



HAL
open science

**Le Code civil portugais de 1867 est-il un code “ français ”
” ou un “ anti-code ” français ? Eléments de réponse à
travers la doctrine de son rédacteur : Antonio Luis de
Seabra**

Oscar Ferreira

► **To cite this version:**

Oscar Ferreira. Le Code civil portugais de 1867 est-il un code “ français ” ou un “ anti-code ” français ?
Eléments de réponse à travers la doctrine de son rédacteur : Antonio Luis de Seabra. *Revue historique
de droit français et étranger*, 2014, vol. 92 (n°1), pp. 55-98. hal-01550247

HAL Id: hal-01550247

<https://hal.science/hal-01550247v1>

Submitted on 21 Apr 2020

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.

Le Code civil portugais de 1867 est-il un code « français » ou un « anti-code » français ? Éléments de réponse à travers la doctrine de son rédacteur : Antonio Luis de Seabra

par Oscar Ferreira

« [...] nous désirons que le livre de la loi soit le livre de la doctrine, et que le livre de la doctrine soit le livre de la loi. Ceux qui suivent une autre opinion répètent le fameux aphorisme prononcé par Napoléon au Conseil d'Etat, lors de la discussion du code français : *un code n'est pas un livre de doctrine, comme un livre de doctrine n'est pas un code*. Mais Napoléon était une intelligence trop élevée pour donner à ces paroles le sens que certains prétendent aujourd'hui lui attribuer. Napoléon ne faisait que reproduire, en français, ce qui avait été écrit à maintes reprises par le passé. *Lex jubeat, non disputet*, disait Sénèque dans une de ses épîtres ; et le Code wisigothique : *nec legislator desceptatione debet uti, sed jure* »¹. En affichant sa préférence pour un code à la fois accessible au commun et à l'usage des professeurs de droit, Antonio Luis de Seabra (1798-1895) devait exposer avec emphase l'approche doctrinale du projet qui finira par devenir le premier Code civil portugais. Sa défense trouve toujours appui sur des références puisées dans la pensée juridique française, ainsi que dans la culture et le droit romains. Encore convient-il de relever que ces apports extérieurs nourrissent une réflexion critique. Selon Seabra, le Code civil des Français avait failli dans sa tentative, au point de brocarder Louis-Napoléon Bonaparte quant à l'éventualité d'un Code français à vocation universelle : « Les imperfections du code français sont infinies ; et il est possible de deviner, d'après ce que nous avons relevé dans cette matière [le droit des contrats], ce qu'il en sera dans d'autres branches du droit. Et pourtant, c'est bien ce code que le Président de la République française considérait comme capable de dédommager les Romains pour la perte de leur liberté !! Nous voyons bien que Louis Bonaparte est autant expert en droit civil qu'en droit public et des gens »². Dans ces conditions, le Code civil de 1867 auquel Seabra devait donner naissance, se proposait-il, expressément, de mettre un terme définitif à toute exportation du Code Napoléon et au prétendu « modèle juridique français » ?

Bien qu'osée, cette thèse n'en demeure pas moins tacitement présente à l'esprit des juristes français à peine défaits de leurs illusions. Elle explique en partie le sentiment dépréciatif qu'ils expriment à l'encontre du premier code civil étranger du XIX^e siècle à oser s'émanciper quelque peu du Code Napoléon. Privatistes comme historiens du droit, toujours prisonniers d'un climat intellectuel visant à célébrer le modèle juridique français et son influence dans le monde, tendent par conséquent soit à minimiser la dissonance³ et plus encore l'originalité du Code portugais⁴, soit à évincer soigneusement toute référence à ce dernier⁵. Les recherches en droit comparé, cédant à la « complaisance » et à « l'autosatisfaction »⁶, obscurcissent d'autant plus ce voile. Le Code civil

¹ A. L. de Seabra, *Apostilla a censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do projecto de codigo civil*, n°1, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858, p. 9. Les traductions seront assurées par nos soins.

² A. L. de Seabra, *A propriedade. Philosophia do direito, para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos foraes*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1850, p. 242, en note. Ouvrage désormais cité *Philosophia do direito*. Seabra vise sans doute ici le panégyrique que le futur Napoléon III livrait dans ses *Idées napoléoniennes*.

³ A l'instar de Jacques Bouineau qui note : « De manière générale, et en dépit de quelques critiques comme celles de Cunha Gonçalves, le Code civil français jouit d'un grand prestige, ici comme ailleurs et pour les mêmes raisons ». *200 ans de Code civil*, Paris, ADPF, 2004, p. 80. L'auteur a toutefois le mérite de mentionner l'existence des multiples tentatives antérieures de codification portugaise en 1778/79, 1820, 1826, 1835 et, surtout, en 1845 ; en préférant se recentrer sur l'élaboration d'un code pénal, ce dernier avortement va précisément profiter à Seabra en 1850.

⁴ Pour Jean-François Gerkens, le Code civil portugais de 1867 « appartient dans ses lignes essentielles à la grande famille des codes du type français ». *Droit privé comparé*, Bruxelles, De Boeck & Larquier, 2007, p. 182. Appréciations identiques au sein du *Traité de droit comparé* de P. Arminjon, B. Nolde et M. Wolff (Paris, LGDJ, 1950, tome I, p. 160 et s.) ou, pour prendre un exemple portugais, chez A. Menezes Cordeiro, « Le Portugal », in *La circulation du modèle juridique français*, Paris, Litec, 1994, p. 105 et s.

⁵ Par exemple, J. Bart, « Le Code Napoléon, un code à vocation européenne ? », in J.-Ph. Durant/B. Winiger (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 65-77.

⁶ Selon A. Cabanis, « Le code hors la France », in B. Beigner (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 33.

portugais de 1867, dit « Code Seabra », est en effet souvent présenté comme un code au croisement de plusieurs influences ayant malgré tout pour point commun l'École moderne du droit naturel : celle du Code général prussien de 1794 et de l'ABGB autrichien de 1811 d'un côté ; celle du Code civil des Français et de son « calque » italien de l'autre, perceptible pour beaucoup dans sa structure et son contenu. Ces emprunts divers témoigneraient ainsi du déclin précoce de l'aura mais aussi de la pérennité de l'œuvre française⁷, elle qui devait largement survivre à Bonaparte et jouer dans le monde le rôle autrefois tenu par les compilations de Justinien⁸. Les Français préfèrent par conséquent étudier voire célébrer les cas bolivien, japonais et plus encore roumain, pays qui eurent pour projet d'introduire directement le Code Napoléon dans leurs contrées, au mépris des particularismes locaux. Compte tenu de cet état d'esprit, seule une méconnaissance répandue les conduisit à ne pas aborder le cas du Portugal où il fut aussi question, en 1808, d'appliquer tel quel le Code français : l'Empereur, alors à Bayonne, le désire ardemment, ce qui se note à travers deux lettres adressées au Général Junot où il l'enjoint d'imprimer et de publier « son » Code, après traduction⁹ ; tentative avortée, par trop dépendante des réussites et des déroutes de l'armée impériale¹⁰, mais qui eut ses partisans portugais, le Code étant effectivement traduit par l'avocat José Joaquim Ferreira de Moura¹¹. De son côté, Junot se montrait dubitatif, en raison du caractère inadapté de la législation française à la mentalité et au climat portugais : « Je crois qu'il y aurait de grands inconvénients à publier les différents codes de lois dans ce moment. Les lois de ce pays sont trop différentes des nôtres, particulièrement pour ce qui regarde les héritages : il me faudrait ici quelques hommes forts sur cette matière, qui puissent débrouiller l'organisation législative actuelle et présenter à V. M. les inconvénients ou le bénéfice de la promulgation des nouveaux codes, ou indiquer les changements que les localités et le Génie du pays doivent y apporter »¹².

Le débat esprit des siècles/esprit de système attendra son heure. Car, dans l'immédiat, un autre apport du recours au droit comparé nous motive : tel un miroir déformé, le droit comparé permet de révéler et ainsi de saisir l'esprit qui anime notre propre droit, d'en saisir les failles ou de mettre en lumière ses réelles fondations doctrinales, même cachées. Selon Horatia Muir Watt, « il s'agit donc de révéler ce que le droit a construit, d'idéologique, la part qu'il comporte de représentations inconscientes d'une communauté, de conditionnement culturel ou de stratégies de pouvoir de ceux qui le font ou l'appliquent »¹³. Or, si cette vocation et si cet avantage du droit comparé ne peuvent le cantonner à une science en légitimant sa propension à devenir lui aussi un art, autrement dit du « vrai » droit¹⁴, ils permettent aussi de livrer quelque éclairage pertinent à même de résoudre ou du moins de fournir des éléments de réponse à certaines controverses.

Celle qui nous motivera ici concerne principalement l'idée de code « français ». Il ne s'agit nullement de remettre en cause la particularité du Code civil de 1804. Notre interrogation portera sur deux autres thèmes : qu'est-ce qu'un « code » français ? Qu'est-ce qu'un code « français » ? De façon moins absconse, il s'agit de comprendre deux choses. D'une part, si un code étranger doit

⁷ Annonçant ainsi le mouvement général de « recodification » de la fin du XIX^e siècle, détaché du modèle français. Voir J.-L. Halpérin, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004, pp. 66-68.

⁸ M. Grimaldi, « L'exportation du Code civil », in *Pouvoirs*, n°107, 2003, p. 85. Notons toutefois une erreur de date : l'article parle du Code civil portugais de 1865, année qui correspond en fait à la dernière mouture du projet de code civil confectionné par Seabra.

⁹ Lettre au Gal Junot, 15 mai 1808, in *Correspondance de Napoléon I^{er} publiée par ordre de l'empereur Napoléon III*, Paris, H. Plon/J. Dumaine, 1865, t. XVII, n°13896, p. 134 ; Lettre au Gal Junot, 3 juin 1808, n° 14053, in *Ibid.*, p. 262.

¹⁰ Voir le numéro spécial « Le Portugal et Napoléon » de la revue *Rives méditerranéennes*, n°36, 2010/2 (qui dissipe bien des légendes et revient sur les échecs successifs en terres lusitaines) et surtout A. Chr. Araujo, « Revoltas e Ideologias em conflito durante as Invasões francesas », in *Revista de Historia das Idéias*, vol. 7, 1985, pp. 7-90.

¹¹ Information non notée par J.-L. Halpérin, « Deux cent ans de rayonnement du Code civil des Français ? », in *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n°1-2, 2005, p. 235.

¹² Lettre à Napoléon I^{er}, 24 mai 1808, in Chr. Ayres de Magalhães Sepulveda, *Historia orgânica e politica do exército português*, Coimbra, 1917, volume XII (*O diario de Junot na primeira invasão francesa em Portugal*), p. 201.

¹³ H. Muir Watt, « Le discours du Code. Regard comparatiste », in *Droits*, n°42, 2006, pp. 131-132.

¹⁴ E. Picard, « Le droit comparé est-il du « droit » ? », in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009, pp. 173-251.

impérativement s'insérer dans cette typologie des « codes » français à partir du moment où il suit la méthode et l'état d'esprit du Code civil des Français, érigé de ce fait au rang de modèle juridique. Approche péripatéticienne, si l'on veut, où la forme du code prime sur le fond. D'autre part, si un code peut être qualifié de français si son auteur se contente d'emprunts au droit ou à la pensée juridique française, tout en niant au Code de 1804 sa qualité de modèle et en n'hésitant pas à faire preuve d'originalité. Approche stoïcienne en quelque sorte, qui s'attacherait plus à la « matière première » de ce corps juridique que l'on se propose de constituer tout en confectionnant de nouveaux moules, quitte à rechercher ouvertement à en détruire les anciens. Le concept « d'anti-code » peut alors être tenté, en se demandant s'il ne s'agit pas de réaliser une codification doublement réparatrice : un premier baume viendra, comme l'espérait une partie de l'Ecole germaniste menée par Reyscher et Beseler, apaiser une violence originelle (liée, pour le cas portugais, à la réception du droit romain et, dans une moindre mesure qu'il faudra en outre expliquer, du droit français) afin d'effectuer un retour à soi-même ; un second baume se chargera, au contraire, de purger le propre droit français ou, à tout prendre, d'en isoler les éléments conformes à la raison, à l'équité et à la justice pour une utilisation ultérieure et pérenne.

Afin d'y répondre, nous ne proposerons pas ici une histoire de la codification au Portugal, même si elle reste pour une bonne part à écrire¹⁵. Le processus mérite toutefois d'être brièvement évoqué, afin de mettre en exergue la personnalité qui nous intéresse ici, le père de ce code : Seabra est en effet chargé de rédiger un projet de code civil par un décret du 8 août 1850, quelques mois à peine après la publication d'un ouvrage (*A propriedade. Philosophia do direito, para servir de introdução ao commentario sobre as leis dos foraes*) où il expose longuement sa philosophie du droit et sa méthode pour concevoir un ordonnancement raisonné du droit civil ; cette œuvre, citée par son auteur par son seul sous-titre¹⁶, renferme déjà le plan original du Code de 1867 et parcourt en vérité tout le droit privé¹⁷. Si Seabra devait initialement collaborer avec une commission de quatre professeurs de la Faculté de droit de Coimbra (Vicente Ferrer Neto Paiva, en qualité de président, Domingos José de Sousa Magalhães, Joaquim J. Pais da Silva et Manuel Coelho da Rocha), il préféra néanmoins travailler seul, à charge pour lui de présenter le résultat de son travail à cette même commission, augmentée pour l'occasion d'une quinzaine de membres. Ce projet de code civil, partiellement publié en 1857 et, dans une version complétée et corrigée, en 1858, devait encore subir les remarques et demandes de retouches de la part d'une autre commission chargée de la rédaction définitive. Bien que siégeant en son sein, Seabra jugera bon de répondre aux critiques des commissaires en diffusant plusieurs brochures nominatives : souvent techniques, ces « apostilles »¹⁸, aujourd'hui curieusement délaissées, méritent pourtant l'attention, car elles complètent utilement le livre consacré à la philosophie du droit¹⁹. Au terme de cette entreprise

¹⁵ Le sujet fait surtout l'objet d'études générales, visant à replacer la codification dans le cadre de l'histoire de la pensée juridique européenne. Voir en particulier Mario Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, Coimbra editora, 2003. La brève synthèse, d'une cinquantaine de pages, de Barbas Homem (*O movimento de codificação do direito em Portugal no século XIX. Aspectos gerais*, Lisbonne, Associação Academica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2007) peut tout au plus servir d'introduction à cette étude. De fait, les communications de professeurs portugais livrées lors de colloques consacrés à la codification présentent souvent plus d'informations : notre préférence va à celle de Barbosa de Magalhães, sobremment intitulée « Le Portugal », in *L'influence du Code civil dans le monde. Travaux de la Semaine Internationale de droit. Association Henri Capitant*, Paris, A. Pedone, 1954, pp. 632-663, en dépit d'une erreur monumentale d'entrée de jeu (le Code civil des Français promulgué en 1803...).

¹⁶ Ses apostilles de 1858-59 citent l'ouvrage sous deux noms alternatifs : *Philosophia do direito* ou *Philosophia do direito da propriedade*. Nous ferons de même, en consacrant la première de ces deux dénominations.

¹⁷ L'œuvre s'annonçait pourtant plus grande : l'ouvrage indique bien qu'il s'agit du « volume 1 », mais ne sera jamais continué pour des raisons que l'on devine liées à l'élaboration de son projet de code civil.

¹⁸ Il en existe six en tout : trois dirigées à Alberto de Moraes ; une (très courte compte tenu de leurs affinités doctrinales et philosophiques) à V. Ferrer Neto Paiva ; une à Joaquim José Paes da Silva ; celle, enfin, au brésilien Augusto Teixeira de Freitas, connu pour son influence sur les codifications brésilienne, argentine, uruguayenne et paraguayenne.

¹⁹ Et d'un intérêt, dans notre perspective, plus grand que le recueil des *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Projecto de código civil português*, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1869 en un seul volume, loin de la richesse du Fenet.

laissant libre cours aux professionnels du droit, et qui verra encore la publication de deux autres versions du projet en 1863 et en 1865²⁰, les *Cortes* n'apporteront que peu de modifications, les députés préférant se déchirer à propos de l'étendue du mariage civil²¹, délaissant presque totalement les autres matières. Promulgué le 1^{er} juillet 1867, année de l'abolition de la peine de mort au Portugal, le Code civil entre en vigueur le 22 mars 1868.

Le principal rédacteur s'identifie donc aisément, d'où le sobriquet du Code qui trahit peut-être aussi la volonté d'en découdre avec Napoléon. Sa personnalité, au demeurant, répond à l'idéal type du libéral bourgeois qui va finir par obtenir les rênes du pouvoir au Portugal. D'inspiration libérale²², mais avec un goût très prononcé pour les Idéologues français l'inclinant à adopter le sensualisme de Condillac et de Destutt de Tracy, Antonio Luis de Seabra connut une expérience politique riche en suivant les brisées d'un père qui siégea autrefois au sein des *Cortes* constituantes de 1820. Exilé en France sous le règne autoritaire de D. Miguel²³, cet ancien étudiant à la Faculté de droit de Coimbra devenu juge au *Tribunal da Relação* de Porto et même recteur de l'Université de Coimbra en 1866, intégra le parti conservateur progressiste. Notoirement hostile au socialisme et au communisme par crainte d'une « guerre sociale »²⁴, il parvint par la suite à devenir député puis ministre de la Justice sous le cabinet du maréchal Saldanha après 1851. La période politique auquel il participe, connue sous le nom de « Régénération », correspond à un âge d'or du libéralisme, parvenu à maturité au Portugal et désormais susceptible de fournir un appui solide au pouvoir politique : cette stabilité sera symbolisée, en droit public, par l'Acte additionnel de 1852 et, en droit privé, par le Code civil de 1867.

La régénération doit pourtant s'entendre dans un contexte philosophique particulier : celui du prétendu triomphe du krausisme entre 1844 et 1869, souvent présenté, à tort, comme une vulgate kantienne. Elle fait suite à une période de jusnaturalisme où brillèrent Wolff et son disciple Karl Anton von Martini, professeur de droit naturel à Vienne : de 1772 à 1843, ses *Positiones de lege naturali in usum auditorum* servit de *compendium* pour le cours de droit naturel institué par le marquis de Pombal, au point de devenir un « ouvrage classique dans les Universités de Portugal » selon Ortolan²⁵. Le krausisme portugais saura en tenir compte. Cette philosophie, parfois absconse et trop souvent réduite au concept de « panenthéisme » tant critiqué par l'Eglise²⁶, réservait pourtant une place centrale au droit : allant plus loin que Kant, Krause ne se contentait pas d'offrir au droit un rôle de tuteur de nos libertés extérieures dans le but d'assurer la coexistence des individus entre eux²⁷ ; il l'insérait dans une véritable téléologie : indissociable de l'éthique, le droit aide l'homme à se développer harmonieusement et à se réaliser en tant qu'être moral. Le Portugal

²⁰ L'accessibilité des sources a très récemment été facilité par le travail de numérisation opéré par l'Université de Nova Lisboa : ce fonds comprend l'ensemble des œuvres de Seabra (dont toutes les versions de son projet, ainsi que son projet de code civil brésilien), le décret de nomination ainsi que quelques lettres aux membres de la commission. Pour sa part, le site juristoria, des historiens du droit de Paris XII, abrite une version française du Code civil de 1867.

²¹ Voir plus spécifiquement S. Rodrigues, *A polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, Lisbonne, INIC, 1987.

²² D'où l'emploi, certes modéré, des grandes figures libérales. B. Constant n'est cité qu'à l'occasion de sa défense du principe de non-rétroactivité de la loi. Nous retenons aussi l'hommage rendu à Pinheiro Ferreira, « notre distingué publiciste », « dont les idées libérales sont bien connues ». A. L. de Seabra, *Resposta às reflexões do Sr. Doutor Vicente Ferrer Neto Paiva sobre os sete primeiros títulos do projecto do código civil portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859, pp. 26-27. Sur ce publiciste : O. Ferreira, « Un Sieyès rouge ? Regards sur le système politique de Silvestre Pinheiro Ferreira », in *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif*, n°2013-1, pp. 91-131.

²³ Il rejoindra la franc-maçonnerie à cette occasion, en intégrant, semble-t-il, une loge à Rennes.

²⁴ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., p. 60.

²⁵ J. Ortolan, *Cours de législation pénale comparée*, Paris, Joubert, 1839, p. 165.

²⁶ En dépit d'une toile de fond chrétienne, parfois de mauvais goût (les *Mandamientos* de Sainz del Rio, principal apôtre de Krause en Espagne, s'apparentent à une parodie du Décalogue), l'Eglise n'hésitera pas à mettre à l'index plusieurs publications krausistes et en particulier, en 1865, l'*Ideal de la Humanidad*, plagiat de plusieurs articles de Krause par Sainz del Rio. Voir E. Ureña, « El fraude de Sainz del Rio o la verdad sobre su Ideal de la Humanidad », in *Pensamiento*, n°174, vol. 44, 1988, pp. 25-47. N'oublions pas non plus les liens entretenus avec la franc-maçonnerie.

²⁷ Voir S. Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996, p. 36.

connaîtra cette pensée à travers les travaux d'un disciple de Krause, Heinrich Ahrens²⁸, et par une poignée de professeurs de droit qui, à commencer par Vicente Ferrer Neto Paiva (titulaire de la chaire de droit naturel), vont en faire un usage original au plan juridique et politique. Divergence de canaux d'influence oblige, le krausisme portugais, dit aussi « ferrerien »²⁹, ne se confond nullement avec son pendant espagnol³⁰, l'autre pays européen (auquel il faudrait éventuellement ajouter la Belgique) à avoir adopté le système de cet obscur philosophe allemand inconnu en son propre pays³¹. Ceci n'explique qu'en partie l'indifférence de Seabra et, jusqu'en 1869 du moins, des juristes portugais au positivisme d'Auguste Comte³² ; le Brésil, en effet, tout aussi dépendant de la lecture ferrerienne de Krause, finira par concilier les deux approches en donnant naissance à un positivisme de type évolutionniste³³.

Présenté de la sorte, le climat intellectuel portugais semblait accueillir avec autant d'empressement que de circonspection son premier code civil, attendu depuis longtemps. Seabra, de toute évidence, ne pouvait se contenter d'arbitrer des débats de pure technique juridique ; pour mener sa mission à terme, il devait se faire philosophe du droit et concevoir, seul, son projet afin d'éviter de le livrer aux dissensions idéologiques. La clef de l'énigme posée par le Code civil de 1867 trouvera ici des éléments de réponse : Seabra a-t-il repris la méthode et l'esprit de la codification française ou a-t-il été influencé par la philosophie juridique allemande en souhaitant donner naissance à un code système (I) ? Indépendamment de ce choix, mais en vertu des règles que lui dictait sa raison, est-il allé puisé dans le droit et/ou la doctrine français(e) pour alimenter le contenu de son code et présenter dès lors au monde un contre-modèle français, étranger autant à l'esprit de conquête qu'à l'emprise étatique sur le droit (II) ?

I- Un code système français ? Méthode et esprit de la codification selon Seabra

« Pour pouvoir dire qu'il y a un système, il est effectivement nécessaire, dans n'importe quel ordre d'idées, qu'il y ait quelque chose de plus que de simples séries juxtaposées. Ce qui constitue le système, c'est la dépendance commune à une chose ou une idée procréatrice ; c'est la corrélation des points d'une série entre eux »³⁴. En donnant comme exemple de système dont il convenait de

²⁸ Rien d'anormal à cela : Krause n'écrivait qu'en allemand (langue peu accessible aux Portugais) et avec la volonté de créer un langage technique destiné à remplacer le langage philosophique hérité des Grecs et des Romains.

²⁹ Ce nom nous paraît sujet à caution : Ferrer développe une synthèse trop originale pour y voir un pur krausisme. A la fin de sa vie, il intégrera même des éléments issus du darwinisme. Voir A. Braz Teixeira, « Vicente Ferrer Neto Paiva », in *Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito et do Estado*, n°2, 1986, pp. 65-66.

³⁰ Les travaux sont nombreux sur ce thème bien connu pour l'Espagne et l'Amérique latine. Voir par ex. O. C. Stoetzer, *Karl Christian Friedrich Krause and his influence in the hispanic world*, Cologne, Böhlau, 1998. Le déficit, côté portugais, est aujourd'hui comblé par les travaux de P. Mayobre Rodriguez et par la publication de la thèse de Maria Clara Calheiros, *A filosofia juridico-política do krausismo português*, Lisbonne, INCM, 2006.

³¹ Son meilleur biographe s'avère espagnol : E. Ureña, *Krause : educador de la humanidad. Una biografía*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1991. Proche de Fichte, admirateur de Saint-Simon et des saint-simoniens, Krause se voulait un temps le continuateur de Kant mais a fini, comme ses autres héritiers autoproclamés, par livrer une philosophie très différente, ne serait-ce que par la place qu'il accorde à l'ontologie.

³² Le positivisme pénètre tardivement au Portugal et surtout dans les milieux républicains : son coryphée, T. Braga, deviendra président du gouvernement provisoire de 1910 à 1911 et Président de la République en 1915. Cf. A. Ferrão, *Teófilo Braga e o Positivismo em Portugal*, Lisbonne, Academia das Ciências, 1935. Son impact au plan politique demeurera pratiquement nul : les positivistes portugais n'ont adhéré qu'à la vision scientifique, pratique et pédagogique de Comte, rejetant l'interprétation mystique liée à la religion de l'humanité à la différence de leurs homologues brésiliens. Voir F. Catroga, « Os inícios do positivismo em Portugal. O seu significado politico-social », in *Revista de Historia das Ideias*, vol. 1, 1977, p. 317 note 2. Quant aux juristes, ceux-ci ne commenceront à être séduits qu'à partir de 1869, le positivisme devenant dominant à partir des années 1880 sous l'égide du professeur Manuel Emidio Garcia (1838-1904), titulaire de la chaire de droit administratif à Coimbra. Les positivistes triomphent en même temps que la République : en 1911, ils prennent leur revanche en obtenant la suppression de la chaire de philosophie du droit, qui n'était autre que le nouveau nom de la chaire de droit naturel instituée par le marquis de Pombal en 1772.

³³ M. Cl. Calheiros, *A filosofia juridico-política do krausismo português*, op. cit., p. 149.

³⁴ A. L. de Seabra, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 87-88. Il poursuit : « Un système, enfin, est, selon l'expression exacte des éclectiques : l'unité dans la multiplicité. Pour avoir

s'inspirer ceux fécondés par Newton et par les botanistes Tournefort et Linné, Seabra ne se contentait pas de présenter sans parti pris le droit comme une science : il adoptait sciemment une approche naturelle et expérimentale de la science législative³⁵. Il importait de ne pas construire de systèmes sur des hypothèses, mais plutôt de se fonder sur une opération en trois temps qui, débutant par l'analyse des faits fondée sur l'observation de la nature, se poursuivrait par la synthèse et finirait avec l'expérience, autrement dit la vérification des faits :

« Le sanctuaire de la vérité ne dispose que d'une seule clef : cette clef est l'observation de la nature, c'est la méthode analytique, que nous suivrons dans nos investigations, et à laquelle nous allons procéder, en tant que base unique et sûre de la véritable synthèse. Comme tout ce qui existe, l'homme a une fin, un destin. Cette fin, ce destin trouve son issue dans les moyens ou les facultés dont il est doté. Les moyens expliquent les fins, comme les fins expliquent les moyens »³⁶.

De telles convictions, assurément, ne pouvaient qu'inciter l'auteur du Code civil portugais à rejoindre les rivages où se posa Montesquieu, en donnant naissance à une législation prenant sa source dans l'esprit des siècles, tirant parti de l'Histoire plus que de la Raison. Sans conteste, elles expliquent l'usage de la méthode historique et comparative dans l'entreprise de rassemblement des matériaux ; mais, livrées à la concurrence à l'instar du propre cas français, elles vont subir nombre d'inflexions laissant une part réelle à une science législative autrement plus abstraite et systématique. Bien que souvent appréhendé comme un « jusnaturaliste de l'ancienne école »³⁷, Seabra se positionne en effet à un carrefour d'influences qui l'ont conduit à adopter l'éclectisme en guise de philosophie, à la manière de son ami et compatriote Ferrer. Il est à ce titre intéressant de relever que Montesquieu est pratiquement absent de son œuvre, à la différence de l'omniprésent Leibniz, cet auteur bien connu pour avoir voulu réduire le droit à la logique. Or, cet ensemble paraît, de prime abord, particulièrement instable, l'ossature fournie par Ahrens ne contribuant pas vraiment à l'affermir ; ceci explique les difficultés à classer l'auteur du code portugais, tiraillé entre la bannière (elle-même intrinsèquement intenable, en vertu des mésententes sur la place à accorder au jusnaturalisme) du krausisme et du kantisme et l'étendard du sensualisme et de l'utilitarisme³⁸.

Non est Janus in legibus se plaisait pourtant à répéter Seabra, s'appropriant de la sorte un aphorisme de Francis Bacon³⁹, sujet de son admiration. La méthode du Grand Chancelier d'Angleterre devait *a priori* l'emporter, non sans aménagements pour le moins gênants dans la perspective d'un exposé clair et sincère de sa méthode de codification. Dans l'immédiat, nous tâcherons de déterminer deux choses dans l'exposé de sa méthode. D'une part, dans la mesure où le point de départ de son travail de codification s'enracine, selon ses propres dires, dans sa philosophie du droit⁴⁰, nous nous efforcerons de découvrir quel type de code il cherchait à mettre

des séries, il suffit que les objets, que les idées se divisent et se distinguent ; mais pour qu'il y ait système, il est nécessaire que ces séries se lient entre elles par une connexion commune ».

³⁵ Sur ce thème de la science de la législation et le choix crucial de la méthode, voir A. Desrayaud, *Eléments de commentaire du discours préliminaire du Code civil*, Saint-Maur, éditions Nouvelles, 2006, tome I, pp. 71-88.

³⁶ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., pp. 4-5. Peu avant (p. 2), il affirmait : « Nous chercherons les éléments du droit dans les éléments de la propre constitution organique de l'homme ; nous fonderons la certitude du raisonnement sur l'évidence du fait ».

³⁷ L. Cabral de Moncada, *Subsidios para a historia da filosofia do direito em Portugal*, Lisbonne, INCM, 2003, p. 73.

³⁸ Les deux principaux ouvrages d'histoire de la philosophie du droit au Portugal ne s'entendent pas en apparence. Cabral de Moncada le classe, non sans réserves, parmi les suiveurs de Krause et de Kant en l'étudiant juste après Ferrer ; Antonio Braz Teixeira préfère l'insérer dans les sensualistes et les utilitaristes, en abordant Seabra après Pinheiro Ferreira (ce qui nous laisse pour le moins dubitatif pour les raisons évoquées dans un autre article).

³⁹ L'aphorisme n°47 de Bacon, ici légèrement modifié (*non placet Janus in legibus*), s'emploie habituellement pour condamner la rétroactivité de la loi : grâce à Saturne, Janus pouvait en effet connaître du passé et de l'avenir. Au rebours des juristes du XIX^e siècle, nous allons volontairement exploiter l'autre symbolique de cette divinité romaine : dieu des choix, parfois non effectués, sa double face témoigne du chaos qui l'a engendré selon Ovide.

⁴⁰ Voir A. Braz Teixeira, « Sobre os pressupostos filosoficos doCodigo Civil português de 1867 », in *Problemas de la Ciencia Juridica. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz*, Universidade Santiago de Compostela, 1991, tome I, pp. 57-68.

au monde en décortiquant ses influences et en tâchant de comprendre la signification des trois piliers que constituent, dans son vocabulaire, les mots *nature*, *propriété* et *homme* (A). D'autre part, l'accessibilité du droit étant appréhendée comme la condition première de toute codification, il faudra ensuite s'enquérir du choix « original » du plan de son code et découvrir ainsi la place réservée à un autre courant de pensée habituellement présenté comme absent au Portugal (B)

A- *Non est Janus in legibus* ? L'éclectisme de Seabra en matière de codification

De ce qu'est « l'Homme », déduire son « droit ». Le mot d'ordre de la philosophie juridique moderne selon Michel Villey⁴¹ sied à l'entreprise initiée par Seabra, sa démarche se voulant ici conforme à l'École du droit naturel. Afin de répondre aux attentes placées en lui, Seabra cherche donc d'abord à appréhender l'individu pour ce qu'il est, au moyen de ses sens. L'homme se définit avant tout comme un être de relations : propriétaire de ses facultés physiques et intellectuelles, il doit savoir en faire bon usage afin de pouvoir se réaliser pleinement. En conséquence, le droit se doit d'être accessible et se conçoit à la fois comme une liberté et une propriété, afin de seconder ce développement humain ; ainsi importe-t-il de revigorer la véritable définition du « droit civil » sans en nier l'impact politique et son rapport hiérarchique avec le droit naturel. La codification, dans les grandes lignes, va donc s'articuler autour de ces deux notions, puisqu'il s'agit autant d'un code respectueux de la nature humaine que d'un code de droit civil. Ce tableau d'ensemble, forcément brut, mérite toutefois bien des nuances liées à l'éclectisme de Seabra qu'il convient d'approfondir.

Afin de mesurer la richesse de sa pensée, il convient de partir de cette citation :

« Si le droit est une condition de l'existence, et comprend tous les moyens indispensables à l'accomplissement de son destin, il importe que cette condition soit dans sa propre nature [celle de l'homme], au moins en puissance, avant qu'il n'apparaisse en action [...]. Effectivement, l'individu ne reçoit pas ses droits de la société ; la société ne peut que lui fournir des garanties pour un usage pacifique de ses droits, droits qu'il a reçus de la nature. Le contact occasionnel des autres hommes ne peut que nous offrir l'opportunité d'un plus grand développement. Il résulte de tout ceci que le principe – tu peux disposer arbitrairement de ta personne et de tes droits – n'est pas exact ; parce que l'homme a des droits conditionnels et subordonnés à une certaine fin ; ou, pour mieux le dire (et en parlant toujours du droit naturel), l'homme ne les a que comme moyens pour y parvenir »⁴².

Par bien des aspects, Seabra semble se contenter de reproduire une vulgate jusnaturaliste ne présentant pour seule particularité, au demeurant trompeuse, que l'ancienneté de ses influences. Empreint des idées des XVII^e et XVIII^e siècles, Seabra paraît défendre sans grande originalité un droit individualiste. S'il appréhende l'individu isolé pour exposer son propos, c'est que la Nature ne reconnaît que des individus : libres de toute contrainte, ceux-ci jouissent, dans la limite de leurs besoins, du droit de propriété. Citant Condillac (*Logique*, 1^{ère} partie, ch. IV), Seabra juge ainsi que les espèces et les genres sont des constructions de l'esprit humain, ne désignant rien d'existant dans la nature⁴³. En prenant implicitement part à la querelle des universaux, Seabra paraît épouser la thèse nominaliste de Guillaume d'Occam par opposition à l'approche réaliste de Thomas d'Aquin : n'est réel que ce qui est accessible à notre expérience sensible⁴⁴. Toutefois, en dépit du rejet résolu de l'animal politique aristotélicien, le juriste portugais reconnaît un espace au groupe et en vient à accorder une place à la métaphysique réaliste de l'Aquinate : en effet, selon Seabra, l'individu resterait incomplet, ne parviendrait pas à réaliser sa destination naturelle donc à s'accomplir en tant qu'homme, en d'autres termes ne parviendrait pas à réaliser son éthique, s'il n'établissait pas des relations sociales avec les autres. Puisque l'homme est un être de relations, la famille s'apparente à un état naturel et primitif qu'il importe de fortifier pour le bien de la

⁴¹ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008 (1^{ère} éd. : 1983), p. 153.

⁴² A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., pp. 287-288.

⁴³ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁴ Sur cette querelle, en plus de l'ouvrage désormais classique d'Alain de Libera, voir M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, notamment p. 223-229.

société⁴⁵ ; par la suite, l'idée d'association intervient afin de protéger la propriété individuelle, ce qui ne se limite guère à la propriété des biens, la première propriété étant celle des facultés physiques et intellectuelles détenue par chacun en propre⁴⁶.

Seabra se contenterait-il alors de proposer un « code de la nature », une simple transcription dans l'ordre civil et politique des lois physiques, conforme aux aspirations des philosophes et des législateurs français du XVIII^e siècle⁴⁷ ? De toute évidence, son propos ne s'en éloignait guère, en confirmant l'existence de différents types de lois dans la nature, y compris humaine : générales, particulières et privatives, comprendre *spécifiques*, propres à une espèce⁴⁸. Tous trois se combinent dans la matière organique qui nous compose, notre entendement résultant du fonctionnement de nos organes à la manière des explications d'un Diderot ou d'un Charles Bonnet. La perspective krausienne paraît ici exclue : nonobstant ces références organiques, et bien qu'il confesse l'importance de l'influence du *Curso de Direito Natural* de Ferrer⁴⁹, Seabra ne reprend guère la théorie de Krause élaborée à partir d'un univers conçu comme un organisme scientifique supérieur qui devait déboucher sur un système non pas mécanique, mais organique, relevant donc du domaine de la métaphysique selon la pensée du philosophe allemand⁵⁰. D'une part, d'après Seabra, l'entendement humain s'en remet moins à la métaphysique qu'à la physiologie et l'univers est décrit telle une machine qui offre à l'observation une série constante et invariable de phénomènes⁵¹. D'autre part, le juriste portugais a la bonne habitude de ne jamais dissimuler ses sources d'inspiration : or, en plus de reconnaître une lecture toute fraîche d'Ahrens en 1850, il se montre totalement convaincu par Condillac et Condorcet, adoptant par conséquent une approche sensualiste et même matérialiste, sauf à laisser, de façon peut-être hypocrite⁵², une place stratégique au Tout-puissant⁵³. L'homme est une machine de chair et de sang mue par ses sens, placés en lui par un Dieu désireux de voir sa créature s'éveiller, se mouvoir et évoluer. La spécificité attribuée à la voix humaine et à son langage, la linguistique d'un Condillac, devait aussi conduire Seabra à embrasser expressément la théorie de la perfectibilité de l'espèce humaine de Condorcet⁵⁴.

⁴⁵ D'où un plaidoyer contre l'accueil des enfants naturels dans la famille (y compris par la voie de la légitimation légale) et les raisons de l'oubli bien calculé de l'adoption dans son projet, sous peine de voir « la société ne plus être qu'un vaste lupanar ». A. L. de Seabra, *Apostilla à censura do Sr. Alberto Moraes de Carvalho, op. cit.*, n°1, pp. 42-53.

⁴⁶ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito, op. cit.*, pp. 19-24.

⁴⁷ A. Desrayaud, *Éléments de commentaire du discours préliminaire du Code civil, op. cit.*, tome I, p. 76.

⁴⁸ « La vie est [...] le résultat de l'action harmonique des différents organes et éléments qui constituent notre corps. En observant attentivement notre organisation, nous découvrons des phénomènes de diverse nature. Dans certains de ces éléments, se manifeste l'effet des lois générales, communes à toute la matière créée, de l'astre du jour au plus simple minéral ; dans d'autres, nous sentons l'empire de lois particulières, propres aux être organiques ; les derniers, finalement, [se soumettent aux] lois privatives de notre espèce [...] ». A. L. de Seabra, *Philosophia do direito, op. cit.*, pp. 3-4. On notera une contradiction entre cette acceptation d'une *espèce* humaine et la nature qui ne voit que des individus ; elle peut se surmonter en admettant une forme modérée de réalisme, dans la lignée de l'Aquinat.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 7 en note.

⁵⁰ M. C. Calheiros, *A filosofia juridico-politica do krausismo português, op. cit.*, pp. 47-58.

⁵¹ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito, op. cit.*, p. 2.

⁵² Ferrer se montrait plus explicite : si Dieu est l'auteur de la loi naturelle, il demeure malgré tout possible de dégager les principes qu'elle contient sans faire mention à Lui. V. Ferrer Neto Paiva, *Curso de Direito Natural*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1843, p. 39 (§69). Une telle précision évoque bien entendu Grotius, mais aussi Suarez.

⁵³ Il faudrait interroger la portée de ce discours sur les progrès de la civilisation : « Le principe – *omnis potestas a Deo* – est alors une croyance providentielle, indispensable au maintien de l'ordre social ; l'homme civilisé voit aussi en Dieu le principe de tout le pouvoir, non comme la conséquence d'un privilège personnel, mais en vertu des lois éternelles de la justice, que seul Dieu peut établir ». A. L. de Seabra, *Philosophia do direito, op. cit.*, p. 247 en note.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 27. Nous écartons par conséquent l'analyse de Braz Teixeira : Seabra ne peut adhérer à une conception purement créationniste du monde, quand bien même celui-ci serait mécaniste ; cela reviendrait à nier toute possibilité d'évolution. Le débat entre perfectibilité et infini religieux opposa déjà Fontanes à Chateaubriand sous le Consulat : « Tout écrivain qui refuse de croire en un Dieu, auteur de l'univers et juge des hommes, dont il a fait l'âme immortelle, bannit l'infini de ses ouvrages. Il [...] ne voit plus rien de noble dans la nature. Tout s'y opère par d'impurs moyens de corruption et de régénération. [...] L'homme a tellement besoin d'une éternité d'espérance, que vous avez été obligée de vous en former une sur la terre par votre système de *perfectibilité*, pour remplacer cet *infini*, que vous refusez de voir

Tout se réduirait donc à la physiologie ? Difficile de contester que Seabra adopte plusieurs conséquences d'un tel postulat, à commencer par son approche de la sociabilité naturelle de l'être humain, fruit d'un calcul égoïste et intéressé, fondé sur le besoin de protéger sa propriété. On croirait presque lire Helvétius ; et d'ailleurs, ses principaux disciples, les Idéologues, que l'on sait réunis par sa veuve dans son célèbre salon, sont tous cités avec admiration dans l'œuvre de Seabra. Daunou⁵⁵, Cabanis et, plus que tout autre, Destutt de Tracy figurent en bonne position dans la hiérarchie des influences revendiquées, le juriste portugais s'avérant être un grand lecteur des *Eléments d'idéologie*. Rien de bien étonnant à cela : au Portugal, l'esprit sensualiste imprégnait l'air du temps. Il suffit pour s'en convaincre de regarder le contenu du décret du 17 novembre 1836, portant réforme de l'instruction secondaire : le nouvel objet de cet enseignement, au terme des articles 38 et 40, se concentrait sur « l'Idéologie, la Grammaire générale et la Logique » ; c'était adopté, sans en faire un secret, la division fondamentale proposée par Destutt de Tracy⁵⁶.

En nous tenant à ce qui précède, cette filiation idéologique revendiquée permettrait peut-être d'éclaircir davantage la querelle relative à l'esprit du Code civil des Français, ayant opposé Jean Carbonnier à Xavier Martin. Jean-François Niort⁵⁷ a depuis tranché en faveur du doyen Carbonnier, en objectant qu'en vérité deux tendances s'affrontent sous le Consulat, l'une constituée des Idéologues, l'autre composée de spiritualistes chrétiens (Fontanes, Bonald, Chateaubriand, Royer-Collard, Molé etc.) qui atténuait considérablement les thèses des premiers. Bref, si une vision pessimiste et négative de l'homme dominait après la chute de Robespierre dans les milieux intellectuels, encore décelable parmi nombre de tribuns lors des débats parlementaires, une réaction contre le matérialisme philosophique est prégnante à partir du Consulat ; elle se note chez les rédacteurs du Code civil, animés pour l'essentiel par une pensée conservatrice et rationaliste, imprégnée de pessimisme chrétien voire janséniste. Si le Code portugais de 1867 n'est qu'une mise en application des préceptes de l'Idéologie, une étude comparative plus attentive consoliderait ou invaliderait définitivement cette analyse.

Malheureusement, au Portugal comme en France, la donne ne saurait être aussi simple. La loi enfantée par le Code portugais était-elle en effet appelée à fixer les mœurs, esquissant ainsi un droit de l'homme machine respectueux des enseignements de l'Idéologie ? En fait, Seabra porte en lui la marque des hésitations de son temps : la réforme du 20 septembre 1844 n'avait-elle pas introduit dans les lycées l'étude du droit naturel, intrinsèquement plus favorable à une philosophie de type rationnelle plutôt que sensualiste ? De manière générale, le code portugais est conçu lors d'une bien étrange période de tentative de conciliation entre rationalisme et empirisme, climat propice à la réception du krausisme⁵⁸ voire à une réaction spiritualiste⁵⁹. Or, en plus de l'amalgame

dans le ciel ». *Lettre sur la perfectibilité : Lettre au citoyen Fontanes, sur la seconde édition de l'ouvrage de Mme de Staël*, paru dans le *Mercure* du 1^{er} nivôse an IX. Il souligne. L'édition Garnier des œuvres complètes de Chateaubriand reproduit ce passage dans le tome XIV, pp. 311-312.

⁵⁵ Son *Essai sur les garanties individuelles* est même l'une des très rares œuvres purement politiques à bénéficier des honneurs d'une citation *in extenso* dans les ouvrages de Seabra. Benjamin Constant ne jouit pas du même traitement.

⁵⁶ Sur le programme ambitieux établi par les Idéologues, voir, de façon générale, Fr. Azouvi (dir.), *L'institution de la raison. La révolution culturelle des Idéologues*, Paris, Vrin/éd. de l'EHESS, 1992.

⁵⁷ En plus de sa thèse consacrée à « l'*homo civilis* », voir J.-Fr. Niort, « Retour sur « l'esprit » du *Code civil des Français* », in *Revue d'histoire des facultés de droit*, n°27, 2007, pp. 507-558 ; du même, « « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature ». Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », in *Droit et Cultures. Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, n°48, 2004/2, pp. 77-105.

⁵⁸ Voir J. Esteves Pereira, « O krausismo de Rodrigues de Brito e o ambiente cultural português de Oitocentos », in *O krausismo em Portugal*, Braga, Universidade do Minho, 2001, p. 55. Krause use ainsi d'une méthode, le « synthétisme absolu », qui englobe deux processus *a priori* contradictoires : le premier prend appui sur une analyse subjective et procède par induction à partir du « moi » ; le second, dit synthétique objectif, descend du général (Dieu) au particulier, en opérant de façon déductive. Sans les reprendre, Seabra emploie aussi une méthode hybride parfois déconcertante.

⁵⁹ A. Braz Teixeira, « A reacção espiritualista em Portugal : krausismo e eclecticismo », in *Ciências Humanas*, n°18-19, 1981, pp. 32-41.

des méthodes et de l'usage de sources contradictoires déjà entrevus⁶⁰, curieux mélange qui offre au législateur le triple rôle de logicien, de naturaliste et même de sociologue, Seabra va mettre en avant la volonté libre et éclairée de l'homme en adoptant sciemment le consensualisme, cet idéal typiquement spiritualiste. Il présente de surcroît une triple idée du droit qui cadre parfois mal avec ses énoncés précédents. La première idée du droit correspond à « la faculté morale, que l'homme a, d'employer les moyens dont l'a doté la Nature, afin de pouvoir remplir les finalités de son existence ». Idée abstraite, mais qui trouve différents moyens de s'exprimer de façon concrète et en premier lieu à travers la propriété « qui absorbe tous les droits de l'homme ou, pour mieux dire, est l'origine et le fondement de chacun d'eux »⁶¹. Loin de rejoindre Rousseau et critique du socialiste Proudhon, Seabra rehausse ainsi les qualités de la propriété privée. Mais il s'agit en l'occurrence d'un concept pluriel ayant contracté une dette auprès de la philosophie. La propriété s'analyse de façon globale comme le *propre* d'une chose ou d'un être, sa singularité voire l'*idion* au sens d'Aristote⁶², par opposition à ce qui est commun à plusieurs objets ou personnes. De là découlent les différentes compréhensions de la propriété, Seabra n'introduisant qu'à ce stade les droits subjectifs en faisant d'ailleurs valoir l'obsolescence du droit de propriété romain⁶³. Il s'agit en premier lieu du pouvoir de disposer librement des moyens d'action ou des facultés offerts par la nature. S'appuyant sur Destutt de Tracy (*Eléments d'idéologie*, tome I, chap. XVI et tome IV, p. 74), cette propriété de notre *propre* personne, naturelle et incontestable, s'oppose aux propriétés artificielles et de convention. Le deuxième type de propriété s'avère tout aussi fondamental pour le bien être de l'homme : il s'agit des moyens de subvenir à ses besoins, donnant ainsi à l'être humain un droit général d'appropriation. Précisément, cette seconde approche devait en dicter les limites : « dans l'ordre de la nature, le droit d'appropriation commence et termine avec nos nécessités ; ainsi en va-t-il de la propriété : considérée de façon objective, elle ne peut rencontrer d'autre limite que l'accomplissement de nos facultés »⁶⁴. Cette ordre de la nature ne saurait se plier à l'arbitraire : puisque l'univers est une machine, des phénomènes invariables, conçus comme les conditions nécessaires de l'existence, s'y rencontrent quotidiennement. La troisième propriété, fruit de ce droit d'appropriation, mais pouvant transiter par le travail, la donation ou par toute sorte de permutation, souffre naturellement des limitations imposées à la précédente.

Cette philosophie du droit de propriété appelle plusieurs remarques à ce stade. En premier lieu, elle lui permet de définir la double nature du droit, à la fois liberté et propriété. Le droit, limité au rôle de détermination des sphères de libre activité de l'homme, se distingue ainsi nettement de la morale. La loi positive a certes un devoir, mais au sens « naturel et juridique »⁶⁵ : celui de déclarer et de garantir le droit naturel, ce qui passe par la protection du premier type de propriété qui englobe tous nos droits naturels. Mais Seabra cherche surtout à endiguer toute controverse quant au fondement du droit de propriété. Il réfute ainsi un ensemble de conceptions jugées fausses ou indésirables. La thèse de l'occupation des compilations de Justinien et la théorie de la convention de Grotius et de Puffendorf s'annoncent tout aussi contestables que l'idée d'en faire une création sociale : c'est une erreur que d'ériger la loi au rang de source du droit de propriété comme le font Montesquieu, Bentham et « la majorité des juristes français et anglais » (*sic*), Toullier, pourtant

⁶⁰ Le fait de reconnaître des attributs communs à l'espèce humaine, en plus de le mener à se contredire, l'éloigne des pairs français revendiqués qui eurent tendance à ne voir que des individus et à refuser toute approche globale, même sous la bannière de l'humanité. Voir X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003, pp. 13-24 (et notamment la citation du baron d'Holbach, p. 20).

⁶¹ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, *op. cit.*, p. 9.

⁶² P.-Y. Quiviger, *Le secret du droit naturel ou Après Villey*, Paris, Classiques Garnier, 2012, pp. 39-45.

⁶³ Sur cette base, Seabra sera appelé à défendre le droit de propriété moderne en y insérant la propriété immatérielle (droits, obligations, actions). Voir A. L. de Seabra, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas*, *op. cit.*, pp. 38, 40 et s.

⁶⁴ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 14 (en note).

indiscutablement minoritaire sur ce point, servant d'étalon français⁶⁶ ; ce faisant, ils confondent le droit et sa garantie (la loi), une erreur également commise par Kant, Fichte et bien des philosophes allemands, lorsqu'ils font reposer la propriété sur la « volonté unifiée de la communauté civile »⁶⁷, celle du peuple autrement dit. Seabra rejoint explicitement Ferrer et Ahrens en assimilant la propriété à un droit personnel, primitif et naturel de l'homme.

Cette certitude l'invite, en second lieu, à déterminer les contours du droit de propriété. Loin de suivre les convictions véhiculées par l'*Usus modernus Pandectarum* (donnée d'importance pour la suite), Seabra préfère rejoindre les idéaux krausistes⁶⁸ et écarte donc toute idée de propriété *proprement* absolue en admettant uniquement une propriété proportionnée aux besoins de chacun⁶⁹. En dehors du droit général d'appropriation et, corrélativement, du droit d'usage de nos facultés, condition nécessaire de notre existence, le caractère absolu du droit de propriété n'est pas un *propre* : il dépend du bon vouloir de la loi positive ou de la société. Ici s'insère la rupture avec Locke : la vraie propriété naturelle ne se fonde sur aucune convention, sur aucun travail, sur aucun acte de volonté. La loi et la convention n'interviennent qu'après, en guise de garantie, mais aussi afin de circonscrire la propriété en posant des limites justes, prenant en considération les droits analogues des autres hommes. Le *jus abutendi* n'entre donc pas en ligne de compte, au nom d'une solidarité à l'échelle humaine et du besoin de développement de l'être social que nous sommes ; l'admettre risquerait d'envenimer voire d'amenuiser ces relations⁷⁰, ce qui explique aussi son rejet du communisme du fait du recours prôné à la force au lieu d'un échange social bénéfique à tous⁷¹. Le droit endosse ainsi cette fonction accompagnatrice du développement moral de l'homme et de la société habitant le krausisme⁷². Seabra l'admet pourtant sans fournir de véritable exemple concret,

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 32-39. L'écrasante majorité des juristes français, à l'exception (au demeurant bien choisie) de Toullier et de Duranton, rejoint pourtant Seabra en voyant dans la propriété un droit naturel. Il convient toutefois de remarquer que ce jugement hâtif se rencontre aussi dans la préface à la première édition du *Cours de droit naturel* d'Ahrens : s'agirait-il d'une simple reprise ? A moins que ce lecteur assidu du recueil Fenet ait en vue les débats sur le code français où la propriété se perçoit majoritairement (y compris par Portalis) comme une pure création de la loi. Voir X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon*, op. cit., pp. 34-38 et 438.

⁶⁷ Celle-ci transforme la possession (potentialité juridique liée à la rationalité, mais indépendante de la volonté) en un droit véritable, la propriété. Voir S. Goyard-Fabre, *Philosophie critique et raison juridique*, Paris, PUF, 2004, p. 103.

⁶⁸ Krause refuse aussi tout *jus abutendi* au nom de la téléologie du droit. P. Landau, « La filosofia del derecho de Karl Christian Friedrich Krause », in *La reivindicacion de Krause*, Madrid, Fundacion Friedrich Ebert, 1982, p. 77. Étonnement, Seabra ne fait aucune mention à Suarez : les Ecoles de Salamanque et de Coimbra livrèrent pourtant un débat riche quant aux limites de l'usage du droit de propriété.

⁶⁹ « Certainement, la propriété est un droit absolu dans le sens où il doit être respecté par tous ; mais ce caractère générique ne peut s'entendre que dans l'état normal du droit : quand ce droit est patent et manifeste pour tout le monde. C'est pour ça que, rigoureusement, le droit de propriété, du point de vue objectif, ne peut pas se dire *proprement* un droit absolu ; seul le droit d'appropriation peut se dire droit absolu, parce qu'il est évident pour tous que, sans ce droit, la fin de l'homme est impossible, tout comme sa propre existence [...] ». A. L. de Seabra, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., p. 240. Nous soulignons. Même état d'esprit dans sa *Philosophia do direito*, op. cit., p. 295 en note : puisque « l'idée de droit exclut l'idée d'abus », « la société ne peut permettre [...] qu'un individu se croit autorisé à détruire en pure perte ce qu'il possède, ou qu'il dilapide sa fortune sans aucun but rationnel ». Sont ainsi justifiées les lois luttant contre la prodigalité et les excès du jeu.

⁷⁰ Ferrer, pour sa part, évoluera sur ce point : hostile au *jus abutendi* dans un premier temps, il finit assez rapidement par l'admettre, rejoignant ici Martini. Cette divergence de vues, isolant Seabra, explique les hésitations finales du Code portugais : si l'article 2167 paraît conditionner la propriété, en liant cette faculté à la conservation de l'homme et à l'amélioration de sa condition, l'article 2315, pour sa part, reconnaît au droit de transformation la faculté de « détruire la substance de la chose ». L'ensemble s'appréhende manifestement comme un échec du rédacteur du Code civil.

⁷¹ Il adhère ainsi à son idée de base : il convient d'empêcher les déséquilibres dans le partage des propriétés – car cela aboutit aussi à un déséquilibre social et même moral, faute de moyens conséquents offerts à certains hommes pour se développer. Mais la méthode des socialistes et des communistes est jugée mauvaise : « le concept d'intérêt général occupe dans les démocraties la place réservée à la raison d'état dans les gouvernements absolus ». En somme, l'ombre du recours à la force le fait redouter une « guerre sociale ». A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., pp. 40-61.

⁷² Encore qu'une partie du débat semble pouvoir remonter jusqu'à l'opposition Socrate/Calliclès, présentée dans *Gorgias*, relative au contenu du droit naturel et à l'éventuelle différence existant entre la *physis* et le *nomos*.

en vertu de son libéralisme martelé qui le fait préférer Kant⁷³. Encore rejette-t-il les conséquences parfois déduites de la dissociation kantienne entre raison pratique (prescriptive, donc visualisant ce qui doit être) et raison théorique (descriptive, se résumant à dire ce qui est) sur ce qu'est le juste : la raison ne peut qu'être une, afin de forcer l'homme à user du droit, ou plutôt de ses droits, comme un moyen pour accomplir sa vocation⁷⁴. La place dévolue au droit positif s'illustre ainsi à merveille lorsqu'il aborde la classification des contrats : il occupe en effet une position secondaire, certains droits naissant en dehors de lui, à charge pour ce dernier de les reconnaître et de les garantir. La loi positive ne saurait détenir aucun pouvoir créateur, ce qui lui interdit par exemple d'altérer la capacité civile (sauf à prévoir des aménagements provisoires, comme pour la femme mariée) ou de modifier la substance des contrats ; les distinctions romaines (contrats nommés/innommés ; civils ou des gens) et leurs conséquences pratiques sont donc absurdes⁷⁵. *Idem* à propos des mœurs et des manières : Seabra ne va pas jusqu'au bout du raisonnement des sensualistes français pour qui la loi peut (doit ?) forger les *boni mores* d'une population en jouant sur les notions de plaisir et de déplaisir, donc en faisant bon emploi de la récompense et de la sanction. Et pour cause : Seabra refusera toujours de rendre un culte à la loi. Au rebours du légicentrisme et du légalisme français, il regarde avec circonspection la législation et, dans la continuité, le positivisme juridique, complices du despotisme et corrupteurs de l'idée de juste :

« Si la loi civile est la créatrice de ces droits, nous devons reconnaître que le législateur peut disposer, comme bon lui semble, de la personne et des biens du citoyen – le laisser libre ou en faire son esclave – le spolier à son profit ou au profit d'un d'autre, sans qu'il puisse y avoir d'empêchement rationnel ou de motif pour une plainte. La loi turque, algérienne, serait aussi juste que la loi française ou anglaise. L'esclavage, la confiscation, le communisme – tout enfin qui serait établi par la loi, sera saint et juste »⁷⁶.

De la part d'un jusnaturaliste, la critique est pour le moins classique ; elle justifiera aussi, à ses yeux, la déchéance précoce du «Code Napoléon». Elle implique néanmoins deux conséquences moins fréquentes. La première nous intéresse directement : contre l'opinion d'une majeure partie des membres de la commission, Seabra tient à préciser deux choses. La nature du droit civil, d'une part, qui ne se résume pas au droit privé mais doit se comprendre comme le droit des citoyens entre eux⁷⁷, suivant ici le droit romain ; ce rappel d'une définition classique, également invoquée par Portalis en son temps, sert sa cause philosophique dans la mesure où la notion de *droit privé* ne saurait exprimer son idée du droit : seul le *droit civil*, parce qu'il insiste sur le caractère relationnel des citoyens entre eux, permet d'appréhender l'homme en qualité d'être social et conséquemment de percevoir dans le droit un moyen de conserver et de développer l'homme et la société. La distinction lui permet aussi de préciser ce qui sépare la capacité civile de la capacité juridique : si la seconde est une condition générale et absolue de l'homme, la première est indissociable des relations entretenues entre un sujet de droit et d'autres sujets de droit⁷⁸. D'autre part, Seabra tient à

⁷³ Sur l'influence kantienne, voir avec réserve Fr. J. Velozo, « Na iminência de um novo código civil português. Orientações filosóficas do código de 1867 e do actual projecto », in *Brotéria. Revista de cultura*, volume LXXXIII, 1966, n°8-9, pp. 145-174, n° 10, pp. 304-322 et n°11, pp. 467-497. L'auteur livre en effet une démonstration exclusive, et souvent de mauvaise foi, qui résume de façon arbitraire les influences de Seabra au seul Kant.

⁷⁴ Ce qui le porte à réfuter en détail l'argumentation de Johann August Brückner dans le début de son chapitre consacré aux...donations ! Voir A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., p. 286 et s. En un sens, on peut aussi songer à Wolff qui inférait le principe des droits de l'homme substantiels de « cet axiome que chacun de nous a vocation d'atteindre à la « félicité », à la « perfection » de son être, en réalisant sa nature d'homme ». M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., pp.152-153. Il souligne.

⁷⁵ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., p. 200.

⁷⁶ A. L. de Seabra, *Apostilla à censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho*, op. cit., n°2, p. 18 et pp. 17-20 pour toute la démonstration. Vise-t-il aussi implicitement saint Augustin, pour qui les droits humains sont donnés par l'Empereur, faisant en quelque sorte de l'Etat un intermédiaire entre les hommes et Dieu pour la distribution des droits ?

⁷⁷ A. L. de Seabra, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 8-25.

⁷⁸ A. L. de Seabra, *Apostilla à censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho*, op. cit., n°1, p. 15-19. Il y voit la même différence qu'entre le genre et l'espèce. En dernière lecture, on peut suspecter une part d'influence de Grotius : après tout, pour le juriste hollandais, le juste correspond à ce qui est conforme à la raison et à la nature sociable de l'homme.

réserver une place conséquente aux droits de l'homme dans son code civil. Il ne s'agit pas uniquement de présenter à la face du monde sa profession de foi libérale et son opposition viscérale « au principe du pouvoir absolu, au libre empire du positivisme »⁷⁹. Leur présence se justifie pour des raisons moins polémiques, sans jamais dissimuler la volonté d'accoucher du droit de l'Etat-nation : la Charte constitutionnelle portugaise de 1826 se contente d'énoncer des principes abstraits qui doivent être développés, protégés et régulés par la loi positive, à l'exemple du droit de propriété. En raison de sa fragilité, régulièrement démontrée, la Constitution n'offre pas les garanties nécessaires aux droits naturels ; la loi positive, paradoxalement plus stable et susceptible de développer les ramifications pratiques de ces droits, s'en chargera, indépendamment de la survie de la Charte⁸⁰. Bref, au rebours des commentateurs lusophones qui voient dans la Constitution portugaise de 1822 le premier « code moderne portugais »⁸¹, Seabra dirait plutôt que le Code civil de 1867 est la constitution civile du Portugal, dans la lignée de l'expression de Demolombe.

La seconde conséquence rend l'explication plus difficile. Sans toutefois ménager ses critiques, Seabra privilégie, à plusieurs reprises, le droit populaire portugais et le droit « savant » (à ne pas confondre avec les seuls droits romain et canonique, « discrédités » par les progrès de la civilisation et de la science juridique moderne) par rapport à la législation. Son souci d'accessibilité et sa volonté d'offrir un code à la fois aux citoyens et aux professeurs de droit en témoigne : un code doit contenir tout ce qui en facilite la compréhension et cela passe par des définitions de concepts juridiques⁸², quitte à étouffer ses craintes résumées par l'aphorisme de Javolenus, *Omnis definitio in jure periculosa*. Tout ceci implique un ordre dans la codification qui prendrait en compte la nature du droit civil, afin d'en faciliter l'exposé pour l'enseignant comme pour l'étudiant⁸³. La méthode de classification des matières devra suivre un raisonnement logique, en particulier pour celles qui peuvent relever de plusieurs champs, conformément aux préceptes « du grand Leibniz »⁸⁴. Une telle volonté, au bout du compte, ne présente rien d'extravagant et paraît même banale. A ceci près que ses préférences ressemblent aussi curieusement à celles de l'Ecole historique du droit et que son principal représentant, Savigny, avait multiplié les critiques à l'encontre des trois codifications, prussienne, française et autrichienne, issues de l'Ecole moderne du droit naturel. Rencontre des grands esprits à une période où, officiellement, Savigny était inconnu au Portugal⁸⁵ ? Là réside peut-être le secret le mieux gardé du premier Code civil portugais : et si son ordonnancement avait contracté une dette auprès de Savigny ?

B- Un secret bien gardé : retour sur l'originalité d'un plan

« Un Code, comme nous l'entendons, ne correspond pas à une simple compilation de lois ou de

⁷⁹ A. L. de Seabra, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., p. 122.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 25-26.

⁸¹ M. Cl. Calheiros, *A filosofia juridico-política do krausismo português*, op. cit., p. 211 ; M. Reis Marques, « O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal », in *Boletim da Faculdade de Direito*, supplément au vol. XXIV, 1986, pp. 3 et 120.

⁸² « [...] selon notre opinion, tout ce qui peut contribuer à une meilleure compréhension du système et de l'économie du code, et aider la mémoire de celui qui l'étudie, loin d'être un défaut, est une nécessité, ou pour le moins un mérite ». A. L. de Seabra, *Apostilla a censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho*, op. cit., n°2, p. 21.

⁸³ « Quel est notre but ? avons-nous dit. Celui d'exposer le droit civil dans son ordre le plus simple et le plus naturel. Or, cet ordre ne peut se fonder que sur la propre nature de ce droit. Et qu'est-ce que le droit civil ? Sans conteste le complexe des règles ou dispositions légales, qui déterminent et régissent les relations privées des citoyens entre eux. Or, quels sont les éléments juridiques essentiels dans ces relations ? Le sujet des droits, savoir le créancier ; le sujet des obligations, autrement dit le débiteur ; et l'objet de ces mêmes droits et obligations ». A. L. de Seabra, *Apostilla a censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho*, op. cit., n°1, p. 11.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 27. D'où une critique du Code français concernant le mariage, dont l'étude est illogiquement scindée en deux : les droits et obligations personnels dans la partie relative aux personnes ; les droits et obligations réels dans la partie réservée aux contrats.

⁸⁵ Du reste, ni Braz Teixeira, ni Cabral de Moncada, ni Calheiros, ne font mention d'une influence du maître de Berlin lorsqu'ils abordent Seabra.

dispositions légales amoncelées au hasard, mais bien à une législation compilée et réduite à un système. L'ensemble, comme chaque partie qui se succède et qui se lie, le sont de telle sorte que l'esprit peut trouver, à travers la filiation des idées, un moyen facile de comprendre et de mémoriser cette législation. La distribution, la méthode, n'est ni ne peut être arbitraire »⁸⁶. Louant à plusieurs reprises le « grand Leibniz », Seabra se voulait assurément l'auxiliaire d'un législateur logicien. Ses efforts devaient ici se focaliser sur l'intelligibilité et la cohérence d'un plan, propices au succès de son entreprise. Articulé à partir de la nature de l'être juridique, autrement dit du sujet de droit, l'originalité du plan adopté constitue peut-être le seul point sur lequel tout le monde s'accorde à propos du Code civil de 1867⁸⁷. Sa raison d'être ne doit évidemment rien au hasard et ne se démarque pas par goût pour la nouveauté : à l'instar de ses homologues européens, le code portugais n'est pas un code mis en système, mais bien un système jusnaturaliste mis en code⁸⁸ qui, pour des raisons en grande partie liées à la « loi de la bonne raison », devait porter l'héritage du fonds juridique européen. Seabra ne le sait que trop bien ; mais alors, qu'est-ce qui distingue véritablement le plan adopté par le code portugais, s'il s'agit d'une œuvre de la Raison conformément à tous les autres codes européens ?

La réponse se trouverait-elle ironiquement dans la question ? Autrement dit, a-t-on affaire à une véritable œuvre de la Raison ou à un soubresaut orgueilleux aux accents nationalistes ? Difficile de croire à la seconde thèse. En défendant son canevas, Seabra révèle différentes raisons emportant son rejet des plans qui lui sont suggérés ou qui s'offrent à lui. Or, il s'attaque en premier lieu à ceux des compilations juridiques portugaises, les diverses *Ordenações*, toutes plus ou moins bâties de façon identique. Pour autant, ces codes compilations, déjà défectueux par nature, sont de surcroît grevés par l'inspiration du « système » (*sic*) adopté par les Décrétales de Grégoire IX⁸⁹. Le plan suivi par Raymond de Peñafort pour organiser le *Liber Extra* ne présente pourtant rien d'axiomatique ni peut-être de méthodique, en s'inspirant d'un ordonnancement de matières que l'on retrouve en partie dans les compilations de Justinien, et qu'un vers célèbre résume : *judex, judicium, clerus, sponsalia, crimen*. Quoi qu'il en soit, et selon toute évidence, un adepte de la législation du marquis de Pombal ne pouvait que difficilement reconnaître les qualités intrinsèques d'une compilation du droit canonique : après tout, ce droit « amoncelé au hasard » pouvait-il vraiment s'apparenter à une « véritable science »⁹⁰ ?

En serait-il de même d'autres plans, en particulier ceux des jurisconsultes jusnaturalistes revendiquant sur ce point leur conformité à la Raison ? La réponse de Seabra mérite ici d'être replacée dans le concert européen. Deux grandes lignées du *Ius naturae seu gentium* sont habituellement retenues⁹¹. D'un côté, ceux qui, comme Puffendorf, Wolff, Domat et, ne l'oublions pas, Martini, assimilent le droit à un devoir dérivant de la nature sociable de l'homme, offrent une place centrale au droit des obligations et au droit des contrats : le droit est obligation envers soi-

⁸⁶ A. L. de Seabra, *Apostilla a censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho...*, *op. cit.*, n°1, p. 32.

⁸⁷ « Si l'influence du Code français y est manifeste, ce Code se montre cependant plus original que le Code espagnol. Son plan en particulier, ne reprend pas celui du Code français ». J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 2001, 3^e éd., p. 221.

⁸⁸ Comme le note Schmidlin : « [...] la particularité des codes civils consiste dans le fait qu'ils ne se limitent pas à des recueils de lois, mais qu'ils codifient un système de règles en tant qu'ordre juridique entier et complet. [...] Ces codes sont nés de la doctrine jusnaturaliste qui a transformé le droit naturel et le droit commun en droit légal. Le code a conféré au droit naturel un nouveau statut, le statut de droit civil positif tel qu'il est mis en vigueur dans les différents pays et nations. Voici la raison pour laquelle les codes de cette époque restent ancrés dans la tradition du droit commun et qu'ils adhèrent, bien que promulgués comme codes nationaux, aux systèmes qui forment le fond commun du droit civil européen ». Br. Schmidlin, « Le mouvement des codifications en Europe : la formation du système du Code civil français », in J.-Ph. Durant/B. Winiger (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen*, *op. cit.*, p. 46.

⁸⁹ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, *op. cit.*, p. 243.

⁹⁰ « Dans cette partie [la confection du plan], le droit n'est pas, et ne peut être, arbitraire – ou alors, ce ne serait pas du droit - ; il repose sur des principes certains et inaltérables et constitue une véritable science ». A. L. de Seabra, *Apostilla a censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho...*, *op. cit.*, n°1, p. 33.

⁹¹ Br. Schmidlin, « Le mouvement des codifications en Europe... », art. cité, pp. 54-58.

même et envers les autres, ce qui comprend Dieu⁹². De l'autre, ceux qui, tels Pothier et la plupart des tenants de l'*Usus modernus Pandectarum*, identifient le droit à un pouvoir, préfèrent axer leurs ouvrages sur le droit de propriété et, par extension, sur le droit des biens : le droit est pouvoir sur une chose. Il convient par conséquent de s'interroger sur les choix opérés par Seabra : le plan retenu ne présente en l'occurrence rien d'anodin, lui qui expose, ne serait-ce que tacitement, une prise de position dans cette opposition développée au sein du jusnaturalisme.

C'est à la suite de l'examen du projet de code civil en 1858 que Seabra sera contraint de faire pièce aux argumentations de ses concurrents, en rejetant en particulier deux types de plan, l'un fondé sur l'objet de droit, l'autre sur l'obligation⁹³. Le premier visé, défendu au Brésil par Teixeira de Freitas, n'apparaît guère satisfaisant, du moins en qualité de base principale d'un système juridique. D'une part, l'objet de droit, qu'il s'agisse d'une chose ou d'un service, posera toujours problème en raison de sa nature variable et parfois indéfinie ; les choses, pour ne prendre que cet exemple, ont d'ailleurs toujours entraîné des difficultés typologiques qu'exprime fort bien la diversité des classifications romaines et celle des temps présents. D'autre part, et de façon générale, ces objets de droit ne se présentent comme des éléments du droit que de façon accidentelle, sous l'impulsion ou d'après la volonté d'une intelligence ; ils s'apparentent à de simples pièces du décor de la scène juridique, des choses inanimées et non des acteurs à proprement parler, dans la mesure où le droit se conçoit comme une relation entre personnes. Le second plan est écarté avec plus de circonspection⁹⁴, lui qui, dans les grandes lignes, s'inscrit dans la continuité des réflexions de Puffendorf et de Domat, mais rejoint de façon mieux déterminée les convictions de Heydenreich, désireux de fonder le droit sur l'obligation. Sur ce point, ses épigones modernes se nomment Droz, Oudot et, avec réserve, Henri Thiercelin⁹⁵. Au fond, ce que Seabra leur reproche en prenant ici appui sur Eschbach, c'est de méconnaître le palladium de la liberté de conscience en confondant le droit avec la morale⁹⁶. Une opinion confortée par l'étymologie : les mots obligation et religion partagent la même racine, *lig*. Les deux mots soulignent la présence d'un lien (*vinculum*) moral avec les dieux (puis, sous influence chrétienne, avec Dieu) qui se concrétise par l'accomplissement des obligations humaines. Sa critique de forme passe dès lors au second plan : élaborer un système sur l'obligation se révèle stérile dans la mesure où l'obligation représente un élément secondaire qui présuppose l'existence d'un droit. Seabra considère ainsi que l'obligation constitue toujours « un principe subordonné et dépendant », tandis que le droit exprime pour sa part un « principe absolu et indépendant », qui peut naître et vivre en dehors de toute obligation. Pour le dire autrement, le second plan ne convient pas, car Seabra conçoit expressément le droit comme un pouvoir, « un empire de la volonté libre », auquel doit être offert le premier rôle⁹⁷.

⁹² K. A. Martini, *Positiones de lege naturali...*, chap. III, §115. De façon générale : L. Cabral de Moncada, *Subsidios para a historia da filosofia do direito em Portugal*, *op. cit.*, pp. 28-30.

⁹³ A. L. de Seabra, *Apostilla a censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho...*, *op. cit.*, n°1, pp. 10-13 ; du même, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas...*, *op. cit.*, pp. 61-71.

⁹⁴ Autant par respect pour cette seconde approche (pour rappel, le cours de droit naturel de Coimbra eût longtemps pour *compendium* un ouvrage de Martini), qu'en raison de l'étonnante animosité qui envenime les brochures respectives de Seabra et de Teixeira de Freitas, défenseur de la première approche. Sur cette polémique bien connue, voir L. da Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil – em comentario ao Código Civil Português*, Coimbra, Coimbra editora, 1961, tome I, pp. 118-120. Le professeur brésilien étant lui-même séduit par le krausisme, notamment par sa finalité sociale (cf. M. Reale, « Teixeira de Freitas e o sentido social do direito », in *Figuras da inteligência brasileira*, São Paulo, éd. Siciliano, 1994, 2^e éd., pp. 35-44) on comprendra que cette philosophie juridique ne gomme pas d'autres types de considérations, aussi bien juridiques que politiques.

⁹⁵ Puisque ce dernier, lorsqu'il parle des obligations dans ses *Principes du droit* de 1857, aborde plus volontiers les droits primitifs et absolus que les droits relatifs.

⁹⁶ A. L. de Seabra, *Apostilla a censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho...*, *op. cit.*, n°1, pp. 36-37. En tant que libéral, il ne devait pas oublier d'ajouter que l'Etat n'a de toute manière aucun droit sur la morale.

⁹⁷ Il ne rejoint pas pour autant la position extrémiste de Ferrer : le droit des obligations est une « croissance inutile » qui n'a plus sa place dans un cours de philosophie juridique. V. Ferrer Neto Paiva, *Breves reflexões sobre a philosophia do direito do Sr. J. M. Rodrigues de Brito*, Lisbonne, Typographia do Jornal do Commercio, 1869, p. 18. Il est intéressant de noter qu'un jusnaturaliste actuel comme Quiviger pense exactement le contraire.

La concurrence, discréditée de la sorte, devait laisser place au génie de Seabra. Tirant toutes les conséquences de la « révolution copernicienne » du droit opérée par Grotius, il place au centre de son système le sujet de droit, c'est-à-dire l'Homme. De façon plus précise, il entend par ce vocable l'être humain individualisé, ce qui comprend la femme (même mariée⁹⁸), à l'exclusion du fœtus et des personnes morales qui n'ont d'existence qu'aux yeux de la loi⁹⁹. Son plan quadripartite en assurera le triomphe, en retraçant les étapes de son existence juridique : il débute en conséquence par la nature de cet être juridique, autrement dit par un exposé très kantien de sa capacité civile¹⁰⁰, avant d'enchaîner sur les moyens de vie de ce sujet de droit (la méthode d'acquisition ou de perte des droits : soit du fait de notre seule volonté, soit du fait de la rencontre de plusieurs volontés, soit du fait de la volonté d'autrui ou de la loi) ; ceci le conduit à poursuivre avec l'utilisation concrète et régulière du produit obtenu par ces moyens (pour l'essentiel, réduite à la propriété) et, enfin, de conclure par les accidents qui peuvent heurter la vie paisible du sujet de droit, d'où une dernière partie réservée à la conservation et la contestation de ses droits, envisagée sous l'angle des principes afin de ne pas empiéter sur le Code de procédure civile¹⁰¹.

Mais est-ce si original ? Un juriste portugais du premier XIX^e siècle est nécessairement familier de l'approche de l'*Usus modernus Pandectarum*¹⁰². Or, à première vue, ce plan proposé par Seabra ne paraît pas si éloigné des préoccupations des docteurs de cette école. En envisageant le droit comme un pouvoir, ces partisans de l'usage moderne des Pandectes insistaient sur l'idée qu'il appartient au droit de régler le pouvoir, envisagé comme le pouvoir que le sujet de droit peut exercer sur ce qui lui appartient en propre. Précurseur de ce mouvement, Hugues Doneau pouvait affirmer que le droit est ce qui appartient à chacun en propre (*ius est quod suum cuiusque est*) ; le droit se résume finalement à un pouvoir sur la chose (d'où le débat sur la faculté de destruction de la chose) ou, selon l'hypothèse envisagée, à un pouvoir permettant d'obtenir la chose de façon autorisée. Une définition du droit presque identique se rencontre chez Seabra, poussé dans ses derniers retranchements par les attaques d'un professeur brésilien issu de l'autre camp :

« Notre adversaire sait que, pour nous, le droit est une faculté ou un pouvoir, et que cette faculté, ce pouvoir, ne peut s'identifier à l'objet sur lequel ce même pouvoir s'exerce. Or, cette faculté, ce pouvoir, se nomme droit de propriété quand il porte sur des choses qui dépendent de notre libre disposition, et quand bien même ces objets, ces choses peuvent être d'une nature différente, le droit sera toujours le même, une entité intangible [...] »¹⁰³.

⁹⁸ Visiblement isolé sur ce point, dans la mesure où il devra défendre cette position dans la plupart de ses apostilles, par exemple dans sa *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 156-157 et *passim*. Pour Seabra, les altérations portées par la loi positive à la capacité civile de la femme mariée ne sont dues qu'au besoin d'unité dans le gouvernement des familles, toute dyarchie menant au chaos. Preuve en est, son rôle évolue nécessairement en cas d'absence du mari, exerçant alors de plein droit les fonctions de chef de famille.

⁹⁹ Il revient plusieurs fois sur ce problème de droit de la bioéthique, quitte à renouer avec plusieurs conceptions romaines : en dehors de la protection que leur accorde la loi, l'embryon et le fœtus ne disposent d'aucune capacité juridique, n'étant pas encore individualisés (comparer avec l'art. 6 du Code de 1867). A ceci s'ajoute toujours le risque de ne pas aboutir à une « créature humaine », en grande partie liée à sa « figure », donc à son apparence ; l'eugénisme, sans être ouvertement admis, peut au moins être suspecté et se concilierait d'ailleurs bien avec l'entreprise de régénération typique du krausisme et de l'époque considérée. Voir A. L. de Seabra, *Resposta às reflexões do Sr. Doutor Vicente Ferrer Neto Paiva*, op. cit., pp. 16-18 ; *Apostilla à censura do Sr. Alberto Moraes de Carvalho*, op. cit., n°2, pp. 25-35 ; *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas...*, op. cit., p. 136. Seabra refuse en revanche d'admettre la moindre consécration des théories sur la viabilité du nouveau-né : un enfant, quel qu'il soit et même condamné par les médecins, bénéficie de la capacité.

¹⁰⁰ « La capacité civile résulte [...] uniquement et simplement de la nature de l'être humain ». *Ibid.*, p. 153. Autre définition, plus explicite : « une prérogative inaliénable de l'homme, en tant qu'être intelligent et libre – un pouvoir immanent, tantôt *potestas*, comme l'appelait le sage Leibniz, tantôt autonomie, comme le dénommait le profond Kant ». A. L. de Seabra, *Apostilla a censura do Sr. Alberto Moraes de Carvalho*, op. cit., n°1, p. 18.

¹⁰¹ Il devra le répéter plusieurs fois dans ses apostilles, notamment dans celles adressées à Moraes Carvalho.

¹⁰² Voir *infra* et l'article de M. Reis Marques, « Elementos para uma aproximação do estudo do « usus modernus pandectarum » em Portugal », in *Boletim da Faculdade de direito*, vol. LVIII, 1983, tome II, p. 801 et s.

¹⁰³ A. L. de Seabra, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., p. 29.

Il est pourtant bien connu que ce courant de pensée a fini par conserver le plan des *Institutes* de Justinien (personnes, choses, actions), eux-mêmes calqués sur les *Institutes* de Gaius, tout en en modifiant l'esprit. Doneau lui-même le faisait pour construire son œuvre, en ne cédant pas à la mode de la critique si courante chez les humanistes de la seconde moitié du XVI^e siècle : il ne saurait être question d'imiter Bodin et Pierre Grégoire de Toulouse qui recherchaient un plan alternatif, à défaut d'être toujours original, centré sur les grands principes du droit naturel¹⁰⁴. Au terme de cette course, le Code civil des Français assurera le couronnement de ce recyclage dénaturé du plan des *Institutes*, désormais repensé comme l'armature d'un droit axiomatique né des droit subjectifs déduits par la Raison¹⁰⁵. Au point que certains considèrent aujourd'hui que ce plan a « formé la matrice juridique de tous les codes civils qui entrèrent dans le sillage du Code civil français »¹⁰⁶. Le plan adopté par Seabra représente à ce titre l'élément clef qui entretient le doute quant à cette filiation idéologique ; il importe par conséquent d'approfondir son articulation.

Première évidence : Seabra cherche bien, en un sens, à renouer avec ces convictions diffusées par Bodin¹⁰⁷ et Pierre Grégoire de Toulouse. Son plan n'obéit qu'à un seul objectif : celui de se conformer aux établissements de l'approche moderne du droit naturel, rejoint sur bien des points par les enseignements d'Ahrens et, à travers lui, de Krause. Or, ce faisant, il veille bien à adopter un plan rationnel. Mais, à la suite de Ramus, tout « bon » juriste nous le dira : un bon plan est bipartite et se fonde sur une dichotomie. Dans le pire des cas, mais nous ne ferions alors que suivre Hegel, un plan tripartite peut être admis en droit. Mais que dire d'un plan fondé sur quatre piliers ! A moins qu'il ne s'agisse, comme le laisse entendre Teixeira de Freitas, d'une pérégrination dans les mystères de la numérologie, encore que le nombre sept soit plus symbolique, ce « chiffre parfait » ayant su séduire Justinien pour son Digeste. Seabra préférera y répondre sans en référer pesamment à l'ésotérisme¹⁰⁸, en prenant appui sur la *Logique de Port-Royal* et sur des œuvres scientifiques éparses, mais françaises et le plus souvent versées dans la géométrie, la biologie et la botanique, qu'il s'agisse de celles de Lamarck ou de Jussieu. L'essentiel réside dans la compréhension (au sens de la logique) de la matière envisagée, de sorte que chaque division opérée ait une *propriété*, c'est-à-dire un caractère *propre*, qui justifie son isolement et donne un sens à l'opposition avec les autres divisions : ces dernières aussi ont, en elles-mêmes, des caractéristiques qui leur sont propres, de sorte que l'ensemble doit être à la fois exhaustif et compréhensible. Sacrifier l'une à l'autre de ces qualités dans un plan aboutit à un résultat qui ne serait pas scientifique, étranger en conséquence à la Raison. Adopter un plan binaire par dogmatisme aurait des résultats désastreux pour l'intelligence du propos, en contraignant son concepteur à se perdre ensuite dans une multitude de subdivisions stériles voire ineptes. L'essentiel, en matière de plan, réside donc dans la faculté de respecter ce que nous dicte la Nature, boussole la plus sûre à même de nous éviter toute erreur. A ce titre, son plan quadripartite se veut exemplaire, en suivant une logique certaine, fondée sur la nature même du sujet de droit.

Deuxième évidence : le plan final du Code de 1867 est identique à celui exposé en 1850 dans *Philosophia do direito* et correspond également à celui qui apparaît dans les quatre éditions de ses projets de code civil. Une continuité non hasardeuse : Seabra en faisait une condition *sine qua non* de l'aboutissement de son projet, en faisant peser sur la balance son éventuel retrait des travaux, conséquemment un nouvel avortement de la codification civile portugaise.

¹⁰⁴ Voir J.-L. Thireau, « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », art. cité, pp. 93-94.

¹⁰⁵ Voir A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, op. cit., pp. 217-218.

¹⁰⁶ Br. Schmidlin, « Le mouvement des codifications en Europe... », art. cité, p. 61.

¹⁰⁷ Sur son influence : M. Albuquerque, *Jean Bodin na Península Ibérica*, Paris, Fondation Calouste Gulbenkian, 1978.

¹⁰⁸ A. L. de Seabra, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas...*, op. cit., pp. 245-254. On note toutefois que si Teixeira de Freitas se montrait tacite (critique insidieuse liée à la franc-maçonnerie ?), Seabra n'hésite pas, quant à lui, à citer des ouvrages d'art cabalistique, quand bien même il s'agit de les écarter en note. Le recours à des auteurs jansénistes rétablit en quelque sorte l'équilibre...

Dernière évidence : en insistant exclusivement sur l'importance de Ferrer sur le plan, les historiens du droit portugais dissimulent (à leur corps défendant ?) la vérité¹⁰⁹. A quoi se résume cette influence ? Aux deux premiers livres de la seconde partie, qui distinguent les droits originaires (ceux acquis par notre seule volonté) des droits hypothétiques (ceux obtenus par la rencontre de deux volontés). Encore faut-il rappeler que Ferrer se contentait, sur ce point, de reprendre un critère établi par Martini. C'est bien peu et cela n'explique nullement l'articulation générale du plan focalisé sur la vie relationnelle du sujet de droit, qui détermine à la fois sa capacité et sa liberté tout en réservant une place de choix au concept d'autonomie de la volonté (cf. art. 4 du Code de 1867). Ne pouvait-il pas trouver son inspiration ailleurs, auprès de jurisconsultes cherchant, eux aussi, à concevoir un droit systématique élaboré à partir du même point de départ ? Cette approche du droit, à la fois pouvoir et expression de la liberté humaine, présente certes des affinités avec Krause et Kant, mais rejoint aussi celle d'un autre contemporain allemand, Savigny¹¹⁰ ; elle justifie, chez les deux juristes, la relégation de la violation du droit à la fin de tout exposé juridique¹¹¹ et une distinction nette entre le droit et la morale¹¹². Qu'importe ici leurs divergences consécutives, liées à l'antithèse romantique entre organisme et mécanisme qui influe sur leurs visions respectives de l'Etat¹¹³ : au nom de l'éclectisme, Seabra n'hésite pas à emprunter les bonnes idées, où qu'elles soient. Précisément, Savigny présentait dans son *Traité de droit romain (System des heutigen römischen Rechts)* une ébauche de fil directeur susceptible d'intéresser Seabra. Dans son livre II réparti entre les deux premiers tomes de son œuvre, le jurisconsulte allemand construisait un plan quadripartite. En écartant volontairement le premier chapitre définitionnel, nous constatons des accointances avec celui du Portugais : sous un titre un peu lourd (« des personnes considérées comme sujets des rapports de droit »), il débutait aussi par la capacité civile, avant de poursuivre avec les faits juridiques, soit l'origine et la dissolution des rapports de droit qui, pour faire court, correspondent aux deuxième et troisième parties du plan de Seabra. Les deux terminent ensuite avec la violation des droits.

L'existence de cette influence pose cependant problème, l'Ecole historique allemande étant considérée comme peu connue au Portugal avant la toute fin du XIX^e siècle ; elle ne se suspecte même pas dans les travaux récents que nous avons consultés, motivés sans doute par l'absence de traces de Savigny dans la *Philosophie du droit* de Seabra, la seule œuvre encore passablement lue du père du Code de 1867. D'ailleurs, le titre même de l'ouvrage invalidait tout rapprochement avec l'Ecole historique du droit : en 1845, l'un de ses membres, Stahl, ne devait-il pas dire dans *Die Philosophie des Rechts* que « la philosophie du droit n'a jamais été l'objet des activités de l'Ecole historique et de ses coryphées » ? Enfin, et pour clore un sujet vu comme insignifiant, les historiens du droit lusophones enseignent généralement que la germanisation du droit portugais est due en

¹⁰⁹ L. Cabral de Moncada, *Subsidios para a historia da filosofia do direito em Portugal*, op. cit., p. 71 (note 27) ; M. Reis Marques, « O krausismo de Vicente Ferrer Neto Paiva », in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, séparé du vol. LXVI, 1990, pp. 38-41 ; M. Cl. Calheiros, *A filosofia juridico-politica do krausismo português*, op. cit., p. 213. Il faudrait aussi ajouter Barbosa de Magalhães (« Le Portugal », art. cité) : sans nommer Ferrer, il y fait sans doute allusion quand il juge le plan conforme à l'Ecole moderne du droit naturel et au krausisme.

¹¹⁰ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, Léviathan, 2005, p. 170.

¹¹¹ « Le droit [...] nous apparaît comme un pouvoir de l'individu. Dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l'individu règne, et règne du consentement de tous. Ce pouvoir ou faculté, nous l'appelons *droit*, et quelques-uns l'appellent droit dans le sens subjectif. Le droit ne se manifeste jamais plus clairement que si, dénié ou attaqué, l'autorité judiciaire vient à en reconnaître l'existence et l'étendue. Mais un examen plus attentif nous montre que la forme logique d'un jugement tient à un besoin accidentel ; que, loin d'épuiser l'essence de la chose, cette forme suppose une réalité plus profonde, c'est le *rapport de droit* dont chaque droit n'est qu'une face diverse considérée abstractivement ; ainsi, un jugement sur un droit spécial n'est vrai et raisonnable que s'il dérive d'une vue complète du rapport de droit ». Fr. C. von Savigny, *Traité de droit romain*, Paris, Firmin Didot, 1855, tome I, pp. 7-8.

¹¹² *Ibid.*, tome I, p. 322.

¹¹³ Seabra est plutôt adepte d'un Etat machine, se contentant de protéger des droits naturels, là où Savigny se prononce en faveur d'un Etat organisme où les hommes jouent moins le rôle de rouage que celui de fins contribuant à la finalité du Tout. La division paraît spécieuse en histoire des idées selon J. Schlanger, *Les métaphores de l'organisme*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 47-49. D'ailleurs, sur ce terrain, Seabra adoptera certains points de vue de l'adversaire.

grande partie à l'action de Guilherme Alves Moreira (1861-1922) : notoirement connu pour avoir introduit le pandectisme allemand et l'École historique menée par Savigny à travers ses *Instituições de direito civil português* de 1907, Alves Moreira donnera ainsi naissance à une génération germanophile très critique du Code « trop français » de Seabra. Signe des temps, elle concrétisera sa domination via un nouveau Code civil en 1966, dont le plan est calqué sur le BGB¹¹⁴. Dans ces conditions, pourquoi chercher des influences allemandes au sein d'un Code précisément remplacé pour ne plus correspondre aux goûts de la doctrine ?

Cette prospection n'a pourtant rien de paradoxal. D'une part, parce que le conceptualisme de Savigny, à l'image de celui de Kant, pouvait aisément séduire des éclectiques qui, comme Seabra, souhaitaient justement opérer une synthèse entre rationalisme et empirisme¹¹⁵. D'autre part, parce que Savigny est en vérité bien présent dans l'œuvre de Seabra : il suffit de lire ses apostilles ! Or, sur ce terrain, l'âpreté des critiques de Teixeira de Freitas, l'un des introducteurs de Savigny au Brésil¹¹⁶, se révélera fertile, en le forçant à reconnaître ses emprunts. En plus d'invoquer le maître de Berlin au nom de « l'indépendance de l'esprit humain dans son développement individuel »¹¹⁷, Seabra finit par admettre des « coïncidences parfaites » avec Savigny en comparant ingénument les deux plans, sans toutefois formuler d'aveux¹¹⁸. Et, reconnaissance expresse des modes originaires d'acquisition des droits mis à part (voici la part laissée à Ferrer et/ou à Martini)¹¹⁹, Seabra concède l'identité d'approche : il ne se distingue expressément de Savigny que dans les applications, en se démarquant sur des détails principalement liés à la classification interne de plusieurs matières comme le mariage ou la puissance maritale et paternelle¹²⁰. Encore n'ose-t-il le faire qu'en se réfugiant derrière la propre autorité de Savigny : « l'harmonie des institutions », après tout, ne doit pas être bouleversée par une « exposition dogmatique du droit ».

Quoi qu'il en soit, la gêne occasionnée par Teixeira de Freitas permet de tirer une première conclusion : si le Code portugais s'apparente à un code système, ses influences sont multiples et de conciliation difficile. La forme de son Code en appelle assurément bien plus à l'esprit de système qu'à l'esprit des siècles ; mais, en conciliant l'approche d'un législateur logicien à la mode de Leibniz et de Wolff, et la conception d'un législateur naturaliste à la manière des Idéologues, Seabra réalise un improbable syncrétisme si l'on songe au bon mot de Voltaire¹²¹. A la suite de la première préface du *Cours de droit naturel* d'Ahrens¹²², ce double patronage aboutit au rejet de

¹¹⁴ Ceci explique peut-être l'étonnante et exclusive lecture kantienne du Code de 1867 livrée par Velozo en 1966.

¹¹⁵ Jean Gaudemet s'étonnait ainsi de voir Savigny être revendiqué à la fois par les Pandectistes et par les Germanistes. Voir *Sociologie historique du droit*, Paris, PUF, 2000, p. 21. Mais ce paradoxe se résout en ayant à l'esprit les deux orientations méthodologiques fondamentales de l'École historique du droit : l'une systématique-déductive (reproduit par les Romanistes), l'autre empirique-inductive (adoptée par les Germanistes). Voir A. Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, Léviathan, 1991, pp. 190-191. Manifestement, cette tentative de conciliation entre ces deux courants qui déchiraient l'Europe ne pouvait que plaire à Seabra et aux juristes portugais de son époque.

¹¹⁶ Cf. E. Lemoalle, « Le droit civil », in D. Paiva de Almeida (dir.), *Introduction au droit brésilien*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 274-276. Son action aurait ainsi mené à une rupture avec le Portugal relative aux influences doctrinales.

¹¹⁷ Il cite *in extenso* un des plus célèbres passages du tome I de *Traité de droit romain* de Savigny. Voir A. L. de Seabra, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 76-77. Ses apostilles révèlent une lecture attentive de ce tome d'après sa première édition française de 1840. Difficile en revanche d'en déterminer la date de lecture : est-elle antérieure à 1850, donc à sa *Philosophia do direito* qui ne mentionne jamais Savigny ? Ou est-il forcé de le lire après avoir conçu son plan, afin de répondre aux accusations de Teixeira de Freitas ?

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 59-61 et 119-123. Dans sa réponse à Ferrer, Seabra cite même Savigny pour objecter que « seul l'individu jouit de la capacité juridique ». Il est étonnant de voir les juristes portugais passer à côté de cet élément d'information.

¹¹⁹ Seabra se démarque ici de Savigny, ce dernier réfutant la distinction droit originel/droits acquis et le « faux principe d'un droit originel de l'homme sur sa propre personne ». Fr. C. von Savigny, *Traité de droit romain*, op. cit., t. I, p. 326.

¹²⁰ A. L. de Seabra, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 91-93.

¹²¹ « [...] je vous dirai, monseigneur, que je n'entends goutte à l'être simple de Wolff. Je me vois transporté tout d'un coup dans un climat dont je ne puis respirer l'air, sur un terrain où je ne puis mettre le pied, chez des gens dont je n'entends point la langue. [...] nous sommes de deux religions différentes [...] ». Lettre à Frédéric, prince royal de Prusse, octobre 1737 in *Œuvres de Voltaire*, Paris, Lefèvre/Firmin Didot frères, 1830, t. LII, pp. 516-517. Il souligne.

¹²² « Quelques auteurs distingués en France se sont bien familiarisés dans ces derniers temps, avec les travaux publiés par les philosophes et les jurisconsultes allemands ; mais, d'un côté, c'est surtout l'histoire du droit naturel qui a fixé

l'articulation du Code Napoléon, à la méthodologie déficiente, sauf à lui reprendre le principe de la numérotation continue¹²³ ; mais n'est-il pas possible de concevoir un autre code « français » en prenant appui sur des considérations obéissant autant à la raison qu'au droit déposé dans le cœur d'un peuple habitué à s'en référer au droit issu de l'étranger ? Le fond de son Code serait-il plus conforme à l'esprit des siècles ?

II- Un anti-code français ? Sélection des matériaux et contenu de la codification selon Seabra

En défendant l'unité de la raison face à J. A. Brückner, Seabra veillait aussi à réintégrer, dans le domaine scientifique du droit, la raison pratique de Kant. La raison ne saurait se limiter à dire ce qui est, elle doit aussi porter un jugement de valeur en visualisant et en affirmant ce qui doit être. En ce domaine, la pensée de Seabra paraît tributaire des réflexions de Ferrer, ce dernier distinguant deux sources du droit naturel qui doivent se combiner : la raison pratique kantienne et la nature humaine de Krause, dégagée au moyen de la psychologie et de l'anthropologie¹²⁴. Assurément, cette leçon serait suivie, ne serait-ce que pour prévenir toute reprise du droit romain contraire au droit naturel. Seabra recueille néanmoins une plus grande part d'héritage : il fait siens les préceptes dégagés par la « loi de la bonne raison » du marquis de Pombal, origine du droit civil moderne au Portugal, quoique largement influencé, à terme, par le droit français *lato sensu*. Ses lectures allemandes produiraient également des effets conséquents : indépendamment ou non de Savigny, Seabra s'intéressait aussi à la méthode historique en initiant sa *Philosophie du droit* de 1850 sous le patronage revendiqué de Herder¹²⁵. La finalité de l'homme, chez Seabra, n'est donc pas krausienne : elle s'inspire du père du concept de *Volksgeist* (« esprit du peuple »), dans la perspective universelle initiale, et non pas d'après sa tournure postérieure centrée sur le peuple allemand. Chaque culture, chaque peuple, obéit donc à une finalité qui lui est propre, d'où certaines interrogations d'importance pour le juriste : un peuple n'est-il pas à la fois une individualité et une continuité, membre d'une totalité qui transcende le temps ? Le droit ne vient-il pas, dès lors, d'une histoire qu'il convient régulièrement de mettre à jour ?

En réalité, l'ambiguïté transpire du Code civil portugais. Certes, l'usage de la méthode comparative récupérée de la législation pombaline devait servir à mieux dégager les règles de droit conforme à la raison et ainsi émanciper le droit portugais, enfin délivré de ses tuteurs romain et français (A). Un demi-siècle d'influence française ne s'efface pourtant pas d'un trait de plume. De surcroît, il semble fort douteux que tel ait été le but de Seabra. Son obsession française, ou son constat alarmant quant à l'archaïsme et au manque d'identité du droit portugais, l'a en effet conduit à un résultat bien étrange : en rejetant le modèle juridique français, par trop lié au Code Napoléon, n'a-t-il pas donné naissance à un anti-code français, élaboré à partir de matériaux que lui fournissait la propre doctrine française, invoquée au nom de la raison (B) ?

A- Du bon usage de la méthode comparative : le rejet des modèles juridiques français et romain

leur attention, et d'un autre côté, ils se sont plutôt approprié quelques résultats importants de cette science qu'ils n'en ont présenté une exposition méthodique, la seule cependant qui puisse donner à la jeunesse studieuse des notions précises et l'habituer à traiter des matières analogues avec ordre et enchaînement ». H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, Leipzig, F. A. Brockhaus, 1875, 7^e éd., t. I, préface de la 1^{ère} éd. (écrit en 1837), pp. XI-XII.

¹²³ De quoi fortement tempérer le jugement de J.-L. Halpérin (« Deux cent ans de rayonnement du *Code civil des Français* », art. cité, p. 239) qui y voit le « succès dans les pays latins de la codification à la française ».

¹²⁴ L. Cabral de Moncada, *Subsidios para a historia da filosofia do direito em Portugal*, op. cit., p. 66. Qu'importe ici la trahison de Kant, Ferrer retombant dans le jusnaturalisme des XVII^e et XVIII^e siècles, au rebours du vœu du maître de Königsberg. *Idem* à propos de l'utilisation de la psychologie et de l'anthropologie juridique, privés de bien-fondé et de pertinence selon Kant. Cf. S. Goyard-Fabre, *Philosophie critique et raison juridique*, op. cit., p. 70.

¹²⁵ Nommément ses *Idées sur la philosophie de l'histoire de l'humanité*, ouvrage perçu, au même titre que *Des facultés humaines* de Jean-Faustin Decorde, comme le « meilleur commentaire de notre principe » sur la fin et la destinée de l'homme. Voir A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., p. 5 en note. N'oublions pas, cependant, qu'en suivant aussi Bacon, il devait à l'occasion recourir à l'histoire, recueil des expérimentations humaines en matière de législation.

« Le droit romain, enferré dans les conséquences de ses principes stériles et arbitraires, mais ne pouvant taire les cris de l'équité, invente par conséquent des distinctions, élabore des sophismes et des subtilités, accumule enfin les hypothèses, plus propres à susciter l'admiration des érudits¹²⁶, qu'à régir une nation civilisée. Le droit français proclame les principes de la raison éternelle, aspire à la philosophie du droit ; mais, dominé par les idées préconçues des doctrines romaines et confondant les frontières qui séparent le droit naturel du droit positif, ce droit français est très loin de mériter le crédit dont il jouit habituellement »¹²⁷. Seabra brocardait de la sorte les droits romain et français en raison de leur inadéquation à la première condition du droit positif : son accessibilité.

Le thème, rebattu aux XVIII^e et XIX^e siècles en Europe, fut pourtant au cœur des préoccupations françaises¹²⁸. Au demeurant, le plaidoyer livré par le jurisconsulte portugais ne se contentait pas d'une critique aussi restreinte : il ciblait de façon large les deux principaux droits européens, l'un ayant servi et l'autre ayant la prétention de servir de droit commun à l'ensemble du continent, quitte à entrer en concurrence¹²⁹. En effet, Seabra veillait moins à prévenir toute propagation globalisante et exclusive du Code civil des Français en terre lusitane, au nom par exemple de l'esprit des siècles ou de la théorie des climats, qu'à nier l'idée que le Code Napoléon et que les compilations de Justinien puissent être des modèles juridiques à part entière. L'idéal du « modèle français » ne présente en soi rien de très original¹³⁰, pas même dans son application à la péninsule ibérique, sauf à rappeler que la « copie » dépasse parfois son « modèle »¹³¹. Pour les juristes français, il s'agissait d'encenser et de propager le droit *proprement* français, en le présentant sous la forme d'un « ensemble de règles juridiques à partir desquelles une législation étrangère modèle son propre droit »¹³² où surgissent, ici et là, et comme corrompus par l'esprit de conquête brocardé par Benjamin Constant, de charmants accents universalistes (ou colonialistes ?) appelant à la régénération du droit, de la société, voire de l'homme.

A tout prendre, cette dernière phase du discours pouvait séduire un juriste conquis par un exposé krausiste offrant des idéaux du même genre. Ce n'est donc pas tant la teneur du propos des juristes français, omniprésents dans son texte et pas forcément de façon critique, qui perturbe Seabra : c'est plutôt le fait que le Code français puisse être ce modèle universel, statut justifié par sa proximité avec le droit naturel ; c'est également le fait que le droit romain s'apparente lui aussi à un droit positif proche du droit naturel, thèse défendue par les jurisconsultes romains dès l'époque classique, donnant du crédit à la volonté, exposée par Ulpien auprès de l'empereur Caracalla, de conférer la citoyenneté romaine, donc aussi le droit civil romain, à tous les habitants de l'Empire.

Cette double attaque ne saurait se comprendre sans exposer au préalable l'état du droit

¹²⁶ Cujas est visé en note.

¹²⁷ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., p. 275.

¹²⁸ Voir A. Desrayaud, « De la sûreté à la citoyenneté : l'accessibilité du Code civil de 1804 », in *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre/décembre 2012, n°4, pp. 677-695.

¹²⁹ Les archives parlementaires regorgent de discours de ce genre, bien connus de Seabra : « Nos lois françaises, anciennes et nouvelles, et spécialement le Code Napoléon, doivent naturellement présenter de nombreux rapports avec celles qui ont si éminemment contribué à l'illustration du droit romain ; l'unité et l'invariabilité des principes de raison et d'équité, l'étendue et la richesse d'une source aussi abondante, ont dû produire entre les deux législations une connexité qui ne peut être étrangère à l'ascendant honorable que la nôtre obtient rapidement en Europe. Déjà adoptée en divers Etats, elle deviendra à son tour le fanal de ceux qui voudront améliorer leur législation ». Riboud, in *Archives parlementaires*, 2^e série, tome XI, p. 559 (prononcé le 22 mars 1813).

¹³⁰ Sylvain Soleil a déterminé que cette idée apparaît dans le Code de Michel de Marillac de 1629, qui insiste plus sur le caractère transposable d'une méthode (celle de la compilation) et d'un esprit (l'idée de réformation du droit), que sur l'importance de la diffusion d'un contenu précis de règles. Voir « *Le modèle juridique français : recherches sur l'origine d'un discours* », in *Droits*, n°38, 2003, pp. 83-95.

¹³¹ L. Caillet, « Le modèle français et la réforme administrative de l'Espagne au XVIII^e siècle », in *Nonagesimoanno. Mélanges J. Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 795 (conclusion que les Français omettent d'ailleurs souvent...).

¹³² Selon la définition proposée par S. Soleil, « « Ces sages lois que les autres peuples s'empressent à l'envie d'adopter... ». Le recours à l'étranger dans la formation du concept de « modèle juridique français » », in *Revue historique de droit français et étranger*, n°86, 2008-2, p. 227.

portugais à l'orée de la seconde moitié du XIX^e siècle. Or, ce que les juristes français ne mentionnent pas afin d'accréditer la thèse d'une influence *directe* et *propre* du Code de 1804 sur l'*élaboration* du Code portugais, c'est que le droit français bénéficiait déjà, depuis un demi siècle, d'un droit d'entrée singulier en terres lusitaines : il jouissait du statut privilégié de droit subsidiaire. Il convient de rappeler que droit civil portugais moderne¹³³ se forme à partir d'une date clef : le 18 août 1769, la loi dite de la « Bonne Raison »¹³⁴ est promulguée sous l'impulsion du marquis de Pombal. Il s'agissait en l'occurrence de pallier aux déficiences des compilations juridiques officielles, connues sous le nom d'*Ordenações*. Principale source du droit portugais, ces *Ordenações* englobaient différentes branches du droit (civil, criminel, procédural, administratif et fiscal), mais présentaient un défaut récurrent lié à leur ancienneté et parfois à leur manque d'ambition. En effet, les dernières en date, les *Ordenações* Philippines de 1603, dataient déjà de la domination espagnole ; de plus, et afin de ne pas heurter les traditions juridiques portugaises (ce qui permettra leur reprise par D. João V en 1643, après la Restauration), elles se contentèrent de mettre à jour les *Ordenações* Manuelines de 1521, elles-mêmes limitées à une actualisation des *Ordenações* Alphonsines de 1446. Puisé au cœur de la période médiévale, le droit portugais souffrait de la sorte de cet aspect suranné, au point de fortement déplaire au courant des Lumières. De surcroît, il ne s'agissait pas là de ses seuls défauts. Grevées par le manque de clarté, les lacunes et autres contradictions, les *Ordenações* offraient certes la primauté au droit national, mais se résignaient à autoriser expressément le recours à des droits ou autorités extérieurs¹³⁵, en plaçant en exergue le droit romain, le droit canonique et le recours à ses interprètes les plus en vue ; l'autorité étatique et la littérature juridique portugaise, déjà préoccupées par le problème de la complétude du droit, accordaient ainsi leur préférence à la glose d'Accurse et aux opinions de Bartole¹³⁶. Cette cohabitation entre *iura propria* et *ius commune* devait pourtant tourner court : en pratique, l'ampleur et la récurrence de l'utilisation du *ius commune* semblaient renverser le principe posé par les *Ordenações*, au point de s'interroger sur son prétendu caractère « supplétif »¹³⁷.

Lorsque le roi D. José lui confie les rênes de son gouvernement, le marquis de Pombal avait à cœur de démontrer la capacité réformatrice du Portugal¹³⁸, fort des encouragements de Diderot tenus dans sa correspondance, opposant un pays capable de se renouveler à une France prisonnière de ses carcans juridiques : « [...] la matinée s'est passée tout entière à lire un ouvrage sur l'institution publique : c'eût été la chose la plus utile et la plus praticable pour un royaume tel que le Portugal, qui se renouvelle; pour nous, c'est autre chose. Les mauvais usages multipliés sans fin

¹³³ Voir, d'une façon générale, G. Braga da Cruz, « Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro », in G. Braga da Cruz, *Obras esparsas*, Université de Coimbra, Coimbra Editora, 1981, vol. II, 1^a partie, pp. 25-75. Version courte en français sous le titre : « La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoléon », in G. Braga da Cruz, *Obras esparsas, op. cit.*, 1981, vol. II, 2^a partie, pp. 1-26.

¹³⁴ Ce sobriquet, inventé semble-t-il par Corrêa Telles en 1824, est dû aux multiples références du texte à la « *boa razão* », autrement dit à cette droite raison mise sur un piédestal par l'Ecole moderne du droit naturel. Sur cette loi : G. C. Machado Cabral, « A lei da Boa Razão e as fontes do direito : investigações sobre as mudanças no direito português do final do Antigo Regime », in *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Florianopolis, Fundação Boiteux, 2010, pp. 6114-6126 ; A. Moraes Godoy, « A completude do ordenamento jurídico na lei da boa razão : a teoria de Norberto Bobbio e a experiência jurídica pombalina », in *Scientia iuris*, vol. 2/3, 1998/1999, pp. 196-211 ; Fr. J. Calazans Falcon, « As praticas do reformismo ilustrado pombalino no campo jurídico », in *Revista de Historia das Ideias*, n°18, 1996, pp. 511-528 (en dépit d'une interprétation contestable quant à la place de la coutume dans cette loi).

¹³⁵ Titre LXIV du Livre III, intitulé « Comment se jugeront les cas qui ne seraient pas déterminés par les *Ordenações* ».

¹³⁶ On relèvera que le droit romain doit être écarté au profit du droit canonique, si son application aboutit à commettre un péché. La loi de 1769 mettra fin à ce type d'hypothèse.

¹³⁷ Voir P. Ferreira da Cunha, *Para uma história constitucional do direito português*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 174. En raison de l'esprit de routine propre à la littérature juridique, les ouvrages de casuistique, largement influencés par le droit romain, prédominaient alors.

¹³⁸ Sur ces réformes du marquis de Pombal, voir R. M. de Figueiredo Marcos, *A legislação pombalina : alguns aspectos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2006, 2^e éd. La « loi de la bonne raison » s'y étudie dans le chapitre IV.

et invétérés sont devenus respectables par leur durée et irréformables par leur nombre »¹³⁹. La période du jusnaturalisme portugais, initiée en 1746 par Luis Antonio Verney¹⁴⁰ et plus généralement par les « *estrangeirados* », ces Portugais ayant vécu à l'étranger, est marquée par la première diffusion du droit naturel rationaliste et par l'École de l'*Usus modernus Pandectarum*. Mais elle accompagne, au plan politique, une phase de despotisme éclairé. Le Roi et la Raison étaient ainsi appelés à devenir les vraies sources du droit. Tout ceci va aboutir au rejet de l'autorité du droit romain, même en guise d'interprète, au profit de la *recta ratio*. La « loi de la bonne raison » couronne ce mouvement général commandé au nom de l'esprit du siècle, en fixant de nouvelles règles d'interprétation de la loi, qui en sort renforcée, et en fournissant de nouvelles recommandations aux juges quant aux sources du droit extérieures qu'il convient désormais de privilégier. La récurrence de l'expression « *boa razão* » laissait pourtant entendre une place au droit romain, longtemps assimilé à la raison écrite ; de plus, il ne faudrait pas oublier que les *Ordenações* Philippines employaient elles-mêmes l'expression, sans toutefois la définir, la bonne raison servant déjà de critère d'appréciation de l'utilisation du *ius commune*.

Or, l'esprit de la loi de 1769 correspond à celui qui animera Seabra près d'un siècle plus tard : la droite raison ne se trouve pas entièrement dans un seul endroit et il vaut mieux s'inspirer de la méthode dégagée par les Romains pour tenter de se rapprocher du droit naturel, que reprendre leur législation. Nombre de passages de son œuvre en attestent, lui qui ne rejette pas le droit romain par dogmatisme, mais uniquement les pans des compilations de Justinien incompatibles avec la droite raison : « En somme, notre législation n'a jamais admis les principes exclusifs du féodalisme qui considèrent la chasse comme un droit royal et seigneurial – s'adossant ici aux maximes du droit romain qui, dans cette partie (comme dans beaucoup d'autres), ne démerite pas son titre, attribué par quelques jurisconsultes, de raison écrite »¹⁴¹.

Aux termes de la loi de 1769, la source de la droite raison remonte à ces « vérités essentielles, intrinsèques et inaltérables, que l'éthique des propres Romains avait établies et qui furent formalisées par les droits divin et humain, afin de servir de règles morales et civiles au sein du christianisme ». L'heure n'est plus au respect scrupuleux des textes, mais à la recherche d'une vérité intemporelle, valable en tout temps et en tout lieu. La méthode se veut résolument déductive, la Raison humaine ne se contentant plus d'être le moyen de découvrir le droit comme chez les Anciens : elle en est la source, influence de l'École moderne du droit naturel oblige¹⁴². Par conséquent, l'emploi du droit romain cesse d'être systématique et est conditionné par son respect aux droits divin et naturel : les vestiges du paganisme seront donc rejetés¹⁴³. Ceci explique en partie la réception froide du droit romain et de la *communis opinio doctorum* depuis la seconde moitié du XVIII^e siècle, manifestée dans la littérature et jusqu'au sein des assemblées politiques¹⁴⁴. La loi de 1769 permettait en outre de rencontrer la « bonne raison » au sein de toutes les « règles qui, de consentement unanime, ont fondé le droit des gens aux fins de direction et de gouvernement des nations civilisées », comprendre chrétiennes¹⁴⁵, laissant une ultime porte ouverte sur toutes les « lois politiques, économiques, mercantiles et maritimes que ces mêmes nations chrétiennes ont

¹³⁹ Lettre à Sophie Volland, 19 août 1762, in *Mémoires, correspondance et ouvrages inédits de Diderot*, Paris, Garnier frères, 1841, tome I, pp. 301-302.

¹⁴⁰ Voir L. Cabral de Moncada, *Um « iluminista » português do século XVIII. Luis Antonio Verney*, Coimbra, A. Amado, 1941 et A. Banha de Andrade, *Verney e a cultura do seu tempo*, Coimbra, Imprensa de Coimbra, 1965.

¹⁴¹ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., p. 146.

¹⁴² En 1772, les nouveaux statuts de l'Université le diront de façon éloquente, en exaltant « l'Empire de la raison », dans lequel le professeur doit rechercher « la vérité, l'ordre, la déduction, la méthode et la démonstration » ; tout semble partir de ces « préceptes que la Nature a écrits dans les cœurs (*sic*) de l'Homme ». *Estatutos*, Livre II, titre III, chapitre V. Voir P. Calafate, *A ideia de Natureza no Século XVIII em Portugal 1740-1780*, Lisbonne, INCM, 1994.

¹⁴³ On trouvera quelques exemples de ces mises à l'index dans J. Corrêa Telles, *Commentario critico à Lei da Boa Razão, em data de 18 de agosto de 1769*, Lisbonne, Typographia de N. P. de Lacerda, 1824, pp. 34-36.

¹⁴⁴ N. J. Espinosa Gomes da Silva, *Historia do direito português. Fontes do direito*, Lisbonne, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, 5^e édition, pp. 442-450.

¹⁴⁵ Pour Corrêa Telles, seule la Turquie se voit ainsi rejetée de ce concert des nations européennes.

promulguées » : dans ces matières jugées dépendantes du progrès, la préférence était même accordée aux droits étrangers contemporains, abritant selon toute vraisemblance les règles de droit les plus conformes à la raison. Christianisme et jusnaturalisme faisaient donc bon ménage, ce qui n'empêchait pas de mettre fin à la prédominance classique du droit canonique sur le droit national acquise en 1211¹⁴⁶, au point de retirer toute valeur au droit de l'Eglise catholique, exclu des tribunaux civils même en qualité de droit subsidiaire. De même, et sur fond d'expulsion des Jésuites, le marquis de Pombal projetait de restreindre l'influence de la Seconde scolastique dans le milieu universitaire, conformément au vœu de Verney. Pour parvenir au but, la nouvelle législation irait donc s'appuyer sur une refonte de l'enseignement universitaire, et en particulier du droit, jusque là essentiellement porté sur les droits romain et canonique¹⁴⁷. La grande réforme des statuts de l'Université de 1772 y veillera, elle qui suit Verney en insistant sur l'importance de cours d'histoire du droit civil et de droit naturel, tout en fixant un nouveau critère d'appréciation pour le juge : en cas de doute quant à la conformité d'une disposition du droit romain à la bonne raison, le juge doit en vérifier l'utilisation faite au sein des autres nations civilisées, avant de se prononcer. A l'origine, le propos du législateur s'évertuait également à consacrer la doctrine de l'*Usus modernus Pandectarum*¹⁴⁸ connue au Portugal grâce à quelques-uns de ses promoteurs : Benedict Carpzov, Justus Henning Böhmer, Augustin Leyser et Johann Gottlieb Heineccius. Devant son nom à l'allemand Samuel Stryk, cette école de pensée ne s'intéresse à l'étude du droit romain que dans ses aspects transposables aux temps présents. Cette recherche d'un droit romain toujours d'actualité, d'usage moderne, séduira les tenants du droit naturel : elle fournissait un critère d'appréciation à cette quête visant à découvrir des règles de droit conformes à la bonne raison. En somme, les règles romaines qui continuent de s'appliquer le sont sans doute en vertu de leurs liens harmonieux avec la raison. Ce critère d'appréciation devant le tribunal de l'Histoire posait une sorte de présomption de légitimité ; de surcroît, cette méthode conduisait à rejeter les autres dispositions romaines, sans plus de démonstration, laissant un espace libre et souvent conséquent aux droits nationaux.

Mais cette ouverture d'esprit devait au contraire exposer le droit portugais à d'autres influences. En effet, le fruit de ces nouvelles règles d'interprétation ne parviendra pas à être cueilli par les partisans de l'*Usus modernus Pandectarum* du fait de querelles internes¹⁴⁹ ; il devait donc naturellement mûrir en profitant de l'apport des nouveaux types de codification, à commencer par la française. Car, en dépit d'une relation équivoque entre la France et le Portugal au plan politique et constitutionnel, principalement due aux invasions napoléoniennes¹⁵⁰, l'influence de la pensée juridique française est indéniable dans le premier XIX^e siècle, en particulier au lendemain de la fuite du Roi au Brésil. La lecture des ouvrages de droit public nous offrit déjà l'occasion de le

¹⁴⁶ Cf. N. J. Espinosa Gomes da Silva, «Ainda sobre a lei da Curia de 1211, respeitante às relações entre as leis do Reino e o Direito Canonico», in *Clio*, n°6, 1997/98, pp. 29-39 et J. Mattoso, « A Curia Régia de 1211 et o Direito Canonico », in *Direito et Justiça. Revista da Faculdade de direito da Universidade Catolica Portuguesa*, n°13, 1999, pp. 129-142.

¹⁴⁷ R. M. de Figueiredo Marcos, *A legislação pombalina*, op. cit., pp. 160-164.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 166 ; M. R. Marques, *Historia do direito português medieval e moderno*, Coimbra, Almedina, 2002, 2^e éd., p. 166 ; du même, « Elementos para uma aproximação do estudo do « usus modernus pandectarum » em Portugal », art. cité, p. 801 et s.

¹⁴⁹ Loin de simplifier et de clarifier le droit portugais, cette école finit par l'obscurcir. Comme le note Corrêa Telles, aucun des partisans de l'usage moderne des Pandectes ne semblait s'entendre sur les lois romaines encore en vigueur et sur celles qui ne l'étaient plus. Voir J. Corrêa Telles, *Commentario critico à Lei da Boa Razão...*, op. cit., p. 42.

¹⁵⁰ Cf. A. Chr. Araujo, « Revoltas e ideologias em conflito durante as invasões francesas », art. cité. Le témoignage du grand-père de Maurice Barrès retient pourtant l'attention, en fournissant un indice quant à l'attrait des Portugais pour la littérature politique et juridique française en ce début de XIX^e siècle : « [...] nous trouvâmes [près du bivouac installé autour de Villafranca] une cachette remplie de livres français, presque tous de nos meilleurs auteurs, bien édités et supérieurement reliés, c'étaient les deux encyclopédies, c'était Voltaire, Rousseau, Montesquieu etc. Rien de semblable ne s'était offert à mes yeux en Espagne ». J.-B. Barrès, *Souvenirs d'un officier de la Grande Armée*, Paris, Plon/Nourrit et Cie, 1923, p. 141.

constater¹⁵¹ : le recours à des jurisconsultes comme Portalis, Toullier ou encore Demolombe ne se dissimule sous aucune façade, les publicistes portugais et brésiliens¹⁵² se contentant bien souvent de lire les auteurs allemands à travers leurs traductions en français. Or, en élargissant nos recherches aux traités de droit privé, nous devons bien reconnaître que la tendance s'affirme et, parfois, se renforce. Certes, les juristes portugais ne le font pas de façon exclusive, puisant au besoin dans d'autres codes étrangers ; mais le mouvement va en s'affirmant. Surtout, l'invocation de ces législations extérieures n'est pas strictement scientifique, illustrant un autre usage du droit comparé, perçu non comme une « science » de la différence et du rapprochement¹⁵³, mais comme un art dont le problème est d'estimer des valeurs afin de pouvoir les comparer. Plus ou moins inspiré par la raison pratique de Kant, le droit comparé s'utilise ainsi comme un instrument d'évaluation de la valeur des principes et du contenu des droits de différents pays, à charge pour les juristes, au terme de ce processus de mesurage, de livrer un véritable jugement destiné à convaincre la jurisprudence. Initiées par l'avocat Manuel de Almeida e Sousa, ces invocations et ces critiques des dispositions de codes étrangers se justifient donc au nom de la « loi de la bonne raison » et les juristes portugais qui citent, selon les cas, telle disposition de tel ou tel code, le font à dessein, en recommandant ou en déconseillant l'usage de ces règles étrangères en guise de droit subsidiaire au Portugal.

Telle est bien la cause qui motive les jurisconsultes portugais à étudier la doctrine privatiste européenne. Gouveia Pinto afficha ainsi sa préférence pour le Code prussien dans son traité sur les testaments de 1813. D'autres exemples, tout aussi connus, profitent en revanche au droit français : ainsi en fut-il de la mise à l'écart de la nécessité de l'institution d'héritier, du rejet des substitutions fidéicommissaires de plus d'un degré, inspiré par l'article 896 du Code français, ou encore de l'invocation récurrente de la mise en demeure de son article 1139. Ces illustrations sont légion et les juristes, enhardis par certains succès en jurisprudence, ne se contenteront bientôt plus de se substituer aux silences ou aux obscurités. Profitant de l'éloignement du Roi, puis des querelles de légitimités conduisant à la guerre civile, la doctrine portugaise va chercher à diffuser de nouvelles règles juridiques incontestablement contraires au droit positif. La prudence étant de mise, ils procéderont néanmoins par étape en développant, dans un premier temps, la thèse de la désuétude de la règle de droit nationale, comme ce fut le cas pour la fin de l'exigence de la bonne foi dans la prescription trentenaire : sous l'influence de l'article 2262 du Code civil, cette théorie parviendra à convaincre la jurisprudence, avant d'être reprise par le Code portugais de 1867. Dans un second temps, les juristes portugais vont lutter contre des règles positives dont le point commun paraîtra sans doute opportun : ils représentent en effet des héritages du droit romain, ce qui facilitera leur contestation au nom d'une prétendue incompatibilité avec la bonne raison. Les codes prussien, sarde et surtout français (art. 1743) légitiment ainsi le maintien de la location en cas de vente de l'immeuble vendu, restreignant les droits du nouvel acquéreur. Mieux, en encensant la vente avec effets réels, la doctrine portugaise souhaitait rejeter la *traditio* romaine au nom de l'article 1583 du Code Napoléon, contestant ainsi une loi de 1810 pourtant destinée à conforter la règle romaine.

Ce faisant, les juristes portugais n'omettront pas d'y ajouter quelque touche personnelle. Ne sous-estimons pas leur capacité ou leur volonté de s'émanciper des fondements philosophiques des

¹⁵¹ O. Ferreira, « Le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824 et la Charte constitutionnelle portugaise de 1826 : les influences de Benjamin Constant ou de Lanjuinais ? », in *Revue française de droit constitutionnel*, n°89, 2012, p. e7.

¹⁵² Dans *A longa viagem da Biblioteca dos Reis*, l'historienne et anthropologue Lilia Moritz Schwarcz retrace le voyage mouvementé de la bibliothèque du roi de Portugal D. João VI : en 1807, ce dernier, en fuite vers le Brésil afin d'échapper aux troupes de l'Aigle, ne put se résoudre à abandonner ses livres, mais les oublia dans sa précipitation. Entre 1810 et 1811, ceux-ci feront l'objet de trois expéditions vers les terres brésiliennes. Cette belle étude livre malheureusement peu d'enseignements quant aux œuvres juridiques, notamment françaises, qui ont pu être transportées de la sorte. Un approfondissement aurait son importance : D. Pedro I, premier empereur du Brésil et fils de D. João VI, a largement puisé dans ce fonds pour élaborer la première constitution brésilienne. De surcroît, c'est bien ce fonds qui, une fois racheté par D. Pedro, servira de point de départ à la Bibliothèque impériale brésilienne.

¹⁵³ Th. Rambaud, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé. Analyse comparative des régimes français et allemands*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 19-24.

législations étrangères qu'ils empruntent : un Coelho da Rocha, considéré par ses pairs comme le plus grand civiliste portugais du XIX^e siècle et membre de la commission chargée de seconder Seabra, puise allègrement dans les Codes français, prussien, sarde ou autrichien, pour en faire sa propre doctrine ; mais si ses *Instituições de direito civil portuguez* se démarquent, dès 1844, par leur qualité technique, Coelho da Rocha fait peu de cas de l'esprit qui anime ces différents codes : sa conception idéologique prime, dans la lignée de cet éclectisme si répandu au Portugal. Précisément, le Code portugais de 1867 ne se contentera pas de consacrer tel ou tel aspect du droit français : il se propose au contraire de recueillir un legs juridique, un travail de 50 ans, opéré par une doctrine certes acquise aux avancées du droit français, mais suffisamment instruite pour pouvoir prendre du recul et proposer des solutions plus originales (adoption de la propriété littéraire, artistique et scientifique¹⁵⁴ ; consécration de la personnalité collective...) ou mieux adaptées au cadre portugais, à l'exemple de la cohabitation entre mariage religieux et mariage civil¹⁵⁵. Un droit assimilé, digéré et, osons le dire, « vulgaire » (en référence à ce qui se pratiquait dans les provinces romaines), se diffuse ainsi dans le Code portugais, ce qui ne doit rien au hasard.

En effet, Seabra se pose naturellement et explicitement en héritier de ces générations issues de la « loi de la bonne raison »¹⁵⁶, reprenant la méthode comparative et historique, employée tout au long de ses ouvrages. A ceci près que son propos se recentre presque toujours sur les droits romain et français, comme pour mieux les circonscrire ; il s'agit alors d'en analyser les différentes branches, en particulier le droit des obligations, afin de s'assurer de leur conformité au droit naturel. La critique romaine est notablement ciblée : Accurse et Bartole ne sont cités que pour mémoire¹⁵⁷, lorsqu'il rappelle la situation antérieure à 1769, ne revenant pas sur la déchéance brutale dont ils furent les victimes au sein de la « loi de la bonne raison » (§13). Les romanistes n'entrent plus en considération. Au contraire, c'est bien le droit romain des origines, dans un sens pétri par les préjugés des jurisconsultes libéraux étrangers comme Ortolan, qui subit les invectives du jurisconsulte portugais. Son libéralisme, exaltant sans surprise le consensualisme et sensible à la thèse évolutionniste du droit des obligations¹⁵⁸, le conduit à vilipender le réalisme et le formalisme caractérisant le droit quiritaire¹⁵⁹. Seul le droit des gens, assimilé au droit naturel des Modernes comme chez Verney¹⁶⁰, trouve grâce à ses yeux en raison de son ouverture aux contrats *consensu*. Mais, justement, la fameuse classification tripartite romaine (droit civil, droit des gens, droit naturel) démontrait selon lui le problème majeur du droit romain et la raison pour laquelle il convient, en définitive, de s'en émanciper : le droit civil romain, en n'admettant aucune assimilation au droit naturel tout en refusant d'en suivre ses règles, s'exclut de lui-même du rôle de modèle du genre humain¹⁶¹. Décidément, la « classification romaine n'est pas un évangile »¹⁶²,

¹⁵⁴ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., pp. 161-183.

¹⁵⁵ Voir C. Ferreira de Almeida/J. Morais Carvalho, *Introdução ao Direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2013, 3^e éd., pp. 34-35. Manifestement, la sécularisation du droit familial, au cœur du Code français, peinait à séduire en dehors de nos frontières.

¹⁵⁶ L'hommage se montre parfois indirect, comme lorsqu'il encense les statuts de l'Université de 1772, ce « monument de lumières supérieures », qui « sera respecté en tout temps ». A. L. de Seabra, *Apostilla a censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho...*, op. cit., n°1, p. 10. Il se montre en revanche plus explicite dans sa *Resposta às reflexões do Sr. Doutor Vicente Ferrer Neto Paiva*, op. cit., p. 22 où il aborde l'article 13 du projet de code civil et sa référence à l'équité : le mot renvoie dans son esprit « aux principes du droit naturel, ou de la bonne raison, auxquels se réfèrent la loi du 18 août 1769 §9 et les Statuts de l'Université, Livre III, titre V, chap. II ».

¹⁵⁷ Seule la page 249 en fait mention dans le corps du texte *Philosophia do direito* et en note.

¹⁵⁸ Ces critiques du droit romain et de son esprit subissent l'influence de l'*Explication historique des Institutes de l'Empereur Justinien* d'Ortolan, citée en note. La thèse libérale et évolutive de l'histoire du droit des obligations, défendue également par Troplong, est ici reprise : les premiers temps, réalistes et formalistes, laissent progressivement une place au consensualisme, à mesure du développement de l'intelligence et des progrès de la civilisation. Les formes matérielles ne servent alors plus que de moyens de garantie pour les actes passés par la volonté.

¹⁵⁹ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., p. 201.

¹⁶⁰ L. A. Verney, *Verdadeiro metodo de estudar...*, Valensa, Antonio Balle, 1746, tome II, Lettre XIII, p. 141.

¹⁶¹ « Ainsi, les contrats consensuels furent toujours considérés comme propres au droit des gens, et seuls la vente, la *locatio-conductio*, la société et le mandat eurent l'honneur d'être rapprochés, dans le principe de leur obligation, aux

n'offrant aucun appui à une bonne compréhension du message chrétien...ou krausiste.

En ce domaine, sa critique, sans être neuve dans la mesure où elle semble suivre les brisées de l'admonestation de Miranda Rebello¹⁶³, prend appui sur un semblant d'analyse anthropologique et sociologique du peuple romain, jugé hautain et renfermé sur lui-même, fatalement perméable à une approche absconse et inaccessible du droit, un « secret des dieux » inabordable pour tout étranger¹⁶⁴. La critique paraît injuste, tant le droit civil romain ne diffère guère de celui des autres cités de l'Antiquité : il s'agit bien d'un droit propre au citoyens qui exclut, par définition, ceux qui n'appartiennent pas à la cité. De surcroît, la diffusion généreuse, voire inédite, de cette citoyenneté à tous les habitants de l'Empire, nuance cette approche du peuple romain. Enfin, ce trait de caractère des origines, soi-disant propre au paganisme, devait *a priori* s'effacer avec la diffusion du christianisme. Son argumentaire présente toutefois un fond de vérité pour tout humaniste. *Roma, Roma non est* dira Erasme. Or, le « vrai » droit romain ne se confond ni avec le droit vulgaire (l'expression parle pour elle), ni peut-être avec les compilations de Justinien. L'évolution des origines ethniques des empereurs romains suit celle des jurisconsultes. Les Empereurs « romains » le sont en effet de moins en moins : la dynastie julio-claudienne, composée de patriciens romains, périlclitera au profit de provinciaux. Par la suite, ils proviendront d'orient, en particulier de Syrie, méprisant autant les institutions romaines traditionnelles, comme le Sénat et les privilèges des Romains (que l'on repense à Caracalla), que le droit typiquement romain qu'ils modifient progressivement en monopolisant le pouvoir législatif. Les jurisconsultes suivent une tendance identique. Les jurisconsultes retenus par la loi des citations, et omniprésents dans le Digeste, ne sont guère d'origine romaine, à croire que leur sélection, au Bas-Empire, n'a pas répondu uniquement à des critères de compétence ; or, s'ils ont su transcender le droit romain, ces jurisconsultes, souvent issus des provinces orientales (à l'exception de Papinien, né en Afrique), en ont aussi modifié l'esprit. De plus, ils n'ont pas su tenir leurs rangs : au lieu de rappeler à l'Empereur que le droit ne se résume pas à la loi, ils l'ont encensé en tant que *lex animata*, transposition du *nomos empsychos* puisé en leurs terres d'origine¹⁶⁵. En ce domaine, le libéralisme animant Seabra¹⁶⁶ semble condamner de façon irréversible le droit du Bas Empire¹⁶⁷.

contrats du droit civil. Comme si la dignité romaine perdait quelque chose de son excellence en se mêlant au genre humain ; comme si le droit naturel ne méritait le droit de cité que par voie d'exception et de grâce spéciale ! ». A. L. de Seabra, *Philosophia do direito, op. cit.*, pp. 201-202. En note, il assimile le droit des gens au droit naturel tel que le siècle présent l'entend, le « droit naturel » romain étant le propre de tous les animaux. Le ton hautain de ses propos rappelle sur ce dernier point Bentham, qu'il connaît à travers les traductions d'Etienne Dumont. On trouve d'ailleurs une critique de la définition du droit naturel donnée par Ulpian, qui a abouti à ces procès insensés contre des animaux. Voir *Apostilla a censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho...*, *op. cit.*, n°1, pp. 35-36. *Non lex, sed faex...*

¹⁶² A. L. de Seabra, *Novissima apostilla em resposta à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas, op. cit.*, p. 13.

¹⁶³ « [...] mais sa restauration [celle du droit romain] en Italie depuis le XII^e siècle par Irnérius, va produire un autre phénomène plus nuisible, car plus durable ; ces esprits [romains] féroces, ces hommes rigides, sanguinolents, du fond même de leurs tombes, [...] continuent de dicter toutes les règles de justice à des nations pourtant plus cultivées [...] ; leur droit reçoit jusqu'à nos jours l'encens indu de droit naturel et public [...] ». J. J. de Miranda Rebello, *Ao Illustrissimo, e Excellentissimo Senhor Marquez de Pombal...*, Lisbonne, Regia officina typografica, 1773, p. 34.

¹⁶⁴ « La jurisprudence romaine fut, depuis son origine, essentiellement symbolique et formaliste. De par sa nature mesquine, le Quirite se jugerait d'une valeur inférieure s'il devait obéir à des lois qui ne seraient pas exclusivement les siennes, à des lois qui ne s'avèreraient pas différentes de celles communes aux autres hommes, à ces barbares nés pour être ses esclaves. Cette race souveraine ne devait pas se confondre avec le reste de l'humanité. Les symboles, les formules qui, à l'origine, étaient indispensables à un peuple rude, ignorant, analphabète [...] ont fini par être considérés comme un rite privatif [...] ». A. L. de Seabra, *Philosophia do direito, op. cit.*, pp. 219-220.

¹⁶⁵ Cette critique va plus loin que celle des humanistes du XVI^e siècle : alors, seules les compilations de Justinien et le travail de Tribonien essayaient les réprimandes, « coupables d'avoir mutilé les œuvres de leurs prédécesseurs, les jurisconsultes qu'on ne qualifiait pas encore de classiques ». J.-L. Thireau, « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », in *Droits*, n°26, 1998, pp. 85-86. La portée de la critique peut s'expliquer d'une autre manière : elle invalidait par avance toute recherche d'une remise en ordre de la doctrine classique, fidèle à ses principes philosophiques et éthiques. La « bonne raison » devait être recherchée selon ses canons définitionnels modernes.

¹⁶⁶ Propos banal chez les libéraux français, qui remontaient pourtant plus haut : « La résistance des privilégiés à la constitution s'explique tout naturellement par leur intérêt ; mais quelle explication donner de celle des légistes ! je n'en

Manège des temps oblige, et en dépit d'une réhabilitation aussi inattendue qu'éphémère de la part des juristes libéraux des années 1820, le sort du droit romain paraît pourtant scellé dans l'œuvre de Seabra : son esprit scientifique, soucieux de clarté et de stabilité, regarde avec appréhension ce droit parfois abscons et subséquent affaibli par son ancienneté, au point de donner « prise aux opinions les plus diverses et à d'interminables disputes »¹⁶⁸. Sa démonstration se mue parfois en leçon ; le cas le plus emblématique s'attache au concept de cause du contrat, soit le motif qui a déterminé les hommes à contracter, une « aberration » due aux « préjugés du droit romain ». Or, ces attaques faciles, compte tenu de l'hostilité ambiante vis-à-vis du droit romain, servent d'argument *ab absurdo* sapant toute mauvaise idée défendue par des juristes d'une autre contrée : la France. En son temps, Juvénal regrettait que l'Oronte syrien se déverse dans le Tibre. Or, en ce premier XIX^e siècle, la « loi de la bonne raison » avait fini par faire dévier la Seine vers le Tage. En effet, Portalis, Tronchet, Maleville et Bigot-Préameneu firent le lit de ce débordement en assumant un état d'esprit qui s'inscrivait potentiellement dans le sillon de la loi portugaise de 1769, confortant ainsi l'analyse d'André-Jean Arnaud : « les rédacteurs du Code civil ont moins cherché à se faire des concessions mutuelles entre romanistes et auteurs coutumiers, qu'à puiser, dans chaque législation, les règles conformes à la Raison. Portalis l'avoue lui-même, qui, pour les cas non prévus, renvoie à la raison naturelle »¹⁶⁹. En prenant soin d'en repousser le caractère avilissant, nombre de jurisconsultes portugais n'étaient pas si éloignés des convictions de Ferreira de Moura lorsque celui-ci écrivait, dans sa préface du Code de procédure civile (p. XX), que la raison écrite se rencontre dans les « Codes Napoléon » et non dans le droit de Justinien¹⁷⁰. Nous ne saurions mieux l'illustrer en prenant appui sur les propos de Ferreira Borges, rédacteur du premier Code de commerce portugais en 1833 : « Dans les matières de pur droit civil, et en l'absence de loi nationale, nous préférons les déterminations du Code civil de la France, la plus savante et la plus précise collection de droit civil que nous connaissons et qui, à de très rares exceptions, pourrait devenir le Code général des nations »¹⁷¹.

Seabra se voit donc contraint de reprendre les argumentations des juristes français qui ont tant fait florès dans les ouvrages de ses compatriotes¹⁷², mais aussi au sein des « codes modernes calqués sur le [code] français »¹⁷³. Le problème de la cause servira ici d'illustration de sa méthode : car sa critique auticausaliste, peut-être conditionnée par François Laurent, vise en vérité moins le

vois qu'une de plausible : leur amour du despotisme est un amour pur que, de siècle en siècle, ils ont hérité d'Appius et de la loi des Douze Tables ». Article d'E. Aignan in *La Minerve française*, tome VII, août 1819, p. 205.

¹⁶⁷ « [...] le droit n'est pas uniquement l'œuvre de la loi [...]. A partir du moment où le législateur se persuade que c'est sa volonté qui constitue le droit – ou que ses subordonnés y croient –, la dignité morale de l'homme est annihilée, la société se réduit alors à un troupeau d'esclaves à la disposition d'un despote – seul ou multiple, qu'importe. Le caractère essentiel du droit, ce qui constitue sa sainteté, ne réside pas dans la volonté capricieuse de celui qui commande ; elle se rencontre dans les fins rationnelles de l'être humain, dans les principes de l'équité et du juste ». A. L. de Seabra, *Apostilla a censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho...*, *op. cit.*, n°1, p. 33. La crainte du despote à plusieurs visages laisse peut-être transparaître la crainte de l'ochlocratie héritée de Pinheiro Ferreira.

¹⁶⁸ A. L. de Seabra, *Resposta do auctor do projecto de codigo civil às observações do Sr. doutor Joaquim José Paes da Silva*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859, p. 45.

¹⁶⁹ A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, pp. 216-217. Le livre préliminaire du Code civil (art. 1^{er} du Titre I) affirmait ainsi : « 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 ». P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. II, p. 3. Beaucoup y voient une paraphrase de Cicéron : « Il est une loi véritable, la droite raison, conforme à la nature, universelle, immuable, éternelle, dont les ordres invitent au devoir, dont les prohibitions éloignent du mal ». *De la République*, Livre III, XVII, cité d'après la traduction de Villemain (Paris, Didier et Cie, 1858, pp. 184-185). L'extrait était connu avant la redécouverte du livre au XIX^e siècle.

¹⁷⁰ Il s'agit bien entendu d'un des codes français traduits à la demande de Napoléon et de Junot, Ferreira de Moura s'étant aussi occupé du Code civil. L'ouvrage demeure une curiosité en raison de sa rareté : Nuno Espinosa Gomes da Silva affirme n'en avoir trouvé qu'un seul exemplaire, celui de la Bibliothèque Nationale Portugaise.

¹⁷¹ J. Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial*, Lisbonne, Sociedade propagadora dos conhecimentos uteis, 1839, préface.

¹⁷² Faut-il s'étonner de remarquer qu'en 1835, Corrêa Telles publie sa traduction du *Traité des obligations* de Pothier ?

¹⁷³ A. L. de Seabra, *Resposta... às observações do Sr. doutor Joaquim José Paes da Silva*, *op. cit.*, p. 77.

droit romain, sorte de prétexte final censé entériner la controverse, que les défenseurs français de la cause du contrat, nommément Toullier et Anglade. Sur ce thème, Seabra estime que la thèse de l'absence de cause est une idée ridicule et de surcroît impossible à prouver : n'en déplaise aux canonistes, aucun juriste ne dispose du pouvoir de sonder l'esprit des hommes. Pour Seabra, la fausse cause se réduit de toute manière à l'erreur ; l'incapacité, même temporaire, des contractants peut également servir et ainsi retirer tout intérêt au concept de cause au profit des règles protégeant le consentement. En bon adepte de l'apagogie, il devait enfin relever l'existence d'un autre *imbroglio* portant cette fois sur la cause illicite¹⁷⁴ : car des actes interdits ne peuvent en aucun cas être l'objet d'un contrat. La loi, en effet, « ne peut condamner et protéger simultanément le même acte : tout le monde sait que la validité des contrats ne consiste que dans l'appui conféré par la loi aux contractants, afin que ces mêmes contrats produisent leurs effets »¹⁷⁵. Son argument final ne surprend pas : ces confusions liées à la cause proviennent de l'adoption irréfléchie de la terminologie romaine (il n'oublie pas d'en imputer la faute aux imprécisions de l'Edit du Préteur !), si bien qu'un même mot finit malencontreusement par présenter différents sens dans le langage juridique. Visant insidieusement à flétrir le français, alors perçu comme la langue du droit de l'Europe des XVIII^e et XIX^e siècles, Seabra conclut cette démonstration par une citation de Bentham ; notons toutefois que l'ouvrage de l'utilitariste anglais (*Vue générale d'un corps complet de législation*, chap. 33) est cité d'après son édition française par Dumont¹⁷⁶ ! La méthode comparative vise donc, comme sous Pombal, à rechercher la conformité de tel ou tel pan de la législation avec le droit naturel ; sachant qu'une telle logique a également animé certains tribunaux d'appel en France lorsqu'ils ont été sollicités en vue d'apporter leurs observations au projet de code civil¹⁷⁷. Le but apparent n'en dissimule pas moins un objectif caché : celui de se laisser les coudées franches et de repenser son code sans avoir à en référer à telle ou telle autorité, de quelque nationalité qu'elle soit. Car, en dépit des critiques contemporaines ou postérieures, lui reprochant d'avoir donné naissance à un code « non portugais » à l'exception des dispositions relatives aux régimes matrimoniaux et à la succession *ab intestat*¹⁷⁸, Seabra avait, au contraire, à cœur de ne pas reproduire les erreurs du premier Code pénal portugais, par trop influencé par l'étranger, au point d'être pratiquement inapplicable. *Quid leges sine moribus vanae proficiunt ?* disait Horace. Une leçon suffisamment méditée ?

B – Un code de la doctrine française ? Sur la place et la hiérarchie des sources du droit

« Quiconque ne se donne pas la peine de confronter les sources citées avec notre article, penserait naturellement que nous n'avons fait que copier ce que nous y avons trouvé écrit, ce qui pourrait plus tard servir à nous disputer la *propriété* de notre Projet de code. Il est juste que nous prévenions donc le lecteur, qui pourrait être induit en erreur s'il jure entièrement *in verbo magistri* »¹⁷⁹. Seabra anticipait la critique, conscient du risque encouru en présentant, dans ses apostilles, les sources de

¹⁷⁴ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., pp. 235-243.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 239. La phrase paraît surprenante pour un tenant du libéralisme : si la loi donne validité au contrat, n'est-ce pas là une remise en cause de la force attribuée au seul consentement des parties ? De fait, le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs s'impose de l'extérieur (par la loi, non par la raison) et rentre toujours en jeu dans l'appréciation de l'objet du contrat. Seabra ne rejoint donc pas les tenants extrémistes de l'autonomie de la volonté.

¹⁷⁶ Dans une apostille (comme toujours inondée de références françaises), il ajoutera, en appui à Bentham, une note renvoyant à Gustave Rousset, *De la rédaction et de la codification rationnelles des lois*.

¹⁷⁷ Telle est par exemple l'argumentation du Tribunal d'appel de Montpellier, lorsqu'il estime, contre les rédacteurs, que le régime dotal doit être préféré à la communauté de biens. P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, tome IV, pp. 524-525. Mais, au fond, on retrouve le débat relatif à la quasi identité établie entre droit civil romain (la fameuse raison écrite) et droit naturel.

¹⁷⁸ Encore convient-il de nuancer ce caractère lusitanien, en rappelant par exemple que la saisine héréditaire n'a été introduite au Portugal qu'en 1754, à l'imitation de du droit coutumier français et plus exactement, semble-t-il, de l'article 318 de la nouvelle coutume de Paris de 1580. Cf. A. M. Villela, *La transmission d'héritité en droit brésilien et en droit français*, Paris, Librairies techniques, 1971.

¹⁷⁹ A. L. de Seabra, *Apostilla à censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho*, op. cit., n°2, p. 55. Nous soulignons.

son projet de code civil. Comme en atteste l'usage du mot propriété, il craignait non seulement une contestation de la paternité de son code, mais plus encore une remise en cause du caractère *proprement* portugais de son œuvre. Le Code pénal portugais de 1852 lui offrait après tout un beau contre-modèle, puisqu'il était déjà question de le réviser sous le patronage... d'Ortolan.

Assurément, cette mise en garde se justifiait pleinement. En dépouillant les œuvres indiquées, un juriste ne peut qu'être étonné par le tableau final : aux antipodes des idéaux de Verney, les jurisconsultes portugais nés sous le règne de la « loi de la bonne raison » n'avaient pas rompu avec la méthode scolastique. L'approche de Seabra en porte résolument la marque : une multitude de subtiles distinctions gonfle ainsi une argumentation, mieux, une casuistique, qui ne se lasse pas de citer des autorités juridiques ou littéraires. La moindre assertion, le trait d'esprit le plus frivole, s'appuie sur un texte. Dans cette avalanche de noms et d'œuvres, la part belle revient, de façon écrasante, aux juristes français. Qu'on en juge : les grandes personnalités du droit français du XIX^e siècle, publicistes (Berriat Saint-Prix, Cormenin, Isambert, Laferrière...) comme privatistes (Boncenne, Chabot de l'Allier, Dalloz, Delvincourt, Demolombe, Du Caurroy, Duranton, Foelix, Grenier, Faustin Helie, Locré, Mangin, Marcadé, Merlin, Nougarède, Pardessus, Proudhon, Regnaud de Saint-Jean-d'Angély, Sourdat, Troplong, Valette...), sont tous présents à grand renfort d'extraits cités *in extenso* et parfois dans la langue de Corneille. Parmi eux, trois noms reviennent fréquemment, au point de paraître omniprésents : Toullier (toute son œuvre), Bellime (pour sa philosophie du droit, cité de façon honorable entre Ahrens et Ferrer¹⁸⁰) et Blondeau. Chaque matière bénéficie, en outre, des références à des thèses ou des ouvrages plus pointus, tel le livre de Victor Foucher consacré à l'interprétation, et parfois en provenance de juristes plus obscurs : pour n'en prendre qu'un exemple (mais ce choix arbitraire n'est rendu difficile que par leur nombre élevé), nous mentionnerons le traité des nullités de Perrin. Joseph-André Rogron, affilié à la prétendue Ecole de l'Exégèse, a même l'insigne honneur d'être le premier juriste cité dans sa *Philosophie du droit* ! Mais cette place exorbitante ne saurait se limiter à des contemporains : pour être honnête, si nous ne sommes guère surpris de rencontrer également des grandes autorités des XVII^e-XVIII^e siècles comme Domat et surtout Pothier (traduit en portugais en 1835), nous sommes déjà plus étonné de constater la présence de juristes du passé au succès tantôt non démenti par les siècles (Michel de Marillac, Ferrière...), tantôt évanoui depuis 1789 (Muyart de Vouglans, Jousse, Rousseau de La Combe, Boullenois, Laurière...). Les travaux préparatoires du code civil, en l'occurrence le recueil Fenet, s'utilisent avec une fréquence et une précision peu communes, même en France : la moindre observation des tribunaux d'appel, la citation la plus enfouie de quelque membre du Tribunat (avec un goût marqué pour Duveyrier), est susceptible d'y figurer. Faut-il en conséquence être surpris de rencontrer des références à la coutume d'Auvergne, rédigée sous l'autorité de Duprat, et à celle de Bretagne d'après le commentaire de Bertrand d'Argentré ?

Certes, ces récurrences peuvent s'expliquer par l'exil de Seabra en France. Malgré tout, nous nous hasarderions bien à prendre le pari que si l'œuvre était traduite en français, personne ne douterait qu'il a affaire à un juriste...français. L'abondance des sources, le recours à des traductions exclusivement françaises pour connaître des juristes étrangers (autres que belges !), à commencer par Savigny, Ahrens et Bentham (mais nous pourrions tout aussi bien parler de MacCulloch, de Makeldey, de Lord Kaimes ou de Koenigswarter¹⁸¹), tout induirait le lecteur mal informé à commettre l'erreur. Même les différents codes étrangers (nous en avons l'aveu pour l'ABGB autrichien¹⁸²) ne sont connus et cités qu'à travers leurs versions en français.

A quoi rime ceci ? Tout aboutit au but que se proposaient de suivre ses contemporains portugais : découvrir la bonne raison, où qu'elle se trouve. Or, ici réside tout le paradoxe de sa démarche : car si Seabra se voit contraint de reconnaître que la bonne raison, que l'équité, que le

¹⁸⁰ Nous n'avons en revanche rencontré aucune mention de Lerminier dans son œuvre, alors que J.-L. Halpérin (« Deux cent ans de rayonnement du *Code civil des Français* ? », art. cité, p. 239) place Seabra sous son influence.

¹⁸¹ Ce dernier a, certes, été naturalisé français en 1848.

¹⁸² A. L. de Seabra, *Apostilla à censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho, op. cit.*, n°2, pp. 26-27 en note.

droit naturel, tous synonymes, ne se présument pas des codes étrangers, et que ces derniers doivent seulement servir d'appui à cette recherche en représentant un moyen de confirmer les principes de l'équité¹⁸³, son approche trahit bien une autre façon de faire. A ceci près que ce n'est pas le Code civil des Français qui lui sert de modèle ; le matériau de base, Seabra le puise ailleurs : dans les commentaires et dans la critique du Code Napoléon par les juristes français, en marquant ainsi sa préférence pour des auteurs qui, à commencer par Blondeau¹⁸⁴, n'hésitent pas à se démarquer dans leur analyse, à rechercher le juste au lieu de plier face au *Diktat* de la loi positive. Ces choix expliquent les rejets exprès et mis en lumière de certaines dispositions du Code français, comme s'il s'agissait d'en tirer une gloire en flétrissant des règles contraires à la Raison. Les exemples étant trop nombreux, en particulier en droit des obligations¹⁸⁵, nous nous limitons ici à mentionner la consécration française « sans aucun fondement rationnel » de la fente en droit des successions¹⁸⁶.

Reste la question qui, inlassablement, devait préoccuper le lecteur portugais : quelle place est réservée au droit autochtone dans son œuvre ? Sans être absent, il occupe une place secondaire au demeurant paradoxale, celle-ci se réduisant toujours plus à mesure de l'avancée des travaux. Dans *Philosophia do Direito*, Seabra rehaussait les qualités du droit *proprement* portugais sans en minimiser les défauts, en donnant un mot d'ordre très clair pour le processus codificateur :

« Le droit portugais, pauvre, déficient, casuistique, nous offre pourtant, dans ce qui lui est propre et non fils d'inspirations extra-nationales, un certain caractère de simplicité, un certain fond de bon sens et de justice, qui ne doit pas se perdre dans les travaux d'une nouvelle codification »¹⁸⁷.

Nostalgie, et non *saudade*, d'une époque où la simplicité des mœurs des premiers Portugais pesait encore de tout son poids sur le droit ? Difficile à dire, tant l'auteur de ces propos agit de façon contradictoire dans deux sens bien déterminés. D'une part, Seabra sait pertinemment que le cap fixé ne peut être atteint : où se situe donc ce droit *proprement* portugais ? Les influences, au long des siècles, furent tellement nombreuses et le recours au droit subsidiaire puisé en des droits étrangers si fécond, qu'il paraît impossible de tout démêler et ainsi de l'identifier. L'unification du droit privé obtenue au XV^e siècle grâce aux *Ordenações* aura eu des effets pervers à ce niveau-là, à commencer par la quasi disparition de la coutume portugaise, ce « produit des forces intérieures et silencieuses d'un pays » si importante aux yeux de Savigny. Surtout, difficile de dire que Seabra prenne l'entreprise très au sérieux : entre la méthode historique et la méthode comparative, sa raison le porte à embrasser presque exclusivement la seconde. Rien ne le conduit *naturellement* à puiser dans ce fonds portugais, encore moins à y révéler ce qui est véritablement le fruit du pays. Certes, les références aux *Ordenações* ne sont pas rares et attestent d'une véritable maîtrise de ces compilations ; mais elles apparaissent presque toujours forcées : dans la majorité des cas, Seabra ne consent à y puiser que pour faire face à des accusations portant précisément sur le caractère « non portugais » de tel ou tel article de son projet de code. Mais il est vrai qu'en la matière, le fait que la dernière mouture des *Ordenações* ait été donnée par le « Néron ibérique », Philippe III, sapait toute velléité nationaliste...

D'autre part, en laissant filer l'hommage, Seabra n'oublie pas de flétrir en amont un droit archaïque correspondant à un stade peu avancé de civilisation et par conséquent incapable de produire une vraie science du droit. La thèse évolutionniste qui condamnait inexorablement le droit romain à ses yeux, devait en toute logique livrer la même sentence à propos du droit portugais :

¹⁸³ Sur ce rôle de témoin du droit naturel, position défendue contre Ferrer, voir A. L. de Seabra, *Resposta às reflexões do Sr. Doutor Vicente Ferrer Neto Paiva*, op. cit., pp. 22-23.

¹⁸⁴ Libéral et bien connu pour son rejet de l'orthodoxie exégétique, Blondeau est par conséquent très utile à Seabra. Toullier, lui aussi connu pour avoir osé quelque critique du Code Napoléon, s'utilise de façon plus contrastée.

¹⁸⁵ Le droit des obligations du Code français, notamment sur les conditions de validité du contrat, mériterait d'être jeté car contraire aux principes de la philosophie du droit. A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., pp. 223-242.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 331 en note. La proximité du degré doit toujours être préférée. On remarque ici qu'il reprend une critique commune des tribunaux d'appel en France.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 275-276.

« [...] notre législation était essentiellement casuistique. Or, dans ce système, on s'attache aux faits, on résout des espèces, mais on ne simplifie pas, on ne généralise pas d'idées, on n'établit aucune règle. [...] c'est la marche naturelle et ordinaire de toutes les législations. La généralisation des idées, les règles générales, les principes, la théorie abstraite, la science juridique présuppose une civilisation suffisamment avancée, un esprit [...] émancipé des formules externes et matérielles. Avant que la loi ne puisse être perçue comme une conséquence nécessaire d'un droit, de l'idée du juste, il est nécessaire qu'il apparaisse comme étant la volonté d'un homme ou d'un Dieu, parce qu'alors le devoir est sujétion, et le droit est pouvoir »¹⁸⁸.

Ceci ne l'empêche pas de tenir compte du génie national ou plutôt de l'évolution des mœurs. Partageant le sentiment de Junot, Seabra renonce finalement à certaines modifications dans le droit des successions, à commencer par l'amélioration du sort du conjoint survivant, « une innovation trop violente pour nos habitudes »¹⁸⁹. Il ne recule pas, en revanche, lorsqu'il conçoit la puissance paternelle comme un pouvoir modérateur chargé d'arbitrer les conflits familiaux, usant pour ce faire de prérogatives visant à rétablir l'équilibre¹⁹⁰. Mais ce genre d'exemple s'avère rare. Seabra revêt peu le costume de législateur sociologue et ne concède à abriter la casuistique portugaise que dans un seul but apparent : introduire le problème de l'interprétation de la loi et de la place dévolue au juge. La question renvoie, dans sa généralité, au problème des sources du droit et de leur hiérarchie. Hostile au législateur et favorable à la doctrine et aux sources du droit populaire, on peut s'étonner de le voir défendre, en compagnie du tribun Delpierre, que l'examen de la loi doit se faire en recherchant l'esprit du législateur¹⁹¹. Mais en replaçant ses propos dans le contexte de sa diatribe avec les autres membres de la commission, et en n'omettant pas qu'il vise surtout à prévenir toute critique se proposant d'imposer d'autres vues doctrinales, on comprend qu'il cherche ici à préserver l'unité de vue de son projet de code. La loi vient, en l'occurrence, sanctionner et protéger *une* conception doctrinale ; l'esprit du législateur, ce sera donc le sien et de personne d'autre. *Un commentaire ! Mon code est perdu*¹⁹² ? En vérité, la cible s'avère, sinon plus modeste, du moins mieux circonscrite : la méthode législative, une codification conçue par une assemblée politique, serait pour lui désastreuse compte tenu de la divergence d'opinions, des transactions, des non-dit ou des ambiguïtés du texte voté¹⁹³. Il convient de retenir son mot d'ordre, très inspiré de Bentham : « des lois obscures et difficiles de comprendre ne sont pas de vraies lois, parce qu'il leur manque une promulgation suffisante »¹⁹⁴. C'était dire, tout simplement, qu'une loi issue du parlement n'est que rarement exécutoire, faute de pouvoir être comprise...

Le caractère casuistique du droit portugais présente en revanche bien des qualités pour un partisan affiché des arrêts de règlement et des juges législateurs¹⁹⁵. Seabra ne souhaite nullement enserrer le juge par le syllogisme hérité de Beccaria, encore moins l'enfermer entre les articles 4 et 5 du Code français. Il ne désire pas reproduire le schéma napoléonien et réduire ainsi les juges à « des machines physiques au moyen desquelles les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre »¹⁹⁶, ce qui le conduit à regretter la réforme judiciaire de son temps (art. 1242 et 1243) copiée du droit français et qui interdit tout autant le déni de justice que le moyen de

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 246-247. A rapprocher de ce passage : « [...] nos lecteurs pourront ainsi voir ce qu'était le droit romain : matériel, arbitraire, mesquin et hypothétique à son origine, il se rapprocha peu à peu des vrais principes de la justice universelle, mais par des chemins tortueux et sophistiques, sans jamais oser s'élever à la généralisation des idées, et sans jamais perdre son caractère casuistique ». *Ibid.*, p. 219.

¹⁸⁹ A. L. de Seabra, *Resposta...às observações do Sr. doutor Joaquim José Paes da Silva*, *op. cit.*, pp. 98-99.

¹⁹⁰ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, *op. cit.*, p. 311.

¹⁹¹ A. L. de Seabra, *Apostilla à censura do Sr. Alberto Moraes de Carvalho*, *op. cit.*, n°1, pp. 37-38.

¹⁹² Sans doute a-t-il en tête les interminables controverses doctrinales relevées par Corrêa Telles mais aussi Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs de la nouvelle édition du Code civil présent dans le Fenet (tome VI, p. 156).

¹⁹³ Pinheiro Ferreira défendait la même idée. Voir O. Ferreira, « Un Sieyès rouge ? », art. cité, pp. 104-105.

¹⁹⁴ A. L. de Seabra, *Apostilla à censura do Sr. Alberto Moraes de Carvalho*, *op. cit.*, n°1, p. 8.

¹⁹⁵ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, *op. cit.*, pp. 247-248.

¹⁹⁶ Napoléon au Conseil d'Etat, 7 mai 1806, in *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration*, Paris, Firmin Didot frères, 1833, p. 216.

l'interprétation authentique¹⁹⁷. Prenant le contre-pied du modèle diffusé par l'Ecole du droit naturel d'Europe centrale, Seabra cultive son originalité en souhaitant préserver ce caractère casuistique car il offre au juge portugais une mission de perfectionnement continu du droit tout en le préservant des références étrangères trop appuyée¹⁹⁸, ce qu'il faut appréhender dans un cadre heuristique. Le droit ne saurait être figé et perpétuel : ce n'est pas qu'une science. Puisqu'il impose une recherche et une découverte régulières, il importe d'offrir à un personnel compétent le soin de combler les lacunes et de réduire les imperfections¹⁹⁹. Sa préférence s'affiche une nouvelle fois : la « loi de la bonne raison » avait réservé l'interprétation authentique de la loi à la *Casa da Supplicação*²⁰⁰. Le tribunal suprême portugais, renforcé de la sorte, permettrait autant de raffermir un hypothétique Code civil que d'offrir au juge une confiance méritée, en permettant notamment à sa plus haute juridiction de remettre annuellement un rapport aux *Cortes* comprenant notamment une « collection de ses décisions motivées, aux fins de les transformer en loi »²⁰¹. L'interprétation de la loi s'exprime aussi par deux voies complémentaires, le juge pouvant suppléer le législateur et ainsi prétendre à une souveraineté judiciaire en matière d'interprétation ; il est de toute manière entendu qu'une loi (*a fortiori* un arrêt), même explicative, ne peut être rétroactive sauf à se détourner de la Raison²⁰².

De telles faveurs ne peuvent se contenter d'une explication grossière tenant aux fonctions longtemps exercées par Seabra. Le rédacteur du Code civil portugais cache certainement une autre idée, plus digne d'intérêt : ne cherche-t-il pas à accentuer le pouvoir juridictionnel (et à travers lui du corps professoral) afin d'en faire l'arbitre de la législation ? Nous pourrions hasarder une autre théorie, en détournant la belle métaphore d'Albert Sorel : si Seabra a peu insisté sur son rôle de législateur sociologue, est-ce par qu'il érige le professeur de droit et le juge au rang d'accoucheurs de l'être social engendré par la société²⁰³, en lieu et place d'un législateur toujours suspect ? Une manière comme une autre de dire à tous les acteurs de la vie nationale qu'ils doivent, en tant que sujet de droit, assumer eux aussi une *persona* qui jamais ne saurait se limiter à une fonction

¹⁹⁷ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., p. 253 et en note.

¹⁹⁸ « Dans notre loi tout est hypothèse ; les cas se décident les uns à travers les autres. De ce fait, nos jurisconsultes, ayant voulu systématiser et réduire notre droit à une science, se sont vus dans l'obligation d'extraire de ces hypothèses les principes, ou les raisons, que la loi invoque ou qui paraissent être le fondement de la loi, supprimant à plusieurs reprises ses lacunes au moyen de règles et de principes du droit subsidiaire. Nous ne suivrons pas ce système : non seulement nous dépouillerions notre droit de sa physionomie casuistique, mais, de plus, nous donnerions la législation étrangère, ancienne ou moderne, au lieu de notre propre droit ». *Ibid.*, p. 254. En résumé, il indique qu'il faut prendre « notre législation comme elle se présente dans la réalité ».

¹⁹⁹ Preuve que l'Angleterre n'a pas voix au chapitre : aucune mention n'est ici faite à Locke ou à Coke, pour qui le droit naturel s'incarne dans la *common law*. Contrairement aux idées reçues et que l'on pouvait objectivement suspecter, le droit public comme le droit privé portugais ne versent pas de lourds tributs aux Anglais.

²⁰⁰ Sur la *Casa da Supplicação*, le problème et l'historique de l'interprétation authentique au Portugal, voir R. M. de Figueiredo Marcos, *A legislação pombalina*, op. cit., pp. 175-279.

²⁰¹ A. L. de Seabra, *Philosophia do direito*, op. cit., p. 253.

²⁰² A. L. de Seabra, *Apostilla à censura do Sr. Alberto Moraes de Carvalho*, op. cit., n°2, pp. 51-52. Il livre ainsi un historique du droit français prouvant que la voix essulée de la justice, celle du Tribunal d'Agen, obtiendra un triomphe mérité grâce à la loi du 30 juillet 1828. La défense du ministre de la Justice est citée par Seabra via le *Moniteur*. En revanche, mot n'est dit quant à la loi du 1^{er} avril 1837. Paradoxalement, Seabra se montre beaucoup plus lucide que la plupart des juristes français qui, à l'exception de Marcadé, se sont montrés aveugles eu égard à l'essor de la jurisprudence de la Cour de cassation des suites de la suppression du référé législatif. Voir J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, p. 195.

²⁰³ A. Sorel, in *Le Code civil. Livre du Centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, tome I, pp. XXVIII-XXIX. On peut aussi interroger la portée de l'influence savignicienne : Savigny et Puchta voyaient dans la corporation des juristes une société des « représentants » du peuple pour la fonction juridique, un organe révélateur de sa conscience juridique. L'histoire en a retenu l'hostilité de Savigny à l'encontre de toute codification qui exproprie la science juridique de sa position représentative et condamne, à terme, toute littérature juridique de qualité. Voir O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, op. cit., p. 33 et son article introductif au numéro consacré à l'Ecole historique des *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, n°7, 2004, pp. 14-15. Seabra cherchait-il à remédier au problème à travers une codification de la doctrine, protégée et raffermie par le juge ?

strictement passive. Nous ne sommes pas condamnés à être des objets d'une scène juridique échafaudée par l'action d'un grand homme d'Etat.

Conclusion :

« Il est indéniable que bien souvent il [Seabra] a usé de cette ample liberté en consacrant des doctrines du Code civil français que nos juristes n'avaient pas osé adopter ou à l'égard desquels ils n'avaient pas manifesté leur sympathie *de iure condendo*. Mais, dans la grande majorité des cas, il a fait un usage modéré de cette liberté, préférant s'inspirer, non directement du Code Napoléon, mais de l'œuvre des jurisconsultes portugais qui lentement avaient réussi, au long de la première moitié du XIX^e siècle, à assimiler les préceptes de ce code et d'autres codes européens, les adaptant à la structure et à la ligne inspiratrice des grandes institutions du droit national »²⁰⁴. En adoptant une position nuancée, l'historien du droit Braga da Cruz souhaitait clore une longue polémique, à peine éteinte par la promulgation d'un nouveau Code civil d'inspiration allemande. Le travail juridique du siècle dans une construction rationnelle : la formule pourrait en effet résumer l'esprit de la codification entreprise par Seabra, du moins selon ses détracteurs, eux qui objectent le manque de caractère portugais de son entreprise. Mais en se focalisant uniquement sur le contenu « français » du Code, d'après ses emprunts plus doctrinaux que législatifs d'ailleurs, ils oublient une donnée d'importance : l'influence indéniable de la pensée et de la philosophie du droit allemandes, nullement limitée à Wolff, à Ahrens et à Kant²⁰⁵, puisqu'elle embrasse aussi Herder ou encore Savigny qui semble inspirer à Seabra son fameux plan « original ». En cumulant les matériaux étrangers et en cherchant à concilier maintes approches dépourvues d'affinités au nom d'un éclectisme en vogue au Portugal, Seabra élabore à son corps défendant une improbable Tour de Babel qui bientôt engendrerait la discorde parmi ses frères. En effet, en faisant ses « courses philosophiques » en France (pour reprendre la célèbre expression de la lettre de Hegel à Victor Cousin), Seabra manque souvent de recul et parfois de cohérence, surtout lorsqu'il se précipite au « rayon Allemagne ». De surcroît, les conciliations de position avec les membres de la commission, eux aussi éclectiques à leur manière, donneront lieu à quelques résultats malheureux. Nul doute qu'en dépit de ses vœux, Seabra n'a pas su convaincre en tout point comme en témoigne l'acrimonie de ses apostilles. Certes, le propre de l'éclectisme ne consiste pas dans une œuvre naïve de conciliation entre les quatre grands systèmes de pensées (idéalisme, sensualisme, scepticisme, mysticisme) et ne s'assimile pas au « baiser Lamourette » de la philosophie²⁰⁶ : Seabra suit peut-être Victor Cousin en concevant l'éclectisme comme un art du choix, une manière juste de conduire la philosophie. Malgré tout, la rencontre entre différents éclectiques qui ne s'accordent point sur ce qu'est le vrai, conduit inévitablement à une impasse ; dans ces conditions, la conciliation paraît inévitable : de fait, Seabra a dû céder sur bien des aspects de son projet initial qu'il conviendrait sans doute d'étudier plus attentivement, en débutant par le droit de propriété.

Nous aurions un autre grief à formuler à Seabra : celui d'avoir laissé passer une chance historique au niveau européen. Comme le remarque avec justesse André-Jean Arnaud, l'ouverture séculaire aux droits étrangers en terres lusitaines, réelle jusqu'à l'arrivée de Salazar, aurait pu constituer un « atout majeur dans la formation, hors des querelles nationalistes qui occupaient l'autre moitié du continent, d'une pensée juridique européenne »²⁰⁷. A ce titre, le Code civil

²⁰⁴ G. Braga da Cruz, « La formation du droit civil portugais moderne », art. cité, p. 23.

²⁰⁵ Leçon « mal apprise » comme s'empresse de le préciser L. Cabral de Moncada, *Subsidios para a historia da filosofia do direito em Portugal*, op. cit., p. 74. Et pour cause : Seabra a refusé de se cantonner au rôle de juriste pour embrasser celui de philosophe. Or, selon Villey, là réside la vraie rupture entre Kant et Wolff : le maître de Königsberg a nettement séparé les deux fonctions, dégageant le philosophe qui s'occupe du *quid jus* (autrement pense le droit, le définit et en interroge les contours), du juriste, qui se contente d'être un technicien limité à l'exécution du droit, réduit à la pratique. M. Villey, « La « *Rechtslehre* » de Kant dans l'histoire de la science juridique », in *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 2009 (reproduction de l'édition de 1976), notamment pp. 141-144.

²⁰⁶ Nous empruntons ici une expression employée par J. Billard dans son ouvrage dédié à l'éclectisme.

²⁰⁷ A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, p. 165.

portugais aurait peut-être pu endosser un rôle prométhéen, s'il avait assumé jusqu'au bout sa vocation « d'anti-code » français, d'un code mettant en échec la méthode législative et l'esprit de conquête du Code Napoléon tout en respectant les avancées d'une science juridique de qualité. Hélas, son auteur souffrait d'une maladie répandue au Portugal : non satisfait de ne plus parler à leurs frères espagnols depuis 1640, les Portugais se complaisent depuis toujours à regarder l'Atlantique plutôt que le continent européen. L'attitude de Seabra ne déroge pas à la règle, lui qui s'empressa de proposer à l'Empereur du Brésil (et semble-t-il à sa demande, quoique officieuse) un projet de code civil. Faut-il en déduire la croyance en divers pôles de pensée juridique se référant moins à des zones géographiques prédéterminées (l'Europe par exemple) qu'à des regroupements intellectuels et culturels forgés par la langue ou une histoire commune plus ou moins éloignée²⁰⁸ ? Une autre plaie aurait, de toute manière, repoussé une entreprise à vocation européenne, fût-ce par l'exemplarité de son droit : celle d'une ramification juridique du sébastianisme, ce messianisme hantant le Portugal et le Brésil depuis la mort tragique du roi D. Sebastião. *E a hora*, disait Fernando Pessoa ; mais l'Europe n'attendra pas que le Portugal sorte du brouillard...

Résumé de l'article : Le Code civil portugais de 1867 cultiverait-il le goût du paradoxe ? D'un côté, les juristes français, tout en reconnaissant une part d'influence française, admettent volontiers son originalité, liée à une pluralité de sources et à son plan quadripartite rompant avec celui du Code Napoléon ; l'œuvre est peu appréciée, car elle annonce la fin prématurée du modèle juridique français et l'entreprise de « recodification » de la fin du XIX^e siècle. De l'autre, la doctrine portugaise regardera avec circonspection un code jugé trop « français », qu'elle s'empressera de changer en fonction de ses goûts germanophiles en 1966. Afin de résoudre cette contradiction, un regard sur la doctrine de son rédacteur, Antonio Luis de Seabra, doit être consenti. Eclectique assumé, adepte de Leibniz et de Condillac, le vicomte de Seabra présente à travers sa philosophie du droit une formule originale quoique déconcertante de codification. Fidèle aux idéaux jusnaturalistes, il visait à donner naissance à un code système destiné au commun et à la doctrine. Mais son ambition portait plus loin : ouvertement hostile à la méthode et plus encore à l'état d'esprit du Code Napoléon, Seabra confectionna un curieux code à partir, pour l'essentiel, des écrits des jurisconsultes français conformes à la raison. A tout prendre, aurait-il conçu un « anti-code » français, chargé de mettre un terme à la tyrannie du Code Napoléon et du positivisme juridique ?

Mots clés : code ; codification ; modèle juridique ; Portugal.

²⁰⁸ En 1966, en guise de conclusion de son article comparant les orientations philosophiques du Code de 1867 et du nouveau Code civil, Francisco José Velozo invitait le législateur portugais à trouver un accord avec son homologue brésilien afin d'aboutir à un code identique pour les deux nations amies, liées par une origine commune.