



HAL
open science

Les civilistes français face à l'œuvre de Savigny

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. Les civilistes français face à l'œuvre de Savigny. Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey, 2010, pp.39-58. hal-02498674

HAL Id: hal-02498674

<https://hal.science/hal-02498674v1>

Submitted on 1 Apr 2023

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

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



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

Michel Boudot

LES CIVILISTES FRANÇAIS FACE À L'ŒUVRE DE SAVIGNY¹

1. *Mise au point*

A lire les civilistes français du tournant du 20^e siècle, Saleilles, Bufnoir, Planiol, Gény, même Baudry-Lacantinerie, cela ne fait aucun doute : Savigny a non seulement posé sa patte sur la révolution méthodologique qui a relevé le droit romain, mais également, il est l'un de ceux qui sont parvenus à forger des théories dominantes du droit civil. De la possession au droit des obligations, Savigny apparaît sous la plume des tenants de l'École de la libre recherche scientifique comme un auteur incontournable du 19^e siècle français.

On doit cependant se montrer mesuré : la présence de Savigny dans la littérature civiliste du début du 20^e siècle et le rôle dominant qui lui est attribué coïncide mal avec le peu de traces qu'il a laissées dans les grands commentaires du 19^e siècle. Bien sûr, les écrivains de la *Thémis* s'employèrent à diffuser la pensée savignicienne², bien sûr les Romanistes furent fortement imprégnés de *La théorie de la possession en droit romain*³, bien sûr Savigny eut des relais d'opinion et des disciples auto-proclamés⁴ ; mais les références à son œuvre dans les traités

1. Cet article a également fait l'objet d'une traduction en portugais : M. Boudot, « As marcas de Savigny na doutrina civilista », *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, maio 2008. Edição especial. pp.115-129.

2. *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, 1819-1831 ; Warkoenig, « De l'état actuel de la science du droit en Allemagne et de la révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années », *Thémis*, tome 1^{er}, 1819, p.7 sq. ; Remy, « La Thémis et le droit naturel », *RHFD* 1987, p.145 ; mais il faut rester nuancé et éviter de présenter de manière trop radicale la *Thémis* comme la voix de Savigny en France, Witz, *Droit privé allemand*, Litec 1992, n.4.

3. Laboulaye, *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, 1842 ; Alauzet (Isidore), *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*, 1846, qui vante « les lumineuses explications en matière d'interdits possessoires » ; Molitor, *Cours de droit romain approfondi, La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain*, cours professé à Gand, Paris, 1852, qui entame son ouvrage par « Avant l'apparition du savant traité de M. de Savigny, une confusion extrême régnait dans la matière de la possession en droit romain ».

4. Lerminier, *De Possessione analyticà savignyaniae doctrinae expositio*, 1827.

et commentaires de droit civil français restent minces, étonnamment⁵.

D'un point de vue méthodologique, pour faire la part entre construction de l'histoire de la pensée, et empreinte doctrinale, je me suis donc employé à faire appel le moins possible à des considérations d'ordre biographique⁶ ; et ma démarche archéologique étant restée littéraire, il s'avère que la seule œuvre de Savigny que je pouvais potentiellement rencontrer dans la littérature civiliste française avant les années 1840 était le *Traité de la possession en droit romain*⁷. Les choses changeront un peu par la suite. Il faut bien être conscient que malgré l'apparente étroitesse technique du sujet – *qui n'a pas été choisi par hasard par le jeune Savigny lui-même en 1803*⁸ –, ce traité de la possession et ses éditions successives, ne constituent pas seulement une théorie des droits réels et du droit de propriété, mais plus largement une perspective plus ample, une vision de la connexion historique entre les sources romaines, le droit médiéval et le système juridique moderne. Dans la deuxième moitié du 19^e siècle, la diffusion du *System* et de sa traduction, la traduction du *droit des obligations*⁹ vont renouveler l'intérêt de la doctrine française pour les thèses de Savigny, mais à dire vrai ce sera autant pour elles-mêmes que comme *contre-point* aux thèses de Ihering.

Pour mesurer la profondeur de l'empreinte laissée par Savigny dans la littérature civiliste française, je rendrai compte des traces laissées par les deux œuvres de droit civil aux extrémités de sa vie scientifique¹⁰, successivement et chronologiquement par le *Traité de la possession (1803)* puis le *Droit des obligations (1851-1853)*.

5. Voy. les explications données par Jean Gaudemet, « Histoire et système dans la méthode de Savigny », in *Hommage à René Dekkers*, Bruylant, 1982, pp.117-133, spéc. *in fine*.

6. Voy. Motte, *Savigny et la France*, Berne, Lang, 1983

7. Savigny, *Das Recht des Besitzes : Eine civilistische Abhandlung*, Heyer, 1803, voy. <http://dlib-pr.mpiert.mpg.de> ; Warkoenig, « Analyse de l'ouvrage : le droit de la possession, traité de droit civil de F. C. de Savigny », *Thémis*, tome 3^e, 1821, p.224-235 et pp.445-460 puis *Thémis*, tome 4^e, 1822, pp.234-256, puis *Thémis*, tome 5^e, 1823, pp.345-366 et pp.468-477 où Warkoenig expose la théorie des interdits possessoires en notant que la quatrième édition de l'ouvrage renferme beaucoup d'idées nouvelles ; il faut noter aussi que la théorie a évolué d'édition en édition ; v. Brutti, « L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny », *Quad. fior.* 5/6, 1976/77, tome 1, pp.41-103, spéc. p.77 ; égal. Pedamon, « Le code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle », in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Ed. Panthéon Assas, 2004, p.803 sq.

8. voy. Peter Stein, *Roman law in European history*, CUP, 1999, p.115 sq. spéc. p.119.

9. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840-1849, trad. franç. Ch. Guénoux, *Traité de droit romain*, 2^e éd., 1855 ; *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, 1851-1853 ; trad. franç. par Gérardin et Jozon, *Le droit des obligations*, 1863 [2^e éd., 1873].

10. pour une présentation d'ensemble, Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, 2005, p. 11 sq.

I. La possession

2. Points-clé

La thèse savignicienne de la possession en droit romain a pour ligne conductrice l'autonomie conceptuelle de la possession par rapport à la propriété ; d'emblée, il ne faudra pas s'étonner de la difficulté de réception du système proposé par Savigny puisque la tradition civiliste française au début du 19^e siècle traite la possession comme constitutive d'une présomption de propriété. Reste que Savigny développe une analyse factualiste et subjectiviste des conditions de la possession qui va coïncider avec les opinions d'une partie de la doctrine du début et du milieu du 19^e siècle¹¹.

1°. La théorie de la possession de Savigny repose d'abord sur la définition de la détention, sur le fait de détenir à savoir *le corpus*. Ce fait de détenir n'est pas la possession en elle-même mais seulement sa condition nécessaire. « Toute acquisition de possession se fonde sur un acte corporel (*corpus ou factum*), accompagné d'une certaine volonté (*animus*). L'acte – *factum* – doit placer celui qui veut acquérir la possession dans une position telle que lui et lui seul puisse disposer de la chose à sa volonté, c'est-à-dire, agir à cet égard en propriétaire. La volonté doit tendre à traiter aussi la chose en réalité comme une propriété ; seulement, lorsque la possession est par suite d'un fait juridique *dérivée* de la possession antérieure d'un autre, il suffit de vouloir *cette transmission*, de sorte qu'alors la possession peut être acquise, bien que l'on reconnaisse la propriété d'une autre personne »¹². Par cette formule, Savigny annonce la condition suffisante à l'existence de la possession *l'animus*, il en induit la primauté de la volonté sur le fait de détenir.

La théorie se complexifie en ce que Savigny identifie deux aspects du *corpus* : pour acquérir la possession, la condition de *corpus* se traduit par la potentialité d'une préhension physique de la chose ; voir une chose peut suffire, encore que sur cette chose puisse effectivement s'exercer la puissance de celui qui l'appréhende. Inversement, la conservation de la possession, elle, ne requiert plus cette proximité physique et corporelle nécessaire à l'acquisition de la possession ; la volonté de posséder maintient à elle seule un *corpus* potentiel (ou fictif), et ce malgré l'éloignement de la chose et la perte de sa maîtrise. Selon lui, « la première condition de la continuation de la possession consiste dans un rapport physique avec la chose possédée, rapport qui nous permette d'exercer

11. voy. surtout l'analyse faite par Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, 2008, pour aller plus loin, n.447, p.651 et s.

12. *Traité de la possession en droit romain*, trad. Faivre-d'Audelange, 1842, § XIII, p.207.

sur elle notre action. Mais il n'est point nécessaire, comme pour l'acquisition de la possession, que cette faculté soit immédiate, actuelle ; il suffit que ce rapport nous permette de nous *procurer* à volonté un pouvoir immédiat, et de cette manière, la possession n'est perdue que lorsque l'action de notre volonté est devenue tout à fait impossible. Cette règle va s'appliquer tant aux choses mobilières qu'aux choses immobilières¹³ ». La volonté maintient la possession quand la détention a cessé.

2°. L'*animus savignicien* forme le deuxième enjeu majeur de son *Traité*. Comme l'a montré le professeur Trigeaud, cette condition *d'intentionnalité* a elle aussi une teneur ambivalente en raison la variabilité du *corpus* et des effets juridiques conférés à la possession. D'abord, il s'agit de la volonté de détenir, c'est-à-dire d'unir à la détention matérielle de la chose, la volonté d'en avoir la maîtrise¹⁴ ; mais « seul mérite le nom de possesseur [celui] qui traite en propriétaire la chose dont il a la détention, c'est-à-dire qui veut en disposer de fait de la même manière qu'un propriétaire en dispose en vertu de son droit, et par conséquent ne veut reconnaître la supériorité d'aucun droit étranger¹⁵ ». Si donc la volonté doit tendre à traiter aussi la chose en réalité comme une propriété¹⁶, l'*animus* est « à la fois conscience du corpus, volonté de le réaliser, d'avoir à soi la chose sur laquelle il porte, et enfin conscience de cette volonté elle-même »¹⁷. Mais enfin, ce comportement de propriétaire, comme condition de la possession, a un but : devenir propriétaire. L'*animus domini* n'éclôt pas pour Savigny dans le sentiment ou la croyance d'être propriétaire ; au contraire, l'*animus domini*, c'est la volonté de faire de la chose sa propriété¹⁸. Mais factuellement, cela n'est pas instantané. Pour que la possession soit conservée, l'*animus* de devenir propriétaire devra être maintenu et renouvelé à tous les instants de la durée pour prescrire, mais « la circonstance que pendant un temps plus ou moins long, le possesseur ne songe point à la chose et conséquemment à sa possession, ne fait pas qu'il perde celle-ci¹⁹ ». Seul un *animus* contraire à l'*animus* initial lui fera perdre sa possession. « La possession se perd donc par l'*animus* seul, lorsqu'à un moment quelconque le possesseur veut y renoncer ; car, à ce moment, la

13. § XXXI, p. 372-373, voy. le changement de trad. proposé par Trigeaud, *La possession des biens immobiliers*, 1981, p.47.

14. Trigeaud, op. cit., p.115.

15. § IX, p.103.

16. § XIII, p.207.

17. Trigeaud, op. cit., p.116.

18. §XX, p.259.

19. §XXXII, p.392.

reproduction de la volonté originale devient radicalement impossible par la manifestation contraire de la volonté ».

Toutefois, explique Savigny, si la volonté doit tendre à traiter la chose en réalité comme une propriété, « lorsque la possession est par suite d'un fait juridique *dérivée* de la possession antérieure d'un autre, il suffit de vouloir cette transmission, de sorte qu'alors la possession peut être acquise, bien que l'on reconnaisse la propriété d'une autre personne »²⁰. Il signifie par là qu'un possesseur ayant *l'animus domini* peut par un acte juridique remettre la chose entre les mains d'un nouveau possesseur, lequel aura la volonté d'avoir la chose en tant que possesseur de deuxième ordre, reconnaissant la vocation du premier à la propriété. Le *corpus* est alors réalisé par le possesseur dérivé, *l'animus domini* reste au possesseur originaire ; et partant le détenteur de la chose ne possède pas pour lui-même mais pour autrui.

3°. La nature du droit du possesseur est pour Savigny la troisième question incontournable du *Traité*. La grande idée réside dans l'autonomie conceptuelle de la possession par rapport à la propriété. En affirmant que la possession résulte d'un simple fait, assorti de la condition psychologique du détenteur *animé* d'une intention de propriétaire, la détermination du *droit du possesseur* revient sur une controverse classique à l'époque²¹. « La possession doit-elle être considérée comme un droit, est-elle *jus in re* ? »²². Contredisant la doctrine française dominante, Savigny assène plusieurs coups à la thèse réaliste du droit du possesseur : en tant que *fait* la possession ne confère pas de droit sur la chose possédée, elle autorise simplement l'action en justice en réparation d'un préjudice en cas de dépossession violente. Dans cette mesure, la nature du droit du possesseur est déterminée par le régime des actions possessoires (ou des interdits possessoires en droit romain) lui permettant de recouvrer sa possession. La chose du véritable propriétaire n'est pas grevée d'un droit réel dont le possesseur serait titulaire puisque la propriété peut être revendiquée au pétitoire ; ce n'est qu'en cas de violence ou voie de fait commise contre la jouissance paisible de la chose possédée, que le possesseur se trouve pourvu d'une action en réparation. Ce n'est pas un quelconque droit réel de possession qui ouvre cette action en justice, c'est le délit constitué par le trouble causé à la possession. Autrement dit, Savigny nous enseigne que le possesseur n'a de droit qu'à compter du moment où il a été violemment privé de sa chose. Il n'a pas un droit réel, il a une créance de réparation.

20. § XIII, p.207-208.

21. Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, III, 1811.

22. § I, p.5 ; § VI, p.29.

« Le droit des interdits possessoires appartient donc au droit des obligations, et l'on y parle de la possession qu'en tant qu'elle forme la condition essentielle des interdits. Le *jus possessionis*, c'est-à-dire le droit que donne la simple possession, consiste seulement en ce que le possesseur peut réclamer les interdits, dès qu'intervient un acte violent contre sa possession. En l'absence de cette violation, la simple possession ne donne pas de droit, ni de *jus obligationis*, ce qui est bien évident, ni un droit sur la chose, car aucun acte dirigé sur la chose ne doit être maintenu comme légal par cela seul que celui qui agit aurait la possession de cette chose ».

Pour Savigny, la possession reste une anomalie dans une période de transition : les actions et interdits possessoires protègent le possesseur et son usucapion en cours, mais ne reconnaissent pas de droit tant que la prescription acquisitive n'est pas réalisée ; le propriétaire véritable ne perd pas son droit au fur et à mesure, il est entier toujours et doit revendiquer la chose pour en obtenir restitution judiciaire, seule dépossession valable. La possession « n'est point un droit en elle-même » nous dit-il, et pour cause, « la possession appartient au droit des obligations ».

3. Point de vue

Les trois traits principaux de théorie savignicienne que je viens de décrire et pour l'approfondissement desquels je ne peux que renvoyer à l'ouvrage magistral du professeur Trigeaud, *La possession des biens immobiliers*, articulent *grosso modo* une conception subjectiviste et volontariste de la possession²³. Dans la préface de son ouvrage, Savigny n'hésite pas à se présenter comme un innovateur et son influence doit effectivement être mesurée aussi en fonction des degrés de nouveauté apportés par le *Traité*. Mais comme le feront observer ses critiques lorsque ses thèses seront largement diffusées en Europe, la conception savignicienne n'était pas aussi innovante qu'il était prétendu. L'image d'un Savigny seul contre tous extirpant la *possession* des ténèbres d'une mauvaise interprétation des textes romains serait fortement exagérée. Et si ses idées étaient déjà présentes chez Doneau ou Cujas, sous des formes voisines et non systématisées chez Domat ou Pothier, ainsi que le soulignera Ihering, on pourra s'interroger sur l'influence réelle des conceptions de Savigny ; on devra être moins étonné en constatant alors que la doctrine française du 19^e siècle fut sensible à des propositions qu'elle partageait déjà²⁴.

23. Terré et Simler, *Les biens*, 5^e éd., 1998, n.160 ; le Code civil était moins volontariste en matière de possession que ne l'étaient ses interprètes, Zenati-Castaing et Revet, *op. cit.*, n.448.

24. Trigeaud, *op. cit.*, p.145.

4. Point ou peu de traces avant 1840

En démarrant mes recherches, je m'attendais à rencontrer plus souvent des références à l'œuvre savignicienne ; sachant que les larges extraits traduits par Warnkoenig avaient bénéficié de la diffusion de la *Thémis*, que des auteurs importants avaient avoué leur empathie pour les thèses et la méthode, j'avais pensé naïvement trouver facilement des traces du *Traité de la possession*. Le résultat est décevant ; avant 1840, date des traductions complètes de l'ouvrage, bien peu de références, et seulement des références faites à la traduction-analyse de Warnkoenig : aucune référence à l'œuvre originale. Il me faudra sans doute mieux chercher pour en trouver ; d'une certaine manière ce travail archéologique ne fait que commencer.

Proudhon (*Traité des droits d'usufruit, d'usage...* t.VIII, n.3530 et sq.), Delvincourt (tome II, 1834, pp.209 et sq.), Toullier (tome III, 1824 ; XI, 1830), Duranton ne semblent pas y faire directement référence, pas plus que les processualistes – *les procéduriers disait-on plutôt à l'époque* – Boncenne & Bourbeau, Carré & Chauveau ou Boitard. Qui plus est, ces différents auteurs appuient la plupart de leurs démonstrations théoriques pour les premiers ou pratiques pour les seconds sur l'idée que la possession confère au possesseur un droit réel sur la chose possédée. Une telle affirmation est incompatible avec l'essentiel de la thèse savignicienne. « Mais puisque la possession constitue un véritable droit et un droit très-important pour le possesseur, celui-ci doit avoir une action soit pour la revendiquer quand il en a été déjeté par un autre, soit pour la conserver quand on vient lui causer du trouble ; et de là les actions possessoires dont nous avons à nous occuper ici²⁵ ».

5. Point de convergence

On trouve en revanche chez Bioche, l'auteur d'un important *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, v° Action possessoire, une référence aux articles consacrés par Warnkoenig au *Traité de la possession*²⁶ ; il sera très hasardeux d'imaginer une quelconque influence, néanmoins la brève définition de la possession employée a des accents connus : mais Bioche, lui, ne fait pas une théorie de la possession. « Posséder une chose, c'est l'avoir en sa puissance, soit qu'on détienne soi-même, soit qu'on la fasse détenir par autrui (C. civ. art. 2228). La détention est l'acte corporel par lequel on appréhende ou l'on retient une

25. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage...* t. VIII, 1825, n.3529.

26. t.1, 2^e éd., 1839, [p.143, n.71] ; citant *Thémis*, 3- 224, 445 ; 4-234 ; Savigny-Warnkoenig, 2^e article.

chose. Dans le langage ordinaire, ce fait est souvent confondu avec la possession ; mais la possession exige, outre le fait matériel de la détention, la volonté d'être propriétaire. La possession est donc la détention à titre de maître. L'absence du possesseur ne suffit pas, en général, pour rendre la possession vacante ; elle continue à son profit. Ainsi, l'on dit avec raison que la possession ne se perd pas *corpore solo*, qu'elle se conserve *animo solo*. Mais il faut se garder de trop étendre ce principe [à l'hypothèse d'une dépossession violente du fait d'un tiers] ». Et après avoir fait référence à *Savigny-Warnkoenig*, Bioche laisse entendre que ce qui peut être vrai pour le droit romain ne le sera pas pour le droit français en raison précisément du régime de l'action possessoire. La trace est somme toute ici assez peu profonde, elle l'est un peu plus chez Troplong.

6. *Appoint distinctif*

Dans son commentaire du titre XX du livre III relatif à la *Prescription*, Troplong consacre des développements conséquents à l'examen des différentes théories de la possession²⁷. L'auteur mène une exégèse critique des articles 2219 et sq du Code civil, ayant recours au droit romain comme système d'interprétation comparé, et réserve une place importante au *Traité* de Savigny²⁸. Dès sa préface, il annonce :

« Dans ces derniers temps, il est paru en Prusse un livre qui a eu un succès européen, je veux parler du *Traité de la possession* de M de Savigny ; c'est un ouvrage de haute portée, dans lequel on admire la connaissance la plus exacte des textes , et la pénétration de l'auteur pour les mettre en lumière par la double autorité de l'analyse et de l'histoire ; je doute néanmoins que ce bel ouvrage puisse exercer une influence réelle sur le droit français et changer quelque chose à nos idées sur la possession , base de la prescription , ainsi que sur les actions possessoires , qui en découlent. M de Savigny a fait un livre tout romain ; il n'a pas voulu dévier de l'horizon de Gaius, d'Ulpien et de Tribonien : le nôtre est forcément différent²⁹ ».

À tel point que Troplong soutient aussi que, selon la doctrine du Code civil, les détenteurs précaires sont aussi des possesseurs, de sorte que toute détention serait une possession ; cette position isolée chez les commentateurs du Code,

27. Troplong, *De la prescription*, 3^e éd., 1838, art. 2228.

28. Dès 1835 à travers l'exposé de Lerminier, *De Possessione analyticà savignyaniae doctrinae expositio* et Warnkoenig, *Thémis*, tome 5, 1823, p.345.

29. *De la prescription*, Préface, p.xj.

incompatible avec la thèse de Savigny, sera l'occasion d'une longue anti-thèse venant plus tard de Marcadé³⁰. Troplong a donc bien un horizon différent de celui de Savigny, en raison d'une *originalité toute nationale*, il y insiste souvent, mais il adopte une perspective voisine : il rend grâce à Savigny de la lumière qu'il a su jeter sur les antiquités romaines, mais constate que les textes français ont depuis longtemps réformé la nature et la teneur des droits du possesseur. Par exemple, pour Savigny, les *interdits possessoires* n'étaient pas à Rome l'effet d'une présomption de propriété ; Troplong veut bien l'admettre, mais il fait observer que dans le droit français, il en est autrement : « il n'est pas un auteur ancien ou moderne, qui n'enseigne que notre possession annale (inconnue du reste des Romains) est pour le possesseur, la source d'une présomption de propriété qui le dispense de toute preuve, jusqu'à ce que le contraire apparaisse clairement. C'est là une base qu'il ne faut jamais perdre de vue, pour ne pas s'égarer en comparant notre système de la possession avec celui des Romains³¹ ».

D'une certaine manière, Troplong nous explique que l'œuvre de Savigny est confrontée à une difficulté de réception résultant de ce que le régime des actions possessoires (de droit positif) détermine la nature de la possession et impose de la considérer comme une présomption de propriété. Autrement dit, si les thèses savigniciennes sur la possession ne parviennent pas à franchir ces obstacles d'incompatibilité nationale, elles ne seront pas admissibles³².

En revanche, il ressort également de ces présentations et même de celles qui semblent volontairement oublier Savigny, comme la traduction française du manuel de Zachariae par Aubry et Rau³³, que les concepts issus du droit romain se sont modifiés par un processus historique qui marque désormais leur spécificité.

Il est dans cette mesure moins étonnant de ne pas trouver plus de références à Savigny dans les traités généralistes de droit civil avant 1840 ; hormis Troplong

30. Marcadé, *Explication du titre XX du livre III du code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, 1854, art. 2228.

31. *De la prescription*, p.346-347.

32. *De la prescription*, p.360 « Nous ferons observer à ces savants estimables, trop préoccupés de la puissance du droit romain, que le droit français a aussi ses libertés et son originalité, et qu'il n'est pas philosophique de vouloir tout faire plier sous une forme exclusive, devinée d'ailleurs plutôt que retrouvée, dans de solitaires élucubrations », à propos du texte de Warnkoenig sur Savigny, *Thémis*, tome 5, 1823, p.345.

33. Zachariae, Aubry & Rau, *Cours de droit civil français*, I, 2^e 1843, § 182 ne paraissent pas faire référence en note de bas de page à Savigny alors que Zachariae, 1808, y fait référence dans la première édition de son *Handbuch*, § 68, p.102 (<http://dlib-mpier.mpg.de>) puis dans les éditions successives ; en revanche, les éditions françaises l'ignorent dans la bibliographie donnée en entame du paragraphe §184. Même ostracisme dans les éditions suivantes où Ihering apparaît ; reste que la théorie de la possession de Zachariae est tout à fait compatible avec celle de Savigny.

dont la méthode et le style empruntent autant à la dilution du discours qu'à la profondeur d'une interprétation historico-romaniste, les maîtres de droit civil (et plus encore de procédure civile), auteurs des premiers commentaires, ne puisent leur inspiration qu'à des sources littéraires de tradition française, quand bien même seraient-elles romanistes³⁴. A première vue, l'universalité de la théorie savignicienne de la possession se retrouve évincée par cela même qui fait sa force ; la conception d'un droit, comme fonction de l'esprit national, comme capacité de la nation à se doter de règles, conduit à dissocier le droit civil national français – de Cujas, Domat, Pothier et Code civil – du droit romain, et fait de ce dernier non pas un ordonnancement applicable, mais un système d'interprétation extérieur au droit national. Dès lors la possession romaine se retrouve écartée des analyses « françaises ». Par une sorte d'effet négatif, la méthode historique conduit à écarter le droit romain au profit d'une conception nationale de la possession³⁵.

7. Point de bascule

Le tournant des années 1840 concentre plusieurs facteurs de mutation. D'une part, les études philologiques et la recherche des interpolations prennent une ampleur telle qu'il paraît impensable désormais d'étudier le droit du digeste et des institutes sans s'interroger sur l'origine et la source historique des règles. Le travail des anti-triboniens porte ses fruits, et se conjugue avec la volonté affirmée des grands romanistes français et francophones de se lier à la démarche savignicienne. Laboulaye en 1842³⁶, puis en 1855³⁷, portera le drapeau de la rénovation des études de droit dans le but affirmé de constituer autour de la redécouverte du droit romain, le socle d'une connaissance commune aux

34. voy. Carou, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 1838 ; l'auteur pille véritablement Troplong et ne peut donc ignorer les références faites par celui-là au *Traité de la possession* de Savigny. Carou n'en fait rien, il reste attaché à l'idée que la possession est une émanation de la propriété et que les interdits et actions possessoires sont des actions qui sanctionnent la violation du droit du possesseur.

35. Les critiques de Troplong, au premier rang desquels on rencontrera Marcadé, restent eux-aussi attachés à déterminer *l'esprit* du Code civil. Marcadé combat vivement Troplong sur la question de savoir si le Code marque en matière de possession une rupture avec les doctrines de Pothier ; Troplong l'affirme, Marcadé n'hésite pas polémique et même à crier que la doctrine du savant magistrat est entièrement fausse (art. 2228) en reprenant pas à pas l'analyse des sources françaises de la possession.

36. Laboulaye, *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, 1842.

37. Boudot, « Les programmes scientifiques des revues juridiques des 19^e et 20^e (et 21^e) siècles », in Augustin et Gazeau (dir.), *Coutumes, doctrine et droit savant*, LGDJ, 2007, pp.307-318.

peuples européens. La création de la société de législation comparée en 1869 servira cette entreprise.

Avec le romaniste Molitor, on apprend qu' « avant l'apparition du savant traité de M. de Savigny, une confusion extrême régnait dans la matière de la possession en droit romain » et on lit sous la plume d'Ortolan³⁸ que « M. de Savigny a publié en allemand sur la possession un traité à la réputation duquel mes éloges ne peuvent rien rajouter. J'ai suivi dans ces principes généraux une partie de ses idées sans les adopter toutes. ». Pellat³⁹, Demangeat, Machelard serviront aussi la cause de la diffusion du *System* et de la pensée savignicienne.

Mais dans cette période où les civilistes français sont pourtant attentifs à la littérature romaniste (puisque les candidats à la carrière universitaire rédigent deux thèses, dont l'une en droit romain), pour des raisons diverses, ils seront peu nombreux à avoir conçu une théorie de la possession⁴⁰ : le commentaire article par article, semble ne pas permettre l'expression d'une vision générale de la possession. L'article 2228 du Code civil arrive d'une certaine manière trop tard pour les exégètes. On aurait pu penser que Marcadé eut évoqué le *Traité de la possession* de Savigny, il n'en est rien ; ni Démante, ni Demolombe, ni Laurent⁴¹. Même chez Aubry et Rau, la référence faite à la possession selon Savigny par Zachariae est gommée à cet endroit par les traducteurs⁴². Pour autant tous ces auteurs développent ou s'appuient sur des analyses volontaristes et factualistes de la possession ; ils rejettent l'idée selon laquelle la possession confère un droit réel sur la chose d'autrui et soutiennent contre Toullier et Duranton que la possession est un fait, que *corpus* et *animus* sont nécessaires pour que le détenteur devienne possesseur, selon des arguments que Savigny aurait pu avancer lui-même, mais tous demeurent attachés à l'idée *française* que la possession crée une présomption de propriété.

38. Ortolan, *Instituts de Justinien*, tome 2, 6^e éd., 1857, p.259, note 2.

39. Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2e éd., 1850.

40. Cependant comme traité monographique Belime, *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, 1842 ; l'ouvrage est difficile d'accès mais a une traduction italienne sur google.books, *Trattato del dritto di possesso*, 1856.

41. Laurent, *Principes de droit civil français*, t.32, 3^e éd., 1878, article 2228.

42. Néanmoins, je ne veux pas être péremptoire car dans cette quête archéologique, la découverte de toutes les traces seront utiles, et la bibliothèque de Poitiers ne disposent pas de toutes les éditions des œuvres du 19^e, je serai donc infiniment reconnaissant envers tous ceux qui à l'occasion de fouilles personnelles auront découvert quelques perles savigniciennes. Le contact est facile : mboudot@univ-poitiers.fr.

8. Point d'orgue

S'il faut remarquer une évolution dans la manière d'appréhender Savigny entre les années 1830 et 1860, on peut se pencher sur le Répertoire de MM. Dalloz. Dans l'édition de 1827-1830⁴³, aux *verbis action possessoire* et *prescription*, la section 2 relative à l'exposé de la possession fait état des thèses de Delvincourt et Toullier sans égard pour la thèse savignicienne ; le discours est économe de théories. En revanche, dans l'édition du même répertoire datant de 1845-1856⁴⁴, mention rapide est faite du *Traité de la possession* à propos des actions et interdits possessoires, et en ce qui concerne la possession elle-même, qui est expliquée au v° *prescription*, Dalloz aîné livre en bas de page un compte rendu qu'il entend être complet du *Traité de Savigny* : « Cette analyse est empruntée à un ouvrage fort accrédité en Allemagne, le *Traité de la possession en droit romain* par M. Savigny. (...) Toutefois, cette théorie dont l'analyse nous a été envoyée par un jurisconsulte de nos amis, et qu'il nous permet d'imprimer dans cet ouvrage, ne répond pas à des questions fort graves, et qu'il est impossible de ne point se poser quand on s'occupe de la possession. – Par exemple, la possession est-elle antérieure à la propriété ? »⁴⁵. Sans emporter l'adhésion de Dalloz, la diffusion du *Répertoire* va considérablement accroître l'exposition de la thèse de Savigny.

Si cela ne suffit pas à démontrer son influence, cela indique tout de même que la thèse savignicienne devient compatible avec certaines conceptions du milieu du 19^e siècle ; et c'est ce qui explique que les auteurs du début du 20^e siècle la verront et la présenteront comme dominante au 19^e.

9. Le tournant du 20^e siècle en point de mire

Si l'on continue ce cheminement diachronique, on remarque un véritable changement dans les ouvrages de droit civil français lorsque la théorie de la possession de Savigny n'est plus traitée comme une théorie de droit romain, mais comme une thèse (d'ailleurs le plus souvent combattue) intégrée à la théorie générale de la possession. C'est là sans doute le plus grand succès de Savigny. Observons en effet qu'à la fin du 19^e s., la doctrine française invente des théories

43. Jurisprudence générale du Royaume, ou Répertoire méthodique de la législation et de la jurisprudence française, tome 1^{er}, 1827, v° *action possessoire* et tome 11, 1830, v° *prescription*.

44. Répertoire méthodique et alphabétique de la législation, de doctrine et de la jurisprudence, tome 3, v° *action possessoire*, 1846 ; tome 36, v° *prescription*, 1856.

45. v° *Prescription*, n.236.

générales⁴⁶, et que la discussion savante donne au droit romain la qualité de droit commun à tous les peuples⁴⁷. Esmein⁴⁸, Bufnoir⁴⁹, Saleilles⁵⁰, Planiol, Capitant ne présentent plus la théorie romaine de la possession de manière dissociée à la théorie moderne, ce qui indique d'une part la pénétration de la méthode historique (ou son avatar français) chez ces auteurs. Mais il faut noter aussi que les références faites à l'œuvre de Savigny se font alors principalement à l'examen de la controverse menée par Ihering, et c'est d'ailleurs ce dernier qui aura les faveurs des tenants de l'École de libre recherche scientifique⁵¹. Selon Ihering, dont la théorie objective s'appuie non sur l'*animus domini*, mais sur la *causa possessionis*, pour constituer la possession il suffit d'avoir l'intention de créer et de conserver un rapport à la chose, tout en exerçant un pouvoir de fait sur la chose. L'opposition à Savigny devient une opposition à la thèse des exégètes et s'inscrit globalement dans une volonté de renouvellement des méthodes d'interprétations et des sources du droit positif.

Présenter Savigny, comme faire-valoir de Ihering, serait un peu exagérer les choses, mais d'une certaine manière, l'affirmation et la reconnaissance de sa théorie de la possession viennent justifier l'argumentation doctrinale en faveur d'une conception objective de la possession⁵². Et en retour, chose curieuse mais finalement habituelle, les contradicteurs de la théorie objective au début du 20^e siècle vont justifier la tradition française plus subjectiviste en se rapprochant des thèses soutenues en droit romain, un siècle plus tôt par Savigny.

Au début, et tout au long du 20^e siècle, les opinions des protagonistes de la controverse Savigny-Ihering sur les fondements de la possession se trouveront déconnectées d'un questionnement sur le droit romain pour être traitées directement dans l'analyse du régime positif de la possession. On peut y voir un succès de Savigny, car contrairement à un Troplong qui admettait la pertinence de ses thèses en droit romain mais les disqualifiait en droit positif en raison des particularités nationales, Picard⁵³ tiendra les thèses de Savigny pour explicatives

46. Jamin, « Un modèle original, la construction de la pensée juridique française », <http://www.courdecassation.fr/BICC/>.

47. Cornil, *Traité de la possession en droit romain pour servir de base à une étude comparative des législations modernes*, 1905.

48. Esmein, « Les théories de la possession en Allemagne », NHR 1877, pp.489-500.

49. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, réimpr. LGDJ 2005.

50. Saleilles, *Eléments constitutifs de la possession*, 1894 ; *La possession des meubles*, 1907.

51. Vermond, *Théorie générale de la possession en droit romain*, 1895.

52. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, n.2311 ; égal. de manière nette, Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome XIV, p.427 et p.463.

53. Planiol, Ripert et Picard, *Traité pratique de droit civil*, III, n.143 sq.

du droit positif, et ce quoiqu'il n'y adhère pas entièrement. Le ton est donné pour le reste du 20^e siècle, mais, pour d'autres raisons, ce ne sera plus Savigny qui permettra d'expliquer le droit positif de la possession ; la doctrine française aura changé de référentiel interprétatif en abandonnant le droit romain (même rénové par l'analyse comparatiste) au profit d'un droit positif auto - interprété par la jurisprudence⁵⁴. Pour *le droit des obligations*, les choses iront légèrement différemment, mais la conclusion sera la même.

II. Le droit des obligations

9. Partie générale

Dans la préface du 8^e volume du *System*, Savigny laisse entendre que son œuvre majeure restera inachevée ; fataliste, il n'espère plus avoir le temps de rédiger les quatre parties spéciales annoncées (Droit des choses, Droit des obligations, Droit de la famille, Droit des successions), mais quand même décide-t-il de réformer son entreprise, il invite son lecteur à ne pas la trahir :

« Je considère désormais les huit volumes que j'ai publiés comme un ouvrage complet, au titre duquel on doit ajouter par la pensée : Partie générale. Je publierai la partie spéciale du *system*, non comme continuation de la partie générale, mais comme autant d'ouvrages distincts, en commençant par le droit des obligations, non par le droit des choses d'après mon plan primitif. Ces ouvrages distincts paraîtront avoir la forme extérieure de monographies, sans en avoir le caractère essentiel, que j'ai défini au premier volume ; et ils seront composés absolument au même point de vue qu'ils l'eussent été si je n'avais rien changé à mon plan⁵⁵ ».

Cette annonce de la publication prochaine du *droit des obligations* est rapidement suivie d'effets⁵⁶ ; ses deux volumes sont publiés en 1851 et 1853, et l'on comprend ainsi qu'à chercher les traces laissées par *Le droit des obligations*, on trouvera nécessairement celles laissées par le *System* lui-même⁵⁷. Et elles

54. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, Th. Aix-en-Provence, 1999.

55. Savigny, *System*, Bd 8, 1849, pp.VIII-IX, trad. Guénoux, 1851, vol. 8, pp.3-4 ; sur les legs de Savigny au droit international privé, voy. Synvet, *Avant-propos* à la réimpression de la traduction française du VIII^e volume du *System*, Ed. Panthéon-Assas, 2002.

56. La préface du premier volume du droit des obligations retrouve le fil de celle du 8^e volume du *Système*.

57. Où Kant se cacherait derrière le plan des manuels de Pandectes, voy. Villey, « La doctrine

sont nombreuses : théorie de la personnalité juridique⁵⁸, théorie des droits subjectifs⁵⁹ ou théorie de l'acte abstrait⁶⁰.

Le conceptualisme savignicien et l'esprit de système trouvent une résonance particulière⁶¹ et font leur entrée en force dans la pensée civiliste française lorsque commence à se poser la question de la recodification du Code civil. Sous l'influence des romanistes, mais également sous l'égide des civilistes – comparatistes ayant à leur tête Bufnoir, la doctrine française se met à élaborer des *théories générales* au sein desquelles le concept romain fait figure de référentiel interprétatif, et le droit romain dans son entier apparaît comme un système d'interprétation différencié⁶². Au cours du 20^e siècle, l'esprit des *théories générales* restera, mais la référence romaniste disparaîtra peu à peu de la littérature civiliste ; ce qui était sans aucun doute l'un des véritables succès de Savigny, *i.e.* avoir convaincu la doctrine d'utiliser les ressources interprétatives contenues dans le droit romain pour l'application de chaque droit national, se colorera tristement en France de la déshérence scientifique des études de droit romain.

10. Partie spéciale

Le droit des obligations ne présente pas le même intérêt historique que le *Traité de la possession*, car même s'il est parfois considéré comme la plus parfaite réalisation de Savigny⁶³, il se situe à un moment de l'histoire où l'essentiel des

du droit dans l'histoire de la science juridique », préface à Kant, *Métaphysique des moeurs*, trad. Philonenko : « On peut légitimement parler d'un *envahissement* de la science juridique contemporaine par la philosophie kantienne. La grande école pandectiste du XIX^{ème} siècle, élaborant ce qu'elle appelle la « Partie générale » du droit, a refaçonné les définitions des personnes, des droits subjectifs, de la propriété, des contrats, de l'acte juridique etc... dans une atmosphère infectée par la philosophie de Kant. « ; mais différemment, Peter STEIN, *Roman law in european history*, 1999, p.123 ; sur le programme Savigny-Puchta et l'influence kantienne, v. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, p.40 sq., p.173 sq., p.183.

58. Henri Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, [1898], 5^e éd., 1928, n.148 ; Saleilles, *De la personnalité juridique* (Histoire et théories), Rousseau, 1910.

59. Coing, « La signification de la notion de droit subjectif », *Arch. phil. droit* 1964, p.1 sq. ; Ghestin et Goubeaux, *Introduction générale*, 1977, n.163 sq. spéc. n.179 ; Witz, *op. cit.*, n.572.

60. Thaller, « De la nature juridique du titre de crédit », *Ann. Dr. Commercial* 1906, p.6 sq. 110 sq. 1907, p.9 sq., p.97 sq. n.133.

61. Mais c'est plutôt Puchta qui porte l'étiquette de *Begriffsjurist*, Jouanjan, *op. cit.*, p.174.

62. Boudot, « Claude Bufnoir (1832-1898), avec les textes pour assises mais au dessus des textes et par delà les textes », présentation de la réédition de Bufnoir, *Propriété et contrat*, LGDJ, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2005.

63. Demangeat, compte-rendu de la traduction française par Gérardin et Jozon à la RHD 1863,

enseignements savigniciens ont été entendus et reçus. Il n'a pas la puissance fondatrice des premiers textes, et ses disciples français ne sont plus de jeunes gens en quête de reconnaissance scientifique. Mais il tiendra tout de même une place remarquable dans les années 1880 – 1910, en raison de sa coïncidence avec l'attention portée par les juristes français aux travaux préparatoires du Code civil allemand.

Il constituera l'un des points de départ de la rénovation des contenus et du traitement d'ensemble de la notion d'obligation. Savigny y aborde la matière des obligations par l'exposé théorique de la nature des obligations, qui trouve application pour les espèces d'obligations envisagées d'après leur source :

I/ Nature des obligations

- 1/ Idée de l'obligation
- 2/ Diverses espèces d'obligations
- 3/ Personnes parties dans l'obligation
- 4/ Objet de l'obligation

II/ Sources de l'obligation

- 1/ Contrat
- 2/ Délit
- 3/ *Variae causarum figurae*

Ce plan, grand frère de celui que suivra Windscheid⁶⁴, s'oppose formellement à la manière de traiter le droit des obligations suivant l'ordre du Code civil français. Dans la première partie, Savigny propose une théorie de l'obligation, une classification des obligations, une théorie des parties à l'obligation etc... et n'envisage que dans la deuxième partie les différents régimes des obligations d'après leurs sources.

C'est cette façon de procéder, faisant écho au plan du *System*, qui sera utilisée pour structurer le BGB. Ses préfaciers nous recommanderont de retenir les théories nouvelles de Savigny se rapportant aux obligations naturelles, aux obligations indivisibles et solidaires, à l'argent, à la représentation, aux titres aux porteurs ou encore à la nature des délits⁶⁵.

p.379-380.

64. Lequel ne sera pas traduit en français, en revanche voy. Windscheid, *Diritto delle pandette*, 1902.

65. *Préface des traducteurs*, Gérardin et Jozon pour Savigny, *Le droit des obligations*, 1863 [2^e éd., 1873].

11. L'empreinte

Naturellement, l'ouvrage va recevoir un accueil très favorable de la part des historiens qui militent pour la diffusion du programme de l'école historique ; mais l'on trouve aussi et assez vite des références dans les traités de droit civil. Les premières faites au *droit des obligations* sont chez Demolombe⁶⁶ ; et contrairement à la possession, ce dernier aura le loisir d'esquisser une théorie de l'obligation au commentaire des articles 1101 sq., mais le genre littéraire et surtout la contrainte du plan du Code civil ne lui permettront pas d'aborder l'obligation depuis les hauteurs d'une théorie générale. Savigny semble perçu par Demolombe comme un auteur de référence grâce à la traduction de Gérardin et Jozon de 1863, et sert de point de référence historico-comparatiste, mais comme ses contemporains, Demolombe dissocie encore droit positif français et droit romain⁶⁷.

Dans les années 1880-1890, sous l'action conjuguée du développement des études comparatistes et de la focalisation d'une grande partie de la doctrine française sur le droit allemand, les modes d'exposition du droit civil français vont considérablement changer. Saleilles élabore pour le *Bulletin de la société de législation comparée* une *Etude sur la théorie générale des obligations* d'après le projet de Code civil allemand (1889). Son ambition est très claire : proposer une réforme du droit civil français, les travaux préparatoires du Code civil allemand servant de modèle⁶⁸. L'étude du droit des obligations se fait par introduction d'une partie générale consacrée à l'obligation elle-même puis à ses sources. C'est encore le modèle des manuels de Pandectes adopté par Savigny et Windscheid.

I/ De l'obligation en elle même

1/ Objet de l'obligation

2/ Effets de l'obligation

3/ Extinction de l'obligation

66. *Cours de Code Napoléon*, XXIV, 1868, p.7 ; une autre mention du *System* au XXX, 1878, p.266 à propos de l'autorité de chose jugée.

67. Dans la dissertation qu'ils consacrent au paiement et aux obligations naturelles, Baudry-Lacantinerie et Barde portent une attention particulière à la pensée de Savigny, mais la cantonne à l'explication du droit romain, en compagnie de Machelard, Accarias et des autres romanistes, *Traité théorique et pratique de droit civil, Les obligations*, II, 3^e éd., 1907, n.1653 sq.

68. Saleilles, « Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand », *Bull. SLC* 1889, p.165 sq. ; *Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*, Pichon 1889 ; pour les modifications apportées au plan initial dans le second projet, *Etude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, Pichon, 1895 qui donneront ensuite *La théorie générale de l'obligation*, [1^{re} éd., 1904], LGDJ, 3^e éd., 1925 ; *De la déclaration de volonté*, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, 1901.

4/ Transmission de l'obligation

5/ De la pluralité de créanciers ou de débiteurs en matière d'obligation

II/ Sources de l'obligation

1/ De l'acte juridique considéré comme source d'obligation

2/ Du délit considéré comme source d'obligation

3/ De l'enrichissement sans cause considéré comme source d'obligation

Dans la même veine que les travaux de Saleilles, Marcel Planiol⁶⁹ et Henri Capitant vont à leur tour élaborer le premier un traité, le second un cours élémentaire dont la première partie fait figure de partie générale, dans laquelle ils proposent sur le modèle allemand une théorie générale des actes juridiques⁷⁰, et aborder les obligations et leurs sources au rythme de leurs spécificités. L'innovation consiste à situer le contrat dans le champ plus vaste des actes, bien que la théorie des actes ne soit qu'une extension des principes régissant le contrat⁷¹.

II/. Les obligations⁷²

1/ Effets des obligations

2/ Modalités des obligations

3/ Transmissibilité

4/ Modes d'extinction

5/ Pluralité d'objets

6/ Pluralité de personnes

7/ Sources des obligations

§ 1. Généralités

Classification et notions générales [n. 805 sq.]

Contrats

Quasi – contrats

Délits

Quasi – délits

Obligations légales

De la volonté unilatérale comme source d'obligation

§ 2. Paiement de l'indu

69. Sur l'opinion qu'avait Planiol de la place de Savigny dans l'histoire de la pensée, voy. Babert, *Le système de Planiol*, th. Poitiers, 2002.

70. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1^{er} [1^{re} éd. 1899-1900], n.264 sq.

71. De l'intérêt de lire attentivement la littérature du tournant du 20^e siècle, voy. le regard porté par Georges Rouhette sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *in RDCo* 2007, p.1371.

72. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, [1^{re} éd. 1899-1901], n.156 sq.

- § 3. Théorie générale de la faute
- § 4. De l'enrichissement sans cause
- § 5. Du stellionat

Ce plan nouveau permet, comme le prescrit le plan rénové des études de droit imposé par l'arrêté de juillet 1895 (dont Bufnoir fut le maître d'œuvre), d'étudier le droit civil en dissociant une partie générale, des parties spéciales. Mais à partir des années 1920-1930, la doctrine privatiste reviendra à la structure classique pour l'exposition du droit civil ; et avec le temps, on s'apercevra d'une certaine dilution des idées de la pandectistique, pour retrouver une lecture beaucoup plus française et nationaliste du droit des obligations⁷³.

12. Relais d'opinion

Dans le détail, Capitant, Planiol, Saleilles seront les relais de la pandectistique, et par voie de conséquence les relais d'un Savigny de plus en plus lointain dans la doctrine française du droit des obligations : la mise au clair sur les obligations naturelles est entendue. L'obligation naturelle au sens romain strictement procédural (obligation non sanctionnée par une action mais pouvant faire l'objet d'un paiement valable) trouvera une expression dissociée de l'analyse traditionnelle du devoir moral⁷⁴. De l'erreur, Baudry-Lacantinerie paraît en recueillir la substantielle définition : « Suivant Donneau, l'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux et faux ce qui est vrai. La définition de Savigny est plus élégante : *l'erreur est la fausse notion que nous avons d'une chose*. La puissance la plus élevée de l'erreur est l'ignorance, qui n'est autre chose que l'absence de toute notion »⁷⁵. Chez Planiol, c'est par la théorie de la volonté que l'on retrouve l'influence de Savigny au filtre de Windscheid, des théories a-causalistes⁷⁶, ou encore de la conception théorique des titres au porteur⁷⁷. Planiol utilisera

73. Ancel, « Acte juridique et de déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations », in Aristec, *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p.161 ss. ; Boudot, « La classification des sources des obligations au tournant du 20^e s. » in Mannino et Ophèle, *L'enrichissement sans cause, La classification des sources des obligations*, 2^e et 3^e journées d'études Poitiers – Roma Tre, LGDJ, 2007 ; pour des indices de l'influence de Savigny sur la common law, STEIN, *op. cit.*, p.125.

74. Déjà Demolombe, XXVII, avec l'aide du savignicien Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain* ; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, II, 1915, n.274.

75. Baudry-Lacantinerie et Barde, II, n.21.

76. Windscheid à travers Planiol, II, n.1037 sq. ; voy. Ghestin, *Le contrat*, n.278 sq.

77. Saleilles, *La théorie générale de l'obligation*, § 268 ; Wahl, *Traité théorique et pratique des titres*

également l'héritage anti-codificateur pour son texte contre la recodification du Code civil dans le livre du centenaire⁷⁸.

13. Point final

Le temps diluera l'influence de Savigny d'autant plus que la codification allemande constituera d'une certaine manière un désaveu, et la page se tournera⁷⁹. Mais n'est-ce pas finalement la victoire de Savigny ? Lui, n'a jamais plaidé pour que le droit local prussien s'impose au reste de l'Europe ; chaque peuple produit son propre droit, et au cours du 20^e siècle, la décodification progressive du droit français des obligations illustrera en cela la prédiction d'une impossibilité d'emmurer dans un Code ce qui fait l'âme d'une Législation.

Un demi – siècle après la mort de Savigny, en même temps que la théorie de la possession passait dans la pensée juridique commune, le droit des obligations retournait vers un quasi-anonymat. Un siècle et demi après sa mort, on cite encore le premier, et l'on ignore ce que le second avait d'innovant et de stimulant : l'obligation naturelle, l'obligation corréale, l'argent, la représentation, les titres au porteur. Nous finirons peut-être par réparer cette injustice en republiant de manière satisfaisante la traduction de Gérardin et Jozon.

Michel Boudot

Maître de conférences à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

aux porteurs, 1891.

78. Planiol, « L'inutilité d'une révision générale du Code civil », *Livre du centenaire*, rééd. 2004, p.955.

79. voy. Demogue, *Traité des obligations en général*, tome 1^{er}, Sources des obligations, 1923, dont l'intérêt se porte plutôt sur la littérature italienne ayant assimilé les enseignements de la pandectistique.