Obl. p. 187 s. Sur le fondement différent des deux inst. V. Capitant, Cause p. 261 et Baudry et Barde op. cit.

(114) Op. cit. p. 113.

(115) V. aussi Colin et Capitant op. cit. p. 776.

louard, dans le passage cité plus haut (116), remarque aussi l'hostilité de l'ancien droit à l'égard du droit de rétention; et il ajoute que cette institution, comme toue voie de fait, est plus dangereuse sous un régime faible que dans une société civilisée. Et l'attitude des pouvoirs publics vis-à-vis de la rétention, s'explique précisément dans l'ancien droit par le souvenir encore vivant dans les esprits, des troubles du Moyen-âge. « Nos lois de France, dit Guy Coquille (117) qui ont souvent réprouvé les voies de fait, et qu'aucun de son autorité se fasse droit et prenne sa raison par ses mains, ont trouvé meilleur de faire saisir sous l'autorité de justice... »

Les coutumes n'accordent le droit de rétention qu'à un nombre limité de personnes (v. Cout. de Paris. art. 175-305). Les ordonnances de Villets-Cotterets (1539), art. 95 ; de Moulins (1566) art. 52, et celle de 1667 (art. 9, t. 27) obligent le rétenteur de liquider dans un délai déterminé sa créance, ou bien de restituer la chose contre caution solvable.

Le Code civil accorde ce droit d'une façon plus large, mais ne lui consacre pas une réglementation d'ensemble, ne prévoyant que certains cas particuliers (art. 545, 867, 1612, 1613, 1673, 1749, 1948, 570). Ce manque de principe général donna lieu à des théories divergentes sur la portée du droit de ré-

(116) p. 357.

(117) Coutume du Nivernais chap. XXXII art 13. Pour un historique plus complet V. Guillouard, Rétention I p. 268. Cassin op. cit.

tention : tandis que certains soutenaient que le droit de rétention ne constituait qu'une exception, consacrée par des textes particuliers, à la règle « nul ne peut », et par suite d'interprétation étroite, d'autres y voyaient un principe d'équité indiscutable et par suite extensible en dehors des textes (118). C'est cette dernière théorie qui finit par triompher et qui fut consacrée par la jurisprudence. En tout cas ce qui nous intéresse ici, c'est qu'on combattît l'institution comme contraire à la règle « nul ne peut », et que malgré cela, le droit de rétention fut largement admis par les tribunaux et la doctrine en sa grande majorité. Naturellement, celui qui se montra le plus hostile à une extension du droit de rétention, ce fut Laurent (119), pour qui « tout débiteur est obligé de prester ce qu'il dit : il ne peut pas opposer à son créancier que celui-ci est son débiteur, à moins qu'il ne se trouve dans un cas où la loi permet la compensation. C'est par exception que le débiteur peut retenir la chose qu'il doit restituer, en se fondant sur une obligation qui incombe à son créancier. *Aussi, loin d'être un droit général, la rétention est un droit exceptionnel*, ce qui ne permet pas à l'interprète de l'étendre hors les cas prévus par la loi ». Mais la plupart des auteurs du XIX[e] siècle se

(118) Guillouard p. 269 ; Rauter Rev. étrangère 1841, t. 8. p. 769 Cassin, p. 145, 333 s. Voir Cassin p. 145 auteurs hostiles et évolution de la jurisprudence (idem p. 333 s.).

(119) t. 29 n. 293 (Principes de droit civil français).

prononçaient pour la théorie extensive. Déjà en 1839 (120), Rauter préconisait l'extension du droit de rétention, tout en reconnaissant qu' « en droit civil théorique, le droit de rétention se relie à la possession, quoiqu'il soit loin d'être identique avec elle ; *en procédure, il est une exception à la règle que l'on ne peut se faire justice à soi-même ; il présente une voie de fait substituée à la voie de droit et placée à côté de cette voie.* Et ailleurs (121) il déclare que le droit de rétention doit être admis dans tous les cas où l'équité l'exige, « cette voie de fait n'étant pas défendue par le droit français ». Il conclut ainsi : « De ce qui précède, résulte cette conclusion, que dans notre droit civil, *il n'existe pas de disposition qui proscrive d'une manière générale le droit de rétention ;* qu'il n'en existe pas non plus qui l'admette formellement en principe. Il en résulte encore que ce droit, *quelque contraire qu'il paraisse au principe que nul ne peut se faire justice soi-même,* est cependant compatible avec ce principe sous certaines conditions et à l'instar d'autres cas où notre droit admet la voie de fait ou l'aide propre et privée... » Ce que nous devons relever dans l'argumentation de Rauter, c'est le principe que là où aucune disposition positive ne prohibe un acte de justice privée, *il n'y a pas de raison de ne pas l'admettre, malgré l'adage.* — M. Guillouard (122) constate aussi que

(120) Revue de législation 1839 p. 340.
(121) Revue étrangère 1841 t. 8. p. 782.
(122) Op. cit. p. 268. p. 272.

le droit de rétention constitue un droit de justice privée, ce qui ne l'empêche pas de préconiser son application aussi large que possible. « Le droit de rétention, dit,il, constitue une garantie d'une nature particulière, *c'est le droit donné à un créancier de se faire justice à soi-même,* et de conserver la possession d'un bien appartenant à son débiteur, comme sûreté de sa créance ». Et, ce qui est particulièrement intéressant chez Guillouard, c'est qu'il admet cet acte de justice privée, car « *quand la civilisation se développe, la crainte des voies de fait disparaît.* »

Nous ne citons plus M. Cassin qui constate dans sa thèse que le droit de rétention constitue une brèche à la règle « nul ne peut », brèche que la jurisprudence a considérablement élargie (123).

Pour l'extension par la jurisprudence du droit de rétention nous renvoyons à la thèse de M. Cassin (124) et aux Manuels de droit civil (125). Il nous suffira de rappeler que le Criterium adopté par les tribunaux est celui du *debitum cum re junctum,* c'est-à-dire d'une connexité entre la chose et la créance (*idem*, art. 273 B. G. B.).

Les conclusions qui se dégagent de cette brève analyse sont les suivantes : le droit de rétention est un droit de justice privée, qui se manifeste par une

(123) p. 333 V. plus haut p. 279.
(124) p. 140 s.
(125) Colin et Capitant (t. 2), p. 779 s.; Planiol, p. 771.— Aubry et Rau, t. 3. p. 187, etc...

prise de gage d'autorité privée; comme tel, il a été restreint par l'ancien droit, hostile encore à toute voie de fait; mais le Code civil, et après lui la jurisprudence, ont largement admis cet acte d'exécution privée, qui ne présente aucun danger pour l'ordre public actuel. Et il convient de relever que deux éminents auteurs contemporains préconisent un système d'extension du droit de rétention à tous les cas où il y aurait « réunion sur la tête d'une même personne d'une créance contre le propriétaire et d'une obligation de restitution envers ce même propriétaire (126).

2) *L'exceptio n. a. c.*

Nous avons déjà donné une définition de cette institution. Ce qui nous intéresse ici, c'est, comme dans le droit de rétention, *son caractère de droit de justice privée et le fait qu'il a été reconnu par la jurisprudence et la doctrine, quoique contraire à l'adage « nul ne peut... »* Quant au domaine d'application, aux effets et au fondement, nous n'y insisterons pas (127). L'exceptio n. a. c. eut a surmonter bien plus d'obstacles comme droit de justice privée que le droit de rétention, qui somme toute, pouvait être étayé sur des textes. En effet, le législateur fran-

(126) Colin et Capitant t. II p. 783. en note.

(127) V. Cassin op. cit. ; Capitant Cause p. 248 s. Demogue Rev. trim. de droit civil 1907, Des modif. aux contrats par volonté unilatérale.

çais est muet sur l'exceptio n. a. c. Et M. Cassin a magistralement tracé l'évolution de l'institution au cours du XIX^e^ siècle, et surtout les moyens employés par la jurisprudence pour justifier son admission. Nous renvoyons pour cela à la thèse précitée. Nous nous bornons ici à constater que les tribunaux ont commencé par rattacher leurs solutions à des institutions analogues, compensation, rétention, pour arriver à fonder l'exceptio sur la corrélation des obligations et l'idée de cause (128). Ce qui est certain, c'est que l'exceptio devait être admise vu ses avantages pratiques en même temps que les raisons d'équité qui l'imposaient. Et la jurisprudence ne s'est pas laissée impressionner par les objections que les auteurs attachés à la règle « nul ne peut.. » lui faisaient. Lorsqu'elle refuse à un contractant le droit d'opposer l'exceptio, c'est ou bien en invoquant un texte, ou bien en se laissant guider par des raisons tirées des circonstances de la cause. Le caractère de justice privée de l'exceptio n. a. c. est mis en évidence par les auteurs qui se sont occupés de la justice privée. Nous la retrouvons citée dans la thèse de M. Crémieu (129), parmi les *survivances de la justice privée dans le droit contemporain*, dans les Notions fondamentales de M. Demogue (130). Enfin, M. Cassin consacre de longs développements à l'exceptio

(128) V. Capitant Cause loc. cit.
(129) p. 281, op. cit.
(130) p. 642.

n. a. c. en tant qu'institution de justice privée (131). Après avoir étudié les conséquences de l'adage « nul ne peut... », conséquences qu'il formule en deux propositions : une personne, titulaire d'un droit auquel on ne donne pas volontairement satisfaction *ne saurait le ramener à exécution de sa propre autorité* et en second lieu, *on ne peut être juge dans sa propre cause*, M. Cassin conclut ainsi (132) : « Telles étant les conséquences qui découlent de ce principe, il n'est guère possible de nier que le contractant qui, de sa propre autorité refuse provisoirement d'exécuter ses obligations en vue de contraindre l'autre partie à s'acquitter des siennes, cherche à ramener son droit à exécution au moyen d'une pression exercée sur la volonté de son adversaire sans recourir à l'intervention de l'autorité publique. D'autre part et surtout, le refusant se soustrait donc de sa seule autorité à ses engagements. Il se constitue juge des manquements qu'il impute à son adversaire et des droits qui naissent à son profit à lui, de l'inexécution des engagements pris envers lui. »

C'est en considérant l'exceptio n. a. c. comme un cas de justice privée que certains auteurs et quelques décisions de jurisprudence se sont placés pour refuser ce droit au contractant. D'autres ont déclaré l'exceptio n. a. c. contraire aux art. 1134 et 1184, qui ne permettent la rupture d'un contrat que par

(131) Chap. III, p. 330 s. op. cit.
(132) p. 331.

mutuus dissensus ou action en justice (133). Ceci provenait d'une confusion entre la rupture et la suspension d'un contrat (134). Enfin, d'autres confondent l'exceptio n. a. c. avec la compensation (135). Nous nous occuperons ici des objections faites du chef de la nature de droit de justice privée de l'exceptio n. a. c. Laurent, comme pour le droit de rétention, a été le plus âpre à combattre l'exceptio : « Le prétendu principe général, dit-il (136), que l'on nous oppose, n'est pas même admissible dans les contrats synallagmatiques, bien que les obligations qui en résultent soient corrélatives à ce point que l'une soit la condition de l'autre. Cela n'empêche pas que chacun des contractants soit tenu de remplir son obligation; *tout ce que, en principe, il a le droit de faire, c'est de forcer l'autre partie à remplir les siennes.* » Dans le même sens se prononcent de Decker (137) et Baudry et Wahl, à propos du droit du preneur de retenir lui-même une fraction du loyer, correspondante à la valeur des réparations. « Il n'appartient pas au preneur, disent ces derniers (138), de fixer lui-même, soit la valeur des réparations, dont le bailleur est redevable, soit la manière

(133) Voir Cassin et décisions citées p. 333 s.
(134) V. Cass. 1er décembre 1897 D. 98 1. 289 et note Planiol.
(135) V. Cassin loc. cit. et Aix 16 janv. 1871 D. 72.2.27.
(136) T. XXIX, n. 293. V. aussi t.
(137) Etude sur le droit de rétention V. Capitant Cause p. 257.
(138) Louage 3e éd. t. 1. p. 173.

dont l'obligation du bailleur doit être sanctionnée; *ceci est du ressort des tribunaux, comme toutes les contestations.* »

Nous trouvons plusieurs décisions de jurisprudence invoquant le principe qu'on ne peut pas se faire justice à son même. Ainsi, le célèbre arrêt de la Cour de cassation du 1er décembre 1897 (139) décidant que « la Compagnie d'électricité qui s'est chargée d'assurer l'éclairage d'un hôtel et à qui le propriétaire de l'hôtel a refusé le paiement intégral d'une facture, ne peut, sans mise en demeure adressée au propriétaire de l'hôtel, d'avoir à remplir ses obligations, *rompre de sa propre autorité* le contrat, en suspendant le service d'éclairage. » De même, la Cour d'Amiens, dans un arrêt du 22 mai 1912 (140), déclare qu'un représentant de commerce en désaccord avec son patron sur le montant des sommes auxquelles il avait droit « *n'avait pas le droit de se faire lui-même juge de ses propres contestations* », en refusant de se mettre en tournée. La plupart de ces décisions font une confusion entre la rupture et la suspension d'un contrat. D'autres décisions qui invoquent la règle « nul ne peut... », ne le font, comme l'a montré M. Cassin (141), que lorsqu'elles considèrent qu'il n'y a pas lieu d'admettre l'exceptio

(139) S. 99.1.174.

(140) Gazette du Palais 1912. 2. 538. V. aussi Cour de Versailles, 12 Mai 1905. D.1907.2.239 et Trib. Seine 30 mai 1906, Le Droit 31 juillet 1906.

(141) p. 245, 372.

n. a. c., soit parce qu'il y a disproportion entre les obligations, soit parce que l'excipiens a agi abusivement (142).

Voilà les objections qu'on a faites à l'admission de l'exceptio n. a. c. Nous allons essayer de les réfuter. On a donc reproché à l'exceptio d'aller à l'encontre de l'adage « nul ne peut... » En admettant la valeur impérative de cet adage, il faut nous demander quelles raisons se trouvent à sa base. La principale, c'est que cela pourrait provoquer des troubles de l'ordre public, l'adversaire pouvant résister et on arriverait ainsi à de graves désordres. Or, on se rend bien compte que cela ne peut être le cas en l'espèce. L'excipiens refuse seulement d'exécuter son obligation. En quoi cela est-il de nature à troubler l'ordre social ? Et de plus, nous ne croyons pas que le demandeur débouté ait recours à la violence, pour obtenir l'exécution, car le Code pénal réprime sévèrement toute violence (143). Il s'exécutera, ou bien recourra à la justice pour demander l'exécution par l'autre partie, tout en contestant le bien-fondé de la prétention de cette dernière. Enfin, en refusant d'exécuter, l'excipiens ne cause pas de dommage à l'adversaire, car l'autre lui cause un dommage analogue en n'exécutant pas son obligation, ce qui produit une compensation (ce der-

(142) Cour de Bordeaux 4 juin 1896 G. P. 97.1.44. V. Capitant Cause p. 270 s.

(143) Cassin p. 418, 741.

nier mot n'étant pas pris dans son acception juridique, selon laquelle il faut des dettes fongibles, mais dans un sens large). Et la preuve qu'il doit y avoir équivalence approximative, entre les prestations, c'est que la jurisprudence n'admet pas l'exceptio lorsqu'il s'agit d'une obligation en disproportion avec celle que doit exécuter l'excipiens (144). Par contre, vis-à-vis de l'inconvénient purement théorique de ce moyen, qui consiste dans l'infraction à l'adage, nous avons de multiples avantages, résultant de l'économie de temps et de frais, de la possibilité d'obtenir l'exécution en nature, malgré l'art. 1142, et de la garantie que l'exceptio constitue. Enfin, l'équité elle-même commande que celui auquel on doit quelque chose, se mette à l'abri de l'insolvabilité ou de la mauvaise foi de son débiteur en prenant cette garantie.

On a dit, en second lieu, qu'il était inadmissible qu'on soit juge de sa propre cause. Pourquoi cela ? C'est que le créancier est porté à juger avec passion, ce qui fait qu'il agira abusivement et même d'une façon erronée. Les décisions de jurisprudence apportent une réponse suffisante à cette objection. En effet, elles se montrent très circonspectes dans l'admission de l'exception, en la refusant en cas de disproportion entre les obligations, et en cas d'abus. Et en procédant ainsi, la jurisprudence n'a fait qu'appliquer à ce cas de justice privée les correctifs

(144) V. Capitant Cause p. 270 ; Cassin, op. cit. p. 245.

indispensables que nous retrouverons partout dans des cas analogues, correctifs que consacrent aussi les codes étrangers que nous avons analysés. « C'est une arme comme le droit de rétention, dit M. Demogue (145) *mais une arme dangereuse pour celui qui s'en sert à tort*. Un vendeur au comptant qui userait du droit de rétention, étant déjà payé, s'exposerait à des dommages-intérêts. » Et M. Cassin fait la même remarque. « Très souvent, dit-il (146), les débiteurs insolvables cherchent à éluder leurs engagements, ssous les prétextes les plus futiles, en invoquant l'exceptio n. a. c. Or, celle-ci est un moyen d'équité, qui ne peut être sanctionné lorsque son fonctionnement aboutirait à des conséquences contraires à l'équité. » Voilà pourquoi, et nous l'avons souvent répété, les abus qui sont à craindre de tout acte de justice privée, dans les sociétés où règne l'anarchie, et où c'est la force qui a le dernier mot, ne le sont plus dans un société à pouvoir étatique solide où ce sont les tribunaux qui ont le dernier mot, en contrôlant les actes de justice privée et en réprimant les abus.

On a aussi invoqué les art. 1134 et 1184. Mais ceux-ci se rapportent à la rupture et pas à la suspension des contrats, dont il s'agit dans l'exceptio n.a.c.

Enfin, à ceux qui objectent que les conditions de la compensation ne sont pas remplies, on peut

(145) Rev. trim. 1907 art. cit. p. 256.
(146) p. 244.

répondre que ce n'est pas de compensations qu'il s'agit ici, celle-ci étant un moyen de paiement, tandis que l'exceptio n. a. c. n'est qu'un moyen de contrainte.

Toutes ces objections n'ont d'ailleurs pas réussi à convaincre la jurisprudence qui aujourd'hui admet généralement l'exceptio n. a. c., comme résultant de la corrélation entre les obligations dans le contrat synallagmatique, étant en même temps imposée par l'équité, l'équilibre des intérêts en présence et les nécessités pratiques (147). Pour l'exceptio, comme pour le droit de rétention, qui constituent des *moyens de sûreté* obtenus d'autorité privée, l'adage « nul ne peut... » n'a pas pu constituer un obstacle, *en l'absence de textes précis prohibant ces institutions*. Et pour conclure, nous citerons ce passage de M. Cassin qui résume les idées dont s'est inspirée la jurisprudence : « Tout d'abord, dit-il (148), les juges ont nettement aperçu à quelles solutions iniques les aurait conduit l'observation rigoureuse de la règle « nul ne peut... », que préconisaient certains théoriciens épris de logique et de sécurité sociale, *mais qui est incompatible bien souvent avec d'autres principes*, tels que celui de la bonne foi, de l'égalité entre les parties, de l'économie du temps et des frais. Sans avoir jamais cessé

(147) V. aussi Baudry et Barde Obligations t. II p. 343 ; Guillouard, Louage t. I. n. 101 ; Aubry et Rau t. V, p. 391 etc. Enfin Capitant Cause et Demogue art. cités p. 312.

(148) p. 417.

de manifester le plus grand respect pour l'idée de l'intervention nécessaire du juge, ni abdiqué les fonctions que leur confiait le législateur, *nos tribunaux ont reconnu à tout contractant le droit de pratiquer la justice privée défensive*, celle qui apporte le moindre trouble de la paix sociale et qui est aussi indispensable dans l'ordre patrimonial, qu'est la légitime défense pour les attaques dirigées contre l'individu lui-même » (149).

Nous pouvons rapprocher de l'exceptio n. a. c., la grève, qui constitue une suspension du contrat de travail par les ouvriers, en vue d'obtenir du patron la réalisation de leurs prétentions. C'est donc un acte de justice privée, les ouvriers ne recourant pas aux tribunaux pour cela. Nous renvoyons pour les difficultés qu'a soulevées la question de la nature de la grève, suspension ou rupture du contrat de travail, aux ouvrages y consacrés (150). Et nous

(149) Il faut remarquer que la légitime défense constitue une reconnaissance exceptionnelle d'un acte illicite en lui-même, soit pénalement soit civilement ; tandis qu'il n'en est pas ainsi pour l'exceptio, qu'aucun texte ne prohibe.

(150) Pic. Législation industrielle ; Planiol, note D. 1904-1-289 et Traité, p. 611, t. II ; Capitant et Cuche, Législ. industrielle ; Demogue, art. Rev. Trim. 1907, cité. Ne rentre dans notre question que la grève faite en vue de l'exécution des obligations du patron, par exemple pour forcer le patron à accorder des indemnités ou gratifications promises ; dans les cas de grève pour augmentations de salaire ou de grèves de solidarisation, il n'y a pas de justice privée, car il n'y a pas d'obligation du patron inexécutée.

considérons la *mise à l'index* aussi comme un cas de justice privée (151).

l) On s'est demandé si les membres du bureau d'une réunion publique, chargés de maintenir l'ordre en vertu de la loi du 30 juin 1881, pouvaient expulser les personnes causant du scandale ou cherchant à donner à la réunion un autre caractère que celui résultant de la déclaration préalable (152). D'après Constant, les membres de la réunion n'auraient que des *moyens moraux* à leur disposition et devraient s'adreser au fonctionnaire délégué pour assister à la réunion afin de requérir la force armée. Mais il se peut que le fonctionnaire fasse défaut, car sa présence est facultative. Les membres du bureau seraient en ce cas désarmés, et de plus ils ne seraient pas dégagés de la responsabilité que leur impose la loi. Aussi M. Demogue croit-il qu'ils pourraient expulser les perturbateurs ,en usant même de voies de fait. Un jugement du tribunal de Narbonne du 23 mai 1902 (153) se prononce dans ce sens, pour le cas d'une réunion électorale privée; il rattache sa solution à un véritable droit de légitime défense.

Dans le même ordre d'idées, on peut dire que toute personne, dans son domicile, ou dans un lieu

(151) Même observation. V . Cass. 25 janvier 1905 D. 1905-1-153 et note Planiol ; Pic, op. cit., n. 305 s. ; Rev. trim. 1908, p. 717 ; 1922, p. 175.

(152) V. Demogue. Not. fond., p. 648 ; Obligations t. IV, p. 272 ; Constant, Code des réunions publiques, p. 60.

(153) D. 1903-5-662.

qu'elle ouvre au public, spectacle, magasin, café, peut user de justice privée pour expulser les perturbateurs (154). Et nous ne voyons en effet pas quelle sanctions on pourrait appliquer à l'auteur de l'acte de justice privée, lorsque l'expulsion n'a entraîné aucune blessure, coups ou autre voie de fait tombant sous le coup des art. 309, 311 C. pénal. Ces cas arrivent tous les jours et on ne les retrouve pas dans la jurisprudence, faute de plainte de la part de l'expulsé.

§ 2. — Nous avons vu (p. 293) que la seconde conséquence du principe formulé, selon lequel le but de justice privée est *juridiquement indifférent* en droit privé français, *était qu'un acte illicite, même accompli dans un but de justice privée, restait tel.* La règle « nul ne peut... » signifie qu'en principe, nul ne peut se faire justice à soi-même *en employant des moyens illicites :* donc, le but de justice privée n'enlève rien au caractère illicite d'un acte. Et nous n'avons pas besoin de développer cette idée. Il nous suffira de dire que tout acte réunissant les conditions de l'art. 1382, ou tombant sous le coup d'une prohibition légale, restera illicite, quoique accompli dans le but de justice privée. Le créancier qui s'empare d'une chose du débiteur pour se constituer un gage, ne commet pas seulement un délit pénal, mais aussi un délit civil pour lequel il sera responsa-

(154) Demogue, Not. fond., p. 648 ; Oblig., t. IV, p. 273.

ble en vertu de l'art. 1382. Et il en sera de même pour tout acte illicite. Le but de justice privée n'est pas une cause spéciale d'irresponsabilité, comme il n'est pas une cause spéciale de responsabilité, cela, sous réserve de certaines exceptions que nous examinerons dans le chapitre suivant.

Conclusion. — A la question que nous nous étions posé au début de ce chapitre, à savoir : la justice privée est-elle prohibée *comme telle* au droit français ? nous répondons négativement et nous espérons l'avoir prouvé dans nos développements antérieurs. La justice privée n'est pas interdite *comme telle* en droit français, mais seulement lorsqu'elle s'exercice par des actes que le droit français prohibe. Par suite, faute d'une pareille disposition prohibitive, la justice privée restera licite. Et nous avons vu que lorsque la jurisprudence ne s'est pas trouvée devant un texte l'interdisant, elle ne s'est pas fait scrupule d'admettre le caractère licite d'un acte de justice privée, malgré l'adage « nul ne peut... ». Est-ce à dire qu'on peut impunément se faire justice à soi-même en droit français ? Nullement. D'abord, tous les moyens dangereux dont pourrait se servir le titulaire d'un droit qui veut se faire justice, sont réprimés par la loi pénale ou engagent la responsabilié civile. Tout acte de justice privée portant atteinte à la personne physique, est puni par les art. 295 s. 309 s. Code pénal, et donne lieu en même temps à la responsabilité civile des art. 1382 s. De

même, tout dommage au patrimoine, même s'il n'est pas réprimé par les lois pénales, tombe sous le coup des art. 1382 s., et cela indifféremment du but de justice privée. Enfin, la règle en droit français est que l'exécution des droits se fait par l'autorité publique. Par conséquent, notre affirmation selon laquelle la justice privée n'est pas prohibée *comme telle* en droit français, ne signifie pas du tout que l'on peut se faire justice sans encourir aucune responsabilité. *Elle signifie uniquement que l'on peut se faire justice, pourvu que l'on n'emploie pas de moyens illicites.* Et comme la plupart des actes par lesquels on peut se faire justice sont illicites, civilement ou pénalement il est très rare qu'on puisse légitimement se faire justice à soi-même. Et l'adage « nul ne peut... » se ramène pour nous à la formule « *nul ne peut se faire justice à soi-même par des moyens illicites.* » C'est ce que nous dit aussi M. Garraud (point de vue pénal) : « Le Code pénal italien, dit-il, (155), prévoit le délit sous la qualification *d'exercitio arbitrario delle proprie ragioni.* Nous n'avons aucun titre d'incrimination analogue dans notre droit positif. *Est-ce à dire que quiconque exerce un droit propre par voie de fait est à l'abri de toute responsabilité ? A la différence du droit romain (Decretum Marci, Loi Julia), nos lois ne punissent pas d'une manière générale les voies de fait par lesquelles*

(155) Trait éthéorique et pratique de droit pénal français, 3e éd., t. II, p. 625.

on exerce un droit actuel et certain, quoique contraire aux droits d'autrui, pourvu qu'elles ne troublent pas la possession légale d'un tiers, et qu'elles ne soient accompagnées ni de violence envers les personnes, ni de menaces, faits qui constituent suivant les cas, des crimes, des délits ou des contraventions ».

Dès lors, puisque l'adage « nul ne peut... », n'a aucune valeur répressive, en dehors des textes qui le consacrent directement ou indiretement, quelle est son utilité ? Le législateur allemand de 1896, (après celui de 1870, C. pénal), s'est très bien rendu compte qu'il était inutile de faire cette déclaration de principe, dont le caractère général ne pouvait que constituer un obstacle à l'admission des actes de justice privée nécessaires; et en outre, comme tous les moyens graves sont réprimés par les lois pénales et civiles, une telle prohibition serait sans importance pratique, nous disent les travaux préparatoires du B. G. B. (156). Le droit français a d'ailleurs observé le même silence, en ne prononçant pas de prohibition de principe de la justice privée, comme nous l'avons vu. Pour nous, l'adage « nul ne peut... », n'ayant aucune valeur impérative, *n'a que la valeur d'une constatation;* il se borne à constater que dans l'état actuel du droit français (et du droit de tous les pays civilisés), ce sont les pouvoirs publics qui sont chargés d'administrer la justice : les litiges entre

(156) Motifs p. 353 ; Denkschrift, p. 36 ; voir plus haut, p. 189.

particuliers sont généralement résolus par les tribunaux et l'exécution des décisions judiciaires se fait par l'autorité publique. En outre, toute voie de fait de nature à troubler l'ordre public est sévèrement sanctionnée. Voilà ce que constate l'adage. Mais comme le législateur français n'a pas trouvé nécessaire de donner une force impérative à cet adage, en le consacrant par un texte de loi,attitude que M. Garraud qualifie de « prudente abstention » (157), rien n'empêche qu'en dehors des cas réprimés par la loi, on puisse se faire justice à soi-même. La prohibition générale de la justice privée donc, outre qu'elle ne s'impose plus sous un régime fort et dans un Etat civilisé, idée que nous avons déjà développée, a le grand désavantage de constituer un obstacle pour l'admission de la *justice privée subsidiaire*, qui est indispensable pour compléter la justice publique.

Nous allons nous occuper dans notre chapitre suivant des cas de justice privée admis expressément par le législateur et la jurisprudence, soit en déclarant exceptionnellement licites des actes illicites en eux-mêmes (cas de nécessité), soit en reconnaissant certains droits d'exécution privée, vu les nécessités pratiques qui l'imposent, principalement l'économie de temps et de frais et la simplification en même temps que le désir de décharger les tribunaux.

(157) Précis, op. cit., p. 276.

CHAPITRE III

Les cas de justice privée licite en droit français

Dans le chapitre précédent, nous nous sommes occupés de certains cas de justice privée, dont le caractère licite résultait indirectement de l'absence de texte prohibant la justice privée *comme telle* et dans sa généralité. Dans ce chapitre, nous allons trouver des cas de justice privée qui sont, soit des actes illicites en eux-mêmes, déclarés licites lorsqu'ils sont accomplis dans des circonstances exceptionnelles (justice privée nécessité) soit des actes de justice privée que le législateur ou la jurisprudence déclarent licites vu les avantages qu'ils présentent sur la justice publique.

La législation française ne connaît pas de texte de principe consacrant la justice privée, pareil aux art. 227-231 B. G. B. et à l'art. 52 C. suisse des obligations. Il y a cependant des textes proclamant le caractère licite de certains actes de justice privée et en même temps il y a des décisions judiciaires dans le même sens. Du fait qu'il n' ya pas de principe auquel on puisse rattacher les différents cas de justice

privée, il s'en suit un certain flottement se traduisant par des variations dans la jurisprudence et des controverses doctrinales. Nous reprenons cependant la classification que nous avons suivie dans tout cet ouvrage, sans lui attacher de valeur dogmatique, mais uniquement la valeur due à un essai de synthétisation qui nous facilitera en même temps l'exposé de la question (1). Nous avons donc deux catégories de cas de justice privée licite, d'après l'idée se trouvant à leur base: il y a la *justice privée nécessité*, qui consiste dans l'admission comme *exceptionnellement licites*, d'actes illicites en eux-mêmes, vu le danger dans le retard et l'impossibilité de l'intervention de l'autorité à temps; en second lieu la justice privée reconnue grâce aux avantages de rapidité, économie et simplification qu'elle présente, sans troubler si peu que ce soit l'ordre public.

Avant d'entrer dans le détail, nous tenons à limiter le terrain, en excluant certaines questions qui n'ont pas leur place ici. Et nous commençons par éliminer la *justice privée défensive* fondée sur l'idée de nécessité, qui comprend la *légitime défense* et

(1) Certains cas de justice privée que nous avons analysés dans le chapitre précédent se rapprochent de ceux dont nous traiterons ici ; notamment l'exceptio n.a.c. et le droit de rétention, qui peuvent être rattachés à l'idée de nécessité ou à celle de simplification ; mais ces deux institut. ont leur place dans le chapitre précédent comme constituant des droits de justice privée admis en l'absence de texte les prohibant, tandis que les cas analysés ici sont dus à la reconnaissance expresse du législateur et de la jurisprudence : *c'est l'aspect positif de la question.*

l'état de nécessité proprement dit. Nous nous bornerons à dire que la légitime défense n'est réglée que par le Code pénal et il semble qu'elle n'est admise que quant à la personne (art. 327-329 C. pénal) ; en outre, elle ne figure pas dans la partie générale du Code pénal, mais à la section consacrée à l'homicide, et aux coups et blessures, ce qui la limiterait uniquement à la justification de ces crimes et délits. Quant à l'état de nécessité, il n'est réglé ni par le droit pénal ni par le droit civil, ce qui fait que la jurisprudence est très flottante. Nous renvoyons pour ces questions aux traités et monographies qui leur sont cansacrés (2).

Dans nos développements ultérieurs, nous ne nous occuperons que de la *justice privée agressive*, consistant dans le fait pour le titulaire d'un droit de procéder de sa propre autorité à la garantie ou à la satisfaction de sa prétention. Cette forme de justice privée se distingue de la justice privée défensive par le fait qu'il s'agit d'une prétention à réaliser, tandis que dans la justice privée défensive on se défend seulement contre une atteinte venue du dehors. Dans le premier cas, c'est l'auteur de l'acte qui a l'initiative ; dans le second, c'est l'auteur de l'agression.

(2) Garraud, Traité op. cit., p. 679, s. t. I et t. II, p. I s. Précis, op. cit., p. 267, 276 s. ; Garçon, C. pénal annoté, art. 64 et 327 ; Moriaud, op. cit. ; Lallement, op. cit. ; Vidal et Magnol, op. cit., p. 335 s. ; Toinet, Légitime déf. du droit de propriété, Thèse Paris, 1908 ; Demogue, Obligations, t. III, p. 379 s., 394 s. ; Bartin, Droit civil et répression pénale, Cours de 1924-25.

Et nous distinguerons ici les deux catégories de cas de justice privée dont nous avons parlé. Dans une première section, nous parlerons de la *justice privée nécessité*, qui est caractérisée *par le fait qu'un acte illicite en lui-même est exceptionnellement déclaré licite*, et en second lieu, *par le danger dans le retard*, et *l'impossibilité d'intervention de l'autorité à temps.*

Section Première. — *Justice privée agressive fondée sur la nécessité.*

§ 1er. *Législation.* — a) C'est d'abord l'art. 1657 Code civil, qui décide qu'en cas de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation de la part du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement. Ici donc, le vendeur peut résoudre le contrat de sa propre autorité, contrairement aux art. 1654 et 1184, selon lesquels la résolution doit être demandée en justice. Pourquoi cette solution ? « La dérogation au droit commun qui exigerait une demande en justice, nous disent MM. Colin et Capitant (3), s'explique en matière de vente de denrées alimentaires, par les risques de prompte détérioration des choses vendues, et en matière d'autres objets mobiliers, par cette considération qu'ils possèdent souvent une valeur d'actualité dont le vendeur ne pourrait, sans injustice, se voir frusté par *suite*

(3) Op. cit., t. II, p. 487. V. Planiol, op. cit., t. II, p. 497.

des lenteurs d'une demande en justice. » C'est donc un cas de nécessité, car on déroge à un principe général consacré par des textes, pour éviter au titulaire d'un droit le danger qu'il encourrait du fait de l'impossibilité de la justice d'intervenir à temps. Nous allons voir plus loin que la jurisprudence a consacré d'autres dérogations à la règle de la résolution judiciaire.

b) Nous croyons pouvoir rattacher à la même idée le cas du propriétaire terrien qui s'empare des animaux ayant causé des dommages à son fonds. C'est la Pfändung du droit allemand, si minutieusement réglementée par les droits particuliers (4).

La loi du 4 avril 1889, *titre VI, art.* 1 (*Code rural*), décide :

« Lorsque des animaux non gardés, ou dont le gardien est inconnu, ont causé du dommage, le propriétaire lésé a le droit de les conduire sans retard au lieu du dépôt désigné par le maire, qui, s'il connaît la personne responsable du dommage aux termes de l'art. 1385, lui en donnera immédiatement avis. Si les animaux ne sont pas réclamés, et si le dommage n'est pas payé dans la huitaine du jour où il a été commis il est procédé à la vente sur l'ordonnance du juge qui évalue le dommage ». ,

Ce droit de saisie privée a le même but que celui du droit allemand : *obtenir une preuve et*

(4) Voir plus haut, p. 285 s.

une sûreté pour la réparation du dommage. En effet, si on s'en était tenu au droit commun, le propriétaire aurait eu à sa disposition l'art. 1385, qui déclare responsable ceux qui ont un animal sous leur garde. Mais son droit à la réparation du dommage eût été illusoire, car s'il avait laissé les animaux s'échapper ou s'il les avait chassés, il eût risqué de ne jamais connaître la personne responsable en vertu de l'art. 1385. Voilà pourquoi la loi lui permet d'user de la saisie privée. C'est donc bien un acte de *justice privée nécessité*, car on déclare licite un acte illicite en lui-même : le propriétaire du terrain commet un délit civil en s'emparant de choses appartenant à autrui et en même temps se soustrait aux règles sur l'exécution forcée. En second lieu, il y a « danger de voir la réalisation de sa prétention devenir impossible ou très difficile » (5).

« Si l'animal est gardé en cas de dommage, dit la note sous D. 89-4-34, peu ou point de différence. Mais si l'animal s'échappe ou s'égare, *il n'y a d'autre moyen d'obtenir la réparation du dommage que de s'en emparer*, en attendant que l'on puisse découvrir son maître ». Et M. Pons (6) qui constate que le droit du propriétaire « n'est en réalité que le droit légitimé par la loi, *de se faire justice à soi-même* », ajoute : « le texte de l'art. 1385 n'aurait pu donner que des moyens de protection insuffisants » (7). Nous

(5) V. art. 229 B.G.B.
(6) Droit rural, p. 239.
(7) Voir aussi Demogue, Obl., t. IV, p. 272.

n'insisterons pas sur la réglementation de ce droit, nous bornant à relever qu'il confère un droit de gage au propriétaire. Pour le reste, voir la loi et les auteurs (8). Il faut en outre remarquer que la loi a eu soin d'ajouter les correctifs indispensables à tout acte de justice privée pour éviter les abus. Le saisissant ne pourra pas garder l'animal, mais devra le mettre en fourrière. La vente ne se fera qu'après avertissement de la personne responsable et sur ordonnance du juge. Dans la même loi nous trouvons des dispositions spéciales pour les dégâts causés par les volailles et les pigeons, qui peuvent être tués (9).

§ 2. — *Jurisprudence.*

c) Nous passons maintenant à certains cas de justice privée, où la jurisprudence a trouvé bon de déroger à certaines règles légales inspirées plus ou moins de l'idée qu'on ne peut se faire justice à soi-même, en permettant aux particuliers de ramener leur droit à exécution de leur propre autorité. Nous devons faire ici deux remarques : d'abord, nous constatons que c'est surtout en matière d'obligations que l'activité innovatrice de la jurisprudenc s'est exercée, ce qui est d'ailleurs explicable, les dispositions légales sur les obligations et spécialement sur les contrats, étant en général supplétives et très rare-

(8) Voir Dalloz, 89-4-34 et Pons, op. cit.
(9) V. Dalloz et Pons, loc. cit.

ment fondées sur l'ordre public ; en second lieu, nous attirons l'attention sur le fait que les cas dont nous parlerons peuvent être tout aussi bien rattachés à l'idée de nécessité qu'à celles d'économie de temps et de frais et de simplification, la distinction entre ces deux idées étant assez vague, si l'on se fait une large conception de la nécessité. En effet, les lenteurs et les frais de justice sont souvent de nature à mettre en danger la réalisation du droit. C'est pourquoi nous n'attachons à la classification faite plus haut qu'une valeur de commodité.

Nous commençons par parler *de l'exécution de l'obligation par le créancier aux frais du débiteur.*

Nous savons que l'art. 1142 du C. civil décide que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. C'est la consécration de l'adage « nemo praecise potest cogi ad factum ». Mais les art. 1143 et 1144 corrigent ce qu'a d'absolu l'art. 1143, en admettant que le créancier puisse demander à la justice la destruction de ce qui a été fait par contravention à l'engagement (1143) ou l'exécution par lui-même de l'obligation aux frais du débiteur (1144). La doctrine d'ailleurs étend le champ des exceptions à l'art. 1142 à tous les cas où il y a possibilité d'imposer l'exécution en nature (10). Et cela est très équitable, car dans bien des cas les domma-

(10) Voir Colin et Capitant, t. II, p. 18. Planiol, p. 62, t. II.

ges intérêts sont loin de donner au créancier la même satisfaction que l'exécution en nature.

Des deux textes cités (1143, 1144) il résulte que le créancier peut dans certains cas obtenir l'exécution en nature d'une obligation de faire ou de ne pas faire. *Mais il doit se faire autoriser par la justice* pour cela (arg. art. 1143, il peut *se faire autoriser* », art. 1144 : « *être autorisé* à faire exécuter lui-même »). Or, nous verrons que la jurisprudence et la doctrine admettent, *dans certains cas*, que le créancier procède à l'exécution des obligations de faire ou de ne pas faire, aux dépens du débiteur, *sans autorisation de justice*. C'est que, pour des raisons que nous allons voir, elles croient pouvoir déroger à une règle légale exprimant indirectement l'idée que l'on ne peut pas se faire justice à soi-même, ce qui prouve qu'elles ne la considèrent pas d'ordre public.

Nous ne possédons pas beaucoup de décisions de jurisprudence là-dessus. Un arrêt déjà ancien de la Cour de Douai du 23 mars 1842 (11), décide qu'un locataire peut procéder aux réparations incombant au bailleur, sans avertissement à celui-ci : « Attendu, dit l'arrêt, qu'encore bien que la reconstruction du toit d'une grange ait eu lieu sans avertissement préalable au bailleur, le preneur qui l'a faite n'est pas pour cela non recevable à réclamer le remboursement des dépenses occasionnées par cette recons-

(11) S. 42-2-482.

truction, *pourvu qu'il soit bien certain qu'elle était nécesaire, indispensable...* ». Et l'arrêt considère que le locataire a procédé en gérant d'affaires du bailleur.

Pothier déjà admettait cette solution : « Pareillement à l'égard des maisons, dit-il, (1), quoiqu'un locataire ne soit pas facilement écouté à demander le remboursement des réparations qu'il a faites sans en avertir le locateur, lorsqu'il le pouvait, néanmoins, *s'il est bien constant que ces réparations étaient indispensables*, le locateur doit être condamné à rembourser le locataire, ce qu'il en a coûté, n'étant pas juste qu'il profite des dépenses du locataire : nemini aequum esse cum alterius detrimento locupletior ». Pothier fonde donc l'obligation du bailleur sur l'enrichissement sans cause. Ce qui fait que le locataire n'aura droit à être indemnisé que jusqu'à concurrence de l'enrichissement du bailleur, tandis qu'en cas de gestion d'affaires, il aura droit au montant des dépenses (13). Qu'on fonde le droit du créancier à être indemnisé sur l'enrichissement sans cause ou sur la gestion d'affaires, ce qui nous intéresse ici c'est que *par là on valide un acte de justice privée.*

Demolombe admet aussi ce droit du créancier, en ajoutant cependant (14) « Mais il sera toujours

(12) Ed. Bugnet, t. IV, N. 130.
(13) Car elles sont utiles par hypothèse.
(14) T. 24, p. 498. L'auteur distingue d'ailleurs, selon que le créancier doit ou non pénétrer de force chez le débiteur :

plus prudent, ajoute-t-il, et plus régulier de la part du créancier, de se faire autoriser préalablement par la justice, *lorsqu'il le pourra*, afin de pouvoir opposer ensuite au débiteur les mémoires et quittances de personnes qu'il aura employées pour obtenir à son défaut l'exécution de l'obligation ».

Laurent refuse tout droit à indemnité au créancier *si ce n'est en cas d'urgence*. « C'est une voie d'exécution forcée, dit-il (15) ; or, aucune violence ne peut être employée que par ordonnance du juge ». « Il y a des cas, cependant, ajoute-t-il, où il faut procéder *immédiatement* et *sans retard*. *Nous* croyons que le créancier peut le faire, sauf au juge à régler ensute les droits et obligations des parties. Mais dans ce cas même, il ne peut pas demander « que l'exécution par un tiers soit l'équivalent de l'exécution par le débiteur, car il l'a fait sans y être autorisé, ni par la convention, ni par jugement, il pourra seulement demander qu'on lui alloue des dommages-intérêts ».

D'après Laurent donc, il faut que *le créancier* soit dans une situation telle, qu'il doive agir d'urgence : c'est *donc en cas de nécessité* qu'il pourra passer outre à la loi. Et même dans ce cas, il n'au-

ce n'est que dans le second cas, qu'il admet que le créancier puisse faire exécuter l'obligation sans autorisation de justice, par exemple, lorsqu'il s'agit de faire une réparation urgente que le propriétaire était tenu de faire, et que le locataire fait faire aux frais de celui-ci. Garçonnet et César Bru (op. cit., t. IV, p. 14), se rallient à cette manière de voir.

(15) T. 16, n. 200.

ra pas l'équivalent de l'exécution forcée. Guillouard admet que le créancier (en l'espèce le locataire) a agi comme gérant d'affaires du débiteur (16).

Enfin , Baudry et Wahl (17) fondent le droit à indemnité sur l'enrichissement injuste.

Quant à nous, nous croyons qu'il faut faire la distinction suivante : si le créancier a agi en état de nécessité, c'est-à-dire dans un cas où l'exécution devait avoir lieu tout de suite, *il faudra considérer que son acte aura les mêmes effets que s'il s'était adressé à la justice*, donc, qu'il obtiendra l'équivalent de l'exécution sur autorisation de justice ou de l'exéution forcée étatique.

Mais s'il n'était pas en état de nécessité, son acte est arbitraire, et contraire aux art. 1143 ou 1144 C. civ., et comme tel, il ne s'agira plus d'un acte équivalent à l'exécution, mais uniquemen de rapports quasi-contractuels d'enrichissement sans cause entre le créancier et le débiteur. Nous repoussons l'idée de gestion d'affaire, car le créancier n'a pas agi dans l'intérêt du débiteur, mais dans le sien propre (18). Le créancier ne sera indemnisé que du montant de l'enrichissement du débiteur.

d) Un cas intéressant de justice privée sur lequel la jurisprudence est divisée, c'est celui *du droit pour le bailleur de retenir sans formalités les meu-*

(16) Louage, t. I, n. 108.

(17) Louage, t. I, n. 325. Idem Baudry et Barde. Obl. t. I, n. 437.

(18) V. Colin et Capitant, t. II, p. 721.

bles du preneur. Le problème qui se pose est celui de savoir si le bailleur peut empêcher le locataire en cours du bail qui n'a pas payé le loyer, d'emporter les meubles. On ne peut pas dire qu'il y ait une jurisprudence fixée sur la question, car nous avons des décisions dans les deux sens. La doctrine aussi est divisée. Il s'agit en somme, d'une véritable saisie privée, ou plutôt d'une réalisation privée du droit de gage tacite du bailleur, qui devrait être admise, d'après nous, *en cas de nécessité*, c'est-à-dire au cas où le bailleur risquerait de perdre le bénéfice du privilège que lui accorde l'article 2102, n. 1, C. civil. Ceci excluerait le cas où le bailleur saisirait les meubles du locataire qui reste sur les lieux, sans observer les formalités de l'art. 819 C. procédure civile, car dans ce cas il n'y aurait pas danger de perdre le bénéfice du privilège. Pour nous, comme pour une partie des décisions de jurisprudence et de la doctrine, on peut déroger à l'art. 819 C. pr. civ. en cas de nécessité. Reprenons la question en détail.

Nous savons que le bailleur d'immeubles a un privilège sur ce qui garnit les lieux loués, pour la garantie des loyers ou autres sommes qui lui sont dues par le preneur (art. 2102, C. civil). Ce privilège d'après l'opinion générale, est fondé sur l'idée de gage tacite (19). Mais ce gage est assez imparfait, car le preneur reste en possession des choses gagées

(19) Colin et Capitant, t. II, p. 801; Planiol, t. II, p. 758; Aubry et Rau, t. III, p. 226, *etc.*

et peut les soustraire. Le droit de rétention, essentiel au droit de gage, n'existe pas ici, car on ne peut pas retenir ce que l'on ne possède pas effectivement. Pour transformer ce gage fictif en gage réel, la loi met à la disposition du bailleur une procédure rapide : le bailleur signifie un commandement au preneur et un jour après, il peut faire saisir-gager les meubles sans titre exécutoire ou autorisation du tribunal (art. 819 C. pr. civ.) (20). Il faut d'ailleurs qu'il y ait des termes ou fermages échus.

Enfin, si les meubles ont été déplacés sans son consentement, il a un droit de revendication qu'il peut exercer dans un délai de 15 jours pour les baux urbains et de 40 jours pour les baux ruraux.

Si la saisie-gagerie est une procédure suffisante lorsque le preneur reste sur les lieux, il n'en est plus de même lorsqu'il veut déménager en emportant ses meubles, et qu'il doit des loyers de fermages ou lorsque le terme est encore courant, cas où le bailleur ne peut saisir-gager. M. Planiol s'élève contre l'insuffisance de la protection légale : « La loi n'a organisé, dit-il (21), aucun autre moyen de garantir la créance des loyers. Or, la saisie n'est possible qu'autant qu'il y a des loyers échus. Quand le dernier terme est encore courant, et que le fermier ou locataire veut déménager, le propriétaire

(20) Il ne peut même faire saisir le gage le jour même, et sans commandement préalable en cas d'urgence, sur autorisation du président du tribunal.

(21) T. II, p. 761.

est désarmé. Jadis à Paris et dans quelques villes, les commissaires et agents de police pouvaient être requis pour s'opposer au déménagement d'un locataire qui partait sans payer ; mais un ministre jugeant que c'était mettre abusivement la force publique au service des particuliers, invita ses subordnnés de cesser cet usage. Aujourd'hui, les agents n'interviennent plus qu'autant qu'il y a rixe entre le concierge et le locataire ; *tout moyen de protection immédiate fait défaut contre un acte qui est un véritable vol de gage. La saise gagerie échoue souvent devant l'habileté du locataire qui réussit à cacher les objets qu'il a détournés* ». Par conséquent le danger est double : s'il n'y a pas de loyers échus, la saisie gagerie est impossible ; et la revendication est souvent illusoire, étant limitée dans un délai très court et en outre le locataire pouvant facilement faire disparaître les meubles. Le privilège du bailleur devient donc illusoire. *Et cette perspective est, croyons-nous, de nature à mettre le bailleur en état de nécessité ; ce qui lui permettrait de déroger à l'art.* 819 *C. pr. civ.* Cependant la majorité des auteurs se montrent hostiles à la réalisation privée du droit de gage. Guillouard (22) lui refuse cette faculté et Baudry et Wahl (23) exigent une autorisation de justice. Il y a aussi des décisions de jurisprudence dans ce sens. Celle sur

(22) Louage, t. I, n. 224.

(23) Louage, t. I, n. 711.

laquelle on se fonde surtout pour contester le droit du bailleur, est un arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1883 (24) qui s'exprime ainsi : « Attendu qu'aucun texte de loi ne reconnaît au propriétaire qui n'est point payé du loyer qui lui est dû, le droit de mettre sans formalités judiciaires ou extra-judiciaires la main sur les meubles du locataire, et de les conserver comme un gage réel de sa créance... »

Mais il ne s'agit pas dans cet arrêt du bailleur saisissant les meubles du locataire *qui déménage*. En effet, en l'espèce, il est question d'une saisie opérée sur les meubles du preneur qui *reste sur les lieux*. Or, en ce cas, la décision est pleinement justifiée, et nous ne voyons pas ce qui légitimerait ici une saisie privée en dehors des formalités de l'art. 819, car il n'y a aucun danger dans le retard. Et un jugement du tribunal de paix de Paris (XI^e^ arrond.), du 15 mai 1911 (25) reproduit intégralement les motifs de l'arrêt de 1883. En outre un jugement du trib. de la Seine du 7 nov. 1911 (26) décide que le bailleur « doit obéir aux presecriptions de la loi sur la procédure de la saisie gagerie, *et non se faire justice à lui-même*, droit qui n'appartient à personne ». Dans le même sens Trib. civil Seine, 3 juin 1913 (27). En revanche, nous avons

(24) D. 83-1-338.
(25) La loi du 18 mai 1901.
(26) « Gazette des Tribunaux », 1912, prem. semest. 2-23.
(27) G. T. 2^e^ semestre 2-386.

plusieurs décisions favorables au droit du bailleur. Celle qui, d'après nous, précise le mieux la question, c'est un jugement du tribunal civil de la Seine du 10 août 1909 (28). Et il s'agit bien ici du bailleur qui saisit les meubles du locataire *qui veut déménager*, ce qui est aussi le cas pour les autres décisions, qui invoquent, faussement, d'après nous, l'arrêt de cass. de 1883 précité où il s'agit d'un preneur qui reste sur les lieux. Et cela est mis en évidence par le jugement du trib. civil de la Seine, de 1909 : « Attendu, dit-il ,que pour garantir sa créance, le propriétaire se trouverait obligé de recourir à l'exercice de son droit de rétention sur une partie du mobilier de sa locataire, *puisqu'en laissant enlever son gage, il perdrait le privilège*... que point n'est donc besoin pour le bailleur de recourir aux formalités de l'article 819 C. pr. civ., pour se maintenir en possession de son gage, *ce qui du reste en fait rendrait le plus souvent l'exercice de son privilège impossible ;* que l'arrêt de la Cour de cass., cité par le premier juge et sans application dans l'espèce ; qu'il s'agissait en effet dans le différend soumis à la Cour, d'une véritable voie de fait commise par le propriétaire *au cours de la jouissance...*» Le jugement invoque un argument théorique, le droit de rétention attaché au droit de gage ; un argument pratique qui est le risque pour le bailleur de perdre en fait le bénéfice de son privilège. Nous

(28) G. T. 1909, 2e semestre, 2-437; G. P. 1909, 2-239.

avouons être plus sensibles au second, qui met en évidence le caractère de nécessité du droit ; quant au premier, nous ne lui attachons pas une grande valeur, car, comme nous l'avons déjà dit, le gage du bailleur est très imparfait et l'exercice du droit de rétention n'est pas possible, car le preneur reste en possession.

Nous trouvons dans le même sens un jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 13 déc. 1900 (29), qui invoque aussi l'urgence : « attendu, dit le jugement, *qu'en raison de l'urgence*, Dermois avait incontestablement le droit de s'opposer, comme il l'a fait, à l'enlèvemen des meubles... » Et dernièrement, un jugement de la justice de paix de Charenton, du 13 nov. 1923 (30), se prononce dans le même sens, en déclarant qu'autrement le privilège deviendrait illusoire.

Nous ne pouvons pas tirer une conclusion définitive sur la jurisprudence vu la divergence des décisions, d'autant plus que l'arrêt de cassation de 1883 ne porte pas, comme on l'a vu, sur la question telle que nous la prenons ici, c'est-à-dire, cas de nécessité résultant du danger dû au déménagement du preneur. Mais nous croyons que la nécessité peut justifier la dérogation à l'art. 819.

(29) G. P. 1901, 1-340.
(30) G. P. Mai-juin 1924, 2-313.

e) *Rupture du contrat par volonté unilatérale* (31). Une partie qui veut se dégager des liens d'un contrat , peut le faire, ou bien en se mettant d'acord avec l'autre (mutuus dissensus), ou bien, si l'autre partie n'exécute pas ses obligations (dans un contrat synallagmatique) demander en justice la résolution du contrat (1184 C. civ.).

Cependant il y a des contrats à exécution successive qui exigent à un moment donné des modifications et même la rupture, le but poursuivi ne pouvant plus être atteint. Il est alors nécessaire de permettre aux parties de se dégager de leurs obligations, sans avoir besoin de recourir aux voies judiciaires, qui entraînent des lenteurs et des frais. « Le droit, nous dit M. Demogue (32), tend à ne plus être la simple appréciation des droits de chacun, du dommage souffert. Il devient, pour employer une expression plus savante, téléologique ».

Et il y a toute une catégorie de contrats où le but ne pouvant plus être atteint par l'une des parties celle-ci pourra modifier ou rompre le contrat. Ce sont ceux que M. Demogue appelle « des contrats d'aide ou de commandement », c'est-à-dire « ceux par lesquels une personne engage une autre pour l'exécution d'un travail où certaines conditions de capacité technique d'habileté commerciale ou même

(31) V. sur cette question la magistrale étude de M. Cassin, op. cit. p. 337, s.

(32) Voir Revue trimestrielle 1907: Des modifications aux cantrats par volonté unilatérale, p. 252.

simplement de résidence, qu'elle-même ne remplit pas, sont nécessaires » (33). Ce sont les contrats de mandat, d'entreprise, etc. Le Code civil admet, pour ces contrats, que le maître modifie ou rompe le contrat (C. civ. art. 1794, 1780, 2002, etc) (34). Mais en dehors des cas prévus par le législateur, l'une des parties n'aura d'autre moyen de rompre le contrat, que de s'adresser à la justice, ce qui est souvent de nature à compromettre ses intérêts vu les lenteurs et les frais de toute instance judiciaire.

Et c'est ici qu'une jurisprudence aussi hardiment innovatrice que soucieuse des nécessités pratiques, a courageusement rompu avec la règle « nul ne peut se faire justice à soi-même », indirectement exprimée par l'art. 1184. Et cela représente, pour nous, une importante dérogation à un texte qui exprime l'idée de l'interdiction de la justice privée, dérogation imposée par l'idée de nécessité en même temps que par celles de simplification, rapidité et équité. La rupture par volonté unilatérale constitue un cas de *justice privée agressive*, l'une des parties procédant de sa propre autorité à la réalisation de son droit, le droit de rupture que normalement elle devrait faire valoir en justice. Et nous verrons que la jurisprudence, ici encore, a eu bien soin d'empêcher les abus, en ne validant que les ruptures pleinement justifiées. Celui qui rompt le contrat, comme

(33) Ibid., p. 264.
(34) Pour plus de détails, Demogue, article cité.

celui qui use de l'exceptio n. a. c., le fait à ses risques et périls.

Passons maintenant à l'analyse des solutions jurisprudentielles consacrant ce droit de justice privée. Il s'agit, naturellement, des cas où ni la loi, ni la convention (35) ne permettait une résolution de plein droit. Voyons d'abord pourquoi l'art. 1184 impose-t-il une demande en justice. C'est que le législateur a considéré qu'une partie ne pouvait se rendre juge de la gravité de l'inexécution, ou de son caractère définitif ; en effet, étant juge dans sa propre cause, elle est suspecte de partialité (36). Les craintes du législateur sont justifiées. Aussi verrons-nous que la juriprudence ne valide la rupture unilatérale que lorsque l'inexécution par l'autre partie est définitive ou lorsqu'elle provient d'une faute grave. Mais dans ces cas, on ne voit pas pourquoi elle ne dérogerait pas à l'art. 1184, les dangers signalés plus haut n'étant plus à craindre. *Cessante ratione legis, cessat ipsa lex.* — Comme le dit M. Cassin (37) « (les tribunaux) s'abstiennent ainsi *de faire des déclarations platoniques* et *de détruire au nom des principes*, l'œuvre de la partie lésée, qu'ils seraient obligés de rétablir sur-le-champ en vertu

(35) V. sur le pacte commissaire Cassin, op. cit. p. 342 et Manuels.

(36) Cassin, p. 344; Colin et Capitant, t. II, p. 346; Capitant, Cause, p. 312.

(37) P. 349.

de l'diée de cause et de son corollaire, le maintien de l'équilibre entre les contractants ».

Quelles sont les raisons pour lesquelles la jurisprudence a cru trouver bon de déroger à l'art. 1184 ? Donnons la parole à M. Cassin: « La nécessité d'assurer l'équilibre effectif des situations des parties (38), dans la plupart des cas, dit-il, ou de sauvegarder l'autorité de l'une d'elles en d'autres hypothèses, l'impossibilité de laisser un contractant de mauvaise foi ou insolvable se jouer impunément des principes respectés scrupuleusement par l'autre et de mettre ainsi à profit la lenteur du mouvement de l'appareil judiciaire ,le sentiment chaque jour plus net de la valeur du temps et de l'importance des simplifications, tous ces éléments ont exercé une influence décisive sur l'application pratique du principe de l'irrévocabilité des contrats et de la règle « nul ne peut ». En résumé, les raisons dominantes dans l'admission de la rupture unilatérale, sont : la violation par l'autre partie de l'obligation générale de bonne foi (art. 1134 C. civil) ; le *péril pressant et l'urgence* (état de nécessité), la rupture de l'équilibre, le besoin d'égalité et de simplification (39). — En examinant les décisions, nous verrons qu'elles s'inspirent tour à tour de ces raisons. Nous allons donner quelques exemples de décisions reposant sur ces différentes

(38) P. 337.
(39) *Ibid.*, p. 344.

raisons, pour insister ensuite sur l'*idée de nécessité*, qui semble dominer l'ensemble des décisions.

La jurisprudence a commencé par affirmer d'une façon absolue qu'une partie qui voulait rompre un contrat synallagmatique, devait s'adresser à la justice. Un arrêt de cass. Ch. des req. du 8 *janvier* 1850 (40) déclare « que la résolution n'a pas lieu de plein droit (art. 1184) ; que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, peut demander la résolution en justice et qu'aux tribunaux appartient le *droit absolu* d'apprécier ces griefs ». Mais vers la fin du XIX[e] siècle, les tribunaux commencent à admettre la rupture unilatérale, surtout en matière de contrats de travail, à durée déterminée (41). Plus tard, cette solution est étendue au contrat de louage d'ouvrage (42) et même à d'autres contrats (43). Beaucup de ces décisions invoquent la mauvaise foi de l'autre partie. « Le tribunal, dit un arrêt de cass. du 4 janvier 1911 (S. 1911.1.195), a pu décider que la partie dont la mauvaise foi avait causé la rupture du contrat, était sans droit pour se prévaloir de l'art. 1184 ». « Si l'art. 1134 C. civil, dit un arrêt de la Cour de Nancy du 9 juillet 1907 (44), énonce que les conventions légalement

(40) S. 1850, 1-3-94 ; v. plus haut, p. 379.

(41) Paris 15 juin 1893. D. 93-2-472; Cass. civ. 16 février 1896. D. 96-1-158; v. d'autres arrêts. Note Savatier sous un arrêt de la Cour de Poitiers du 9 juin 1913, D. 1920, 2-41.

(42) D. 1920, 2-41; v. Cassin, p. 345.

(43) V. Cassin, p. 340 s.

formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, elle ajoute qu'elles doivent être exécutées de bonne foi ».

D'autres décisions s'inspirent de l'idée d'équilibre entre les obligations des parties. Ainsi, pour le cas de l'ingénieur entré au service d'une société manufacturière, qui a pris l'engagement de n'entrer dans aucune filature de la région au cas où il partirait, contre l'obligation de la société de le proposer à la gérance avec des appointements déterminés ; la société n'ayant pas tenu sa promesse et l'ingénieur ayant pris la direction d'une filature concurrente, la Chambre des requêtes de la Cour de cass. décida le 1er mai 1889 (45) que l'ingénieur n'était pas en faute « parce que la direction ne pouvait être recevable à demander, contre l'ingénieur, l'application d'une convention qui avait pour cause une condition non réalisée par le fait et la volonté du demandeur lui-même ». La jurisprudence s'appuie donc sur la mauvaise foi de l'adversaire, sur l'égalité des parties, et surtout sur la faute du demandeur. Dans tous ces cas, ce qu'il est intéressant de constater, c'est que la jurisprudence valide des actes de justice privée, *qui deplus vont à l'encontre d'art. formels du Code civil*, et cela le plus souvent en tenant comple de la mauvaise foi ou la faute de l'autre partie, ce qui

(44) D. 1907-2-360.
(45) D. 90-1-470; S. 92, 1-372. V. aussi Cassin, p. 351. Trit. civil Mayence, 3 mars 1892, G. P. 92-2-120.

constitue une sorte de peine privée pour elle. Or, si l'observation de la règle « nul ne peut »était d'ordre public, peu importerait l'attitude de la partie adverse, du moment que l'auteur de la rupture est sorti de la légalité.

Un autre groupe de décisions, qui pour nous est le plus important ,admettent la validité de la rupture unilatérale du contrat, pour le cas où « l'inexécution dont souffre celui qui se dégage de ses obligations est susceptible de mettre ses intérêts en péril pressant et qu'il y a urgence à sauvegarder ses deniers » (46). N'est-ce pas un cas caractéristique de nécessité, l'auteur de l'acte de justice privée risquant s'il n'agit pas tout de suite, d'encourir un préjudice grave, la justice ne pouvant intervenir à temps pour le lui éviter ?

Mois voyons d'abord quelques décisions s'inspirant de cette idée : *Cour de Rouen*, 23 *janvier* 1867 (47) : un acteur qui ne peut arriver à jouer par la faute du directeur du théâtre avec lequel il est lié, contracte des engagements ailleurs, avant que la convention soit résiliée, *afin de pouvoir gagner sa vie*. *Cass. req.*, 1er *mai* 1889 (48). L'ingénieur qui a rompu le contrat, ne pouvait plus attendre l'exécution de l'engagement pris par la Compagnie, *de-*

(46) Note de M. Morel sous cass., 22 déc. 1920, S. 1922-1-369 et Cassin, p. 355.
(47) D. 67-2-212.
(48) Cité p. 344, S. 92-1-372. D. 90-1-470.

vant gagner sa vie. Cass. civ. 4 janvier 1910 (49) : Un employé qui comme courtier livreur a procuré de nombreux clients à son patron, se voit adjoindre un autre employé, qui doit le remplacer et lui enlever le profit de ses efforts. S'il quitte brusquement son patron, celui-ci, auteur d'une véritable fraude, peut se voir refuser toute indemnité pour brusque départ, et même être condamné à des dommages intérêts.

Cour de Poitiers 9 *juin* 1913, 12 *juin et* 23 *déc.* 1918 ((49 bis). — Un entrepreneur ayant donné des sujets de plaintes au maître de l'entreprise, celui-ci le congédie de sa propre autorité. L'entrepreneur demande des dommages intérêts en vertu de l'art. 1794 C. civil. Sur la demande reconventionnelle du maître, la Cour décide que « cette responsabilité peut être mise à la charge de la partie qui par sa faute a provoqué la rupture, *bien que l'autre partie n'ait pas fait prononcer en justice la rupture du contrat* ».

Enfin, Cass. req. 22 décembre 1920 (50). — Un membre de groupement ayant contrevenu à plusieurs reprises à ses obligations envers les autres membres, ce qui pouvait avoir des conséquences très désagréables pour le groupement vis-à-vis de l'Etat, fut exclu à l'unanimité du groupement. Il assigna

(49) S. 1911-1-195. Rev. trim., p. 176, note Demogue.
(49 *bis*). D. 1920-2-41. Note de M. Savatier.
(50) S. 1922, 1-369, note de M. Morel. V. aussi S. 1909, 1-205; S. 1915-2-66; S. 1914-2-219; D. 1914-1-32; Pasicrisie belge 1877, 2-66 et Cassin, p. 353, note 2.

ce dernier pour rupture illégale du contrat (violation de l'art. 1184), mais il fut débouté par le tribunal de commerce et la Cour de Rennes, puis par la Chambre des requêtes : « Attendu, dit cette dernière, que la rupture du contrat n'avait été ainsi que la conséquence inévitable d'agissements, qui, *dans un organisme de ravitaillement, compromettaient les rapports du groupement avec les autorités dont il relevait* ». Dans tous les cas, deux choses sont à remarquer : d'abord, que celui qui dénonce le contrat, court le danger de subir un préjudice grave en attendans la résolution judiciaire (état de nécessité) ; en second lieu, l'état de nécessité est provoqué par la faute de l'autre partie (51).

La rupture par volonté unilatérale est une dérogation flagrante à l'art. 1184 et à l'adage « nul ne peut ». Et pour admettre cette dérogation, la jurisprudence a dû se fonder sur des raisons précises. Et nous le répétons, c'est l'état de nécessité qui justi-

(51) Nous pouvons citer encore un cas de rupture unilatérale du contrat, qui semble se rattacher moins visiblement à l'idée d'urgence, mais qui, en y réfléchissant, peut être ramené à cette idée. C'est l'espèce jugée par le tribunal de la Seine, le 18 décembre 1910 (G. P., 25 janvier 1911) : il sagit d'un médecin qui, s'étant engager à soigner une cliente pour un accouchement, refuse de continuer ses soins, l'entourage de la malade voulant imposer une garde dont le médecin ignorait les précédents : dans ces conditions, le médecin considéra qu'il ne pouvait plus assumer la responsabilité de continuer à remplir son office. Le tribunal déclara « qu'il avait honnêtement agi en renonçant à la responsabilité et aux honoraires de l'accouchement ». Il est clair que si le médecin avait continué à soigner la malade, en attendant que les tribunaux le

fie dans la plupart des cas cette dérogation ; c'est ce que font brillamment ressortir MM. Savatier et Morel (52). Comme le remarque M. Savatier, il n'y a pas force majeure, car il n'est pas impossible pour le contractant qui dénonce le contrat, de remplir ses obligations, mais l'exécution peut devenir très onéreuse pour lui. Et le professeur de la Faculté de droit de Poitiers énonce le principe qu'il faudrait admettre le principe selon lequel, « dans tout contrat synallagmatique, chaque partie a le droit de considérer ses obligations comme éteintes, et la convention comme résiliée, *quand il y a en quelque sorte péril en la demeure*, c'est-à-dire lorsque par la faute de l'autre partie, *l'exécution future de cette convention deviendrait onéreuse* (53). *Il y aurait là une sorte de cas de nécessité permettant de déroger à l'art.* 1184 ». Et M. Morel s'inspire de la même idée lorsqu'il affirme que « l'on ne peut exiger raisonnablement d'une personne qu'elle supporte stoïquement,

dégageassent du contrat, dont il aurait demandé la résolution en vertu de l'art. 1184, C. civ, il eût couru le risque de voir s'aggraver l'état de la malade, pendant ce temps; sa décision s'imposait donc d'urgence. Et, comme le remarque M. Demogue, dans une note de la Revue Trimestrielle de 1911, p. 143, il arrive souvent dans les contrats de travail à durée déterminée, que l'une des parties se dégage de ses obligations, lorsque la rupture est provoquée par la faute de l'autre partie, sans qu'il y ait d'intervention judiciaire. Ce sont des cas fréquents en pratique et la partie qui s'est trouvée en faute ne sadresse pas souvent à la justice pour réclamer des dommages-intérêts pour la violation de l'art. 1184.

(52) Savatier, note D. 1920, 2-41; Morel, note D. 1922, 1-369.

(53) Comp. art. 229 B. G. B.

sans prendre aucune mesure de défense immédiate, un préjudice qui est susceptible de s'aggraver chaque jour. Se soustraire à ses obligations *apparaît pour cette partie la conséquence inévitable d'un véritable état de nécessité*, qui a d'ailleurs son origine dans la défaillance même de son contractant ».

Ainsi dans le cas analysé par M. Mōrel, les groupements n'avaient pas le loisir d'attendre l'issue d'un procès en résolution. Il leur fallait à tout prix se séparer immédiatement d'un adhérent compromettant. « Cette jurisprudence, ajoute M. Morel, atténue ce que l'art. 1184 peut avoir de rigoureux en subordonnant la résolution à un jugement, sans dispenser la partie qui souffre du manquement imputable à son cocontractant de recourir *à cette arme lourde à manier* qu'est la résolution judiciaire ».

Il s'agit donc, d'après la jurisprudence et les auteurs d'un véritable état de nécessité, justifiant la dérogation à l'art. 1184, au moyen d'un acte de justice privée agressive.

Pour finir, nous devons rappeler que la jurisprudence avec beaucoup de sagesse, décide que l'individu qui prend l'initiative de la rupture, *agit à ses risques et périls*. S'il était mal fondé, il sera condamné à des dommages-intérêts. D'ailleurs, dans ce cas, la jurisprudence ne se fait pas défaut d'invoquer l'art. 1184, ce que nous avons déjà vu pour l'exceptio n. a. c. (54). M. Morel s'en aperçoit bien en

(54) V. Cassin, op. cit. p. 345, 351, 349. Besançon, 31 déc. 1896, S. 97-2-141; D. 1906, 1-104.

nous disant « qu'il va de soi que l'exercice de cette faculté reconnue par la jurisprudence au créancier reste soumise au contrôle des tribunaux... Finalement, la partie qui, de sa propre autorité, arrête l'exécution du contrat et *se fait ainsi justice à elle-même, n'agit jamais qu'à ses risques et périls* » (55).

Donc, en concluant, nous constatons que la jurisprudence admet une dérogation à l'art. 1184 et indirectement à l'adage, *en cas de nécessité* et *lorsque l'équité et les raisons pratiques le commandent.* Et cet acte de justice privée qui n'a que des avantages, ne présente aucun des inconvénients de la justice privée, car la jurisprudence par le contrôle qu'elle exerce, en limite les cas licites et réprime les abus. A ce propos nous pouvons citer les conclusions de M. Cassin sur la nouvelle jurisprudence : « Il est certain ,dit-il (56), que si les tendances actuelles de la jurisprudence continuent de se préciser, on pourra bientôt transposer ici sans réserves les conclusions d'un auteur, relatives aux voies légales d'exécution (57) : l'observation des voies légales de résolution des contrats n'est qu'une garantie, en ce sens qu'elle établit d'une façon indiscutable l'absence de faute chez le contractant qui veut se dégager du contrat. Inversement, l'inobservation de ces mêmes formalités, ne peut donner lieu à aucune sanction contre lui,

(55) Comp. art. 231 B. G. B.
(56) P. 358.
(57) Demogue, not. fond. p. 656.

si le contractant a usé de la rupture unilatérale comme *du seul moyen de mettre fin à une situation intolérable, de protéger ses intérêts et de maintenir entre lui et son adversaire l'équilibre essentiel commandé par le caractère synallagmatique du contrat.* Il suffit, *dans ce cas, qu'en jugeant son propre procès, il n'ait fait preuve d'aucune partialité, ni de négligence, ni de précipitation, ni d'exagération...* » Dans ces conditions, on peut se demander qu'est-ce qui pourrait encore être reproché à cet acte *de justice privée subsidiaire,* sinon qu'il enfreint l'adage : « nul ne peut... »

Nous en avons fini avec les cas de justice privée justifiée par la nécessité et consistant dans la commission d'actes généralement illicites.

Section II. — *Cas de justice privée, fondés sur l'idée de simplification, de rapidité et d'économie de frais.*

f) Le Code Civil, dans l'art. 673 permet au propriétaire sur le fonds duquel avancent des racines, ronces ou brindilles (L. 12 février 1921) de les couper lui-même, « exception remarquable, disent MM. Colin et Capitant (58), à l'interdiction des voies de fait ». La raison de cette disposition est d'ordre pratique. Le propriétaire est exposé à couper les ra-

(58) Op. cit. t. I, p. 721.

cines lors des travaux qu'il effectue, et il ne doit pas être inquiété de ce chef. Nous avons vu que la même disposition existe en droit allemand (art. 910) et dans presque tous les autres droits. Le droit romain l'admettait déjà.

g) Nous pouvons encore citer des lois ou usages commerciaux, où la rapidité des opérations est essentielle. C'est le cas de l'exécution en Bourse, consacrée par le décret du 7 octobre 1890, art. 59, 69, en faveur de l'agent de change. Voici en quoi elle consiste : l'agent de change auquel son client (le donneur d'ordres), n'a pas, en matière de vente au comptant remis les valeurs, et en matière d'achat au comptant, le prix des valeurs, peut, trois jours après l'envoi d'un avis par lettre recommandée, procéder à l'achat ou à la vente des valeurs acquises, aux risques et périls du client. C'est une exécution privée, faite sans autorisation de justice et en dehors des formalités exigées par l'art. 93 C. comm. pour la vente du gage. Cette disposition a à sa base le besoin de célérité (59).

Une autre variété d'exécution en Bourse, est celle pour non versé, qui constituent un usage commercial. A défaut de versement aux époques fixées, les statuts des sociétés permettent de vendre

(59) Wahl, op. cit. n. 1675; Lyon, Caen Traité t. IV, n. 971 *bis* et note sous Cass., 27 juillet 1909, S. 1911, 1-73. Pallu, thèse Bordeaux 1907, Thaller, op. cit. n. 964. En cas de vente ou achat à terme, il n'y a même pas de mise en demeure (art. 69).

les titres aux risques de l'actionnaire ou obligataire. Cet usage évite les lenteurs des poursuites judiciaires et les risques d'insolvabilité de l'actionnaire ou obligataire en défaut (60).

Nous citerons enfin un autre usage commercial, celui du *remplacement*, en vertu duquel l'acheteur a le droit de se procurer, aux frais du vendeur, une quantité de choses égales à celles qui auraient dû lui être livrées à temps. Les mêmes raisons de rapidité sont à la base de cet usage (61).

h) Nous pouvons aussi, citer *le droit de réponse en matière de presse* (loi du 29 juillet 1881, art. 13), et le droit de lacération des affiches apposées par les particuliers, accordé au propriétaire du mur, par l'art. 17, al. 3 de la même loi (62).

i) Enfin, l'art. 93 Code de commerce, permet au créancier gagiste de réaliser son gage, *sans autorisation de justice* (comme cela est exigé en matière civile, art. 2078 C. civ.), en faisant procéder à la vente publique, ou la simple condition d'une signification faite au débiteur ou au tiers bailleur du gage; la vente aura lieu huit jours après cette significa-

(60) Wahl, op. cit. n. 1536; Thaller n. 633 et note sous Cour de Paris, 15 avril 1885, D. 86, 2-89; Pallu, op. cit; Lyon-Caen, Traité t. II, n. 739.

(61) Lyon-Caen et Renault, Traité, t. III, troisième édition, n. 109; Wahl, Précis n. 1239.

(62) V. D. 81-4-70, note 1. Demogue Obl. t. IV, p. 2-3. On peut rapprocher de ce droit de réponse, le droit de rectification donné par l'art. 12 de la même loi aux fonctionnaires.

tion. Ici encore, ce sont des raisons de célérité et d'économie qui ont imposé cette solution (v. Wahl, op. cit. p. 472).

Un autre cas de réalisation sommaire du gage, *sans aucune formalité de justice*, c'est le droit du porteur du warrant commercial, de vendre aux enchères le gage, huit jours après signification du protêt à l'endosseur (loi du 28 mai 1858, art. 7 v. Wahl, op. cité, p. 451).

j) On peut encore citer la *saisine* héréditaire qui permet aux héritiers et légataires de se mettre en possession des biens hérités ou légués, sans demander à la justice l'envoi en possession (art. 724, 1006, C. civil).

Conclusion. — De cette étude de la justice privée en droit français, nous pouvons dégager les conclusons suvantes :

1) La justice privée *sous la forme subsidiaire*, et compatible avec une société civilisée et un pouvoir étatique fort, est loin d'être complètement exclue du droit français. La théorie de la marche rectiligne de la justice privée vers l'abolition totale, justice privée qui, telle la *Peau de Chagrin* de Balzac, se rétrécirait à mesure que le temps passerait, est tout aussi peu confirmée par l'étude du droit français, que par celle des autres droits contemporains. Nous avons pu, au contraire, constater que le législateur et la jurisprudence, secondés par une doctrine innovatrice, avaient une tendance à recon-

naître des cas de plus en plus nombreux de justice privée, dans la mesure où ces institutions ne présentaient aucun danger pour l'ordre public et où les avantages qu'elles présentaient l'emportaient de beaucoup, sur les désavantages.

2) De l'analyse des lois françaises, nous avons pu constater *que nulle part n'existait une prohibition générale de la justice privée comme telle.* Certes, beaucoup de textes civils et pénaux, sont l'expression directe ou indirecte du principe que la justice étatique est prédominante, et bien des textes répriment sévèrement les actes de violence, qu'ils soient ou non commis dans un but de justice privée. Et nous croyons que ces textes contiennent tout ce qui est indispensable pour empêcher les particuliers de recourir à leurs propres forces, lorsque ces actes d'autorité privée seraient de nature à troubler l'ordre public ou à mettre en danger la sécurité des individus ou de leurs droits. Mais en dehors de ces règles formelles, prohibitives ou impératives rien n'empêche le particulier de se faire justice. Et nous avons cru devoir ramener la signification de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même », à celle de : « *nul ne doit se faire justice en usant de moyens prohibés par les lois.* » Donc, le but de justice privée ne peut pas rendre licite ou illicite un acte illicite ou licite en lui-même, idée que nous exprimons en disant *que le but de justice privée est juridiquement indifférent.*

3) Enfin, nous avons vu que le législateur et la jurisprudence avaient consacré des dérogations expresses aux textes déclarant illicites certains actes, en permettant aux particuliers de se servir de ces actes pour se faire justice, lorsque les organes étatiques n'étaient pas en mesure de remplir avec efficacité leur rôle de protecteurs des intérêts individuels ou sociaux. *C'est la classe des actes de justice privée nécessité.* En outre, par un souci d'équité, ainsi que de simplification, de rapidité ou d'économie des frais, la loi et la jurisprudence ont souvent déclaré licites certains actes d'exécution privée, le recours aux tribunaux étant de nature à préjudicier aux intérêts des particuliers et la justice privée ne présentant aucun danger.

4) Enfin, l'existence des tribunaux et d'une force publique solide en même temps que les correctifs qu'imposent la loi et la jurisprudence aux institutions de justice privée, sont propres à éviter toute erreur ou abus graves.

Le droit français, quant à la justice privée, se rapproche du droit allemand, en ne prohibant pas la *justice privée comme telle* ; il s'en sépare par l'absence de textes analogues aux art. 229-231 B.G.B., qui prononcent une exception de principe en faveur de la justice privée ; en même temps le droit allemand, comme les droits suisse et anglais, est plus large que le droit français dans l'admission d'actes de justice privée licite.

CONCLUSION

Nous allons maintenant résumer en quelques lignes, les idées générales qui se dégagent de cette étude.

1) La première idée qui en résulte, c'est que nous ne devons pas confondre sous le nom de justice privée, des institutions différentes par leurs origines historiques, leurs causes, leurs effets et leur construction. Nous avons distingué *une justice privée anarchique*, phénomène primitif ou pathologique ne se développant que dans les sociétés dénuées de pouvoirs publics, ou dont les pouvoirs publics sont impuissants; *une justice privée solennelle* ou *transitoire;* enfin une *justice privée subsidiaire*, constituant la forme civilisée et compatible avec l'existence d'un pouvoir public fort, de la justice privée, et que nous retrouvons à Rome, au moment de sa plus solide organisation étatique, et dans toutes les sociétés modernes. Cette justice privée est nécessaire pour servir de complément à la justice publique et

tend à prendre de l'extension à l'époque actuelle, ce dont les Codes[e] allemand et suisse constituent la preuve la plus évidente.

2) La seconde idée qui se dégage des développements antérieurs, c'est que la plupart des droits contemporains ont renoncé à prohiber la justice privée *comme telle* et en général, cette prohibition n'étant plus imposée par les faits et en outre constituant un obstacle à l'admission de la justice privée subsidiaire (aspect négatif de la question).

3) Enfin, la troisième conclusion que nous pouvons tirer de cette étude, c'est que tous les droits actuels admettent de nombreux cas de justice privée, sous la pression des nécessités pratiques (aspect positif de la question).

4) Cela dit, nous pouvons ranger les systèmes des droits contemporains quant à la justice privée, en quatre catégories.

a) Droits prohibant la justice privée *comme telle*, et en général : *au point de vue pénal;* Code pénal italien, art. 235, 236; C. pénal suédois, art. 20, chap. X; *au point de vue civil :* Code civil autrichien, art. 19.

b) Droits ne prononçant aucune interdiction générale de la justice privée *comme telle*, le but de justice privée étant juridiquement indifférent : droits français, allemand, anglais, suisses, etc.

c) Droits admettant des dérogations de *principe* à la prohibition de certains actes, lorsqu'ils sont commis dans un but de justice privée : B. G. B., art. 227-231 ; Code suisse des Obligations, art. 52.

4) Droits admettant certains actes de justice privée, mais sans les rattacher à un principe général : droits français, autrichien, italien, etc...

ABREVIATIONS

B.G.B.: Bürgerlicher Gesetzbuch (Code civil).
A.L.R: Allgemeines Landrecht für preussische Staaten (Code prussien de 1794).
R. G. in Civilsachen (Arrêts de la Chambre civile du Tribunal d'Empire).
R. G. in Strafsachen (Arrêts de la Chambre criminelle).
C. P. O.: Civilprocessordnung (Code de procédure civile).
St G. B.: Strafgesetzbuch (Code pénal).
Protokolle: Protocole des discussions sur le 2e Projet de B.G.B.
Denkschrift: Mémoire du gouvernement.
Bericht (der Reichstagkommission): Rapport de la commission du Reichstag.

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION

Bonnecase. — Supplément au Traité de Baudry Lacantinerie, t. I, 1924.

Cassin. — De l'exception tirée de l'inexécution dans les contrats synallagmatiques. Thèse, Paris 1914.

Cornil. — Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée, Paris 1924.

Demogue. — Notions fondamentales du droit privé.

Des obligations en général, t. III et IV, Paris 1923-1924.

Durkheim. — Les règles de la méthode sociologique, Alcan, 7e édition.

Crémieu. — La justice privée, Thèse, Paris 1908.

Fouillée. — L'idée moderne du droit;, Hachette nouv. éd.

Gény. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé, 2e édition.

Garraud. — Traité théorique et pratique de droit criminel, 3e édition.

— Précis de droit criminel, 12e édition.

Garçon. — Code pénal annoté, 2 vol.

De Hoon. — Etat de nécessité en droit pénal et civil, 1911.

Ihering. — Esprit du droit romain, Trad. Meulenaere.

— La lutte pour le droit. Trad. Meulenaere.

— L'évolution du droit. Trad. Meulenaere.

Lallement. — Etat de nécessité en matière civile. Thèse, Paris, 1922.

Moriaud. — De l'état de nécessité et du délit nécessaire. Thèse, Genève 1889.

Morot. — La justice privée en Angleterre. Thèse, Paris 1923.

Picard. — Le droit pur. Alcan, 1899.

Renard. — Le droit, la justice et la volonté, Sirey 1924.

Saleilles. — De la personnalité juridique, 1922, 2e éd.
Tarde. — Les transformations du droit, Alcan, 8e édition.
Vidal et Magnol. — Cours de droit crim. et de science pénit. 6e édition.

DROIT ROMAIN

Benfey. — Die Selbsthilfe. Rheinisches Museum für Jurisprudenz, t. 7, p. 1.
Collinet. — La saisie privée. Thèse, Paris 1893.
Crémieu. — La justice privée. Thèse, Paris 1908.
Cuq. — Istitutions juridiques des Romains, 2 vol.
— Manuel des inst. jurid. des Romains, 1 vol., 1917.
Dernburg. — Pandekten, 4e éd., 1894, t. I.
Girard. — Manuel élémentaire de droit romain, 5e éd.
Heyer. — Die Selbsthilfe. Archiv für bürgerliches Recht, t. 19, p. 38 s. (1).
Ihering. — Esprit du droit romain. Trad. Meulenaere, t. I.
— Fondement des interdits possessoires (Etudes complémentaires, t. 2, 2e éd.
Linde. — Die Selbsthilfe. Zeitschrift für Zivilrecht und Praxis. 1re série, t. 1, p. 393 s.
Moriaud. — De l'état de nécessité et du délit nécessaire. Thèse, Genève 1889.
Puchta. — Pandekten, éd. 1856, t. I.
— Vorlesungen, t. I, Leipzig 1852.
Regelsberger. — Pandekten, 1893, t. I.
Savigny. — Possession en droit romain. Trad. Staedler, 2e éd., 1870.
Schwartze. — Die Selbsthilfe. Weiske's Rechtslexikon. Berlin, 1856, t. I, p. 125 s.
Sartorius. — Die Selbsthilfe : Zeitschrift für Zivilrecht und Praxis. 1re série, t. 20, p. 1.

(1) Cette Revue ne se trouve qu'au Ministère de la Justice, Office de législation étrangère.

Titze. — Die Notstandsrechte im deutschen B.G.B. und ihre geschichtliche Entwickelung. Thèse, Leipzig 1899.
Von Tuhr Der Notstand im Zivilrecht.
Windscheid. — Pandekten, 9e éd., 1906, t. I, paragr. 123.
Unger. — System des œsterreichischen Allgemeinen Privatrechts, 1876, t. II.

DROIT ALLEMAND

Benfey. — Voir droit romain.
Bericht, der Reichstag Kommission, Berlin 1896.
Bufnoir. — Bulletin de législation comparée, février 1896.
Binding. — Handbuch des Strafrechts Leipzig 1885, t. I.
Bücking. — Ueber die Strafrechtliche Bedeutung der Selbsthilfe. Thèse, Göttingen, 1892.
Cosack. — Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen 1900-1912, t. I.
Crome. — System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1900-1912, t. I.
Dernburg. — Voir droit romain.
Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B.
Endemann. — Einführung in das Studium des B.G.B. 5e éd. 1899, t. I, p. 367 s.
Enneccerus. — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5e, 6e, 8e éd., Marburg 1911-1912. t. I.
Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Karl Birkmayer, Berlin 1904 (Civilprocess. Fr. Stein, in Halle, p. 1013).
Encyklopädie de Hoeltzendorff 1882 :
1) Das heutige römisches Recht (Bruns p. 425 s.).
2) Geschichte und Quellen des deutschen Rechts (Brunner, p. 199).
Gierke. — Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895, t. I, par. 39.
Heyer. — Voir Droit romain.
Heilfroon. — Geschichte des gemeinen Privatrechts und Civilprocess, Berlin 1894.
De Hoon. — Etat de nécessité en droit pénal et civil, 1911.
Linde. — Voir Droit romain.

Von Liszt. — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8e éd. (1).
La Grasserie. — Le premier projet de Code civil all., 1893.
— Code civil allemand, 1896.
Leonhard. — Das allgemeine Theil des B.G.B. Berlin 1900.
Merkel. — Die Kollision rechtmässiger Interesse, Strassbourg 1895.
Moriaud. — Voir Droit romain.
Motifs du Projet de Code civil (Entwurf eines B.G.B. Motive) Berlin 1888, t. I.
Œrtmann. — Kommentar zum B.G.B. Allgemeines Theil, p. 657 s.
Plank. — Bürgerliches Gesetzbuch, 3e éd. Berlin 1903-08, t. I.
Puchta. — Voir Droit romain.
Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurf des B.G.B. Achilles, t. I, p. 240 s.
Entwurf eines B.G.B. in der Fassung der vom Reichstag machten Vorlage (Rapport du Conseil fédéral, art 221 s.).
Saleilles. — Introduction à l'étude du Code civil allemand.
— Etude sur la théorie générale des obligations d'après le premier projet de Code civil allemand, 3e éd.
— Annuaire de législation étrangère, 1896, p. 142 s.
Sartorius. — Voir Droit romain.
Schocke. — Die Selbsthilfe nach altem und neuem Rechte in historisch dogmatischer Darstellung. Thèse Borna-Leipzig, 1901.
Schwartze. — Idem.
Titze. — Idem.
Von Fuhr. — Idem.
Staudigers Kommentar zum B.G.B.
Windscheid. — Voir Droit romain.
Wilfferodt. — Die Selbsthilfe nach dem B.G.B. Thèse Borna-Leipzig, 1905.
Jurisprudence allemande. Reichsgerichte in Zivilsachen (cassation civile) ; Reichsgerichte in Strafsachen (2) (cassa-

(1) Traduction française.
(2) Au Ministère de la Justice.

tion criminelle) ; Deutsche Juristen Zeitung. Pour le Code de procédure civile all., voir la récente traduction sous le titre : Organisation politique, administrative et législative de l'Alsace-Lorraine, 2e partie, t.IV, Paris 1922.

AUTRES DROITS ÉTRANGERS

Autriche

Unger. — System des œstereichischen Privatrechts 1872, t. II, paragraphe 111.
Stubenrauch. — Kommentar zum œstereichischen allgemeinen B.G.B., 8e éd., t. I et II.
De Gallaix. — La Réforme du Code civil autrichien. Thèse, Paris 1925.

Suisse

Wieland. — Kommentar des schweizerischen Civilgesetzbuch 1904.
Oser. — Obligationenrecht, 1re éd., 1911.
Rossel. — Manuel de droit fédéral des obligations.
Rossel et Mentha. — Manuel de droit civil suisse, 2 vol.

Angleterre

Jenks. — Digeste de droit anglais, t. I.
Gérard. — Des torts en droit anglais. Thèse, Rennes, 1910.
Lévy-Ullmann. Cours de doctorat, 1923-24.
Morot. — Du droit de se faire justice en Angleterre. Thèse, Paris, 1923.

Italie

Lacointa. — Traduction et commentaire du Code pénal italien, 1889.
Manzini. — Tratato di diritto penale 1913, t. I.
Chironi. — Institutioni. Torino, 1888, t. I.
Demogue. — Obligations t. IV p. 275 s. pour les droits étrangers.

DROIT FRANÇAIS

Auguste Arbus. — Etude sur la voie de fait et ses sanctions, Paris, 1925.

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français, 5e éd.

Baudry-Lacantinerie et Barde. — Obligations.

Baudry-Lacantinerie et Wahl. — Louage.

Baudry-Lacantinerie et Loynes. — Privilèges et hypothèqes.

Brissaud. — Histoire du droit français, t. I.

Capitant. — La cause dans les Obligations.

Cassin. — De l'exception tirée de l'inexécution dans les contrats synallagmatiques. Trèse, Paris 1914.

Colin et Capitant. — Cours de droit civil français, 3e éd.

Cornil. — Le droit privé. Voir Introduction.

Demolombe. — Droit civil français, t. 29 (Cours de Code Napoléon), 1845-1896.

Demogue. — Notions fondamentales du droit privé.

— Obligations en général, t. III et IV.

— Des modifications aux contrats par volonté unilatérale. Revue trimestrielle, 1907.

— Notes de jurisprudence. Rev. trim., 1902-1925.

Dalloz. — Répertoire et Supplément.

Esmein. — Cours élémentaire d'histoire du droit français, 11e édition.

Garçon. — Code pénal annoté.

Garsonnet. — Traité théorique et pratique de procédure civile, 3e édition.

Garraud. — Traité théorique et pratique de droit criminel, 3e édition.

— Précis, 12e édition.

Guillouard. — Louage.

— Droit de rétention.

Herbert. — Voie parée, Thèse, Paris, 1905.

Hugueney. — L'idée de peine privée en droit contemporain. Thèse. Paris 1904.

Haus. — Droit pénal belge, 3e éd., 1879.

Laurent. — Principes de droit civil français, t. 16 et 29.

Lallement, — Voir Introduction.
Maynial. — Cours d'histoire du droit pour le Doctorat 1922-23.
Merlin. — Répertoire universel et raisonné de jurisp., 4e éd.
— Questions de droit.
Morel. — Note sous Dalloz 1922-1-369.
Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commerc., 3e et 4e éd.
— Manuel, 11e édition.
Perreau. — Technique de la jurisprudence, Paris 1923.
Planiol. — Traité élém. de droit civil, 6e éd.
Prins. — Science pénale et droit positif, 3e éd.
Pons. — Droit rural.
Pallu. — L'exécution en Bourse. Thèse, Paris 1907.
Ripert. — La règle morale dans les obligations civiles. Paris 1925.
Rauter. — Droit de rétention. Revue étrangère, 1841, t. 8., page 769.
— Droit de rétention. Revue de législation 1839, p. 340.
Sourdat. — Traité de la responsabilité, t. I, 5e éd.
Savatier. — Note sous D. 1920-2-41.
Thaller. — Traité élém. de droit commercial, 4e édition.
Toullier. — Droit civil, t. XI, p. 178.
Vidal et Magnol. — Voir Introduction.
Wahl. — Précis théorique et pratique de droit commercial, 1922.
Pothier. Ed. Bugnet. — Louage.

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS 5

INTRODUCTION 9

CHAPITRE PREMIER. — Considérations générales et historiques 9

CHAPITRE II. — Esquisse d'une théorie de la justice privée en droit moderne 41

§ 1. *Justice privée fondée sur l'idée de nécessité* .. 46

§ 2. *Justice privée fondée sur l'idée de rapidité, de simplification et d'économie de frais* 54

Livre Premier. — DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER. — Généralités 63

CHAPITRE II. — Justice privée non formelle 73

Section I. — Position du droit romain vis-à-vis de la justice privée non formelle 73

Section II. — Justice privée illicite 79

§ 1. *Avant le Décret de Marc-Aurèle* 79

§ 2. *Décret de Marc-Aurèle* 80

§ 3. *Rapports du Décret avec les lois antérieures* .. 87

§ 4. *Dispositions postérieures au Décret* 94

Section III. — Justice privée licite 100

§ 1. *Cas de justice privée dont l'existence est due à l'absence de prohibition générale* 101

§ 2. *Justice privée nécessité* 107

Section IV. — Conclusion 120

Livre II. — DROIT ALLEMAND

Généralités 129

CHAPITRE PREMIER. — Historique 133

Section I. — Droit germanique, Période des invasions 133
Section II. — Le droit allemand depuis la Réception 142

CHAPITRE II. — Prodromes de la codification 151

Section I. — Généralités, terminologie et définition .. 151
Section II. — Droit commun 159
Section III. — Droits particuliers 163
Section IV. — Le Code pénal de 1870 172

CHAPITRE III. — Le B.G.B. 181

Section I. — Esprit général et travaux préparatoires 181
Section II. — Articles 229-231 B.G.B. 214

§ 1. *But des actes de justice privée* 217
§ 2. *Conditions* 223
§ 3. *Moyens licites* 233
§ 4. *Effets* 246

a) Point de vue pénal 249
b) Point de vue civil 251

§ 5. *Correctifs* 253

Section III. — Cas particuliers de justice privée 270

§ 1. *Droit de justice privée du possesseur* 270
§ 2. *Droit du possesseur d'une servitude* 278
§ 3. *Droit du bailleur et du fermier* 279
§ 4. *Droit de couper les branches et racines* 280
§ 5. *Droit du propriétaire d'un essaim d'abeilles* .. 281
§ 6. *Droit de rechercher une chose perdue* 281
§ 7. *Droits des parents et du tuteur* 281
§ 8. *Droit de vente privée* 282
§ 9. *Exceptio n. a. c. et droit de rétention* 282

Appendice. — La saisie privée du droit rural 285

Clause de saisie privée..... 293

CONCLUSION 296

Livre III. — AUTRES DROITS ETRANGERS

CHAPITRE PREMIER. — Droit autrichien 301
CHAPITRE II. — Droit suisse 311
CHAPITRE III. — Droit anglais 321
CHAPITRE IV. — Autres législations 329

Livre IV. — DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER. — Généralités, Historique 339
CHAPITRE II. — Le droit français actuel prohibe-t-il la justice privée en général? 349
SECTION I. — Doctrine 353
SECTION II. — Le droit pénal et la non prohibition de la justice privée 362
§ 1. *Un acte de justice privée auquel manque un des éléments constitutifs d'une infraction prévue par le Code pénal, ne peut être puni comme tel* 366
§ 2. *Un acte constituant une infraction prévue par le Code pénal, sera puni, même s'il est commis dans un but de justice privée* 370
SECTION III. — Le droit privé et la non prohibition de la justice privée 378
§ 1. *Un acte commis dans un but de justice privée, n'est pas illicite comme tel, s'il ne tombe pas sous le coup d'une prohibition de droit privé* 380
EXEMPLES :
a) Vol de sa propre chose 381
b) Arrêt de la Cour de Cass. du 25 nov. 1896 382
c) Arrêt de la Cour de Cass. du 26 février 1907.... 383
d) Lacération d'affiches 384
e) Art. 106, Code de commerce 385
f) Clause de voie parée 388
g) Droit pour le bailleur d'enlever les portes et fenêtres 390
h) Violence juste 393
i) Justice privée du possesseur 394
j) Droit de rétention et exceptio n. a. c. 395
l) Droits du bureau d'une réunion publique 412

§ 2. *Un acte illicite, même commis dans un but de justice privée, restera tel, du moment qu'une disposition de droit privé le décide* 413

CONCLUSION 414

CHAPITRE III. — Les cas de justice privée licite 419

SECTION I. — Justice privée agressive fondée sur l'idée de nécessité 422

§ 1. *Législation* 422

a) Art. 1657, Code civil 422
b) Saisie en droit rural 423

§ 2. *Jurisprudence* 425

c) Art. 1143-1144, Code civil 425
d) Droit de rétention du bailleur 430
e) Rupture du contrat par volonté unilatérale 437

SECTION II. — Cas de justice privée fondés sur l'idée de simplification de rapidité et d'économie de frais 449

f) Art. 673, Code civil 449
g) Exécution en Bourse 450
h) Droit de réponse en matière de presse 451
i) Art. 93, Code de commerce, warrants 451
j) Saisine héréditaire 452

CONCLUSION 452

CONCLUSION GENERALE 455

ABREVIATIONS 459

BIBLIOGRAPHIE 461

Imp. M. Lavergne, 289, rue St-Jacques, Paris.

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01034909 2

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS
INTRODUCTION
CHAPITRE PREMIER. - Considérations générales et historiques
CHAPITRE II. - Esquisse d'une théorie de la justice privée en droit moderne
S 1. *Justice privée fondée sur l'idée de nécessité*
§ 2. *Justice privée fondée sur l'idée de rapidité, de simplification et d'économie de frais*
Livre Premier. - DROIT ROMAIN
CHAPITRE PREMIER. - Généralités
CHAPITRE II. - Justice privée non formelle
SECTION I. - Position du droit romain vis-là-vis de la justice privée non formelle
SECTION II. - Justice privée illicite
§ 1. *Avant le Décret de Marc-Aurèle*
§ 2. *Décret de Marc-Aurèle*
§ 3. *Rapports du Décret avec les lois antérieures*
§ 4. *Dispositions postérieures au Décret*
SECTION III. - Justice privée licite
§ 1. *Cas de justice privée dont l'existence est due à l'absence de prohibition générale*
§ 2. *Justice privée nécessité*
SECTION IV. - Conclusion
Livre II. - DROIT ALLEMAND
Généralités
CHAPITRE PREMIER. - Historique
SECTION I. - Droit germanique, Période des invasions
SECTION II. - Le droit allemand depuis la Réception
CHAPITRE II. - Prodromes de la codification
SECTION I. - Généralités, terminologie et définition
SECTION II. - Droit commun.
SECTION III. - Droits particuliers
SECTION IV. - Le Code pénal de 1870
CHAPITRE III. - Le B.G.B
SECTION I. - Esprit général et travaux préparatoires
SECTION II. - Articles 229-231 B.G.B
§ 1. *But des actes de justice privée*
§ 2. *Conditions*
§ 3. *Moyens licites*
§ 4. *Effets*
a) Point de vue pénal
b) Point de vue civil
§ 5. *Correctifs*
SECTION III. - Cas particuliers de justice privée
§ 1. *Droit de justice privée du possesseur*
§ 2. *Droit du possesseur d'une servitude*
§ 3. *Droit du bailleur et du fermier*
§ 4. *Droit de couper les branches et racines*
§ 5. *Droit du propriétaire d'Un essaim d'abeilles*
§ 6. *Droit de rechercher une chose perdue*
§ 7. *Droits des parents et du tuteur*
§ 8. *Droit de vente privée*
§ 9. *Exceptio n. a. c. et droit de rétention*
APPENDICE. - La saisie privée du droit rural
Clause de saisie privée
CONCLUSION
Livre III. - AUTRES DROITS ETRANGERS
CHAPITRE PREMIER - Droit autrichien
CHAPITRE II. - Droit
CHAPITRE M. - Droit anglais
CHAPITRE IV. - Autres législations
Livre IV. - DROIT FRANÇAIS
CHAPITRE PREMIER. - Généralités, Historique
CHAPITRE II - Le droit français actuel prohibe-t-il la justice privée en général?
SECTION I. - Doctrine
SECTION II. - Le droit pénal et la non prohibition de la justice privée
§ 1. *Un acte de justice privée auquel manque un des éléments constitutifs d'une infraction prévue par le Code pénal, ne peut être puni comme tel*
§ 2. *Un acte constituant une infraction prévue par le Code pénal, sera puni, même s'il est commis dans un but de justice privée*
SECTION III. - Le droit privé et la non prohibition de la justice privée
§ 1. *Un acte commis dans un bat de justice privée,. n'est pas illicite comme tel, s'il ne tombe pas sous le coup d'une prohibition de droit privé*
EXEMPLES:
a) Vol de sa propre chose
b) Arrêt de la Cour de Cass. du 25 nov. 1896
c) Arrêt de la Cour de Cass. du 26 février 1907
d) Lacération d'affiches
e) Art. 106, Code de commerce
f) Clause de voie parée
g) Droit pour le bailleur d'enlever les portes et fenêtres
h) Violence juste
i) Justice privée du possesseur
j) Droit de rétention, et exceptio n. a. c.
l) Droits du bureau d'une réunion publique
§ 2. *Un acte illicite, même commis dans un but de justice privée, restera tel, du moment qu'une disposition de droit privé le décide*
CONCLUSION
CHAPITRE III. - Les cas de justice privée licite
SECTION I. - Justice privée agressive fondée sur l'idée de nécessité
§ 1. *Législation*
a) Art. 1657, Code civil
b) Saisie en droit rural
§ 2. *Jurisprudence*
c) Art. 1143-1144, Code civil
d) Droit de rétention du bailleur
e) Rupture du contrat par volonté unilatérale
SECTION II. - Cas de justice privée fondés sur l'idée de simplification de rapidité et d'économie de frais
f) Art. 673, Code civil

g) Exécution en Bourse
h) Droit de réponse en matière de presse
i) Art. 93, Code de commerce, warrants
j) Saisine héréditaire
CONCLUSION
CONCLUSION GENERALE
ABREVIATIONS
BIBLIOGRAPHIE