

UNIVERSITE DE NEUCHÂTEL

FACULTE DE DROIT

HISTOIRE DU DROIT

RECUEIL DE DOCUMENTS ET DE SOURCES

2

DEUXIEME PARTIE:

LA NAISSANCE DU DROIT CONTEMPORAIN

PROFESSEUR J.-P. DUNAND

SEMESTRE D'ETE 2005

TABLE DES MATIERES

LA NAISSANCE DU DROIT CONTEMPORAIN

A. L'évolution des sources du droit

| | |
|---|-------|
| L'évolution des sources du droit : illustration | p. 27 |
|---|-------|

B. L'école du droit naturel

| | |
|---|-------|
| L'école du droit naturel moderne : les grands auteurs | p. 28 |
| L'école du droit naturel moderne : carte d'Europe | p. 29 |
| Les fondements politiques et intellectuels de l'école du droit naturel (H. Grotius) | p. 30 |

C. Les codifications

| | |
|--|-------|
| C. Beccaria, Dei Delitti e delle pene, 1764 | p. 31 |
| J. Bentham, Introduction to the principles of morals and legislation, 1780 | p. 33 |
| Tableau de comparaison des codifications des pays limitrophes de la Suisse | p. 34 |
| Frederic II, Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois | p. 35 |

D. Le Code civil français

| | |
|---|-------|
| Le système des institutions (Gaius, Iustinianus) | p. 36 |
| Loi le Chapelier, 1791 | p. 37 |
| Projet de Livre préliminaire de la Commission du Gouvernement, 1800 | p. 38 |
| Portalis, extraits du discours préliminaire, 1803 | p. 39 |

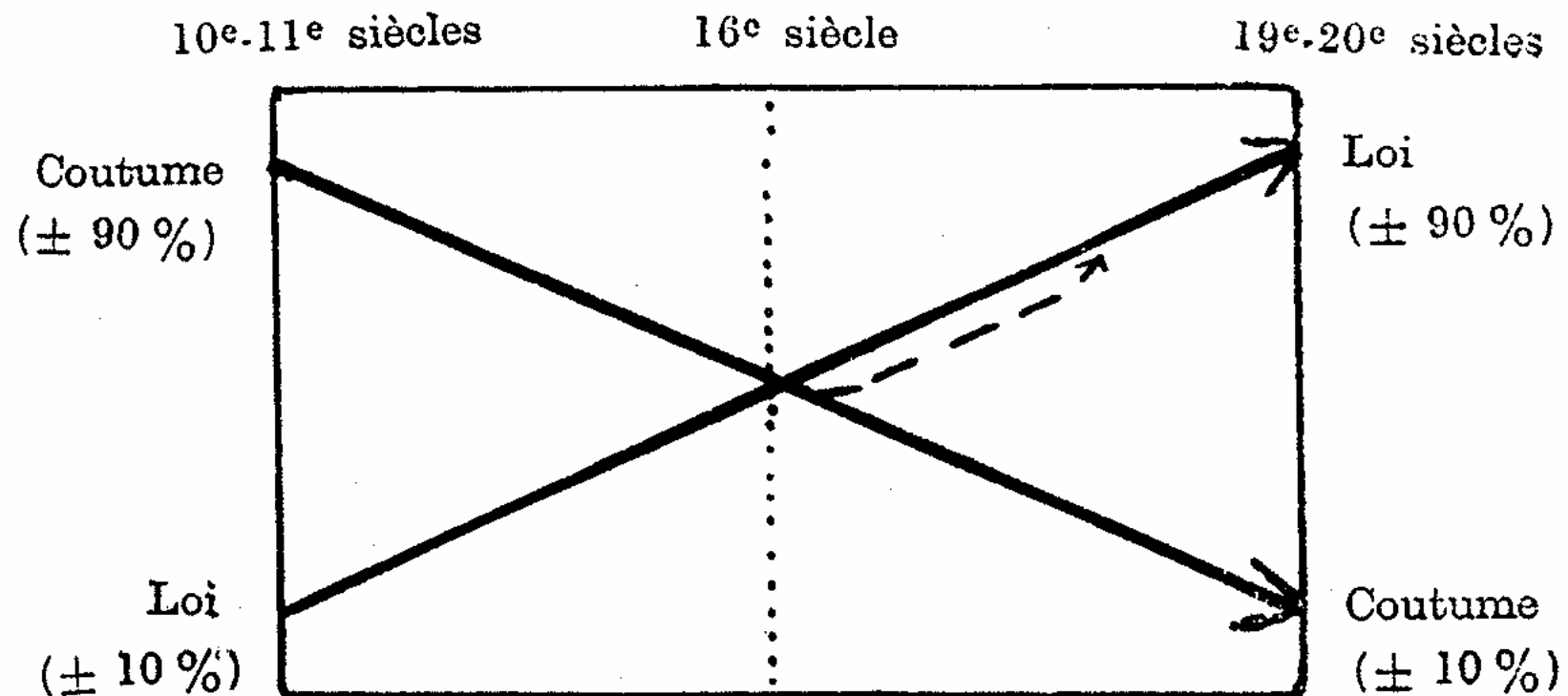
E. Le Code civil allemand

| | |
|---|-------|
| L'école du droit historique : les grands auteurs | p. 40 |
| Les rapports de droit et la volonté (F. C. von Savigny) | p. 41 |
| Le système du Code civil allemand (BGB) | p. 42 |

F. Le Code civil suisse

| | |
|--|-------|
| Etat des codifications des cantons suisses avant l'adoption du CCS de 1907 | p. 43 |
| Le système du code civil suisse (CCS) | p. 44 |
| La systématique du CCS (E. Huber) | p. 46 |
| Le statut juridique de la femme mariée (E. Huber) | p. 47 |

L'ÉVOLUTION DES SOURCES DU DROIT



L'ÉCOLE DU DROIT NATUREL MODERNE

1. FONDATION

G. GALILEE

(1564-1642)

- *Discorsi* (1638)

H. GROTIUS

(1583-1645)

- *De Jure Praedae* (1605)

- *De Jure Belli
ac Pacis* (1625)

Th. HOBBS

(1588-1679)

- *De Cive* (1642)

- *Leviathan* (1651)

R. DESCARTES

(1596-1650)

- *Discours de la
méthode* (1636)

S. PUFENDORF

(1632-1694)

- *De Jure Naturae
et Gentium* (1672)

- *De Officio Hominis
et Civis* (1673)

2. ESSOR

J. LOCKE

(1632-1704)

- *Essay on civil
Government* (1690)

Chr. THOMASIIUS

(1655-1728)

- *Institutiones Jurisprudentiae
Divinae* (1688)

- *Fundamenta Juris Naturae
et Gentium* (1705)

Chr. WOLFF

(1679-1754)

- *Jus Naturae Methodo scien-
tificae pertractatum* (1740-48)

J. BARBEYRAC

(1674-1744)

- *Le Droit de la Nature et des Gens*
(trad. de S. Pufendorf, éd. fr. 1706)

- *Du Droit de la Guerre et de la Paix*
(trad. de H. Grotius, éd. fr. 1724)

J.-J. BURLAMAQUI

(1694-1748)

- *Principes du Droit naturel* (1747)

- *Principes du Droit politique* (1751)

E. de VATTEL

(1714-1767)

- *Le Droit des Gens ou Principes de
la Loi naturelle appliquée à la
Conduite des Nations et des
Souverains* (1758)

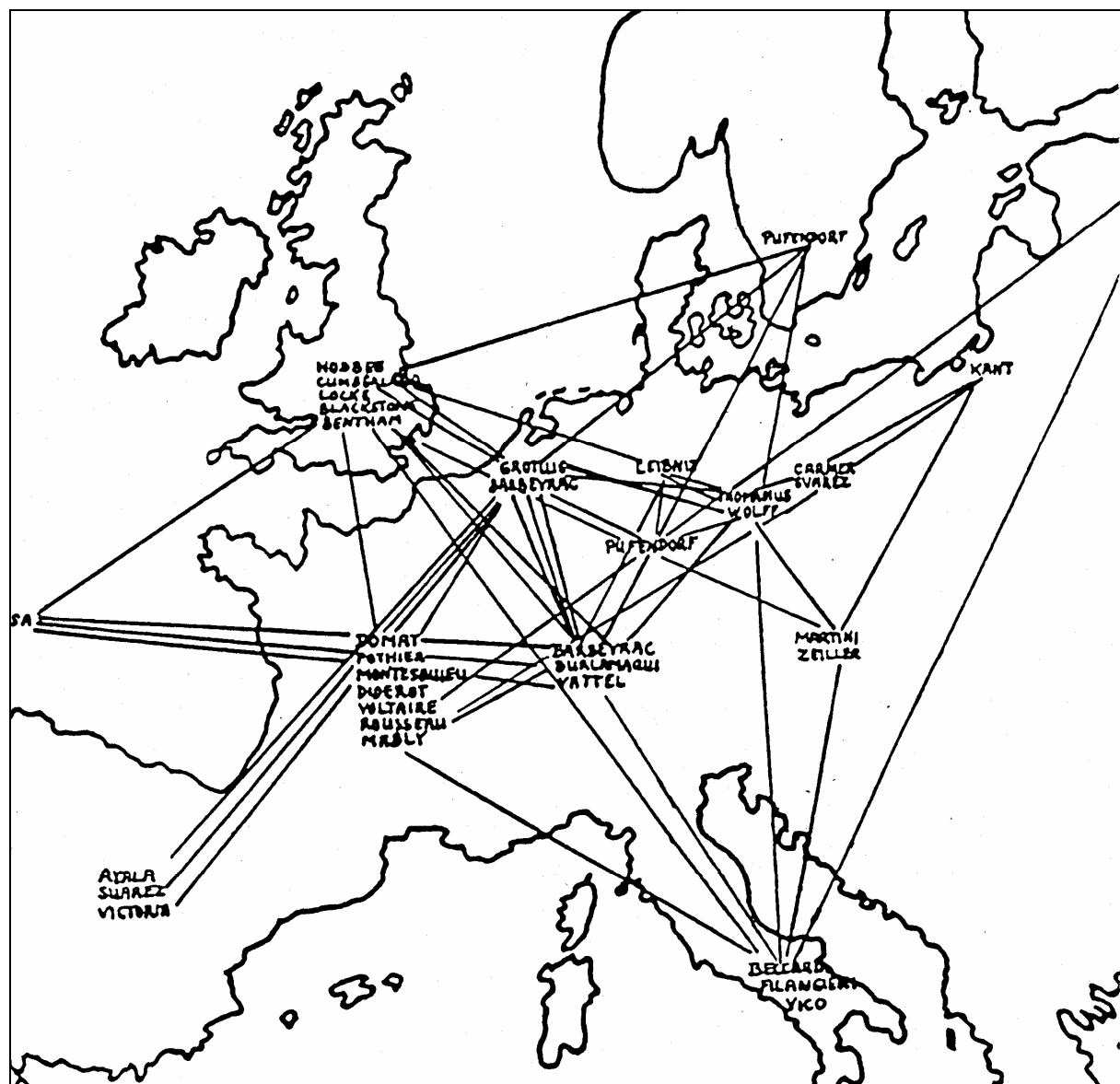
J.-J. ROUSSEAU

(1712-1778)

- *Discours sur l'Origine et les Fondements de l'Inégalité parmi les Hommes* (1754)

- *Du Contrat Social ou Principes du Droit politique* (1762)

L'ÉCOLE DU DROIT NATUREL MODERNE



d'après H. THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Bâle 1947

LES FONDEMENTS POLITIQUES ET INTELLECTUELS DE L'ÉCOLE DU DROIT NATUREL

III. Causae Autori operis scribendi

Bellandi licentiam moderandi

28. Ego cum ob eas quas jam dixi rationem compertissimum haberem, esse aliquod inter populos jus commune, quod & ad bella & in bellis valeret, cur de eo instituerem scriptionem causas habui multas ac graves. Videbam per christianum orbem vel barbaris gentibus pudendam bellandi licentiam levibus aut nullis de causis ad arme procurri, quibus semel sumtis nullam jam divini, nullam humani juris reverentiam, plane quasi uno edicto ad omnia scelora emisso furore (...).

Jurisprudentiam juvandi studium exemplo methodi

30. Simul & jurisprudentiam, quam antehac in muneribus publicis quanta potui integritate exercui, nunc quod mihi indigne e patrie tot meis laboribus ornata ejecto restabat, privatae diligentiae studio adjuvari volui. Artis formam ei imponere multi antehac destinarunt : perfecit nemo neque vero fieri potest, nisi, quod non satis curatum est hactenus, ea quae ex constituto veniunt a naturalibus recte separentur, nam naturalia, cum semper eadem sint, facile possunt in artem colligi illa autem, quae ex constituto veniunt, cum & mutantur saepe, & alibi alia sint, extra artem posita sunt, ut aliae rerum singularium perceptiones.

31. Quod si qui verae justitiae sacerdotes naturalis & perpetuae jurisprudentiae partes tractandas susciperent, semotis iis quae ex voluntate libera ortum habent, alius quidem de legibus, alius de tributis, alius de judicum officia, alius de voluntatum conjectura, alius de factorum facienda fide, posset deinde ex omnibus partibus collectis corpus confici.

H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, Paris 1625 - Prolegomena

28. Par les raisons, que je viens d'alléguer, j'étois depuis long tems tres-convaincu, qu'il y a un Droit commun à tous les Peuples, qui a lieu & dans les préparatifs, & dans le cours de la Guerre. Plusieurs raisons très-fortes me déterminent aujourd'hui à écrire là-dessus. J'ai remarqué de tous côtez, dans le Monde Chrétien, une licence si effrénée par rapport à la Guerre, que les Nations les plus barbares en devroient rougir. On court aux armes ou sans raison, ou pour de très-legers sujets : & quand une fois on les a en main, on foule aux pieds tout Droit Divin & Humain; comme si dès-lors on étoit autorisé, et fermement résolu à commettre toute sorte de crimes sans retenuë.

30. Une autre chose qui m'a engagé à écrire sur le Droit de la Guerre & de la Paix, c'est que me voiant banni indignement de ma Patrie, malgré tant de travaux par lesquels j'ai tâché de lui faire honneur, il me sembloit que, dans l'état de simple Particulier où je suis réduit, je ne pouvois rendre de meilleur service à la Jurisprudence, dont l'étude a fait mon occupation perpétuelle, pendant que j'étois dans des Emplois publics, que j'ai exercez avec toute l'intégrité dont je suis capable. Plusieurs auteurs ont eu dessein de réduire cette Science en svstème : mais personne n'en est venu à bout jusqu'ici. Et il faut avouer que cela n'est pas possible, tant qu'on ne fera pas une chose dont on ne s'est pas encore assez mis en peine, je veux dire, tant qu'on ne distinguera pas soigneusement ce qui est établi par la volonté des Hommes, d'avec ce qui est fondé sur la Nature. Car les Loix Naturelles étant toujours les mêmes, peuvent aisément être ramenées aux règles de l'Art : mais celles qui doivent leur origine à quelque Etablissement Humain étant différentes selon les lieux, & changeant souvent dans un même endroit, ne sont pas susceptibles de système méthodique, non plus que les autres idées de choses particulières.

31. Si ceux qui se sont dévouez à l'étude de la véritable Justice, entreprennent d'expliquer exactement les diverses parties de cette Jurisprudence Naturelle, commune à tous les tems & en tous les lieux, ensorte qu'ils missent bien à quartier tout ce qui dépend d'une volonté arbitraire, & que l'un traitât sur ce pié-là des *Loix*, l'autre des *Tributs*, l'autre du *Devoir des Juges*, un autre des *conjectures* par lesquelles on peut découvrir l'intention de l'Auteur de quelque Acte, un autre des *Preuves & des Présomtions* en matière de faits; on auroit-là enfin de quoi faire un Corps complet, de tous ces *Traitez* particuliers joints ensemble.

CESARE BECCARIA, *DEI DELITTI E DELLE PENE*, 1764

Introduzione

Si sono conosciute le vere relazioni fra il sovrano e i sudditi, e fralle diverse nazioni; il commercio si è animato all'aspetto delle verità filosofiche rese comuni colla stampa, e si è accesa fralle nazioni una tacita guerra d'industria la più degna di uomini ragionevoli. Questi sono frutti che si debbono alla luce di questo secolo, ma pochissimi hanno esaminata e combattuta la crudeltà delle pene e l'irregolarità delle procedure criminali, parte di legislazione così principale e così tracurata in quasi tutta l'Europa, pochissimi, rimontando ai principii generali, annientarono gli errori accumulati di più secoli, frenando almeno, con quella sola forza che hanno le verità conosciute, il troppo libero corso della mal diretta potenza, che ha dato fin'ora un lungo ed autorizzato esempio di fredda atrocità. E pure i gemiti dei deboi, sacrificati alla crudele ignoranza ed alla ricca indolenza, i barbari tormenti con prodiga e inutile severità moltiplicati per delitti o non provati, o chimeri, la squallidezza e gli orrori d'una prigione, aumentati dal più crudele carnefice dei miseri, l'incertezza, doveano scuotere quella sorta di magistrati che guidano le opinioni delle menti umane.

L'immortale Presidente di Montesquieu ha rapidamente scorso su di questa materia. L'indivisibile verità mi ha forzato a seguire le tracce luminose di questo grand'uomo, ma gli uomini pensatori, pe' quali scrivo, sapranno distinguere i miei passi dai suoi. Me fortunato, se potrò ottenere, com'esso, i segreti ringraziamenti degli oscuri e pacifici seguaci della ragione, e se potrò ispirare quel dolce fremito con cui le anime sensibili rispondono a chi sostiene gl'interessii della umanità!

Introduction de l'auteur

A l'apparition de ces vérités philosophiques, répandues grâce à l'imprimerie, on a pris conscience des véritables relations entre le souverain et les sujets et entre les diverses nations ; le commerce s'est animé, et, entre les peuples, s'est allumée, sans violence, une guerre d'industrie, la plus humaine et la plus digne d'hommes raisonnables. Tels sont les fruits que nous devons aux lumières de ce siècle. Mais il s'est trouvé bien peu de gens pour envisager et combattre la cruauté des châtimens et l'irrégularité des procédures criminelles, cette partie si essentielle de la législation, et si négligée dans presque toute l'Europe ; il s'en est trouvé bien peu pour détruire, en remontant aux principes généraux, les erreurs accumulées depuis plusieurs siècles, ou pour refréner du moins, avec la seule force des vérités reconnues, le cours trop libre d'une puissance dévoyée qui a donné trop longtemps l'exemple, réputé légitime, d'une froide atrocité. Et pourtant les gémissements des faibles, sacrifiés à la cruelle ignorance et à l'indolence des riches, les supplices barbares prodigués avec une inutile sévérité pour des fautes non prouvées ou chimériques, les sombres horreurs d'une prison, accrues par le plus sinistre bourreau des malheureux, l'incertitude, auraient dû ébranler ceux qui exercent, comme une magistrature, la direction des opinions humaines.

L'immortel président de Montesquieu a passé rapidement sur cet objet. La vérité, qui est indivisible, m'a forcé à suivre les traces lumineuses de ce grand homme, mais ceux qui réfléchissent et pour lesquels j'écris sauront distinguer mes pas des siens. Heureux serai-je si je puis obtenir comme lui la secrète reconnaissance des partisans obscurs et pacifiques de la raison et inspirer ce doux frémissement par lequel les âmes sensibles répondent à qui défend les intérêts de l'humanité.

CESARE BECCARIA, *DEI DELITTI E DELLE PENE*, 1764 (suite)

§ V *Oscurità delle leggi.*

Se l'interpettazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpettazione, e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico. Che dovremo pensare degli uomini, riflettendo esser questo l'inveterato costume di buona parte della colta ed illuminata Europa ! Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fralle mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni.

Una conseguenza di quest'ultime riflessioni è che senza la scrittura una società non prenderà mai una forma fissa di governo, in cui la forza sia un effetto del tutto e non delle parti e in cui le leggi, inalterabili se non dalla volontà generale, non si corrompano passando per la folla degl'interessi privati.

C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, 1764

§ V. OBSCURITÉ DES LOIS

Si l'interprétation des lois est un mal, l'obscurité qu'entraîne cette interprétation en est évidemment un autre, qui sera encore bien plus grand si les lois sont écrites en un langage étranger au peuple et qui le met dans la dépendance d'un petit nombre d'hommes, sans qu'il puisse juger par lui-même ce qu'il adviendra de sa liberté et de celle des autres. Il en irait autrement s'il lisait une langue qui lui soit familière et qui donne à ce livre solennel et public un caractère pour ainsi dire privé et domestique. Quelle opinion peut-on avoir des hommes si l'on réfléchit que c'est là, cependant, l'abus invétéré d'une grande partie de l'Europe cultivée et éclairée ! Plus il y aura de gens qui comprendront le code sacré des lois et qui l'auront entre les mains, moins il se commettra de crimes, car il n'est pas douteux que l'ignorance et l'incertitude des châtimens viennent en aide à l'éloquence des passions.

Il résulte de ces dernières réflexions que, sans textes écrits, une société ne prendra jamais une forme de gouvernement fixe, où la force réside dans le tout et non dans les parties, et où les lois, ne pouvant être modifiées que par la volonté générale, ne se corrompent pas en passant par la foule des intérêts privés.

C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Traduction par M. Chevallier, Paris 1991

J. BENTHAM, INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION, 1780

Rédaction complète, voilà donc la première règle. Tout ce qui n'est pas dans le corps de lois ne sera pas loi. Il ne faut rien référer, ni à l'usage, ni à des lois étrangères, ni au prétendu droit naturel, ni au prétendu droit des gens. Le législateur qui adopte, par exemple, le droit romain, sait-il ce qu'il fait ? Peut-il le savoir ? N'est-ce pas un champ éternel de disputes ? N'est-ce pas d'un seul mot rendre à l'arbitraire tout ce qu'on a prétendu lui ôter ? Cet amalgame ne suffit-il pas pour corrompre tout un code ? Qu'on mette ensemble deux quantités, l'une finie, l'autre infinie, la somme en sera infinie: c'est un axiome de mathématiques.

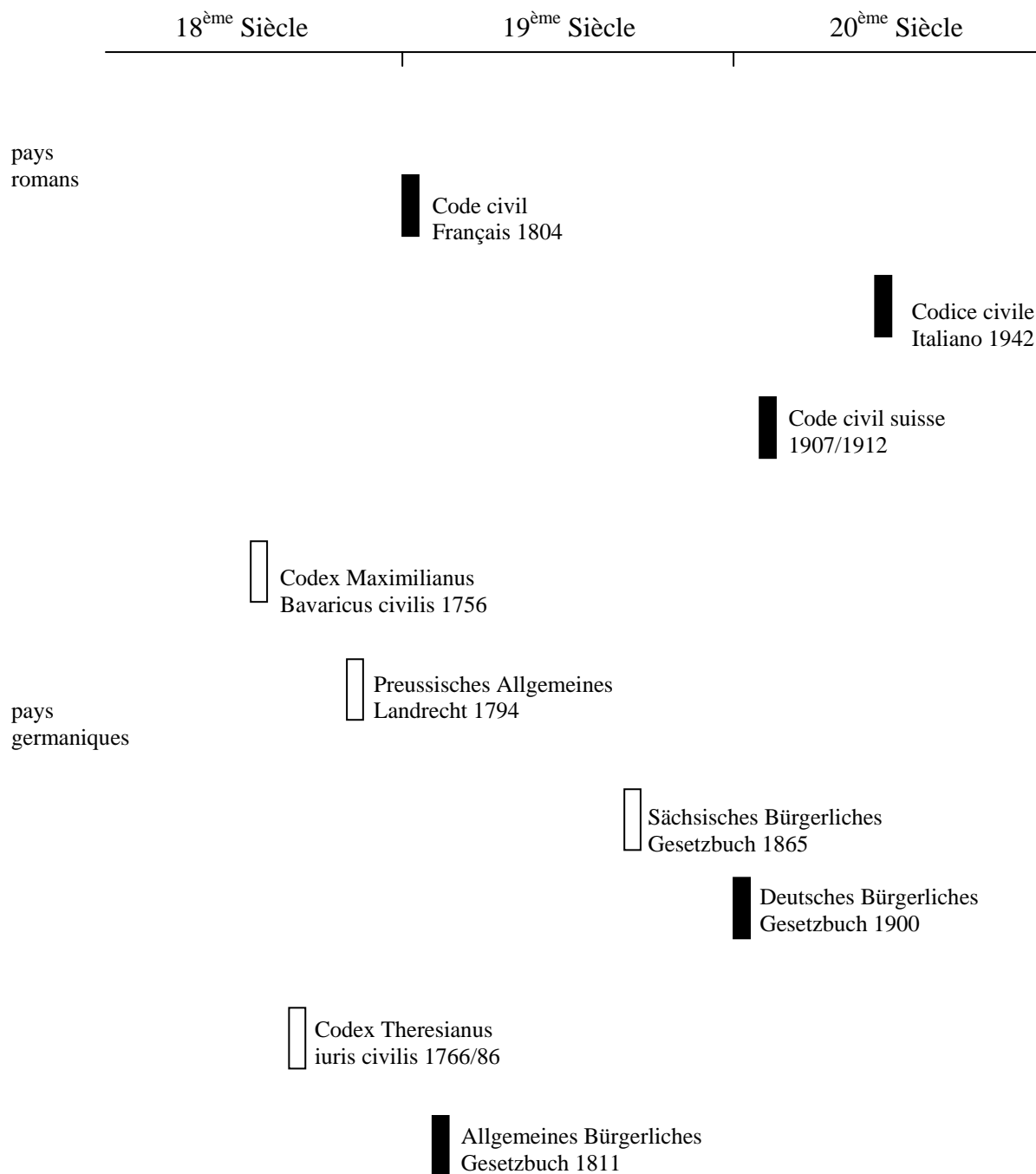
La loi écrite est la seule qui puisse mériter le nom de loi. La loi non écrite est à proprement parler une loi conjecturale, une fiction de loi. A la loi écrite il y a une base assurée, manifeste; il y a un législateur, il y a une volonté, il y a une expression de cette volonté, une époque connue de sa naissance. Une loi non écrite n'a rien de tout cela. Son origine est ignorée: elle va toujours en croissant: elle ne peut jamais être finies elle se modifie sans qu'on s'en aperçoive. Si elle a un législateur, c'est le juge lui-même; législateur dont les lois sont toutes particulières, et toujours et nécessairement ex post facto; législateur qui ne promulgue ses lois que par la ruine des individus sur qui elles portent.

La grande utilité de la loi, c'est la certitude; il n'y en a point, il ne saurait y en avoir dans la loi non écrite. Le citoyen, ne pouvant la trouver nulle part, ne peut la prendre pour son guide: il est réduit à des consultations, il assemble des avocats, il recueille autant d'opinions que sa fortune peut le lui permettre, et tout ce procédé ruineux n'aboutit le plus souvent qu'à créer de nouveaux doutes.

Il n'y a que la plus grande intégrité dans un tribunal qui puisse empêcher les juges de faire d'une loi non écrite un moyen continuel de faveur et de corruption.

Mais partout où elle existe, les hommes de loi en seront les défenseurs, et peut-être innocemment les admirateurs. On aime un moyen de puissance, un moyen de réputation, un moyen de fortune. On aime la loi non écrite, par la même raison que les prêtres d'Égypte aimaient leurs hiéroglyphes, par la même raison que les prêtres dans toutes les religions aiment les dogmes et les mystères.

TABLEAU DE COMPARAISON DES CODIFICATIONS DES PAYS LIMITROPHES DE LA SUISSE



FREDERIC II, DISSERTATION SUR LES RAISONS D'ÉTABLIR OU D'ABROGER LES LOIS

« Un corps de loi parfaite serait le chef-d'œuvre de l'esprit humain dans ce qui regarde la politique du gouvernement : on y remarquerait une unité de dessein et des règles si exactes et si proportionnées, qu'un Etat conduit par ces lois ressemblerait à une montre, dont tous les ressorts ont été faits pour un même but ; on y trouverait une connaissance profonde du cœur humain et du génie de la nation ; les châtimens seraient tempérés, de sorte qu'en maintenant les bonnes mœurs, ils ne seraient ni légers ni rigoureux ; des ordonnances claires et précises ne donneraient jamais lieu au litige ; elles consisteraient dans un choix exquis de tout ce que les lois civiles ont eu de meilleur, et dans une application ingénieuse et simple de ces lois aux usages de la nation ; tout serait prévu, tout serait combiné, et rien ne serait sujet à des inconvénients : mais les choses parfaites ne sont pas du ressort de l'humanité. »

FREDERIC II, « Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois » (1749), in *Œuvres complètes de Frédéric II*, Berlin, 1848, t. IX, p. 27

ALLGEMEINES LANDRECHT FÜR DIE PREUSSISCHEN STAATEN, II 2, Zweyter Theil, Zweyter Titel, Zweyter Abschnitt, 1794

§ 67 : Eine gesunde Mutter ist ihr Kind selbst zu säugen verpflichtet.

§67 : Une mère en bonne santé est obligée d'allaiter elle-même son enfant.

§ 68 : Wie lange sie aber dem Kind die Brust reichen solle, hängt von der Bestimmung des Vaters ab.

§68 : Pendant combien de temps elle doit allaiter dépend de la décision du père.

LE SYSTÈME DES INSTITUTIONS (GAIUS, IUSTINIANUS)

Introductio: De iure civile ac gentium

I. Ius quod ad personas pertinet

Omnes homines aut liberi sunt aut servi
Quaedam pesonae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt
subiectae

II. Ius quod ad res pertinet

Res in partimonio/extra patrimonio
Singularum rerum acquisitiones
Per univesitatem res nobis adquiruntur (successiones,
testamenta).
Obligationes ex contractu - ex delicto

III. Ius quod ad actiones pertinet

LA LOI LE CHAPELIER***Décret relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession des 14-17 juin 1791***

- Art. 1. – *L'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession, étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit.*
2. *Les citoyens d'un même état ou profession, les entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers et compagnons d'un art quelconque, ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer ni présidens, ni secrétaires, ni syndics, tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des réglemens sur leurs prétendus intérêts communs.*
 3. *Il est interdit à tous corps administratifs ou municipaux, de recevoir aucune adresse ou pétition sous la dénomination d'un état ou profession, d'y faire aucune réponse ; et il leur est enjoint de déclarer nulles les délibérations qui pourraient être prises de cette manière, et de veiller soigneusement à ce qu'il ne leur soit donné aucune suite ni exécution.*
 4. *Si, contre les principes de la liberté et de la constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers, prenaient des délibérations, ou faisaient entre eux des conventions tendant à refuser de concert ou à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations et conventions, accompagnées ou non du serment, sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la déclaration des droits de l'homme, et de nul effet ; les corps administratifs et municipaux seront tenus de les déclarer telles. Les auteurs, chefs et instigateurs qui les auront provoquées, rédigées ou présidées, seront cités devant le tribunal de police, à la requête du procureur de la commune, condamnés chacun en cinq cents livres d'amende, et suspendus pendant un an de l'exercice de tous droits de citoyen actif, et de l'entrée dans les assemblées primaires.*

[...]

CODE CIVIL : PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT (DE L'AN VIII, 1800)

Livre Préliminaire : Du Droit et des Lois

Titre I^{er} : *Définitions générales.*

Art. 1^{er} : Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.

Art. 2 : Tout peuple reconnaît un droit extérieur ou des gens, et il a un droit intérieur qui lui est propre.

Art. 3 : Le droit extérieur ou des gens est la réunion des règles qui sont observées par les diverses nations, les unes envers les autres.

Dans le nombre de ces règles, les unes sont uniquement fondées sur les principes de l'équité générale ; les autres sont fixées par des usages reçus ou par des traités.

Les premières forment le droit des gens naturel ; les secondes, le droit des gens positif.

Art. 4 : Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois.

Art. 5 : La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune.

Art. 6 : La loi, chez tous les peuples, est une déclaration solennelle du pouvoir législatif sur un objet de régime intérieur et d'intérêt commun.

Art. 7 : Elle ordonne, elle permet, elle défend, elle annonce des récompenses et des peines. Elle ne statue point sur des faits individuels ; elle est présumée disposer, non sur des cas rares ou singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses.

Elle se rapporte aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité commune des personnes.

CODE CIVIL : DISCOURS PRÉLIMINAIRE prononcé par PORTALIS lors de la présentation du projet (an XI, 1803)

La France, autrefois divisée en pays coutumiers et en pays de droit écrit, était régie, en partie par des coutumes, et en partie par le droit écrit. Il y avait quelques ordonnances royales communes à tout l'empire... Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations, en se succédant, se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé, et l'avenir au présent, et qui font qu'un peuple, à moins qu'il ne soit exterminé, ou qu'il ne tombe dans une dégradation pire que l'anéantissement, ne cesse jamais, jusqu'à un certain point, de se ressembler à lui-même. Nous avons trop aimé, dans nos temps modernes, les changements et les réformes ; si, en matière d'institutions et de lois, les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent le théâtre des excès...

Telles sont les principales bases d'après lesquelles nous sommes partis dans la rédaction du projet de Code civil. Notre objet a été de lier les mœurs aux lois, et de propager l'esprit de famille, qui est si favorable, quoi qu'on en dise, à l'esprit de cité.

L'ÉCOLE DU DROIT HISTORIQUE

FONDATION ET ESSOR

G. HUGO

(1746-1844)

- *Lehrbuch des heutigen römischen Recht (1789)*
- *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts (1790)*
- *Lehrbuch des Naturrechts als Philosophie des positiven Rechts (1798)*
- *Civilistisches Magazin (1815)*

F. C. von SAVIGNY

(1779-1861)

- *Das Recht des Besitzes (1803, 1865)*
- *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814)*
- *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (6 vol. 1815-1831, 1834-1851)*
- *System des heutigen römischen Rechts (6 vol. 1840-1849)*

F. K. EICHHORN

(1781-1854)

- *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte (4 vol. 1808-1823)*
- *Einleitung in das deutsche Privatrecht (1823)*

J. GRIMM

(1785-1863)

- *Von der Poesie im Recht (1816)*
- *Deutsche Rechtsalterthümer (1828)*

G. F. PUCHTA

(1798-1840)

- *Das Gewohnheitsrecht (1828-1837)*
- *Cursus der Institutionen (1841)*
- *Vorlesung über das heutige römische Recht (1847)*

G. BESELER

(1809-1888)

- *Volksrecht und Juristenrecht (1843)*
- *System des gemeinen deutschen Privatrechts (1847)*

B. WINDSCHEID

(1817-1892)

- *Lehrbuch des Pandektenrechts (3 vol. 1862-1870, 1906)*

C. F. GERBER

(1823-1891)

- *Deutsches Privatrecht (1848-1849)*
- *Wissenschaftliches Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts (1846)*

O. von GIERKE

(1841-1921)

- *Das deutsche Genossenschaftsrecht (4 vol. 1868-1913)*
- *Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889)*
- *Deutsches Privatrecht (3 vol. 1895-1917)*

LES RAPPORTS DE DROIT ET LA VOLONTÉ

« ... Das Wesen des Rechtsverhältnisses wurde bestimmt als ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens. Wir haben also zunächst die Gegenstände aufzusuchen, worauf möglicherweise der Wille einwirken, also seine Herrschaft erstrecken kann; daraus wird eine Übersicht der verschiedenen Arten möglicher Rechtsverhältnisse von selbst folgen.

Der Wille kann einwirken erstlich auf die eigne Person, zweytens nach aussen, also auf dasjenige, was wir in Beziehung auf den Wollenden die äussere Welt nennen müssen; dieses ist der allgemeinste Gegensatz unter den denkbaren Gegenständen jener Einwirkung. Die äussere Welt aber besteht theils aus der unfreyen Natur, theils aus den dem Wollenden gleichartigen freyen Wesen, das heisst aus fremden Personen. Und so erscheinen uns, in bloß logischer Betrachtung der aufgeworfenen Frage, drey Hauptgegenstände der Willensherrschaft: die eigene Person, die unfreye Natur, fremde Personen; hiernach würden, wie es scheint, drey Hauptarten aller Rechtsverhältnisse angenommen werden müssen.

...

Blicken wir nun zurück auf den Punkt, wonvon diese unsre Untersuchung ausgieng, so finden wir drey Gegenstände, auf welche eine Herrschaft unsers Willens denkbar ist, und, diesen Gegenständen entsprechend, drey concentrische Kreise, worin unser Wille herrschen kann :

- 1) Das ursprüngliche Selbst. Ihm entspricht das sogenannte Urrecht, welches wir gar nicht als eigentliches Recht behandeln.
- 2) Das in der Familie erweiterte Selbst. Die hierin mögliche Herrschaft unsres Willens gehört nur theilweise dem Rechtsgebiet an, und bildet hier das Familienrecht.
- 3) Die äussere Welt. Die Herrschaft des Willens, die sich hierauf bezieht, fällt ganz in das Rechtsgebiet, und bildet das Vermögensrecht, welches wieder in das Sachenrecht und das Obligationenrecht zerfällt. ... »

« ... L'essence des rapports de droit est déterminée par le domaine où la volonté individuelle règne souverainement. Nous avons donc à chercher les objets sur lesquels notre volonté peut agir, c'est-à-dire étendre sa domination; la division des différents genres de rapport de droit n'est alors qu'une conséquence.

La volonté peut agir premièrement sur soi-même, deuxièmement vers l'extérieur, c'est-à-dire sur ce que nous désignons par rapport à l'agissant comme monde extérieur; ceci est la division la plus générale de tous les objets de nos actions. Le monde extérieur englobe en partie la nature dépourvue de liberté, en partie les êtres libres ressemblant à celui qui agit, c'est-à-dire d'autres personnes. Ainsi apparaissent, du point de vue purement logique, trois objets de nos actions volontaires: le soi-même, la nature dépourvue de liberté et les autres personnes.

...

Ainsi, on devrait, semble-t-il, admettre trois types principaux de rapports juridiques. ... Si nous nous retournons vers le point de départ de notre recherche, nous trouvons trois objets, sur lesquels notre volonté peut exercer une domination, et à ces objets correspondent trois cercles concentriques, dans lesquels notre volonté peut régner :

- 1) Le soi-même originaire. Il lui correspond le dit droit originaire que nous ne traitons pas comme un droit au vrai sens du terme.
- 2) Le soi élargi dans la famille. Ici, la possible domination de notre volonté n'appartient que partiellement au domaine du droit et forme le droit de la famille.
- 3) Le monde extérieur. La domination de la volonté tombe ici entièrement dans le domaine du droit et forme le droit du patrimoine qui se divise en droit des choses et droit des obligations. ... »

LE SYSTÈME DU CODE CIVIL ALLEMAND (BGB)

Livre premier: Partie générale

- Section 1 Personnes
- Section 2 Choses
- Section 3 Actes juridiques
- Section 4 Délais. Echéances
- Section 5 Prescription
- Section 6 Exercice des droits. Défense personnelle.
Justice personnelle
- Section 7 Constitution de sûretés

Livre II: Droit des obligations

- Section 1 Contenu des obligations
- Section 2 Obligations contractuelles
- Section 3 Extinction des obligations
- Section 7 Des rapports particuliers d'obligation

Livre III: Droit des biens

- Section 1 La possession
- Section 2 Dispositions générales relatives aux droits sur
les immeubles
- Section 3 De la propriété
- Section 5 Servitudes
- Section 8 Hypothèque. Dette foncière. Rente foncière

Livre IV: Droit de la famille

- Section 1 Mariage civil
- Section 2 La parenté
- Section 3 Tutelle

Livre V: Droit successoral

ETAT DES CODIFICATIONS DANS LES CANTONS SUISSES AVANT L'ADOPTION DU CODE CIVIL SUISSE DE 1907

A. Codes influencés par le code civil français de 1804

1. Canton de Genève (1804)
2. Jura bernois (1804)
3. Canton de Vaud (1819)
4. Canton du Tessin (1837)
5. Canton du Valais (1853 / 1854)
6. Canton de Neuchâtel (1854 / 1855)

B. Codes influencés par le code civil autrichien de 1811 (ABGB)

1. Canton de Berne (1824-1830)
2. Canton de Lucerne (1831-1839)
3. Canton de Soleure (1841-1847)
4. Canton d'Argovie (1848 / 1856)

C. Codes influencés par le code civil zurichois de 1853 / 1855

(J. C. Bluntschi / Ecole historique allemande)

1. Canton de Thurgovie (1858-1860)
2. Canton de Schaffhouse (1864 / 1866)
3. Canton de Glaris (1869 / 1874)

D. Codes aux influences multiples

1. Canton de Fribourg (1834-1850) [droit coutumier d'inspiration germanique, code civil français]
2. Canton de Nidwald (1853) [codes zurichois et lucernois]
3. Canton de Zoug (1861) [codes zurichois, grison et lucernois]
4. Canton des Grisons (1862) [code zurichois, ALR, code civil français et ABGB]

E. Cantons sans codification

1. Canton d'Uri
2. Canton de Schwyz
3. Canton d'Obwald
4. Canton d'Appenzell (Rhodes intérieures et Rhodes extérieures)
5. Canton de Bâle (Bâle-Ville et Bâle-Campagne)
6. Canton de Saint Gall

LE SYSTÈME DU CODE CIVIL SUISSE (CCS)

Titre préliminaire

Livre premier

droit des personnes

Titre premier

des personnes physiques

Titre II

des personnes morales

Livre deuxième

droit de la famille

Première partie

des époux

Deuxième partie

des parents

Troisième partie

de la tutelle

Livre troisième

des successions

Première partie

des héritiers

Deuxième partie

de la dévolution

Livre quatrième

des droits réels

Première partie

de la propriété

Deuxième partie

des autres droits réels

Troisième partie

de la possession et du registre foncier

LE SYSTÈME DU CODE CIVIL SUISSE (SUITE)

| | |
|------------------------|---|
| Livre cinquième | Droit des obligations |
| Première partie | Dispositions générales |
| Titre premier | De la formation des obligations |
| Chapitre I | Des obligations résultant d'un contrat |
| Chapitre II | Des obligations résultant d'actes illicites |
| Chapitre III | Des obligations résultant de l'enrichissement illégitime |
| Titre II | De l'effet des obligations |
| Chapitre I | De l'exécution des obligations |
| Chapitre II | Des effets de l'inexécution des obligations |
| Chapitre III | De l'effet des obligations à l'égard des tiers |
| Titre III | De l'extinction des obligations |
| Titre IV | Des modalités des obligations |
| Chapitre I | Des obligations solidaires |
| Chapitre II | Des obligations conditionnelles |
| Chapitre III | Des arrhes, du dédit, des retenues de salaire et de la clause pénale |
| Titre V | De la cession des créances et de la reprise de dette |
| Deuxième partie | Des diverses espèces de contrats |

LA SYSTÉMATIQUE DU CCS

La question de l'**ordre des matières** n'était pas intacte. Le code fédéral des obligations, étant déjà en vigueur, ne pourrait s'adapter purement et simplement, sans recevoir aucune modification, à un code embrassant les autres parties du droit civil. Au contraire, le droit des obligations devra être incorporé au nouveau code, après avoir subi les changements qui seront reconnus nécessaires ou utiles. On ne pourra prendre une décision définitive à ce sujet que lorsque le texte du présent projet sera arrêté. En tout cas, le droit des obligations demeure une partie se rattachant au projet actuel, et il en formera le dernier livre. Mais, indépendamment de cette circonstance, nous estimons que l'ordre des matières doit différer de celui qui a prévalu dans le système du droit commun. Le droit des personnes et le droit de la famille comprennent les institutions mêmes, sur lesquelles reposent tous les droits relatifs aux biens. A la vérité, elles se rapportent à toutes les catégories de droits, et c'est pourquoi l'opinion dominante voudrait qu'un code organisât, en premier lieu, le statut réel et ne traitât qu'en seconde ligne des personnes et de la famille. Mais le principe, qui doit nous déterminer ici, ne peut être de passer toujours du connu à l'inconnu. Le code ne sera pas un livre de lecture, mais une œuvre à consulter, et dans laquelle la première partie, aussi bien que la dernière, implique l'existence de l'ensemble. On peut donc négliger entièrement ce principe et envisager seulement la question de la distribution des matières qu'on doit supposer connues. En établissant ainsi la préséance accordée aux institutions qui constituent la base du droit civil dans son ensemble, la personne et la famille, nous arriverons à constater que la seconde grande division du code doit comprendre la législation concernant les biens, dans ses deux parties, droits réels et obligations. Mais le droit des successions, étroitement uni à la famille, prend sa place immédiatement après le statut personnel, comme un complément de l'organisation des fondements mêmes du droit civil, eu égard à la suite des générations. Cet ordre des matières : Personnes, famille, successions, droits réels, obligations, est celui qui correspond le mieux à la tradition historique ; il pourra être adopté par la doctrine pour un exposé systématique de notre droit civil, bien mieux que la méthode généralement admise. La science moderne en ne donnant pas au droit des personnes et de la famille la place qui lui revenait a été amenée, par la-même, à le négliger. Les trois premiers livres nous donnent ainsi les parties qui, parentes du droit public, embrassent toute l'organisation des droits privés. Les deux derniers livres forment en quelque sorte la substance de cette organisation, le détail de ce qui a trait au développement de ces droits.

La seconde question était celle de savoir s'il y avait lieu d'introduire dans le projet une **partie générale**. Nous l'avons résolue négativement, bien que la science du droit civil moderne et, avec elle, le code civil pour l'empire d'Allemagne en aient décidé autrement. Nous croyons que notre solution est celle qui répond le mieux à nos besoins.

LE STATUT JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE

a) **Dépendance personnelle des époux.** L'individualité des époux dans l'union conjugale doit être reconnue d'une façon formelle. Pour le mari, ceci n'est pas douteux et correspond à nos traditions juridiques ; mais il n'en est pas de même en ce qui concerne la femme. Il sied donc de se demander jusqu'à quel point la législation nouvelle peut concilier les idées "féministes" avec les exigences du mariage.

Au commencement du siècle passé, la tutelle du sexe était regardée, en Suisse, ainsi que dans tous les pays voisins, comme une nécessité théorique et pratique. C'était là une action qui avait sa source dans les mœurs patriarcales, mais assez tyranniques, des 17^e et 18^e siècles ; elle était moins sévère au "moyen-âge" ; cfr. *Schweiz. Privatrecht IV*, p. 290 et suiv. Depuis près de cinquante ans, on a commencé en Suisse à revenir à des idées plus généreuses. Le développement de la vie commerciale et industrielle a obligé les cantons à promulguer l'un après l'autre des lois dites "d'émancipation", si bien que la loi fédérale de 1881, en accordant à la femme la pleine capacité civile, n'a aboli la tutelle du sexe que dans cinq cantons (*Schweiz. Privatrecht I*, p. 131).

Ce mouvement ne tendait qu'à l'émancipation de la femme non mariée, célibataire ou veuve ; quant à la femme mariée, nos législations ont, en somme, maintenu jusqu'à cette heure la tutelle maritale. Mais est-elle justifiée ?

On réclame généralement, et la suppression de la tutelle maritale, et, à titre de corollaire, l'institution du régime de la séparation de biens. Néanmoins, les deux innovations ne sont pas nécessairement connexes, comme le prouvent la nouvelle législation italienne, dans laquelle la séparation de biens se greffe sur la tutelle maritale, et le droit bernois qui ne permet pas à la veuve, pourvue de la capacité civile, de disposer librement de ses biens. La question est notablement simplifiée, et la solution en est rendue plus facile, dès l'instant où l'on distingue la capacité civile personnelle des restrictions que le mariage lui-même impose aux conjoints. Il devient possible alors de concilier les points de vue opposés, à condition qu'ils tendent tous à la constitution d'une famille fortement unie ; à cette fin, il faudra, d'une part, reconnaître en principe la capacité civile du mari et de la femme, mais établir, d'autre part, les restrictions commandées soit par les rapports personnels des époux, soit par le régime matrimonial.

Selon nous, la capacité civile de la femme mariée doit être admise. On ne voit pas pourquoi une femme serait placée sous tutelle par le fait de son mariage, alors qu'auparavant elle possédait l'exercice des droits civils. Son mariage ne l'a dépouillée ni de son intelligence ni, en particulier, de son expérience des affaires ; un observateur attentif constatera même souvent le contraire. N'oublions pas, qu'en droit actuel, la femme mariée peut exercer un commerce ou une industrie, à la seule condition que son mari l'y autorise expressément ou tacitement. Si la capacité civile est reconnue en faveur de la femme mariée, elle lui conférera le droit de s'obliger personnellement par contrat, durant le mariage, et d'exercer un commerce ou une industrie. Mais cette liberté dépendra toujours des restrictions légales ou conventionnelles que la femme s'est imposées en se mariant.