



HAL
open science

L'envers du miroir. Un objet d'inquiétude des observations des tribunaux sur le projet de Code civil (1801) : la classe laborieuse

Alain Desrayaud

► To cite this version:

Alain Desrayaud. L'envers du miroir. Un objet d'inquiétude des observations des tribunaux sur le projet de Code civil (1801) : la classe laborieuse. Etudes offertes à Jean-Louis Harouel. Liber amicorum, Editions Panthéon-Assas, pp.393-412, 2015, 979-10-90429-59-8. hal-04571627

HAL Id: hal-04571627

<https://hal.u-pec.fr/hal-04571627>

Submitted on 8 May 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

LA SIGNIFICATION DE L'ADOPTION DE L'ARTICLE 2 DU CODE CIVIL

par Alain Desrayaud
Professeur à l'Université de Paris-Est

« Un précepte pour les législateurs, [...] une obligation pour les juges et une garantie pour le citoyen »¹. Il est clair que pour le tribun Faure, le principe de la non-rétroactivité de la loi participait de la liberté politique telle que Montesquieu l'avait définie dans l'Esprit des lois (1748) : « cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté »². La rétroactivité de la loi en était évidemment destructrice par nature en droit criminel comme en droit civil. C'est pourquoi, ce principe ne méritait pas moins d'être inscrit aux frontispices des constitutions³ que gravé dans la préface d'un code civil. Pour les publicistes et juristes du temps, les individus conduisaient leur vie sous la « foi des lois ». L'expression était riche de sens, elle supposait la confiance dans l'autorité d'une loi droite et constante. Comme la liberté s'exerçait par la soumission à la loi, les actions des citoyens en étaient totalement dépendantes. Il était inconcevable qu'une loi versatile vînt tromper les hommes en changeant pour le passé les règles du commerce juridique. Aucune ne devait venir ruiner les stipulations des parties ni même surprendre les espérances des familles. Au milieu du XIX^e siècle, Aubry et Rau exprimaient le sentiment commun, lorsqu'ils exposaient : « l'intérêt social exige que l'autorité de la loi et la confiance qu'elle doit inspirer aux citoyens ne soient pas ébranlées par la crainte qu'un changement de législation ne vienne anéantir ou modifier les droits antérieurement acquis. D'un autre côté, il y aurait de graves inconvénients au point de vue moral et économique à ce qu'une loi nouvelle vînt, par des atteintes portées à l'état ou au patrimoine des particuliers, bouleverser ou modifier leur position actuelle »⁴. Dans cette perspective, il était écrit que l'article 2 C. civ. était voué moins à régler des conflits de lois dans le temps qu'à empêcher les lois nouvelles d'agir sur le passé⁵. En vérité, cette interprétation était commandée par l'intention du législateur. Extraite du Livre préliminaire, la disposition de l'article 2 était tout, sauf une de ces « abstractions métaphysico-légales » que dénonçaient les observations du Tribunal d'appel de Lyon⁶. Eriger la non-rétroactivité des lois civiles en principe répondait aux préoccupations immédiates, politiques et juridiques, des législateurs du Consulat.

Assurément, à diverses reprises, au cours des travaux préparatoires du Code civil, Portalis avait rappelé que ce principe ne souffrait aucune discussion. « Principe incontestable »⁷, il avait fait l'objet d'un assentiment général et avait été approuvé par les tribunaux d'appel invités à présenter leurs observations⁸. Pour sa part, le Tribunat y avait vu « un principe constant dont l'application ne peut être douteuse »⁹. Le tribun Ludot s'était dispensé d'argumenter en affirmant

¹ Corps législatif, séance du 14 ventôse an XI, discours du tribun Faure au nom du Tribunat, tome VI, p. 385.

² XI, VI, 3 ; rapp. XII, I, 2 : « Elle consiste dans la sûreté ou dans l'opinion que l'on a de sa sûreté », dans le même sens : XII, II, 1.

³ Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 2 ; Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1793, art. 2 et Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1795, Des droits, art. 1 et 4.

⁴ *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome I (par E. Bartin), Paris, 1936, § 30, pp. 119-120.

⁵ Rapp. Loqué commentait l'article 2 C. civ. sous la rubrique « Effets des lois quant au temps qu'elles embrassent » (*Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion*, tome I, Paris, 1807, p. 193). Au demeurant, cette disposition (« La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ») était tirée du titre IV du Livre préliminaire intitulé : « Des effets des lois ».

⁶ Sous cette expression, le Tribunal d'appel de Lyon désignait les principes développés dans le Livre préliminaire du Code civil, Observations du Tribunal d'appel de Lyon sur le projet de Code civil, Fenet, tome IV, p. 36.

⁷ Conseil d'État, séance du 4 thermidor an IX, discussion sur le projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général, Fenet, T.VI, p.13.

⁸ Conseil d'Etat, séance du 4 thermidor an IX, intervention de Portalis, Fenet, tome VI, p. 14.

⁹ Communication officieuse à la section de législation du Tribunat, Observations de la section (19-20 messidor an X), Fenet, tome VI, p. 341.

de la manière la plus péremptoire qu'il n'avait pas besoin d'être justifié¹⁰. Pourtant, lors de la présentation au Corps législatif, Portalis s'était appesanti et son discours avait oscillé, en apparence, entre grandiloquence et lyrisme. « Dans l'ordre de la nature, il n'y a d'incertain que l'avenir, et encore l'incertitude est alors adoucie par l'espérance, cette compagne fidèle de notre faiblesse. Ce serait empirer la triste condition de l'humanité que de vouloir changer par le système de la législation le système de la nature et de chercher, pour un temps qui n'est plus, à faire revivre nos craintes sans pouvoir nous rendre nos espérances »¹¹. En vérité, cette célébration unanime résonnait comme une manière de catharsis. En effet, de l'aveu du tribun Thiessé, la Révolution avait été en elle-même rétroactive en abolissant l'Ancien régime¹². Elle l'avait utilisée comme une arme politique en en faisant un instrument de transformation de l'ordre politique et social. Au lendemain du 9-Thermidor, le législateur avait entrepris d'annuler rétroactivement ... la rétroactivité de la législation révolutionnaire. A une rétroactivité au nom de l'égalité avait succédé une contre-rétroactivité au nom de la propriété. « Il n'y a point d'effet rétroactif à casser les actes et les partages contraires aux lois qui étaient en vigueur, lorsqu'on a dû les faire, et qui n'ont de fondement que la loi injuste et tyrannique par son effet rétroactif. Il n'y a point d'effet rétroactif à obliger à restituer les biens à leurs vrais et légitimes propriétaires. Il faut apprendre qu'une loi violatrice des propriétés n'est pas une loi et qu'on ne doit pas compter sur les rapines qu'elle autorise »¹³. Il n'empêche. Cette succession de lois rétroactives avait engendré des écheveaux que les praticiens n'étaient guère parvenus à démêler. Ainsi, quand il s'était agi de procéder pour la troisième fois consécutive au partage d'une même succession, le feu de la discorde s'était allumé bien souvent entre les parties prenantes, attisé notamment par les droits des tiers acquéreurs, les privilèges des créanciers hypothécaires, la restitution des fruits ou encore le remboursement des impenses. En bouleversant l'économie des conventions en général et en déjouant les pactes de famille en particulier, le législateur paraissait, par sa propre action, avoir apporté une des plus funestes contributions au délitement de l'ordre social.

Sous le Consulat, la sûreté des citoyens était passée à l'ordre du jour. « Ne conseillons jamais aux hommes ces transitions subites d'un ordre de choses à un ordre tout contraire. Le bien le plus positif de l'organisation sociale est dans la certitude qu'à chacun de nous de pouvoir jouir demain des droits dont il a usé la veille, de trouver dans la permanence des lois cette sécurité qui le rend maître du présent, et l'agrandit de toutes les perspectives de l'avenir ; d'être assuré du moins que si les lois changent, elles ne détruiront pas les vestiges des lois antérieures et respecteront ce qu'elles avaient protégé »¹⁴. Au Tribunal, Dèmeunier proclamait advenue l'heure du repentir : « Le principe a été bien oublié, je désire que, pour l'exemple et en réparation de nos écarts, il prenne le caractère de loi et qu'il se trouve dans le code »¹⁵. Il restait aux dévots de la non-rétroactivité à définir à proprement parler la portée du nouvel article. Politique par son objet, puisque sa destination première était de protéger les citoyens contre un législateur disposé « à attenter à leur propriété en les dépouillant de biens ou de droits qu'ils avaient acquis selon les auspices des lois précédentes »¹⁶, il ne l'était pas moins par ses implications. En effet, son exégèse conduisait nécessairement à se demander si la sûreté des citoyens et, plus prosaïquement, le respect de leurs droits acquis, emportaient le sacrifice de la souveraineté du législateur, voire un contrôle judiciaire

¹⁰ Tribunal, séance du 18 frimaire an X, opinion du tribun Ludot (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 103.

¹¹ Présentation au Corps législatif, séance du 4 ventôse an XI, Exposé des motifs du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général par Portalis, Fenet, tome VI, p. 354.

¹² Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Thiessé (hostile au projet), Fenet, tome VI, pp. 125-126.

¹³ Convention, Rapport de Lanjuinais au nom du comité de législation, lu à l'assemblée le 2 messidor an III, Moniteur Universel, tome 25, n° 342, p. 590.

¹⁴ Savoye-Rollin, Corps Législatif, séance du 26 germinal an XI, discours sur le projet de loi relatif aux divorces prononcés ou demandés avant la publication du Titre VI du Code civil, Loqué, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome V, Paris, 1827, p. 417.

¹⁵ Tribunal, séance du 18 frimaire an X, opinion du tribun Dèmeunier (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 90.

¹⁶ Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 5, Paris, 1827, *v*° Effet rétroactif, sect. 3, § 1, n° 3, p. 536.

de l'activité législative. En vérité, l'article 2 C. civ. procédait de l'esprit qui avait présidé à la Proclamation des consuls de la République en date du 24 frimaire an VIII : « La Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie »¹⁷. En effet, il s'inscrivait pleinement dans la politique du gouvernement consulaire de stabilisation : conservation de l'ordre social établi (I) et préservation du nouvel ordre constitutionnel (II).

I. LA CONSERVATION DE L'ORDRE SOCIAL ETABLI

D'après une ancienne historiographie, les lois rétroactives de la Révolution auraient marqué la victoire de l'esprit philosophique sur l'esprit juridique. « Il faut agir sans défaillance. Plus de réserves, plus d'exceptions au profit de ceux qui, ayant contracté sous la foi des anciennes lois, ne pouvaient s'attendre à un changement. La marche prudente des Constituants est dangereuse ; l'intérêt de quelques individus ne saurait l'emporter sur l'intérêt général. [...] Il faut s'attacher aux principes et en dérouler ensuite sans faiblesse toutes les conséquences. [...] C'est ce qui la [la Convention] pousse à introduire dans la législation le principe révolutionnaire, anti-traditionnel et anti-juridique de la rétroactivité des lois »¹⁸. De fait, en l'an II, Berlier et Cambacérès avaient justifié la nouvelle législation comme étant un développement des droits naturels proclamés par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen¹⁹. Toutes ces dispositions législatives étaient alors regardées comme le retour au droit naturel et à la raison²⁰. « C'est la société régénérée de 1789 qui réclame ses droits depuis cette époque », insistait Berlier²¹. A l'opposé, après la chute de Robespierre, Lanjuinais s'était érigé en syndic de la faillite du droit naturel en tant que droit positif : « Le droit naturel doit être sans doute le principe et le régulateur de la législation. Il n'est cependant pas la loi même, et si, à la faveur de ce mot vague de retour au droit naturel, il était permis de renverser toutes les lois positives qui, jusqu'à ce jour, ont dirigé des transactions sociales, réglé l'ordre des successions, fixé les rapports des citoyens entre eux, qui de nous ne serait pas effrayé du chaos où nous irions nous plonger ? »²². Dans le même esprit, en novembre 1800, devant le Conseil d'Etat, le Premier Consul avait déclaré : « Nous avons fini le roman²³ de la Révolution : il faut en commencer l'histoire, ne voir que ce qu'il y a de réel et de possible dans l'application des principes, et non ce qu'il y a de spéculatif et d'hypothétique. Suivre aujourd'hui une autre voie, ce serait philosopher et non pas gouverner »²⁴. L'avènement d'hommes « positifs »²⁵ au pouvoir était supposé avoir sonné le glas des aventures

¹⁷ Cette proclamation était destinée à accompagner la nouvelle constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799).

¹⁸ Ph. Sagnac, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris, 1898, pp. 186-186.

¹⁹ Berlier, rapporteur du décret interprétatif du 22 ventôse an II, 4^{ème} réponse, Duvergier, tome 7, p. 118 et Cambacérès, Rapport fait à la Convention nationale sur le 1^{er} projet de Code civil, 9 août 1793, Fenet, tome 1, p. 6.

²⁰ Observations du Tribunal d'appel de Montpellier sur le projet de Code civil, Fenet, tome IV, p. 532.

²¹ Convention, séance du 6 nivôse an II, intervention de Berlier lors du débat sur l'exécution de la loi du 5 brumaire an II, A. P., tome 82, p. 343.

²² Rapport de Lanjuinais du 2 messidor an II cité par G. Aron, Etude sur les lois successorales de la Révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil dans *Nouvelle revue d'histoire du droit*, 1903, p. 699, dans le même sens, en substance, le même rapport : *Moniteur universel*, tome 25, n° 342, pp. 589-590.

²³ A cette époque, l'acception du mot roman impliquait nécessairement l'idée d'in vraisemblable, voire de chimérique, A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, 1992, tome 2, v° Roman, p. 1823.

²⁴ Napoléon, *Vues politiques*, Paris, 1939, p. 23.

²⁵ Au témoignage de Bourienne, Napoléon Bonaparte « n'aimait que les hommes qui s'occupaient des choses positives, exactes ». Depuis la fin du XVIII^{ème} siècle, science et politique avaient connu une évolution parallèle. De même Lazare Carnot ne voulait plus que d'une science productrice de résultats permettant d'agir sur le monde. De même le Premier consul concevait la politique tournée vers l'action, la conduite du gouvernement et la gestion de la chose publique plutôt que vers la spéculation philosophique, sur ce point, Ch. C. Gillispie, *Révolution française et*

fabuleuses et des projets chimériques. Expérience et réalisme étaient devenus les maîtres mots du nouveau gouvernement de la France. Dans cette optique, l'article 2 C. civ. était vu comme « une maxime qui garanti(ssa)it le repos des familles »²⁶.

« Nous avons fini le roman de la Révolution : il faut en commencer l'histoire »

Sous le Consulat, la société judiciaire, alors en voie de reconstitution²⁷, estimait que le “roman de la Révolution” s'était traduit en pratique par l'incertitude du Droit. Le mal trouvait ses racines dans un certain nombre de lois rétroactives comme la loi du 14 novembre 1792 sur l'abolition des substitutions, le décret des 4-5 janvier 1793 portant abrogation des exceptions aux dispositions des lois de mars 1790 et d'avril 1791 sur l'égalité successorale, les lois des 5 et 17 nivôse an II sur les libéralités et les successions, la loi du 12 brumaire an II sur l'égalité des enfants légitimes et naturels²⁸. En vérité, la qualification “rétroactives” était controversée. Pour leurs auteurs -et sans doute pour leurs bénéficiaires-, cette législation était seulement déclarative de droits et non constitutive. Ainsi Jauffret, le rédacteur de la *Gazette des nouveaux tribunaux*, exposait : « ces déterminations [de la loi du 5 brumaire an II], salutaires et justes ne sont pas la création d'un droit nouveau, mais la reproduction de droits préexistants, de droits imprescriptibles, de droits éternels »²⁹. Telle était encore la justification avancée par Berlier pour arrêter la rétroactivité au 14 juillet 1789 : « parce que la loi n'avait que développé les principes proclamés dès lors par un grand peuple qui se ressaisissait de ses droits, l'effet rétroactif commencerait là seulement où l'on dépasserait cette limite³⁰. [...] Ce serait remettre en partage des actes irrévocablement consommés avant le 14 juillet et dépasser une limite sans laquelle il n'y aurait plus rien de fixe dans le système ni de certain dans ses effets »³¹. Pour lui, remonter au-delà de la date de la Prise de la Bastille n'aurait pas été faire œuvre révolutionnaire, mais “ultra-révolutionnaire”³². Cet ancien avocat au Parlement de Dijon, auteur des lois du 5 brumaire an II et du 17 nivôse an II³³, ne se dissimulait pas les inconvénients pratiques de ce dispositif. Il est vrai que le législateur avait parfois lui-même adopté des dispositions transitoires³⁴ et que Cambacérès en avait compilé une partie dans les annexes de son premier projet de code civil (1793)³⁵. Mais les esprits les plus “révolutionnaires” s'étaient fait leur religion sur les récriminations suscitées par les nouveaux partages. Philippeaux y voyait des chicanes de juristes, inopposables aux droits de la nature. Il tenait ces sortes de doléances pour des réclamations « d'ennemis de la Révolution et des principes sur lesquels elle est fondée »³⁶. « On objecte que les successions ou donations déjà

science dans *La science classique, XVIe-XVIIIe. Dictionnaire critique* sous la direction de M. Blay et de R. Halleux, Paris, 1998, pp. 159-161.

²⁶ Communication officielle au Tribunat, séance du 9 ventôse an XI, Rapport fait au nom de la section de législation par Grenier, Fenet, tome VI, p. 374.

²⁷ Voir notamment Th. Lentz, *Le Grand Consulat*, Paris, 1999, pp. 431-435 et J.-Fr. Niort, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français*, tome I, Aix-en-Provence, 2004, pp. 114-119.

²⁸ Sur cette législation : A. Dejace, *Les règles de la dévolution successorale sous la Révolution, 1789-1794*, Bruxelles-Liège-Paris, 1957.

²⁹ Tome 9, janvier 1794, n° 4, réponse à un abonné, pp. 138-139. Dans le même sens, Philippeaux, Convention, séance du 5 brumaire an II, A. P., tome 77, pp. 570-571.

³⁰ Berlier, rapporteur du décret interprétatif du 22 ventôse an II, 4^{ème} réponse, Duvergier, tome 7, p. 118.

³¹ *Ibid.*, 54^{ème} réponse, Duvergier, tome 7, p. 125.

³² Convention, séance du 6 nivôse an II, débat sur l'exécution de la loi du 5 brumaire an II, A. P., tome 82, p. 350.

³³ Selon A. Dejace, *op. cit.*, n° 223-227, pp. 161-165, Berlier avait rédigé les articles 1 à 61 portant sur un certain nombre de dispositions anciennes relatives aux transmissions de biens à titre gratuit, Garran de Coulon les articles 62 à 90 sur le nouveau mode successoral.

³⁴ Par exemple les articles 3 à 7 de la loi du 12 brumaire an II repris dans les articles 45 à 52 de la loi du 5 brumaire an II.

³⁵ Annexe au titre IV du livre I^{er}, Des enfants, Fenet, tome I, p. 24 ; annexe au § 3 du titre III du livre II, Des donations, *ibid.*, p. 53 et annexe au § 4 du titre III du livre II, Des successions, *ibid.*, p. 59.

³⁶ Convention, séance du 6 nivôse an II, débat sur l'exécution de la loi du 5 brumaire an II, A. P., tome 82, p. 342.

recueillies sont des choses sacrées, sur la foi desquelles on a formé des établissements, contracté des mariages et créé des dettes et que changer l'existence des possesseurs, ce serait opérer un bouleversement général des familles en donnant ouverture à une multitude de procès. Cet argument de barreau ne peut me séduire : la loi de nature est antérieure à toutes les dispositions »³⁷. Pour un Billaud-Varenne, demander le vote nominal pour faire adopter une loi rétroactive était un moyen sûr de mettre à jour les représentants qui étaient « encore les ennemis de la Déclaration des droits, de la prise de la Bastille et de la Révolution du 10-Août qui a cimenté la liberté »³⁸. En termes radicaux, ces conventionnels exprimaient l'idée que le principe de non-rétroactivité de la loi pouvait être utilisé dans le but politique d'entraver et d'énervier la législation révolutionnaire, spécialement en matière familiale. Le 9-Thermidor fut suivi d'un déluge de pétitions réclamant le rapport de la rétroactivité et la résolution des conflits de lois³⁹. Bien qu'hétéroclite, la constellation des thermidoriens n'en était pas moins composée d'hommes de la Révolution⁴⁰. A la fin de l'année 1794, la Convention refusa d'abroger ces dispositions⁴¹. Cependant un synchronisme parfait entre l'évolution de la conjoncture politique et le développement de la contre-rétroactivité ne tarda guère à se faire jour. Après la mise en accusation des protagonistes de l'an II et l'échec de la journée du 12 germinal an III, la loi du 5 floréal an III suspendit toute action intentée ou procédure commencée à l'occasion de l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse. Le 9 fructidor suivant, les députés furent convaincus par un long rapport de Lanjuinais de décréter qu'elle n'aurait effet qu'à compter de sa promulgation⁴². C'était annuler rétroactivement leur rétroactivité. Faut-il souligner la concomitance avec l'abrogation de la loi du maximum (4 nivôse an III), la suppression du Tribunal révolutionnaire (12 prairial an III) et l'abolition des certificats de civisme (18 thermidor an III) ? D'une part l'effet rétroactif était dénoncé maintenant comme contraire à la Déclaration des droits⁴³. D'autre part les dispositions rétroactives ne paraissaient plus pouvoir être qualifiées de lois. Non seulement la Convention avait été contrainte de les voter sous l'empire de la menace des « féroces décemvirs »⁴⁴

³⁷ Convention, séance du 5 brumaire an II, A. P., tome 77, p. 570.

³⁸ *Ibid.* Sur l'hostilité aux juristes : J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992, pp. 180-189.

³⁹ Par exemple *Pétition relative au rapport sollicité de la loi du 17 nivôse en II concernant les donations et les successions, par des citoyens du Jura à la Convention nationale*, 1795, Lons-le-Saunier, 16 pages ; Le Boucher Desfontaines, *Un mot à la Convention nationale, sur le décret du 4 janvier 1793, concernant les successions*, Paris, chez la veuve d'Antoine Joseph Gorsas, an III, 8 pages ; *À la Convention nationale Pétition des habitants de la commune d'Yvetot [contre la loi des 17 nivôse, relative aux successions]* Paris, 8 pages ; *Réflexions sur les dispositions rétroactives du code des successions*, Paris, chez la veuve d'Antoine Joseph Gorsas, an III, 31 pages ; *Appel aux principes : loi du 17 nivôse sur les fixations de dot, de légitimes et autres clauses matrimoniales, légitimement stipulées par contrats ou articles de mariage*, Paris, chez la veuve d'Antoine Joseph Gorsas, 4 pages. Sur ce point : G. Aron, *Etude sur les lois successorales de la Révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil*, II. p., N.R.H.D., 1903, pp. 686-697.

⁴⁰ J. Tulard, *Les Thermidoriens*, Paris, 2005, pp. 29-59.

⁴¹ Voir le témoignage de Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, tome 3, Paris, 1812, *in* Effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an 2, p. 581, « Il n'existait en brumaire an III aucun indice que l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an II dût être rapporté ; et la Convention nationale elle-même y était alors si peu disposée que, deux mois après, le 11 nivôse an III, non seulement elle a passé à l'ordre du jour sur la proposition qui lui était faite de rapporter ces dispositions extraordinaires, mais elle a encore ordonné que le décret par lequel elle avait écarté cette proposition, fut inséré au Bulletin de correspondance, afin, sans doute, de manifester avec d'autant plus d'éclat, l'intention où elle était de maintenir la loi dans son intégrité ».

⁴² La loi du 9 fructidor an III fut confirmée par la loi du 15 thermidor an IV dont M. Garaud et R. Szramkiewicz ont relaté les travaux préparatoires, *La Révolution française et la famille*, Paris, 1978, pp. 127-130. Le rapport sur l'abolition de l'effet rétroactif, fait au nom du comité de législation, fut lu à l'assemblée le 3 messidor an III, *Moniteur universel*, tome 25, n° 274, p. 37. Il y est publié aux numéros 341 et 342. La question fut débattue les 14 thermidor et 9 fructidor an III, *Moniteur universel*, tome 25, n° 320, pp. 94 et s. et n° 343, pp. 597 et s.

⁴³ Quirot, séance du 5 floréal an III, *Moniteur universel*, tome 24, n° 219, p. 306 et Mailhe, séance du 9 fructidor an III, *Moniteur universel*, tome 25, n° 343, p. 598.

⁴⁴ Boissy d'Anglas, séance du 9 fructidor an III, *Moniteur universel*, tome 25, n° 344, p. 603.

qui la “tyrannisaient”⁴⁵. Mais encore l’assemblée avait été circonvenue ; Merlin fit une révélation extraordinaire -romanesque- à la tribune. La disposition rétroactive de la loi du 17 nivôse an II avait été adoptée dans l’intérêt particulier de Hérald de Séchelles, avide de capter une succession de 80.000 livres de rente, et résultait d’une collusion avec Fabre d’Eglantine. Tandis que le premier aurait rédigé l’article 14 de la Déclaration des droits de 1793 sur la non-rétroactivité de telle sorte qu’il portât exclusivement sur les lois criminelles, le second aurait eu mission de convaincre le comité de législation (plus particulièrement Berlier) de faire remonter l’effet de la loi successorale au 14 juillet 1789⁴⁶. Hérald de Séchelles et Fabre d’Eglantine -au demeurant compromis dans le scandale de la liquidation de la Compagnie des Indes⁴⁷- avaient été exécutés avec les dantonistes un an auparavant, le 5 avril 1794... Bien plus tard, le même Merlin, devenu Procureur général de la Cour de cassation, devait faire juger par un arrêt du 20 janvier 1806 rendu conformément à ses réquisitions que les dispositions rétroactives de la Révolution avaient été abusivement adoptées « sous prétexte que la loi n’avait fait que développer les principes proclamés dès lors [le 14 juillet 1789] par un grand peuple qui se ressaisissait de ses droits »⁴⁸. Il est symptomatique que dans le même temps, la Convention adoptait la nouvelle constitution portant une disposition qui consacrait en général le principe de la non-rétroactivité : « Aucune loi, ni criminelle, *ni civile*, ne peut avoir d’effet rétroactif »⁴⁹. Trois mois après la promulgation de la nouvelle constitution, la loi du 3 vendémiaire an IV vint compléter le dispositif en abolissant l’effet rétroactif de la loi du 12 brumaire an II sur l’égalité successorale des enfants légitimes et naturels. Quant à la loi du 18 pluviôse an V, elle arrêta que les dispositions des contrats de mariage, donations, testaments, etc., stipulées sous l’empire de l’ancien droit et incompatibles avec l’égalité des partages avaient retrouvé force par l’effet du rapport de la rétroactivité à condition que les droits aient été irrévocablement acquis⁵⁰. Sans aucun doute, Vermeil, un praticien, exprimait le sentiment général, lorsqu’il écrivait à propos des lois de l’an II : « ces variations, sur des points qui intéressaient aussi essentiellement la fortune et la tranquillité des familles, [étaient] une sorte de calamité »⁵¹.

Lors des travaux préparatoires du Code civil, les tribunaux d’appel de Montpellier et de Colmar dénonçaient également cette incertitude du Droit et pressaient le législateur d’intervenir pour arrêter définitivement des intérêts patrimoniaux trop longtemps en suspens⁵². Surtout, instruits par l’expérience, ils engageaient les promoteurs du nouveau code à ne pas favoriser le renouvellement des mêmes errements. Pour le même Tribunal d’appel de Montpellier, l’article 2 C. civ. paraissait insuffisant à cet effet⁵³. Or « l’empiètement des lois nouvelles sur les effets subsistants des anciennes lois » était comme inscrit dans la nature des

⁴⁵ Thibault et Quirot, séance du 5 floréal an III, *Moniteur universel*, tome 24, n° 219, p. 306 ; rapp. A. C. Guichard, *Code et mémorial du Tribunal de cassation*, Paris, an VI, n° 7, p. 8.

⁴⁶ Séance du 5 floréal an III, *Moniteur universel*, tome 24, n° 219, p. 307. Saladin en tira aussitôt l’argument que cette loi votée dans un intérêt particulier n’en était pas une *ipso facto*, séance du 9 fructidor an III, *Moniteur universel*, tome 25, n° 343, p. 599.

⁴⁷ Sur ce point, voir notamment A. Matthiez, *Un procès de corruption sous la Terreur : l’affaire de la Compagnie des Indes*, Paris, 1920, pp. 245 et s. et 272 et s. et H. Houben, *La liquidation de la Compagnie des Indes (1793-1794)*, Paris, 1932, pp. 225 et s.

⁴⁸ C. cass. 20 janv. 1806, Sirey, *Recueil général des lois et arrêts* (par Devilleneuve et Carette), 1ère série, 1791-1830, 2 I 206.

⁴⁹ Déclaration des droits et des devoirs de l’Homme et du Citoyen, Des droits, art. 14. C’est nous qui soulignons. La constitution fut discutée du 14 germinal (3 avril) au 5 fructidor (22 août), l’article 14 les 3 messidor (3 juillet) et 26 thermidor (13 août), la loi les 14 thermidor (1^{er} août) et 9 fructidor (26 août).

⁵⁰ Sur ce mouvement de réaction au lendemain du 9-Thermidor : J.-L. Halpérin, *op. cit.*, pp. 222-230.

⁵¹ *Code des successions*, Paris, an XI, p. 148, rapp. A. C. Guichard, *op. cit.*, pp. 6-7.

⁵² Observations du Tribunal d’appel de Montpellier, Fenet, tome IV, pp. 531-532 et Observations du Tribunal d’appel de Colmar, Fenet, tome III, pp. 491-494.

⁵³ Observations du Tribunal d’appel de Montpellier, Fenet, tome IV, pp. 530 et 532.

choses⁵⁴, « surtout dans l'exécution des nouvelles lois, qui permettent de faire ce que les anciennes avaient défendu, vice-versa »⁵⁵. Pour le Tribunal d'appel de Besançon, il convenait d'obvier « à une multitude de difficultés qu'il est de la sagesse du législateur de prévenir »⁵⁶. Pour cette raison, les tribunaux d'appel proposaient tantôt d'édicter des dispositions transitoires propres à différentes matières (enfants naturels, successions, avantages matrimoniaux, libéralités, servitudes, hypothèques)⁵⁷, tantôt de pourvoir par une loi générale -sans plus de précision- « à une infinité de cas qui entraveraient inévitablement la marche des tribunaux, s'ils n'étaient pas prévus »⁵⁸. A travers toutes ces observations transparaissait une même et constante préoccupation : restaurer la sécurité juridique.

« Une maxime qui garantit le repos des familles »

Il n'entraînait point dans les vues des rédacteurs du Code civil de déférer aux sollicitations des tribunaux d'appel. Ses différents titres ne comporteraient aucun appendice de dispositions transitoires. Leur projet était une codification rationnelle et intemporelle. La sentence du tribun Gary était sans appel. « Un Code qui aura la durée des siècles ne peut contenir des dispositions transitoires qui tiennent à des circonstances et à des rapports souvent indépendants de l'autorité »⁵⁹. Par exception seulement, il revenait au législateur de régler des questions transitoires : « c'est un malheur, sans doute, que l'autorité du législateur soit devenue nécessaire pour expliquer le passé, en régler les effets, et donner à cette partie de la législation un complément qui lui manquait ; mais la situation extraordinaire qui motive cette mesure n'en est pas moins constante »⁶⁰. C'est ainsi que sous le Consulat, le législateur dut se résoudre à promulguer trois lois de cette nature : la loi du 25 germinal an XII sur les enfants adoptés avant le Code civil, la loi du 26 germinal an XI sur les effets et la procédure des divorces prononcés et en instance et la loi du 14 floréal an XI sur le mode de règlement de l'état des enfants naturels dont les pères étaient morts depuis la loi du 12 Brumaire an II jusqu'à la promulgation des titres du Code civil sur la paternité et la filiation et sur les successions. Ce faisant, il entendait « faire taire tous les intérêts, dissiper toutes les incertitudes, calmer tous les scrupules et enlever tout refuge à la mauvaise foi »⁶¹, en bref, clore définitivement le passé. Ainsi que l'avait souligné le Tribunal d'appel de Montpellier, le dessein des rédacteurs était clairement d'abandonner ce genre de questions à la

⁵⁴ « Quelles que soient les nouvelles lois qui seront données à la France, le législateur ne doit pas moins se tenir en garde contre les inconvénients du point de rencontre des nouvelles lois avec les lois anciennes, pour les prévenir autant qu'il est possible, ou les corriger sans blesser la justice et l'équité. Tels sont l'effet compliqué ou l'empiètement des nouvelles lois sur l'effet des anciennes, les lacunes qui existent toujours entre ces lois et le désordre de leurs nouveaux rapports », *ibid.*, p. 529.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Observations du Tribunal d'appel de Besançon, Fenet, tome III, p. 164.

⁵⁷ Observations du Tribunal d'appel de Toulouse sur les enfants naturels, Fenet, tome V, p. 563 ; Observations du Tribunal d'appel de Toulouse sur les successions, Fenet, tome V, pp. 606-607 ; Observations du Tribunal d'appel de Colmar sur les avantages matrimoniaux, Fenet, tome III, p. 493 ; Observations du Tribunal d'appel de Besançon sur les libéralités, Fenet, tome III, p. 171 ; Observations des tribunaux d'appel de Besançon, de Limoges, de Montpellier et de Toulouse sur les servitudes, Fenet, tome III, p. 163-164, tome IV, pp. 10 et 529-530, tome V, p. 574 ; Observations des tribunaux d'appel de Bourges et de Bruxelles sur les hypothèques, Fenet, tome III, pp. 238-239 et pp. 385-394.

⁵⁸ Observations du Tribunal d'appel de Toulouse sur les successions, Fenet, tome V, p.631.

⁵⁹ Tribun Gary, Corps Législatif, séance du 25 ventôse an XII, discours sur le projet de loi relatif au nantissement, Fenet, tome XV, p.221.

⁶⁰ Berlier, Corps Législatif, séance du 17 germinal an XI, exposé des motifs de la loi relative aux adoptions faites avant la publication du titre VIII du Code civil, Loqué, *La législation civile, commerciale et criminelle précitée*, tome VI, p. 673.

⁶¹ Réal, Corps Législatif, séance du 17 germinal an XI, Exposé des motifs de la loi relative aux adoptions faites avant la publication du titre VIII du Code civil, Loqué, *ibid.*, tome V, p. 408.

jurisprudence⁶². De l'aveu général, cours et tribunaux en furent submergés. A leur propos, Merlin ne regardait pas à écrire que le passage de l'ancienne législation à la nouvelle « avait fait, pour ainsi dire, pulluler » les questions transitoires⁶³.

Par l'article 2 C. civ., le législateur s'était disposé à faire fond sur la pédagogie de la loi. Pour paraphraser la Déclaration des droits de 1789, l'ignorance, l'oubli et le mépris du principe de la non-rétroactivité de la loi étaient la cause de tous les malheurs publics, un article 2 C. civ., constamment présent à tous les membres du corps social, leur rappellerait sans cesse leurs droits et leurs devoirs. Sous forme d'une litanie, la violation répétée du principe était dénoncée comme la source de tous les maux : « on a tant de fois heurté ce principe »⁶⁴, « ce principe [...] a été si souvent et si ouvertement violé à certaines époques »⁶⁵, « c'est sans doute parce que, dans ces temps de troubles dont nous sortons à peine, cette vérité, aujourd'hui si religieusement respectée, a été plus audacieusement foulée aux pieds, que vous retrouvez à la tête du Code civil, sous l'article 2 du titre préliminaire, la déclaration suivante, que son évidence devait, sans ce motif, dispenser de toute publication »⁶⁶, « on ne peut avoir oublié les rétroactivités dont plusieurs lois furent entachées au milieu des orages politiques toujours inséparables des grandes révolutions. Ils ne sont pas éloignés les temps où, au retour du calme, les législateurs se sont empressés de les faire disparaître, et il faut convenir qu'après une expérience aussi récente, on serait dans une opposition désavantageuse, si on voulait s'opposer à ce qu'on gravât sur le frontispice du Code civil une maxime qui garantit le repos des familles »⁶⁷. Après tant d'expériences néfastes⁶⁸, dans le but de « rassurer les citoyens »⁶⁹ et de donner le repos aux familles⁷⁰, convertir le principe en un article de loi paraissait le meilleur moyen d'instruire les citoyens⁷¹. Pour empêcher la répétition des errements de la Convention, estimait-on, « on ne saurait aujourd'hui ni assez l'inculquer, ni le répéter assez souvent »⁷², ni encore « trop le rappeler »⁷³. Sa déclaration solennelle devait empêcher qu'il fût de nouveau méconnu⁷⁴. Le sentiment de culpabilité était ressenti avec d'autant plus d'affliction que ce principe apparaissait comme un précepte du droit naturel⁷⁵. « Principe inviolable et sacré, [...] gravé dans les esprits »⁷⁶ ou encore « règle éternelle, gravée dans les

⁶² Fenet, tome IV, p. 534.

⁶³ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* précité, tome 5, v° Effet rétroactif, sect. 3, p. 536. Dans le même sens : Tissandier, *Traité méthodique et complet sur la transmission des biens par successions, donations et testaments, suivant les lois anciennes, intermédiaires et nouvelles*, Paris, an XIV-1806, tome I, n° 1, p. 1 ; C. H. Agar, *Le nouveau Ferrière ou dictionnaire de droit et de pratique civil, commercial, criminel et judiciaire*, Paris, 1805, tome I, pp. VI-IX ou encore Meyer, *Principes sur les questions transitoires considérées indépendamment de toute législation positive, et particulièrement sous le rapport de l'introduction du Code Napoléon*, Amsterdam, 1813, pp. XII-XIII.

⁶⁴ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Huguet (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 136.

⁶⁵ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Curée (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 175.

⁶⁶ Réal, Corps Législatif, séance du 17 germinal an XI, Exposé des motifs de la loi relative aux adoptions faites avant la publication du titre VIII du Code civil, Loqué, *La législation civile, commerciale et criminelle* précité, tome V, 407.

⁶⁷ Communication officielle au Tribunal, séance du 9 ventôse an XI, Rapport fait au nom de la section de législation par Grenier, Fenet, tome VI, p. 374.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Tribunal, séance du 21 frimaire an X, opinion du tribun Portiez de l'Oise (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 227.

⁷⁰ Communication officielle au Tribunal, séance du 9 ventôse an XI, Rapport fait au nom de la section de législation par Grenier, Fenet, tome VI, p. 374.

⁷¹ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Huguet (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 136.

⁷² Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Curée (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 175.

⁷³ Corps législatif, séance du 23 frimaire an X, discours de Portalis, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 264.

⁷⁴ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Huguet (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 142.

⁷⁵ Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, discours prononcé par le conseiller d'Etat Boulay, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 308.

⁷⁶ Tribunal, séance du 21 frimaire an X, opinion du tribun Costé (hostile au projet), Fenet, tome VI, p. 184.

cœurs »⁷⁷, sa transgression était imputable à faute. Elle paraissait ainsi illustrer une fois encore ce retour à un état de nature barbare et anarchique, lieu commun du discours politique depuis Thermidor⁷⁸

Dans un passé proche, les législateurs étaient demeurés sourds à la voix de leur conscience. Pour l'avenir, la doctrine de Portalis⁷⁹ et du tribun Faure⁸⁰, que ne tarderaient pas à partager les premiers commentateurs du Code civil⁸¹, était que ce « palladium de tout l'ordre social »⁸² assurerait la préservation des droits acquis et, faudrait-il ajouter, des situations acquises. La vénération universelle pour la non-rétroactivité de la loi trouvait aussi son explication dans le fait que la religion de la loi et la religion de la propriété se confondaient en ce principe. Il en constituait en quelque sorte le symbole. De ce point de vue, l'article 2 C. civ. participait de la politique générale de stabilisation et répondait à une aspiration communément partagée. Des tribunaux d'appel n'avaient pas manqué d'évoquer dans leurs observations combien la rétroactivité des lois pouvait perturber le repos des familles et que le doute et l'incertitude avaient des conséquences désastreuses sur la gestion du patrimoine des familles⁸³. Le Tribunal d'appel de Colmar avait dépeint l'embarras « de la classe nombreuse des cultivateurs, des gens de la campagne et des citoyens dont la fortune ne permettait pas de passer des contrats de mariage »⁸⁴. Pour sa part, critiquant l'absence de dispositions transitoires dans le Code civil, le Tribunal d'appel de Bruxelles se faisait l'écho d'un désarroi général : « Ce ne sera donc pas seulement à un, dix, cent citoyens isolés qu'on enlèvera leurs droits et leur fortune (quoique cela suffit pour le rejet du système), mais on bouleversera les droits de classes entières de la société, ceux de la presque totalité des capitalistes et des propriétaires »⁸⁵.

Plus modérées dans leur expression, ces observations procédaient naturellement de la même philosophie que le discours développé sous le Directoire. C'est ainsi qu'il avait été affirmé que « lorsque la loi a donné la propriété d'une chose à un individu, cette propriété est sacrée » et qu'une loi rétroactive était comme « une consécration d'un vol ou d'une usurpation »⁸⁶. Pour Lanjuinais, rien n'était plus clair : « Il faut apprendre qu'une loi violatrice des propriétés n'est pas une loi et qu'on ne doit pas compter sur les rapines qu'elle autorise »⁸⁷. Les Lumières n'avaient-elles pas vulgarisé l'idée que la conservation de la propriété était le but de l'association politique ? Merlin ne le cachait point ; par le jeu de l'article 2 C. civ., le droit acquis tendait à faire obstacle à la mise en œuvre d'un nouveau texte législatif, dès lors qu'il « empiétait » sur les conventions des particuliers. Le but poursuivi était de protéger contre « les caprices du législateur »⁸⁸. Cette

⁷⁷ Communication officielle au Tribunal, séance du 9 ventôse an XI, Rapport fait au nom de la section de législation par Grenier, Fenet, tome VI, pp. 373-374.

⁷⁸ X. Martin, *L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie*, RHFD, 1987, n° 4, pp. 87-144, spécialement pp. 88-93.

⁷⁹ Présentation au Corps législatif, séance du 4 ventôse an XI, Exposé des motifs du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général par Portalis, Fenet, tome VI, p. 353.

⁸⁰ Corps législatif, séance du 14 ventôse an XI, discours du tribun Faure au nom du Tribunal, tome VI, p. 384.

⁸¹ C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, 1811, tome 1, n° 72, p. 49 ; Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative ou Analyse raisonnée des principes consacrés par le Code civil, le Code de commerce et le Code de procédure*, Paris, 1823, tome 2, v^{is} Effet rétroactif, sect. 3, § 1, n° 1, p. 536 ; rapp. Lanjuinais, *Mémoire sur la prétendue rétroactivité de la loi française qui abolit les substitutions*, Académie de législation, séance du 1^{er} nivôse an XI.

⁸² Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Curée (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 175.

⁸³ Observations des tribunaux d'appel de Colmar et de Montpellier, Fenet, tome III, p. 494 et Fenet, tome IV, pp. 531 et 532.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Observations du Tribunal d'appel de Bruxelles, Fenet, tome III, p. 387.

⁸⁶ Conseil des Cinq cents, séances des 24 et 26 prairial an IV, interventions de Dumolard cité par M. Garaud et R. Szramkiewicz, *op. cit.*, p. 128.

⁸⁷ Convention, Rapport de Lanjuinais au nom du comité de législation, lu à l'assemblée le 2 messidor an III, *Moniteur Universel*, tome 25, n° 342, p. 590 précité.

⁸⁸ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* précité, tome 5, v^{is} Effet rétroactif, sect. 3, § 1, p. 536.

sacralisation de la non-rétroactivité de la loi trouvait incontestablement son origine dans les errements d'un passé récent. Mais elle s'alimentait également des affres du futur. En effet elle traduisait sans doute une inquiétude difficilement avouable sous peine de révéler des doutes sur la solidité du nouveau régime. La France des travaux préparatoires du Code civil était encore hantée par la Proclamation de Vérone (1795) par laquelle le prétendant à la Couronne de France avait promis non seulement le châtement des régicides, mais encore la récupération des biens nationaux par leurs légitimes propriétaires. Jusqu'à la promulgation de la Charte planerait la menace d'une nouvelle rétroactivité⁸⁹. Propriété, droits acquis, non-rétroactivité de la loi exprimaient en définitive le programme de la "Troisième France", la France des bénéficiaires de la Révolution, préfets, munitionnaires, juristes, officiers, paysans aisés, plus généralement notables des cantons et arrondissements, acquéreurs des biens nationaux. Tous attendaient du gouvernement consulaire des institutions, « propres à permettre la jouissance d'une aisance obtenue à l'issue de longues années de labeur ou d'habileté »⁹⁰, l'article 2 C. civ. répondait à cette exigence.

II. LA PRESERVATION DU NOUVEL ORDRE CONSTITUTIONNEL

Pour absolu que fût le pouvoir du législateur, Portalis considérait qu'il devait néanmoins respecter les droits acquis. Pour lui, ils constituaient la seule borne à la loi : « La loi civile est l'arbitre suprême ; il lui appartient de tout régler. Elle peut donc donner le droit de disposer et le régler ; son pouvoir, à cet égard, n'est limité que par l'obligation de respecter les droits acquis, parce qu'elle ne pourrait passer ces bornes sans agir contre sa propre nature, qui est de garantir les droits de chacun »⁹¹. La moindre des vertus de l'article 2 C. civ. n'était pas de rassurer les "propriétaires". Parfois les législateurs avaient poussé la sollicitude jusqu'à leur apporter l'apaisement par des dispositions pures applications du principe⁹². Il était permis de s'interroger sur leur utilité, « les lois ne pouvant avoir aucun effet rétroactif sur des droits légitimement acquis avant leur émission ; mais, soulignait le tribun Albisson, il n'y a [vait] pas moins de sagesse d'en avoir ajouté la déclaration expresse, pour prévenir à cet égard tout sujet ou tout prétexte d'inquiétude »⁹³.

En vérité, les droits acquis n'étaient pas une forteresse inexpugnable. En effet, en 1801, un tribun hostile au projet, Andrieux, avait déclaré à propos de l'article 2 C. civ. : « Règles qu'il est très dangereux de vouloir convertir en articles de lois, parce qu'elles sont sujettes à de fréquentes exceptions, parce qu'elles deviendraient fertiles en applications fausses, en conséquences funestes »⁹⁴. De fait, cette prise de position venait en réaction au discours prononcé, quelque temps auparavant, par un tribun favorable au projet, Dêmeunier. Ce dernier avait exposé : « Les tribunaux ont assez longtemps appliqué des lois rétroactives ; je souhaite qu'ils soient affranchis le plus tôt possible de la pénible inquiétude d'en voir publier de nouvelles, ou d'avoir peut-être à juger

⁸⁹ Du Droit public des Français, article 9. Comp. l'article 94 de la Constitution de 1799 et le sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII, art. 53 (sur le serment de l'Empereur).

⁹⁰ Th. Lentz, *Le Grand Consulat, 1799-1804* précité, p. 384.

⁹¹ Portalis, Conseil d'Etat, séance du 30 nivôse an XI, discussion sur le projet de loi relatif aux donations entre vifs et aux testaments, Fenet, tome XII, pp. 258-259.

⁹² Article 691 alinéa 2 C. civ. sur la prescription acquisitive des servitudes, ancien article 2135 C. civ. dernier alinéa sur la dispense d'inscription des hypothèques légales des mineurs, des interdits et des femmes mariées et article 2281 C. civ. sur le calcul des délais de prescription.

⁹³ Albisson, Assemblée générale du Tribunat, séance du 7 pluviôse an XII, Rapport sur le projet de loi relatif aux servitudes ou services fonciers, Fenet, tome XI, p. 327 (sur l'article 691) ; rapp. Berlier sur l'article 2135 (Conseil d'Etat, séance du 7 pluviôse an XII, Rapport sur le projet de loi relatif aux privilèges et aux hypothèques, Fenet, tome XV, p. 270) et Bigot-Préameneu sur l'article 2281 (Corps Législatif, séance du 17 ventôse an XII, exposé des motifs du projet de loi relatif à la prescription, Fenet, tome XV, p. 601).

⁹⁴ Corps Législatif, séance du 23 frimaire an X, discours sur le projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général, Fenet, tome VI, p. 241.

contre ce principe de droit et contre cette règle de législation »⁹⁵. Quand l'orateur souhaitait que les juges fussent affranchis « d'avoir à juger encore contre ce principe de droit et contre cette règle de législation », entendait-il par là qu'il abandonnait au discernement du juge le pouvoir d'écarter l'application d'une loi rétroactive, ou bien qu'il donnait au juge l'office de régler les conflits de lois dans le temps dans le respect des droits acquis ?

« Exécuter les lois telles qu'elles sont »

« Je suppose que, dans un pays quelconque, dans celui-là même où il y aura une loi qui dira : la loi n'a point d'effet rétroactif ; je suppose que, postérieurement à cette loi, le législateur rende une loi qui rétroagisse, penserez-vous que le juge sera le maître de ne pas exécuter cette dernière loi ? Penserez-vous qu'il pourra dire : il y a une loi antérieure qui défend la rétroactivité ; donc, je méconnaîtrai toute loi qui sera contraire à ce premier principe ? »⁹⁶. Lorsque Thiessé prétendait devoir interpréter ainsi l'observation de Dèmeunier, il ne cherchait pas seulement un prétexte pour attaquer le projet de code civil, il s'employait également à combattre une idée qui était dans l'air du temps.

D'une part le Tribunal de cassation semblait disposé à écarter l'application des lois entachées du vice de rétroactivité. Le Tribunal d'appel de Montpellier s'en inquiétait, car il semblait plutôt acquis à l'idée que le juge dût se conformer à la volonté du législateur⁹⁷. Il est sûr que les motifs de jugements du Tribunal de cassation rendus à cette époque étaient troublants. Il venait de juger : « Considérant enfin que, quoique Regnault n'ait été soumis à rendre ce qu'il avait reçu que par la loi du 3 vendémiaire an IV, ce n'est pas cependant à cette époque qu'il faut se fixer pour déterminer la valeur qu'il doit rendre, parce que cette loi, détruisant un effet rétroactif et ordonnant une restitution, se reporte nécessairement à une époque antérieure et suppose une cause préexistante, qui ne peut être que celle de l'indue réception faite en vertu d'une loi inconstitutionnelle et nulle »⁹⁸. D'autre part, très certainement, la personnalité de Dèmeunier n'était pas étrangère à la sortie de Thiessé. Versé dans les questions constitutionnelles, il avait été l'un des rapporteurs de la Constitution de 1791, il avait surtout entretenu une abondante correspondance avec Thomas Jefferson. En effet Dèmeunier avait rédigé plusieurs articles de l'*Encyclopédie méthodique* sur les Etats Unis d'Amérique grâce aux informations constitutionnelles, politiques, économiques et sociales que lui avait fournies le futur président démocrate républicain⁹⁹. Mieux encore, pendant la Législative et la Convention, il avait séjourné outre-atlantique et n'était revenu en France qu'en 1796. Il est à présumer que ses idées sur le Pouvoir judiciaire différaient de l'orthodoxie juridique française.

Pour ces raisons, le tribun Thiessé se déclarait “tourmenté” par la déclaration de son collègue¹⁰⁰. D'après son témoignage, rendre le juge maître de ne pas exécuter la loi apparaissait à certains juristes -qu'ils ne nommaient pas- comme un frein à l'action du législateur en faisant peser sur lui une salutaire menace de résistance¹⁰¹. Or, de l'opinion commune, la non-rétroactivité était seulement un précepte qui s'imposait à la conscience du législateur¹⁰² ; en

⁹⁵ Tribunat, séance du 18 frimaire an X, opinion du tribun Dèmeunier, Fenet, tome VI, p. 90.

⁹⁶ Tribunat, séance du 18 frimaire an X, opinion du tribun Thiessé, Fenet, tome VI, p. 122.

⁹⁷ Observations du Tribunal d'appel de Montpellier sur le projet de Code civil, Fenet, tome IV, p. 532.

⁹⁸ *Bulletin des jugements de cassation rendus en matière civile*, an XII, n° 91, p. 241. Sur cette question en général, voir le numéro spécial des Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 28, juillet 2010, consacré à l'histoire du contrôle de constitutionnalité.

⁹⁹ Francis D. Cogliano, *Thomas Jefferson : Reputation and Legacy*, Edinburgh, 2006, p. 45.

¹⁰⁰ Tribunat, séance du 19 frimaire an X, Fenet, tome VI, pp. 123.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 122.

¹⁰² Conseil d'Etat, séance du 4 thermidor an IX, intervention de Defermon, Fenet, tome VI, p. 14 ; Corps législatif, séance du 23 frimaire an X, discours de Portalis, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, pp. 265-266 ; Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, discours prononcé par le conseiller d'Etat Berlier, orateur du gouvernement,

l'occurrence, le terme <précepte> ne s'entendait pas dans le sens d'un commandement religieux, mais bien plutôt d'un conseil, d'une recommandation dictée par la sagesse et l'expérience. « Le principe de la non-rétroactivité a donc aussi ses exceptions. Ces exceptions-là, il appartient au législateur de les déterminer ; c'est donc à lui à s'en faire un principe, et non pas au juge, qui doit toujours exécuter la loi, soit qu'elle se conforme à ce principe, soit qu'elle le détruise ou le modifie »¹⁰³. Aussi Thiessé se faisait-il alarmiste. D'après lui, une conséquence de l'article 2 C. civ. aurait été que les magistrats pussent s'estimer dispensés d'appliquer la loi du 14 novembre 1792 abolissant les substitutions non encore ouvertes. Il leur aurait été encore loisible de ne pas tenir compte des textes abrogatifs des dispositions des lois des 15-28 mars 1790 et 8-14 avril 1791 qui avaient laissé subsister le droit de se prévaloir des privilèges de primogéniture et de masculinité au bénéfice des personnes mariées ou veuves avec enfants au moment de leur promulgation¹⁰⁴. Mais c'étaient là des périls mineurs. Affectant de croire que l'article 2 C. civ. emportait abrogation de toutes les lois rétroactives existantes à la date de sa promulgation, il se laissait emporter par sa rhétorique : « Peut-être l'époque de la consécration du principe de la non-rétroactivité serait-elle celle de la plus épouvantable des rétroactions. [...] S'il fallait raisonner sur l'abolition des droits féodaux, sur celle des titres personnels, sur les effets de la nuit immortelle du 4 août 1789, il ne serait pas facile de répondre à ceux qui diraient : "J'avais des rentes féodales ; j'avais des titres dignitaires ; j'étais né noble et privilégié ; des duchés, des marquisats m'étaient transmis pour moi et les miens par des substitutions authentiques. Vous pouviez abolir tout cela pour l'avenir, mais sans rétroagir" »¹⁰⁵. Et, ultime résultat de l'adoption de cet article 2 C. civ., pour trancher les litiges, il faudrait s'en remettre « à l'impartialité des parlements, qu'on ne pouvait pas non plus dépouiller du droit de juger tous les dissentiments civils et politiques, du droit de vie et de mort, qu'ils avaient aussi acheté par des contrats authentiques et sous la protection des lois »¹⁰⁶.

L'argument souleva un tollé général. Huguet dénonçait une crainte absurde¹⁰⁷, Portalis des terreurs imaginaires¹⁰⁸ et des objections frivoles¹⁰⁹, Boulay la mauvaise foi de l'orateur¹¹⁰. Pour Portiez de l'Oise, il n'était que trop évident que personne, ni le gouvernement, ni les juges, ni les citoyens ne voulaient et ne pouvaient vouloir « le retour du régime de 1789, c'est-à-dire une révolution nouvelle »¹¹¹. L'article 14 de la Déclaration des droits de la Constitution de 1795 avait-il également poursuivi la contre-révolution¹¹² ? Portalis s'étonnait que l'on pût penser un seul instant que l'article 2 C. civ. était un piège « dont on pouvait abuser pour

Fenet, tome VI, p. 333 et Corps législatif, séance du 14 ventôse an XI, discours du tribun Faure au nom du Tribunal, tome VI, p. 385.

¹⁰³ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, tome VI, p. 123.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 124-125.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 125-126.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 126.

¹⁰⁷ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Huguet (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 136 ; rapp. Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, discours prononcé par le conseiller d'Etat Berlier, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 334.

¹⁰⁸ Corps législatif, séance du 23 frimaire an X, discours de Portalis, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 265.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 273.

¹¹⁰ Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, discours prononcé par le conseiller d'Etat Boulay, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 308.

¹¹¹ Tribunal, séance du 21 frimaire an X, opinion du tribun Portiez de l'Oise (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 227 ; dans le même sens : Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Huguet (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 136 et Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, discours prononcé par le conseiller d'Etat Berlier, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 334 ; rapp. Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, discours prononcé par le conseiller d'Etat Boulay, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, pp. 308-309.

¹¹² Corps législatif, séance du 23 frimaire an X, discours de Portalis, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 265 et Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, discours prononcé par le conseiller d'Etat Boulay, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 308 et Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, discours prononcé par le conseiller d'Etat Berlier, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 334.

faire rétrograder la révolution »¹¹³. Cette disposition n'avait qu'une finalité : convertir un principe de droit et de morale¹¹⁴ en une disposition normative¹¹⁵. Si l'article 2 C. civ. était un précepte pour le législateur, une disposition législative rétroactive était une obligation pour le juge. « Mais est-ce là le sens de l'article, quand on le considère par rapport aux juges ? A-t-on jamais pu entendre leur donner le droit d'examiner si la loi qu'on leur envoie renferme ou non des dispositions rétroactives ? C'est l'office du législateur, celui des juges est d'exécuter les lois telles qu'elles sont ; seulement, dans les contestations qu'ils sont chargés de juger, ils doivent considérer le temps où ces contestations ont pris naissance et les lois sous l'empire desquelles les causes de ces contestations se sont formées »¹¹⁶. Sur la question du contrôle juridictionnel de l'activité du législateur, adversaires et partisans du projet de code civil s'accordaient parfaitement. L'ordre constitutionnel né de la Révolution ne serait pas remis en cause, spécialement la conception de la séparation des pouvoirs qui s'était imposée en France. La question était définitivement tranchée. D'un côté, un Costé soutenait : « C'est un précepte, mais pour le législateur ; il n'est point pour le juge. Il avertit le premier qu'il est contraire à la raison et à la justice de faire des lois rétroactives ; mais il ne dispense pas le second, lors même qu'au mépris de ce précepte, le législateur rendrait une loi rétroactive dans ses effets ; [...] le juge ne peut mettre le précepte à la place de la loi, [...] il ne lui est pas donné d'en refuser l'application »¹¹⁷. De l'autre côté, un Faure avançait : « les législateurs [...] peuvent toujours changer les lois qu'ils ont faites et substituer au principe une nouvelle loi rétroactive dont les tribunaux ne pourraient se dispenser d'ordonner l'exécution et à laquelle les citoyens ne pourraient se dispenser d'obéir »¹¹⁸. Pour Merlin, un juge, confronté à une loi rétroactive, était tenu de l'exécuter, c'était une conséquence indiscutable de la souveraineté du législateur. « Si donc le législateur se permet de rétroagir, il viole sans doute l'une des premières règles de l'ordre social ; mais il n'y a au-dessus de lui aucune puissance qui puisse réprimer cette infraction, et il faut qu'on lui obéisse, jusqu'à ce que mieux éclairé, il rentre de lui-même dans le cercle de la justice »¹¹⁹. Un océan séparait la doctrine du Procureur général de la Cour de cassation de l'opinion délivrée en 1803 par le *Chief-Justice* Marshall dans le cas *Marbury v. Madison*.

« La raison civile devait céder à la raison politique »

Pour les Lumières, l'autonomie de l'individu était essentiellement la liberté d'un être moral et rationnel¹²⁰. La morale comme la raison interdisait les actions nuisibles à autrui. Cette

¹¹³ Corps législatif, séance du 23 frimaire an X, discours de Portalis, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 265.

¹¹⁴ Tribunal, séance du 12 frimaire an X, Rapport fait à l'assemblée générale au nom de la commission spéciale par Andrieux, Fenet, tome VI, p. 65 ; rapp. Communication officielle au Tribunal, séance du 9 ventôse an XI, Rapport fait au nom de la section de législation par Grenier, Fenet, tome VI, p. 374.

¹¹⁵ Corps législatif, séance du 23 frimaire an X, discours de Portalis, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, pp. 251 et 265-266 ; rapp. Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, discours prononcé par le conseiller d'Etat Berlier, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, pp. 321-322.

¹¹⁶ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Huguot (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 136 ; Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, Discours prononcé par le conseiller d'Etat Boulay, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 309 et Corps législatif, séance du 14 ventôse an XI, discours du tribun Faure au nom du Tribunal, tome VI, p. 385.

¹¹⁷ Tribunal, séance du 21 frimaire an X, Fenet, tome VI, pp. 184-185.

¹¹⁸ Corps législatif, séance du 14 ventôse an XI, discours du tribun Faure au nom du Tribunal, tome VI, p. 385 ; dans le même sens : Tribunal, séance du 19 frimaire an X, opinion du tribun Huguot (favorable au projet), Fenet, tome VI, p. 136-137 et Corps législatif, séance du 24 frimaire an X, discours prononcé par le conseiller d'Etat Boulay, orateur du gouvernement, Fenet, tome VI, p. 308. Rapp. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, Paris, 1807, tome 1, art. 2.

¹¹⁹ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* précité, tome 5, vis Effet rétroactif, sect. 2, p. 535.

¹²⁰ L'idée avait été développée par Montesquieu dans l'un des plus fameux chapitres de *l'Esprit des lois* (1748) : « Il est vrai que, dans les démocraties, le peuple paraît faire ce qu'il veut ; mais la liberté politique ne consiste point à faire ce

liberté moralisée était aussi une liberté socialisée, elle devait s'exercer conformément aux exigences de l'ordre social. A proprement parler, la loi ne contraignait pas les volontés individuelles, elle ne faisait qu'énoncer et rappeler les règles qui s'imposaient à la raison. L'identité de la volonté du citoyen et de la volonté de la loi se devait d'être absolue. Dans ces conditions, il pouvait arriver qu'une rétroactivité s'imposât à la raison au nom de l'intérêt général et qu'un bon citoyen *dût vouloir* la rétroactivité.

Dans son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, à l'article Effet rétroactif, le Procureur général Merlin empruntait à cette conception pour justifier la rétroactivité de la loi du 14 novembre 1792 abolissant les substitutions. « La raison civile devait céder à la raison politique, l'intérêt général de l'Etat, qui doit toujours prédominer dans l'esprit du législateur, devait faire taire tous les intérêts particuliers »¹²¹. Les droits acquis trouvaient leurs limites aux frontières de l'ordre politique et constitutionnel. En effet, la loi du 14 novembre 1792 avait aboli les substitutions fidéicommissaires sans aucun tempérament au bénéfice des conjoints mariés sous la foi des anciennes coutumes. Dans son rapport (19 octobre 1792), le député Laplaigne avait justifié cette décision par d'impérieuses raisons politiques. D'après lui, ces époux n'avaient « à invoquer qu'un espoir, [...] la simple expectative d'un droit incertain et éventuel [...]. La substitution présente bien moins une utilité acquise, un avantage réel pour le substitué qu'une charge ou une condition contraire à la raison publique, au bon ordre, aux principes et aux mœurs d'un peuple libre ; d'autant que la loi peut bien dans tous les cas, sans injustice, commander le sacrifice de quelque expectative éloignée, lorsque des raisons de politique et d'utilité générale supérieure l'exigent »¹²². *Salus populi, suprema lex*. Quelques mois plus tard, en janvier 1793, le décret des 4-5 janvier faisait droit à ceux qui réclamaient l'abrogation des exceptions introduites par les lois de mars 1790 et d'avril 1791. Le rapport de Le Pelletier de Saint-Fargeau était tout à fait symptomatique. Les exemptions y étaient dénoncées « comme altérant la pureté des principes », les espérances des familles n'apparaissaient plus que comme des "prétextes". Le rapporteur de conclure : « il faut faire céder toutes ces convenances, toutes ces utilités particulières à un intérêt plus général et au grand principe d'égalité »¹²³. En définitive, estimait le tribun Thiessé, cette rétroactivité avait répondu à la nécessité de « fonder l'égalité et la République »¹²⁴.

Mailher de Chassat considérait que « toutes les fois que la matière pourra être considérée comme éminemment soumise au principe même du gouvernement, ou comme se rattachant plutôt aux conditions politiques qu'aux intérêts privés, il est évident que la loi, essentiellement indépendante dans son action générale sur la société, n'aura jamais aliéné irrévocablement cette action, qu'elle aura pu en modifier, constamment et à son gré, la direction et les effets »¹²⁵. Cette doctrine exprimait le sentiment commun des jurisconsultes. Lanjuinais, le liquidateur de l'effet rétroactif des lois de brumaire et de nivôse an II, s'était vu reprocher de ne pas avoir fait abolir la rétroactivité de la loi sur les substitutions. Il répliquait par un argument politique. Nul ne pouvait opposer un droit acquis à une loi « conforme aux principes d'un gouvernement libre ; comme l'abus qu'elle a retranché était également funeste au repos des citoyens, à l'agriculture, au commerce et à la prospérité générale, cette loi sévèrement, mais scrupuleusement juste autant que salutaire, doit être maintenue »¹²⁶. Plus explicite, Merlin approuvait dans ces termes : « Quelquefois aussi, des considérations politiques peuvent

que l'on veut. Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté consiste à pouvoir faire tout ce que l'on doit vouloir et à n'être pas contraint à faire ce qu'on ne doit pas vouloir » (XI, III, 1).

¹²¹ *Op. cit.*, tome V, sect. 3, § 1, n° 4, p. 538.

¹²² Convention, séance du 19 octobre 1792, A. P., tome 52, p. 573.

¹²³ Convention, séance du 4 janvier 1793, A. P., tome 56, p. 197.

¹²⁴ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, Fenet, tome VI, pp. 126.

¹²⁵ *Traité de la rétroactivité des lois*, Paris, 1845 (1^{ère} édition, 1832), tome I, ch. 4, sect. 2, § 3, art. 2, n° 1, p. 292.

¹²⁶ Cité par Hayem, La renaissance des études juridiques en France sous le Consulat dans *Nouvelle revue d'histoire du droit*, 1905, p. 240.

déterminer le législateur à rétroagir dans des matières de pur droit privé. C'est ainsi que par la loi du 14 novembre 1792, la Convention nationale a aboli les substitutions »¹²⁷. Pour sa part, le Tribunal d'appel de Montpellier abondait dans ce sens en rappelant que ces lois avaient été prises au nom de "la raison d'Etat" pour "la nécessité de l'établissement du nouvel ordre des choses" et comme "un corollaire des principes constitutionnels"¹²⁸. Plus généralement, Portalis professait que « l'ordre civil [venait] cimenter l'ordre politique »¹²⁹. C'est pourquoi, pour la doctrine française classique, toute loi nouvelle pouvait s'appliquer même aux situations et rapports juridiques établis ou formés dès avant sa promulgation. « Ce principe est une conséquence de la souveraineté de la loi et de la prédominance de l'intérêt public sur les intérêts privés »¹³⁰. Aussi estimait-elle que la règle constitutionnelle établie par l'article 14 de la Déclaration des droits de la Constitution de 1795 ne trouvait aucune justification doctrinale¹³¹. Elle ne serait plus jamais renouvelée dans les constitutions ultérieures.

En pratique, il était admis qu'il existait toute une série de domaines subordonnés au bien commun qu'il était au pouvoir du législateur de changer ou de modifier selon les besoins de la société¹³². Il s'agissait principalement des matières qui passaient pour relever directement de l'ordre public : police, bonnes moeurs, fiscalité, organisation judiciaire, procédure, voies d'exécution forcée (notamment les règles concernant la contrainte par corps) et enfin état et capacité des personnes (mariage, divorce, émancipation, interdiction, majorité, puissance paternelle, tutelle, usufruit légal des parents). L'état des personnes à strictement parler, c'est-à-dire leurs qualités constitutives, était hors d'atteinte du législateur, dès lors que les conditions requises par la loi avaient été réunies. Tel était le cas de la nationalité, de la qualité d'époux et des rapports de parenté (filiation), la sûreté interdisait que l'état des personnes fût soumis à la volonté ambulatoire du législateur. A l'opposé, les effets que la loi attachait aux états pouvaient être immédiatement modifiés par une nouvelle ; ainsi la capacité civile des individus, notamment celle des femmes mariées ou des mineurs, était-elle soumise aux vicissitudes de la législation¹³³. Mais, évidemment, les actes faits par des personnes capables d'après la législation en vigueur au jour de leur passation demeuraient valables malgré l'incapacité dont elles venaient à être atteintes par la nouvelle loi (par exemple les femmes mariées). Réciproquement des actes faits par des incapables sous l'empire de l'ancien droit n'étaient pas validés par la survenance d'une nouvelle loi selon laquelle ces actes eussent été valables, s'ils avaient été passés sous son empire (par exemple les

¹²⁷ *Ibid.*, sect. 2, p. 534.

¹²⁸ Observations du Tribunal d'appel de Montpellier sur le projet de Code civil, Fenet, tome IV, p. 532 ; rapp. Conseil d'Etat, séance du 25 brumaire an XII, intervention de Cambacérès, Fenet, tome XIII, pp. 103-104.

¹²⁹ Portalis, Exposé des motifs devant le Corps législatif, 28 ventôse an XII, Fenet tome I, p. cii. Dans la même perspective, l'Assemblée constituante avait décrété « que les lois civiles seraient revues et réformées par les législateurs et qu'il serait fait un code général de lois simples, claires et *appropriées* à la constitution » (5 juillet 1790), Fenet, tome I, Précis historique sur la confection du Code civil, p. xxxvi. En 1793, Cambacérès avait estimé politique d'adopter un ton plus péremptoire : « La vérité est une et indivisible. Portons dans le corps de nos lois le même esprit que dans notre corps politique, et comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité ont présidé à la formation de la République, que l'unité et l'égalité président à l'établissement de notre Code civil » (Rapport fait à la Convention nationale sur le 1^{er} projet de Code civil, 9 août 1793, Fenet, tome 1, p. 2).

¹³⁰ C. Aubry et C. Rau, *op. cit.*, tome I, § 30, p. 102.

¹³¹ Merlin, *ibid.*

¹³² J.-B. Sirey, *Code Napoléon annoté*, Paris, 1819, n° 2, p. 11 et Favard de Langlade, *op. cit.*, tome 2, *vis* Effet rétroactif, n° 4, p. 267 ou encore Mailher de Chassat, *op. cit.*, tome I, ch. 4, sect. 1, § 4, n° 9, p. 223.

¹³³ Par exemple CA Agen 7 prairial an XIII : « Attendu que les lois qui intéressent l'ordre public doivent être exécutées dès le moment de leur promulgation, quoiqu'elles changent l'état de certains individus [...] ; qu'ainsi, la femme qui pouvait disposer de ses biens paraphernaux et ester en jugement sans l'autorisation de son mari, a eu besoin d'y avoir recours d'abord après la promulgation du Code civil » (*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* précité, tome 5, *vis* Effet rétroactif, sect. 3, § 2, art. 5, n° 4, p. 547). En sens inverse, la promulgation du Code civil ayant entraîné l'abrogation du sénatus-consulte velléien, là où il était encore en vigueur, la femme mariée avait recouvré le pouvoir de se porter caution pour son mari ou pour autrui. Dans le même sens, s'agissant des effets de l'élévation de l'âge de la majorité civile : CA Nîmes 24 brumaire an XIII (Journal du Palais, an XIII, I, art. 145, n° 289, p. 574).

religieux profès). Portalis de conclure : « Le présent et l'avenir sont sous leur empire [des lois]. Elles ne peuvent certainement pas faire qu'une chose qui existe n'ait pas existé ; mais elles peuvent décider qu'elle n'existera plus »¹³⁴

En adoptant l'article 2 C. civ., les législateurs avaient assuré la prévalence de la sûreté sur le progrès du Droit et l'unité de législation. Par son canal, ils avaient cherché également à ménager une transition paisible entre l'ancien ordre et le nouveau. L'article 2 C. civ. apparaît ainsi comme la rançon de la politique consulaire de consolidation de l'ordre social et constitutionnel et le levier d'ancrage des "masses de granit". « Loin de nous, l'idée de ces lois à deux faces, qui, ayant sans cesse un œil sur le passé et l'autre sur l'avenir, dessécheraient la source de la confiance et deviendraient un principe éternel d'injustice, de bouleversement et de désordre »¹³⁵. C'est dans cette perspective que devait s'inscrire l'avenir de l'article 2 C. civ. Il était appelé à tenir une place cruciale parmi les règles du jeu de la société de la *Comédie humaine*. La première vertu du bon père de famille serait la prévoyance ; ruiner les plans des familles ou bouleverser l'économie des contrats, déjouer les calculs des particuliers constituerait un véritable attentat contre le pacte social. Parmi les dispositions du Code civil, l'article 2 procurerait un puissant antidote aux "caprices du législateur". Préoccupés de sécurité juridique, Chabot de l'Allier sous l'Empire et Mailher de Chassat sous la Monarchie de Juillet développeraient une nouvelle doctrine¹³⁶. En effet ils soutiendraient que des droits acquis pouvaient naître d'une jurisprudence constante en partant du principe qu'« une suite d'arrêts toujours semblables sur une même question donnait au droit fondé sur cette jurisprudence le même caractère de stabilité que s'il reposait sur une loi expresse »¹³⁷. Leur conclusion logique serait que la violation d'une jurisprudence constituait un moyen de cassation pour contravention à l'article 2 C. civ. Au début du XIX^e siècle, leur doctrine ne devait guère emporter les convictions tant il apparaîtrait inconcevable que les assises du nouvel ordre politique fussent ébranlés au nom du respect des droits acquis.

¹³⁴ Corps Législatif, séance du 23 frimaire an X, discours sur le projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général, Fenet, tome VI, p. 265.

¹³⁵ Portalis, Exposé des motifs, Présentation au Corps législatif (4 ventôse an XI), tome VI, p. 354.

¹³⁶ G. A. Chabot de l'Allier, *Questions transitoires sur le Code Napoléon relatives à son autorité sur les actes et les droits antérieurs à sa promulgation*, Paris, 1809, tome 2, v^o Jurisprudence ancienne, pp. 111-112 et Mailher de Chassat, *op. cit.* tome 1, ch. 1, sect. 2, n^o 2, p. 140.

¹³⁷ Mailher de Chassat, *ibid.*