



HAL
open science

Essais sur la doctrine en droit des biens et des obligations

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. Essais sur la doctrine en droit des biens et des obligations. Droit. Université de Poitiers (France), 2017. tel-04007121

HAL Id: tel-04007121

<https://hal.science/tel-04007121>

Submitted on 1 Mar 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



Université de Poitiers
Faculté de droit et des sciences sociales

HABILITATION À DIRIGER LES RECHERCHES

Michel BOUDOT

Maître de conférences à l'Université de Poitiers

Essais sur la doctrine civiliste
en droit des biens et des obligations

Soutenue publiquement le 13 novembre 2017

Membres du jury

Éric SAVAUX, Professeur à l'Université de Poitiers.

Directeur de l'Équipe de Recherche en Droit privé. Garant scientifique des travaux.

Pascal ANCEL, Professeur à l'Université du Luxembourg.

Pascale DEUMIER, Professeur à l'Université de Lyon III Jean Moulin.

Christophe JAMIN, Professeur des Universités à Sciences PO, directeur de l'École de Droit.

Fabien MARCHADIER, Professeur à l'Université de Poitiers.

Marie-Laure MATHIEU, Professeur émérite à l'Université de Montpellier.

Table des matières

D'un tournant du siècle à l'autre	1
Le tournant du 20 ^e siècle.....	4
Le tournant du 21 ^e siècle.....	15
Fil conducteur.....	18
Première partie : Doctrine et discours	29
Théorie de la doctrine.....	31
Kelsen et la littérature de droit privé.....	49
Pour ou contre l'enseignement du droit par la dialogique <i>Pro et Contra</i>	73
Les programmes scientifiques des revues juridiques.....	95
La sécurité juridique.....	106
Deuxième partie : Doctrine et relations d'appartenance.....	125
La propriété.....	127
Question prioritaire, prédiction et prescription de constitutionnalité en droit civil (à propos du droit de propriété en général et du vieux livre II du code civil en particulier)	127
Les représentations concurrentes de la propriété en droit civil français	141
Les copropriétés.....	159
Le démembrement de la propriété	159
La copropriété par appartements.....	177
La possession	187
La protection possessoire.....	187
Les civilistes français face à l'œuvre de Savigny.....	199
Troisième partie : Doctrine et relations obligatoires	219
La classification des sources des obligations	221
La formation du contrat	249
La théorie des nullités	249
La cause.....	271
L'exécution du contrat.....	289
La relativité du contrat.....	289
La responsabilité contractuelle, d'une controverse à l'autre	309

D'un tournant du siècle à l'autre

Depuis quelques années de nombreux travaux et études ont insisté sur l'importance du tournant du 20^e siècle pour la compréhension de la doctrine contemporaine. Ces études historiques, ou menées par des historiens du droit, ont exploré l'idée d'un renouveau ou d'un renouvellement de la *pensée juridique* en s'attachant à décrire le *qui* et le *pourquoi* de ce renouveau. D'un point de vue historiographique, elles ont écrit ou récrit la biographie des auteurs, principalement professeurs universitaires, leurs convictions politiques et religieuses, leur implication dans les débats qui touchaient l'Université française, leur participation à la vie politique locale ou nationale, aux réformes législatives de la fin du 19^e siècle, mais qu'elles se soient contentées des données piochées dans des nécrologies ou qu'elles aient procédé de recherches plus complètes exploitant des archives privées¹, ces études se sont efforcées de situer les individus dans leur époque pour les traiter simultanément comme acteurs et cause du renouveau doctrinal². Cette écriture s'appuie sur une construction qui personifie la doctrine, et use de métonymies pour la décrire ; l'auteur y est à la fois individu et partie d'un tout ; son savoir est une fraction de l'opinion commune. L'ambiguïté d'une telle vision est précisément qu'elle prend le risque de s'appuyer sur les représentations que les auteurs du tournant du siècle ont édifiées eux-mêmes pour asseoir leur autorité scientifique tout en légitimant politiquement leur discours et leur vision de l'histoire. Raconter l'histoire de la doctrine sous ce jour prend le risque de perpétuer la légende. Une telle approche centrée sur des études biographiques ne me convainc ni pour expliquer les raisons de l'influence du discours des juristes, - à savoir pourquoi étaient réunis *les facteurs socio-économiques politiques ou intellectuels* qui ont permis au débat doctrinal de faire émerger les paradigmes d'un droit social destiné à concurrencer le code civil³ -, ni pour comprendre les

¹ *Lettres de François Gény à Raymond Saleilles (1892-1912), Une trajectoire intellectuelle*, Correspondance établie, présentée et annotée par C. Jamin, F. Audren et S. Bloquet, Lextenso, 2015.

² N. Hakim et F. Melleray, *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009 ; D. Deroussin (dir.), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la IIIe République*. La faculté de droit de Lyon, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2007.

³ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 1996 chap. p.171 « Le renouvellement de la pensée juridique ». n. 136 *Le tournant de la fin du 19^e*, pp.171-206

moyens de cette influence. Ce n'est donc pas dans cette direction que j'ai travaillé depuis 1999 bien qu'il m'ait été nécessaire d'en passer par là pour la présentation biographique de la réédition du cours de Claude Bufnoir, *Propriété et contrat*⁴. Il me semble en effet que cette voie passe trop vite sur une part essentielle. Le *comment*. Comment se sont opérées les mutations décrites ? Comment les concepts du renouveau ont été forgés ? Comment les glissements conceptuels ont été préparés ? Comment ils se sont manifestés ? Je ne veux pas imaginer que l'étude de la psychologie des auteurs soit inutile ou superflue ; le récit même abrégé de la biographie des professeurs universitaires, l'évocation de leur situation confessionnelle ou familiale dans le climat politique de la troisième république sont stimulantes et pas seulement pour alimenter l'anecdote, mais les raisons qui ont animé leurs ambitions politiques sont finalement mineures d'un point de vue diachronique. Sans ironie, il est capital de saisir les convictions personnelles et les conditions philosophiques de celui qui écrit, c'est un prérequis micro-historique, mais il n'y a pas nécessairement de lien de succession entre les idées politiques des inventeurs des théories générales et les idées de ceux qui plus tard les utiliseront à dessein. Je ne veux pas dire non plus que l'étude des conditions *socio-économiques et politiques* n'apporte pas sa pierre à la compréhension du discours des auteurs ; au contraire, de telles présentations sont indispensables pour les situer en tant qu'individus dans les mouvements intellectuels qui déchirent la fin du 19^e siècle, et elles sont nécessaires pour saisir ce qui a émergé du débat doctrinal, mais pour autant, ces études sont des prérequis macro-historiques qui disent peu du contenu du discours lui-même, par là où passent les raisonnements et où se développe la rhétorique du changement. Conditions nécessaires mais non suffisantes. Dans cette perspective, l'ouvrage de Frédéric Audren et Jean Louis-Halpérin *La culture juridique française* (2013) me semble dessiner un programme de travail intéressant, puisqu'en partant de l'idée que le droit est discours, que la doctrine est métadiscours, ils proposent d'avancer dans une direction qui permette à l'analyse des contenus et des pratiques discursifs⁵ de trouver une place aux côtés de la description des contraintes politiques pesant sur l'écriture et l'enseignement du droit. Leur démarche s'attache à rappeler, sur plus de deux siècles, l'extrême variété et les profondes transformations des cultures juridiques qui ont elles-mêmes accompagné les évolutions complexes de l'ordre juridique français. S'il est un tropisme dont il faut se libérer, c'est celui de croire d'emblée à l'existence d'une tradition monolithique et figée donnant naissance à une culture juridique uniforme

⁴ « Claude Bufnoir (1832-1898), avec les textes pour assises mais au-dessus des textes et par-delà les textes », Présentation pour la réédition de *Propriété et contrat*, LGDJ, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2005.

⁵ A.-S. Chambost, *Les blogs juridiques et la dématérialisation de la doctrine*, Actes de la journée d'étude organisée par le Centre de Théorie et Analyse du Droit le 16 juin 2014, LGDJ, 2015.

*et immanente, dont les facultés de droit seraient les dépositaires*⁶. Il se pourrait bien ainsi que l'on parvienne à éviter l'écueil qui réside dans la tentation à s'en tenir aux généralités qui s'annoncent dans les premières pages des traités ou des manuels, et qui témoignent de la manière dont un auteur peut représenter sa propre activité doctrinale, comment il se regarde dans le concert des interprètes, et comment il légitime son propre discours par des références choisies. Toutefois, il ne s'agit pas non plus de rejeter l'étude de ces pages pleines de subjectivité, car elles sont indissociables du discours technique des auteurs, et j'ai eu l'occasion de vérifier l'intérêt qu'il y avait à se pencher sur les déclarations d'intention scientifique en étudiant les programmes des revues juridiques en France⁷ depuis 1804, mais la tentation est grande de s'en tenir à la représentation sommaire que les auteurs livrent d'eux-mêmes. Pour comprendre ce qui a changé au 19^e siècle, pour théoriser les mutations des représentations de la doctrine au 20^e, il faut aller plus loin et observer le déplacement des préoccupations théoriques des auteurs (sujets et arguments des monographies). Pour débiter, les réquisits factuels sont là : d'abord d'un point de vue sociopolitique, des contraintes politiques normalisant l'organisation des études et des facultés de droit, imposent dès l'an XII le commentaire des Codes comme genre littéraire dominant⁸ ; ensuite quant aux convictions philosophiques, le mouvement des idées n'en est pas encore au positivisme, ni même à ses prémices ; ensuite encore, d'un point de vue personnel, les auteurs accèdent à l'écriture juridique s'ils ont un profil politique compatible avec ce que le pouvoir politique attend d'eux⁹, et enfin, la littérature juridique est contrainte par des normes typographiques et des pressions éditoriales. De cela, il résulte que le discours théorique va dans ce premier temps se nicher sous forme de petits *compendiums* naturalistes dans les volumes *premiers* des grands commentaires, ou dans les premières pages des ouvrages spécialisés. *Comment* quelques décennies plus loin, les auteurs français se sont-ils abandonnés au genre des théories générales de la fin du 19^e siècle ?¹⁰ *Comment* le commentaire d'arrêt est-il devenu en France l'exercice doctrinal par excellence ? *Comment* le manuel

⁶ F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique*, CNRS, 2013 ; *adde* J.-L. Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, 2010/2 n° 75, p. 295-313

⁷ *Voy. Chapitre 4. Les programmes scientifiques.*

⁸ Ph. Remy, « L'enseignement du droit en 1806 », *Cahiers poitevins d'Histoire du droit*, 1^{er} cahier, LGDJ, 2007, p. 271-279

⁹ F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique*, CNRS, 2013, chapitre 1 « La faculté de droit et la construction d'une culture juridique d'Etat », pp.15-57

¹⁰ Sur la *théorie générale* érigée en archétype du discours doctrinal à la française à la fin du 19^e siècle, C. Jamin, *Un modèle original, la construction de la pensée juridique française*, BICC, n° 596 du 15/04/2004 ; S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.*, 2009, p. 420.

est-il devenu le genre littéraire prisé de la fin du 20^e siècle¹¹ ? *Comment* l'offre de loi, sorte de discours proto-législatif, témoigne-t-elle de la qualité scientifique de ses auteurs au 21^e siècle ? Toutes ces interrogations méritent leur *qui* ? Et leur *pourquoi* ? Mais on ne les trouvera qu'en répondant aussi au *comment* ? Je veux dire par là que les études sur la sociologie des écrivains juristes¹², les études d'anthropologie sociale¹³ sur la reproduction et les métamorphoses du corps enseignant¹⁴ ne peuvent faire l'économie d'une enquête critique tenant la doctrine comme discours dépersonnalisé, décontextualisé pour identifier l'objet de la transmission, pour séparer l'énoncé de ses conditions, pour éclairer celles-ci à rebours. Traiter la littérature juridique comme des faits à décrire, comme des énonciations à décoder pour chercher les sens du dit, et non pas seulement du voulu-dire, le sens de ce qui a été compris, reçu, assimilé, transmis, offre la perspective d'une heuristique rationnelle, sinon rigoureuse.

Le tournant du 20^e siècle

Les premiers commentateurs se saisirent des Codes promulgués sous l'Empire comme un système, dont il fallait analyser, mesurer et critiquer les applications concrètes par rapport au système lui-même, par une voie essentiellement déductive et critique de la déduction, les successeurs, dès les années 1850-1860, vont utiliser la critique de la solution pour invalider la règle et promouvoir la réforme. La méthode d'analyse basculera en un demi-siècle de pratiques déductives (*qualifiées plus tard de formalistes*¹⁵) à une logique expérimentale

¹¹ A. S. Chambost (dir.), *Histoire des manuels de droit*, LGDJ, Collection – Contextes, 2014.

¹² M. Millet, « Les professeurs de droit citoyens : entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995) », th. 2000 ; F. Soubiran-Paillet, « Engagement des professeurs de droit dans l'élaboration d'une législation sociale et industrielle sous la Troisième république : quelques jalons (1890-1930), in *La République et son droit (1870-1930)*, PU de Franche-Comté (*Annales Littéraires de l'Université de Franche-Comté*, vol. 885 – *Série Historiques*, n°35), 2011, pp.185-199.

¹³ A. Supiot, *Homo juridicus*, Seuil 2005 ; L. Assier-Andrieu, *L'autorité du passé*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2011.

¹⁴ D. Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy : A Polemic Against the System* [trad. franç. L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies, Lux éditeur, 2010] ; P. Bourdieu, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, p. 5-19.

¹⁵ C. M. Herrera, « Anti-formalisme et politique dans la doctrine juridique sous la IIIe République », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle* 1/ 2011 (n° 29), p. 145-165 ; *adde*, du même auteur (dir.), *Les juristes face au politique: le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, Paris, Ed. Kimé, 2003.

(qualifiée d'inductiviste par ceux-là même qui l'utilisent)¹⁶. Il faut éviter à tout prix de grossir le trait car le tournant du 20^e siècle est l'une des époques les plus savantes de notre histoire doctrinale : mais c'est avant tout une période de mutations des pratiques d'écritures et des objets intellectuels où, tout doucement, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sont investis d'un pouvoir général capable de réformer *le système* du Code civil, avec pour conséquence de faire émerger un système concurrent de grands arrêts dans toutes les branches du droit. *Comment ?* Par l'invention de styles politiquement neutralisés, construits sur le modèle des discours de science¹⁷, tournés vers la découverte d'un « irréductible droit naturel » ou la construction d'une science du droit¹⁸.

Pour la perspective jusnaturaliste qui se rénove¹⁹, comme pour le positivisme sociologique qui émerge²⁰, le droit peut être connu par l'interprétation combinée des règles et des faits sociaux : ce qui est droit est l'objet d'une connaissance scientifique. Ces grands mouvements doctrinaux éclectiques vont puiser dans les courants de la méthode historique, y ajoutant des métaphores organicistes, pour dégager une méthode scientifique capable de décrire le *droit vivant*, et consistant dans l'étude des institutions et de leurs transformations successives pour mettre au jour leur signification sociale et « les permanences historiques résultant des

¹⁶ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2014, n.127 « Ce renouveau méthodologique comprend au moins trois caractéristiques. En premier lieu, dans sa perspective de rupture avec le formalisme logique, il ouvre l'étude du droit aux sciences sociales. En deuxième lieu, désireux de saisir la « réalité du droit », sous l'influence de l'École de la libre recherche scientifique emmenée par François Gény, il prend pour *corpus* d'étude non plus les textes législatifs mais l'activité juridictionnelle, par ailleurs en plein essor. Pour ce faire, en troisième lieu, il oppose à la déduction opérée à partir des textes législatifs ou de principes posés *a priori*, une démarche inductive ».

¹⁷ Mais la prétention à la constitution du droit comme science morale sur le modèle des sciences physiques n'est pas non plus une nouveauté ; voy. J. Oudot, *Conscience et science du devoir, introduction à une explication nouvelle du Code Napoléon*, 1855.

¹⁸ Sur les usages de la « science du droit », P. Brunet, « Questions sur ce que pourrait décrire une science du droit », *Analisi e diritto*, 2014, pp.273-279 ; O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit: modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, 2003, n° 128, pp. 129-144.

¹⁹ F. Gény, *Méthode et sources en droit privé positif*, 1899 – *Science et technique en droit privé*, tome 2, *Elaboration scientifique du droit positif (Irréductible droit naturel)*, 1915 ; tome 4, *Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (La conflit du droit naturel et du droit positif)*, 1924 ; B. Frydmann, « Le projet scientifique de François Gény », in C. Thomasset, J. Vanderlinden, Ph. Jestaz, *François Gény, mythe et réalités*, Y. Blais, 2000, pp.213-249.

²⁰ L. Duguit, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Rev. internationale de l'enseignement*, 1889 (tiré à part consultable sur gallica.bnf.fr).

conceptions primitives de tous les peuples²¹ ». « Observer et constater des faits : essayer ensuite de déterminer des lois, c'est-à-dire les rapports fixes qui unissent ces faits dans leur ordre de succession et dans leur coexistence ; tenter enfin de prévoir, à l'aide de ces lois, les faits de l'avenir ; telle doit être la méthode²² ». De concert, le recours à l'histoire, à la sociologie, à la linguistique, à l'épistémologie, justifie la détermination de l'objet de la nouvelle science du droit dont la matière observable est désormais l'application des règles.

Comprendre le droit suppose ne rien négliger du travail de ceux qui l'appliquent comme de ceux qui le créent et, pour ce faire, aucune idée ne doit être rejetée tant qu'elle n'est pas éprouvée. L'abandon du genre littéraire du commentaire de Code n'est pas une simple conséquence de la rénovation, c'en est un des moyens prônés par les rénovateurs de l'enseignement et les fondateurs de nouvelles revues savantes²³. Le commentaire de décisions juridictionnelles devient un lieu de commentaire d'expérience²⁴, et les théories générales, des discours de rationalisation à partir de ces expériences permettant de dégager des vérités scientifiques, s'exprimant sous forme de solutions générales dans les matières techniques et sous forme de principes universels en droit constitutionnel.

En contrepoint, la perspective normativiste qui se dessinera plus tard avec Carré de Malberg²⁵ et Kelsen, concevra le droit à partir d'un postulat de non –

²¹ R. Saleilles, « Droit civil et droit comparé », *Rev. internationale de l'enseignement* 1911, p.5, spéc. pp.26-27.

²² L. Duguit, *op. cit.*

²³ Entre autres, Ch. Demangeat, Introduction, *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)*, tome 1, 1874, pp. 7-16 ; E. Thaller, « Notre programme », *Annales de droit commercial*, 1887, pp.1-4 ; F. Larnaude, « Notre programme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1894, n.1, pp.1-14 ; A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n.1, pp. 5-19.

²⁴ Dès la fin des années 1850 avec les premières notes d'arrêts de Labbé, et l'importance accordée aux citations de jurisprudence dans les traités nouveaux ou continués. Une étude statistique serait intéressante pour comparer les éditions successives, A. Demante, *Cours analytique de Code civil*, (1849) continué par Colmet de Santerre (1858) qui sont pauvres en arrêts cités ; et V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd. 1852, qui ne néglige déjà pas la pratique : sa continuation par Paul Pont sera abondamment nourrie de références à la jurisprudence. Egalement les très volumineux traités de Demolombe dès 1845, continués par Guillouard, et celui de F. Laurent, montrent que le système d'interprétation des Codes change là où la part des arrêts augmente.

²⁵ R. Carré de Malberg, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p. 192 ; sur la réception du normativisme dans la littérature constitutionnaliste, O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 31, 1997, p. 481-509

cognitivismes éthiques, signifiant qu'on peut savoir si une règle est juridiquement valide mais on ne peut savoir si elle est juridiquement bonne, morale ou juste : ce qui est droit ne se rapporte pas au contenu des énoncés qui est politique, mais à la validité des règles au sein du système. La diffusion des idées normativistes fut postérieure à la tentative de rénovation naturaliste dont elles constituent la critique, il s'agissait de dénoncer les discours pseudo-scientifiques qui consistent « essentiellement en développements plus ou moins camouflés de politique juridique » et d'élaborer une théorie « exempte de toute idéologie politique », capable de « mieux connaître la nature du droit et sa structure, indépendamment de son contenu, avec le souci de tendre dans toute la mesure du possible vers l'idéal de toute science, soit l'objectivité et l'exactitude²⁶ ». Kelsen publie sa théorie pure du droit en 1934, en même temps, le monde entier salue l'œuvre de François Gény²⁷.

Les rénovateurs

Rénovation, renouveau, renouvellement ne sont pas des termes qui qualifient *a posteriori* la période considérée ; ils sont issus des discours programmatiques composés par ceux qui prescrivaient une *rénovation*²⁸. Qu'est-ce qui est à rénover à la fin du 19^e siècle ? Comment s'opère cette rénovation ? Qu'est-ce qui en fin de compte aura été rénové ? Des réponses à la première question se trouvent dans les œuvres programmatiques et les projets de rénovation : pour la rénovation de l'Université et des études de droit, pour la rénovation des revues savantes, pour la rénovation du droit naturel, pour la rénovation du système du Code civil. Cette rénovation ordonne la refonte du droit des rapports d'obligation dans toutes ses dimensions, aussi bien en repensant la relation entre individu et Etat, que les rapports interpersonnels... Des réponses à la deuxième question se trouvent dans le discours technique car la prescription programmatique de faire du *droit vivant* au moyen de l'analyse systématique des arrêts se réalisera par des discours de commentaire technicisés, lesquels seront synthétisés sous forme de théories générales, assimilées par des traités²⁹ ou résumées par des manuels³⁰. Les

²⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préface de la première édition [1934], trad. 1953 Thévenaz, rééd. 1988.

²⁷ *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 3 volumes, Sirey, 1934

²⁸ F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, tome 2, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, Sirey, 1915.

²⁹ Par exemple, R. Demogue, *Traité des obligations en général*, 7 vol., 1923-1933.

³⁰ Par exemple, L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3 vol. 3^e éd., 1937-1939.

réponses à la troisième question se trouvent dans l'historiographie qui a suivi la charnière des siècles et dans l'examen des genres littéraires³¹, mais surtout dans la littérature que l'on dénomme désormais *technique* dont le style technologique ou technicisé a précisément été l'une des principales innovations.

1^{ère} vue

Au tournant du 20^e siècle, la doctrine française se représente comme rénovatrice, et plus encore comme refondatrice du rôle qu'elle s'attribue³². Les nouveaux auteurs appuient leurs intentions rénovatrices sur une approche méthodologique détachée de la seule autorité du texte. Les anciens commentateurs avaient rendu un culte à la loi, *Eux* retourneront aux « sources » pour rendre au droit son véritable sens. Les prédécesseurs avaient altéré la compréhension du système du Code civil par leurs commentaires stériles, *Eux* s'efforceront d'en montrer les constantes du droit, et dégageront *la synthèse de ses éléments inaltérables*³³. Ce nouvel esprit juridique souffle depuis les années 1880. Le travail du juriste ne peut plus se limiter à une exégèse controversiste dont l'intérêt se limiterait à un prétoire imaginaire ; il ne peut non plus se satisfaire des études purement spéculatives et chicanières. Il s'agit de donner à un « *droit vivant* » les moyens de conjuguer les besoins de la pratique et la permanence des textes du Code civil centenaire en libérant l'interprète de la volonté du législateur³⁴. Ce programme prescrit de donner à la science du droit les moyens de se développer hors des frontières que le siècle écoulé avait tracées pour elle ; il s'agit de la libérer des contraintes politiques et des idées conservatrices qui l'empêchent de profiter des évolutions de la connaissance philosophique et en particulier des progrès de la philosophie des sciences. Invitant le juriste à s'initier à la linguistique de Saussure, à l'intuitionnisme de Bergson ou à la l'épistémologie de

³¹ J. Poumarède (éd.), *Histoire d'histoire du droit*, actes des journées internationales de la société d'histoire du droit, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Études d'histoire du droit et des idées politiques », n° 10, 2006 ; A. Chatriot, « Les juristes et la III^e République. Note critique », *Cahiers Jaurès*, 2012/2 N° 204, p. 83-125.

³² C. Jamin, « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in *L'architecture du droit*. Mélanges en l'honneur de Michel Troper, 2006, pp. 501-517 ; C. Atias, "Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930)", *RRJ* 1981-2, p.196 : "La méthode de François Gény rend, à l'interprète, sa liberté par rapport à la loi absente, silencieuse ou inutilisable. La libre recherche peut s'exercer hors des textes mais elle ne peut pas s'exercer dans n'importe quelle direction".

³³ E. Roguin, *La science juridique pure*, tome 1, Paris, LGDJ, 1923, préface, p.IX-XII ; faisant suite à *Étude de science juridique pure*, 1889.

³⁴ R. Saleilles, préface de Gény, *Méthode d'interprétation et sources*, p.XVII.

Poincaré et de Duhem, à utiliser l'économie et l'ethnologie, Gény s'emploie à démontrer l'importance d'une réflexion tous azimuts ; il ne déloge pas pour autant la loi de son premier rôle mais la traite comme un fait social. « En admettant comme une nécessité de fait, cette permanence du matériel légal, ne concevrait-on pas bien tout de même, que l'interprétation proprement dite, qui applique la loi au jour le jour, suivant les besoins d'une civilisation changeante, et au milieu d'un état social sans cesse en mouvement, dût s'inspirer des nécessités et des préoccupations du moment, plutôt que de tenir les yeux invariablement fixés sur les circonstances et les considérations, qui entouraient la naissance de la loi ?³⁵ ». Mais la prescription méthodologique est en arrière-fond : un juge guidé par les principes de la nouvelle méthodologie serait, lui, capable de fournir à ses innovations prétoriennes les caractères de stabilité et de sécurité que la règle requiert³⁶. Le rôle de la loi n'est pas nié mais il est redéterminé par rapport à l'activité *jurislativ*e des Hautes juridictions, et en fonction de l'autorité scientifique de la doctrine³⁷.

La doctrine, elle, est conçue par sa diversité comme un agent de l'adaptation des solutions à l'évolution des mœurs mais aussi comme un agent de contrôle de cette adaptation. Juge et doctrine sont guidés par des impératifs supérieurs relevant tout à la fois de l'essence du droit et de sa finalité. Les interprètes sont clairement dépendants des éléments du débat doctrinal, ils ne sont pas des créateurs, mais les législateurs ne sont plus maîtres des mutations de la norme. "Si le Législateur laisse subsister la loi sans la modifier alors qu'un autre esprit anime l'époque nouvelle, c'est apparemment qu'il permet à l'interprète de se prononcer suivant l'esprit nouveau³⁸". Et lorsque la loi est incomplète et indéterminée, "il existe en dehors d'elle une atmosphère qui la nourrit et l'éclaire. La loi positive ne constitue qu'une faible partie d'une science juridique dont les règles s'imposent à tous avec une force obligatoire³⁹". Par-delà la loi, la positivité du droit est un concept qui comprend également les lois de mutation de l'ordre juridique, lois qui permettent de prévoir l'évolution de l'ordre juridique positif vivant et les solutions prétoriennes. Pour contrôler les solutions, il faut aborder la jurisprudence par un examen systématique pour en saisir la mesure la plus complète. "Si, donc, la

³⁵ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2ème éd., 1919, p.240 et sq.

³⁶ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2ème éd., 1919, précité, p.270.

³⁷ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, tome IV, précité, p.34 et sq.

³⁸ M. Mallieux, *L'exégèse des codes*, 1908, p.140

³⁹ *Ibid.*, p.44.

doctrine reste en arrière des arrêts, si elle s'ankylose en des conceptions rigides et incapables de s'accommoder aux faits, il s'ensuivra nécessairement que la jurisprudence, détournée par les exigences des affaires, de suivre une direction rétrograde, restera livrée aux oscillations de l'empirisme, ou s'arrêtera dans sa marche en avant (...). Non contente de relever et d'apprécier les décisions judiciaires, elle doit les devancer, les susciter, les diriger dans la voie du progrès⁴⁰.

2^e vue

Présenté de cette manière le projet de rénovation peut passer pour un formidable programme de refonte généralisée de la connaissance juridique soutenu par une idéologie progressiste dynamique. Car pour les rénovateurs, comprendre le *droit vivant* exige de tenir pour objet d'étude les pratiques d'application lesquelles sont érigées en matrice de vérification des propositions de synthèse. Les propositions théoriques sont vraies si et seulement si elles sont appliquées. Comprendre le droit suppose ainsi une réflexion sur l'élaboration et les modes de genèse des normes, sur les techniques d'application des règles et sur l'analyse des buts recherchés par ce (ou ceux) que l'on nomme « source ». Mais la tâche qu'entend accomplir la doctrine ne s'arrête pas là car « la loi ramène à elle les créations d'essence doctrinale ou coutumières [*entendons également jurisprudentielles*] celles-ci influent sur le droit écrit, en modifiant peu à peu l'interprétation primitive des formules légales, en les fécondant d'une vie réflexe, qui crée entre elles une harmonie nouvelle⁴¹ ». La *lutte pour la jurisprudence* qu'annonce A. Esmein en ouverture de la *Revue trimestrielle de droit civil* ne consiste pas en la seule invitation à tenir pour acquis un certain nombre de décisions et de grands arrêts, elle programme aussi et surtout le rôle politique de la doctrine du 20^e siècle : contrôler et peser sur l'élaboration des normes jurisprudentielles⁴².

⁴⁰ F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2^eme éd, 1919, précité, p.237.

⁴¹ R. Saleilles, préface de GénY, *Méthode d'interprétation et sources*, p.XX.

⁴² A. Esmein, "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.* 1902, p.5 ; G. Jèze, "De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence : Le rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux", *RDP* 1914, p.311.

3^e vue

Il est important d'évincer de la réflexion les étiquettes et catégories projetées sur cette période par ceux qui ont instruit le procès⁴³ et condamné les commentateurs du 19^e siècle. Pas plus qu'il n'y a eu d'école de l'exégèse, il n'y a eu d'unité de la libre recherche scientifique, car parmi les tenants de la rénovation, en dépit de l'œuvre-étendard de Gény, il y a trop de divergences et de singularités sur des points essentiels pour présenter ces auteurs unis sous la bannière d'une école homogène⁴⁴. Si l'on peut déceler une certaine harmonie du style doctrinal pendant la première moitié du 20^e siècle, c'est surtout parce que celui-ci emprunte la pente technologique, et technicise son contenu. Mais en caricaturant, l'accord fondamental pourrait se résumer au fond à un slogan revendicatif de changement au nom de la science ; sans caricaturer, c'est l'enquête sur les fruits de cette période qui permettra d'éclairer la force des intentions.

D'un point de vue historiographique, les premiers récits de la *rénovation* méthodologique sont contemporains de l'entreprise : Bonnecase et Gaudemet ont construit et promu la radicalité d'une opposition entre la doctrine du tournant du siècle dont la recherche se dit *libre*, et l'*Ecole* de l'exégèse, formaliste, métaphysique, scholastique, qui avait eu *le programme de river l'interprétation à l'immobilité du texte*⁴⁵.

Par la suite, la mise en récit de cette période dans les manuels de droit privé, de droit public, d'histoire du droit ou de méthodologie juridique reproduit largement cette opposition à travers l'idée que l'Ecole de la libre recherche scientifique avait affranchi la doctrine d'un impérialisme légicentriste faisant de la référence à la jurisprudence des arrêts le critérium de vérité. Des travaux récents d'histoire, de philosophie ou de théorie du droit réinterprètent le 'moment doctrinal innovant' du tournant du siècle en cherchant à comprendre *comment* on a écrit cette histoire-là. Cette veine épistémologique cherche dans les discours à identifier les processus de mutation de concepts juridiques à travers la variation de leurs usages linguistiques⁴⁶. Le très remarquable ouvrage de Véronique Champeil-Desplats

⁴³ N. Hakim, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIXe siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits* 2008, p.45.

⁴⁴ Même Saleilles n'est pas réductible à une école, M. Xifaras, « La *Veritas Iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits* 2008, 77-148.

⁴⁵ H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome 1er, Introduction, théorie générale des droits et des lois, Bruxelles, Bruylant, 1933, p.17.

⁴⁶ On peut s'inspirer de G. G. Granger, « L'histoire comme analyse des œuvres et comme analyse des situations », 1961, in *Formes, opérations, objets*, Vrin, 1994.

Méthodologies du droit et des sciences du droit offre de ce point de vue une éclairante mise en perspective en montrant comment les portes parole de la *Libre recherche* ont entendu transformer la méthodologie juridique⁴⁷ et ce qui en est résulté, ce que dans ma thèse de doctorat, j'avais appelé *le dogme de la solution unique*⁴⁸. De la méthode expérimentale de Gény au culte du précédent de Georges Ripert⁴⁹ : « Le magistère scientifique a dévié très vite vers un magistère moral. Celui-ci repose, de façon là encore implicite, sur l'idée que l'interprétation relèverait d'une science cognitive : elle serait en soi un acte de connaissance, avec ce corollaire que, face à un texte précis, il existerait forcément une interprétation exacte parmi toutes les autres reconnues pour fausses⁵⁰ ».

Une transition

Le tournant du 20^e siècle se laisse raconter comme une période de transition vers l'innovation⁵¹ mais les programmes de rénovation ne sont pas eux-mêmes une nouveauté. Le siècle de l'exégèse du Code civil présenté comme formaliste et stérile en est constellé aussi bien pour la rénovation des sources du droit que pour celle des méthodes ; l'emploi récurrent de la métaphore de « l'école » a occulté les tensions politiques et théoriques qui avaient opposés les juristes durant les différents temps du 19^e siècle. La littérature juridique que l'on dit rivée au Code civil, revêt en réalité plusieurs genres qui expriment la diversité des situations académico-géographiques⁵² et politiques des auteurs. Si les uns ont vite fait de

⁴⁷ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2014, n.127.

⁴⁸ M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, Thèse Aix-en-Provence, 1999 : disponible sur <https://univ-poitiers.academia.edu/MichelBoudot>

⁴⁹ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n.128. Avec l'école de la libre recherche scientifique, le caractère expérimental de la science du droit s'impose comme l'une des convictions les plus partagées par tous ceux qui à partir de la fin du 19^e siècle entendent ériger le savoir juridique en science. Observations, expérimentation, formulation d'hypothèses ou de principes par raisonnement inductifs, puis vérification : la méthode expérimentale devient le modèle à suivre pour conférer au savoir juridique tous les gages de scientificité. En prenant l'activité juridictionnelle pour corpus central de l'objet de leur recherche, ils entendent de la même façon que les physiciens ont pu établir que des lois se répètent et se vérifient, formuler des théories générales que les arrêts futurs auront pour fonction de confirmer ou d'infirmer.

⁵⁰ Ph. Jestaz et Chr. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p.158.

⁵¹ A l'instar de Bonnet, J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 25^e éd., 1997, précité, [152], p.268-269.

⁵² Sur l'idée d'une partition Faculté de Paris / Facultés de Province, F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique*, CNRS, 2013 ; pour la fin du 19^e siècle, G. Sacriste, *Le droit de la*

paraphraser le Code civil, d'autres réinventent la dispute savante. Si les uns écrivent de brefs ouvrages académiques tirés de leurs leçons arides, d'autres adoptent la forme longue exégétique, philologique, mais aussi souvent à la première personne, romantique, polémique, philosophique. D'un point de vue strictement littéraire, sans égard pour les contenus, il est déjà très instructif de constater la richesse des genres et des styles, puis de comparer cette diversité avec celle du temps présent. L'histoire politique du 19^e siècle, comme l'histoire académique et littéraire, font apparaître des tensions et des divergences profondes, où les programmes de rénovation sont des discours destinés à combattre les conservatismes qu'ils dénoncent.

Les juristes du 19^e siècle se figuraient volontiers sentinelles de la loi⁵³, mais il est difficile de concilier cette posture avec la réalité d'une opposition au pouvoir politique du début du Premier Empire à la fin du Second. La sentinelle n'a pas encore l'arme du droit constitutionnel : pour dire à un pouvoir autoritaire que sa loi est mal faite, il y avait le droit romain servant de guide « des solutions infaillibles » qui nourrissait un discours jusnaturaliste ; ces *éléments de droit naturel* qui exprimaient des principes moraux 'permanents'⁵⁴ sont peu à peu remplacés par des permanences 'scientifiques' lesquelles se vérifient dans l'organisation sociale positive, c'est-à-dire le droit constitutionnel et comparé. Au tournant du 20^e siècle, pour consolider le républicanisme, les rénovateurs du *droit constitutionnel*⁵⁵ s'institueront experts en constitution, en ce sens que leur discours sur le système politique se drapera des habits de la science alors qu'il était essentiellement prescriptif⁵⁶ ; la réaction contre cette posture pseudo-scientifique viendra de l'épistémologie kelsénienne pas toujours bien comprise⁵⁷.

République. Légitimation(s) de l'Etat et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début de la Troisième République, Presses de Sciences-Po, 2011.

⁵³ C. Toullier, *Droit civil français*, préface du tome 7, 1816, pp.vj-ix

⁵⁴ M. A. Fritot, *Cours de droit naturel, public, politique et constitutionnel*, 1827.

⁵⁵ A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, Larose, 1896 ; R. Saleilles, *Le droit constitutionnel de la Troisième République*, Avant-propos de N. Foulquier et G. Sacriste, 2010 ; v ; O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, 1994, pp.382-383.

⁵⁶ G. Sacriste, « Droit, histoire et politique en 1900 ; sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel », *RHSS* 2001, pp.69-94 ; « Le droit constitutionnel de la République naissante : collusions entre sphères politique et doctrine au nom du nouveau régime ? », in *La République et son droit, 1870-1930*, pp.383-408.

⁵⁷ Voy. Chapitre 2. Kelsen et la littérature de droit privé.

Par ailleurs, la rénovation des études romanistes promue par Savigny fera écho chez les juristes français pendant tout le 19^e siècle⁵⁸, et les historiens du droit chercheront, à travers la méthode historique, une reconnaissance et la consécration de l'enseignement de l'histoire du droit comme discipline dans les facultés⁵⁹; mais alors que cette reconnaissance commence à poindre dans les années 1850 pour être promue et adoptée au tournant du siècle par la *libre recherche*, le droit romain sera regardé par les publicistes qui tentent d'imposer l'enseignement du droit administratif comme un ressort conservateur de la domination civiliste, et/ou d'un point de vue politique, comme un moyen d'éviter les questionnements du droit constitutionnel⁶⁰.

En l'an XII, le droit civil et son Code n'exprime pas une partie du droit mais sa totalité. Il est le droit des citoyens y compris dans ses rapports avec l'administration. Les premiers commentaires du Code civil sont donc conçus comme l'explication d'un tout; mais cela ne veut pas dire que les commentateurs se désintéressent des matières du droit public, il y a peu de lois en dehors du Code, mais il y en a de plus en plus⁶¹. L'invention du droit administratif en tant que matière détachée de l'orbite du droit civil a nécessité la promotion de l'opposition droit privé / droit public, ce qui a pris du temps⁶², et au tournant du 20^e siècle,

⁵⁸ R. Zimmermann, « L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne, *Revue internationale de droit économique*, 2013/1 (t. XXVII), pp.95-127; Savigny avait-il une méthode? voy. J. Rückert, « Savigny et la méthode juridique », in *L'esprit de l'Ecole historique du droit, Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, 7/2004, pp.75-95; O. Jouanjan, « Un tournant philologique dans la science du droit, Histoire et métaphysique chez Savigny », in *Mélanges G. Timsit, Bruylant*, 2004.

⁵⁹ J.-L. Halpérin, *L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire? Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2000, 4, 9-32.

⁶⁰ F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique*, CNRS, 2013, p.50-51.

⁶¹ J.-B. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, 1824; *Traité du domaine public*, 1833.

⁶² A. Chauveau et A. Batbie, *Journal du droit administratif*, mis à la portée de tout le monde, 1853, n°1, p.5-13: « Il est inutile de dire que notre recueil ne sera pas goûté par les juristes, qui n'ont de culte que pour les dispositions du droit civil. Nous savons qu'ils sont décidés à mourir en niant l'existence du droit administratif (p.7) ... Pourquoi serait-il plus intéressant ou plus utile d'étudier les dispositions relatives au compte des tuteurs que les obligations des comptables publics? Pourquoi vaut-il mieux connaître les mesures de protection créées au profit des mineurs et des interdits que les mesures administratives prises en faveur des pauvres et des malades? ... Comment ceux qui étudient les servitudes imposées par la loi au profit d'un voisin, dédaignent-ils de connaître ses nombreuses servitudes établies en vue d'un intérêt général pour empêcher que la salubrité publique ne soit altérée, que la facilité des passages sur la voie publique ne soit diminuée, que l'aspect des villes ne soit déformé par des constructions élevées sans règle? ... Sans doute, le droit administratif a besoin de coordination. Mais parce que la science est naissante, y a-t-il raison pour le nier? Si on ne se sent ni assez de forces ni assez de patience, pour aspirer à l'honneur de la mettre en ordre est-ce un motif pour décourager ceux qui osent davantage? »

l'analyse systématique de la jurisprudence du Conseil d'Etat, programmée pour l'étude du *droit vivant*, installera une segmentation du droit en branches dont les sources sont devenues juridictionnelles.

La littérature civiliste du 19^e, en même temps qu'elle se nourrissait de la rénovation des études romanistes, détricotait le réseau de références au Digeste tel qu'interprété par les premiers commentateurs formés sous l'ancien régime, introduisait en notes de bas de page des citations d'arrêt de la Cour de cassation, discutait les relations entre jurisprudence et autorité doctrinale, et fondait, par réaction à l'exercice imposé du commentaire de Code, des revues critiques pour en alimenter les discussions. Au tournant du 20^e, les rénovateurs abandonnent le commentaire article par article en même temps que la référence à la figure tutélaire de Pothier, promeuvent des analyses synthétiques de la jurisprudence des arrêts nommées 'théories générales', lesquelles décrivent des objets de plus en plus restreints et de moins en moins généraux pour une connaissance plus profonde, plus spécialisée, parcellisée, atomisée.

Contre les exercices imposés par le pouvoir politique et facultaire, la littérature juridique a fait naître le droit international privé, renouvait les études de législations étrangères et produit la protohistoire du droit comparé. Au tournant du 20^e siècle, les programmes d'études pour un droit commun législatif⁶³ plaident pour que les progrès de la science juridique s'accomplissent par l'harmonisation des législations, mais dans le contexte historique de l'époque, cette intention universaliste s'assoit politiquement sur un triple postulat: le progrès des sciences morales accompagne le progrès des sciences cognitives ; l'harmonisation, voire l'unification, aura lieu par la découverte d'un droit universel vers lequel nous conduit le comparatisme ; ce progrès se fera sur le modèle des puissances civilisatrices, *i.e.* coloniales et commerciales. Il en ressortira un fort repli nationaliste de la doctrine française après la première guerre mondiale.

Le tournant du 21^e siècle

Il y aura bien quelque chose après le tournant du 21^e siècle, un temps depuis lequel les historiens futurs rétro-diront — *i.e.* interpréteront l'histoire des faits sociaux et de la pensée — si tant est que l'histoire existe encore. Mais par définition, telle que nous concevons l'histoire aujourd'hui, si l'on peut tenter de faire de la prospective politique et juridique, on ne peut guère faire de la prospective historique. Il est donc difficile de décrire le tournant du 21^e siècle tant

⁶³ E. Lambert, « Une réforme nécessaire des études de droit civil », *Revue internationale de l'enseignement* 40 (1900), 216-243 ; *La fonction du droit civil comparé*, Tome I^{er}, *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903.

que le virage dure. Pendant tout le 20^e siècle, « les juristes ont compris que leur mission consistait à étudier, à critiquer ce droit en formation, à le dégager de la masse des décisions où il se trouve enfoui comme le minerai dans le sol, à le mettre au jour, à le dépouiller de ses scories, en un mot à le systématiser. C'est à eux, en effet, qu'incombe cette mission de découverte, de direction et de redressement⁶⁴ ». Cette mission a accouché d'une méthode, ou de ce qui se présentait comme tel. Le commentaire d'arrêt. L'exercice est un préalable à la synthèse qu'on lira dans les traités et manuels, puisque le droit vivant, à savoir son application juridictionnelle, y est analysé pour être synthétisé. Qu'en retient-on ? L'esprit de synthèse poussé trop loin est devenu résumé et slogan.

A la charnière du 21^e siècle, la littérature civiliste française a trouvé un nouveau souffle grâce à un regain d'intérêt pour les offres de lois. La réflexion doctrinale pour la constitution d'un *ius commune* européen d'abord⁶⁵, pour la reconstitution d'un droit commun français ensuite, beaucoup sur le droit commun des obligations et des contrats⁶⁶, beaucoup moins sur le droit des biens⁶⁷, a revêtu la forme littéraire de l'avant-projet comme si les compilations de jurisprudence ne parvenaient plus à fournir une vue synthétique de l'évolution des épicycles du système juridique. Les interprètes du droit positif des obligations et des biens, qui se donnaient la peine de la réflexion prospective, se sont trouvés soumis en quelque sorte à la pression de ces avant-projets de réforme du droit commun. Les obligations et la propriété ont été mises en examen.

Deux projets doctrinaux français ont offert des pistes différentes à la réforme des Titres III et IV du livre III du Code civil dont la part dédiée au contrat et au régime de l'obligation a eu lieu par voie d'ordonnance le 10 février 2016. L'ambition affichée du Groupe Catala était de parvenir à un *aggiornamento* du droit prétorien, sous réserve de quelques propositions de revirement ou de tempérament, en revanche, ce qui portait le projet Terré, était une ambition dogmatique et politique différente ; il ne s'agissait pas seulement de mettre à jour le droit législatif en lui greffant les innovations prétoriennes du 20^e siècle français, mais au contraire de dessiner une perspective compatible avec les autres droits

⁶⁴ H. Capitant, préface pour *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Sirey, 1934.

⁶⁵ V. Rivollier, *La doctrine et la (re)construction d'un droit privé européen*, LGDJ, 2016.

⁶⁶ P. Catala et alii, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, La documentation française, 2005 ; F. Terré et alii, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz 2010 ; *Pour une réforme du régime général de l'obligation*, Dalloz, 2013.

⁶⁷ H. Périnet-Marquet et alii, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, Ass. Henri Capitant, 2008 et 2009.

nationaux européens, lesquels depuis la fin du 19^e siècle se sont écartés du modèle français pour se tourner d'abord vers la pandectistique et la romanistique allemande, puis vers la doctrine et la pragmatique anglo-américaine.

Nous ne sommes à ce jour (25 juin 2017) qu'à mi-chemin de la réforme du droit des obligations puisque le projet de réforme du titre consacré à la responsabilité civile vient d'être diffusé le 13 mars 2017 après avoir été soumis à la consultation publique et qu'il appartiendra au parlement d'en débattre du contenu. Mais une chose est déjà observable. La littérature juridique a redécouvert le genre presque oublié du commentaire article par article. Sans jurisprudence à synthétiser, sans solution toute prête à prophétiser, la doctrine s'essaye à l'exégèse⁶⁸.

De son côté, le projet de réforme du droit des biens s'inscrit dans une perspective traditionnelle et désormais vieillissante où le droit de propriété demeure par son caractère absolu, l'expression d'une philosophie individualiste pour laquelle le propriétaire n'est par principe soumis à aucune obligation. Les articles 534 et 535 du Projet de réforme du livre II prévoient ainsi que « La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits (al. 1er). Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent (al 2) ». « Nul ne peut exercer son droit de propriété dans l'intention de nuire à autrui ». Mais nous sommes loin d'un droit de propriété destiné à une finalité économique et sociale, ou à la préservation des équilibres écologiques. Si pourtant cette destination existe en matière économique ou environnementale, ce ne sera que par le truchement de lois spéciales dérogatoires destinant la propriété à un certain mode d'exploitation, et qui donne à ces lois la couleur d'un système de privation des prérogatives du propriétaire, et non celle d'un exercice normal du droit. Le choix de destiner ou non la propriété de droit commun est bien un choix symbolique capital, un choix politique que se sont refusés à faire les membres de la commission Périnet-Marquet & Bergel.

Hormis sur son point innovant, « Le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un ou plusieurs droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un ou de plusieurs de ses biens (Pr. Art. 608 al. 1^{er}) ». Le sentiment domine que la réforme proposée maintient le droit commun des biens dans une sorte de corset, serré depuis deux siècles par la pratique de l'immeuble. Le choix politique a été fait de ne pas poser les principes généraux du droit des propriétés immatérielles en renvoyant pour l'essentiel au Code de la propriété

⁶⁸ G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016 ; O. Deshayes, T. Génicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016.

intellectuelle ou aux règles spéciales relatives aux fonds de commerce et aux autres dispositions spéciales : mais en laissant éparpillés les régimes des biens incorporels, le projet prive le code des catégories matricielles qui permettraient d'en appréhender la généralité.

On pourrait se rendre compte assez vite que la charrue ne fonctionne pas sans les bœufs ; au 21^e siècle, peut-on encore bâtir la réforme du droit civil des obligations avant celle de la propriété en général ? Avant celle des meubles incorporels ? Avant celle des biens communs ? La réponse à ces questions est-elle scientifique ou politique ? Que peut nous apprendre la doctrine du 21^e siècle ?

Fil conducteur

Doctrine - *Les 5 premiers chapitres* de ce recueil dévoilent et développent sur le plan théorique et méthodologique la conception de la doctrine sur laquelle mes recherches se fondent. Ces 5 textes répondent à 5 questions essentielles : 1) De quels caractères le discours doctrinal est-il doté ? 2) Quelles théories de la doctrine, la littérature juridique véhicule-t-elle ? 3) Quels programmes scientifiques, la doctrine se propose-t-elle de mettre en œuvre ? 4) Quelles méthodes d'enseignement, la doctrine prescrit-elle pour réaliser ses programmes ? 5) Quels types de stratégie rhétorique, la doctrine emploie-t-elle pour réaliser ses programmes ?

L'objet des études de la première partie est la théorie du discours doctrinal, l'approche se veut analytique. Elle s'appuie sur la conviction qu'il est possible de distinguer entre langue et métalangue. La doctrine est conçue comme métalangage, à savoir discours sur le droit, et extérieur à lui, ce qui dit autrement, implique que la doctrine ne dise pas le droit, et n'en fasse pas non plus. La doctrine fait de la doctrine. Toutefois, ce discours analytique de la réalité linguistique qu'est l'énoncé juridique, peut se gorger d'ambiguïtés lorsqu'il le paraphrase ou l'interprète : la description d'une norme peut décolorer en prescription de ce qu'il faut entendre. Le plus souvent lorsque la rhétorique prend le dessus sur l'analyse, l'énoncé doctrinal conserve en apparence son extériorité analytique, et donc sa neutralité politique, et donc sa légitimité scientifique. Pour déjouer les tours de cette rhétorique, et décrypter l'argumentation doctrinale, je me suis appuyé sur une théorie de la doctrine dont la formulation m'a été inspirée par la lecture de l'œuvre de Gilles Gaston Granger, en particulier son ouvrage « *Pour la connaissance philosophique* ». Cette théorie de la doctrine et des métadiscours doctrinaux, y compris celui que je tiens présentement, se ramasse en une série de

propositions récurrentes que j'ai exposées dans le *premier chapitre* : la doctrine juridique est un discours de niveau 1 qui a pour objet d'élucider les conditions des énoncés juridiques, à savoir du discours que l'on appelle 'droit' que l'on situe au niveau 0. Et comme tout discours de niveau N qui a pour objet d'élucider les conditions des énoncés de niveau N-1, il est analytique lorsqu'il maintient l'extériorité du discours de niveau N ; il est rhétorique lorsqu'il promet un effet d'adhésion à l'une des positions analysées.

Je n'ai pas formulé mes propositions sous la forme d'une éthique ou d'une méta-éthique qui prescrirait aux auteurs de doctrine ce qu'ils doivent faire ou ne pas faire. Pour autant de ce point de vue, je me situerais dans une perspective de non-cognitivism éthique, pour laquelle le juste, le moral et le bon ne sont pas des valeurs connaissables : ceci me conduit à regarder avec circonspections les énoncés doctrinaux approuvés ou critiques du contenu de règles juridiques, et à les considérer le plus souvent comme des prescriptions politiques ne relevant pas du savoir, mais des seuls affects de leur auteur. Mon point de vue est compatible avec celui esquissé par Hans Kelsen dans les dernières pages de la deuxième version de sa *Théorie pure du droit*, dont l'influence sur la doctrine privatiste est analysée dans le *deuxième chapitre*.

Mais paradoxalement, lorsque le discours doctrinal est purement rhétorique, il n'est pas nécessairement anti-scientifique, si du moins, il est pensé à travers une méthodologie controversée. La scholastique médiévale utilisait la dispute pour faire émerger la bonne solution, et ceci parce qu'ayant assimilé la rhétorique aristotélicienne, les penseurs du droit naturel classique voyaient dans l'argumentation le moyen d'atteindre le juste, cette médiété entre un excès et un défaut. Pour ma part, je n'accorde pas cette vertu à l'argumentation prise au singulier, mais la pluralité des argumentations a une valeur heuristique, à savoir, faire émerger les interprétations possibles d'un énoncé linguistique. C'est ce qui m'a amené à plaider pour et contre l'exercice d'argumentation comme instrument de diffusion du savoir juridique dans le *troisième chapitre*. Mieux vaut des opinions qui s'affrontent clairement ; mises en tension, elles exprimeront la polysémie et les ambiguïtés de la langue, la variété des conceptions d'arrière-plan, des raisonnements, des justifications, des arguments... là où un discours monovalent, prétendument descriptif, n'exprimera souvent pas mieux que l'opinion personnelle de son auteur, tout en taisant les conditions de ses énoncés.

La critique des méthodes d'enseignement du droit a été depuis deux siècles l'occasion d'interroger les programmes de diffusion du savoir, comme les programmes de recherche. Je me suis intéressé aux premiers en participant à des journées d'étude dédiées aux méthodes d'enseignement, en étudiant la *summa divisio* droit public / droit privé ou encore examinant la réforme des programmes des facultés de droit à travers de l'œuvre de Bufnoir ; les seconds forment l'avant-

garde des (r)évolutions et précèdent les premiers. Il n'y a pas besoin d'être expert de la théorie politique d'Antonio Gramsci pour constater que les programmes scientifiques ont pris corps dans les programmes d'enseignement, lesquels ont produit les mutations de la dogmatique, laquelle a servi les arguments politiques. Le discours doctrinal qui a déroulé ses programmes scientifiques au 19^e siècle, a élaboré des concepts et des « théories » qui ont constitué d'abord le ferment des mutations de la culture des juristes, puis le ciment d'un savoir commun : abandon de l'enseignement du droit romain, technicisation des contenus, spécialisation des enseignements, fragmentation du savoir, rien de tout cela n'est fortuit et cela a été programmé de longue date. Le *quatrième chapitre* étudie les programmes scientifiques des revues juridiques françaises du 19^e au 21^e siècle : il montre comment les revues savantes ont pu être un lieu de dissidence académique, et d'innovation conceptuelle, comment ces innovations se sont traduites par des changements dans les pratiques d'écriture, et comment les revues juridiques d'aujourd'hui reflètent la segmentation et l'atomisation de la connaissance juridique.

La spécialisation des juristes et la segmentation des matières est un résultat : celui de la pénétration des philosophies pragmatiques. Il a d'abord été programmé par la désystematisation du droit commun légiféré au profit d'un *case law* basé sur de grands arrêts, pour ensuite être justifié par toutes sortes de stratégies rhétoriques, parfois post-moderniste, parfois précaritaire, le plus souvent sécuritaires. Le *cinquième chapitre* envisage ce dernier volet : le principe de sécurité juridique est un contenant rhétorique puissant capable de justifier toute position politique. Rien ne lui résiste, car il est toujours vrai. Dit autrement, c'est un pur paralogisme : la sécurité juridique a contaminé le discours doctrinal pour légitimer les choix politiques opérés par le Législateur ou le juge ; mais c'est aussi au nom de la sécurité juridique que ces mêmes choix sont critiqués. En bref, un slogan qui dissimule des arrière-plans philosophiques et des stratégies de conquête.

Biens et relations d'appartenance. La deuxième partie du recueil offre 6 chapitres qui étudient comment la doctrine française a théorisé les relations d'appartenance, à savoir le rapport entre être et avoir, notamment à travers la possession, la propriété et la copropriété. D'un point de vue méthodologique, le recours à la littérature juridique passée n'a pas servi à soutenir des positions dogmatiques défendues par ailleurs ; dans une démarche archéologique, je me suis attaché à fouiller dans ce qui avait été dit, dans les usages linguistiques des concepts par la doctrine, et ce pour le confronter à ce qui en était dit, plus tard. *L'ordre du discours* et *L'archéologie du savoir* de Michel Foucault m'ont aidé à corroborer mes intuitions, mais surtout, j'ai trouvé non loin de là chez Paul Veyne une théorie de

l'historiographie qui m'a permis de dissocier le temps de la norme et le temps du discours sur la norme. *Comment on écrit l'histoire ?* C'est particulièrement important lorsque l'on se confronte à un vieux code, dont les articles toujours en vigueur, sont regardés comme signifiant autre chose que ce qu'ils énonçaient. Le livre II du Code civil relatif aux biens, et encore une bonne partie du livre III aux titres des contrats spéciaux, appellent ainsi de nombreuses questions d'interprétation pour lesquelles il ne suffit pas de proclamer « *Le sens du texte a changé* » pour expliquer ce qui a changé.

Le *sixième chapitre* éprouve cette difficulté à travers l'expérience constitutionnelle. Les modes de transfert non volontaire de la propriété, - accession mobilière par union, mélange ou spécification, accession immobilière par construction sur le terrain d'autrui, cession forcée de mitoyenneté, servitudes de plantations, prescription acquisitive en matière immobilière, possession valant titre, usucapion de meubles perdus ou volés, théorie de l'apparence, mais encore tous les mécanismes d'attribution non volontaire en nature de biens, ceux limitant l'action en revendication du propriétaire, ceux imposant la cessation d'un trouble causé par l'existence d'un bien -, s'exposent tous à ne pas passer le test de constitutionnalité mis au point par le Conseil constitutionnel : *la privation de propriété est inconstitutionnelle sauf procédure d'expropriation spécialement déployée ; la restriction à l'exercice de la propriété est constitutionnelle, sauf à dégénérer en privation*. Depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel lui-même, comme les deux autres gardiens de la constitution que sont désormais la Cour de cassation et le Conseil d'Etat se sont efforcés de sauver les textes du droit civil alors même que tous les mécanismes de transfert non volontaire de la propriété, déjà connus pour la plupart du droit romain, organisent tous selon différentes tonalités, des expropriations forcées pour cause d'utilité privée sans juste ni préalable indemnité. La leçon de l'histoire et droit comparé n'est pas équivoque sur ce point. Pour autant, les auteurs qui approuvent ce sauvetage, mettent l'accent sur la valeur de ces textes, comme s'ils étaient intouchables, par une sorte de transcendance conférée par la Constitution au vieux livre II du Code civil ; inversement, ceux qui critiquent les raisonnements utilisés, font remarquer les contradictions et les représentations contradictoires de la propriété qu'elles engendrent. Il est clair que la déclaration d'inconstitutionnalité qui invaliderait les vieux textes du Code civil, ou celle qui frapperait ceux d'une réforme inspirée d'un projet conservateur, bouleverserait considérablement le droit des biens, mais leur maintien actuel dans la hiérarchie des normes pose aussi de beaux problèmes conceptuels, où l'idéologie d'une propriété unitaire est battue en brèche par la présence de représentations concurrentes des relations d'appartenance.

Les représentations de la propriété sont l'objet du *septième chapitre*. La *vulgate* fait regarder le droit de propriété à la française comme un monolithe, où la

puissance conférée au propriétaire par l'absolutisme révolutionnaire est présentée comme l'héritière en ligne directe de celle du *pater familias* romain exerçant son *dominium*. Or cette description du droit de propriété ne correspond à aucune réalité, ni en droit français, ni encore moins, en droit romain : elle est le résultat voulu d'une entreprise rhétorique cherchant à convaincre que l'égalité des droits politiques se réalisait par l'unification conceptuelle de la propriété. « Nous sommes des *êtres* égaux puisque nous avons des droits identiques sur ce qui est *avoir* : un seul droit de propriété, un patrimoine unique » pourrait-on résumer. Cette présentation est historiquement datée, et correspond à la période postérieure au Code civil, pendant laquelle est justifiée l'abrogation de la féodalité foncière sous l'Empire, et défendue la libre propriété sous la Restauration. À défaut de liberté politique absolue, les citoyens/sujets sont-ils au moins d'absolus propriétaires. Elle sera véhiculée par la littérature juridique du Second Empire, et se radicalisera même dans le débat sur la relativité des droits ; et comme par reflux, les gains de droits politiques sous la III^e République feront regarder la propriété privée comme socialement finalisée. Pourtant, en dépit de la rhétorique absolutiste, la littérature juridique française n'a jamais traitée les relations propriétaires selon un modèle unique, mais beaucoup plus largement selon des types de biens, selon leurs fonctions, c'est ce qui explique que la propriété soit alternativement définie par l'absolutisme, l'exclusivisme ou la perpétuité de la relation d'appartenance, c'est aussi ce qui explique que nous rencontrions des usages linguistiques très divers de la propriété, comme si le concept avait agglutiné à lui toutes formes de titularité. Aujourd'hui encore l'émergence de nouveaux biens, de nouvelles valeurs patrimoniales, vient heurter cette propriété agglutinante, mais lorsque cela ne colle pas, lorsque la propriété ne parvient pas à symboliser la relation d'appartenance, il faut trouver autre chose. Le développement des personnes morales au 19^e siècle, et par contre coup, la généralisation jurisprudentielle puis législative au 20^e siècle de la personnalisation des groupements de biens et de personnes, illustre ce pis-aller, qui deviendra ensuite matriciel. Désormais, une grande part des relations d'appartenance se trouve organisée par des rapports d'obligations ; cela a accentué le vieillissement du Livre II du code civil, et rend difficile une réforme systémique.

Parler de Code vieilli peut prêter à confusion. Ce n'est pas la loi qui vieillit, le livre II du Code civil est toujours en pleine vigueur ; ce ne sont pas non plus les interprétations de la loi qui vieillissent, elles appartiennent toujours au champ des significations possibles. En revanche, ce sont les questions sociales qui peuvent être caractérisées comme dépassées ou vieilles parce qu'elles sont contingentes, comme les réponses politiques qui leur sont données. Mais une théorie juridique peut-elle vieillir ? La difficulté tient à la double nature de ce que l'on appelle une *théorie juridique* depuis la fin du 19^e siècle, et qui forme un ensemble de descriptions de normes, par voie d'interprétation, et de prescriptions dogmatiques

et politiques. Par exemple, d'un point de vue descriptif, la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau reste une explication possible de la relation dessinée par le Code civil entre être et avoir, y compris en regardant les patrimoines fiduciaires comme des entités autonomes représentées par un même gérant ; mais d'un point de vue prescriptif, à savoir selon l'idée que la relation entre être et avoir, personne et patrimoine, doit être conçue qu'à travers une bijection, et qu'en conséquence, il faille autoriser la naissance d'une nouvelle personne, pour constituer un nouveau patrimoine, cette prescription politique a été dépassée, et la théorie a vieilli. Rien n'empêche cependant qu'elle revienne plus tard sur le devant de la scène portée par d'autres contingences.

Le *huitième chapitre* étudie une autre vieille théorie, celle du démembrement de propriété. Chahutée en France, abandonnée ici, promulguée là, elle a une histoire qui dure et une géographie variable. Le concept de démembrement a pourtant été introduit récemment dans le Code civil français, et la proposition de réforme du Livre II lui consacre un titre entier. En arrière – plan, la théorie du démembrement du droit de propriété pose une question politique majeure, à savoir celle du *numerus clausus* des droits réels, et de leur libre création. L'actualité des droits réels lui est presque entièrement consacrée depuis l'arrêt *Maison de la poésie* en 2012, et l'utilisation du concept de jouissance spéciale promu par les proto-législateurs, excite la curiosité des commentateurs français et étrangers. D'une certaine manière, tant que l'on peut fractionner le modèle absolutiste, tout est permis pourvu que l'on ne contrarie pas l'ordre public des types spéciaux. La voie est étroite mais la liberté existe pour concevoir des modes réels d'exploitation des toits, des murs, des jardins dissociés de la propriété de l'immeuble. Mais la théorie du démembrement condamne l'idée que l'on puisse concevoir librement des droits réels sur la chose d'autrui qui ne soient aussi des fractions de la propriété privée : les droits fonciers d'usage collectifs sont ceints par les servitudes légales, et sur les meubles, corporels ou incorporels, l'innovation est plus difficile car, dès qu'il s'agit d'imaginer des propriétés temporaires ou à éclipse, des propriétés dédoublées, des propriétés obligées, la vieille théorie devient prescriptive et fait obstacle. On peut inventer de nouveaux diminutifs de la propriété, mais on ne peut créer librement de nouvelles formes de propriété. Et pourtant, l'histoire révèle que des formes de propriétés nouvelles, de nouveaux biens, de nouveaux modes d'appropriation n'ont pas cessé d'être inventées en dépit du modèle absolutiste, dès lors que le titre garantit l'exclusivité.

Le *neuvième chapitre* s'intéresse à la copropriété des immeubles bâtis, en particulier, celle qui a précédé les lois de 1938 et 1965. L'article 664 du code civil qui organise *a minima* les rapports collectifs au sein d'un immeuble divisé par étages, est rangé parmi les servitudes, à côté de la mitoyenneté : on ne doit pas trop s'étonner de l'hétérogénéité conceptuelle qui frappe les servitudes des premiers temps du Code civil. Cela s'explique facilement par le fait que dans la

littérature du début du 19^e siècle, le concept de servitude tel qu'il résulte de l'article 637 n'est pas encore l'expression d'un seul type de service foncier : à cette époque, contrairement à aujourd'hui, il n'y a pas de grandes difficultés à concevoir la vaine pâture comme une servitude alors même qu'elle n'est pas établie au profit d'un fonds dominant. Il faudra attendre le milieu du 19^e siècle pour constater un rétrécissement dogmatique de la définition de la servitude de droit privé aux charges réelles de fonds à fonds, mais en 1804, le concept de servitude d'indivision est utilisé pour penser le volume de l'immeuble. Par la suite, on constatera un glissement conceptuel des servitudes vers la copropriété pour la mitoyenneté, et puis avec l'avènement des « parties communes » à la fin du 19^e siècle, la propriété par étages sera elle-aussi requalifiée en indivision perpétuelle. La loi du 10 juillet 1965 a poursuivi ce mouvement de collectivisation de la propriété de l'immeuble, tout en qualifiant le copropriétaire, titulaire d'un lot de copropriété, de « propriétaire » des parties privatives dont il a l'exclusivité ; la jurisprudence s'est enfin laissée convaincre que des droits réels de jouissance privative, ou autres *servitudes*, pouvaient faire leur réapparition dans l'immeuble bâti.

Le débat sur la définition des droits réels n'a pas cessé depuis deux siècles, et il est connexe de celui qui appréhende les droits du possesseur. La possession protégée par les actions possessoires est-elle un droit réel, sorte de droit de propriété en incubation autant que droit sur la chose d'autrui, autorisant sous conditions, à en jouir et recevoir les fruits ? La première partie du texte formant le *onzième chapitre* mène l'examen des théories de la possession pour mesurer l'influence de Savigny sur la doctrine civiliste française. De ce point de vue, il est frappant de constater que la position savignicienne qui traite la possession comme un fait et non comme un droit réel sur la chose d'autrui, était partagée par la très grande majorité de la doctrine française avant que le *Traité de la possession* et la méthode historique ne soient véritablement influents en France.

Quant à l'organisation procédurale de la protection possessoire, d'un côté, le code de procédure civile unifiant les actions possessoires, reconnaissait au possesseur un intérêt spécifique pour la défense et la protection de sa possession dès que celui-ci possédait depuis plus d'un an ; mais d'un autre, la jurisprudence persistait à accueillir l'action en réintégration même en l'absence d'une possession d'un an ; cette opposition relayée en doctrine déteindra sur la définition même de la possession, troublera la distinction entre possession et détention, pour aboutir aujourd'hui à l'annexion de la protection possessoire par des actions pétitoires en référé. Le *dixième chapitre* analyse la réforme achevée de la *tutelle judiciaire* possessoire par la loi du 16 février 2015 et le décret du 6 mai 2017. La fusion du possessoire et du pétitoire dans l'action de référé révèle un mouvement d'abandon des types traditionnels d'actions au profit d'une protection de droit commun, mais montre aussi plus largement un mouvement de porosité ou de perméabilité des catégories réelles et personnelles, où les remèdes du droit des

délits viendraient remplacer ceux du droit des biens. Savigny pensait que la possession était un fait, et que ce que l'on appelait le droit du possesseur, n'était pas autre que le droit de demander réparation du dommage causé par la dépossession ou le trouble à la possession, expliquant ainsi que la possession appartenait au domaine des obligations et des délits, et non à celui des biens. Il serait peu raisonnable de voir dans l'œuvre du législateur actuel une influence directe du *Traité de la possession*, mais le fait est que l'attractivité de la responsabilité extracontractuelle se mesure autant du côté des biens, que du côté des obligations en général. La deuxième partie du *onzième chapitre* présente la classification savignicienne des sources des obligations : elle aura influencé non seulement les auteurs allemands préparant la codification de 1896 que les auteurs français s'interrogeant sur la nécessité de refonder le droit français des obligations et des contrats pour le centenaire du Code civil. Quant au bicentenaire...

Obligations et relations obligatoires. La troisième partie offre 5 chapitres qui analysent et interprètent l'évolution des concepts matriciels qui forment le cœur de la rénovation du droit des obligations de 2016 : les sources des obligations, la théorie des nullités, la cause dans l'obligation, l'effet relatif des contrats et la dualité de la responsabilité civile.

Le *douzième chapitre* est le plus ancien des textes de ce recueil puisque sa conception et son écriture précèdent la remise des travaux du groupe Catala. Il met en perspective comment depuis plus de deux siècles, la littérature civiliste de commentaires, traités et manuels a présenté la classification des sources des obligations, et en filigrane comment se sont modifiées les représentations doctrinales des rapports d'obligations. Car, l'architecture des Codes, l'ordre des matières, les classifications dont ils témoignent ne sont pas politiquement neutres ; ils révèlent les choix du législateur qui organise et des commentateurs qui réorganisent. La réforme des sources d'obligations ordonnée le 10 février 2016 par trois nouveaux articles du Code civil (Art. 1100, 1100-1 et 1100-2), comme le projet de réforme de la responsabilité civile offrent largement de quoi poursuivre la réflexion présentée en 2005.

L'ordonnance réformant le droit des obligations a consacré aux articles 1178 *et sq.* du Code civil, la division des nullités selon la systématique de René Japiot où nullité absolue et nullité relative se partagent les sanctions de l'invalidité du contrat. Contrairement à la plupart de nos voisins européens, notre théorie des nullités regarde le juge comme l'acteur essentiel (quasi-exclusif) de l'invalidité des obligations contractuelles, quand ailleurs la distinction entre nullité radicale et annulabilité laisse au législateur le soin de prononcer l'invalidité des contrats (Espagne, Allemagne, Italie), quand aussi l'annulation peut être notifiée par les parties (Allemagne). Cette distinction entre nullité et annulabilité a été écartée par

la loi française, avec pour première conséquence, la généralisation d'un système d'annulabilité des actes où il appartient au juge de prononcer la nullité y compris lorsque celle-ci vient sanctionner une illicéité, et avec pour deuxième conséquence, que tout ce qui n'est pas annulé, peut produire des effets juridiques, y compris modifier des situations juridiques en vertu d'actes illicites, effets que la prescription voire la théorie de l'apparence viendront entériner. Le *treizième chapitre* s'emploie à comprendre comment la distinction des nullités absolues et relatives, qui n'était qu'une division procédurale secondaire, a été promue au rang de *summa divisio* par les tenants de la libre recherche scientifique, et puis consacrée par la jurisprudence, comment elle a résisté aux critiques et s'est installée dans la dogmatique du 20^e siècle au point d'être devenue incontournable dans le code rénové du 21^e siècle.

Parmi les conditions de validité du contrat, au premier plan des difficultés conceptuelles posées par la théorie française des nullités, *la cause dans l'obligation* a concentré les plus vives critiques, et sa défense suscité les plus vibrants plaidoyers. Aujourd'hui, la cause a été effacée du code civil. Le droit français du contrat serait-il devenu a-causaliste ? Il est impossible de prédire ce qui mettra sans doute plus d'une génération à décanter, et la réponse dépend grandement du tour que prendra l'harmonisation des droits européens, mais sans « la cause », les « fonctions de la cause » peuvent-elles se maintenir ? D'un côté, il est possible que l'on continue d'interpréter le droit nouveau selon les catégories anciennes, et justifier autant que possible des solutions pratiques éprouvées. La cause est morte, mais elle s'est réincarnée dans plusieurs avatars, où chacun assure une de ses « fonctions » typiques. D'un autre côté, précisément parce que les fameuses fonctions de la cause avaient été depuis longtemps dévoyées, il fallait saisir l'occasion de s'en débarrasser, et chose faite, il ne serait pas opportun de la ressusciter en convoquant par réflexe des concepts périmés. Le *quatorzième chapitre* s'emploie à analyser les évolutions parallèles des droits français et espagnol : encore en projet de l'autre côté des Pyrénées, la réforme espagnole du droit des obligations n'envisage certainement pas de se passer du concept de cause, alors que sans trembler, le *bureau des obligations* l'a fait disparaître du projet français.

Les deux derniers textes proposés se consacrent à l'étude des effets des obligations. Le *quinzième chapitre* se plonge dans la littérature juridique qui voit émerger les concepts de relativité et d'opposabilité du contrat, et le *seizième chapitre* revient sur la passionnante controverse qui a troublé la communauté universitaire à propos de la responsabilité contractuelle.

Il n'est pas inutile de remarquer que ces deux piliers du droit contemporain du contrat, relativité et responsabilité contractuelle, sont deux concepts récents. Leurs usages datent de la fin du 19^e siècle, au moment où les commentateurs

deviennent de *libres chercheurs* qui redéployent les catégories juridiques du droit des obligations. A travers la *relativité* et la *responsabilité contractuelle*, c'est la définition même du rapport contractuel qui est en jeu.

Première partie

Doctrines et discours

Chapitre 1

Théorie de la doctrine

Les premières pages de cette réflexion ne figurent pas dans la version publiée en 2007 : « La doctrine de la doctrine de la doctrine ... : une réflexion sur la suite des points de vue méta - ... - juridiques », *Rev. Interdiscipl. d'Études Juridiques* 2007/59, pp.35-47.

1. Galimatias – En utilisant tel type de formules plutôt que tel autre, ce que Gilles Granger appelle un style⁶⁹, les efforts de neutralité théorique d'un auteur⁷⁰ peuvent être d'emblée disqualifiés en tentatives de manipulation, par un lecteur qui lui prêterait un certain type d'intention, intention que lui-même aura projetée sur le style choisi. Ils peuvent aussi et inversement être valorisés par celui qui se reconnaît dans ce style, ou bien, mi-figue, mi-raisin, ignorés par celui qui serait hermétique au galimatias de l'auteur⁷¹. Quand il s'agit de théorie des discours juridiques, les lecteurs qui restent sont en général peu nombreux.

2. Position – Le discours doctrinal, qualifié de discours 'métajuridique', combine deux profils, l'un analytique (qui décrit), l'autre rhétorique (qui prescrit) ; le discours sur la doctrine, formant un discours 'méta-doctrinal' ou une théorie de la doctrine, observe lui-aussi un double profil analytique et rhétorique ; le discours relatif aux théories de la doctrine, 'méta-méta-doctrinal', qui raconte la théorie des

⁶⁹ G. G. Granger, *Essai d'une philosophie du style*, A. Colin, 1968

⁷⁰ D. Lochak, "Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française", in "Le droit antisémite de Vichy", *Le genre humain*, Été-Automne 1996, Seuil, p.433 ; "La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?" in P. Amssele (dir.), *Théorie du droit et science*, LGDJ, 1994, p.298 ; et M. Troper, « La doctrine et le positivisme (A propos d'un article de Danièle Lochak) » in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989 ; « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amssele (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, Léviathan, 1994 ; pour répondre à la question de savoir si le positivisme kelsénien a participé d'une certaine manière à la justification de la passivité ou du militantisme des juristes allemands pendant la période nazi, il ne suffit pas de s'en tenir aux biographies des uns et des autres qui mettent en récit l'histoire de leurs actions, il faut aussi resituer leurs textes dans leur environnement contextuel et conceptuel, voir pour cela O. Jouanjan, « Qu'est-ce qu'un discours 'juridique' nazi ? », *Le Débat*, 2014/1 n° 178, p. 160-177.

⁷¹ F. Terré, « La doctrine de la doctrine », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, 2006, pp.59-74 ; *du même auteur*, « A propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *Rev. Dr. Assas* n° 3, févr. 2011, p. 38

théories, l'histoire de la pensée juridique, ou l'épistémologie juridique, observe encore un double profil analytique et rhétorique, et ainsi de suite en passant par un discours que l'on peut qualifier de philosophique, lui-aussi à la fois, savoir et action⁷², puis l'histoire de la philosophie, l'histoire de l'histoire de la philosophie et la philosophie de l'histoire de la philosophie⁷³.

Dit à nouveau, la doctrine juridique est un discours de niveau 1 qui a pour objet d'élucider les conditions des énoncés juridiques, à savoir du discours que l'on appelle 'droit' que l'on situera au niveau 0. Et comme tout discours de niveau N qui a pour objet d'élucider les conditions des énoncés de niveau N-1, il est analytique lorsqu'il maintient l'extériorité du discours de niveau N ; il est rhétorique lorsqu'il promeut un effet d'adhésion à l'une des positions analysées.

3. Illustration. - La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe aura offert plusieurs chapitres importants pour la compréhension de la littérature juridique au tournant du 21^e siècle. Quelques semaines avant l'adoption de la loi, les manifestations de la rue ont porté les voix de 170 professeurs de droit appelant les Sénateurs français à se prononcer contre l'adoption de la loi⁷⁴ ; restée sourde, la Chambre Haute a voté, et la loi fut adoptée. L'appel des 170, diffusé abondamment sur internet, eut un écho polémique publié sur le site internet *raison-publique.fr* sous le titre « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! » co-signé par quatre professeurs de droit public⁷⁵, publié à nouveau au *Recueil Dalloz* sous le titre « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du Droit" ? » pourvu d'une réplique par droit de réponse rédigée par quatre autres collègues, signataires de l'appel⁷⁶.

4. Précisions pour que les choses soient claires.

1^{re} précision (description d'affects) : Mon point de vue de citoyen, fondé sur ma sensibilité affective, confessionnelle et politique est que la loi du 17 mai 2013 est

⁷² G. G. Granger, *Pour la connaissance philosophique*, O. Jacob, 1988, p.151 et sq.

⁷³ M. Guérout, *Histoire de l'histoire de la philosophie*, Aubier, 1984-1988 ; *Philosophie de l'histoire de la philosophie*, Aubier Montaigne, 1979.

⁷⁴ <http://www.leparisien.fr/societe/mariage-pour-tous-170-juristes-appellent-a-voter-contre-16-03-2013-2645441.php>

⁷⁵ E. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez, V. Champeil-Desplats, « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! » <http://www.raison-publique.fr/article601.html>

⁷⁶ *Les mêmes*, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du Droit" ? », *D.* 2013, p.784 ; *Droit de réponse* de B. Dugeron, A.-M. Le Pourhiet, J. Roux, Ph. Stoffel-Munck, « Droit de réponse : Mariage pour tous, silence pour quelques-uns... » ;

une loi que j'aurais pu voter, parce que je ne voyais pas en elle le moteur d'un changement civilisationnel funeste, mais seulement le résultat d'un changement déjà advenu, et dont la reconnaissance ne mettait pas en péril ma représentation du monde, ni ma vision du futur dans lequel j'entends que mes enfants aient une place qui ne leur soit pas imposée. Je ne dirais pas la même chose de la gestation pour autrui (non adoptée) ou de la reconnaissance de la sensibilité de l'animal (adoptée) qui dessinent un autre avenir, mais n'ayant pas un tempérament réactionnaire, je ne descendrai pas dans la rue pour demander à ce que l'on retire à l'animal le statut que lui a accordé la loi du 16 février 2015.

2ème précision (description d'un fait): Mon point de vue de juriste est que les deux lois précitées sont des lois que je n'ai pas voté parce qu'en France, les citoyens qui ne sont pas parlementaires, ne votent pas les lois⁷⁷.

3ème précision (dénonciation de conflits) : parmi les 170 signataires de la pétition, les 4 de Nanterre, et les auteurs du droit de réponse, se trouvent des collègues et des maîtres fréquentés à Aix-en-Provence, à Poitiers ou rencontrés ailleurs, pour qui je nourris affection et/ou admiration universitaire ; je ne connais Alain Supiot qu'à travers ses écrits.

5. Le débat - En premier rideau, les arguments développés par les 4 de Nanterre ne portaient pas sur le contenu du débat politique soumis à l'examen des Sénateurs, puisqu'il aurait très bien pu s'agir de la très sensible réforme du Code du travail⁷⁸, de la très consensuelle proposition de loi sur la diplomatie des Outre-mer, ou d'un très quelconque projet de loi de transposition d'une directive européenne tout aussi quelconque. Elle visait les niveaux de discours sur le droit et leur coloration axiologique. L'injonction faite par ces auteurs « Juristes, taisons-nous ! » s'analyse en une prescription dont les adressataires sont les juristes, sans plus de précision, mais cette proposition peut se décomposer : 1. Les juristes ne portent pas des jugements de valeur sur des avant-projets à *savoir* il n'est pas légitime pour un juriste de porter un jugement de valeur sur un avant-projet ; 2. Celui qui porte un jugement de valeur sur un avant-projet n'est pas un juriste, à *savoir* il n'est pas légitime à se qualifier tel à cette occasion.

Le concept de « juriste » a été d'abord employé dans la déclaration des 170, lesquels se qualifient ainsi. « *Nous, soussignés 170 professeurs et maîtres de*

⁷⁷ Certains ne semblent pas d'accord : F. Chénéde, « De la conception du droit à la fonction de juriste », in Association Henri Capitant, *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales, Rennes, Tome XVI, Dalloz, 2012, p.7 : « C'est rappeler une évidence démocratique : la question, morale et politique, du mariage et de l'adoption par un couple homosexuel doit être tranchée, non pas dans les prétoires, mais dans l'hémicycle, c'est-à-dire dans les urnes ».

⁷⁸ E. Dockès et GR-PACT, *Proposition de Code du Travail*, Dalloz 2017.

conférences en droit des Universités françaises, juristes de droit privé, de droit public et historiens du droit, il nous appartient de vous faire savoir que le projet de loi (...), adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, implique un bouleversement profond du Droit, (...)». On notera que par leur injonction, les 4 se comptent également parmi les juristes (*Taisons-nous*, et non *Taisez-vous*) : on dénombre alors 174 participants à ce débat, lesquels sont tous universitaires. Ils ne sont ni praticiens, ni acteurs de la vie politique et des affaires, ni étudiants : ce sont des scientifiques, qui donnent des leçons de droit, au sens où ceux-ci produisent censément un discours de connaissance objective, à *savoir* un discours analytique sur le droit. La pratique professionnelle des juristes à *savoir* des détenteurs de savoir juridique, consiste à produire de l'expertise juridique et à en enseigner les méthodes. Mais sont-ils légitimes pour donner leur opinion politique en conclusion de leur expertise ? Et à quel titre ?

En second rideau, une polémique de ce genre, même si elle est plutôt rare dans la littérature juridique française contemporaine, révèle un point essentiel : le même débat entre « *juristes* » peut être un débat purement technique sur l'articulation de deux régimes juridiques applicables simultanément à un même objet, et se nourrir d'argument d'autorité questionnant la légitimité du locuteur. Même si cela est rare (on peut l'espérer), il arrive qu'un auteur déploie dans des ouvrages ou des revues des arguments sur commande ou de connivence avec des lobbys. Les conflits d'intérêts et les impostures existent dans la littérature juridique comme partout, et c'est bien une question éthique de les prévenir, l'injonction vaut donc autant pour le militant des droits-de-l'animal que pour le conseiller juridique des sociétés du groupe « *Polluer plus pour gagner plus* ». Le militant comme l'opportuniste utilise l'amalgame des niveaux de discours pour asseoir son autorité et afficher sa compétence, et plus loin, la tentation est grande pour l'analyste de se convaincre de sa propre neutralité pour prescrire les bonnes conduites à tenir et les bonnes lois à fabriquer.

C'est là que se situe la fracture, elle est éthique, ou plutôt méta-éthique. D'un côté, le reproche adressé par les 4 aux 170 est de s'être drapé des oripeaux de la connaissance objective pour produire non pas un discours analytique mais des prescriptions d'ordres politique et moral, à savoir relevant purement de leur subjectivité et de leurs affects de citoyens ou de croyants. Les 4 ne disaient pas : « Citoyens, taisons-nous ! », mais en paraphrasant, « Citoyens, ne nous abritons pas derrière l'autorité de notre robe pour tirer de notre expertise scientifique des leçons de morale ! » En ce sens, si les 170 avaient signé de leurs seuls nom et prénom, il n'y aurait pas eu de polémique. Les Juristes doivent se taire pour laisser les Citoyens parler.

De l'autre côté, les 170 ne se regardaient évidemment pas comme illégitimes à mettre en garde les Sénateurs contre les conséquences dogmatiques de la loi

nouvelle ; c'est du reste souvent ce travail d'analyse qui est demandé aux experts du droit pour qu'ils évaluent les qualités techniques d'un texte ; le magistrat ou le professeur réalise l'alliance entre expertise scientifique qui met en relation des contenus, et appréciation de ces mêmes contenus à l'aune des *catégories dogmatiques*. Et cela vaut autant pour la refonte du statut de l'animal ou celle du Code du travail aux forts accents militants que pour la réforme du régime de la durée du contrat, qui codifie à droit constant, et qui semble politiquement neutre. Dans cette conception du rôle de la doctrine, l'expertise scientifique ne doit certainement pas s'arrêter au seuil d'un jugement de valeur sur la pertinence d'une proposition ou d'une décision, mais elle l'implique : le juriste est donc celui qui apprécie et juge les lois, il prononce à leur endroit un jugement de compatibilité avec le système dogmatique.

7. À propos de ce débat. Dans son article « Ontologie et déontologie de la doctrine », publié peu de temps après au *Recueil Dalloz*⁸¹, Alain Supiot faisait la critique des positions tenues par les auteurs du débat précédent : comme eux, il cherchait à répondre à la même double interrogation « de nature ontologique : que faut-il entendre par *doctrine juridique* ; et de nature déontologique : qu'implique pour les juristes le principe d'indépendance de la recherche universitaire ? ».

Le point de vue est - disons - anthropologique ; il s'agit de définir la doctrine en tenant compte du fait que la description d'un fait extralinguistique ou celle d'un énoncé linguistique peut en modifier la perception ou l'interprétation, à savoir que même les propositions scientifiques purement assertives peuvent avoir des effets performatifs. « Il n'est en réalité pas d'analyse juridique sérieuse qui puisse ignorer les faits qui sous-tendent le droit, ni les valeurs qui l'animent. [...] C'est à cette double condition que l'analyse juridique peut contribuer à l'intelligibilité de phénomènes dont aucune science ne saurait prétendre détenir toutes les clés. Tout travail qui satisfait à cette condition peut être dit 'doctrinal', peu important qu'il soit ou non le fait d'un universitaire. [...] Beaucoup de choses se jouent en effet dans l'écart entre ces représentations formelles et l'état réel du monde. Si cet écart est trop grand ou s'élargit, la réalité disqualifie l'ordre normatif et sape sa crédibilité. Mais, inversement, un système normatif peut faire advenir, au moins partiellement dans les faits, la représentation du monde qu'il promet ». Voilà pour l'ontologie : la doctrine est un discours qui pour ne pas être quelconque, requiert certaines qualités, et ce indépendamment de celles de l'auteur.

Quant à la déontologie, elle ne vise pas le discours mais la pratique de ce même discours par les auteurs. 'Doctrine' ici ne signifie pas 'discours doctrinal' mais par

⁸¹ D. 2013, 1421

métonymie 'auteurs du discours doctrinal'. Et à propos de ceux-ci, il est possible de prescrire une déontologie et des commandements : 1. Tu ne monnayeras pas ton indépendance ; 2. Tu ne déguiseras pas tes consultations en commentaires scientifiques ; 3. Tu déclareras tes conflits d'intérêts ; 4. Tu n'utiliseras pas la chaire comme une tribune politique.

On voit très bien que ces prescriptions sont de portée générale et visent aussi bien les juristes que les philosophes, les économistes, les médecins, les pharmaciens, les historiens, les géologues, les psychologues, les démographes, et sans exhaustivité les mathématiciens.

Si les 3 premiers commandements ne posent pas de difficultés, sauf à ceux qui pratiquent abondamment l'amalgame et le revendiquent, le 4^e commandement est plus délicat. C'est une question de preuve : on peut prouver la complaisance, la connivence⁸², la prostitution⁸³, mais comment prouver la seule malhonnêteté intellectuelle de celui ou celle qui enseigne aux étudiants ce qu'il faut savoir ? Ou par extension, de ceux ou celles qui par voie de pétition plaident au nom du droit en faveur d'une position dogmatique, mais dont les implications politiques ne font aucun doute, de celles ou ceux qui au nom de la science plaident en faveur de théories pures, empiriques ou féministes, dont les implications politiques sont beaucoup moins lisibles mais tout aussi présentes.

Alain Supiot considère comme intenable la position de *surplomb* de « ceux qui prétendent pouvoir se dédoubler - et s'exprimer tantôt en membres de la doctrine, tantôt en purs scientifiques ». Ce faisant, en connotant le *surplomb* d'un caractère péjoratif, il jetait un discrédit sur la distinction des points de vue interne et externe, ou de la distinction langue et métalangue, parce que leurs usages témoigneraient d'un sentiment de supériorité de ceux qui les adoptent, et non d'une démarche scientifique.

Bien sûr, on peut considérer qu'il n'y a pas plusieurs niveaux linguistiques d'entendement, qu'il n'y a pas de métalangue, pas de point de vue externe, pas de point de vue méta-... ; ce qui peut en toute hypothèse se défendre, mais celui qui tient cette position affrontera avec difficultés la question aussi classique que cruciale. *Epiménide-le-menteur dit : « je mens ! ». Est-ce qu'il ment ?*⁸⁶

⁸² M. Gobert, "Le temps de penser de la doctrine", *Droits*, n° 20, *Doctrine et recherche en droit*, 1994, p. 97 et sq.

⁸³ J.-D. Bredin, "Remarques sur la doctrine", *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, PU Toulouse, 1985, p. 116, n° 6.

⁸⁶ Selon la tradition, Épiménide-Le-Crétois dit plutôt : « Tous les crétois sont des menteurs ». Est-ce qu'il ment ?

8. Surplomb. Aussi, pour éviter les écueils mentionnés précédemment, pour comprendre les sens du mot « juriste » et ses emplois, il me paraît nécessaire d'en passer par une conception de la doctrine débarrassée de ses contingences. Je m'exposerai sans doute aux critiques d'Alain Supiot mais je poserai que la doctrine est du texte, seulement du texte. Et afin de ne pas attirer les suspicions sur mes penchants en matière de mariage, j'illustrerai mon propos sur les différents niveaux de discours au moyen d'une controverse dont les enjeux politiques, quoique certains, ne donnent pas prise à des attaques *ad hominem*. Le *numerus clausus* des droits réels sera un enjeu majeur de la prochaine réforme du livre II du Code civil n'en doutons pas, mais ce n'est pas le propos ici. Avec de courtes observations d'Henri Capitant empruntées à la première édition des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, nous pourrions mieux nous entendre d'une part sur le contenu scientifique du discours, d'autre part sur la conduite de celui qui le tient.

Pour gravir les niveaux de discours des juristes, tout autre écrit doctrinal aurait pu faire l'affaire, mais celui-ci a été choisi parce qu'il traitait d'une question représentée comme fondamentale du droit privé, question dont la longévité en ferait presque une question éternelle, et parce qu'il faisait partie d'un recueil qui témoigne de mutations profondes dans la manière même de représenter et de théoriser les sources du droit au milieu du 20^e siècle.

L'escalade commence...

[Niveau 1]. Le texte doctrinal

« Observations - *Les clauses d'exonération insérées dans les contrats de vente de surface des terrains par une compagnie propriétaire et concessionnaire des mines qui s'y trouvent enfermées, sont licites, à condition qu'elles n'exonèrent le concessionnaire que de la responsabilité pouvant résulter de ses fautes, ce qui serait contraire à la règle d'ordre public inscrite dans l'article 1382. Sur ce point, l'espèce ne soulevait pas de difficultés.*

La question, nouvelle en jurisprudence, qui se posait, était de savoir si cette clause d'exonération, en cas d'aliénation de son droit de superficie par le premier acquéreur, est opposable aux acquéreurs. La cour de Dijon s'est prononcée pour l'affirmative, parce que, d'après elle, la clause a pour effet de créer un droit réel au profit de la mine sur la superficie, droit réel sui generis, dit l'arrêt de la Cour, ce qui est assez vague, car on admet ordinairement qu'il n'y a pas d'autres droits réels que ceux qui sont prévus par la loi et on ne conçoit pas bien quelle est la nature de ce prétendu droit réel. La cour de Dijon a, du reste, ajouté, comme si elle était peu sûre de la valeur de ce premier argument, que même si la clause ne constitue qu'une obligation personnelle, elle n'en demeure pas moins transmissible en vertu de l'article 1122 C. civ., aux ayants cause du contractant.

Mais on peut répondre que les obligations de ne pas faire, si elles sont transmissibles aux ayants cause à titre universel, ne le sont pas aux ayants cause à titre particulier, comme le sous-acquéreur d'un bien.

Quant à l'arrêt de la Cour de cassation, il est rédigé en termes obscurs : il n'y est pas question de droit réel, mais d'un engagement qui constitue une restriction du droit de propriété, une renonciation à l'un des attributs du droit de superficie, et qui est en conséquence opposable aux sous-acquéreurs. On peut hésiter sur la signification de cette formule. Quoi qu'il en soit, il faut choisir : ou la clause crée une simple obligation personnelle et elle n'est alors opposable au sous-acquéreur que si l'aliénateur lui en a transmis expressément la charge et si l'acquéreur l'a acceptée (Cons. en dehors des notes précitées, Ambroise Colin et Capitant, t.I, n°817 ; Planiol et Ripert, t.III, Des biens, par Picard, n°542 et 945 ; Lepargneur, De l'effet à l'égard de l'ayant cause à titre particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis, Rev. trim. de droit civ., 1924, p.481 et suiv. ; Dalloz, Rép. prat., v° Mines, n°263) ».

[Niveau 2]. Discours sur le texte doctrinal

9. Description – Ce texte est extrait de la première édition de « Les grands arrêts de la jurisprudence civile, supplément au Cours élémentaire de droit civil français d'Ambroise Colin et Henri Capitant » par Henri Capitant, Membre de l'Institut, Professeur de droit civil à la Faculté de Droit de Paris, publié par la Librairie Dalloz, 1934, n.76, pp.159-161. Dans son entier, le commentaire comporte par ordre d'apparition à la page 159 une série de mots – clés qui permettent de le situer dans l'ouvrage, l'indication de la date du *grand arrêt* commenté – « Civ. rejet, 12 décembre 1899 » –, des références bibliographiques contemporaines de la date de l'arrêt, le nom des parties, un résumé de la solution prescrite par la Cour de cassation, la narration des faits, un exposé synthétique des moyens du pourvoi, l'arrêt de la Cour de cassation, les observations d'Henri Capitant reproduites plus haut, et pour finir des références bibliographiques, contemporaines du commentaire.

10. L'objet du texte doctrinal – De manière très générale, l'objet de ce texte est le droit, et il n'y a pas grande difficulté pour s'accorder à dire que le discours tenu par l'auteur est un discours doctrinal, au sens où il porte lui-même sur un texte. Pour être clair, l'objet du discours doctrinal est le droit positif, au moins le droit positif d'aujourd'hui, mais je serais tenté d'y ajouter le droit positif d'hier pour ne pas écarter de ce propos les analyses historiques. Au niveau 1, l'auteur se situe d'un point de vue métajuridique, puisque le commentaire de l'arrêt n'est pas l'arrêt lui-

même, et il est *a priori* extérieur à son objet. Cet objet est lui-même un discours, à savoir que le droit tel qu'il est entendu ici, est un ensemble d'énoncés linguistiques et d'actes de paroles, prononcés par des autorités habilitées (ou authentiques) ; dans notre cas, la Cour de cassation. La signification de ces énoncés qui la plupart du temps est d'être des normes, tout comme l'examen de leur validité sont soumis tour à tour à la science du droit, à l'analyse dogmatique, au droit savant, à l'épistémologie ou à la philologie : autant de points de vue qui se prétendent par définition externes et métajuridiques, autant de points de vue doctrinaux au sens large.

Par retour, on peut encore s'accorder sur une figure minimaliste : 'La doctrine est le discours sur le droit'. Il va sans dire que la 'doctrine-discours' coïncide *grossomodo* avec la 'doctrine-classe sociale des juristes dont la pratique est de discourir sur le droit', mais gare à la confusion parmi les usages métonymiques du terme « doctrine » ! Evidemment, le discours n'est pas le locuteur, et le discours doctrinal n'est pas indéfectiblement lié à la classe des juristes. L'intrusion d'un questionnement sociologique et contingent permettant de savoir QUI est la 'doctrine', et non de déterminer QUOI est 'doctrinal', brouillerait la réflexion et nous déporterait vers la question de l'autorité ou la légitimité du discours⁸⁷. Essayons au contraire de ne pas penser la doctrine selon la position sociale de celui qui énonce ou selon ce qu'il représente dans l'histoire de la pensée, et espérons que nos maîtres nous pardonneront l'outrecuidance de cette fiction qui nous fait nous regarder comme leurs égaux.

11. Le discours de science - La science est un discours de vérité sur un objet extérieur au sujet connaissant. 'La science du droit' est un discours descriptif de l'état du droit ayant pour objet d'analyser et de déterminer, en termes de validité ou de conformité, si un énoncé peut recevoir la signification de norme juridique. Dire si un énoncé est juridiquement valide est un acte de connaissance scientifique, dire si un énoncé est juridiquement bon est une prescription politique.

Dans son texte, Henri Capitant exprime des propositions relatives à un certain nombre d'événements, auxquelles peuvent être affectées des valeurs de vérité. Un arrêt de la Cour de cassation a été rendu conformément aux règles relatives à l'organisation judiciaire, à la suite d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Dijon. L'auteur précise aussi que la question est nouvelle en jurisprudence, et qu'elle a donné lieu à une divergence parmi les juridictions appelées à se prononcer sur l'interprétation des textes applicables ; la décision commentée est un arrêt de rejet. Toutes ces propositions sont vraies ou fausses, ou au moins discutables en termes de vérité ou de fausseté.

⁸⁷ Ph. Jestaz, « Genèse et structure du champ doctrinal », *D.* 2005, chr. pp.19-22

12. La dogmatique – La dogmatique est l'ensemble des institutions, notions, concepts et prescriptions méthodologiques contenus dans le discours doctrinal. Destinée à déterminer les contenus des énoncés linguistiques qualifiés de juridiques par la science du droit, elle est utilisée pour réduire la part d'indétermination cognitive de ces énoncés. La difficulté n'est pas dans les controverses qui affectent les éléments de la dogmatique mais dans le fait essentiel que la même dogmatique est utilisée par les autorités habilitées et les interprètes doctrinaux ; autrement formulé, la dogmatique n'est pas un système d'interprétations se différenciant du contenu des énoncés du droit positif ; cela n'exclut pas pour autant que le discours d'analyse des normes juridiques, à travers les *théories*, vise un résultat de différenciation, mais cette différenciation ne se faisant qu'à partir des instruments du système analysé, suppose l'invention de concepts nouveaux.

Lorsqu'Henri Capitant rapporte entre guillemets les paroles des juridictions qu'il commente, son discours est descriptif. On pourrait certes lui reprocher de tronquer certains propos en choisissant seulement des extraits, mais la question philologique de la fidélité au texte est une question différente de celle de la reformulation sans guillemet du texte analysé, à savoir de la reformulation dogmatique ou de paraphrase sans changement de sens. Néanmoins, quand l'auteur offre une contradiction directe à l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon dont il juge la formule *droit réel sui generis* « vague car on admet ordinairement qu'il n'y a pas d'autres droits réels que ceux qui sont prévus par la loi et on ne conçoit pas bien quelle est la nature de ce prétendu droit réel », ou quand il affirme que la Cour de cassation s'est prononcée en des termes obscurs et qu'il la met en demeure de choisir parmi les significations de son arrêt, sa proposition critique se situe au même niveau épistémologique que le texte analysé. Dans ce cas, quoi que formellement extérieur au texte commenté, le commentaire quitte son point de vue métajuridique pour être une critique de ce qui est politiquement décidé par le juge, car en ouvrant un débat fictif avec l'autorité judiciaire, l'auteur participe à la délibération comme voix ici dissidente ; en ce sens, on peut dire qu'il fait acte d'adhésion (et non d'allégeance) au point de vue interne, c'est-à-dire qu'il place son propre discours au niveau de son objet.

13. Le droit savant – L'expression 'droit savant' réfère à une tradition ancienne et naturaliste, signifiant qu'il existerait en dehors de l'ordre juridique positif, des systèmes d'interprétation des règles positives, causalement reliés à elles, et dont le domaine et la maîtrise appartiendraient à des autorités savantes (non-authentiques). Mais, le 'droit savant' n'est pas d'emblée à ranger dans le champ des prescriptions politiques et dogmatiques, au contraire ; s'il est en effet composé d'un côté de discours pseudo-explicatifs sur la manière de trancher tel ou tel conflit d'interprétation au moyen de la dogmatique positive, il est nourri de l'autre

d'analyses descriptives de ces mêmes propositions ; ce discours est savant parce qu'il propose des explications à partir de systèmes d'interprétation dont les éléments ne sont pas nécessairement forgés par le droit positif.

Le droit romain, par exemple, constitue un système d'interprétation des énoncés juridiques positif ; l'interprétation romaniste permet d'adopter un point de vue externe, et non sociologique, et contribue à enrichir l'analyse des significations possibles des énoncés. Mais bien entendu, dès que l'interprétation savante devient prescriptive, - par exemple, 'la tradition romaniste nous conduit à adopter tel point de vue' -, elle perd son extériorité. De la même manière, en France, l'œuvre de Pothier aura été utilisée, et l'est encore par quelques savants, pour proposer d'autres significations possibles aux textes du Code civil ; ou encore, le droit comparé qui constitue lui aussi un système d'interprétation différenciée, autorise l'élaboration de raisonnements qui ne s'appuient pas sur les éléments de la dogmatique nationale.

On observera ainsi que le discours doctrinal tisse autour du texte analysé un réseau de références renvoyant soit à la dogmatique contemporaine, soit à des moyens d'interprétations extérieurs à cette dogmatique.

14. Réseaux de références – Au-delà de la pratique d'écriture et de l'influence psychologique des textes cités, des réseaux de références tracent les lignes d'une épistémologie : leur présence dans des notes bibliographiques situe temporellement le discours dans l'histoire de la pensée, et explicite les conditions du discours de l'auteur.

Dans le corps des observations de Capitant, n'est présente aucune opinion d'auteur, ne sont mentionnées que quelques éléments bibliographiques en fin de paragraphe. Cela suffit pourtant à dessiner un contexte quand l'auteur renvoie à d'autres opinions que les siennes ; et soit dit en passant, on s'apercevra à l'examen de l'ouvrage entier que du point de vue de sa pratique littéraire, Capitant propose le plus souvent dans ces autres commentaires des références abondantes et des citations exprimées de manière beaucoup moins lapidaire.

Au niveau 2, en remontant les chaînes de références, la cartographie pour ainsi dire, de ces réseaux permet de repérer les usages des différents concepts utilisés et analysés, et d'en interpréter les évolutions. Cette reconstruction patiente des enchaînements doctrinaux conduit aussi à dévoiler les implications et les interpolations, parce que l'herméneute anti-Tribonien adopte également un point de vue externe⁸⁸.

⁸⁸ F. Hotman, *Antitribonian*, ou, Discours d'un grand et renommé iuriconsulte de nostre temps sur l'estude des loix, [1567], Impr. Jeremie Perier, 1603 ; J. Carbonnier, « Le Code civil », in P. Nora, *Les lieux de mémoire*, volume II, La Nation, Gallimard, 1986, p.308, également « La question du divorce

15. Théorie de la doctrine – La théorie de la doctrine, en tant que discours de niveau 2, est un discours d'élucidation des conditions des énoncés de niveau 1. De ce qui précède, il ressort des *propositions* de niveau 2 explicatives de la doctrine comme discours de niveau 1.

La connaissance juridique est, au moins, une connaissance sur la validité des normes positives, sur les usages des institutions de la dogmatique, sur les questions liées aux ambiguïtés sémantiques et aux contradictions contextuelles, sur les différentes significations possibles des énoncés soumis à examen, et par extension sur les arguments plaidant en faveur de chacune des significations possibles. A ces conditions, aux prises avec un objet composé des normes positives et des questions relatives à leur applicabilité, le discours doctrinal est à la fois descriptif et prescriptif, à la fois savoir et action, à la fois analytique et rhétorique.

D'un côté, le profil analytique du discours doctrinal est double : le premier aspect consiste à exprimer la validité des normes analysées ; le deuxième aspect met en évidence les difficultés d'interprétation, et consiste en un exposé descriptif des opinions et propositions savantes. D'un point de vue extérieur au sujet, le discours sur le droit se compose donc d'un discours scientifique en termes de validité, se double d'interrogations sur le contenu sémantique de ces énoncés normatifs, et se triple même de questions sur les éventuelles ambiguïtés liées à un contexte irréductiblement contradictoire ou polysémique. Dès lors comprendre ce qui ressort de la connaissance, c'est avant tout s'interroger constamment sur ce qu'il y a de prescriptif dans un discours qui se présente essentiellement comme descriptif d'un état des normes.

Car, d'un autre côté, le discours doctrinal est rhétorique. On admettra qu'est «rhétorique» l'organisation d'un discours en vue de produire un effet et pour plus de clarté, on peut distinguer dans le discours sur le droit, deux modes de réalisation d'un même effet. L'un est direct, comme lorsqu'il s'agit pour l'avocat de produire chez le récepteur du discours - en l'occurrence le juge - la compréhension et l'adhésion à la thèse défendue. L'autre est indirect et de second ordre, il est caractéristique du discours doctrinal qui vise à produire chez le récepteur un état de réceptivité aux propositions et prescriptions que le discours véhicule⁸⁹ ; et il perd son extériorité analytique et devient prescriptif, lorsqu'il prétend montrer

(mémoire à consulter) », in *D.* 1975, chr. p. 115 in *Essais sur les lois*, 1979, p. 121 où, en préambule de l'analyse de la loi sur le divorce dont il désavoue la paternité, et s'adressant aux juristes philologues, il écrit : « Il faut cependant songer aux Anti-triboniens de l'avenir, aux juristes puristes qui, un jour, seront curieux de retrouver, sous les transformations et les déformations du Digeste, la doctrine originelle - curieux de la retrouver et qui sait ? Peut-être soucieux de la restituer, par voie d'interprétation, au droit positif »

⁸⁹ Voy. G. G. Granger, *Pour la connaissance philosophique*, 1988, p.151 sq.

comment évincer des solutions possibles, au profit d'un nombre plus restreint, et le plus souvent au profit d'une seule.

À propos de la question de la libre création des droits réels, le choix de l'arrêt du 12 décembre 1899 par Henri Capitant peut être analysé comme élément d'une rhétorique de second ordre : son commentaire est assez sceptique et neutre, bien qu'il affirme néanmoins qu'on admette ordinairement qu'il existe en droit français une tendance à considérer la liste légale comme limitative ; mais c'est ce qui n'est pas dit qui est révélateur. La Cour de cassation a rendu en 1834 le fameux arrêt Caquelard qui a été analysé par la doctrine du 19^e siècle comme permettant la libre création des droits réels⁹⁰. Ce silence guide vers la position adverse ; le plus intéressant, est sans doute que l'arrêt du 12 décembre 1899 et son commentaire seront retirés des *grands arrêts* dès la deuxième édition, et la question du *numerus clausus* des droits réels ne sera plus envisagée jusqu'à la 9^e édition en 1991 ; là, les successeurs d'Henri Capitant introduiront l'arrêt Caquelard avec un commentaire plutôt approubatif⁹¹.

16. Basculement - La situation de basculement vers le niveau 1, (ou interne, ou infra) se produira lorsque l'auteur portera un jugement de valeur éthique sur le contenu du discours-objet : exemple, un professeur de droit constitutionnel qui prétendra enseigner à ses étudiants comment faire de bonnes lois, n'est pas en situation d'extériorité scientifique. Ce basculement n'est pas toujours évident à décrypter. Autre exemple : un auteur analyse le concept de « démembrement » du droit de propriété, il fait une étude historique et littéraire des textes doctrinaux, révèle l'origine métaphorique du « démembrement », met au jour les divers usages du concept, la polysémie du terme et ses applications ambivalentes, fait la comparaison avec les dogmatiques et les législations étrangères, ... et conclut qu'il faut abandonner cette manière de décrire les droits réels⁹². Un autre auteur réfléchissant sur la défaillance contractuelle propose d'abandonner le « faux - concept » de responsabilité contractuelle⁹³. Leur démarche est épistémologique de niveau 2 pour toutes les étapes critiques de leur raisonnement ; ils ont relaté le mouvement des idées qui a donné au « démembrement » et à la « responsabilité contractuelle » leur teneur actuelle à travers l'examen de la cohérence de leurs usages, mais quand ils concluent qu'il faut changer de voie théorique, ce changement méthodologique a des conséquences politiques. Cela ne disqualifie

⁹⁰ Cass. req., 13 févr. 1834, S. 1834.1.205 ; D.1834.1.218.

⁹¹ F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 9^e éd., 1991, p.253.

⁹² F. Zenati, *La nature du droit de propriété*, Thèse dactyl. Lyon, 1981.

⁹³ Ph. Remy, « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux-concept », *RTD civ.* 1997, p.323

pas l'entier raisonnement, cela montre simplement que l'analyse se doublait d'une rhétorique de second ordre⁹⁴. Ses deux derniers auteurs ne proposent pas de réformer la loi ; puisque le concept de *démembrement*, celui de *la responsabilité contractuelle* ne figur[ai]ent dans la loi au moment de leur analyse. Ils proposent de réformer la dogmatique, et par incidence de réformer l'usage de cette dogmatique par les autorités d'application. Toute la difficulté est évidemment de savoir quelle est la part de la rhétorique et de la recherche d'adhésion dans ce discours analytique. Autre exemple, depuis un point de vue externe, un sociologue analyserait l'incidence des phénomènes monétaires sur les pratiques contractuelles, si la conclusion de son raisonnement induisait l'adoption de telle ou telle stipulation d'intérêts, le discours se placerait au niveau de son objet⁹⁵.

[Niveau 3]. *Discours sur la théorie de la doctrine*

17. Méta-méta-doctrine, méta-théorie doctrinale, ou épistémologie de la doctrine – Quelle qu'en soit l'appellation, le discours de niveau 3 est un discours d'élucidation des conditions des énoncés de niveau 2, à savoir un discours sur la doctrine de la doctrine, et au sens large un discours sur les théories de la connaissance. Autrement dit, l'histoire et les théories de la doctrine composent un discours de niveau 2 ; l'histoire des théories de la doctrine et l'épistémologie dont l'ambition serait l'analyse de ces théories explicatives de « la doctrine » composent ce discours de niveau 3.

18. Retour au niveau 2 - Première proposition de niveau 2, « Le juriste qui, dans un commentaire qu'il publie, distingue l'une des interprétations possibles comme la seule "exacte", ne [remplit] pas une fonction de science juridique, mais une fonction de politique juridique⁹⁶ ».

Deuxième proposition de niveau 2, « Le jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, ne se contente pas de résoudre des questions pratiques ; il apprécie et juge les lois. Pour cela, il a besoin de *critique*, et il ne peut posséder cette qualité que par une

⁹⁴ M. Troper, "La doctrine et le positivisme", in D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP—PUF, 1989, p.291 : "La doctrine ne doit décrire les valeurs qui justifient les normes positives et en général la *ratio legis* que si elle entend exprimer des normes, qui régissent des situations non prévues par le législateur. Mais on ne doit pas oublier ce truisme que le droit positif, c'est seulement le droit posé. Les normes que la doctrine prétend exprimer relèvent au contraire du droit non posé. En réalité, lorsqu'elle est ainsi conçue et pratiquée, elle ne sert qu'à produire des arguments visant à persuader un juge. Elle n'est pas un véritable métalangage et les juristes qui la pratiquent agissent en réalité de *sentencia ferenda*. Ils ne sont en réalité que des pseudo-positivistes"

⁹⁵ Voy. Carbonnier, *Flexible droit*, 8^e éd., 1995, *Et la monnaie ?*, p.337 sq.

⁹⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Ch. Eisenmann, 2^e version, 1962, n°47, p.463.

culture intellectuelle étendue : *l'histoire du droit* lui fera connaître *l'origine* des institutions ; *l'économie politique* lui en fera voir les *résultats pratiques* ; la *législation comparée* lui donnera des *points de comparaison* empruntés aux législations étrangères. C'est à cette condition seulement que le droit peut remplir sa mission⁹⁷ ».

Une épistémologie de niveau 3 s'intéressera par exemple à resituer les théories de la doctrine de Kelsen et de Planiol, dans les courants théoriques et philosophiques de leur époque, en les confrontant aux opinions de leurs contradicteurs, en mettant en évidence d'éventuelles contradictions internes, en faisant appel à des modes de compréhension extérieurs au texte analysé, linguistiques, philologiques, philosophiques etc ... mais, si ce discours de niveau 3 devient approuvatif ou critique, son auteur ouvrira un débat fictif et délibèrera. Même si formellement, le commentaire restera extérieur au texte commenté, le discours deviendra prescriptif, là où il se réclamait analytique, et reviendra au niveau 2 en participant à sa propre théorie de la doctrine.

19. Méta-théorie de la doctrine – Soit la proposition suivante de niveau 3 : le discours méta-doctrinal de niveau 2 est à la fois savoir et action, à la fois descriptif de la doctrine et prescriptif des modes de compréhension. Dans cette logique, les théories de la doctrine sont des discours tenus d'un point de vue externe tant qu'elles ne deviennent pas prescriptives ; c'est-à-dire tant qu'elles ne formulent pas de prescriptions de type méthodologique sur la mission de la doctrine, sur les règles d'interprétation des textes doctrinaux, sur ce qu'il faut penser de la place de tel auteur dans l'histoire de la pensée juridique⁹⁸. Incidemment, les ouvrages qui en France s'intitulent *méthodologie juridique* ou *théorie générale du droit* sont le plus souvent des ouvrages de niveau 1 ou *infra*, puisqu'ils formulent des prescriptions relatives au bien-raisonner en droit.

À ce niveau 3, sont formulées des théories explicatives des discours sur la doctrine ; on en adopte le point de vue pour décrire les différentes « doctrines de la doctrine ». Le professeur François Terré s'est livré à un exercice de ce genre dans un texte publié aux mélanges offerts au doyen Simler⁹⁹ ; l'auteur y analyse les

⁹⁷ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1^{er}, 2^e éd., 1901, n. 224 ; également, F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, précité, p.189, à propos du juriste face au cas difficile : "La croyance abstraite à la justice est une condition primordiale du droit. Toujours cependant on le retrouve [le jurisconsulte] indispensable pour donner aux règles juridiques cette fermeté, cette précision, cette sécurité et pour tout dire d'un mot, cette adéquation à la vie, qui ne saurait résulter d'une investigation purement scientifique".

⁹⁸ Voy. en particulier l'ouvrage de J. Bonnet, *La pensée juridique de 1804 à l'heure présente*, 1933.

⁹⁹ F. Terré, « La doctrine de la doctrine », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, 2006, pp.59-74.

différentes manières dont est conçue et théorisée la doctrine, à la fois comme discours « l'écrit doctrinal », mais aussi comme « entité », comme « communauté », ... et décode les conditions des propositions méta-doctrinales qu'il rapporte¹⁰⁰.

A ce niveau aussi le discours explicatif est à la fois savoir et action, à la fois descriptif et prescriptif, analytique et rhétorique. Si l'auteur ne se contente pas de présenter les différentes théories, de relever les éventuelles contradictions ou ambiguïtés, de préciser les fondements philosophiques des propositions de niveau 2 mais induit le rejet d'une présentation ou l'adhésion à une théorie, ou bien amende une troisième, le discours se place au niveau de son objet.

[Niveau (n)]. Discours sur la doctrine... de la doctrine

20. Niveaux de discours sur le droit - Le discours 'juridique' de niveau (n) a pour objet d'élucider les conditions des énoncés de niveau (n-1).

Il est analytique lorsqu'il maintient l'extériorité du discours de niveau (n).

Il est rhétorique lorsqu'il promeut un effet d'adhésion à l'une des positions analysées. Quoique formellement extérieur à son objet, il se place alors à son niveau (n-1).

Cette ambivalence fondamentale des discours sur le droit qui les teinte toujours d'une couleur rhétorique alors pourtant qu'il s'agit de discours savants, tient à ce que contrairement à la mathématique ou la physique, la connaissance juridique ne porte pas à proprement parler sur des *objets au sens strict*. S'il est admis que la connaissance scientifique est une connaissance d'*objets*, et en retour que toute connaissance d'*objets* cohérente et efficace ne peut être que scientifique - ceci pour dire que, par rapport aux impressions et aux affects, le concept est le mode de représentation qu'utilise la science⁽¹⁰¹⁾ -, il reste que le concept ne se réduit pas à la représentation d'*objets*. Il y a des connaissances *en concepts et sans objets*⁽¹⁰²⁾.

¹⁰⁰ Petit clin d'œil en passant, le professeur Terré nous fait l'honneur de rapporter certaines propositions de notre thèse de doctorat dont l'essentiel est synthétisé plus haut au [niveau 2] ; il y décèle l'influence de Bourdieu. Peut-être a-t-il raison puisque son discours est externe par rapport au texte qu'il analyse - et que le texte échappe à son auteur quand il est dans les mains de l'exégète -, mais d'un point de vue cette fois-ci purement psychologique et personnel, ce serait plutôt Michel Foucault pour *L'archéologie du savoir et l'ordre du discours*, Imre Lakatos pour *Preuves et réfutations*, Paul Feyerabend, *Contre la méthode* mais aussi et plus directement Gilles Gaston Granger, *Pour la connaissance philosophique*.

¹⁰¹ G.G. Granger, *Pour la connaissance philosophique*, O. Jacob 1988, p.151

¹⁰² G.G. Granger, *Formes, opérations, objets*, VRIN 1994, p.389.

Ainsi, le concept juridique se présente, à la manière du concept philosophique, comme une représentation d'un vécu dans un système de symboles, et une représentation est conceptuelle lorsqu'elle offre à la pensée une articulation entre l'expérience et le système symbolique, autrement appelé la tradition savante, la théorie générale du droit, le droit commun, le droit romain, le droit comparé...

Mais autant les discours juridiques se problématisent à partir de l'expérience, comme le discours scientifique, autant, contrairement au système scientifique, le discours doctrinal n'est pas déduit ; le travail doctrinal ne consiste pas en la formulation d'axiomes, suivie d'un mouvement déductif qui en tirerait les conséquences. Il s'agit plus d'un commentaire perpétuel d'expériences. De ce fait, la question de la neutralité politique ou épistémologique de ces discours est cruciale dès lors que l'on admet qu'il existe une connaissance juridique en dehors d'un système formel (qui serait celui de la science du droit)¹⁰³.

¹⁰³ D. Lochak, "La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?" in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, LGDJ, 1994, p.298.

Chapitre 2

Kelsen et la littérature de droit privé

in T. Hochmann, X. Magnon, R. Ponsard, *Un classique méconnu: Hans Kelsen*, Mare & Martin, 2017 à paraître

1. *Pure*. Il se dit parfois et souvent pour le regretter, que la pensée de Hans Kelsen est dominante y compris en droit privé. Pour vérifier cette proposition ou l'infirmier, il faudrait pouvoir tracer les contours d'un ample *corpus* de textes doctrinaux et y chercher des références explicites ou implicites à l'œuvre du juriste autrichien. Ce travail demanderait une armée de connaisseurs des différentes versions de la *théorie pure du droit et générale des normes*¹⁰⁴ qui seraient en même temps des spécialistes des différentes branches du droit privé. Le plus grand obstacle est ici. Sans doute est-ce une particularité française, mais les connaisseurs de l'un sont le plus souvent ignorants des matières techniques du droit privé, matières que les autres maîtrisent sans égard pour la théorie, ou si peu, ou si tard.

Ce manque d'intérêt des privatistes pour la théorie du droit du 20^e siècle a toujours été un facteur d'éloignement de la pensée de Kelsen des techniciens du droit privé, comme si par délégation, ils s'en remettaient aux publicistes pour traiter des idées politiques, de la théorie de l'Etat et des normes. Les exceptions ne sont pas légion au 21^e siècle¹⁰⁵. Pour autant, l'illusion de pouvoir identifier les prétendus facteurs d'influence à partir d'un *corpus* étendu a mis du temps à se dissiper, et ce d'autant plus que cette recherche a fait apparaître en filigrane plusieurs représentations du normativisme kelsénien, souvent à contre-jour venant contredire l'influence prétendue.

¹⁰⁴ H. Kelsen, [TPD 1] *Théorie pure du droit* (1934) trad. fr. par H. Thévenaz, La Baconnière, 1953, rééd., 1988 ; [TPD 2] *Théorie pure du droit* (1960) trad. fr. par Ch. Eisenmann, Dalloz, 2^e éd., 1962 ; [TGN] *Théorie générale des normes* (1979), trad. fr. par O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996 ; [TGDE] *Théorie générale du droit et de l'État*, (1945) trad. fr. B. Laroche et V. Faure, Paris, LGDJ - Bruylant, 1997.

¹⁰⁵ R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, Lextenso, 2013 ; V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique*, Le droit de la gouvernance, LexisNexis, 2015.

2. *Division*. Pour mémoire, la césure idéologique qui distingue le droit public du droit privé a également creusé le fossé entre les commentateurs : au cours du 19^e siècle, la littérature juridique s'est constituée en France de part et d'autre de ce qui deviendra une *summa divisio*¹⁰⁶ ; l'exégèse du Code civil qui a précédé puis accompagné l'invention du droit constitutionnel, a produit aux commentaires des articles 1^{er} à 6, de petits *traités des lois*, naturalistes, décrivant et expliquant l'organisation et l'agencement des rapports normatifs permanents et des autorités créatrices nouvelles¹⁰⁷. Le tournant du 20^e siècle changera la donne pour partie. Au fur et à mesure que la littérature constitutionnaliste s'empare de la théorie du droit et de l'Etat, la science du droit privé se technicise¹⁰⁸ : apparaissent les traités pratiques¹⁰⁹ et les cours de droit privé positif¹¹⁰. Néanmoins, les programmes d'études des facultés de droit françaises, continuent de confier aux privatistes en première année de droit, une matière héritée des commentaires des premiers articles du Code civil, rénovée dès la toute fin du 19^e siècle sur le modèle de la partie générale du BGB¹¹¹, et poursuivie au 20^e siècle, sous des formes et dans des collections diverses¹¹². Encore aujourd'hui, les sections 01 des facultés de droit

¹⁰⁶ M. Boudot, « L'enseignement du droit, un instrument de la *summa divisio* ? », in P. Deumier et B. Bonnet, *La summa divisio droit public / droit privé présente-t-elle encore un intérêt aujourd'hui*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, pp.245-253

¹⁰⁷ N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, LGDJ, 2002, en particulier le chapitre intitulé « L'embarrassant droit naturel », p.255 et sq. ; *adde* divers chapitres in A. S. Chambost (dir.), *Histoire des manuels de droit*, LGDJ, Collection – Contextes, 2014.

¹⁰⁸ F. Gény, *Méthode et sources en droit privé positif*, [1899] LGDJ, 2^e éd., 1919 ; – Science et technique en droit privé, 4 volumes, Sirey, 1914-1924.

¹⁰⁹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 1925-1930.

¹¹⁰ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, tome 1, Sirey, 2^e éd., 1932.

¹¹¹ H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, A. Pédone, 1898 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1er, Pichon, 2^e éd., 1901, n.149 et sq. Pour quelques explications sur ce changement de format d'un siècle à l'autre en raison de l'arrêté du 24 juillet 1895, maintenu malgré la contre – réforme du 20 juillet 1904, M. Boudot, « Claude Bufnoir (1832-1898), avec les textes pour assises mais au-dessus des textes et par-delà les textes », Présentation pour la réédition de C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, LGDJ, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2005.

¹¹² J. Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 1926 ; A. Colin et H. Capitant, *Précis de droit civil*, tome 1^{er}, Dalloz, 6^e éd., 1936 ; continué par L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil, d'après le cours de droit civil français d'Ambroise Colin et Henri Capitant*, tome 1^{er}, 9e éd., 1947 ; G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, tome 1^{er}, LGDJ, 1942 ; R. Savatier, Cours de droit civil. 1. Notions générales, 1947 ; H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome 1^{er}, Montchrestien, 1955, 5^e éd. 1972, par M. de Juglart, 12^e éd., 2000, par F. Chabas ; J. Brèthe de la Gressaye et M. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947 ; J. Carbonnier, *Droit civil I*, PUF, 1955 [dern. éd. 2004] ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires*, Sirey, 1961 ; Ph. Malaurie, *Cours d'introduction à l'étude du droit et*

sont propriétaires du cours d'introduction au droit, qui dessine de l'ordre juridique, des représentations concurrentes de celles que l'on rencontre dans les enseignements constitutionnalistes commis par les sections 02¹¹³. Il existe toutefois des manuels d'introduction générale au droit rédigés par des publicistes mais ils sont très minoritaires¹¹⁴.

3. *La vulgate*. Vulgariser et divulguer ont la même racine mais n'ont pas les mêmes extensions, ni la même valeur. L'expression utilisée par Rémy Libchaber et Olivier Jouanjan pour qualifier ce qui est passé dans le savoir commun [ou plutôt dans le *croit-savoir* commun] de l'œuvre de Kelsen, n'est pas très flatteuse pour les lecteurs non-spécialistes¹¹⁵, et n'étant (toujours) pas moi-même germanophone, je me rangerais dans la catégorie des passeurs vulgaires, victimes passives des traîtres. *Traduttore, traditore*. Cela étant dit, il n'y a pas besoin d'atteindre un grand niveau de finesse pour observer où Kelsen a été le plus mal compris.

Et si les références et citations sont minces dans la littérature juridique française de droit privé, au point de se demander parfois si la pyramide des normes ne serait pas l'œuvre d'un quelconque pharaon, cette minceur s'explique facilement : d'une part, une grande partie de la doctrine française reste attachée à une perspective naturaliste ou un réalisme ontologique qui rejettent d'emblée le projet kelsénien ; d'autre part, les critiques venues de son propre camp, qui ont amendé et resitué les thèses normativistes¹¹⁶, ont contribué à discréditer autant qu'à perfectionner le modèle original : apparu brouillé à ceux qui l'entendait d'une oreille technicienne, le message s'est peu diffusé. Ce manque de références rend l'interprétation délicate ; il serait particulièrement fallacieux de prétendre que Kelsen n'aura pas été correctement lu de ceux qui n'ont pas adhéré à ses

droit civil, Les cours de droit, 1968 [Cujas, 1994 ; Defrénois, 6^e éd., 2016] ; A. Weill, *Introduction au droit civil français, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 1968 ; R. Perrot, *Éléments fondamentaux du droit*, Les cours de droit, Fascicule 1, 1970/1971 ; B. Stark, *Droit civil, introduction*, Litec, 1972 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1977, 4^e éd. 1994 avec M. Fabre-Magnan.

¹¹³ C'est un double enjeu politique et théorique de l'évolution des programmes d'enseignement : P. Deumier, « La mutation des sources du droit privé et l'introduction à l'étude du droit », *Rev. dr. Assas*, 2012, p.31 et sq.

¹¹⁴ W. Benessiano, *Introduction générale au droit*, Coursus, Armand Colin, 2013 ; et évidemment, M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspero 1976.

¹¹⁵ R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, p.410 ; O. Jouanjan, « Remarques critiques sur L'ordre juridique et le discours du droit », *Rec. Dalloz* 2014, p.994.

¹¹⁶ Sur la multiformité des structures hiérarchiques, V. Champeil-Desplats, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la constitution », in M. Troper et D. Chagnollaude, *Traité international de droit constitutionnel*, tome 1, Dalloz, 2012, pp.734-764

thèses¹¹⁷ ; il est en revanche possible de prétendre qu'il aura été combattu par ceux qui l'auront exposé en déformant sa pensée avant d'en faire la critique¹¹⁸. Le plus souvent, l'artifice rhétorique consiste à traiter les concepts et instruments d'analyse utilisés par l'adversaire comme des réalités, et d'en conclure qu'elles n'existent pas ou fonctionnent mal. Le paralogisme est d'autant plus facile lorsque le discours de vulgarisation a contribué à hypostasier le concept ou à incarner la métaphore. On a alors toujours raison de dénoncer l'échec de la pyramide¹¹⁹. Mais pour cela, encore faut-il que ces exposés soient consistants, et la littérature de droit privé technicisée du 21^e siècle n'en est pas l'endroit.

4. *Que chercher ?* Le projet de Kelsen est un projet scientifique, inscrit dans une perspective de non-cognitivism éthique : qu'il ait été mené à bien ou qu'il soit resté mort-né n'est pas ici le propos. La question est de savoir si la littérature juridique de droit privé s'est rendue compatible et dans quelle mesure, avec ce projet de constituer une science du droit exempte de toute idéologie.

Mon but a été d'emblée d'élever la théorie du droit, qui consistait essentiellement en développements plus ou moins camouflés de politique juridique, au rang d'une véritable science, qui prendrait place aux côtés des autres sciences morales. Il s'agissait pour moi d'approfondir les recherches déjà entreprises en vue de mieux connaître la nature du droit et sa structure, indépendamment de son contenu, avec le souci de tendre dans toute la mesure du possible vers l'idéal de toute science, soit l'objectivité et l'exactitude¹²⁰.

¹¹⁷ C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 3^e éd., 2012, pp.51-60 ; Ph. Malaurie, *Droit civil, Introduction générale*, Cujas, 1994, n.32, p.31 et sq. ; X. Labbée, *Introduction générale au droit, Pour une approche éthique*, Septentrion, 4^e éd., 2010 ; A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p.229.

¹¹⁸ Ce n'est pas récent. Par exemple, avant même la publication de la *théorie pure du droit*, la mise au ban de l'école de l'exégèse a servi la lutte contre le normativisme des premières années : « La doctrine de l'exégèse a été, elle, résolument moniste, puisqu'elle a refusé en somme toute action effective sur la vie juridique à la notion de droit ou de droit naturel. Elle n'a voulu connaître que le droit positif et elle s'est située à cet égard dans le cadre de l'ordre étatique (...) La conception de l'École de l'exégèse évoque de la sorte par avance le système moniste du professeur Kelsen » dicit J. Bonnet, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, tome 2, Delmas, 1933, p.200-201, n°375. La même assimilation entre Kelsen et l'Exégèse se retrouve chez P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, LGDJ, 1946, p.271. La réhabilitation des exégètes par Ph. Rémy, « Éloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, n°1, p. 115 et sq. n'a pas pour autant fait du maître poitevin, un kelsénien.

¹¹⁹ Sur l'échec du système hiérarchique, voy. P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p.749 ; ce texte critique est désormais une référence dans la littérature de droit privé, où il est parfois cité sans que Kelsen ne le soit. L'échec du concept de hiérarchie est attribué au foisonnement des sources réelles : c'est une confusion volontaire de la hiérarchie (des organes et) des normes en tant que concept explicatif, et des faits décrits pour la dénonciation.

¹²⁰ [TPD 1], préface.

Nous ne discuterons pas non plus la question de savoir si le projet kelsénien était lui-même imbibé de militantisme¹²¹ et d'idéologie scientiste, relativiste, totalitariste, sceptique, etc... Mais je voudrais rappeler que ce projet de constituer une science du droit n'était ni le seul, ni le premier. Les auteurs naturalistes du tournant du 20^e siècle qui inspirèrent la réaction kelsénienne poursuivaient aussi ce but. En France, François Géný portera un autre grand projet, lui dont l'influence sera considérable chez les juristes de droit privé ; mais là où les thèses de la rénovation du droit naturel s'efforceront de découvrir les constantes du droit par la voie d'une interprétation axiologique de la tradition et de l'histoire, Kelsen construira un objet épuré. Les deux voies diamétralement opposées, avaient néanmoins en commun l'ambition d'établir une sorte d'objet minimal sur lequel tous les juristes pourraient s'entendre. Géný voyait cet objet dans "l'irréductible droit naturel"¹²², Kelsen le construira de manière stipulative comme système [dynamique] hiérarchisé de normes¹²³.

5. *Où chercher ?* En France, les *introductions au droit* possèdent la particularité de former une littérature ambivalente¹²⁴ ; elles sont pour partie initiatiques puisqu'elles s'adressent à des débutants. Elles fournissent aussi, quand le format éditorial le permet, une sorte de *compendium* théorico-philosophique vers lequel l'étudiant avancé, comme l'enseignant, se retourneront à l'occasion d'un concours. Elles présentent toutes dès les premières pages ce que l'auteur entend par « le droit », « la règle de droit » ou « le système juridique »¹²⁵, où il dévoile plus ou moins les conditions de ses énoncés.

¹²¹ J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 45 (2001), p.17-32

¹²² F. Géný, *Science et technique en droit privé positif*, tome II, Deuxième partie. Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel), Sirey, 1915.

¹²³ [TPD 2], p.261 « Les systèmes de normes qui se présentent comme des ordres juridiques ont pour l'essentiel un caractère dynamique. Une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, (...) elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon ».

¹²⁴ Voy. une analyse de l'évolution des contenus : P. Ancel, « Les manuels d'introduction au droit : de Capitant à la période contemporaine », in A. S. Chambost, *Histoire des manuels de droit*, LGDJ, Collection – Contextes, 2014, p.133 - 146

¹²⁵ J.-P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 2^e éd., 1994, p.26 et sq. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 4^e éd., 1996, n.6, p.7 et sq. ; J. Carbonnier, *Droit civil I*, PUF, Quadrige, 2004, [3] ; C. Larroumet, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 5^e éd., 2006, p.37 ; G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, p.11 et sq. ; M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit*, Cours et méthodologie, PUF, 2009, p.27 et sq. ; J. Bonnard, *Introduction au droit*, Ellipses, 4^e éd., 2010 ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd., 2013, p.17 et sq. ; C. Beignier et C. Bléry et A.-L. Thomat Raynaud, *Introduction au droit*, LGDJ Collection Cours, 2014 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10^e, 2015, n.5 et sq. ;

Une partie de ces ouvrages ne dissocie pas le droit et le contenu des règles : d'un point de vue méthodologique, les juristes disent le droit quand ils parlent de droit. Cette consubstantialité de la forme et du contenu est héritée d'une longue tradition naturaliste qui voit dans la Nature ou dans la Raison le guide suprême des décisions infaillibles, et justifie que la doctrine se présente naturellement comme Juge de la *relevance* des solutions et des règles posées. Cette perspective est cognitive qui voit dans le droit une hiérarchie des valeurs, et dans le juriste, le détenteur d'un savoir sur les valeurs morales¹²⁶ ; cette position est évidemment imperméable aux idées de Kelsen.

Une autre fusion de la forme et du contenu s'aperçoit chez les auteurs qui parlent de droit pour désigner simultanément l'ensemble des règles formant l'ordre juridique, et la dogmatique. « L'ordre juridique n'est pas d'une seule pièce. Le droit se divise en branches »¹²⁷. Le tout étant appelé système juridique. L'étude et la connaissance de la dogmatique permettront à l'étudiant de *raisonner* logiquement pour déterminer la solution et évincer les conséquences qui pourraient apparaître choquantes. « C'est bien pourquoi la définition [du droit] est si difficile. Car il est cette médiation entre le juste et le sage qui, dans toute société humaine, tend à une création de modèles appelés à composer un système de règles et de solutions sans cesse recommencé »¹²⁸. Cette position révèle un positivisme sociologique teinté de réalisme ontologique permettant de décrire le droit, et le droit positif en particulier, comme phénomène social et linguistique et ce, tout en portant des jugements de conformité sur ce qui socialement bon, moral, ou juste¹²⁹.

C. Albiges, *Introduction au droit*, Larcier, 2^e éd., 2015, p.22 et sq. ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 11^e éd., Cours Dalloz, 2015, p.6 et sq. ; D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, LexisNexis, 7^e éd., 2016, p.15 et sq. ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 16^e éd., 2016 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, Defrénois, 6^e éd., 2016, p.13 et sq. ; J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et aux thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 16^e éd., 2016, p.3 et sq. ; atypiques, R. Encinas de Munagorri, *Introduction générale au droit*, Flammarion, 3^e éd., 2011 qui présente les règles de droit après les personnes ; A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipse, 1997, notamment « chacun sa place », p.41 et sq.

¹²⁶ Ph. Malaurie et P. Morvan, 6^e éd. 2016, n.36, p.53-54 ; A. Sériaux, 1997, n.51, p.39

¹²⁷ G. Cornu, 13^e éd. 2007, n.194

¹²⁸ F. Terré, 10^e éd., p.48, n.52 *in fine*

¹²⁹ C. Larroumet, 5^e éd., 2006, n.67, p.35 : « En définitive, il est très difficile, sinon impossible, de ne pas réintroduire au niveau de l'observation des faits l'appréciation de la valeur de ces faits et donc l'aspiration vers un idéal auquel la règle de droit doit être conforme. Par conséquent, s'il est vrai que le droit est le produit du corps social, il n'a une véritable valeur obligatoire que s'il correspond aux aspirations de la collectivité. Il est difficile de rejeter totalement l'idéalisme juridique. Cependant cet idéalisme, bien loin d'être le reflet d'une raison ou d'une conscience universelle qui n'existe pas, n'est en réalité constitué que par les diverses aspirations d'un groupement déterminé, à un moment donné

Une autre partie des *introductions au droit* aborde l'exposé liminaire au moyen d'une posture méta-discursive pour décrire aux étudiants les différentes significations de ce qu'ils entendront par *droit* au cours de leurs études. Ces présentations ne rejettent pas *a priori* le projet kelsénien, et s'en inspirent parfois¹³⁰. Il est sous-entendu ou affirmé que le droit est un discours déployé au moyen de normes, organisées, hiérarchisées ; l'ordre juridique est décrit comme producteur de contrainte ; la dissociation entre forme et contenu y est expliquée ; mais cette posture peut être aussi un refus d'imputer un objet à la science du droit. « En tout état de cause, l'énigme de la définition du droit reste intacte, seule sa manifestation étant plus complètement élucidée et son fonctionnement plus précisément décrit »¹³¹. Le droit en soi existerait-il ?

6. *Monisme*. Pour décrire des situations autres que révolutionnaires et les situations de guerre civile, la théorie de Kelsen est moniste, mais elle n'est pas étatiste et bien moins centrée sur le droit moderne de l'Europe continentale que la caricature qui en est faite¹³².

*En tant qu'organisation politique, l'Etat est un ordre juridique. Mais tout ordre juridique n'est pas un Etat ; ni l'ordre juridique pré-étatique des sociétés primitives, ni l'ordre juridique international, supra-étatique ou interétatique ne représentent un Etat*¹³³.

Le concept de Constitution comme la hiérarchie des normes sont des instruments théoriques décrivant la norme positive de plus haut degré régissant la production

de son histoire ou de son évolution. Il n'y a pas de système universel de référence, mais il y a des aspirations et des tendances sociales contingentes. La règle de droit n'est légitime que si elle correspond à ces tendances ».

¹³⁰ D. Mainguy, 7^e éd., 2015, n.4, p.6-7 ; P. Deumier, 2^{nde} éd. 2013, n.5, p.13 *et sq.*

¹³¹ P. Deumier, 2^{nde} éd. 2013, n.158, p.132

¹³² P. Puig, à la *RTD civ.* 2001, p.749 « L'échec [du système hiérarchique] est celui d'une construction intellectuelle fondée sur le rationalisme constructiviste qui prétend réduire le phénomène juridique à une cascade de raisonnements déductifs développés sous l'autorité omnisciente et omnipotente de l'Etat » ; J. Bonnard, *Introduction au droit*, Ellipses, 4^e éd., 2010, p.15 « Le culte prussien de l'Etat et de la loi qu'il ordonne s'exprime parfaitement dans le normativisme de Hans Kelsen (...). Kelsen énonce alors le principe selon lequel la validité de chaque norme résulte, non pas de son contenu, mais de sa régularité formelle. Autrement dit, la validité de la norme dépend de sa conformité, dans l'ordonnement juridique, à la norme supérieure qui l'a engendrée. Et dans la mesure où cet ordonnancement provient de l'Etat, la norme fondamentale, le droit positif est identifié à l'Etat ».

¹³³ [TPD 2], p.378-379 ; sur la comparaison entre les représentations au haut-moyen âge et depuis l'Etat moderne, à propos des adressataires des normes juridiques, [TPD 2], p.44 ; [TGN], chapitre 22, p.115

des normes dérivées ; peu importe que la Constitution soit gravée dans le marbre ou que sa trace soit orale, répétée par des Pontifes. Pour autant la *Théorie pure du droit*, pensée au 20^e siècle pour expliquer le droit positif est contingentée par le droit positif tel qu'il est produit au 20^e siècle, à savoir par des ordres juridiques nationaux et étatiques. Lorsque l'Etat moderne aura disparu, la *Théorie pure du droit* sera falsifiée si elle n'offre aucune description cohérente et efficace de ce qui suivra ; il est possible que l'avènement de l'intelligence artificielle soit une puissante raison de repenser les termes d'un débat où la norme valide ne serait plus posée par un acte de volonté humaine¹³⁴.

Cette recherche se concentrera donc sur un domaine restreint à deux fronts : les manuels d'introduction au droit, qui présentent l'architecture du système juridique aux étudiants débutants, c'est là l'essentiel des traces contemporaines de l'œuvre de Kelsen ; et par effet de miroir, la littérature prédictive ou prospective où se dessine un Anti-Kelsen. Un troisième front pourrait être ouvert en étudiant la littérature relative au contrat mais l'empreinte laissée par la conception kelsénienne n'est visible clairement que chez peu d'auteurs¹³⁵.

Quand cela sera possible, les éléments formant les traits caractéristiques du normativisme kelsénien seront mis en regard avec ce qui en est rendu compte dans la littérature privatiste, 1/. La hiérarchie des normes ; 2/. La Constitution, validité et conformité, 3/. La mystérieuse norme fondamentale, 4/. La métaphore des sources, 5/. L'interprétation authentique, 6/. L'éthique du discours doctrinal.

1/. La hiérarchie des normes

La norme qui règle la création est une norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques¹³⁶

¹³⁴ En attendant ce jour, s'il n'est déjà arrivé, voy. une défense du normativisme par O. Pfersmann, recension de l'ouvrage de F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *RID comp.*,3-2003, pp. 730-742 ; du même auteur, « Monisme revisité contre juriglobisme incohérent », in J.-Y. Chérot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p.63.

¹³⁵ Sur l'insertion du contrat dans la hiérarchie des normes, Ph. Jestaz, « La hiérarchie des normes : mythes et mystères », *Jurisprudence Revue critique*, 2014/2015, pp.57-66.

¹³⁶ [TPD 2], p.299

Au 21^e siècle, la littérature juridique de manuels d'introduction au droit a assimilé *grosso modo* le principe hiérarchique au point de devenir une présentation dite *classique*¹³⁷ ; passée par l'influence de Carré de Malberg, la hiérarchie des normes a mis du temps à s'imposer chez les constitutionnalistes¹³⁸, et plus en encore chez les privatistes ; François Terré y voit un phénomène relativement récent¹³⁹, encouragé par l'assimilation des mécanismes constitutionnels et la présence dans la loi elle-même de marqueurs ordonnant cette hiérarchie dans les parties législative et réglementaire des ensembles normatifs récemment codifiés¹⁴⁰. Cela étant dit, et quoique cela ne soit pas contestable, on constatera une grande hétérogénéité des présentations de la hiérarchie des normes.

D'abord, pour certains d'auteurs, la hiérarchie des normes est légicentrée sur la loi nationale: on s'intéresse à son cœur – la loi – plus qu'à son sommet – la constitution¹⁴¹ ; cette dissociation du sens technique de loi au sens de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 et d'un sens générique signifiant *norme générale*, n'est pas récent : elle est présente bien avant la V^e République dans la tradition juridique française, et elle n'est pas non plus étrangère à Kelsen¹⁴², mais son maintien provoque une métonymie et un paralogisme performants: la constitution est une loi, le code civil aussi, ce qui justifie que l'on continue à traiter

¹³⁷ M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, PUF, Que sais-je ? 2010, p.35 ; relevons toutefois que l'idée d'une hiérarchie des normes existait avant et indépendamment du normativisme : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1er, Pichon, 2e éd., 1901, qui traite dans sa « théorie générale des lois », des « diverses variétés de lois et de leur hiérarchie », n.149 *et sq.*

¹³⁸ O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 31, 1997, p. 481-509

¹³⁹ Confirmé par Ph. Jestaz, « La hiérarchie des normes : mythes et mystères », *Jurisprudence Revue critique*, 2014/2015, p.57

¹⁴⁰ Confirmé également par F. Terré, 10^e éd., n.245, p.195-196 : L'expression a été acclimatée par la doctrine surtout depuis [les années 1990]. Elle a acquis droit de cité dans la législation dans le même temps que d'aucuns soutenaient qu'elle n'existait pas. En effet, dans la loi [n° 99-1071] du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnance à la codification de la partie législative de certains codes, et ce en termes de droit constant, il a été précisé : « Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit ».

¹⁴¹ G. Cornu, 13^e éd., 2007, n.72 *et sq.* ; Ch. Larroumet, 5^e éd. 2006, n.171 *et sq.* ; D. Mainguy, 7^e éd., 2015, p.135, n.131 *et sq.* ; Ph. Malaurie et P. Morvan, 6^e éd. 2016 : Sources écrites : 1) *La loi* ; 2) *au-dessus et au-dessous de la loi* ; C. Beignier et C. Bléry et A.-L. Thomat Raynaud, 2014 : *La source principale du droit : la loi, amont et aval.*

¹⁴² [TPD 2], p.313

simultanément non sans ambiguïté les sources du droit et les sources du droit civil¹⁴³, et surtout à présenter les lois civiles avant la constitution tout en affirmant que la seconde a bien la première place dans l'ordre hiérarchique « car elle émane d'un pouvoir supra-législatif »¹⁴⁴.

2/. La Constitution, la validité et la conformité

L'adoption du double sens de *loi* n'induit pas toujours cette présentation : d'autres *petits traités des lois* contenus dans les *Introductions au droit* abordent la hiérarchie par la voie descendante et de façon détaillée avec la Constitution exposée en premier lieu et à son sommet¹⁴⁵. Mais qu'entend-on par Constitution ? Kelsen distingue constitution matérielle et constitution formelle.

Si l'on s'en tient aux seules normes positives, le degré suprême de ces ordres est formé par leur Constitution. Il faut entendre ici ce terme en un sens matériel [...] La Constitution ainsi entendue peut être créée soit par voie de coutume, soit [...] par acte de législation. [...]

Le terme Constitution est pris aussi en un sens formel : la Constitution au sens formel est un document qualifié de Constitution [...] Ces dispositions représentent la forme constitutionnelle; en tant que forme, cette forme constitutionnelle peut recevoir n'importe quel contenu, et elle sert en première ligne à stabiliser les normes que l'on a appelées la Constitution matérielle, et qui sont la base positive de l'ensemble de l'ordre juridique étatique¹⁴⁶.

¹⁴³ J. Carbonnier, 2004, [106] Les sources du droit civil : la source principale est la loi ; sans doute est-ce symptomatique d'une difficulté à concevoir le droit au prisme d'une seule hiérarchie formelle, sous la plume du doyen Carbonnier, la hiérarchie des lois a été reformulée : ce qui était désigné dans la 17^e éd. de 1988 [107] par « hiérarchie des textes selon leur contenu » (lois générales / lois spéciales) est devenu dans la dernière édition de 2002, « Les distinctions du droit privé » ; et [108] la « hiérarchie des textes selon leur forme » (Loi constitutionnelle / Loi organique /.../ Arrêté municipal) est devenu sans modification « les distinctions du droit public ».

¹⁴⁴ H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1996, pp.119-125, n.71

¹⁴⁵ F. Terré, 10^e éd. 2015, p.191, n.242 *et sq.* à comparer avec les éditions plus anciennes : A. Weill et F. Terré, 4^e éd., 1979, p.126 *et sq.* ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, 4^e éd., 1996, p.204, n.508 *et sq.* ; P. Deumier, 2^e éd., 2013, n.198 *et sq.* ; M. Fabre-Magnan, 2009, p.65 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, 4^e éd., 1994, p.210, n.252 *et sq.* ; R. Cabrillac, 11^e éd., 2015, p.99, n.103

¹⁴⁶ [TPD 2], p.300

Cette distinction est peu soutenue¹⁴⁷ dans la littérature d'*introduction au droit* qui généralement rend compte simultanément des procédures d'édiction des normes prévues par la Constitution du 4 octobre 1958 et des institutions qu'elle engendre ; elle est pourtant essentielle puisqu'elle conditionne la compréhension de la dimension dynamique de la pyramide, et permet de distinguer la validité de la norme, de la conformité de son contenu à celui de la norme supérieure.

Pour être valide, une norme doit nécessairement être posée [...]. Car la validité d'une norme est son mode d'existence spécifique [...]¹⁴⁸.

L'unité logique d'un ordre juridique semble être mise en question chaque fois que la création ou le contenu d'une norme inférieure n'est pas conforme aux prescriptions de la norme qui lui est supérieure, qu'il s'agisse d'une loi anticonstitutionnelle, d'une ordonnance illégale, d'un acte juridictionnel ou administratif contraire à la loi. [...] Si une loi en vigueur peut, en raison de la façon dont elle a été créée ou en raison de son contenu, se trouver en contradiction avec la constitution, il n'y a qu'une interprétation possible: il faut admettre que la constitution reconnaît non seulement la validité des lois qui lui sont conformes, mais aussi, dans un certain sens, celle des lois qui ne le sont pas; sinon on ne pourrait pas affirmer que de telles lois sont en vigueur¹⁴⁹.

Même si Kelsen n'est pas limpide sur le calcul des défauts¹⁵⁰, la hiérarchie kelsénienne ne repose pas sur une comparaison des contenus, mais sur l'ordonnancement des processus de production de normes¹⁵¹. En clair, des normes existent dans le système, c'est-à-dire sont valides, sans pour autant que leur contenu soit politiquement au diapason de celui de la norme supérieure. D'un point de vue formel, elles sont devenues normes [actes de volonté politique dont la signification est d'être des normes] à l'issue d'un processus d'édiction dessiné par la norme supérieure qu'elles concrétisent, mais intégrant le système, une fois posées, leur contenu politique peut être en contradiction aussi bien avec le

¹⁴⁷ F. Terré, 10^e éd. 2015, p.198, n.247-248 ; P. Deumier, 2^e éd., 2013, p.167, n.202 ; J.-L. Aubert et E. Savaux, 16^e éd., 2016, p.63, n.78 ; D. Mainguy, 7^e éd., 2015, p.180, n.181

¹⁴⁸ [TGN], chapitre 44, pp.229-234 ; [TPD 1], pp.42-44

¹⁴⁹ [TPD 1], p.138-139

¹⁵⁰ Th. Hochmann, « Les théories de la "prise en compte des défauts" et de l' "habilitation alternative" » in T. Hochmann, X. Magnon, R. Ponsard, *Un classique méconnu: Hans Kelsen*, Mare & Martin, 2017 à paraître

¹⁵¹ O. Pfersmann, « La production de normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. Troper et D. Chagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Dalloz, 2012, pp.483-528

contenu d'autres normes de même niveau, que celui de normes de niveaux inférieurs ou supérieurs. Encore plus nettement, selon Kelsen, une norme valide peut être inconstitutionnelle, et ce d'autant plus que la dynamique du système édicte, modifie, abroge, y compris des normes de niveaux supérieurs, affectant la *conformité politique* de la norme inférieure, non sa validité¹⁵².

L'idée est répandue qu' « *un texte de la catégorie inférieure est toujours subordonné aux textes de la catégorie supérieure. Il ne peut y déroger. Divers moyens juridiques font respecter cette hiérarchie*¹⁵³ » ; « *un texte d'une catégorie inférieure est généralement subordonné à sa conformité aux normes d'une catégorie supérieure et ne peut donc y déroger. Divers moyens juridiques tendent à assurer le respect de cette hiérarchie*¹⁵⁴ ». De telles propositions ramassées en peu de mots induisent l'idée que l'ordonnancement juridique reposerait sur une seule hiérarchie qui serait à la fois formelle [structurelle] et matérielle [substantielle], et partant, la non-conformité serait *de jure* une invalidité.

Chez Kelsen, ces deux hiérarchies sont déterminantes de la validité, et donc de l'existence des normes, mais d'un point de vue strictement factuel, une norme valide PEUT *déroger* à la norme supérieure impérative, et structurellement, et substantiellement, alors qu'elle NE le DOIT PAS. « La loi est soumise à la Constitution et doit respecter tant les règles qui encadrent son élaboration que les droits fondamentaux qui y sont garantis¹⁵⁵ ». D'où l'existence (*i.e.* la validité) dans l'ordre juridique de ces normes inconstitutionnelles ou illégales (*i.e.* non conformes).

(...) il résulte également qu'au sein d'un ordre juridique, il ne peut pas y avoir quelque chose de tel qu'une nullité : les normes qui font partie d'un ordre juridique ne peuvent pas être nulles, elles peuvent seulement être annulables (...) mais étant donné que l'acte qui établira [la nullité] a un caractère constitutif, puisqu'avant l'intervention de cet acte on ne peut pas affirmer en droit la nullité de la norme en question, et qu'elle apparaît ainsi comme l'effet de cet acte, cette « constatation », même si elle a lieu en forme de déclaration de nullité, signifie en vérité l'annulation rétroactive d'une norme considérée jusqu'alors comme valable¹⁵⁶.

¹⁵² [TGN], chap. 27, p.139

¹⁵³ J. Ghestin et G. Goubeaux, 4^e éd., 1994, p.209, n.251

¹⁵⁴ F. Terré, 10^e éd. 2015, p.196, n.245.

¹⁵⁵ P. Deumier, 2^e éd., 2013, p.247, n.306.

¹⁵⁶ [TPD 2], p.367 ; également, [TPD 1], p.142.

L'abrogation est la suppression de la validité d'une norme valide par une autre norme. La fonction d'une norme uniquement abrogatoire n'est pas le commandement, l'habilitation, la permission d'un certain comportement, comme c'est le cas pour d'autres normes. Elle ne dispose pas que, sous certaines conditions, un certain comportement doit avoir lieu, mais elle supprime l'être obligatoire d'un comportement statué par la norme jusque-là valide¹⁵⁷.

Kelsen n'a pas emporté l'adhésion des privatistes sur ce point ; sa position est pourtant compatible avec la théorie des nullités très majoritairement enseignée en droit civil au 20^e siècle, et qui subordonne la nullité d'un acte juridique à l'exercice d'un droit de critique et à son annulation¹⁵⁸. « Quoiqu'il voulût « purifier » la « science du droit » des apports des sciences humaines et du droit naturel, Kelsen raisonne en jusnaturaliste. Il commet en outre des erreurs (notamment, une norme illicite ou irrégulière – sans validité à ses yeux – n'en existe pas moins comme norme juridique jusqu'à ce qu'elle soit annulée ou abrogée) »¹⁵⁹. Ce point de vue peut paraître sévère de la part d'auteurs qui, approuvant l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité, expliquent justement que la disposition déclarée inconstitutionnelle est abrogée à compter de la publication de la décision (Const., art. 62)¹⁶⁰.

Un individu qui n'est pas habilité à le faire ne peut créer ou appliquer du droit. Ses actes n'ont pas objectivement le caractère de création ou d'application du droit, même s'ils ont été effectués subjectivement avec cette intention. Leur signification subjective n'est pas leur signification objective. Ces actes n'ont pas – comme l'ont dit – d'effet juridique ; ils sont nuls, c'est-à-dire n'existent pas juridiquement¹⁶¹.

Toutefois Kelsen distingue la nullité-inexistence d'un acte accompli en l'absence d'habilitation, et l'annulabilité qui sanctionne la violation d'une norme valide. Dans le second cas, une norme valide a été créée par une autorité habilitée, mais elle est jugée non conforme, et sortira de vigueur par l'annulation (rétroactive ou non). Dans le premier cas, elle émane d'un organe non habilité, et elle n'est jamais

¹⁵⁷ [TGN], chap. 27, p.139.

¹⁵⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, 1909 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 2, LGDJ, 4^e éd., 2013, n°2101 et sq. ; *Voy. Chapitre 13. La théorie des nullités.*

¹⁵⁹ Ph. Malaurie et P. Morvan, 6^e éd., 2016, p. 242, n.270.

¹⁶⁰ Ph. Malaurie et P. Morvan, 6^e éd., 2016, p.296, n.334.

¹⁶¹ [TGN], p.133

entrée en vigueur. Mais dans les deux cas, il faut un acte qui en constate l'inefficacité *erga omnes*, ou qui en valide la création.

3/. La mystérieuse « Norme fondamentale »

[La] norme fondamentale habilite l'individu ou les individus qui ont posé la constitution historiquement la première à poser des normes qui représentent la constitution historiquement la première. Si la constitution historiquement la première a été posée par la décision d'une Assemblée constituante, ce sont les membres composant cette Assemblée qui sont les individus habilités par la norme fondamentale; en revanche, si la constitution historiquement la première est née par voie de coutume, c'est la coutume ou, plus exactement, ce sont les individus, dont le comportement forme la coutume créant la constitution historiquement la première, qui sont les individus habilités par la norme fondamentale. C'est la norme fondamentale de l'ordre juridique qui repose en dernière instance sur la constitution historiquement la première (...)¹⁶²

La norme fondamentale d'un ordre moral ou juridique positif n'est pas une norme positive, mais une norme simplement pensée, c'est-à-dire une norme fictive, la signification d'un acte de volonté non pas réel, mais fictif¹⁶³.

Peu nombreux sont les auteurs d'*introduction au droit* à tenter de présenter aux étudiants débutants le fondement de la validité de la constitution et le recours fait par Kelsen à la norme fondamentale¹⁶⁴. Bien plus nombreux, sont les manuels qui, soit font silence sur le fondement de la hiérarchie des normes en s'en tenant à la seule description du droit positif français, soit rejettent en bloc la proposition kelsénienne sans la moindre analyse. « *L'analyse retenue par Hans Kelsen fait état d'une mystérieuse 'norme fondamentale' qui se situerait au-dessus de toutes les autres. Or cette norme n'a jamais été définie* »¹⁶⁵. Sévère point de vue qui mériterait d'être approfondi puisque précisément, Kelsen a défini *la norme*

¹⁶² [TGN], chap. 29, p.343

¹⁶³ [TGN], p.344 ; mais aussi [TPD 1], p.124, [TGDE], p.170 ; [TPD2], p.266

¹⁶⁴ D. Mainguy, 7^e éd., 2015, p.180, n.182 ; M. Fabre-Magnan, 2009, p.151-152

¹⁶⁵ C. Albiges, 2^e éd., 2015, p.57 ; *adde*, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, 4^e éd., 1996, n.390 : « Les insuffisances de Kelsen sont faciles à rapporter : (...) Tout l'édifice repose sur la norme hypothétique fondamentale, sommet mystérieux que la doctrine ne fonde pas juridiquement, ce qui entache d'infirmité l'ensemble de la construction ».

fondamentale en de multiples occasions, et fait évoluer ses formulations dans les quatre œuvres majeures auxquelles la doctrine a accès en français. Il est vrai que la compréhension des définitions et formulations de la norme fondamentale que Kelsen a produites demande à l'étudiant un lourd investissement d'intelligence avant d'être capable d'imaginer pouvoir produire une critique, autre qu'une dénonciation du mystère ou de la complexité du normativisme¹⁶⁶.

4/. La métaphore des sources

On présente souvent la législation et la coutume comme les deux « sources du droit » ; cette vue procède de ce qu'en parlant alors du droit, on ne pense qu'aux seules normes générales du droit étatique. Cette idée restrictive n'est pas correcte. Si l'on envisage le droit dans toute l'ampleur convenable, il apparaît immédiatement qu'il existe d'autres « sources du droit » que la législation et la coutume. D'abord les normes juridiques individuelles, (...) elles sont éléments constitutifs de l'ordre juridique aussi bien que les normes juridiques générales sur la base desquelles elles ont été créées ; d'autre part, le droit international (...)

(...) Mais l'expression [« sources du droit »] est également employée dans un sens non-juridique, lorsqu'on l'utilise pour désigner toutes les représentations qui influencent effectivement les fonctions de création du droit et d'application du droit, en particulier les principes moraux et politiques, les théories juridiques, les avis d'experts etc... La multiplicité des significations du terme « sources de droit (ou du droit) » laisse apparaître comme vraiment inutilisable¹⁶⁷.

La métaphore des « sources du droit » demeure généralisée dans la littérature de droit privé : et par opposition, même loin de toute adhésion au projet kelsénien, son abandon au profit d'exposés sur *la création de la règle de droit*¹⁶⁸ ou sa reformulation en *composantes* témoignent d'une volonté de s'inscrire dans une

¹⁶⁶ Voy. « La Grundnorm pour les Nuls » in Th. Hochmann, « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *Revue française de droit constitutionnel*, 1/2016 (N° 105), p. 37-56.

¹⁶⁷ [TPD 2], p.313-314 ; pour approfondir le concept normativiste de sources, voy. R. Guastini, *Le fonti del diritto (fondamenti teorici)*, in Cicu-Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2010, pp.44-86

¹⁶⁸ J.-L. Aubert et E. Savaux, 16^e éd., 2016, p.61, n.77, évincent les sources au profit d'une tripartition I/. L'identification de la règle de droit ; II/ La création de la règle de droit [1° La loi. §1 La distinction de la loi et du règlement. §2 Les textes spéciaux. A. Textes d'origine interne / B. Textes de nature internationale). § 3 La hiérarchie des textes ; 2° La coutume] ; III. T3 L'interprétation de la règle de droit [1° Les techniques d'interprétation ; 2°. La jurisprudence ; 3°. La pratique ; 4°. La doctrine]

perspective analytique du discours sur les « sources »¹⁶⁹, de même la précision faite entre sources productrices du droit et forces créatrices nourrissant le contenu¹⁷⁰. Il existe aussi de petits ouvrages spécialement dédiés à l'analyse de la métaphore des sources et qui en redessinent la présentation¹⁷¹.

Pour Kelsen, législation et droit coutumier sont sur le même plan lorsque la coutume est instituée par la constitution comme fait créateur de normes juridiques¹⁷² : ce sont comme les jugements ou les contrats, des sources formelles au sens où les normes qu'elles créent sont valides parce qu'elles en dérivent, et ce tant qu'elles ne sont pas annulées. En revanche, parler de sources *réelles* supposerait que la norme puisse dériver d'un fait ou d'une réalité sociale, à savoir d'un être, ce qui serait contraire au théorème de Hume sur lequel repose le projet kelsénien. Ensuite, parler de *sources* pour signifier *l'influence « des forces créatrices » sur le contenu* des normes, entretiendrait la confusion avec ces sources réelles inexistantes¹⁷³. Enfin, la *théorie pure du droit* ne propose pas une sociologie des normes : elle ne prétend pas expliquer les luttes politiques entre les autorités qui influencent la détermination politique des contenus des normes, et elle ne prétend pas non plus constituer des instruments de mesure de l'obéissance à la loi.

L'incompatibilité du projet kelsénien avec les conceptions traditionnelles de la doctrine française de droit privé se révèle ici à travers la distinction des

¹⁶⁹ F. Terré, 10^e éd. 2015, p.195, n.245

¹⁷⁰ P. Deumier, 2^e éd. 2013, p.54, n.61 *et sq.* ; également, avec T. Revet, v° Sources du droit, in S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p.1431 ; *adde* I. Hachez, « Le concept de force normative face à la théorie des sources du droit », in *Les Sources du droit revisitées*, vol. 4 (2012), pp.427-455

¹⁷¹ Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2015 ; S. Goltzberg, *Les sources du droit*, PUF, Que sais-je ? 2016.

¹⁷² [TPD 2], p.304 : Si le droit coutumier est, à l'instar du droit législatif, droit positif, c'est-à-dire droit posé, il doit nécessairement y avoir un acte de volonté individuel ou collectif ayant pour signification subjective le *Sollen* qui est interprété ensuite comme norme objectivement valable, comme droit coutumier.

¹⁷³ Les références sont abondantes à l'ouvrage de G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955 et son pseudo-positivisme, comme celui de P. Roubier, est aujourd'hui encore dominant : voy. M. Troper, "La doctrine et le positivisme", in D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP—PUF, 1989, p.291 : "La doctrine ne doit décrire les valeurs qui justifient les normes positives et en général la *ratio legis* que si elle entend exprimer des normes, qui régissent des situations non prévues par le législateur. Mais on ne doit pas oublier ce truisme que le droit positif, c'est seulement le droit posé. Les normes que la doctrine prétend exprimer relèvent au contraire du droit non posé. En réalité, lorsqu'elle est ainsi conçue et pratiquée, elle ne sert qu'à produire des arguments visant à persuader un juge. Elle n'est pas un véritable métalangage et les juristes qui la pratiquent agissent en réalité *de sententia ferenda*. Ils ne sont en réalité que des pseudo-positivistes"

sources formelles ayant *grosso modo* assimilé le principe hiérarchique, et des sources *informelles* ou *réelles*. Dans les *Introductions au droit*, les sources informelles, non-écrites, interprétatives ou réelles¹⁷⁴ ont des dénominations et une géométrie variable¹⁷⁵, mais pour l'essentiel elles comptent les principes généraux, la coutume, la jurisprudence, la doctrine et la pratique. La présence du concept de *sources réelles* montre la persistance d'une représentation, hors hiérarchie et hors habilitation, d'entités *extra-ordinem* dotées de pouvoir normateur qui est regardé, selon les cas comme créateur de normes juridiques. La jurisprudence en particulier n'est pas traitée comme source formelle, mais comme source réelle.

Les usages linguistiques de « jurisprudence » sont multiples et se détachent difficilement les uns des autres : *science du droit* dans sa version anglo-latine, *compilation de décisions* dans sa version bibliothécaire, *autorité dotée d'un pouvoir législatif de portée générale* dans sa version sourcée. Pour sa part, Kelsen admet bien que si la constitution ou la coutume le prévoient, les actes juridictionnels pourront avoir une portée générale, que d'autres actes d'exécution viendront concrétiser.

L'histoire de la promotion des hautes juridictions françaises au rang de « pouvoir créateur » est connue, - elle a été programmée par la doctrine du tournant du 20^e siècle¹⁷⁶-, qui aboutit en droit privé, à la constitution dès les années 1930 d'un système des grands arrêts concurrent du système du Code civil¹⁷⁷. Mais dans la littérature privatiste française, comment justifier la portée des arrêts au-delà des relations *inter partes*, comment la jurisprudence pourrait-elle être générale alors que la loi le lui interdit ? « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises »¹⁷⁸. Pour déjouer le paradoxe, et surtout pour affirmer la primauté du droit légiféré sur le système jurisprudentiel, le doyen Carbonnier, comme François Gény avant lui, distinguait les *sources* (Loi, coutume) des *autorités*

¹⁷⁴ G. Cornu, 13^e éd., 2007, p.46, n.72 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, 6^e éd. 2016, p.66, n.46 ; J.-P. Gridel, 2^e éd., 1994, p.210-212 *et sq.* ; comp. R. Cabrillac, 11^e éd., 2015, p.95, n.98

¹⁷⁵ Critique des présentations proposées par les *Introductions au droit* : Ph. Jestaz, 2^e éd., 2015, p.3-6.

¹⁷⁶ Voy. *Chapitre 4. Les programmes scientifiques*

¹⁷⁷ J. Carbonnier, 2004, [8], p.21

¹⁷⁸ Article 5 du Code civil. On peut se sortir de ce paradoxe par un paralogisme intelligent : si la loi interdit au juge de disposer par voie générale et réglementaire, elle n'interdit pas de disposer par voie seulement générale. C'est un paralogisme en ce que générale et réglementaire sont redondants, et le second n'avait pas un caractère technique en 1804.

(Jurisprudence, doctrine)¹⁷⁹. D'autres auteurs résolvent le paradoxe en affirmant la suprématie de la jurisprudence, droit vivant : « Le peu d'empressement que le Législateur a longtemps manifesté à accomplir sa tâche en matière de droit privé a permis aux tribunaux de jouer un rôle considérable dans la création du droit »¹⁸⁰. Plus subtilement le pouvoir créateur « n'a pas été usurpé par le juge, puisqu'il a l'obligation de combler les défaillances de la loi, en forgeant lui-même la règle lui servant à apprécier lui-même le cas soumis »¹⁸¹.

Sans aller jusqu'à affirmer que les sources réelles créent toutes des normes juridiques, la pratique est aussi souvent mise en avant pour son pouvoir de suggestion (Normes AFNOR, Chartes déontologiques, Règlements sportifs) et d'intégration à l'ordre juridique ; cet ensemble hétéroclite impose l'idée que le droit ne peut se résumer à un système formel de sources productrices de règles valides et que le contenu de ces règles, influencé par des sources réelles, en est aussi. On y reconnaîtra encore l'empreinte de la posture cognitiviste des valeurs que le projet de Kelsen entendait dénoncer¹⁸².

Quant à la doctrine, autorité, force créatrice, influence, ... elle ne crée pas en droit positif français, mais est représentée par son pouvoir de conviction. Il est très symptomatique que les traces, déjà minces, que l'on pouvait observer de Kelsen à propos de la hiérarchie des sources formelles, ne soient plus présentes pour l'explication des sources réelles, et c'est bien logique ; la théorie kelsénienne de l'interprétation est incompatible avec la plupart des représentations que la doctrine privatiste a des interprètes et d'elle-même.

¹⁷⁹ J. Carbonnier, 2004, [144] ; mais on observe des glissements chez ceux qui reprennent ce canevas : Cornu range les autorités (jurisprudence et doctrine) parmi les sources complémentaires, 13^e éd., 2007, p.227, n.438

¹⁸⁰ H. L et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 11^{ème} éd. par F. Chabas, 1996, p.170, n.108 ; R. Cabrillac fait de la jurisprudence une source de droit subordonnée à la loi (transformation de la décision en règle de droit), p.142

¹⁸¹ Un débat Pour et Contre, P. Deumier, 2^e éd. 2013, n.344 *et sq.* spécialement, n.356 *et sq.* ; R. Libchaber, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil » in G. Fauré et G. Koubi, *Le livre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p.143.

¹⁸² B. Beignier, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p.153 *et sq.*

5/. L'interprétation authentique

Les toutes dernières pages de la deuxième *Théorie pure du droit* sont consacrées à la théorie de l'interprétation¹⁸³. Je n'en ferai pas l'exégèse, ni n'exposerai les controverses entre constitutionnalistes¹⁸⁴.

Dans tous les cas d'indétermination du degré inférieur, intentionnelle ou non-intentionnelle, plusieurs possibilités s'offrent à l'application du droit [...] Le droit à appliquer représente un simple cadre à l'intérieur duquel il existe plusieurs possibilités d'application, et, ceci étant, tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en un sens possible quelconque, est régulier.

Si l'on entend « interprétation » la détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre. Alors l'interprétation d'une loi ne doit pas nécessairement conduire à une *décision unique tenue pour la seule exacte*; il est possible qu'elle conduise à plusieurs décisions qui sont toutes d'égale valeur — dans la mesure où l'on prend pour étalon de valeur uniquement la loi à appliquer —, bien qu'une seule d'entre elles devienne droit positif par l'acte de l'organe d'application du droit, en particulier du tribunal. Dire qu'un acte juridictionnel, un jugement ou un arrêt, est fondé sur la loi ne signifie pas qu'il est la norme qui peut être créée dans le cadre de la norme générale, mais seulement qu'il est l'une des normes individuelles qui pourraient toutes également l'être; en somme, cela signifie que la décision se tient à l'intérieur du cadre que représente la loi¹⁸⁵.

La distinction des interprètes forgée par Kelsen n'est pas ignorée de la doctrine privatiste. D'un côté, l'interprète scientifique ou doctrinal assume une fonction heuristique en quête des sens possibles, de l'autre l'interprète authentique est investi du pouvoir de choisir parmi les sens possibles, l'interprétation qu'il posera.

¹⁸³ [TPD 2], p.453-463

¹⁸⁴ O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel* 2002/4 (n° 52), p. 789-836 ; M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, 2/2002 (n° 50), p. 335-353 ; O. Pfersmann, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », p. 759-788 ; M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », in *Analisi e Diritto*, 2004, p. 99 ; E. Millard, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation », *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Economica, 2006, pp.725-734.

¹⁸⁵ [TPD 2], p.456-457

A l'intérieur du cadre, le juge ou l'organe habilité effectuera un choix politique ou axiologique, acte de volonté et non acte de connaissance.

Au 20^e siècle, la doctrine privatiste française a poursuivi, très majoritairement, une conception anti-kelsénienne fondée sur la conviction qu'il était possible pour le juge de découvrir l'interprétation correcte, la seule correcte, et ce parce qu'il était possible de la lui enseigner. Cette quête de la *solution unique* se manifeste encore aujourd'hui à travers la littérature méthodologique d'exercices destinés aux étudiants, commentaire d'arrêts et cas pratique. Elle se livre aussi dans celle, à l'adresse des juges, promouvant l'idée que l'unification de la jurisprudence est une œuvre savante fondée sur le principe incontestable de sécurité juridique¹⁸⁶.

L'interprétation juridique doit éviter avec le plus grand soin la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation "exacte" ou "vraie". C'est là une fiction dont la science du droit traditionnelle se sert pour maintenir l'idéal de sécurité juridique. Or, étant donné l'ambiguïté qui affecte, plus ou moins, la plupart des normes juridiques, cet idéal n'est réalisable qu'approximativement¹⁸⁷.

Kelsen reconnaît à cette fiction d'univocité une utilité sociale, mais elle contribue à faire passer pour vérité scientifique, de simples jugements de valeur politique. Il demeure même sceptique sur l'efficacité politique de la fiction d'univocité et fait observer qu'une interprétation véritablement scientifique, réalisée sur la base d'une analyse critique et décrivant toutes les significations possibles politiquement correctes et incorrectes, peut seule permettre à l'autorité habilitée de réduire à terme à un minimum les ambiguïtés et les équivocités inévitables de tout énoncé linguistique. Les auteurs qui, faisant mine de décrire les différentes significations et solutions possibles, prescrivent des choix, se trouvent en situation non plus d'interprètes doctrinaux ou scientifiques mais en situation de tribuns politiques. Kelsen condamne cette attitude mais observe très justement qu'« on ne peut naturellement pas le leur interdire¹⁸⁸».

6/. Ethique de la doctrine

Dès que les auteurs présentent la doctrine [et se représentent] comme autorité

¹⁸⁶ P. Brunet, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges », in V. Champeil-Desplats et N. Ferré (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ 2007, pp. 247-250.

¹⁸⁷ [TPD 2], p.463 ; [TPD 1], p.155.

¹⁸⁸ [TPD 2], p.463.

capable de guider, c'est-à-dire prescrire ce qui doit être, ils se placent dans une position antinomique du projet kelsénien et de la perspective de non-cognitivism éthique qui le soutient.

La doctrine juridique ne peut poser des actes formateurs de droit, car les actes formateurs de droit sont des *actes de volonté*, tandis que la science du droit ou la doctrine juridique est une fonction de *connaissance* et non de volonté. La doctrine juridique peut seulement énoncer qu'une certaine norme juridique est valide ; elle peut seulement décrire les relations entre des normes juridiques, ou entre des normes juridiques et d'autres normes, mais elle ne peut pas rendre valides des normes juridiques ou les priver de validité. Seule une autorité juridique, comme le législateur ou le juge, peut le faire¹⁸⁹.

Un commentaire scientifique doit se borner à indiquer les interprétations possibles d'une norme. Il ne peut pas décider que telle d'entre elles est la seule correcte ou la seule juste. Cette décision est un acte de volonté incombant exclusivement à l'organe qui a la compétence d'appliquer la norme en en créant une nouvelle. La plupart des commentaires qui se disent scientifiques sont en réalité des ouvrages de politique juridique¹⁹⁰.

Agir ainsi, c'est présenter faussement comme une vérité scientifique ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique. Par ailleurs, l'interprétation rigoureusement scientifique des lois étatiques ou des traités internationaux qui montre, sur la base d'une analyse critique, toutes les interprétations possibles, même celles qui ne sont pas politiquement souhaitables et qui n'ont peut-être pas été du tout voulues par le législateur ou par les parties contractantes, mais qui sont incluses dans la rédaction choisie par elles, une interprétation de ce type peut avoir une efficacité pratique qui dépasse de beaucoup l'avantage politique de la fiction d'univocité et clarté. Une telle interprétation, qui est vraiment scientifique, peut montrer à l'autorité qui crée le droit combien son œuvre est loin de satisfaire au postulat de technique juridique de formuler des normes de droit qui soient le plus univoques possible, ou tout au moins de les formuler de telle façon que les équivoques ou ambiguïtés inévitables soient réduites à un minimum, et c'est là ce qui assurera réellement le plus haut degré de sécurité juridique¹⁹¹.

¹⁸⁹ [TGN,] chapitre 28, p.155 ; [TPD 2], p.462-463.

¹⁹⁰ [TPD 1], p.140.

¹⁹¹ [TPD 2], p.463

La question déontologique fait débat¹⁹², et son ampleur déborde largement des manuels d'introduction au droit qui présentent aux étudiants, le « rôle » de la doctrine. Dans le discours récent, qu'il s'agisse de la littérature proto-législative¹⁹³, d'appels aux parlementaires rédigés au nom du droit¹⁹⁴, de pétition déguisée en analyse¹⁹⁵, qu'il s'agisse des commentaires des nouvelles réformes du Code civil¹⁹⁶, du Code du travail ou du Code de l'environnement, ou encore des commentaires des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la plus grande majorité des privatistes assument un discours prescriptif et prédictif, autant qu'un rôle prescripteur et prédicateur politique. Pour Kelsen, ces auteurs « cherchent à influencer sur la création du droit. On ne peut naturellement le leur interdire. Mais jamais ils n'ont le droit de le faire au nom de la science juridique »¹⁹⁷. Ils œuvrent au moyen de « soi-disant méthodes d'interprétation¹⁹⁸ » pour « présenter faussement comme une vérité scientifique, ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique »¹⁹⁹.

Face à de telles accusations consistant dans l'utilisation de méthodes fallacieuses pour dissimuler sous sa robe les conditions de ses énoncés, la doctrine privatiste ne se perçoit pas comme illégitime : mettre en garde le législateur contre les conséquences dogmatiques d'une loi nouvelle, c'est le travail d'analyse qui est demandé aux experts du droit pour qu'ils évaluent les qualités techniques d'un texte, et de ce point de vue, le magistère du professeur conjugue travail d'expertise juridique et appréciation des contenus à l'aune des *principes qui gouvernent le système juridique*. Cela vaut autant pour une réforme du droit de la famille ou de la procédure pénale aux forts accents militants que pour la réforme du régime général de l'obligation qui semble politiquement neutre. Dans cette

¹⁹² J.-D. Bredin, « Remarques sur la doctrine », *Mélanges Pierre Hébraud*, 1985, p. 111 ; M. Gobert, « Le temps de penser de la doctrine », *Droits-20*, 1994, p. 97

¹⁹³ P. Deumier, « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ? », *RTD civ.* 2006, p.63

¹⁹⁴ « La lettre de 170 juristes aux sénateurs » : <http://www.ndf.fr/poing-de-vue/16-03-2013/document-la-lettre-de-170-juristes-aux-senateurs-les-noms-des-signataires/>

¹⁹⁵ « François Fillon : appel de juristes contre un coup d'Etat institutionnel » : <http://www.atlantico.fr/decryptage/francois-fillon-appel-juristes-contre-coup-etat-institutionnel-geoffroy-vries-philippe-fontana-andre-decocq-2967969.html>

¹⁹⁶ D. Fenouillet, « Les valeurs morales », *RDC* 3/2016, p.589

¹⁹⁷ [TPD 2], p.463

¹⁹⁸ [TPD 2], p.458

¹⁹⁹ [TPD 2], p.463

perspective, l'expertise scientifique ne s'arrête pas au seuil d'un jugement de valeur sur la pertinence d'une proposition, mais elle l'implique : le juriste est donc celui qui apprécie et juge les lois, il prononce à leur endroit un jugement de compatibilité avec le système dogmatique²⁰⁰. Prévenir le législateur ou le juge contre les conséquences néfastes d'une loi nouvelle ou d'un revirement, n'est finalement que l'alerter sur la pente qu'il est sur le point de dévaler.

A propos de la polémique qui a secoué le *Recueil Dalloz* en 2013²⁰¹, concernant la lettre de 170 collègues invitant (prescrivant, commandant, ordonnant) les Sénateurs à faire obstacle au projet de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013, Alain Supiot dressait un panorama critique des positions tenues par les auteurs du débat, mais considérait comme intenable la position qualifiée de *surplomb* de « ceux qui prétendent pouvoir se dédoubler - et s'exprimer tantôt en membres de la doctrine, tantôt en purs scientifiques ». Ce faisant, il connotait *le surplomb* d'un caractère péjoratif comme si l'adoption de la distinction des points de vue interne et externe, ou de la distinction langue et métalangue, témoignait d'un sentiment de supériorité de celui qui les adopte, et non d'une démarche scientifique. Par surcroît, les auteurs du *droit de réponse* faisait remarquer non sans ironie, que la position de neutralité axiologique, prescrivant de ne jamais franchir la limite du jugement de valeur n'était sans doute qu'un fantasme dont les donneurs de leçons d'éthique ne se privaient pas.

D'un point de vue anthropologique, cette vision du normativisme, donneur de leçons de connaissance objective, n'est pas étrangère au style adopté par les

²⁰⁰ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1^{er}, 2^e éd., 1901, n. 224 « Le jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, ne se contente pas de résoudre des questions pratiques ; il apprécie et juge les lois. Pour cela, il a besoin de *critique*, et il ne peut posséder cette qualité que par une culture intellectuelle étendue : l'*histoire du droit* lui fera connaître l'*origine* des institutions ; l'*économie politique* lui en fera voir les *résultats pratiques* ; la *législation comparée* lui donnera des *points de comparaison* empruntés aux législations étrangères. C'est à cette condition seulement que le droit peut remplir sa mission » ; voy. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, p.189, à propos du juriste face au cas difficile : "La croyance abstraite à la justice est une condition primordiale du droit. Toujours cependant on le retrouve [le jurisconsulte] indispensable pour donner aux règles juridiques cette fermeté, cette précision, cette sécurité et pour tout dire d'un mot, cette adéquation à la vie, qui ne saurait résulter d'une investigation purement scientifique" ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n.18 ; « un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi ; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral ».

²⁰¹ A. Supiot, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Rec. Dalloz* 2013, 1421 à propos de : E. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez, V. Champeil-Desplats, « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! » <http://www.raison-publique.fr/article601.html> ; « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du Droit" ? », *Rec. Dalloz* 2013, p.784 ; B. Daugeron, A.-M. Le Pourhiet, J. Roux, Ph. Stoffel-Munck, « Droit de réponse : Mariage pour tous, silence pour quelques-uns... Tu patere legem quam ipse fecisti », *Rec. Dalloz*, p.784.

tenants de la perspective kelsénienne, au lexique adopté, aux thématiques traitées et sans doute aussi à la personnalité de ses promoteurs, mais l'on s'explique mal pourquoi les praticiens du cognitivisme éthique se taisent sur leurs postulats²⁰². Pour que les choses soient claires, et l'honnêteté le commande, il leur suffirait de dire avec Alain Sériaux : « Il n'est de science exacte que du droit naturel en définitive. Discréditée de longue date, humiliée au point de parvenir à se renier en ce XXe siècle sous l'influence de la pensée du juriste autrichien Hans Kelsen, la doctrine juridique peut alors relever la tête. Elle est de sang royal, divin même, et peut s'exclamer comme le vieux Tobie que ses amis raillaient en disant 'où est ton espérance ?' : Ne parlez pas ainsi car nous sommes enfants de saints (Tobie, 2, 16-18). Encore convient-il, bien sûr, qu'elle connaisse ses aïeux dont un des plus grands, le jurisconsulte romain Paul, enseignait : le mot *droit* a plusieurs sens. Le premier, dont on dit qu'il est le droit tout court, ce qui est juste et bon : le droit naturel (Digeste 1,1, 10) »²⁰³.

²⁰² Sur les postulats, Ph. Jestaz, 2^e éd., 2015, p.7-12 ; sur les théories d'arrière-plan, D. Vernant, *Introduction à la philosophie de la logique*, Mardaga, 1986, p.101 et sq.

²⁰³ A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p.229

Chapitre 3

Pour ou contre l'enseignement du droit par la dialogique
Pro et Contra

in *Obligations, procès et droit savant*, Mélanges en hommage à Jean Beauchard, LGDJ, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2013, pp.423-439.

Ce texte est un hommage à la mémoire de Jean Beauchard, et involontairement, il l'est aussi à celle de Christian Atias.

1. - J'ai rencontré Jean Beauchard en débarquant à Poitiers en 1999 ; j'arrivais du sud, c'était un homme de l'ouest. Il m'a beaucoup appris. Nos désaccords étaient nombreux, mais notre accord était sur la nécessité de la controverse et sur la force du débat, sur la puissance de la pensée et l'urgence de la recherche conceptuelle. Il n'est pas si courant à l'Université de rencontrer des enseignants humbles dans l'exposé et avides de critique. C'est encore moins courant dans les facultés de droit. Il faut avoir de la chance pour partager avec eux ce qui fait le sel et le piment du métier. En juillet 2009, mon ami Sébastien Pimont nous invitait en Savoie pour débattre de l'enseignement du droit au début du XXI^{ème} siècle au colloque inaugural de *Jurisprudence, revue critique* ; ce furent de riches discussions au cours desquelles Christophe Jamin et Mikhail Xifaras firent vaciller mes certitudes. Le ton amical n'empêche pas les opinions radicales, et la confrontation n'est pas l'affrontement, car de ces échanges même houleux surgissent l'inattendu et la science ; je veux dire que c'est souvent grâce à des expériences polémiques que l'on resitue ce que l'on tenait pour vérité et évidence. A la rentrée, nous avons continué de réfléchir aux questions d'enseignement puisqu'il y avait du contrat quadriennal dans l'air, et puis la discussion a cessé.

Aujourd'hui, pour Jean, je voudrais essayer de prolonger ces réflexions et développer une double question sur laquelle nous nous étions arrêtés. Comment enseigner la controverse ? Peut-on enseigner par la controverse à des apprentis juristes ? Pour que les choses soient claires, je préciserais d'abord que je dois à Christian Atias, mon maître de droit civil à la faculté d'Aix-en-Provence, de m'avoir

montré la voie à suivre²⁰⁴ : l'enseignement du droit par la dialogique évidemment, mais surtout, la direction de Poitiers, sur la carte pas tout-à-fait en haut à gauche, avec la promesse que j'allais y découvrir des personnages hors du commun et y apprendre le droit autrement. Promesse tenue.

Je dois aussi confesser que n'étant pas thomiste, ni même naturaliste, la dialogique n'a pas pour moi la vertu heuristique conduisant à la découverte du sens et de la solution justes ; il s'agit au mieux d'un instrument discursif capable de créer, en vue de la transmission du savoir, une diversité de points de vue à partir desquels se déploient des argumentations contradictoires. Quant au choix parmi les solutions de droit, prescrites ou/et enseignées, c'est un choix politique et non cognitif qu'il conviendrait au moins d'assumer comme tel, ou de dénoncer s'il n'est pas assumé ; et ne pas choisir, cela se discute, serait-ce l'expression d'une philosophie sceptique, véhicule elle-aussi de prescriptions politiques ?²⁰⁵

Dans le cadre de ce texte, je ne prônerai pas un retour de la philosophie médiévale²⁰⁶, je ne convoquerai ni la problématique²⁰⁷, ni la théorie des contraintes juridiques et argumentatives²⁰⁸, et je me placerai en deçà d'une réflexion épistémologique²⁰⁹ ; je conserverai le style d'une discussion d'impressions en faisant part d'expériences d'enseignement, d'idées et de critiques reçues. La mise en scène dialogique peut n'être qu'une formalisation de mes incertitudes pédagogiques et de mes faiblesses scientifiques, peu importe, il s'agit de rendre compte d'efforts de connaissance par le doute.

²⁰⁴ C. Atias, « La controverse et l'enseignement du droit », *Ann. d'histoire des Facultés de droit*, n°2, 1985, p.110 et sq. ; *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 2009.

²⁰⁵ R. Dworkin, *Une question de principe*, trad. fr. par A. Guillaud, PUF, 1996, p.183 et p.220 ; M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, Th. Aix-en-Provence, 1999, n°133 et sq. ; mais surtout, R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, pp.49-61.

²⁰⁶ A. de Libera, « Retour de la philosophie médiévale ? », *Le Débat*, 1992/5 n° 72, p. 145-158

²⁰⁷ M. Meyer, *La problématique*, PUF, coll. «Que Sais-je ? », 2009 ; *Questionnement et historicité*, PUF, 2000 ; « Les fondements de l'argumentation », in C. Hoogaert, *Argumentation et questionnement*, PUF 1996, pp.13-36 ; A. Lempereur, « Problématique du droit », in *L'homme et la rhétorique*, Méridiens Klincksieck, 1990, pp.213-232

²⁰⁸ En particulier, voy. M. Troper et alii, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant - LGDJ, 2005.

²⁰⁹ F. Rinck, « L'analyse linguistique des enjeux de connaissance dans le discours scientifique », *Revue d'anthropologie des connaissances* 3/2010 (Vol 4, n° 3), p. 427-450.

2. – Longtemps après que Platon eut caricaturé la rhétorique²¹⁰, la méthode dialogique s'imposa dans la dispute scolastique médiévale pour l'étude du dogme chrétien ayant ingurgité la philosophie aristotélicienne ; dans sa forme codifiée, elle supposait qu'une *quaestio* ou un cas soit posé par l'enseignant à propos d'un texte faisant l'objet d'une lecture. Un premier étudiant *opponens* exposait des objections avant qu'un second *respondens* ne le contredise. Le maître en guise de conclusion procédait à une *determinatio*²¹¹. Plus finement, « l'origine de la *disputatio* dans la *lectio* implique que cette manière de questionner apparaisse d'abord à l'occasion de la lecture des textes et plus précisément à l'occasion du scandale qui s'élève lorsqu'il y a conflit entre deux autorités ou entre deux passages d'un même auteur, car la vérité paraît alors entrer en lutte avec elle-même. On peut prendre Pierre Abélard comme point de repère majeur dans l'histoire de la dispute scolastique : il en a théorisé les bases dans son *Sic et Non* souvent comparé à une sorte de discours de la méthode de la dialectique scolastique : il faut amener une thèse comme solution d'une difficulté née de la contradiction entre les opinions autorisées. La méthode fonctionne comme une véritable dialectique au sens hégélien : les différents points de vue, apparemment irréconciliables, sont subsumés dans un troisième, *l'ad tertium*, qui les englobe et les dépasse. La Somme théologique est l'illustration parfaite de cette méthode : en retournant au conflit d'autorité initial, dont il dégage deux aspects, Thomas d'Aquin fait ressortir que chacune des positions contradictoires correspond en réalité à un aspect particulier de la *quaestio* qu'on peut dépasser en les conciliant dans une perspective plus générale²¹² ». La qualité de la dispute *pro et contra* se mesurait à sa profondeur argumentative et à son caractère exhaustif, toutes les interprétations et hypothèses possibles devaient avoir été énoncées pour que le maître puisse déterminer la bonne formulation de la bonne réponse.

3. Avec la modernité, la méthode dialogique se convertit et peu à peu, cède la place à des raisonnements cartésiens puis à l'esprit de synthèse du temps de Domat et Pothier, et au vingtième siècle, ce sont la philosophie, la logique déontique et la théorie du droit qui se sont attaquées férocement au dogme du cognitivisme éthique²¹³. Mais dans l'entre-temps, la connaissance juridique sera

²¹⁰ Une histoire de la rhétorique in M. Meyer, *Principia rhetorica, Une théorie générale de l'argumentation*, Fayard, 2008.

²¹¹ J.-L. Solère, v° Scolastique, in C. Gauvard, A. de Libera, M. Zink, *Dictionnaire du Moyen Âge*, PUF, 2002, p. 1299-1310, spéc. p.1303

²¹² G. Jeanmart, « L'art du combat dans la philosophie occidentale : de la dialectique antique à la dispute scolastique », *Le Télémaque* 1/2007 (n° 31), p. 35-50

²¹³ R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2011 ; E. Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006 ; M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, coll. Thémis, 2001.

passée par l'exégèse du Code civil donnant lieu à de nombreuses controverses, et les grands commentateurs firent école en polémique ; il fallait connaître les rouages de la *logique* définie à l'époque comme l'art de démontrer la vérité d'une proposition quand la *dialectique* était l'art de discuter. A l'instar des manuels de *logique juridique* expliquant des typologies d'arguments ou les *guides pour les thèses* de Félix Berriat Saint-Prix²¹⁴, qui connurent des éditions successives de 1855 à 1924 – soit bien après sa mort –, la littérature du 19^e siècle révèle l'attachement des auteurs au genre controversiste, mais également son caractère académique. Les thèses de licence et de doctorat devaient questionner, répondre et répliquer, jusqu'à en extraire des propositions, celles-là même qui seraient soutenues par la logique de la dissertation.

A présent, il ne reste pas grand-chose de la méthodologie scolastique mais l'enseignement de la rhétorique n'a pas disparu complètement²¹⁵, sauf peut-être dans les facultés de droit françaises. Car ailleurs, la rhétorique fait partie des humanités indispensables ; par exemple, les étudiants de *Lettres* et *Langues* ont accès dès leurs premiers semestres de licence à des cours de rhétorique et d'argumentation, de linguistique, de stylistique, d'analyse des discours et des images, de critique littéraire et cinématographique. On y apprend assez tôt à différencier un enthymème d'un syllogisme, à disséquer les usages métonymiques des concepts ambigus, on reconnaît les antonomases, les allitérations, les hypotyposes de toutes sortes, on sait utiliser le présent gnominique pour énoncer une vérité universelle, attendu que, pendant ce temps-là, les étudiants en droit commentent des arrêts sans égard pour leurs anaphores.

De là surgit une véritable interrogation, pourquoi n'apprenons-nous pas à nos étudiants les théories de l'argumentation ? Il existe des classiques très accessibles²¹⁶ et d'autres un peu moins²¹⁷. En effet la rhétorique juridique n'est pas

²¹⁴ F. Berriat Saint-Prix, *Manuel de logique juridique* à l'usage des étudiants, des candidats de concours, des avocats, des magistrats et de tous ceux qui traitent de questions de droit, suivi de *Guide pour les thèses* de licence, de doctorat, de concours, Plon, 2^e éd. 1876 [4^e éd. 1924].

²¹⁵ E. Danblon, « La rhétorique : à la recherche d'un paradigme perdu », *A contrario* 2/2011 (n° 16), p. 26-40

²¹⁶ C. Plantin, *L'argumentation. Histoire, théories et perspectives*, PUF, Que sais-je ?, 2005 ; M. Meyer, *La rhétorique*, PUF, Que sais-je ?, 2009 ; J.-J. Robrieux, *Éléments de rhétorique et d'argumentation*, Dunod, 1993.

²¹⁷ M. Meyer, *Principia rhetorica*, préc. ; S. Toulmin, *Les usages de l'argumentation*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1993 [trad. fr. de *The uses of argument*, 1958] ; C. Perelman, *Logique juridique*, Dalloz, 2^e éd. 1979 ; R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998 [trad. it., de *Theorie der juristischen Argumentation*, 1986] ; M. Atienza, *El derecho como argumentación*, Ariel, 2009.

une mince affaire, et ne s'improvise pas ; elle ne s'apprend pas sur le tas, ou seulement par défaut, et mal le plus souvent. Sur ce point, le consensus est total, *il faudrait plus ...*, mais rien ne se passe vraiment. Après tout, c'est vrai, on ne peut pas infliger à nos étudiants de licence, en plus des matières juridiques d'avaler des cours de rhétorique, de linguistique et de stylistique. Pourquoi pas en plus du latin et de la philosophie ?

Plus clairement, les insuffisances constatées sont liées au manque de nourriture intellectuelle et à l'indigence théorique de nos formations : entre très peu de pratique et encore moins de théorie du droit, la formation de l'esprit juridique est faite de beaucoup de généralités. La rhétorique est pourtant au cœur du débat politique²¹⁸, des travaux parlementaires, dans les ambiguïtés, les incohérences et les incongruités de la loi. Elle est au cœur du discours des juristes²¹⁹, et la dialogique est l'exercice habituel des avocats²²⁰, elle est une expression du principe contradictoire dans le procès et elle est dans le texte de l'arrêt. Alors s'il manque de place dans les programmes pour un enseignement de la rhétorique, utilisons un pis-aller, pourquoi ne pas enseigner le droit *par* la rhétorique en procédant systématiquement *pro* et *contra*, en disséquant les séquences argumentatives, en commentant les moyens adverses dits pour en faire sortir les non-dits et ce, à tour de rôle.

4. Dans les facultés de droit françaises, le cours magistral est souvent un long monologue. La forme dialoguée est peu usitée, sauf lorsque le cours est fait à deux voix, - les expériences faites en ce sens sont toujours très riches, ce devrait être un indice -. Reste que le monologue l'emporte par pragmatisme, habitude, nécessité. Les difficultés liées à un enseignement de masse y sont sans doute pour beaucoup, mais les travaux dirigés pourraient être l'objet, la cause ou l'occasion d'exercices d'intelligence. Or, lors de ces séances, une version abâtardie du commentaire d'arrêt est dominante qui aboutit à consteller l'étude d'un thème par une multitude de solutions posées par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Le commentaire de l'arrêt censé permettre la profondeur de l'analyse en pénétrant le processus décisionnel est sacrifié au profit de compte-rendu de solutions détaillées sublimées en prétendus principes. L'effet est paradoxal. Au lieu de commenter une décision, de faire apparaître les questions, de décortiquer les moyens et les raisons

²¹⁸ R. Amossy et R. Koren, « Argumentation et discours politique », *Mots. Les langages du politique* 3/2010 (n° 94), p. 13-21 ; C. Plantin, « Argumentation-rhétorique. Les eaux mêlées », *ibid.*, p. 23-30.

²¹⁹ F. Terré, « A propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *RDA* n° 3, févr. 2011, p. 38 ; *voy. Chapitre 1. Théorie de la doctrine.*

²²⁰ F. Martineau, *Petit traité d'argumentation judiciaire*, Dalloz service, 2004 ; J.-M. Deneuil, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Dalloz Praxis, 2012.

de décider, l'exercice dominant consiste à resituer la solution dans un panorama jurisprudentiel synthétisé que l'on puisera dans les codes bleus ou rouges. La raison de ce travestissement se trouve tout bonnement dans l'ignorance des instruments que fournissent rhétorique, critique littéraire et stylistique ; elle conduit aussi à imposer la confection d'un plan en deux parties et deux sous-parties dont les intitulés doivent respecter une métrique non dite, et des figures de style autorisées, chiasme, anaphore, paronomase le plus souvent. Et quand les étudiants expliquent qu'ils passent du temps sur leur plan, ils ne parlent pas de l'ordre du discours cher à Michel Foucault, ils parlent de ce maudit poème dont chaque monostiche servira d'intitulé pour les segments de leur pseudo-commentaire.

Il a été fort bien montré qu'il n'y avait rien de cartésien, rien de scientifique dans tout cela²²¹. Henri Mazeaud est le premier à avoir utilisé le plan en deux parties de manière courante dans ses chroniques, pour des considérations esthétiques et de pures simplifications qui se traduisirent dans un petit ouvrage publié en 1941. *Guide des conférences et exercices pratiques pour la licence en droit*, Sirey, 1941. L'ouvrage sera un *bestseller* après-guerre et popularisera progressivement le plan en deux parties lorsque les travaux dirigés seront introduits dans le cursus universitaire, puis rendus obligatoires²²². Mais le dogme du plan lui est encore plus récent, on peut le dater du milieu des années 1970 lorsqu'il est devenu de règle au concours d'agrégation. Comme une catachrèse dont on aura perdu la source, plus personne ne sait vraiment pourquoi il faut faire deux parties ; *le discours de la méthode* en compte 6, la numérologie byzantine classait les sources des obligations par 4, la dialectique académique en préfère 3. Mais s'il y avait une bonne raison à ne faire que deux parties, elles s'intituleraient *Pour* et *Contre*.

Pour l'enseignement du droit par la dialogique

5. La formulation de la question a son importance car l'on argumente toujours mieux *contra*, et si la défense du *statu quo* doit avoir la parole en dernier, c'est bien contre cet état de fait inquiétant qu'il faut lutter.

De manière synthétique, on doit s'accorder pour considérer que les trois premières années de la licence en droit sont vouées à l'apprentissage des notions dites

²²¹ M. Lemieux, « La récente popularité du plan en deux parties », *RRJ* 1987-3, pp.823-845 ; pour un sauvetage *in extremis* à raison de ses [prétendues] vertus pédagogiques, M. Vivant, « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art », in *Etudes offertes à Pierre Catala*, Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Litec, 2001, pp. 969-984, spéc. n°24, p.982

²²² C. Chène, v° Enseignement du droit, in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, coll. Quadrige, 2003.

fondamentales, quand les deux années de master doivent conduire vers l'approfondissement de ces mêmes notions par une spécialisation progressive ; par la suite, le doctorat entrainera l'étudiant dans l'aventure d'un raisonnement au long cours, panoramique autant que pointu, et l'écriture d'une monographie.

Chaque instance du cursus doit être nourrie d'exercices adaptés pour développer les compétences propres à chaque niveau. Les étudiants qui sortent de l'université pourvus de la seule licence, doivent être en mesure de mobiliser leurs acquis pour l'analyse des textes normatifs auxquels ils seront confrontés dans leur vie professionnelle ou personnelle ; les étudiants mastérisés doivent posséder les instruments capables de dégager une vue globale des réponses possibles aux questions spécifiques qui leur seraient posées ; les doctorants doivent non seulement parvenir à maîtriser l'ensemble des notions fondamentales, mais parce qu'ils peuvent être amenés à les enseigner en travaux dirigés, ils doivent posséder les instruments théoriques et critiques pour franchir eux-mêmes dans leur recherche et faire franchir à leurs étudiants les obstacles – épistémologiques et didactiques -, qui se présentent.

7. Pour parvenir à la mise en place de cette architecture pédagogique, les principaux exercices d'écriture qui accompagnent l'enseignement magistral sont au nombre de 5²²³ : le commentaire d'arrêt est archi-dominant (avec sa variante favorite, le commentaire groupé), le cas pratique tient sa place à raison de sa technicité, le commentaire d'article est très peu pratiqué sauf par les nostalgiques de l'exégèse²²⁴, et la dissertation, qui pourtant est présente aux épreuves des concours de la fonction publique et examens d'entrée d'écoles professionnelles, est le plus souvent négligée, et ne réapparaît souvent que très tard en master recherche. Certains régimes d'examens imposent aux étudiants (et aux enseignants) l'exercice de rédaction en remplacement d'épreuves de répétitions orales ; mais on les tiendra plus pour des variantes écrites de questions orales que comme de courtes dissertations. Enfin, la note de synthèse est un exercice à part : elle n'est enseignée que dans le cadre des préparations spécifiques aux concours et examens d'entrée, elle n'est pas considérée comme un exercice d'intelligence mais comme un mal nécessaire. Deux autres exercices devraient compléter cette

²²³ Par exemple, M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit*, PUF, coll. Licence, 2012 ; P. Ancel, O. Gout, I. Maria, *Travaux dirigés. Introduction au droit et au droit civil – Méthodologie juridique appliquée*, LexisNexis, 2012 ; I. Defrénois-Souleau, *Je veux réussir mon droit - Méthodes de travail et clés du succès*, Dalloz, 8^e éd., 2012 ; T. Garé, *Introduction au droit et droit civil - Méthodologie & sujets corrigés*, Dalloz, 2012.

²²⁴ Ph. Remy, « Eloge de l'Exégèse », *Droits*, 1985, n° 1, p. 115 et sq.

liste : le commentaire de doctrine²²⁵ mais il est jugé trop difficile avant le doctorat, et l'exercice d'argumentation dialogique qui est tout simplement ignoré.

Statistiquement, à eux deux, le commentaire d'arrêt pour plus des trois quarts et le cas pratique pour le reste trustent la quasi-totalité des exercices demandés aux étudiants.

8. Cela doit changer. Le cas qui se veut pratique, tel qu'il est conçu, est presque toujours un exercice de *question-réponse*, non de discussion des solutions possibles. Même lorsqu'il opère dans sa variante de conseil, il s'agit pour l'étudiant de déterminer la solution probable sans que les règles qui mesurent cette probabilité ne soient connues. Très simplement, la solution est celle qui est livrée par une décision de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat dans une situation analogue, généralement celle qui a servi de source d'inspiration pour l'énoncé du cas. Une fois cela compris de l'étudiant, la reconnaissance de compétence ira à celui qui sera parvenu à trouver la décision source et l'aura paraphrasée. Par cet exercice médiocre, nous prenons le risque de former des esprits serviles et ce n'est pas fortuit.

Heureusement, les cas pratiques ne sont pas tous tirés de la pratique. Lorsqu'ils sont construits à partir d'hypothèses imaginaires²²⁶, et non d'hypothèses toutes faites, lorsqu'ils laissent possible l'émergence de positions dissidentes et de conseils innovants, ils permettent de cheminer de manière dialectique en argumentant autrement que par l'autorité de décisions passées et dépassées. Ces cas pratiques là font appel aux textes, ils convoquent les ressources de l'analyse linguistique et de la rhétorique, ils offrent la possibilité de recourir à toutes formes de connaissance, historique, économique, philosophique, scientifique, littéraire et au comparatisme²²⁷. Mais généralement, ils rendent nos étudiants mal à l'aise qui sortent de cours ou de TD sans être surs d'avoir entendu *la* solution.

9. Plus encore, le commentaire d'arrêt doit être déboulonné de son piédestal, il est le symbole du culte de la solution unique et le vecteur de la pandémie du « dernier arrêt ». Sa présence s'explique par un trait déterminant de notre histoire récente : la mutation programmée du rôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation au

²²⁵ On pourrait ajouter à la série des commentaires, le rarissime commentaire de contrat, très utile pourtant bien avant les cours spécialisés de Techniques contractuelles, voy. M. Bruschi, *Le commentaire de contrat*, Ellipses, 2001, et ensuite W. Dross, *Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 3^e éd., 2016.

²²⁶ C. Atias, « L'expérimentation juridique : y a-t-il des expériences juridiques cruciales », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp.129-144, spéc. p.136

²²⁷ Pour des exercices de droit transnational, T. Kadner Graziano, *Le contrat en droit privé européen - Exercices de comparaison*, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ, 2^e éd., 2010.

tournant du 20^e siècle aura eu une double conséquence théorique : de situer les hautes autorités juridictionnelles comme autorités *jurislatives* à l'égal du législateur dans les matières où ce dernier n'intervenait pas ou peu, et d'ajouter puis de substituer au système du Code civil, un système des grands arrêts. Mais ce qui apparaissait pour les tenants de l'école de la libre recherche comme une entreprise scientifique d'analyse systématique de la jurisprudence²²⁹ est devenu 100 ans plus tard une maladie invalidante qui confond analyse critique et suivisme.

Car au-delà de l'exercice en lui-même, que nous enseigne la primauté du commentaire d'arrêt ? On a beau expliquer les articles 5 et 1351 du Code civil, très rapidement, nos étudiants sont formatés pour croire que le droit se connaît par la jurisprudence : en droit privé, tant que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée, les espèces sont sans réponse ; en droit public, la représentation du rôle du Conseil d'Etat n'est pas très différente bien qu'il soit d'usage pour comprendre un arrêt, de rechercher les conclusions du commissaire du gouvernement, et de les analyser pour l'argumentation politique qu'elles fournissent. Et les questions prioritaires de constitutionnalité ne pourraient-elles pas connaître de réponses autres que celles données par le Conseil constitutionnel ? L'illusion généralisée qui fait confondre la règle de droit et ses applications n'est pas scientifiquement neutre : elle participe d'une rhétorique par le non-dit visant à promouvoir une pensée pragmatique au détriment d'une approche systématisante, mais d'un point de vue politique, elle est inconstante : elle acquiesce autant à la supériorité de la coutume induite par la répétition des énoncés juridictionnels qu'à celle d'un revirement.

En suivant les prescriptions méthodologiques minimales des apôtres du commentaire d'arrêt, l'étudiant doit dégager le *problème juridique* dans son introduction, *analyser* la décision dans le grand Un, *exposer sa portée* dans le grand Deux. Les deux premiers temps sont indispensables à la compréhension du texte, le troisième propose une activité de pronostic parfaitement irrationnelle si l'arrêt commenté est récent, et qui se transforme en exercice de compilation de décisions subséquentes, si l'arrêt n'est pas neuf.

En effet, l'introduction du commentaire sert la formulation d'un questionnement qu'il faut situer dans le rythme d'une double analyse, diachronique et synchronique, des notions mises au jour : autrement dit, l'étudiant doit montrer l'évolution du questionnement et son actualité d'un point de vue dogmatique, ainsi que les conséquences pratiques des réponses possibles. Le *grand Un* doit être le

²²⁹ F. Larnaude, « Notre programme », *Rev. du droit public*, 1894, n.1, pp.1-14; A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p.5 ; G. Jèze, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence : Le rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *Rev. du droit public*, 1914, p.311.

temps de l'analyse de l'arrêt. Arguments du pourvoi vs. Raisons du rejet. Motifs de la décision des juges du fond vs. Raisons de cassation. Ce devrait être le temps d'une analyse des processus controversistes puisque se font face des argumentations adverses, et il n'y aurait rien à redire si l'étude des arguments n'était sacrifiée au seul commentaire de l'attendu ou du considérant principal. Mais comment peut-il en être autrement quand le *grand Deux* doit être consacré à la portée de l'arrêt ? L'ensemble du discours se retrouve alors tendu vers son objectif : connaître le futur de la décision. Que va-t-elle changer ? Beaucoup de choses, sinon pourquoi la donner à commenter ? L'étudiant sort alors sa boule de cristal et rédige sur les conséquences promises ou fantasmées de la décision, avec, comme on le lui a appris, un penchant pour l'argument de la pente fatale²³⁰, le déclin du droit et l'insécurité juridique²³¹. Quand l'arrêt est plus ancien, le commentaire adoptera *in fine* un style moins lyrique : le *grand Deux* se changera alors en note de synthèse jurisprudentielle illustrant les effets directs et collatéraux de la décision commentée ; cette mutation sera accentuée pour l'exercice de commentaire groupé où d'accessoire, l'analyse des controverses deviendra parfaitement inutile.

Pourquoi continuons-nous d'appeler ces exercices *commentaires d'arrêt* puisque l'arrêt n'y est plus commenté, puisqu'il n'est jamais qu'un prétexte à un exposé synthétique d'autres décisions ? Mieux vaudrait se débarrasser de ces notes de synthèse qui ne disent pas leur nom.

10. Le commentaire d'article pourrait être un substitut efficace. C'est un véritable exercice d'intelligence qui mobilise un très large éventail d'instruments critiques : depuis l'étude du discours politique et des travaux parlementaires aux reformulations prétorienne du texte, l'étudiant s'intéressera à l'exposé des controverses doctrinales et peut-être y apercevra-t-il la généalogie des concepts présents dans le texte ? Cet exercice offre l'avantage sans pareil de connaître une époustouflante littérature du genre dans les grands commentaires qui firent l'exégèse des Codes, et d'être très prisé, à l'heure de l'harmonisation européenne, par les projets doctrinaux de réforme et autres offres de lois. Il permet l'inventaire des questions pratiques auxquelles le contenu normatif du texte est censé répondre, et celui de ses difficultés interprétatives et d'articulation avec ses voisins contextuels ; il trouve dans la jurisprudence des illustrations et enfin, il présente pour l'étudiant le confort d'un discours dont l'organisation est donnée par l'ordre du texte à commenter.

²³⁰ R. Ogien, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine. Et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Livre de Poche, 2012.

²³¹ Voy. Chapitre 5. La sécurité juridique.

Mais il n'est pas à l'abri d'effets pervers, les mêmes que ceux qui frappent si violemment le commentaire d'arrêt. Pire encore, si le droit est dans la jurisprudence, à quoi sert-il de commenter la loi ? Le commentaire d'article se transforme alors rapidement en note de synthèse de ses applications. Il n'y a d'ailleurs pas résisté.

11. La dissertation tient son rang en master et parmi les épreuves écrites des concours de la fonction publique ou celles des examens d'entrée aux écoles professionnelles. Elle est peu enseignée auparavant où elle souffre alors de la suprématie du commentaire d'arrêt, mais le fait qu'elle soit plus pratiquée dans les années supérieures s'expliquent au moins par deux facteurs imbriqués : en master, les étudiants commencent à se spécialiser et cet approfondissement produit une déconstruction de leur savoir de base (et heureusement parfois de leur formatage initial). Ils se préparent à passer du sentiment de ne rien savoir à celui de pouvoir connaître *grosso modo*. La dissertation est là pour les y aider en leur imposant de jeter des ponts entre les différents segments de leur connaissance parcellisée ; l'exercice vient compléter le cas pratique qui force à l'approfondissement par le détail, en promouvant à l'inverse une vue globale et une distanciation.

Ensuite, les étudiants de master sont mieux à même d'apprécier les cours qu'ils consommaient jusque-là et auxquels ils assistent désormais plus activement : ils parviennent à les percevoir comme l'expression pédagogique du travail de recherche de l'enseignant, or la dissertation est précisément un genre littéraire dominant en doctrine, sans doute mieux considéré que la note d'arrêt : cela se traduit dans les pratiques didactiques de master par la disparition progressive du commentaire d'arrêt et de ses avatars. Sous ses formes amplifiées, la dissertation deviendra mémoire de master 2 recherche, ou thèse de doctorat.

S'il est donc compréhensible que la dissertation n'arrive que dans un second temps, c'est parce qu'elle assure un travail transversal et de synthèse dogmatique à un moment où la formation juridique permet une vue panoramique et approfondie ; elle est complémentaire des étapes pédagogiques précédentes qui doivent avoir montré à l'étudiant qu'avant la synthèse, doivent être discutées la thèse et l'antithèse. En somme, elle n'a sa place que si elle termine une formation qui a enseigné l'esprit critique et la dialogique.

12. La dialogique ne doit pas seulement être choisie parce que les autres modes d'enseignement sont inefficaces, mais parce qu'elle est un redoutable outil didactique qui fait comprendre que la connaissance juridique réside dans les questions sur des contenus normatifs et non dans les réponses qui elles sont politiques. Dans sa pratique, «le formateur dialoguiste ne pense pas que parler signifie d'abord parler de quelque chose ; pour lui, parler signifie toujours parler avec quelqu'un, ce quelqu'un pouvant éventuellement être soi-même. Priorité est

donc donnée à l'exercice du dialogue interne et externe et à la reconnaissance des jeux de langage divers qui permettent la compréhension en même temps qu'ils la compromettent²³² ». Il offre ainsi l'acquisition du savoir par l'incertitude et la frustration ; elles produisent le désir d'aller plus loin, là où la question rebondit et les difficultés persistent. Et sa réussite tient au fait qu'il n'arbitre pas, qu'il laisse les opinions se faire, qu'il donne aux étudiants la chance inestimable de se situer à l'égal du maître puisque l'étudiant-citoyen, est aussi légitime que l'enseignant-citoyen à décider de ce qui est politiquement bon, juste ou opportun. La méthode dialogique leur donne en somme le sentiment d'être pris au sérieux, ce qui est le plus puissant moteur de motivation²³³.

En effet, lorsque l'enseignant procède *pro* et *contra*, ou lorsque des exercices d'argumentation sont proposés en TD, le triptyque Maître – Savoir – Etudiant devient un véritable triangle pédagogique même si le cours reste monologué, même si le dialogue est intérieur et mis en scène. C'est un triangle pédagogique qui diminue la tension entre enseignant et enseigné parce que précisément, le savoir est exposé par l'intermédiaire de discours subjectivisés. Mais loin de perdre en autorité, cette confrontation de points de vue et d'opinions adverses crée les conditions d'une objectivité scientifique.

Les intentions d'enseignement sont claires²³⁴ : il s'agit de montrer que le droit est un discours (la *loi*, la *jurisprudence*), que ce discours est lui-même l'objet d'un discours (la *doctrine*) et que pour connaître le premier, il faut savoir comment le second parle pour déjouer les sophismes de l'argument d'autorité. Le manque de dialogique contribue à une neutralisation du contenu politique des énoncés juridiques par des paralogismes qui noient les raisons politiques de la loi et des décisions juridictionnelles sous des descriptions dogmatiques. Enseigner par la méthode dialogique, c'est mettre au jour ce qui est celé, caché, dissimulé, c'est éclairer le côté sombre du discours d'autorité.

13. Les maîtres de la *nouvelle rhétorique*²³⁵ et de la *théorie du droit*²³⁶ ont dégagé des principes méthodologiques clairs que je vais synthétiser brièvement. Depuis la

²³² G. Leclercq, « La communication et la relation pédagogiques », in Ph. Carré et P. Caspar, *Traité des sciences et des techniques de la Formation*, Dunod, 2^e éd., 2004, p.496

²³³ Pour une réflexion sur la motivation des étudiants, voy. C. Thibierge, « Enseigner le droit civil à l'aube du XXI^e siècle », *RTD civ.* 1998, p.306

²³⁴ Ph. Dessus, « Qu'est-ce que l'enseignement ? Quelques conditions nécessaires et suffisantes de cette activité », *Revue française de pédagogie* 3/2008 (n° 164), p. 139-158.

²³⁵ C. Perelman, *Logique juridique*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p.135 et sq.

²³⁶ R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, p.398 et sq.

codification française, le texte occupe le premier rang parmi les raisons de décider. Primauté symbolique au moins, mais pas seulement, les visas de la loi contenus dans les actes hiérarchiquement inférieurs ou dans les jugements expriment la sujétion de ceux-ci à une règle générale reconnue comme supérieure et dont procède leur propre validité²³⁷. C'est donc l'argument de texte qui débutera la démarche argumentative, et suivront le cas échéant ses avatars, arguments de cohérence contextuelle, arguments tirés de sa raison d'être ou de l'intention du législateur à partir des travaux préparatoires. Cette phase de l'argumentation mobilise les ressources de la grammaire, la sémantique, la sémiotique et l'analyse linguistique : elle a pour objet de montrer la diversité des significations possibles de l'énoncé en examen, et de plaider ouvertement en faveur de celle qui sert au mieux les desseins de la thèse défendue.

Une deuxième série d'arguments procède d'une approche essentialiste et notionnelle ; elle consiste à exploiter une réflexion sur la nature juridique d'une institution. Cette séquence argumentative est délicate pour deux raisons : d'une part, parce que seuls les bienheureux peuvent connaître la nature des choses, et d'autre part, parce qu'un raisonnement qui a pour objet de révéler les choses en soi induit que leur essence n'est pas contingente : rapporté au droit, cela signifie que ce qui est donné pour naturel transcende ce qui est positivement construit et politiquement décidé²³⁸ ; il n'y aurait donc rien de redondant à décrire séparément la *nature juridique* et le *régime juridique*. Pour éviter d'entrer dans la controverse - 'l'ontologie est-elle connaissable ?'²³⁹ - qui divise sur ce point crucial la philosophie occidentale, il faut s'entendre sur ce que l'on doit entendre par « nature juridique ». Les *naturalistes*, partisans d'un cognitivisme éthique, peuvent évidemment lui prêter le sens qui convient à leurs perspectives, classique, moderne, néo-réaliste, ... Les *anti-* qui par définition ne pourront décrire l'intension (à savoir ce qu'elle signifie) d'une institution, se contenteront d'en identifier les extensions (à savoir ses usages linguistiques) dans le discours sur le droit. D'un point de vue rhétorique, le résultat est équivalent : la « nature juridique » se cherche et se trouve dans ce qu'en dit la doctrine, *communis opinio doctorum* ou métadiscours juridique.

La troisième série d'arguments est constituée de ceux qui ont une visée conséquentialiste : les arguments d'opportunité, les arguments d'incohérence, les

²³⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, trad. fr. 1962 ; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, FUSL, trad. fr. 1976.

²³⁸ F. Génay, *Science et technique en droit privé positif*, tome 2, Sirey, 1915

²³⁹ P. Amslek et C. Grzegorzcyk (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, coll. Questions, 1989.

arguments qui s'appuient sur des raisonnements inductifs et probabilistes, les arguments sociologiques sont le support de prédictions de conséquences dogmatiques et théoriques, autant que de conséquences pratiques et sociales des positions soutenues. Ces arguments s'expriment à partir de points de vue qui peuvent être soit utilitaristes, soit pragmatiques.

14. Cette trilogie argumentative offre le bénéfice d'accorder les trois grandes perspectives qui divisent la pensée juridique le temps d'une question, et pour l'étudiant de percevoir trois manières différentes de servir la même thèse. En retour, la confrontation dialogique *pro et contra* préserve l'idée que la vérité politique est ineffable et que la connaissance juridique est une connaissance des modes d'interprétation des contenus de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine, que cette connaissance s'approfondit par l'étude de l'histoire des questions et de la généalogie des concepts utilisés pour y répondre²⁴⁰.

L'exercice éprouve non seulement la maîtrise de la langue mais également la rigueur du raisonnement. Seules les contradictions internes sont interdites, non les interprétations apparemment exotiques, lesquelles ne le sont plus si elles trouvent appui sur d'autres moyens. L'argument d'autorité est disqualifié et les citations de jurisprudence figurent au rang d'illustrations, non de solutions péremptoires, au rang d'opinion, non de principe de décision. Du face à face argumentatif, il résulte nécessairement une vue sous plusieurs angles des concepts et notions en examen, ce qui est le but de l'apprentissage.

Et à qui pense que la dialogique permet de dire tout et son contraire, il faut rappeler deux évidences : enseigner le droit, c'est enseigner non seulement des notions fondamentales, institutions du droit privé comme du droit public, permettant d'acquérir une expertise pour la compréhension des lois et de leurs applications, mais aussi et indéfectiblement, c'est enseigner leurs ambiguïtés et leurs divergences ; l'exercice d'argumentation *pro et contra* parvient à ce résultat mieux que les autres exercices : l'enseignement de la complexité à connaître par préférence à la simplification, la divulgation de connaissances complexes par préférence à l'imposture d'une vulgate simplifiée²⁴¹.

²⁴⁰ M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969 ; P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, 1970.

²⁴¹ C. Hagège, *Contre la pensée unique*, Odile Jacob, 2012.

Contre l'enseignement du droit par la dialogique

15. Les choses doivent être mises au point. Le discours apologétique vantant les mérites de l'enseignement du droit *par* la dialogique bute sur de nombreux obstacles ou les contourne sans vergogne ; il s'appuie sur des prémisses fausses et en tire des conclusions fallacieuses. Des paralogismes en guise de logique, voilà ce que nous propose la thèse adverse. Si l'enseignement de la méthode dialogique a pris fin, ce n'est pas pour rien ; les raisons de cet ostracisme sont innombrables et toutes parfaitement justifiées.

16. En critiquant pas à pas la méthodologie scolastique, Descartes avait montré que le discours savant exigeait des réponses analytiques, des réponses univoques que la rhétorique ne parvenait pas à atteindre puisqu'en refaisant toujours les mêmes trajets argumentatifs, elle laissait intentionnellement perdurer le douteux²⁴². La découverte scientifique, y compris dans le domaine des sciences sociales, est une réponse, et même si elle peut être falsifiée par d'autres découvertes, les réponses nouvelles n'invalident pas, à strictement parler, les résultats antérieurs mais les resituent dans une perspective plus ample²⁴³. Dans le domaine du droit, l'activité doctrinale de recherche consiste dans une rationalisation des solutions juridiques données à des questions pratiques, elle prend la forme d'une synthèse dogmatique, à savoir des théories explicatives dessinant des catégories et des classifications et permettant une description de la complexité des phénomènes sociaux dont l'application des règles de droit est l'occasion. Cette synthèse opère par inventions conceptuelles successives et constitue un métadiscours juridique. C'est ce que l'on appelle la doctrine en tant que discours sur le droit. Or précisément l'enseignement universitaire est doctrinal, car à la différence d'un enseignement professionnel, il a pour objet principal la transmission d'un savoir théorique et seulement de manière accessoire l'apprentissage de techniques. Enseigner le droit à l'Université n'est pas plaider : c'est offrir à l'étudiant des clés de compréhension mises à jour par l'activité de recherche de l'enseignant.

17. Au tournant du 20^e siècle, Bufnoir, l'architecte de la réforme des programmes de 1895, avait bien compris que la *libre recherche scientifique* devait trouver un

²⁴² R. Descartes, *Discours de la méthode*, Flammarion, Impr. 2000.

²⁴³ Sir K. Popper, *Logique de la découverte scientifique*, Payot, trad. fr. 1973, éd. 2007 ; T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1972.

écho dans la didactique²⁴⁴, et en favorisant l'enseignement des nouvelles méthodes analytiques²⁴⁵, il permit à Capitant et Planiol de rompre avec cette exégèse polémique usée jusqu'à la corde et centrée sur elle-même²⁴⁶, pour exposer de manière synthétique des théories générales²⁴⁷. Cette révolution scientifique et didactique a fait la richesse de la recherche juridique française au 20^e siècle²⁴⁸, en ouvrant la formation des juristes sur le monde. « Le jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, ne se contente pas de résoudre des questions pratiques ; il apprécie et juge les lois. Pour cela, il a besoin de *critique*, et il ne peut posséder cette qualité que par une culture intellectuelle étendue : l'*histoire du droit* lui fera connaître l'*origine* des institutions ; l'*économie politique* lui en fera voir les *résultats pratiques* ; la *législation comparée* lui donnera des *points de comparaison* empruntés aux législations étrangères. C'est à cette condition seulement que le droit peut remplir sa mission²⁴⁹ ». C'est cette formation qui a donné nos plus grands maîtres, ceux qui ont ouvert le droit à la sociologie avec Carbonnier ou à la linguistique avec Cornu. Mais en introduisant dans la formation des juristes des disciplines comme la rhétorique, la stylistique ou l'analyse littéraire par le biais d'exercice de plaidoirie, l'effet pervers serait immédiat de recentrer l'enseignement du droit sur le texte étroitement entendu pour finalement ne former au mieux que des Bugnet.

18. Le recours aux instruments de la rhétorique crée un nuage de fumée ; on sait que les *attendus* et les *considérants* marquent des anaphores, on entend l'élégance du croisement sonore que produit le chiasme, on connaît la fonction d'anticipation argumentative de la prolepse. Mais est-il décisif de noyer l'analyse juridique sous cet appareil prétendument explicatif, et qui n'est somme toute que décoratif ? Car en privilégiant la forme du discours sur le fond, l'enseignement par la dialogique favorise l'esprit de chicane sur des points résolus. Inutile et artificielle, la dialogique est nocive pour la transmission du savoir. Hormis la performance

²⁴⁴ M. Boudot, « Claude Bufnoir (1832-1898). Avec les textes pour assises, mais au-dessus des textes et par-delà les textes », présentation de la réimpression de *Propriété et contrat*, LGDJ, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2005.

²⁴⁵ F. Génay, « Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. VII de 1897 et t. VIII de 1898, puis *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 1899.

²⁴⁶ J. Bonnet, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, de Boccard, Paris, 1924 ; *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, Delmas, 1933.

²⁴⁷ S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.*, 2009, p. 420.

²⁴⁸ Voy. *Chapitre 4. Les programmes scientifiques*.

²⁴⁹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1^{er}, 2^e éd., 1901, n. 224.

passionnée de l'acteur, qu'y a-t-il à retenir, de ces face-à-face de thèses soutenues par des arguments parfois improbables ? Qu'y a-t-il à retenir de ce vide final si aucune décision ne vient célébrer la victoire des Grecs sur les Troyens, à moins que ce ne soit l'inverse ? L'étudiant en retiendra que le droit positif est muet, que notre système est incomplet, et que la philosophie qui le gouverne est le plus radical des relativismes. A cela s'ajoute que la détermination d'un corpus valide d'arguments pertinents n'offre pas la neutralité prétendue. L'enseignement du droit suppose la description d'institutions et de concepts tels qu'ils sont, de solutions positives avérées, et la remise en question de ces institutions par une dialogique qui forcerait le trait controversiste n'est pas explicative et ne permet pas la tradition – au sens juridique - d'un savoir. Or, le droit transmet des valeurs, et l'enseignant est passeur de ces valeurs de justice, d'égalité, de loyauté, ... Enseigner par la dialogique qu'il n'y a pas de solution fournie par l'ordre juridique, c'est prescrire de ne jamais la chercher.

19. Cette vue est aujourd'hui celle de ceux qui sympathisent contre la méthode et pour un anarchisme prétendument savant²⁵⁰, elle repose sur une erreur qui procède d'une déformation de la réalité juridique au prisme du seul contentieux. Je m'explique. C'est un trait caractéristique de l'enseignement universitaire d'être stimulé par des questions rares, et il les grossit. On croit souvent que ces questions rares recèlent plus d'atouts pédagogiques que les questions de routine : c'est à raison si la difficulté en examen est matricielle puisqu'en y répondant, on économise par ailleurs des développements inutiles, mais c'est à tort pour toutes les têtes d'épingles qui font les arrêts d'espèce. Bien sûr, même en pratique, il y a des occasions de mettre l'accent sur des hypothèses atypiques ou inédites. Les principes classiques d'interprétation suffisent presque toujours à y répondre. C'est vrai aussi qu'il arrive parfois que l'originalité de la question posée mobilise des ressources et des raisonnements eux-mêmes rares voire inédits, mais c'est à cela que l'enseignement universitaire prépare. Or en présentant la connaissance juridique sous formes de contradictions, on ne pose aucune hiérarchie selon l'objet de ces contradictions, et l'on ne se donne aucun moyen de décrire l'inconnu. Plus grave, la généralisation de la méthode *pro et contra* induit le sentiment que le droit ne se trouve plus que dans ses difficultés d'application passant sous silence tous les domaines où son application est paisible, ce qui en constitue l'essentiel. Le résultat est désastreux : les étudiants sont focalisés sur des questions étroites auxquelles aucune solution n'est donnée, ils méconnaissent l'architecture d'ensemble puisqu'ils ne savent pas l'apprécier, et pour finir ils sont incapables de produire des jugements de valeurs sur la qualité des règles qu'ils utilisent.

²⁵⁰ P. Feyerabend, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Seuil, Points Sciences, 1988 ; ou la série des anti-manuels d'économie, d'éducation sexuelle, de médecine, de philosophie, et autres chez Bréal.

Pour dire les choses différemment, les faiblesses structurelles de la méthode dialogique *pro et contra* tiennent au fait que la place naturelle de l'enseignant en droit est celle du juge, non celle de l'avocat. C'est la place de celui qui exprime une expertise sur ce qui est droit positif. La science est son engagement. Sans doute, à l'époque qui a précédé celle de l'enseignement de masse, on pouvait encore compter parmi les diplômés bon nombre de futurs avocats plaidants, aujourd'hui les juristes sont des experts ; à quelque niveau que ce soit, ils doivent être capables d'informer. On leur demandera des réponses, ils doivent être entraînés à en fournir. Quelle est la règle applicable ? Comment est-elle interprétée ? Quelle est la solution la plus sûre pour la protection des intérêts de celui qu'il faut renseigner ? Ces questions n'appellent ni réponses équivoques, ni raisonnements byzantins, mais des solutions exactes, concrètes et opératoires. Pour toutes ces raisons, l'enseignement contemporain met l'accent sur les deux exercices qui permettent de fournir les réponses espérées : le commentaire d'arrêt et le cas pratique.

20. Le commentaire d'arrêt est un exercice dominant dès les premières années de licence à raison de l'impérieuse nécessité de présenter les notions fondamentales du droit civil, du droit pénal, du droit constitutionnel et du droit administratif. Ces notions fondamentales se sont formées au début du vingtième siècle²⁵¹ à un moment de notre histoire où les juridictions judiciaires et administratives ont suppléé les carences du Législateur : la cour de cassation a fait la réforme du droit des obligations et le conseil d'état a érigé les fondations du droit administratif moderne. Plus récemment, et pour cause, c'est le conseil constitutionnel par de grandes décisions qui a délimité la catégorie des énoncés à valeur constitutionnelle. Ces métamorphoses du droit²⁵² ont été réalisées par l'activité prétorienne des hautes juridictions, et par conséquent, il est tout à fait évident que l'enseignement de ces notions de base se fasse par l'explication et le commentaire des décisions qui en sont la source.

Le plus grand enjeu de l'enseignement du droit positif d'origine jurisprudentielle est qu'en l'absence de système de promulgation des arrêts, il faut être capable de déterminer avec assurance la portée de la décision et son degré de généralité. C'est bien à cela qu'entraîne le commentaire. Les grands arrêtistes sont ceux qui parviennent à saisir par l'analyse systématique des ensembles jurisprudentiels les arrêts qui prolongent et réactualisent des solutions antérieures et ceux qui marquent des ruptures ou des revirements. Ces grands arrêtistes, héritiers de

²⁵¹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911 ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 2011.

²⁵² R. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^e éd., 1964.

Labbé, ce sont les Josserand, Demogue, Carbonnier, Cornu, Rémy, Mestre ou Gautier à la *RTD civ.*, les auteurs des *Grands arrêts* Capitant, Colin, Julliot de la Morandière, A. Weill, Terré, Lequette²⁵³, Long, P. Weil, Braibant²⁵⁴, Lachaume²⁵⁵, Favoreu²⁵⁶, Pradel et Varinard²⁵⁷, mais aussi tant d'autres serviteurs de la littérature juridique au recueil *Dalloz* ou au *JCP*, qui nous ont laissé des monuments qu'il suffit de lire pour en comprendre les mérites.

Les principes d'un bon commentaire sont simples : le commentaire raconte d'abord une histoire, il inscrit la décision rendue dans une triple chaîne narrative²⁵⁸ de faits, de questions posées, de réponses données. L'*introduction* expose le récit des faits de l'espèce, puis celui des faits de procédure : prétentions, incidents, jugement, voies de recours, mutation de la matière litigieuse, pourvoi éventuel. Les questions de fond ne tombent pas du ciel, elles ne sont pas imaginaires ; ce sont celles qui émergent de la réalité. Il s'agit de les formuler au moyen d'un lexique précis, et d'expliquer en quoi leurs réponses s'inscrivent dans une dynamique d'application, d'évolution et d'adaptation du droit. Le *grand Un* est au service une analyse dogmatique et décortique la manière dont les juges ont tranché parmi les conflits de faits en *grand A* et d'interprétation en *grand B*. L'étudiant mobilise les instruments que lui fournissent les techniques de cassation et les méthodes d'interprétation. Le *grand Deux* convoque les moyens de l'analyse prospective pour déterminer l'incidence de la décision sur les catégories dogmatiques dans le *grand A* et permet de faire un pronostic sur les suites pratiques de la solution dans un *grand B* ouvert.

Le plan en deux parties, quand bien même serait-il un carcan formel imposé par la coutume académique²⁵⁹, se révèle à l'usage, un instrument pédagogique

²⁵³ *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, depuis 1933.

²⁵⁴ *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, depuis 1956.

²⁵⁵ *Droit administratif, Grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, depuis 1980.

²⁵⁶ *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, depuis 1975.

²⁵⁷ *Grands arrêts du droit criminel*, Dalloz, depuis 1984, déclinés en plusieurs volumes.

²⁵⁸ A la manière de Dworkin, voy. J. Allard, « Interprétation, narration et argumentation en droit : le modèle du roman à la chaîne chez Ronald Dworkin », in E. Danblon et alii (dir.), *Argumentation et narration*, Ed. Université de Bruxelles, coll. "Philosophie et société", 2008, pp.67-80.

²⁵⁹ C'est même avec un certain humour le plan des numéros la Revue d'une grande faculté française, *Rev. de droit d'Assas* depuis quelques années.

incomparable que les collègues étrangers moquent parfois, parce qu'ils le jalourent le plus souvent²⁶⁰. La preuve est facile à faire auprès des étudiants Erasmus.

21. A côté du commentaire d'arrêt, le cours magistral doit être complété par l'exercice de cas pratique. C'est un exercice qui s'impose une fois acquise les notions fondamentales du droit ; il entraîne à l'approfondissement technique et permet d'entrer dans le détail de raisonnements de spécialistes. Car autant le législateur du 20^e siècle sera peu intervenu, ou bien tard, pour réformer les matières fondamentales, autant dans les matières techniques, l'inflation et l'instabilité législatives auront été le signe d'un développement sans précédent du dédale des lois.

Pour se repérer dans ce labyrinthe, il faut former des spécialistes capables de donner des raisons claires, ne serait-ce que pour que la loi s'applique paisiblement. Il n'est pas nécessaire d'apprendre à plaider ici, simplement de déterminer la règle applicable. L'énoncé du cas est pour cela capital, il propose d'abord une opération de qualification juridique des faits brut car à la différence de l'arrêt à commenter, les faits n'ont pas encore été l'objet d'une appréciation quelconque hormis par les protagonistes eux-mêmes, l'étudiant y exerce son aptitude à déterminer des qualifications possibles et à choisir celles qui coïncident avec l'état du droit positif. Les qualifications invraisemblables sont écartées, les qualifications évidentes sont retenues. Entre ces deux pôles, naissent deux séries de questions que l'étudiant doit se poser : l'une, à raison du caractère nécessairement lacunaire de l'énoncé, quels sont les faits manquants qui permettraient d'aller plus loin et rejoindre le pôle de l'évidence. L'autre, parmi les réponses encore vraisemblables, quelles sont celles qui ont fait l'objet d'une réponse jurisprudentielle ? De manière résiduelle, le choix de qualification sera fait selon des critères de plausibilité et de pertinence établis par un raisonnement analogique²⁶¹.

Une fois effectuée, l'opération de qualification laisse place à l'application des règles. L'étudiant doit alors s'interroger sur la règle applicable et sur son sens. Là encore des inconnues peuvent exister : il s'agira de trancher d'éventuels conflits d'interprétation en faisant appel à la méthodologie interprétative telle qu'elle est utilisée par la jurisprudence positive²⁶².

Par rapport au commentaire d'arrêt qui ne pose qu'un nombre limité de questions, la transversalité du cas offre à l'étudiant un champ élargi d'investigation, mais

²⁶⁰ Michel Vivant, *op. cit.*

²⁶¹ G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », *Mélanges Colomer*, Litec 1993, p. 129 ; C. Plantin, « Analogie et métaphore argumentatives », *A contrario*, 2011/2 n° 16, p. 110-130.

²⁶² J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Coll. Thémis, 2001.

somme toute, cet exercice se résout par un syllogisme qui conduit à subsumer les faits pertinents (mineure) sous la règle applicable (majeure) pour en tirer une conclusion (solution de droit positif). Dans sa variante purement prospective, où le cas poserait des questions inédites et imposerait un pronostic en guise de solution, l'étudiant devra évaluer celle qui lui paraîtra la plus vraisemblable, laissant ouverte la possibilité que des solutions concurrentes puissent exister.

22. Pour résumer et conclure, l'alliance du commentaire d'arrêt et du cas pratique témoigne des exigences contemporaines de l'enseignement du droit. Quand l'exercice de dialogique déploie de manière artificielle des ressorts argumentatifs dans le but d'une remise en cause inutile de solutions acquises, le commentaire et l'application des sources essentielles constituent le moyen le plus sûr de l'acquisition des connaissances fondamentales et techniques, préparant ainsi nos étudiants à affronter les obstacles de leur vie professionnelle.

Post-Scriptum :

La dialogique n'a pas besoin de conclusion.

Chapitre 4

Les programmes scientifiques des revues juridiques

La réflexion sur les revues savantes connaît une actualité politique touchant à leur financement, à leur exploitation et à leur contrôle. Quel rôle les fondateurs de ces revues entendent-ils assumer ? Divulgation et démocratisation du savoir ? Inventions conceptuelles ? Prescription de nouvelles méthodes ? Dans une perspective épistémologique, il est instructif d'étudier les discours programmatiques des fondateurs des revues juridiques savantes parce que, outre le fait qu'ils témoignent des conceptions de leur époque, ils annoncent les changements futurs. L'histoire de la pensée juridique ne s'est pas écrite pas de façon improvisée mais à partir des modèles déjà dessinés dans le présent, un peu comme si Jules Verne avait écrit le programme scientifique du 20^e siècle. Mais ces dix dernières années les choses ont beaucoup changé, la littérature juridique savante s'est largement développée hors des revues. Sont apparus des blogs, des réseaux sociaux d'enseignants-chercheurs, et des banques de données en ligne accessible gratuitement. Ces nouveaux genres littéraires obéissent à des ambitions. Des ambitions programmatiques ?

Ce texte est la version non modifiée de « Les programmes scientifiques des revues juridiques des 19^e et 20^e (et 21^e) siècles », publié in V. Gazeau et J.-M. Augustin, *Coutumes, doctrine et droit savant*, LGDJ, 2007, pp.307-318

Formellement ces programmes se rencontrent aux premiers numéros des revues juridiques apparues depuis le début du 19^e siècle, lesquelles contiennent presque toujours un *avertissement* au lecteur²⁶³, une *présentation* ou une *préface*²⁶⁴, un *éditorial*²⁶⁵, des repères²⁶⁶, une *introduction* ou un article introductif²⁶⁷, un *programme* désigné comme tel²⁶⁸ ou enfin un article programmatique²⁶⁹.

²⁶³ *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1948, n.1, « Avertissement » par J. E. (Jean Escarra) ; *RHD* troisième série, 1877, « Avertissement de la rédaction » ; *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1877, n.1, pp.5-8 « Avertissement » ; *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, n.1, « Avertissement » par R. H. et Cl. A. C. (Roger Houin et Claude Albert Colliard)

²⁶⁴ *Revue générale des assurances terrestres*, 1930, p.V-VII, « Préface »

²⁶⁵ *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1936, n.1, « éditorial » par L. Hugueney et H. Donnedieu de Vabres ; *Revue Lamy droit des affaires*, n.1, janv. 2006, « Une nouvelle formule au service de la pratique du droit des affaires », par J. Vasa ; *Revue Lamy droit de l'immatériel*, janv. 2005, n.1 « De l'irrésistible ascension de l'immatériel », par P. Sirinelli et M. Vivant ; *Revue Lamy droit civil*, janv. 2004, n.1 « 2004 ! Pour les civilistes une année magique... », par J. Mestre et S. Doireau ; *Revue des contrats*, 2003, n.1 « Editorial » par D. Mazeaud et T. Revet.

A partir de 1804, plus exactement, à partir de l'instruction générale de 1807, pour entreprendre l'explication du système du droit civil, les auteurs ont peu de choix ; la prescription générale qui vise l'enseignement du droit est d'étudier le Code civil des Français, devenu Code Napoléon, dans l'ordre, puisque sur cet ordre, repose l'architecture du droit commun. Aussi pour satisfaire à cette prescription générale, les premiers professeurs des Ecoles de droit, et les premières œuvres de la littérature juridique napoléonienne adoptent le genre du *Cours de droit civil*.

« L'unité de législation établie par le Code Napoléon, est un avantage inestimable pour la France ; mais pour en obtenir la jouissance toute entière, nous devons avoir soin de nous dégager de beaucoup d'anciens préjugés ... C'est donc dans le Code Napoléon qu'il faut étudier le Code Napoléon. Le comparer avec lui-même et avec les autres Codes qui l'on suivi, pour nous en pénétrer ; le comparer avec lui-même en l'enseignant aux autres »²⁷⁰

Voilà bien une proposition pour une exégèse nécessaire.

En vérité, les années de l'Empire ne sont pas encore l'heure de créer des revues scientifiques et les recueils de jurisprudence ne se nourrissent d'aucune ambition doctrinale ; toutefois, apparaissent des revues à destination des praticiens : des compilations des arrêts des cours d'appel, et des journaux à l'usage des professions juridiques [*Journal des notaires* (1808)], [*Journal des avocats*, qui fusionnera en 1815 avec la précédente], [*Journal de jurisprudence commerciale et maritime*, 1820]. En vérité encore, la connaissance du droit est dans le Code et

²⁶⁶ *Communication et commerce électronique*, 1999, n.1, « Communication et convergence », par X. Linant de Bellefonds

²⁶⁷ *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, 1834, n.1, « Du système et de l'objet du Journal », par F. (Foelix), pp.1-7 ; *Revue des sociétés*, 1883, n.1 « Introduction – Ce que doit être un recueil de jurisprudence », par A. Vavasseur ; *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*, 1870, n.1 « Introduction », par E. Laboulaye ; *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, tome 3, sans titre, par F. Hélie ; *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)*, tome 1, 1874, « Introduction » par Ch. Demangeat, pp.7-16 ; *Revue critique de jurisprudence* 1851, « But et objet de la revue »

²⁶⁸ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1894, n.1, « Notre programme » par Larnaude, pp.1-14

²⁶⁹ *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n.1, « La jurisprudence et la doctrine », pp.5-19 par A. Esmein ; *Revue de législation et de jurisprudence (revue Wolowski)*, 1835, tome 1^{er}, « De la nécessité de réformer les études historiques applicables au droit français », par Troplong ; *Revue historique de droit français et étranger*, 1855, tome 1^{er} « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », par E. Laboulaye

²⁷⁰ Par exemple, J.-B. Proudhon, *Cours de droit français sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire*, 1810, préface, p.XII.

dans les ouvrages qui l'exposent et qui transmettent sa philosophie, elle n'est surtout pas dans la jurisprudence des arrêts :

« Quant aux arrêts, je ne suis pas de l'avis de ceux qui pensent qu'il est inutile de s'en occuper et qu'un arrêt n'est bon que pour celui qui l'obtient (...) mais je ne pense pas non plus qu'il suffise, comme cela a lieu dans quelques ouvrages, de donner la date d'un arrêt pour toute réponse à une question »²⁷¹

Mais loin de la caricature, l'étude du droit civil et de la philosophie du Code, essentiellement jusnaturaliste, est exposée dans les traités des lois des premiers commentaires consistants²⁷². Et même après 1814, le Code civil n'est pas perçu comme ayant été imposé par l'*Usurpateur*, pas plus que comme un système complet et suffisant²⁷³ ; le Code civil de 1804 va être sondé, interrogé, analysé à la lumière des anciennes ordonnances et des coutumes, des lois romaines, des jurisconsultes et des philosophes, et à travers les travaux préparatoires et les textes constitutionnels. Ce programme pour l'étude du droit français va être appliqué pendant tout le 19^e siècle, non par des Ecoles d'exégètes mais par des écrivains, individuellement, et dont la forme du discours sera en premier lieu le commentaire, article par article. Ce n'est qu'en second lieu, parce que le commentaire ne suffira plus à exprimer les progrès de la science que la littérature juridique va se doter d'un genre nouveau, celui de la *revue savante*.

Il faudra attendre l'année 1819 et la *Thémis* fondée par Jourdan, Blondeau et Dufrayer²⁷⁴ pour que soit annoncé un premier programme d'étude critique du système du Code civil, pour une réflexion qui s'armera des progrès et des méthodes de l'histoire, de l'examen des législations étrangères, mais aussi de l'analyse concrète, sinon sociale, sinon sociologique de l'application du système du Code dans la jurisprudence des arrêts. La Revue étrangère fondée par Foelix en 1835, la Revue de législation et de jurisprudence fondée par Wolowski la même année, et la revue critique de jurisprudence créée par Marcadé, Demolombe et Pont en 1851 donneront le ton de cette perspective (I).

Il faut croire que cette perspective critique aura obtenu quelques résultats immédiats. Dès les années 1830, l'influence grandissante de la méthode historique en législation résonne dans les revues savantes pour la compréhension d'un système plus global du droit, qui dépasserait le seul droit civil français, qui

²⁷¹ C. Delvincourt, *Cours de Code civil*, Paris, 1819, Avertissement, p.vj.

²⁷² C. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, Tome 1^{er}, Rennes, 1811.

²⁷³ J. Carbonnier, "En l'année 1817", *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.87.

²⁷⁴ Voy. J. Bonnet, *La Thémis (1819-1831)*, Son fondateur, Athanase Jourdan, Sirey, 2^e éd., 1914.

s'élaborerait autour du droit romain ; ce programme d'une systématisation d'un droit commun législatif pour reprendre l'expression utilisée plus tard par Edouard Lambert, ce programme est rédigé par Laboulaye en entame de la Revue historique en 1855. L'invention du droit comparé suivra (II).

Pendant ce temps, la Cour de cassation grandit, et la jurisprudence de ses arrêts mûrit, et le système du droit civil se dédouble ; d'un côté, le Code conserve sa symbolique référentielle, d'un autre la jurisprudence apparaît de plus en plus comme un véritable *jurislateur*. Et le Code vieillit, faut-il le rénover ? Faut-il profiter des progrès de la science juridique allemande ? Ne vaut-il pas mieux saisir le droit véritable, celui qui est vivant dans la pratique et jurisprudence ? Au tournant du siècle, les revues savantes établiront les programmes d'étude systématique de la jurisprudence qui gouverneront l'activité des juristes du 20^e siècle (III).

Aujourd'hui, le système du Code a volé en éclat ; décodifié par le Législateur, déconstruit par le système occulte *des grands arrêts*. Nous avons en France un *case law* à la place d'un droit commun. Les nouvelles revues juridiques toutes spécialisées (le droit civil est aussi une spécialité) dégagent des axes de recherche thématiques pour trouver son chemin dans le labyrinthe de la connaissance des lois spéciales françaises et internationales, pour la connaissance de l'actualité des décisions de justice, pour l'étude du droit dé – systématisé (IV)

I. Programmes d'étude critique du système du Code civil

Dans cette perspective, la revue *Thémis*, (et ensuite la revue Foelix et la revue Wolowski), vont explicitement suivre le chemin tracé par Savigny qui entreprend de publier de son *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* en 1815. Le but de Jourdan est de faire connaître en France la littérature allemande dont la teneur avait été oubliée depuis Heineccius. Une révolution scientifique a eu lieu outre Rhin et la *Thémis* se donne pour mission de la faire connaître ; leurs nouveaux auteurs seront traduits et publiés. Le programme critique de la Revue *Thémis* est élaboré pour avancer vers la perfection de la science et « contribuer au progrès de la législation », sous-entendu, notre système n'est pas parfait, et reste à parfaire²⁷⁵. Résolument, la revue se veut l'organe de la méthode historique. Le premier article de la Revue poursuit l'exposé : il est signé Warnkoenig et est consacré à l'état actuel de la science du droit en Allemagne²⁷⁶. Ce même auteur assurera la

²⁷⁵ A. Jourdan, « Plan de l'ouvrage », *Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte* 1, 1819, p.5 ; disponible sur *gallica.bnf.fr* : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6354087g.r=>

²⁷⁶ L. Warnkoenig, « 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*, 1, 1819, pp.7-24.

continuité des fondateurs de la *Thémis* dans les revues savantes qui la suivront²⁷⁷. On rappellera que cette pensée d'une mise en concurrence de la science et du Code aura pour Jourdan des conséquences académiques désastreuses, puisqu'il échouera toujours dans sa quête d'une chaire de professeur contre des candidats qui surent montrer mieux que lui, foi et hommage au système de Code. Jourdan mourra en 1826. La revue cessera de paraître en 1831²⁷⁸.

En 1835, la revue Foelix et la revue Wolowski font renaître le genre encore neuf de la revue savante. Foelix fonde en 1835 la *Revue étrangère de législation et d'économie politique*. Le programme « Du système et de l'objet du Journal » noue sa trame autour d'un axe essentiel ; le combat de la science contre le nationalisme français²⁷⁹.

« Les études législatives, condamnées par je ne sais quel pédantisme national à s'arrêter aux limites d'un code, n'avaient osé franchir cette démarcation imaginaire, et s'étendre dans le domaine des études générales ; comme si les productions étrangères avaient été des conceptions barbares dont il fallut éviter le contact, et auxquelles on dût refuser la terre et l'eau. La France surtout doit se reprocher cette faute ».

Troublante actualité ! Pour mener cette opposition contre l'autosatisfaction et les pratiques suivistes de ce qu'il considère comme la doctrine dominante, Foelix propose de redonner au droit français sa dimension internationale ; non pas en proclamant l'omniscience du Législateur, mais au contraire en cherchant à expliquer le système du Code à la lumière des autres systèmes nationaux. Ce programme anti-nationaliste, et internationaliste, ne vise pas à déconstruire le système du Code mais au contraire à le perfectionner, en le situant dans une dynamique temporelle complexe que l'on pourrait qualifier d' *historico – comparatiste*, si ce n'était anachronique. Mais Foelix n'est pas un théoricien, il n'a pas de prétention systématisante, il ne propose pas un nouveau système à côté de celui du Code ; il cherche à développer celui qui existe déjà : son programme vise immédiatement la constitution d'un droit international des relations privées, à partir du Code. Foelix s'appliquera le programme de sa Revue en rédigeant le premier véritable traité de droit international privé du 19^e siècle²⁸⁰. Duvergier et

²⁷⁷ L. Warnkoenig, « De la science du droit en Allemagne depuis 1815 », *Revue Foelix*, t. VIII, 1841, p.25 ; « Le droit romain en France depuis 1830 », *Revue Wolowski*, t.V, 1837, p.337

²⁷⁸ Ph. Remy, « La 'Thémis' et le droit naturel », *Rev. d'histoire des facultés de droit*, 1987, n.4, p.145.

²⁷⁹ Collaborateurs principaux : Duvergier et Valette.

²⁸⁰ comp. Foelix, *Traité de droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 2^e éd. 1847, préface, p.VIII.

Valette, les deux autres directeurs de la *Revue étrangère*, continueront de leur côté, l'un l'œuvre de Toullier²⁸¹, l'autre celle de Proudhon²⁸².

Wolowski fonde en 1835 la *Revue de législation et de jurisprudence* en s'entourant de collaborateurs prestigieux²⁸³. La revue ne débute pas par un discours programmatique explicite mais le premier article publié, signé de Troplong, est une déclaration d'intention : « De la nécessité de réformer les études historiques applicables au droit français ».

En revanche, lorsque la *Revue Wolowski* fusionne en 1853 avec la *Revue critique de jurisprudence* de Marcadé, Demolombe et Hélie, les rénovateurs s'expliquent abondamment sur le programme de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*. C'est Faustin Hélie qui rédige le programme : sans abandonner les études théoriques, la revue se tourne vers l'examen de la jurisprudence. Petit couplet sur ce qui distingue un allemand d'un Français :

« En France, surtout, l'étude de la théorie des lois ne séduit l'esprit qu'à la condition d'en apercevoir une application possible. Nous nous arrêtons rarement, comme en Allemagne, à la contemplation de l'idée pure ; nous poursuivons l'idée appliquée ».

En 1853, cette nouvelle revue consacre l'alliance de la dogmatique et les prémisses d'une analyse sociologisante des faits sociaux. Le système du Code doit être expliqué par la théorie mais également par les décisions qui le mettent en œuvre.

« Toute étude juridique repose sur deux éléments principaux : l'histoire, c'est-à-dire la science des faits, et la théorie, c'est-à-dire la science du droit. Il n'y a point d'interprétation réellement doctrinale qui ne s'appuie sur ces deux fondements. La législation n'est en effet que l'application des règles du droit aux faits sociaux »

La *Revue critique de législation et de jurisprudence* sera publiée jusqu'en 1940. Elle recevra les contributions des plus éminents auteurs, Demolombe, Pont, Troplong et plus tard Planiol ou Ripert.

Ces premières revues savantes avaient semé l'esprit de la recherche les revues qui s'annoncent vont systématiser.

²⁸¹ C. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, continué par Duvergier, 5^e éd., 1839.

²⁸² J.-B. Proudhon, *Cours de droit français sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire*, 3^e éd., 1842, par Valette.

²⁸³ Parmi eux Blondeau, Troplong, Oudot, Pellat, Valette, Renouard, Foucard, ...

II. Programmes pour une systématisation d'un droit commun législatif

La direction était déjà montrée par les premières revues savantes mais ce sont les historiens et romanistes du 19^e siècle à travers les différentes séries de la *Revue historique* qui vont clairement accomplir les premiers pas vers la constitution du droit comparé en tant que système d'interprétation. En 1855, en entame de la *Revue historique de droit français et étranger*, Laboulaye programme l'avenir de la méthode historique dont la semence a été plantée par les Jourdan, Foelix et Wolowski.

« Nous en sommes à la seconde période, à celle qui, dans toutes les sciences, suit la découverte d'une méthode nouvelle ; nous en sommes à l'application. C'est le moment, sinon le plus brillant, au moins le plus fécond ; celui qui est le mieux fait pour exciter l'écrivain en lui montrant des perspectives sans fin et l'espoir des plus riches moissons»²⁸⁴ (...)

« Nous ne rêvons pas à un même code pour toute l'Europe, non plus qu'une même langue ; mais nous sentons que la part de la diversité se réduisant de jour en jour par le mélange inévitable des peuples, il y aura un fonds commun de législation qui grossira sans cesse, et qu'à ce rapprochement nul ne peut assigner de limites » (...)

« Rapprocher les codes des différentes nations en les simplifiant, c'est l'œuvre du législateur ; montrer quel en est l'esprit commun, dégager l'idée dominante ; c'est l'œuvre du jurisconsulte, et c'est en cela que consiste pour la véritable philosophie du droit, ce n'est pas une science de chimères, ce n'est pas le rêve ingénieux d'un homme qui reconstitue le monde par un effort de sa pensée : la philosophie du droit comme celle des sciences naturelles, c'est la science qui généralise après les observations faites et classées, et remonte ainsi des phénomènes aux principes qui les gouvernent et des faits à la loi ».

Sur la scène de la science du droit, le Législateur fait face aux jurisconsultes ; chaque système national fait face à des permanences historiques résultant de conceptions primitives communes à tous les peuples. Pour les fondateurs de la *revue historique*, la méthode historique permettra de mettre au jour et révéler ce fonds commun qui procède de la nature des sociétés humaines. C'est le vœu de trouver en dehors du système du Code un nouveau droit commun, européen et même universel ; *humain* nous dit Laboulaye.

En 1869, ces mêmes ambitions vont être réitérées lors de la création de la société de législation comparée, dans le *Bulletin*, qui deviendra plus tard la *Revue de droit*

²⁸⁴ E. Laboulaye, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *RHD* 1855, pp.1-23

internationale et comparée. C'est encore Laboulaye qui ouvre la première séance de la société aux côtés de Jozon et Bufnoir.

« Mais, quand nous étudions les législations étrangères, nous n'allons pas simplement chercher quelques points de rapprochement plus ou moins intéressants. Nous cherchons les principes qui président à telles lois, nous sommes amenés à étudier la philosophie du droit, à remonter aux principes de notre propre législation ; nous faisons là, tout ensemble, une étude de morale, de politique dans le sens élevé du mot, d'économie politique. La comparaison des lois étrangères est une étude de législateur bien plus encore que de jurisconsulte ; mais il n'y a de bon jurisconsulte que celui qui sait remonter jusqu'à l'esprit des lois. Ces études ont l'avantage d'agrandir l'intelligence ; nous n'étudierons pas de vaine théorie, mais nous rassemblerons des faits, nous les expliquerons. La science du droit doit être, comme la physique ou la chimie, une science positive ».

En vérité, la science du droit comparé dont Laboulaye trace les contours, prendra véritablement corps au congrès de Paris en 1900 ; le droit comparé se construit ainsi comme un système savant, outil d'interprétation critique du Code, et plus encore capable de saisir une réalité juridique complexe par la diversité de ses sources. On retrouvera à divers degrés cette ambition systématisante d'un droit immanent, dépassant le cadre du droit positif dans quelques revues de la fin du 19^e siècle, mais la dimension pratique n'est jamais écartée²⁸⁵ ; dans des domaines spécialisés, par exemple pour la constitution d'un droit du commerce international, les propositions de Thaller vont en ce sens :

« Il faudrait en quelque sorte faire la synthèse des dispositions en vigueur dans les autres Etats, et chercher, autant que possible, en mettant de côté tout faux amour-propre d'auteur, à se rapprocher des notions les plus communément reçues en Europe ... C'est par là qu'on s'acheminera vers l'unification du droit du commerce, cette terre promise du droit international, à laquelle il faut tendre résolument, quand la plupart d'entre nous sauraient d'avance n'y devoir jamais poser le pied²⁸⁶ ».

Ce but ultime que s'assignait le fondateur des *Annales de droit commercial* en 1887 résonne encore aujourd'hui dans l'ambition affichée par l'Institut Unidroit lors de la fondation de sa *Revue de droit uniforme* en 1973. Le temps a passé et la Terre promise par Thaller n'est toujours pas atteinte. Il faut dire que malgré l'œuvre des Princes, les conventions internationales portant droit uniforme connaissent des

²⁸⁵ E. Thaller, « Notre programme », *Annales de droit commercial*, 1887, pp.1-4.

²⁸⁶ Voy. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* (Clunet), tome 1, 1874, « Introduction » par Ch. Demangeat, pp.7-16

applications diverses par manque d'harmonie juridictionnelle. La revue de droit uniforme se proposait de suivre de près la jurisprudence qui dans les différents pays se développait en matière d'interprétation et d'application des règles uniformes de droit privé dérivant des principales conventions internationales entrées en vigueur. En somme même si la Terre promise n'est pas encore atteinte le système produit ce qui risque de le désintégrer. C'est alors la jurisprudence qu'il faut penser par des programmes d'étude systématique.

III. Programmes pour d'étude systématique de la jurisprudence

On connaît le discours de Larnaude en prélude à la Revue du droit public et de la science politique en 1894²⁸⁷ et mieux encore celui d'Adhémar Esmein en programme de la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1902²⁸⁸. Mais ce ne sont pas les seuls, loin s'en faut à promouvoir l'étude systématique de la jurisprudence. Dans la veine de la *Revue critique*, de nombreuses revues ont cherché à la fin du 19^e à faire connaître le « droit vivant ». La *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*²⁸⁹ en 1887, la *Revue des sociétés*²⁹⁰ en 1886, plus tard la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* en 1936²⁹¹ ou la *Revue trimestrielle de droit commercial* en 1948²⁹² se donneront pour objet de pratiquer cet examen systématique des décisions juridictionnelles. Pour l'essentiel, elles sont tournées vers l'étude de l'incidence pratique de la jurisprudence, mais la *lutte pour la jurisprudence* programmée par les fondateurs de la *Revue trimestrielle de droit civil* va plus loin que la simple invitation à tenir pour acquises les positions et opinions des juges, elle vise à s'assurer le contrôle de l'élaboration des normes jurisprudentielles. S'il est acquis que la jurisprudence est une source du droit, il appartient à la doctrine de la contrôler sagement, et mieux d'ériger à côté du système du Code un autre système tiré de l'application du Code :

²⁸⁷ Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1894, n.1, « Notre programme » par F. Larnaude, pp.1-14

²⁸⁸ *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n.1, « La jurisprudence et la doctrine », pp. 5-19 par A. Esmein

²⁸⁹ Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, 1877, n.1, pp.5-8 « Avertissement »

²⁹⁰ *Revue des sociétés*, 1883, n.1 « Introduction – Ce que doit être un recueil de jurisprudence », par A. Vavasseur

²⁹¹ *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1936, n.1, « éditorial » par L. Hugueney et H. Donnedieu de Vabres

²⁹² *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1948, n.1, « Avertissement » par J. E. (Jean Escarra)

C'est désormais la jurisprudence qui est la véritable expression du droit civil ; elle est la loi réelle et positive, tant qu'elle n'est pas changée ; c'est donc elle autant que le Code civil lui-même qu'il faut étudier directement et scientifiquement. Cette étude aura pour but et résultat d'éclairer la jurisprudence acquise, celle qui va jusqu'au moment présent, et de préparer la jurisprudence de l'avenir²⁹³.

Si "les tribunaux ... fournissent et taillent les matériaux", ils ne sont pas chargés de "construire l'édifice"²⁹⁴. Le trait dominant de cette ambition réaliste est ce qui anime l'Ecole de la libre recherche scientifique emmenée par Saleilles et Gény. Il n'est pas douteux que ces auteurs faisaient la promotion d'une rénovation et d'une systématisation des différentes disciplines qui avaient commencé à s'éparpiller. Mais en plaidant à la fois, pour une refondation du système du droit civil par le droit comparé, et une critique systématique de son application par l'analyse de la jurisprudence, la doctrine savante du tournant du 20^e siècle n'a pas réussi, et/ou n'a pas eu l'occasion législative ou politique de recodifier.

Lentement le droit civil, en tant que droit commun, a continué à se désystématiser, et les référents conceptuels du droit commun vont se disperser dans des spécialités de plus en plus étroites. De nouvelles revues savantes vont être conçues pour comprendre et appréhender le droit dé-systématisé.

IV. Programmes pour l'étude d'un droit dé-systématisé (20^e et 21^e)

Depuis la fin du 19^e siècle, autant en droit privé qu'en droit public, le nombre des revues savantes a considérablement augmenté, au point que mes maîtres de droit civil pourraient regretter qu'elles soient de moins en moins savantes. C'est la dispersion du système du Code qui justifie la spécialisation, laquelle justifie que l'étude du droit se fasse d'abord par la spécialité avant le droit commun. Droit des assurances terrestres²⁹⁶, droit social²⁹⁷, de l'aide sociale²⁹⁸, de l'environnement, de

²⁹³ A. Esmein, "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.* 1902, p.5.

²⁹⁴ A. Esmein, "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.* 1902, p.15.

²⁹⁶ *Revue générale des assurances terrestres* en 1930 qui deviendra la *Revue générale du droit des assurances* en 1996.

²⁹⁷ *Droit social*, 1938.

²⁹⁸ *Revue de l'aide sociale* en 1958 qui deviendra *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social* en 1965.

l'immatériel²⁹⁹, du sport³⁰⁰, même le droit civil est devenu un ensemble de spécialités (Famille, Personnes, Contrats...) et toutes les spécialités ont leurs spécialistes qui abordent leur sujet en traversant les différentes disciplines de ce qu'il reste du système dogmatique. Pour l'essentiel, ces revues spécialisées ont l'ambition de convoquer sous leur étendard l'étude des différentes sources qui concourent à la formation de la spécialité ; ainsi la revue *Procédures*, la *revue de droit immobilier* ou la *revue des contrats*. La méthode reste celle de l'étude des Sources qui ont poussé en dehors du système du Code et de la jurisprudence des arrêts.

A la marge, les revues de théorie du droit³⁰¹ et de philosophie³⁰², les revues d'histoire³⁰³ et sociologie³⁰⁴ sont en marge de l'inflation des revues ; elles poursuivent des entreprises de réflexion détachée de l'examen systématique de la jurisprudence et du détail des lois. C'est comme si entre les unes, revues spécialisées et les autres, revues de théorie généralistes, entre l'analyse du droit appliqué et l'ambition de concevoir le droit comme un système, un fossé difficilement franchissable s'était creusé.

Mais c'est l'état de notre droit commun qui veut cela ; décodifié, désystématisé, désacralisé³⁰⁵, va-t-il susciter une réaction systématisante ? et sous quelle forme ? La revue savante qui a été l'instrument de la dé-systématisation du Code, ne sera sans doute pas celui de la refondation, C'est plutôt un nouveau genre de littérature savante qui est en train de voir le jour, *le projet doctrinal de réforme ou de refondation du droit commun, des projets européen ou français*.

²⁹⁹ *Revue Lamy droit de l'immatériel*, janv. 2005, n.1 « De l'irrésistible ascension de l'immatériel », par P. Sirinelli et M. Vivant.

³⁰⁰ *Les cahiers du droit du sport*, 2005, n°1 par J.M. Marmayou et F. Rizzo.

³⁰¹ *Droits — Revue française de théorie juridique*, 1985, n.1 « avant-propos ».

³⁰² *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931 ; nouvelle série à partir de 1953.

³⁰³ *Annales d'histoire des facultés de droit*, 1984.

³⁰⁴ *Droit et société*, 1985.

³⁰⁵ Voy. Ph. Remy, « Le processus de "dé-codification" », in Dunand & Winiger, *Le Code civil des Français dans le droit européen*, Bruylant, 2005, pp.177-199.

Chapitre 5

La sécurité juridique

Récrit à partir de « Le slogan sécuritaire : rapport final du X^e congrès de l'association internationale de méthodologie juridique », *La revue du notariat*, Vol.110, septembre 2008, pp.715-727

L'actualité de la sécurité juridique ne cesse de s'enrichir par des écrits de toutes sortes³⁰⁶, y compris des rapports menés par des experts pourvus de questionnaires pratiques et d'évaluation des ordres juridiques, à l'aune d'indices de transparence, accessibilité, stabilité, certitude et de prévisibilité. La solution sûre est appréhendée aujourd'hui par l'analyse économique du droit³⁰⁷ pour établir des stratégies d'adhésion ou d'évitement, dans le but avoué d'organiser des instruments de régulation de la compétition entre les ordres juridiques³⁰⁸, quand les professionnels du droit, notaires en tête, voient dans la sécurité juridique un formidable outil de légitimation de leurs positions sociales³⁰⁹.

L'ambiguïté disqualifiante de telles démarches tient au fait que les experts – de la Fondation de droit continental³¹⁰, du Club des juristes³¹¹ comme ceux du congrès

³⁰⁶ Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, Defrénois, Doctorat & notariat, vol. 35, 2009 ; B. Fauvarque-Cosson et J.-L. Dewost, *L'entreprise et la sécurité juridique*, Société de Législation Comparée, 2015 ; F. Favennec-Héry (dir.), *La sécurité juridique en droit du travail*, LexisNexis, 2014 ; R

³⁰⁷ J. Chevallier, « Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la dir. de L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, Larcier, 2007, p. 559 ; mis en application par la littérature d'application managériale, C. Collard et C. Roquilly, *La performance juridique, pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, 2010, pp.27-29

³⁰⁸ A. Plaia (dir.), *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Giuffrè, 2007.

³⁰⁹ J.-F. Sagaut, « Voyage au centre de la sécurité juridique », Avant-propos du président du 111^e Congrès des notaires de France, Strasbourg 10-13 mai 2015 ; <http://www.congresdesnotaires.fr/fr/le-congres/les-rapports-du-congres/111e-congres/>

³¹⁰ *Index de la sécurité juridique* (ISJ), Rapport pour la Fondation pour le droit continental, Mai 2015 : Travail réalisé sous la direction de Bruno Deffains et Catherine Kessedjian, p.82 ; et une bibliographie très complète. Disponible : http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/nos_actions/index-de-la-securite-juridique-isi/

³¹¹ H. de Castries et N. Molfessis, *Sécurité juridique et initiative économique*, Le club des juristes, juin 2015, rapport remis au président de l'Assemblée nationale : <http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/05/S%C3%A9curit%C3%A9-juridique-WEB.pdf>

des Notaires -, n'ont pas une position politiquement neutre quand bien même se draperaient-ils de leurs toges d'universitaires ; la Fondation cherche à promouvoir une opposition aux droits anglo-américains, et même si politiquement on peut approuver l'ambition, d'un point de vue scientifique, cette démarche utilise l'analyse économique du droit pour promouvoir un autre type de capitalisme « continental » ; rien qui ne soit vraiment différent du modèle dominant prétendument combattu. Le Club des juristes développe quant à lui la rhétorique du dernier espoir : « En dépit d'une évidente prise de conscience, les avancées de la sécurité juridique restent insuffisantes, comme si elles se trouvaient structurellement empêchées. Rares sont en effet les mécanismes visant à promouvoir la sécurité juridique qui ont pour l'heure véritablement permis le recul du mal qui les ont justifiés. Tout se passe le plus souvent comme si l'insécurité qui gangrène le droit contemporain venait corrompre jusqu'aux remèdes censés la combattre³¹² ». Là aussi on peut approuver l'ambition politique de transformer le rôle de la Cour de cassation dans ses rapports avec la Cour européenne des droits de l'homme et de préparer sa mutation en Cour suprême³¹³. Mais il n'y a, là, rien de bien nouveau ; les remèdes prescrits contre l'insécurité juridique combinent délégitimation du texte législatif, défiscalisation et déréglementation du marché du travail qui par euphémisme cynique, seront nommées *régulations*. Ce rapport a été financé grâce au concours de Partenaires politiquement neutres et désintéressés³¹⁴ : évidemment, les questions de légitimité des auteurs de ces rapports et les conflits d'intérêts éventuels sont sans incidence sur le contenu des propositions de réforme faites³¹⁵. Evidemment. Les plus clairs de ce point de vue sont les notaires qui défendent leurs acquis sociaux - comme d'autres, mais eux depuis le moyen-âge avec un certain succès³¹⁶, face aux attaques récentes dirigées contre leur profession.

Il va sans dire néanmoins que ces rapports ne s'attaquent pas à de fausses questions, mais la désystématisation de la législation est la cause de l'inflation législative et non la conséquence ; or, cette désystématisation se réalise de deux

³¹² <http://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/commission-ad-hoc-insecurite-juridique-et-initiative-economique/>

³¹³ Cour de cassation, *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Avril 2017.

³¹⁴ En toute transparence, <http://www.leclubdesjuristes.com/nos-partenaires/>. On n'y trouvera pas la Fondation Abbé Pierre.

³¹⁵ N. Molfessis, « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *RTD civ.* 2003. 165

³¹⁶ C. A. Cannata, « Aperçu historique du notariat européen », in *Scritti scelti I*, 2011, pp.427-441

manières : par l'abondance de lois spéciales intégrées à des ensembles aujourd'hui codifiés qui défont la sujétion droit commun / droits spéciaux, et par la concurrence du pouvoir créateur des juridictions « suprêmes » qui délégitime la fonction législative. Cette désystématisation n'est pas fortuite, elle est le résultat de la pénétration depuis le tournant du 20^e siècle, des philosophies pragmatiques qui contribuent à penser le droit par segments sectoriels. Ainsi en va-t-il jusqu'à présent de la construction européenne, sans droit commun, où le droit civil serait lui-même un secteur spécial. A cet égard, il est donc très sensible que les rapports sur la sécurité juridique de la Fondation pour le droit continental, et celui du Club des juristes, comme ceux du Congrès des Notaires, reposent sur des conceptions parfaitement divergentes, mais les trois textes utilisent la sécurité juridique pour légitimer leur positionnement politique en le neutralisant. La rhétorique est pourtant rudimentaire. Qui est *pour* l'insécurité juridique ? Personne. Qui est *contre* la sécurité juridique ? Personne. Le consensus est général, et l'amalgame est total.

En 2007, à l'université de Sherbrooke, le X^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique³¹⁷ avait été l'occasion de montrer que l'amphibologie dont témoigne la « sécurité juridique » ne tenait pas seulement à ses difficultés d'être traduite d'une langue à une autre mais dans toute sa profondeur, aux apories qui en gouvernent l'expression conceptuelle. Une notion pour le moins *fuyante, en quête de sens, difficile à appréhender*, un concept qui vient au soutien de la clarté et qui en manque lui-même, *un concept multiforme, une illusion conceptuelle* ; les différents contributeurs du congrès avaient tous insisté sur la polyvocité des termes de *sécurité juridique*, « *legal certainty* », « *certezza del diritto* » ou « *segurança jurídica* », autant que sur la polyphonie de leur emploi. L'expression réfère tour à tour à la prévisibilité du droit, à sa certitude, à sa simplicité, ou à son accessibilité, à la justice et à l'équité, à la nécessité et à l'obéissance de la règle ; autant de contenus variables et de profils ambigus³¹⁸.

Les ambiguïtés tiennent à plusieurs facteurs de dispersion de ce qui pourtant se présente comme un concept unitaire : les différentes perspectives qui partagent la philosophie du droit font résonner de manières diverses les mots de « sécurité » et

³¹⁷ M. Devinat (Dir.), *La revue du notariat*, Vol.110, septembre 2008.

³¹⁸ *Index de la sécurité juridique (ISJ)*, précité : « D'un point de vue conceptuel, le rapport retient le principe qu'une sécurité juridique raisonnée n'est ni synonyme d'immobilisme, ni équivalente à l'absence de toute contrainte législative ou réglementaire, voire d'une contrainte minimale. Elle suppose en revanche l'accessibilité du droit applicable ; sa prévisibilité, grâce à la hiérarchie des normes et à des compétences prédéfinies du législateur et du juge et une stabilité raisonnable dans le temps, et enfin, un certain équilibre entre les intérêts économiques et les parties en présence ». Synthèse des résultats, p.1

de « droit », et l'écho de la sécurité juridique dépend de son domaine d'application. Public et privé, contrats, propriété ou famille, dans le détail, les visages de la sécurité juridique se dévoilent sous la forme de principes, de propositions, d'incantations ou plus péremptoirement sous la forme de slogans sécuritaires ; le recours au principe de sécurité juridique et sa consécration³¹⁹ annoncent l'utilisation de contenants rhétoriques et de prescriptions politiques masquées dont les contenus sont multiples et contradictoires³²⁰. Qu'est-ce qui se cache sous le palimpseste de la « sécurité juridique » ? Confronté à la diversité des usages du concept de *sécurité juridique*, il faut avouer un embarras et une lassitude qui n'en finissent pas. Les arguments tirés de la sécurité juridique ou de son antonyme d'insécurité ont un contenu si pauvre, si dilué qu'il est sans cesse surprenant que les plus grands penseurs de notre temps puissent y avoir recours, c'est sans doute que les temps sont durs, et les penseurs petits³²¹. La sécurité juridique sert à celui qui n'a rien à dire.

Mais au moins, faut-il parvenir à comprendre les discours qui en usent, voire en abusent. Que contient le message sécuritaire ? À qui est-il adressé ? Qui en sont les auteurs ? À quoi sert *la sécurité juridique* ? Pour répondre à cette quadruple interrogation, procédons par ordre en prélevant dans le discours des juristes des échantillons de « sécurité juridique », cela nous donnera une idée de la diversité des usages linguistiques du slogan sécuritaire.

Échantillons de sécurité juridique

En 2007, Jean-Louis Bergel avait d'emblée mis l'accent sur une dichotomie conceptuelle, sorte de *summa divisio* sécuritaire, à la fois rudimentaire et primordiale³²² : sécurité objective (du droit) *versus* sécurité subjective (des droits). Dans le sillage de Paul Roubier qui voyait dans l'impératif de sécurité une légitime aspiration des systèmes juridiques, on pouvait lire que *l'excès de droit brouillait la sécurité*, ou selon la formule de l'auteur du *Droit transitoire* que *la sécurité était la*

³¹⁹ Ph. Raimbault, « Retour sur la consécration du principe de sécurité juridique », *Les Annales de droit* (2), 2008, pp. 191-209

³²⁰ P. Brunet, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges », in V. Champeil-Desplats et N. Ferré (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ 2007, pp. 247-250.

³²¹ Heureusement, F. Gros, *Le Principe sécurité*, Gallimard, 2014, p.94 *et sq.* sur la sécurité juridique ; p. 21 *et sq.* sur la régulation.

³²² J.-L. Bergel, « La sécurité juridique », discours inaugural, *La revue du notariat*, Vol.110, septembre 2008, p. 271

*fin ultime du droit et son mode de réalisation*³²³. Rapidement, le congrès de Sherbrooke avait situé la simplification et la connaissance des règles positives au rang des réquisits fondamentaux d'un état démocratique, quand *la trop grande complexité du droit mettait en péril la sécurité juridique et la nécessaire garantie des droits*. Même si finalement elle pouvait ne s'annoncer que comme un vœu pieux, la sécurité entraine sur le terrain d'une réflexion où l'élaboration des règles positives doit observer une discipline méthodologique et où la certitude du droit et sa prévisibilité dépendent de la capacité des sujets à en connaître³²⁴. En ce sens, la prescription était formulée à l'adresse de ceux qui font la loi, « le législateur et le juge doivent observer l'impératif de sécurité juridique ». Il s'agit là d'un principe politique de gouvernement faisant entrer prévisibilité des normes et stabilité des situations individuelles dans le champ du droit, au travers du principe de confiance légitime, ou comme principe d'une bonne législation³²⁵. Reste que si la règle de droit sûre est celle qui est prévisible, elle suppose de manière autoréférentielle que les justiciables soient en mesure de connaître à l'avance les règles futures, y compris celles modifiant l'élaboration des règles éventuelles.

Notre législation française a connu depuis 2009 une série de vagues de simplification, de clarification et de modernisation³²⁶ : que des belles lois³²⁷ préparées – on peut hésiter –, soit dans un cabinet du *Miniver*, soit par une

³²³ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1946, p. 279: « Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre. » ; comp. G. Radbruch, « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *Arch. Philo. Droit* 1936, p. 86

³²⁴ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2e éd., 1989, n° 152, p. 157: « Le droit a besoin de stabilité car, sauf à soumettre l'homme à une loi ignorée de lui, comme le *Procès de Kafka*, la sécurité que le droit a pour fonction d'établir, suppose la permanence des règles juridiques ».

³²⁵ S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2001.

³²⁶ LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ; LOI n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives ; LOI n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens ; LOI n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ; LOI n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures

³²⁷ F. Rome, « Oh, la belle loi », *D.* 2009, p.1329

agence de propagande qui lui est affidée³²⁸. La méthode est connue: pour constituer une novlangue, il faut commencer par effacer les vocables qui appellent la question et le raisonnement, et ceux qui évoqueraient les amphibologies des langues naturelles, ceux qui rappellent que l'usage d'un concept a une histoire, et ceux qui nourrissent l'intelligence³²⁹; à l'avenir, on se contentera des définitions données par la loi, et si nécessaire, un thésaurus électronique suffira pour les retrouver parmi tous les beaux codes dont notre système législatif est désormais pourvu.

Les lois de simplification, de clarification et de modernisation ont donc simplifié, clarifié et modernisé, et pas seulement les procédures et les protocoles; pour le rendre accessible, cette œuvre législative a même élagué le Code civil en le débarrassant de ses branches desséchées. Terminus pour l'antichrèse, la tradition réelle, le réméré, le colonat, l'hérédité, les impenses, le commodat, le divertissement et quelques autres. Bienvenue au gage immobilier, à la remise de la chose et autres euphémismes qui rénovent notre langue pour la plus grande clarté du code. *Big Brother* doit être content, il ne connaît ni le grec, ni le latin. Mais preuve que le travail ne fait que commencer, l'article 637 définit toujours la servitude comme une charge pesant sur un « héritage », nul doute que les codificateurs de demain ne laisseront pas un pareil oubli continuer d'embrouiller l'esprit³³⁰.

Mais qui peut croire que ces changements de vocabulaire soient fortuits et inoffensifs? Il ne s'agit pas de rechercher la simplicité mais d'imposer le simplisme comme mode de penser avec en tête de la troupe, l'étendard de la sécurité juridique. Est-il encore temps de s'interroger sur les avantages de l'ignorance et de la confusion érigée en forme de compréhension supérieure³³¹, car quel est l'intérêt de dégarnir le lexique juridique? La simplicité n'est pas un programme scientifique, mais c'est un programme politique³³². Il consiste à dissoudre les

³²⁸ Pour le lexique de la *Novlangue*, voy. évidemment, le roman de Georges Orwell, *1984* où *Miniver* signifie simplement et clairement, le très moderne « Ministère de la Vérité ». En anglais, *Minitrue* – ministry of Truth.

³²⁹ C. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, 2009.

³³⁰ *Exposé des motifs* de la proposition de réforme du livre II relatif aux biens, 2008, commission de travail de l'association Henri Capitant, dirigé par J.L. Bergel et H. Périnet-Marquet

³³¹ J. Bouveresse, « Qu'appellent-ils penser? », Genève, conférence du 17 juin 1998; http://un2sg4.unige.ch/athena/bouveresse/bou_pens.html

³³² I. Lakatos, « Pourquoi le programme de recherche de Copernic a-t-il supplanté celui de Ptolémée? » in *Histoire et méthodologie des sciences*, PUF, 1994, pp.147-184; C. Hagège, *Contre la pensée unique*, O. Jacob, 2012.

principes du droit commun dans une logorrhée normative faite de cascades de renvois de code à code et d'usages de termes homophones, et ce pour rendre impossible toute analyse généalogique des concepts : où la métaphore devient explicative de tout. Les lois de clarification et de simplification sont-elles autre chose que le symptôme d'un totalitarisme bureaucratique au cœur d'une démocratie en crise ? Car des symptômes, il y en a d'autres ; la constitution d'une novlangue dont le lexique se réduit progressivement, ne peut se faire sans qu'une police de la pensée n'exerce son art de la persuasion. Difficile dans ces conditions d'être optimiste. On fait des lois nouvelles pour combattre l'instabilité des normes³³³, mais c'est promis, c'est la dernière fois.

Toujours d'un point de vue méthodologique, *la sécurité juridique est un guide pour trancher les conflits d'interprétation*. Elle se présente comme un concept référentiel, instrument d'une méthodologie applicative des règles. En 2007, Pierre-André Côté prescrivait en ce sens qu'il fallait favoriser l'interprétation qui va assurer la certitude du droit³³⁴. Cela ne se fait pas tout seul, l'interprète doit accepter de se laisser guider par une méthode d'interprétation réduisant la part des incertitudes des énoncés juridiques. Mais les référentiels téléologiques sont contingents et supposent une adhésion aux contenus politiques qu'ils véhiculent³³⁵. En 1811, Toullier, dans le premier volume de son *Droit civil français suivant l'ordre du code*, voyait dans la lecture des jurisconsultes romains « le guide sûr des décisions infaillibles »³³⁶, faut-il comprendre aujourd'hui que la sécurité rassemblerait autour d'elle les principes interprétatifs de nos ordres juridiques ? Il semblerait que le juge administratif français³³⁷ et les juges européens en aient fait leur miel³³⁸.

³³³ J.-Y. Chérot, « Jurisprudence en droit privé français et exigences de sécurité juridique », *La revue du notariat*, Vol.110, septembre 2008, p. 665

³³⁴ P.-A. Côté, « Le souci de la sécurité juridique dans l'interprétation de la loi au Canada », *La revue du notariat*, Vol.110, septembre 2008, p. 685 ; du même auteur, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois*, Les éditions Thémis, 4^e éd., 2009, « Les fonctions des principes d'interprétation des lois », pp.44-49

³³⁵ V. Champeil-Desplats, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : Les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi e diritto* 2001, p.59 et sq.

³³⁶ C. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 1^{er} [1811], 5^e éd., 1830, n.149, p.116

³³⁷ C. Nivard, « L'ambivalence du traitement jurisprudentiel de la sécurité juridique », *Droit administratif*, 2010, étude 3 ; Ph. Raimbault, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, 2010.

³³⁸ F. Crouzatier-Durand, « La dialectique de la sécurité juridique et de la légalité en droit administratif français », *La revue du notariat*, Vol. 110, septembre 2008, p.481 ; A.-L. Valembois, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil*

Le principe de sécurité est matriciel de nos sociétés et de leur développement³³⁹. Il est inhérent aux sociétés démocratiques et conduit au *bon développement de la société de l'information*³⁴⁰. La lutte pour le bon droit impose de réagir lorsque « l'idéal de sécurité est bafoué par l'inflation législative ou l'inflation juridictionnelle ». Une société juste est une société sûre ; la sûreté physique comme la sécurité juridique sont aux fondements de la philosophie politique de nos sociétés.

*La sécurité juridique est atteinte lorsque le droit est efficace*³⁴¹. Un ordre juridique auquel il n'est pas obéi ne peut être juste ; la sécurité est nécessaire dans toutes les branches du droit pour assurer la clarté et l'efficacité de l'ordre juridique, mais elle commande le plus souvent de passer outre aux considérations d'ordre individuel, parfois fantasmées ou aléatoires. À rebours, *la sécurité juridique trouve sa source dans un besoin social paradoxal* : si une trop grande indétermination de la règle favorise l'insécurité, la sécurité et la certitude ne viendront pas à bout du besoin vital de souplesse du droit³⁴².

A l'opposé de ce qui précède, on verra parfois des vertus à l'insécurité et à la dissidence³⁴³. Troplong, comparant le bail à colonage au bail à ferme, considère

constitutionnel n° 17, mars 2005; P. Beauvais, « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », *Archives de politique criminelle*, (1), 2007, pp. 3-18 ; F. Chaltiel, « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité », *AIDA*, 2009, p. 1650 ; N. Sauvage, « La dangereuse notion de 'prévisibilité raisonnable' et l'exigence de sécurité juridique », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 2012, pp. 516-522

³³⁹ B. Mathieu, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », *D.* 1995. chr.211 et 212. « Ce principe de sécurité juridique serait également dans certains cas un substitut efficace à la notion trop vague d'intérêt général. » ; du même auteur, Dossier : Le principe de sécurité juridique, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 11, décembre 2001.

³⁴⁰ V. Gautrais, *Neutralité technologique: rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Ed. Thémis, 2012 ; Th. Piette-Coudol, *Les objets connectés : sécurité juridique et technique*, LexisNexis, 2015.

³⁴¹ J.-L. Bilodeau, « La sécurité juridique et l'efficience des marchés : le cas de l'Autorité des marchés financiers », *La revue du notariat*, Vol. 110, septembre 2008, p. 429 ; M.-F. Mercadier, « Sécurité juridique et mobilité des patients dans l'Union européenne après l'exclusion des soins de santé de la directive services dans le marché intérieur », *même revue*, p. 563

³⁴² F. Haid, « À l'autre extrémité de la corde... L'envers de la sécurité juridique », *La revue du notariat*, Vol.110, septembre 2008, p. 693 ; voir également du même auteur, *Les notions indéterminées dans la loi*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008.

³⁴³ M.-C. Belleau et R. Johnson, « La diversité identitaire et les opinions dissidentes de la Cour suprême du Canada : Conséquences sur la sécurité juridique ? », *La revue du notariat*, Vol.110, septembre 2008, p. 319 ; comp. C. Atias, *Science des légistes, savoir des juristes*, PUAM, 3^e éd., 1993,

que le fermier, dans une situation plus incertaine, permet à l'agriculture de se développer, alors que « d'un autre côté, la sécurité dans les rapports du métayer et du maître, chose excellente en soi, favorise cependant l'esprit de routine trop naturel au paysan ; elle le maintient dans un état d'immobilité nuisible à son bien-être, nuisible aussi à l'agriculture »³⁴⁴. Cela expliquerait-il l'abandon du métayage dans l'agriculture française ? Le paysan aime l'insécurité ; mais le notaire la déteste³⁴⁵. Demogue notait aussi que « le désir de sécurité si considérable qu'il soit n'est pas tout, car il y a dans l'homme un certain goût du risque. Il trouve un certain plaisir dans l'insécurité qui lui donne un plaisir plus vif à lutter et triompher³⁴⁶ »

L'obsession de la sécurité juridique est aux professionnels ce que la «précautionnite» est aux consommateurs ; ni plus, ni moins qu'une maladie !³⁴⁷ Mais ne sommes-nous pas tous un peu hypocondriaques³⁴⁸ ? Une expertise du mal nous en dira davantage.

Expertise du principe de sécurité juridique

Une recherche archéologique par sondage sur *gallica.bnf.fr* nous offre déjà un éventail diachronique des usages linguistiques des termes « sécurité 'du droit' ou 'des droits' », « sécurité juridique », « sécurité 'des transactions' ou 'du commerce' ». Ce lexique sécuritaire est déjà présent dans la littérature

p. 106: « Au positivisme juridique souhaitant le déclin des controverses, il faut répondre que la sécurité puisée dans le respect des lois et de la jurisprudence n'est qu'un leurre. »

³⁴⁴ R.-Th. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code civil*, t. 1, « De l'échange et du louage », préface, p. XCVII. Dans la littérature du XIXe siècle, on lira couramment que : « Malgré la juste anxiété que répand l'incertitude de la jurisprudence dans des questions aussi graves que sont les questions d'état, on se félicite cependant de voir la cour suprême abandonner l'opinion qu'elle n'avait émise qu'après hésitation et partage. » (anonyme), note sous Cass. civ. 22 déc. 1845, D.P. 1846.1.5.

³⁴⁵ S. Convers, « Le notaire, vecteur de sécurité juridique dans son environnement économique », *Procédures* n°8-9/2008, dossier 6, p.21.

³⁴⁶ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 87.

³⁴⁷ Un mal nécessaire, X. Lagarde, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *Arch. philo. dr.* 2007.77 et sq. ; C. Atias, "Les maux du droit et les mots pour le dire", *D.* 1997, chr. p.231 considère qu'il y aurait parmi les juristes tant de médecins de Molière qui nourrissent l'illusion légaliste que les années à venir risquent d'être celles des charlatans.

³⁴⁸ Pour une autre collection d'échantillons, voir *Sécurité juridique et droit économique*, sous la dir. de L. Boy, J.-B. Racine, F. Siiriainen, Larcier, 2007.

philosophico-juridique de la fin du 18^e siècle et du début du 19^e siècle³⁴⁹ sans se démentir par la suite³⁵⁰. L'idée n'est donc pas neuve au début du 20^e siècle quand René Demogue se l'approprie dans ses *Notions fondamentales du droit privé*, c'est déjà un concept en vogue en droit³⁵¹ et en économie politique³⁵². Cet ouvrage

³⁴⁹ Quelques exemples : *Constitution de la République du Maryland*, 1788, XXX, « L'indépendance & l'intégrité des juges sont une chose essentielle pour l'administration impartiale de la justice, & forment un des grands fondemens de la sécurité des droits & de la liberté des citoyens » ; Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*. Tome 6, 1820, v° Testament §XVII, art. IV « Que les actes écrits devenant ainsi la base sur laquelle reposent la force et la sécurité des transactions civiles, la législation a dû particulièrement s'occuper d'en assurer l'exactitude et la fidélité » ; Duranton, *Traité des contrats et des obligations en général*, tome III, 1819, n.848, p.324 « Bien mieux si c'est un bénéfice il n'y avait pas plus de motif de l'accorder aux commerçans qu'aux débiteurs ordinaires puisque la sécurité du commerce exige encore plus de moyens d'exécution à l'égard de ces derniers, raison pour laquelle on a établi la contrainte par corps, non-seulement contre les commerçans de profession mais encore contre les non-commerçans débiteurs pour fait de commerce » ; H. Arhens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 1833, p.348 « La sécurité du droit qui est un bien formel de la totalité des citoyens » ; Grenier, « Des justices de paix », *Revue de législation et de jurisprudence*, tome III, 1835/36, p.331 : « mais si, comme nous le croyons, des formalités nombreuses ajoutent peu à la sécurité du droit, cette simplicité, au contraire, est une raison de plus et c'est la raison du projet de faire passer dans la justice de paix un groupe de matières qui s'accommoderaient si bien de ses allures vives et économiques » ; Guizot, *Cours d'histoire moderne*, Volume 1, 1828 « La fierté des âmes naît de la sécurité des droits » ; A. Mailher de Chassat, *Commentaire approfondi du Code civil* Tome 2, 1832, p.145 « En effet, quelque préférable que soit la loi postérieure, même sous le rapport des intérêts généraux, elle ne saurait jamais aller jusqu'à porter atteinte à ces droits, car ce serait violer directement le principe dont elle reçoit toute sa force, la justice, la sécurité des droits de tous ».

³⁵⁰ Mais aussi dans les discours de nature proto-législative, par exemple à propos « De la révision des lois hypothécaires », *Revue de droit français et étranger*, 1849, p.51, A. de Saint-Joseph : « Cette disposition serait une des plus grandes garanties pour la transmission et la sécurité du droit de propriété ».

³⁵¹ Quelques exemples, C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, réimpr. LGDJ 2005, à propos de la prescription acquisitive « Celle-ci a pour fondement essentiel la possession, que la loi maintient à titre définitif, lorsqu'elle a duré pendant le temps requis pour prescrire et qu'elle a réuni les caractères exigés (...) On parle de la sécurité des droits, de la stabilité de la propriété » ; A. Rolin, *Principes de droit international privé*, tome 1^{er}, 1897, à propos de la prescription extinctive, institution garantissant la sécurité juridique : « Or, si la prescription est d'intérêt général, si elle est une institution destinée à maintenir la sécurité juridique universelle, comment pourrait-il dépendre du caprice des parties d'en modifier les délais suivant leur caprice? Ces considérations sont d'une incontestable gravité et ne nous paraissent pas avoir été réfutées par les partisans de la loi du lieu du contrat », n.335, p.582 ; F. Lassalle, *Théorie systématique des droits acquis* : conciliation du droit positif et de la philosophie du droit, 1904 ; A. Chéron, « Jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique, ses limites », 1906 : « Il serait puéril de s'insurger, au nom de la sécurité du droit, contre une jurisprudence qui, depuis des années, affirme d'une façon constante qu'un ascendant donateur, par exemple, peut, sa vie durant, interdire au donataire d'aliéner l'objet de sa libéralité. Qu'importe que cela soit contraire à la loi, puisque cela est certain? » ;

capital pour comprendre les dimensions de la notion de sécurité, définit les instruments d'une analyse de l'évolution de l'ordre juridique. Il s'agissait selon son auteur de prévoir et d'anticiper les évolutions sociales, car la certitude du droit désirée n'est pas celle du présent mais celle d'un avenir proche. Comme les partisans de l'École de la libre recherche scientifique, il rejetait pour partie l'héritage de la période de l'exégèse du Code civil ; le 19^e siècle apparaissait *statique*, le 20^e siècle serait *dynamique*. Demogue dressait un inventaire des situations juridiques où le besoin de sécurité se faisait intuitivement sentir, et auxquelles le droit devait répondre. *Première idée maîtresse* : l'apparence doit garantir la sécurité des tiers, soit que la loi lui donne effet dans le cas du possesseur de meuble ou d'immeuble, soit qu'un principe ancien - *error communis facit ius* s'impose dans le cas de l'héritier apparent, soit enfin que la Cour de cassation puisse poser le principe dans le cas où le mandataire apparent engage son mandant : celui qui a traité avec une personne ayant toutes les apparences d'avoir un droit, ne doit pas être trompé. L'apparence raisonnable du droit doit, dans les rapports avec les tiers, produire les mêmes effets que le droit lui-même³⁵³. Ces garanties offertes au tiers contractant illustrent la sécurité dynamique. *Deuxième idée maîtresse*, le formalisme et la publicité permettent d'assurer un équilibre. Les formes des cessions de créances et des sûretés, les formes des donations et des actes unilatéraux poursuivent l'autre objectif de la sécurité. Le droit de la preuve et la recherche de la vérité sont tendus vers ce même but.

Dans des directions apparemment opposées, mais dont la conjonction permet d'établir un équilibre entre la sécurité due à l'ensemble des acteurs juridiques et l'assurance, la sûreté et la garantie dues à chacun, Demogue nous livrait même un plaidoyer précurseur de la lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'assurance³⁵⁴. Il invitait la doctrine à une réflexion sur l'amélioration du contenu des relations contractuelles pour le but avoué d'une meilleure compréhension du

³⁵² P. Leroy-Beaulieu, *Essai sur la répartition des richesses et sur la tendance à une moindre inégalité des conditions*, 1881, p.246 ; A. Wagner, *Les fondements de l'économie politique*, tome 1^{er}, trad. Polack, 1904, p.434 connu et cité par Demogue à propos de la notion de patrimoine.

³⁵³ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 68 et avant Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, *D.* 1963.277, note Calais-Auloy ; *JCP* 1963.11.13105 note P. Esmein ; *RTD civ.* 1963.572, obs. Cornu

³⁵⁴ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 79 : « [La fausse sécurité] cause des désastres. Aussi répandre un sentiment de fausse sécurité en paraissant accorder des droits qu'une clause ignorée restreint est-il des plus dangereux. On doit à ce point de vue regretter qu'il y ait ainsi dans les polices d'assurance, contrats de sécurité par excellence, tant d'embûches à l'assuré, et que des mesures n'aient été prises pour mettre celui-ci mieux au courant de sa situation véritable. Au lieu de cela on a préféré le beau principe de la liberté des conventions, comme si un principe est encore bon dans la mesure où il donne en fait de mauvais résultats ».

capitalisme et de son efficacité. « Ces solutions favorables à la sécurité sont bien dans l'esprit de la législation européenne occidentale dominée par un idéal d'affaires, par cette idée que le but à atteindre, c'est de produire plus, de fabriquer plus, de vendre plus de choses, de multiplier les jouissances, de satisfaire les besoins les plus divers³⁵⁵ ».

À bien y regarder, la dichotomie de Demogue n'apporte aucune réponse aux craintes d'instabilité normative, mais elle permet aux acteurs de la vie économique de se projeter dans l'avenir et d'organiser leurs prévisions en fonction d'une règle de probabilité. La conséquence de ce raisonnement inductif sera le développement des contrats d'assurance qui, eux, intégrant jusqu'à l'imprévisible, permettent à chacun de se concevoir un avenir probable. Mais le 20^e siècle a généralisé l'exigence de certitude ; l'idée est maintenant devenue classique qu'en tant que principe de gouvernement, la sécurité juridique commande que le droit fournisse des repères stables et des points d'ancrage clairs au moyen d'un *corpus* de règles simples. Par crainte de l'avenir, on assigne au droit la fonction de stabiliser le temps, que la méthodologie sera en amont parvenue à dompter, tout en s'efforçant d'en assurer la continuité. En somme, la sécurité juridique est censée assurer trois sortes de prévisions :

1. *Les prévisions législatives*, aux fondements d'un État démocratique moderne, sont garanties par la connaissance des procédures d'édition de la loi et de sa modification ; mais l'intensité de l'activité législative et l'inflation qui en découle, créent toutes deux un brouillard plus ou moins opaque que le recours à *la sécurité juridique* permet de traiter en rendant en quelque sorte inopposable au citoyen les dérives dirigistes et bureaucratiques. De la sorte, les contraintes de continuité temporelle des règles paralysent les mécanismes formels d'application de la loi³⁵⁷, mais rien n'y fait, le problème se déplace, car le respect des prévisions législatives est assurée par la jurisprudence.

2. *Les prévisions juridictionnelles*, aux fondements d'un État démocratique moderne, doivent être garanties par la connaissance des procédures de rédaction des jugements et, en ce sens, les lois de validation et les revirements de jurisprudence sont regardés comme les instruments d'une tentation tyrannique³⁵⁸ ;

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 72

³⁵⁷ Ph. Raimbault, « La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative », *La revue du notariat*, Vol.110, septembre 2008, p. 517 ; comp. B. Mathieu, « Une leçon de légistique à appliquer d'urgence », *JCP G*, 2015, 684

³⁵⁸ N. Molfessis, « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD civ.* 2000.666 ; et surtout, M. Luciani, « L'éclipse de la sécurité juridique. », *Revue française de droit constitutionnel* 4/2014 (n° 100), p. 991-997 : « La perspective d'un retour au passé est évidemment impraticable. Le passé, tout simplement, est le passé et les illusions comme celle du juge-automate ou celle des

la méthodologie juridique s'ingénie à concevoir des protocoles d'application des règles favorisant une transaction politique entre le maintien des situations passées et l'intérêt au changement³⁵⁹, néanmoins, le revirement pour l'avenir n'est pas la panacée ; il produit lui aussi des situations transitoires³⁶⁰. Par ailleurs, les divergences et dissidences de jurisprudence sont également perçues comme indésirables, et comme l'expression d'un traitement inégal et arbitraire des conflits ; les cours supérieures et suprêmes nationales ou européennes se donnent comme mission d'unifier leurs doctrines par une publicité accrue de leurs positions et par une autodiscipline judiciaire³⁶¹. La *sécurité juridique* est bien en ce sens un guide de l'unification des solutions, mais comment concilier *la relativité du jugement* et *sa portée* ? Si cela n'est pas le cas partout, le droit privé jurisprudentiel français nourrit une ambiguïté structurelle en raison de la présence des très symboliques articles 5 et 1351 (*devenu* 1355) du Code civil³⁶². Pendant le 20^e siècle, la Cour de cassation française a navigué entre deux eaux posant des solutions générales à l'occasion de litiges que la loi prescrit comme relatives ; en conséquence de quoi, réfléchir sur des protocoles de rationalisation des décisions ou de stabilisation des positions adoptées transportait toujours le débat dans une impasse, sur l'éternel terrain de la création du droit par les juges, un tabou ramolli dont le Cour de cassation française tente aujourd'hui de se défaire³⁶³. La sécurité

dispositions normatives qui n'ont pas besoin d'interprétation ont fait leur temps. Il faudrait néanmoins réfléchir sur la nécessité de mettre en rapport la théorie des formes de gouvernement et celle de l'interprétation. Être conscient qu'interpréter revient aussi à choisir ne signifie pas qu'il faille oublier que, dans les régimes démocratiques, la justice est administrée au nom du peuple et que l'exercice de la souveraineté populaire passe, premièrement, par les hémicycles parlementaires (et par les formes de participation populaire, comme le *référendum*, quand ils sont prévus). Cela signifie que l'activité d'interprétation doit être consciente de ses propres limites et du fait que réalisation et application des Constitutions ne sont pas la même chose ».

³⁵⁹ Ph. Raimbault, « Retour sur l'adoption du revirement prospectif », note sous CE, 16 juil. 2007, *SA Tropic Travaux Signalisation, Gaz. Pal.* 2007, 26-27 septembre 2007, pp.10-17 ; X. Lagarde, « L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence », *JCP G*, 2009, p.237.

³⁶⁰ I. Rorive, *Le revirement de jurisprudence, étude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003, spéc. p. 243.

³⁶¹ G. Canivet, « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Étienne, 2003, p. 166.

³⁶² M. Devinat, *La règle prétorienne en droit français et canadien : Étude de droit comparé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

³⁶³ J.-P. Jean (dir.), *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP éd. G, supplément au n° 1-2, janvier 2016 ; P. Deumier, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.* 2015, p. 2022.

juridique serait-elle établie par l'avènement de la Cour de cassation comme Cour suprême ? Il faut, nous dit-on, la rendre capable d'écarter la loi lorsqu'elle l'estime nécessaire³⁶⁴. Mais ce n'est pas une question technique qui est posée ici ; sous le slogan sécuritaire, c'est l'immense question d'ordre exclusivement politique de la répartition des pouvoirs dans une société démocratique³⁶⁵. Il devrait être inutile de rappeler que nos démocraties modernes sont fondées sur une triple dissociation deux à deux des pouvoirs exécutif et législatif, exécutif et judiciaire, législatif et judiciaire, dissociation qui se réalise plus ou moins nettement, mais qui sur le plan symbolique détermine la qualification démocratique de notre régime politique. La troisième dissociation se représente à travers l'idée et les principes que le pouvoir judiciaire contrôle l'application et l'interprétation des règles posées par le pouvoir législatif.

Il n'est pas non plus utile d'agiter le spectre de l'insécurité du gouvernement des juges³⁶⁶ pour comprendre que la transformation des Hautes cours en Cour(s) suprême(s) modifierait la totalité de notre organisation politique³⁶⁷. Les propos récents du premier président Louvel, tout heureux de sa révolution tranquille³⁶⁸, ne font pas mystère d'une inclination des membres actuels de notre Haute cour à franchir le Rubicon³⁶⁹. Au 20^e siècle, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont construit avec l'aide de la doctrine un double système de grands arrêts concurrent du système décomposé du Code civil³⁷⁰ ; mais la jurisprudence s'était élaborée

³⁶⁴ N. Fricero, « L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes », *JCP G*, 2015, 753

³⁶⁵ J.-G. Mahinga, « Propos sur la Cour de cassation », *Les Petites Affiches*, 28/09/2015, n°193, pp.7-12 ; V. Rebeyrol, « Une réforme pour la Cour de cassation ? », *JCP G*, 2015, pp.1583-1590 ; du même auteur hostile à la transformation de la Cour de cassation en Cour à l'anglo-saxonne, « Le visa des éléments de preuve par les juges du fond et le contrôle de la Cour de cassation », *JCP G*, 2008, I, 107 ; E. Dreyer, « Le filtrage des pourvois ou la tentation pour la Cour de cassation d'agir en Cour suprême », *La Gazette du Palais*, 12/06/2015, pp.6-8

³⁶⁶ E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 1921, réimpr. Dalloz 2005, préface F. Moderne.

³⁶⁷ En France, et en Europe en général, y compris au Royaume-Uni, la démocratie se réalise peu ou prou par le recours au débat parlementaire. Ce n'est pas le cas aux Etats-Unis où la démocratie se réalise par le débat judiciaire.

³⁶⁸ P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061

³⁶⁹ B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour de suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G*, 2015, 1122 ; *du même auteur*, « La Cour de cassation face aux défis du XXI^e siècle », <https://www.courdecassation.fr/> ; *du même auteur*, B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.

³⁷⁰ *Voy. Chapitre 4. Les programmes scientifiques*

dans les limites de ce que le doyen Carbonnier appelait ses infirmités congénitales³⁷¹, parmi lesquels l'incapacité des arrêts rédigés *brevitātibus imperātōriīs* à poser le régime complet d'une institution, et l'absence de promulgation publiée rendant les nouvelles règles prétoriennes exécutoires. S'il y a bien eu des décisions révolutionnaires qui ont fait la réforme du droit des obligations notamment, le pouvoir législatif que la Cour a gagné, ne lui a jamais été confié. Il est, si l'on peut dire, précaire et insusceptible de possession, ni *a fortiori* d'usucapion. C'est ce point de vue que développe Bernard Hatfel lorsqu'il distingue la mission normative qu'elle n'a pas, et la portée normative générale de ses décisions qui lui est accordée par adhésion du corps social, de la doctrine, des juridictions inférieures et par abstention du législateur³⁷².

En tout état de cause, il est clair que cette grande réforme qu'on l'approuve ou non, ne sera pas justifiée par le recours au concept creux de sécurité juridique, et en faire un principe constitutionnel ne le remplira pas.

3. *Les prévisions contractuelles*, aux fondements de l'État démocratique moderne converti à l'économie de marché, doivent être garanties par des règles qui assurent que les obligations seront exécutées conformément à ces mêmes prévisions valables, et ce sont par des prescriptions générales connues d'avance que sont établies les règles qui déterminent l'équilibre contractuel : en ce sens, la rescision pour lésion, comme remède au déséquilibre des prestations, peut se réclamer de la *sécurité juridique*. Inversement, la remise en cause *a posteriori* par le juge ou le législateur, de la validité de certaines clauses condamne les acteurs économiques à anticiper les variations probables des lois du contrat, avec pour effet pervers que l'interventionnisme et le dirigisme contractuels créent des situations d'ignorance préjudiciable aux partenaires économiquement mal préparés à ces revirements³⁷³. Les remous suscités par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence ou celle tenant aux obligations d'information des médecins en sont l'illustration, et l'on fera observer que la *sécurité juridique* sert dans le même temps de ressort rhétorique aux idéologies de la dérégulation économique présentant l'inflation législative et le dirigisme judiciaire comme des fléaux. Les mêmes qui s'émeuvent des déclarations d'invalidité de leurs prévisions contractuelles, insèrent dans leurs

³⁷¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 1^{er}, PUF, 2004, coll. Quadrige, [147], p.277-278.

³⁷² B. Hatfel, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », D. 2015, p. 1378

³⁷³ Sur les clauses de non-concurrence, Ch. Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », D. 2005.988 ; W. Dross, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2^e éd., 2011, pp.417-438

contrats des clauses nulles et réputées non écrites, avec l'espoir que la Cour de cassation en reconnaîtra à l'occasion et rétroactivement la validité.

C'est notamment le cas des clauses invalides dont les éditeurs français, y compris parfois les grandes maisons d'éditions juridiques, garnissent leurs contrats. Jusqu'à présent, les clauses de cession exclusive universelle et indéfinie (tous pays, toutes langues, tous supports, tout temps) ou les cessions globales d'œuvre futures sont regardées comme nulles par la Cour de cassation³⁷⁴ ; le sont pareillement les clauses prohibant à l'auteur d'un texte d'écrire à l'avenir sur le même sujet, les clauses autorisant l'éditeur à modifier le contenu de l'œuvre pour des besoins techniques ou les clauses de cession de droit de représentation d'un texte non destiné à être représenté.

On retrouve un phénomène semblable en matière de distribution et franchise pour des contrats soumis à la loi française, mais traduits à partir de modèles rédigés en anglais et comportant des clauses aujourd'hui nulles en droit interne³⁷⁵.

Mais la présence volontaire et continue de telles stipulations invalides dans des contrats qui se présentent de plus en plus comme des contrats d'adhésion offre aux promoteurs de revirements l'incomparable argument de *sécurité juridique* qui cette fois-ci, prescrira l'adaptation du droit aux faits³⁷⁶. La sécurité juridique se réalisera par la mise en conformité des règles juridiques aux pratiques sociales dominantes ; mais, car il y a un mais, la prolifération de telles clauses dans les contrats d'édition ne sont que le résultat d'une implantation, d'une traduction, et d'une acculturation du modèle du *copyright* ou du *franchising*. Il y a un océan politique à franchir pour passer de notre système continental du droit d'auteur à celui du monopole d'exploitation à l'américaine.

En somme, la sécurité juridique est employée par les uns pour résumer l'impératif d'adaptation véhiculé par l'économie mondialisée, et par les autres pour convaincre que ce fait n'en est pas un, qu'il est l'expression hypostasiée d'un système idéologique justifiant la suprématie nord-américaine, et qu'inversement le fait social qui doit guider nos actions, réside dans la nécessité de maintenir nos traditions en les adaptant, à savoir en s'opposant politiquement au modèle atlantiste. Mais on aura bien compris que le slogan sécuritaire, cette médiocre formule magique incantatoire, n'offrirait pour cela aucune raison de décider. À force

³⁷⁴ Ph. Gaudrat, v°Propriété littéraire et artistique, *Répertoire de droit civil*, Dalloz 2007, n°54-55 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n.660 ; A. Bertrand, *Droit d'auteur*, Dalloz action 2011/2012, n.112.33 à 36

³⁷⁵ A. Bianco, *Le contrat de franchise, contribution à une analyse relationnelle*, Thèse Poitiers, 2014.

³⁷⁶ C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, p. 251

de matraquage, le message sécuritaire est passé ; les législateurs et les juges l'ont reçu, et en Europe il a été largement diffusé et relayé par ceux à qui il était adressé. Désormais, la sécurité juridique est partout, et des voix nous mettent en garde contre l'idéologie sécuritaire³⁷⁷ ; elle procède d'une schizophrénie théorique. Elle appartient à l'ordre de la croyance et réclame une adhésion qui n'est au fond qu'un acte de foi³⁷⁸. Pour satisfaire au lieu commun selon lequel on ne traite pas différemment des choses (proclamées) égales, la plasticité du terme donne à la « sécurité juridique » une étendue qui favorise l'utilisation du précédent comme guide de la découverte des solutions, et conforte le sentiment de continuité du droit³⁷⁹. C'est sans conteste une notion au contenu éminemment variable dont la seule évocation satisfait parfois l'auditeur. « Le respect » de la sécurité juridique, « la satisfaction du besoin » de sécurité juridique, la lutte contre l'insécurité juridique née des incertitudes de la loi ou de la jurisprudence, la sécurité juridique à laquelle tout individu peut légitimement prétendre, le désir de sécurité que tout homme civilisé porte dans son cœur³⁸⁰, ce ne sont là que des slogans qui permettent de raccourcir les raisonnements et désigner la solution applicable³⁸¹. « Le droit est le même pour tous, il devrait être unique »³⁸². Peu ou prou, il s'agit toujours de réinventer une nouvelle unité dont on espère qu'elle viendra à bout, définitivement cette fois, des tentations tyranniques et arbitraires.

À force, les usages de la sécurité se révèlent métonymiques ; et le discours sécuritaire perd sa consistance explicative pour n'être que rhétorique et prescriptif³⁸³. La sécurité juridique gouverne, mais elle n'est pas une raison de décider. Une contre-expertise dévoile en fin de compte que le discours sécuritaire est aussi et peut-être même essentiellement un discours de mutation des règles :

³⁷⁷ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2014, p.294

³⁷⁸ V. Grosswald Curran, « La sécurité juridique à l'ère de la mondialisation (Legal Certainty in the Era of Globalization) », *La revue du notariat*, Vol.110, septembre 2008, p. 311.

³⁷⁹ A. Bouvier, *L'argumentation philosophique*, Paris, PUF 1995, p. 144.

³⁸⁰ G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ 1949, p. 155.

³⁸¹ M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, Thèse Aix-en-Provence, 1999, n. 75 et sq.

³⁸² N.J. Mazen, *L'insécurité inhérente au système juridique*, Thèse Dijon, 1979, p. 447.

³⁸³ S. Rosse. « La clarté des lois sans la sécurité juridique », *La revue du notariat*, Vol. 110, septembre 2008, p. 337.

pour assurer la réalisation des prévisions, il faut se convaincre de la nécessité de changer les règles. En 2007, le congrès de Sherbrooke avait aussi suggéré qu'il ne serait pas absurde de se débarrasser de la « sécurité juridique » en entreprenant un travail épistémologique et d'analyse des discours sécuritaires, de "grattage" sous le palimpseste, de compréhension de ce qui se cache dans ce contenant rhétorique rudimentaire et naïf à moins que ce ne soit simplement qu'une rhétorique consensuelle démagogique et cynique.

Deuxième partie

Doctrines et relations d'appartenance

La propriété

Chapitre 6

Question prioritaire, prédiction et prescription de constitutionnalité en droit civil (à propos du droit de propriété en général et du vieux livre II du code civil en particulier)

in Actes du colloque Protection de la constitution - Protection par la constitution, Poitiers, 11 et 12 mai 2016 (Dir. A. Le Pillouer), à paraître LGDJ, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2017

Depuis qu'elle a été introduite, la question prioritaire de constitutionnalité a donné lieu à une abondante littérature de commentaires qui a visité, quand l'occasion lui était donnée, les piliers du droit privé et du droit civil en particulier. Pour ce travail, j'ai circonscrit mes recherches et mon propos aux QPC qui ont intéressé le droit de propriété, ce qui fournit tout de même un large panorama. Le *corpus* de ma recherche est constitué d'un côté des décisions rendues par le Conseil constitutionnel (de 2010 à 2016) et de leurs commentaires, des arrêts de renvoi et de non-renvoi rendus par la Cour de cassation, et de leurs commentaires. Le sous-corpus des commentaires n'épuise pas toutes les sources ; il a été constitué à partir de la base « Doctrinal » et complété par des recherches d'appoint sur les bases Dalloz, LexisNexis et Lextenso. Cela représente un certain nombre de pages, mais elles sont moins diversifiées qu'il n'y paraît ; en effet, les commentateurs des décisions relatives à des QPC sont en général des chroniqueurs habituels, qu'ils soient constitutionnalistes ou spécialistes thématiques. L'occasion de débats où les protagonistes sont nombreux est assez rare.

D'un point de vue thématique et substantiel, la constitutionnalité du droit de propriété et de ses avatars, a été questionnée au moyen d'un diptyque qui trace le *leitmotiv* des décisions du Conseil constitutionnel⁴⁹³ : la privation de propriété est inconstitutionnelle sauf procédure d'expropriation spécialement déployée ; la restriction à l'exercice de la propriété est constitutionnelle, sauf à dégénérer en privation.

⁴⁹³ S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences des juridictions suprêmes françaises, européennes et internationales*, Paris, LGDJ, 2006

Disons tout de suite que ce canevas a été mis au point pour passer au crible les atteintes que l'État pouvait faire subir aux propriétaires privés, sans pour autant avoir été pensé pour filtrer les modes d'acquisition privés de la propriété, et encore moins les modes d'acquisition traditionnels dérivant du droit romain, ce qui a produit quatre conséquences depuis 2010 : 1^{re}) le questionnement systématique des dispositions législatives relatives aux procédures d'expropriation ; 2^e) le questionnement de textes du livre II du code civil datant de 1804 qui définissent et délimitent la propriété et les droits réels ; 3^e) le questionnement des textes qui organisent des transferts non volontaires de la propriété ; 4^e) le questionnement de textes de nature procédurale qui limitent ou restreignent le droit du propriétaire à agir en reconnaissance de son droit et/ou restitution de sa chose.

Le but de cette recherche est aussi de tester la conjecture selon laquelle depuis 2010, avec l'avènement de la QPC, est apparu dans la littérature juridique privatiste, un discours prédictif sur l'inconstitutionnalité de textes parfois très anciens à rebours duquel se déploie une rhétorique de justification des « fondements » du droit privé. Il est symptomatique que des auteurs voient dans la QPC une occasion à saisir, de prévenir des mutations prochaines des notions classiques. L'un prévient « On ne peut d'ailleurs qu'observer combien l'examen de la conformité de textes aussi anciens à la Constitution actuelle fragilise le droit positif et risque d'ébranler le système juridique existant, alors même que l'instauration d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des textes est présentée comme un instrument de sécurité juridique ». L'autre prédit, « cette opinion n'évince pas de manière convaincante le grief d'inconstitutionnalité, les arguments doctrinaux qui la soutiennent ne sont pas insurmontables ». Le dernier - déjà postclassique - prescrit, « C'est pourquoi, il faut profiter de l'accalmie pour proposer une nouvelle perspective ⁴⁹⁴ ».

Ces discours sur le fonds civiliste de la propriété diffèrent des prédictions d'inconventionnalité que l'on rencontre dans la littérature *européaniste*, non seulement en raison de la géométrie particulière de la propriété au sens du §1^{er} du 1^{er} protocole de la Conv. EDH⁴⁹⁵, mais surtout en raison de la place qu'occupe le Conseil constitutionnel, à la suite de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat et,

⁴⁹⁴ J.-L. Bergel, « La prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété », obs. sur Cass. 3^e civ., 17 juin 2011, n° 11-40.014 QPC, *RDI* 2011, p.500 ; L. Andreu, « L'usucapion constitutionnelle : l'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à l'analyse de la prescription acquisitive », *RLDC* 05/2012, p.4687 ; J.-F. Hamelin, *Petites affiches* - 21/01/2013 - n° 15 - page 5 à propos du droit à l'image des biens.

⁴⁹⁵ W. Dross, *Droit civil, Les choses*, paris, LGDJ, 2012, n.38 ; J.-F. de Montgolfer, « Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 31 (Dossier : *le droit des biens et des obligations*) - mars 2011.

non au-dessus. Je veux dire que ce qu'affronte l'analyse en premier lieu, est le renvoi ou le non-renvoi, et en particulier le caractère sérieux ou non-sérieux de la question posée par les plaideurs. Seules les questions formant des *Hard cases* passent la rampe du Conseil, avec pour conséquence que, lorsque la QPC parvient devant le Conseil constitutionnel, le discours des commentateurs gagne deux objets : la décision de renvoi et la décision du Conseil ; lorsque la QPC n'est pas jugée sérieuse, les commentaires ont pour objet une seule décision, celle de non-renvoi⁴⁹⁶. Les contours de la propriété n'ont pas été systématiquement renvoyés à l'examen du Conseil constitutionnel ; Conseil d'État et Cour de cassation n'ont pas toujours jugé sérieuses les questions remettant en cause certaines dispositions, et la jurisprudence de non-renvoi ainsi que la littérature qui la commente, se sont avérées très instructives. C'est dit-on un « filtrage »⁴⁹⁷.

La difficulté d'analyse de ces discours tient d'abord à la représentation de la situation politique du Conseil constitutionnel intervenant dans ce processus judiciaire (et non législatif) ; et ensuite, au fait que les décisions rendues après QPC peuvent porter sur des textes ayant déjà et depuis longtemps, fait l'objet de controverses, prétendument closes par voie d'arrêt ou de consensus doctrinal, et qu'aujourd'hui la QPC réactive. Enfin, la difficulté d'analyse tient au concept même de « propriété » dont l'usage systématique au singulier le drape d'une unité symbolique, laquelle surimpose à la hiérarchie formelle Code civil / Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 constitutionnalisée, une hiérarchie axiologique fonctionnant sur un mode inversé, où les principes civilistes du droit des biens dictent leur sens aux articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789⁴⁹⁸.

Formellement, les textes du livre II du code civil définissant et garantissant la propriété et les droits réels ne protègent leurs titulaires que des atteintes portées par le pouvoir exécutif ; la loi pourrait les en priver si ce n'était la fondamentalisation du droit de propriété depuis 1971 et surtout depuis 1982⁴⁹⁹. Il en est ainsi des articles 17 de la Déclaration de 1789 et 545 du code civil qui se répondent pour protéger les particuliers des tentations expropriatrices des pouvoirs publics, mais formellement, c'est le texte de 1804 (« Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et

⁴⁹⁶ J.-B. Perrier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA* 2011. 711 ; A. Roblot-Troizier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA* 2011. 691

⁴⁹⁷ J.-L. Bergel, obs. préc. à la *RDI* 2011, p.500

⁴⁹⁸ Comp. C. Bazy-Malaurie, « L'apport de la QPC à la protection de la propriété », *Justice et Cassation*, 2015, pp.57-66

⁴⁹⁹ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982

moyennant une juste et préalable indemnité ») qui a introduit dans le droit positif celui de 1789 (« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »).

Pour ce qui concerne tout le reste, à savoir le régime des modes d'acquisition de la propriété, ses modalités, les droits sur la chose d'autrui et les actions réelles, les articles 2 et 17 (dont la vigueur est nulle en 1804) ne nous offrent qu'une proclamation naturaliste dans des mots du 18^e siècle, une proclamation que le code civil intégrera aux articles 537 et 544⁵⁰⁰. Or, le naturalisme de la propriété ne s'arrête pas à la constatation de son inviolabilité, elle a aussi des *limites naturelles*, au premier rang desquelles se trouve l'expropriation pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité, mais ce n'est pas la seule. Car dans la perspective naturaliste du début du 19^e siècle, coexistent plusieurs modèles propriétaires : certes, la Révolution Française, la Déclaration de 1789 et le Code civil ont aboli la féodalité foncière, et ainsi éteint la théorie du double domaine ; et si la propriété est devenue absolue (ce qui signifie que le titulaire du droit n'a nulle obligation à l'égard d'un seigneur ou de quiconque détenant des droits de supériorité), cela n'empêche pas le Code de déployer *naturellement* des mécanismes adaptés à des situations ou des biens particuliers, où l'exclusivisme et l'individualisme ne sont pas de première rigueur : c'est le cas des servitudes légales et des copropriétés perpétuelles, ou encore des situations de voisinage en général où la pensée naturaliste se fait plus empirique ; c'est le cas de la possession utile et prolongée en matière immobilière, et du mécanisme de transfert de la propriété par usucapion ; c'est aussi le cas en matière mobilière, où le possesseur de bonne foi d'une chose corporelle, est protégé contre l'action en revendication du véritable propriétaire, soit que celui-ci ait perdu sa titularité, soit qu'il ait perdu son droit d'agir ; c'est aussi le cas de l'accession, immobilière comme mobilière, qui transfère au propriétaire du sol, ou d'une chose jugée principale au sceau de l'équité du juge, la propriété de ce qui lui est ajouté, moyennant un mécanisme d'indemnisation *a posteriori*.

Ces mécanismes anciens sont connus avant la Révolution, et depuis 2010, ils ont fait l'objet directement de questions prioritaires de constitutionnalité à propos des textes qui les posent, ou bien sont venus au soutien de textes plus récents qui se lisent à la *lumière du droit commun*. Il s'agit là d'un moyen rhétorique

⁵⁰⁰ Code civil, article 537 al 1^{er} : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartient, sous les modifications établies par les lois » ; article 544 : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

caractéristique, utilisé pour remplir les textes de la Déclaration de 1789, d'une signification civiliste contemporaine.

Nous pouvons donc aborder trois séries de QPC posées aussi bien sur des textes anciens que récents : des QPC auxquelles le Conseil constitutionnel a répondu ; des QPC qui ne lui ont pas été renvoyées, jugées non sérieuses (et auxquelles la Cour de cassation a répondu par voie de filtrage), les Q pas encore PC qui ne se posent aujourd'hui que de manière prospective. Chacune de ces catégories fait émerger des représentations différentes de la « privation de propriété », ce qui conduit les juridictions saisies à préserver les textes du livre II du code civil au moyen de sophismes et de paralogismes.

I. Les réponses du Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité du vieux livre II du code civil

Le Conseil constitutionnel a fait le choix politique de conserver intact les textes du livre II du code civil et avec lui les mécanismes traditionnels de transfert non volontaires de la propriété. Pour justifier ce programme conservateur, il n'a pas hésité à se montrer pragmatique. Pragmatique, voulant dire ici, qu'une habile rhétorique est venue au soutien de positions dogmatiquement contradictoires. Le diptyque « privation de propriété *versus* restriction » est à géométrie variable.

« 5. Considérant, en premier lieu, que si, en application de l'article 661 du code civil, le propriétaire d'un mur séparatif peut être tenu de le rendre mitoyen en tout ou partie à la demande du propriétaire du fonds qui le joint, cette disposition n'a pour effet que de rendre indivis le droit exclusif du maître du mur qui, dans les limites de l'usage en commun fixées par les articles 653 et suivants du code civil, continue à exercer sur son bien tous les attributs du droit de propriété ; que, dès lors, en l'absence de privation de ce droit, l'accès à la mitoyenneté autorisé par le texte en cause n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ;

6. Considérant, en second lieu, que le régime de la mitoyenneté des murs servant de séparation détermine un mode économique de clôture et de construction des immeubles ainsi que d'utilisation rationnelle de l'espace, tout en répartissant les droits des voisins sur les limites de leurs fonds ; que l'accès forcé à la mitoyenneté prévu par la loi constitue un élément nécessaire de ce régime et répond ainsi à un motif d'intérêt général ; qu'il est proportionné à l'objectif visé par le législateur ; qu'il est réservé au propriétaire du fonds joignant le mur et subordonné au remboursement à son propriétaire initial de la moitié de la dépense qu'a coûté le mur ou la portion qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur

lequel le mur est bâti ; qu'à défaut d'accord des parties, ces conditions de fond doivent être constatées par la juridiction judiciaire qui fixe le montant du remboursement ; que, compte tenu de ces garanties de fond et de procédure, la restriction portée au droit de propriété par la disposition en cause n'a pas un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée de ce droit⁵⁰¹ ; »

En toute logique, il faudrait en déduire que *la collectivisation d'un bien n'est pas une expropriation*. Pourtant, la littérature juridique depuis le 19^e siècle a interprété l'article 661 comme organisant une expropriation commandée par l'intérêt général quoique d'utilité privée⁵⁰² ; cette formulation devient taboue aujourd'hui. La stratégie rhétorique du Conseil consiste à justifier la conformité constitutionnelle de l'article 661 au regard de l'absence de privation de l'usage. Cela a pour effet d'une part de dessiner une représentation fusionnelle de la propriété et de la possession, d'autre part de reléguer l'exclusivisme de la propriété immobilière à l'arrière-plan. Face à cette position les commentateurs se sont montrés perplexes, mais n'ont pas désapprouvé le maintien de ce texte insolite dans l'ordre juridique national⁵⁰³.

Autrement dit sans tabou, l'expropriation pour cause d'utilité privée prévue par l'article 661 échappe aux articles 2 et 17 de la déclaration de 1789, et ce faisant, la décision du Conseil constitutionnel redessine la hiérarchie des textes en faisant dominer la supériorité axiologique du Livre 2 du code civil sur la supériorité formelle des articles 2 et 17. Pragmatique, n'est-il pas ?

« 12. Considérant, en premier lieu, que la servitude [de plantation des articles 671 et 672 du code civil] n'entraîne pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ;

13. Considérant, en second lieu, que, d'une part, en imposant le respect de certaines distances pour les plantations en limite de la propriété voisine, le législateur a entendu assurer des relations de bon voisinage et prévenir les litiges ; que les dispositions contestées poursuivent donc un but d'intérêt général ;

⁵⁰¹ Conseil constitutionnel, 12 novembre 2010, n° 2010-60 QPC ; D. 2011, p.652, note Cheynet de Beaupré ; *RDI* 2011. 99, obs. Tranchant ; *RTD civ.* 2011. 144, obs. Revet

⁵⁰² J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes*, Paris, Garnery, 1811, n152 *et sq.* ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Tome II, Paris, Cotillon, 5^e éd., 1852, sous l'article 661, n.609-610 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Tome XI, Paris, Durand, 4^e éd., 1867, n.352 *et sq.* ;

⁵⁰³ F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2014, n.746 ; W. Dross, *Droit des biens*, 2^e éd., 2014, n.355 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, Paris, Defrénois, 6^e éd., 2013, n.1022.

14. *Considérant que, d'autre part, les dispositions contestées ne s'appliquent qu'aux plantations situées en limite de la propriété voisine ; qu'en présence d'un mur séparatif, des arbres, arbrisseaux et arbustes de toute espèce peuvent être plantés en espalier « sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance » ; que l'option entre l'arrachage et la réduction appartient au propriétaire ; que celui-ci a en outre le droit de s'y opposer en invoquant l'existence d'un titre, « la destination du père de famille » ou la prescription trentenaire ; que l'atteinte portée par les dispositions contestées à l'exercice du droit de propriété ne revêt donc pas un caractère disproportionné au regard du but poursuivi ; que, par suite, les griefs tirés de l'atteinte au droit de propriété doivent être écartés⁵⁰⁴ »*

En toute logique, il faudrait en déduire que la dévalorisation d'un bien n'est pas une expropriation. Selon la stratégie rhétorique du Conseil, une servitude de plantation constitue une restriction de l'usage et non une privation de cet usage ; mais il faudra bien arracher les arbres : l'arbre planté est un immeuble, l'arbre coupé est un meuble. C'est une nouvelle chose, et le fonds n'a plus la même valeur. Les commentateurs se sont peu intéressés à cette privation de propriété, concentrés plutôt sur le versant écologiste de l'argumentation⁵⁰⁵ : il semble aller de soi que l'arrachage et l'élagage des arbres n'entrent pas dans la catégorie des privations⁵⁰⁶.

Autrement dit, l'atteinte portée au patrimoine du propriétaire par les articles 671 et 672 n'est pas contraire aux articles 2 et 17 de la déclaration de 1789. Là encore, la décision du Conseil constitutionnel redessine la hiérarchie des textes en faisant prévaloir la supériorité axiologique des vieux textes du code civil. Pragmatique encore.

II. Les réponses de la Cour de cassation sur la constitutionalité du vieux livre II du code civil.

⁵⁰⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2014-394 QPC du 7 mai 2014

⁵⁰⁵ M. Mekki, « 'Écologisation' du droit civil des biens à l'aune de la Charte de l'environnement », *JCP (G)* 2014, 761 ; B. Grimonprez, « L'arbre ne fait pas partie de l'environnement » : *RD rur.* n° 427, nov. 2014, comm. n° 224

⁵⁰⁶ On trouve le même raisonnement pour valider les textes qui organisent la restriction temporaire de l'usage d'un bien par le propriétaire : par exemple, limitation du droit d'expulser le locataire en cas de surendettement : Cass. 1^{re} civ. 11 juillet 2012, pourvoi n° 12-40.043 (article L. 331-3-2 du code de la Consommation) Non renvoi.

La ligne conservatrice observée par le Conseil constitutionnel est tenue par la Cour de cassation, mais on peine à déterminer quelle est celle des deux autorités qui donne le ton de cet accord.

« La prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété ou d'en limiter l'exercice mais confère au possesseur, sous certaines conditions, et par l'écoulement du temps, un titre de propriété correspondant à la situation de fait qui n'a pas été contestée dans un certain délai ; [...] cette institution répond à un motif d'intérêt général de sécurité juridique en faisant correspondre le droit de propriété à une situation de fait durable, caractérisée par une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire⁵⁰⁷ ; »

En toute logique, il faut en déduire que *l'usucapion de la propriété d'autrui ne prive pas l'ancien propriétaire de son droit de propriété, et ceci n'est pas sérieusement contestable.*

Quoique proclamée imprescriptible, la propriété peut se perdre par un non-usage prolongé si concurremment un possesseur, fût-il de mauvaise foi, remplit les conditions d'usucapion par possession prolongée. La prescription acquisitive prévue aux articles 2258⁵⁰⁸ *et sq.* produit le transfert de propriété du bien sans que l'ancien propriétaire ne puisse prétendre à quelque indemnité que ce soit, ni que soit requise l'utilité publique de la privation. C'est un mécanisme connu des droits continentaux comme de la *Common law* qui permettent *l'adverse possession* et l'usucapion mobilier ou immobilier selon des délais plus ou moins longs. La Cour de Strasbourg a d'ailleurs reconnu la compatibilité de ce mécanisme avec le 1^{er} paragraphe du 1^{er} protocole additionnel à la Convention EDH⁵⁰⁹. Mais comment justifier la conformité d'un tel mécanisme face au diptyque constitutionnel ? La question a été posée à deux reprises à la Cour de cassation qui a refusé de renvoyer au motif du caractère non sérieux de la question. Mais pour affirmer que la prescription acquisitive n'a pas pour effet de priver le propriétaire actuel de sa propriété, tout en conférant la propriété au possesseur, il faudrait que la propriété ne soit pas absolue, et qu'elle se soit dédoublée, pour que l'un ne perde pas ce que l'autre acquiert. La Cour de cassation prononce la résurrection d'une sorte de

⁵⁰⁷ Cass. 3e civ., 12 oct. 2011, n° 11-40055, Bull. civ. III, 170

⁵⁰⁸ « La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ».

⁵⁰⁹ CEDH 30 août 2007, *Pye (Oxford) Ltd c/. Royaume-Uni*, n° 44302/02 ; RTD civ. 2007. 727, obs. J.-P. Marguénaud

double domaine, et des commentateurs s'interrogent sur le caractère sérieux de la réponse⁵¹⁰. Mais la rhétorique conservatrice de la cour ne s'est pas arrêtée là.

« Les dispositions de l'article L. 624-9 du code de commerce, ... se bornent à unifier le point de départ du délai de l'action en revendication du meuble en le faisant courir, dans tous les cas, à compter de la publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (Bodacc) du jugement d'ouverture sous peine de rendre inopposable à la procédure collective le droit de propriété du revendiquant ; que les restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété qui peuvent résulter de ce texte répondent à un motif d'intérêt général et n'ont ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée ; que la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent au principe de valeur constitutionnelle invoqué⁵¹¹ ; »

En toute logique, il faut en déduire que *la privation définitive de tous les attributs de la propriété mobilière n'est pas une expropriation mais une restriction du droit de propriété conforme à l'intérêt général dans le cadre d'une procédure de faillite* ; et ceci n'est pas sérieusement contestable. Laissons donc un instant le vieux livre II du code civil et lisons le jeune article L. 624-9 du code de commerce dans sa rédaction actuelle datant de 2008. Ce texte dispose : « La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure ». En conséquence, passé ce délai, le vendeur encore propriétaire grâce au jeu de la clause de réserve de propriété, perdra l'action en revendication. Il la perdra au moins contre l'acquéreur en faillite, lequel s'il revend les biens, ne pourra pas garantir ses acheteurs contre l'éviction. Seule la possession de bonne foi valant titre pourra protéger les sous-acquéreurs.

Il est vrai que le droit français n'énonce pas expressément parmi les attributs du droit de propriété, le droit de revendiquer la chose comme le fait par exemple le code civil brésilien (art. 1228), et la Cour de cassation, en refusant de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel à raison de son caractère non sérieux, affirme que la déchéance du droit d'agir en revendication (par prescription ou forclusion extinctives) n'éteindra pas le droit de propriété qui sera alors conservé

⁵¹⁰ T. Revet, obs. à la *RTD civ.* 2011, p.562, « ... la troisième chambre civile de la Cour de cassation a préféré qualifier de *non sérieuse* la question, pourtant essentielle dans l'ordre du régime fondamental des biens, de la compatibilité entre la prescription acquisitive et le respect de la propriété. C'est à se demander qui n'est pas sérieux dans cette affaire... »

⁵¹¹ Cass. com., 15 mars 2011, n.10-40073 ; *D.* 2011, p. 815, obs. A. Lienhard ; *D.* 2011, p. 2689, note F. Arbellot ; *Rev. sociétés* 2011, p. 387, note Ph. Roussel Galle ; *Gaz. Pal.* 8 juill. 2011, n° 189, note E. Le Corre-Broly ; *Bull. Joly Entreprises en difficulté* 2011. 194, note M. Laroche ; *RTD com.* 2011, p. 642, n° 7, obs. A. Martin-Serf ; *LXB hebdo* 14 avr. 2011, n° 247, note E. Le Corre-Broly)

au vendeur, sans pouvoir agir en restitution. La revendication sera inopposable à l'acheteur. Le vendeur aurait alors une *propriété constitutionnelle* et pour les besoins de son redressement judiciaire, l'acquéreur aura un *domaine utile et pragmatique* (cela intéressera sans doute nos collègues britanniques qui y verront une variante hétérodoxe de la distinction *legal ownership / equitable ownership*), qui confère en tout état de cause à l'acheteur, une *adverse possession* sur le bien qui est, me semble-t-il, assez éloignée du modèle absolutiste et exclusiviste prétendument défendu.

Les commentaires relatifs à ce couple de décisions révèlent des arguments et des prédictions d'inconstitutionnalité de la part des auteurs qui souhaitent que le Conseil constitutionnel se prononce pour clarifier les choses dans un but de sécurité juridique. Mais on perçoit aussi qu'il serait mieux pour la sécurité juridique que le Conseil n'ait pas à se prononcer, car ses décisions pourraient remettre en cause un système pluriséculaire⁵¹².

III. Les questions à venir sur le vieux livre II et les prédictions d'inconstitutionnalité.

« L'article 545 du code civil, tel qu'interprété par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, selon lequel l'action en démolition de la partie d'une construction reposant sur le fonds d'un voisin ne peut jamais dégénérer en abus de droit, méconnaît-il les articles 2, 4 et 17 de la Déclaration de 1789 garantissant le droit de propriété, le droit au respect de la vie privée et de domicile et le principe selon lequel la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ? »⁵¹³

Nous ne sommes pas à un paradoxe près. Depuis deux siècles, la jurisprudence de la Cour de cassation donne au propriétaire d'un terrain sur lequel la construction faite par un voisin aura empiété un droit discrétionnaire d'en demander et obtenir la démolition quels que soient la surface de débordement, la bonne ou mauvaise foi des protagonistes, l'intérêt ou l'utilité publics du bâtiment

⁵¹² H. Pauliat, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de propriété : une jurisprudence insuffisamment protectrice ? », *Revue juridique de l'économie publique* n° 695, Mars 2012, étude 2 ; Ph. Roussel Galle, « Pas de renvoi au conseil constitutionnel de la question sur l'action en revendication », *Rev. sociétés* 2011. 387 ; W. Dross, « Les conditions de la revendication dans les procédures collectives sont-elles contraires au droit fondamental de propriété ? », *RTD civ.* 2014. 680 ; B. Mallet-Bricout, « QPC et Immeuble », in C. Albiges et C. Hugon (dir.), *Immeuble et droit privé, approches transversales*, Paris, Lamy, 2012, n.51 et sq.

⁵¹³ Cass. 3^e civ., 11 févr. 2016, n° 15-21.949 QPC

construit, et ce pendant 30 ans (art. 2227). Cette position s'appuie sur l'article 545 du code civil, celui-là même qui paraphrase l'article 17 de la Déclaration de 1789, pour répéter que « le droit d'exiger la démolition ne peut dégénérer en abus » puisqu'un empiètement s'analyse comme une voie de fait constitutive d'une expropriation privée sans indemnité préalable de la surface⁵¹⁴. Dans son arrêt du 11 février 2016, la question s'est imposée de la conformité de cette position de principe, à la constitution du point de vue du constructeur obligé à détruire. Toutefois, la Cour ne s'est pas prononcée sur la constitutionnalité de l'article 545 du code civil pour la seule raison qu'il n'était pas applicable à l'affaire en examen ; et ce sont des universitaires, ou des commentateurs mandatés par la Cour de cassation⁵¹⁵ qui ont pris le relais en développant des arguments d'inconstitutionnalité de l'article 545 (tel qu'interprété traditionnellement). En permettant la démolition systématique de l'empiètement, la Cour autoriserait une atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété du constructeur, parfois obligé de détruire un ouvrage entier pour cause d'empiètement infinitésimal : insupportable en cas de mauvaise foi du propriétaire du sol qui aura laissé ériger la construction, puis aura demandé une somme exorbitante pour renoncer à la surface empiétée. Mais la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 545 reviendrait à abroger un texte qui prévoit en substance la même disposition que l'article 17 de la déclaration de 1789 sur le fondement duquel se fonderait l'invalidité. Puissant paradoxe dont la Cour de cassation a pris la mesure dans une décision du 10 novembre 2016⁵¹⁶ ; elle a entendu les prédictions doctrinales d'inconstitutionnalité, puisque, sans remettre en cause la totalité de sa jurisprudence, elle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel ayant ordonné la démolition d'un empiètement sans rechercher si d'autres solutions techniques étaient envisageables pour remédier au trouble (rabortage du mur). La démolition conçue comme sanction est rejetée, ou plutôt resituée pour n'être qu'un ultime remède.

Les mécanismes acquisitifs de la propriété passeront eux-aussi sous la loupe du Conseil constitutionnel, si la Cour de cassation le veut bien⁵¹⁷, et les questions sont

⁵¹⁴ M. Raynal, « L'empiètement sur le terrain d'autrui », *JCP* 1976.I.2800 ; S. Hennion-Moreau, « L'empiètement », *RDI* 1983, p. 303 ; N. Reboul-Maupin, « Vers un renouveau de la sanction applicable à l'empiètement sur le terrain d'autrui », *RTDI* 2012/4, p.5

⁵¹⁵ Av. gén. Strulèse, « Une suspicion sérieuse d'inconstitutionnalité à l'égard de la jurisprudence relative au droit absolu à supprimer tout empiètement », *JCP* 2016, 28 Mars 2016, 363 ; A. Tadros, « Et si la question de la sanction de l'empiètement était posée au Conseil constitutionnel ? », *RDC* 2016/3, p.515 ; H. Périnet-Marquet, « Empiètement et droit constitutionnel », *Construction – Urbanisme*, Mars 2016, repère 3

⁵¹⁶ Cass. 3^e civ., 10 nov. 2016, n.15-25113

⁵¹⁷ B. Mallet-Bricout, « QPC et Immeuble », in C. Albiges et C. Hugon (dir.), *Immeuble et droit privé, approches transversales*, Paris, Lamy, 2012, n.51 et sq.

nombreuses aussi bien pour l'accession que pour la possession de mauvaise foi des meubles.

« *La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle "droit d'accession"*⁵¹⁸ ».

Le code civil désigne par accession deux sortes de mécanismes acquisitifs, le premier aux articles 547 *et sq.* par production d'un accessoire interne et le second, aux articles 551 *et sq.*, par l'union d'un accessoire externe. Le propriétaire du bien qualifié de principal sera également propriétaire de l'accessoire. Pour ce qui nous occupe, c'est l'accession par adjonction, union ou incorporation d'un accessoire à un principal qui questionne la constitutionnalité du mécanisme acquisitif lorsque les deux biens appartiennent à des propriétaires distincts.

En matière immobilière, lorsque des éléments de construction ou des plantations sont incorporés au sol, ceux-ci deviennent la propriété du propriétaire du sol. Ce transfert forcé de la propriété des matériaux s'opère à défaut d'accord entre les propriétaires. Un pareil accord paralyserait et différerait l'accession pour dessiner un volume tel que l'incorporation ne serait pas juridiquement réalisée (Code civil, article 553). Ce transfert forcé de la propriété oblige le propriétaire du sol au profit duquel se réalise l'accession immobilière à indemniser le propriétaire des matériaux selon des modalités fixées aux articles 554 et 555. En toute hypothèse, la copropriété n'est jamais retenue comme solution de l'éventuel conflit entre les deux propriétaires.

En matière mobilière, la tradition romaniste distingue trois types d'accession, à savoir l'union de meubles (*accessio*), le mélange (*commixtio*) et l'acquisition par le fait d'un travail (*specificatio*). Les textes du code civil français présentent une originalité puisqu'ils s'en remettent à l'équité du juge en cas de conflit entre les propriétaires respectifs des choses unies⁵¹⁹. La difficulté est que toute accession, qu'elle soit mobilière ou immobilière, est une forme de privation de propriété chaque fois qu'elle ne se résout pas en copropriété. A suivre la jurisprudence en matière de mitoyenneté (*infra*), et à moins de constitutionaliser l'adage *accessorium sequitur principale*, le diptyque privation / restriction aboutirait à invalider toutes les solutions qui ne produiraient pas une copropriété à proportion de la valeur des biens devenus inséparables.

⁵¹⁸ Article 546 du code civil

⁵¹⁹ Article 565 *et sq.* du code civil

« *En fait de meubles, possession vaut titre*⁵²⁰ ».

Prévu à l'article 2276 al. 1^{er} (ex-2279) du code civil⁵²¹, le principe très français, selon lequel la possession de bonne foi permet l'acquisition d'un bien meuble corporel *a non domino* est un mode d'acquisition instantanée de la propriété d'autrui, qui réalise une expropriation forcée sous les réserves des articles 2276 al. 2 et 2277. Il ne s'agit pas d'un usucapion mais d'un mode de transfert immédiat de la propriété contre la volonté du véritable propriétaire et au profit de celui qui de bonne foi, reçoit la chose d'un non-propriétaire. A n'en pas douter, les systèmes juridiques étrangers qui imposent une durée de possession prolongée pour l'acquisition des biens par prescription, considèrent cette maxime comme autorisant une privation de la propriété incompatible avec la protection des droits fondamentaux, lesquels permettent l'usucapion des meubles et des immeubles.

Que peut-on finalement déduire ? Étant donné qu'aucune des précédentes déductions ne peut être tirée sans affronter le modèle propriétaire absolutiste et exclusiviste civiliste, véhiculé par la jurisprudence et la doctrine depuis 200 ans, il en résulte que le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation n'obéissent pas à la hiérarchie substantielle sur laquelle ils fondent pourtant leurs décisions mais plutôt à une logique du *statu quo*, justifiée par les paralogismes de la sécurité juridique. Les antiques dispositions du livre II du code civil dont la doctrine promeut la rénovation⁵²², seront conformes à la constitution, jusqu'à ce que l'urgence ne presse le législateur de réformer, et d'abandonner la prescription acquisitive des immeubles ? L'accession des meubles ? La démolition des empiètements minimes ? La stratégie rhétorique du Conseil constitutionnel consistant à affirmer que la propriété n'est pas perdue lorsqu'un usage est encore possible, quoique le droit soit partagé, conduit à des dédoublements de domaines qui ne trompent pas. La perspective qui s'annonce est un changement complet de philosophie qui laissera de côté la systématique civiliste au profit d'une pragmatique nourrie d'opportunisme.

⁵²⁰ Article 2276 du code civil

⁵²¹ Auquel pourrait être adjoint son double, à savoir la théorie de l'apparence en matière de transfert de la propriété immobilière ; M. Boudot, v° Apparence, *Rép. civil Dalloz*, 2009.

⁵²² R. Boffa (dir.), *L'avenir du droit des biens*, Actes du colloque Lille 2, 7 mars 2014, LGDJ, 2016

Chapitre 7

Les représentations concurrentes
de la propriété en droit civil français

Une première version de ce texte a été publiée in L. Vacca, *Le proprietà*, Jovene editore Napoli, 2015 ; une seconde in M. Boudot et D. Veillon, *Les propriétés 2015*, Université d'été *facultatis iuris Pictaviensis*, LGDJ, 2016

La propriété du Code civil français est traditionnellement présentée sous une forme moderne monolithique au moyen des attributs qui lui ont été conférés par deux siècles de commentaires et de jurisprudence. Exclusivisme, absolutisme, perpétuité⁵²³. Mais les textes du Code, très ambigus à l'origine, n'ont pas cessé de l'être avec le développement hors du Code d'une abondante législation relative aux biens de toutes sortes. Elle a été un enjeu idéologique et révolutionnaire, ici et là depuis 200 ans, et aujourd'hui dans une économie mondialisée, les systèmes et conceptions de la propriété témoignent des luttes âpres en vue d'établir d'un côté des modèles économiques favorisant le développement des nouvelles technologies, et d'un autre ceux permettant l'exploitation et la protection des ressources naturelles. Brandie comme étendard de la liberté, dénoncée comme une illusion asservissante, elle reste un puissant vecteur idéologique habillé sous une expression technique. C'est justement cette expression technique qui servira de matière à cette réflexion pour tenter de comprendre comment joue la rhétorique de « surdétermination de la relation aux biens (...) allant jusqu'à soumettre à son empire des situations qui auraient dû y échapper⁵²⁴ ». Je voudrais aussi rappeler que non seulement les caractères de la propriété, absolutisme, exclusivisme et perpétuité sont amphibologiques, mais encore que les discours centripètes qui décrivent toutes les formes d'appartenance gravitant autour d'un modèle unique, utilisent en réalité chacun des caractères de la propriété de manière alternative et non pas cumulative revenant à dire que tout ce qui est d'usage exclusif est propriété du titulaire ; tout ce qui est objet d'un pouvoir absolu

⁵²³ J.-L. Bergel, « Aperçu comparatiste du droit de propriété », *Mélanges Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p.103 ; J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Les biens*, LGDJ, 2000, n.80 et sq. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2014, n.140 et sq.

⁵²⁴ R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », *Livre du bicentenaire*, 2004, p.311, n.11

est propriété du titulaire ; tout ce qui est droit perpétuel est propriété du titulaire (puisque la propriété est archétype des droits réels lesquels sont perpétuels – ceci est un sophisme). Perpétuel voulant dire simultanément transmissible librement et éternel. Grâce à un lexique réduit au minimum tout devient propriété.

Avant d'entrer dans la matière dogmatique, je ferais une observation purement linguistique quant aux formes que peuvent revêtir les représentations de l'appartenance dans nos différentes langues. Ces formes dépendent des ressources linguistiques pour l'exprimer :

- par le génitif du nom en latin ou de l'article en allemand, l'antéposition en anglais, ou l'attribution « ad » dégénéré des langues romanes.
- par les déterminants possessifs « ses biens, ses droits », des déterminants attributifs ou la déclinaison des pronoms
- par le sens du nom-sujet qui qualifie et induit un certain type de relation. Le propriétaire, le possesseur, le détenteur...

et enfin par le verbe qui exprime la relation entre l'être et l'avoir. Ce dernier point mérite qu'on s'y arrête un instant : en français, la propriété s'exprime 1°. de manière statique : être propriétaire de, avoir la propriété ; 2°. de manière dynamique, s'approprier, devenir propriétaire, se rendre propriétaire mais aussi obtenir, détenir, maintenir, retenir qui expriment des modalités de l'action d'avoir ou simplement *tenir* (*tenere, tener*)⁵²⁵. Ces verbes informent (en tant que prédicats) sur l'état ou l'action du sujet en le qualifiant.

Mais le lexique de la langue française ne contient pas de verbe taillé sur le radical « propriétaire » pour signifier la propriété par l'action comme en anglais (*The owner owns*); et pour cela, on utilise généralement deux autres verbes sémantiquement réciproques : *posséder et appartenir* : « Le sujet possède, l'objet-direct, lequel réciproquement lui appartient ».

Quelques exemples :

Code civil, art. 3. al. 2 [1804] « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française » ; paraphrasé sans perte de sens par « Les lois réelles régissent indistinctement tous les immeubles, même ceux qui appartiennent à des étrangers »⁵²⁷.

⁵²⁵ En français le verbe *tenir* ne concurrence *avoir* que de manière idiomatique, car nous n'avons qu'un seul auxiliaire actif qui est 'avoir'. « Le second gratifié est réputé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité (Art. 1051) »

⁵²⁷ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, I, 3^e éd., 1865, n.90

Code civil, art. 537 [1804] « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ».

Code civil, art. 2420, 1° [2006] « Celui qui ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qui n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance peut consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite sera affecté au paiement de celle-ci au fur et à mesure de leur acquisition ».

Dans les usages non spécifiques de la langue, les interférences sémantiques entre appartenance / appartenir, détention / détenir, possession / posséder et propriété sont innombrables. Quand la théorie juridique imagine des distinctions pour identifier des usages linguistiques, elle décrit l'influence des phénomènes linguistiques sur l'interprétation des règles ; en revanche, quand les juristes unifient, agrègent et agglomèrent dans un pot commun des usages linguistiques distincts, ils plaident pour la constitution d'un monopole conceptuel dont les conséquences politiques ne sont pas lisibles⁵²⁸. Cela ne date pas d'aujourd'hui. « Dans son acception la plus simple et la plus naturelle, le mot propriété désigne ce qui est propre à quelqu'un, ce qui est convenable et inhérent à son être, et qui forme une partie essentielle de son existence. La propriété la plus évidente d'un homme est celle de sa personne, de tous les membres qui la composent, des facultés qui en sont les attributs, comme la vie, la pensée, l'action, le mouvement, etc. Les attentats les plus révoltants contre la propriété, sont aussi ceux qui attaquent la personne ou les droits qui en dépendent. Cette espèce de propriété est en quelque sorte intérieure; elle ne s'étend pas au-delà de la personne, dont elle fait partie. *Suite : il existe une autre propriété extérieure...* »⁵²⁹

Au cours du 19^e siècle, les théories du patrimoine ont cherché à défaire l'amalgame entre personne (être propre) et biens (avoir propriété) : qu'il s'agisse des théories du patrimoine d'affectation ou de la thèse de l'unité, la doctrine a cherché à distinguer ce qui était du patrimoine (avoir), et ce qui était extrapatrimonial (être), mais la valorisation de certaines activités, poussée par des exigences comptables autant que scientifiques, a brouillé ces distinctions fragiles⁵³⁰. Les joueurs de football sont intégrés au capital social des sociétés sportives, les données personnelles sont traitées comme des biens incorporels, les volumes abstraits sont

⁵²⁸ U. Mattei et A. Gallarati, "La proprietà come istituzione fondamentale dell'economia", in *Economia politica del diritto civile*, Giappichelli, 2009, pp.87-120.

⁵²⁹ J. Bernardi, *Cours de droit civil français*, tome 2, 1803, p.237.

⁵³⁰ F. Chénéde, « La mutation du patrimoine », *Gazette du Palais*, 19 mai 2011, n.139, p.19

acquis comme des biens prêts à constituer des droits sur des choses futures. Pour y voir plus clair, je m'intéresserai à trois séries de propositions dogmatiques relatives à ce que l'on a appelé la propriété individuelle des choses matérielles (I), la propriété dite 'intellectuelle' (II) et la propriété dite 'publique' (III). La première est l'archétype, pétrie par les principes communs ; la seconde est une sous-catégorie du genre 'propriété des choses incorporelles' ; la troisième est l'enjeu constant des controverses politiques que les deux premières ne parviennent pas à neutraliser.

I/. Propriété individuelle des choses corporelles

En 1804, l'article 537 du Code civil pose le principe républicain primordial que *les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent*. La législation civile en a terminé avec ce qui restait de la féodalité foncière et proclame l'absolue propriété, droit naturel de l'homme. Bien plus, proclamer l'abolition de la féodalité, abroger ses règles, c'était aussi rejeter ses concepts et ses sources. Adieu théorie du double domaine⁵³¹ ! Mais le passage *du domaine de propriété au droit de propriété* est sinueux, car les premiers commentateurs ont un peu de mal à en forger qui soient des concepts véritablement neufs, eux qui sont nés avant la Révolution ; ils font appel aux vues des philosophes et aux moralistes du XVIII^e siècle pour justifier de l'origine de la nouvelle propriété : la « communauté négative » primitive popularisée par Pufendorf⁵³² ne pouvait subsister qu'autant que les *hommes vivaient dans une grande simplicité* ; la société civilisée du 18^e siècle (précapitaliste), et *a fortiori* la société préindustrielle du début du 19^e siècle, ont arrimé aux droits naturels de l'homme le pouvoir de disposer librement des choses qu'il possède, mais sans pour autant que la formule de l'article 544 « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue » ne soit considérée au moins dans un premier temps de manière purement

⁵³¹ E. Meynial, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les remontrances : Etude de dogmatique juridique », *Mélanges Fitting*, 1907-1908, t. II, p. 409-461 ; R. Feenstra, « Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des *ultramontani*) », *Fata juris romani, Etudes d'histoire du droit*, Presses Universitaires de Leyde, 1974, p. 215-259 ; R. Faivre-Faucompré, « Aux origines du concept moderne de propriété », in N. Laurent-Bonne *et alii.*, *Les piliers du droit civil*, Mare et Martin, 2013, p.103 *et sq.*

⁵³² S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, tome 1^{er}, Amsterdam, Vve Pierre de Coup, 1734, p.564 *et sq.* ; R.-J. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, in *Œuvres*, éd. Bugnet, 1861, tome 9, n.21

abstraite. Propriété et domaine existent concurremment : Pardessus, « La propriété, c'est-à-dire le droit pour tout individu de disposer exclusivement d'une chose⁵³³, s'étant introduite parmi les hommes, et les législateurs l'ayant mise au premier rang des droits dont le corps social doit la garantie à chaque citoyen, presque tout ce qui, dans l'état primitif, n'avait été que l'objet d'une occupation momentanée, sortit de cette communauté universelle, appelée par les jurisconsultes communauté négative »⁵³⁴; ou encore Toullier, « Le droit de propriété subsiste indépendamment de l'exercice qu'on en peut faire. On n'est pas moins propriétaire, quoiqu'on ne fasse aucun acte de propriété, quoiqu'on soit dans l'impuissance de les faire, et même quoiqu'un autre les fasse, soit à l'insu, soit contre le gré même du propriétaire. Le droit consiste dans la faculté légale de faire des actes par soi ou par autrui, en notre nom. La propriété est considérée comme *une qualité inhérente à la chose* »⁵³⁵.

La qualité inhérente à la chose, *ius in re*, a un double sens signifiant premièrement que le lien de la propriété existe entre le propriétaire et sa chose, indépendamment de toute autre personne. C'est cette faculté de suivre la chose partout où elle se trouve, qui forme le caractère spécifique de ce que l'on appelle un droit réel ; deuxièmement que le droit de propriété dépend de la nature et de la consistance de la chose, de ses propriétés internes ; c'est ce qui justifie que le Code impose à certaines choses des régimes propriétaires spécifiques ayant diverses dénominations. En 1804, Pardessus pensait à l'eau dont le régime était posé au titre des servitudes légales, (et qui aujourd'hui est réglementé par des textes spécifiques du Code rural et du Code de l'environnement). « L'eau, considérée comme substance indépendante du terrain où elle repose, est restée dans cette communauté négative, et n'appartient évidemment qu'à celui qui s'en empare le premier »⁵³⁶. Mais son écoulement inflige aux terrains qui la reçoivent en raison de

⁵³³ J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes*, 1811. Cette apposition n'apparaît plus dans la 8^e édition, tome 1, 1838, p.174

⁵³⁴ J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes*, 1811, n.75, p.121

⁵³⁵ C. Toullier, *Droit civil français*, III, 1811, n.82 et sq.

⁵³⁶ J.-M. Pardessus, *loc. cit.* « Mais plusieurs choses, par leur nature, ont continué de n'appartenir pas plus aux uns qu'aux autres. L'usage actuel qu'on en fait est le seul titre qu'on ait à n'en être pas dépossédé; dès qu'il a cessé, une autre personne a les mêmes droits, et si ces choses ne sont pas devenues un objet de propriété exclusive par suite de cet usage, celui qui les occupe à son tour n'est pas censé s'emparer du bien d'autrui. L'eau, considérée comme substance indépendante du terrain où elle repose, est restée dans cette communauté négative, et n'appartient évidemment qu'à celui qui s'en empare le premier. Un homme qui recevrait la pluie dans un vase placé au-dessus du terrain sur lequel cette eau aurait dû tomber, ne pourrait être poursuivi comme voleur par le propriétaire de ce terrain ce dernier ne serait fondé à se plaindre que de ce que l'étranger aurait, sans droit, placé un vase au-dessus de son fonds ».

leurs propriétés physiques (situation des lieux) une destination particulière qui affecte le droit de celui à qui ils appartiennent. Toujours pour Pardessus, le lit des cours d'eau doit être entretenu « L'eau qui coule dans ces lits, n'a d'utilité réelle que par son application aux besoins de l'agriculture et de l'industrie. Autant elle offre d'avantages lorsqu'elle est sagement dirigée vers ce double but, autant elle peut causer de dommages, tant aux particuliers qu'à la société entière, si les propriétaires des lits qu'elle occupe étaient libres d'y faire sans surveillance, tous les ouvrages que le caprice leur suggérerait, ou pouvaient, en se dispensant de les curer, laisser l'eau devenir stagnante et insalubre »⁵³⁷. Il est guère possible d'être exhaustif mais dès 1804, le Code connaît des modèles propriétaires différents pour certains biens meubles ou immeubles : outre les distinctions propres à chaque catégorie de biens (art. 516 *et sq.*), les murs mitoyens, les trésors, les immeubles divisés par étages, les clôtures, les fruits naturels, les produits de la mine, les forêts en taille réglée, les cheptels, les animaux en général (art. 1385), les bâtiments menaçant ruine (art. 1386), ... la propriété de tous les biens cités ne correspond pas à un modèle abstrait de libre disposition ou d'exclusivité, mais dépend toujours d'un mode d'exercice particulier concret. Toullier n'en fait pas mystère, même s'il n'entend pas faire renaître l'idée d'un domaine sur les biens, il ne se prive pas de souligner que « L'exercice de la propriété, que certains appellent le domaine, consiste dans tous les actes qui sont permis au propriétaire, ou plutôt qui ne lui sont pas défendus ». Et en détaillant ces trois classes d'actes : 1°/ la jouissance qui comprend tous ceux qui ont pour but de retirer de la chose tout le profit, toute l'utilité ou l'agrément qu'elle peut procurer ; ..., de la faire servir à tous les usages possibles et non défendus. 2°/ tous les actes qui tendent à interdire aux autres l'usage de la chose, à la revendiquer, à réprimer les troubles qu'on voudrait apporter à la jouissance ou à la disposition du propriétaire, 3°/ les actes de disposition de la chose.

Sur le plan de la construction dogmatique, les premiers commentateurs intègrent le changement révolutionnaire, malgré ses allusions au domaine des choses, en posant bien que, contrairement à la disposition, les usages de la chose ne sont pas absolus. Pour que les choses soient claires, il faut bien souligner que les premières constructions civilistes sont contrastées : la propriété est la maîtrise souveraine par quoi l'homme soumet le monde à sa volonté, mais elle est aussi une totalité de pouvoirs, de restrictions, de permissions, d'interdits⁵³⁸. La propriété est parfaite ou imparfaite⁵³⁹, elle connaît des démembrements où chaque droit détaché de la

⁵³⁷ J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes*, Tome 1^{er}, 8^e éd. 1838, p.180

⁵³⁸ Il faut absolument lire : M. Xifaras, *La propriété*, PUF, 2004, p. 93 *et sq.* Chapitre III. *Le domaine, entrelacs des absolus*

⁵³⁹ C. Toullier, III, 1811, n.92 *et sq.* ; C. Delvincourt, *Institutes de droit civil français*, I, 1808, p.317

propriété parfaite devient lui-même une propriété⁵⁴⁰. Toutefois, c'est important de le noter, cet absolutisme n'est pas encore celui des auteurs de la fin du 19^e siècle qui auront à lutter contre l'émergence des théories relativistes, et qui rigidifieront le modèle abstrait de la propriété pleine et parfaite.

Par comparaison, cent ans plus tard, Baudry-Lacantinerie écrira : *Caractères* : 1. « Le droit de propriété est tout d'abord absolu. Le propriétaire a sur sa chose le pouvoir juridique le plus complet, *plena in re potestas*. Il jouira donc de sa chose comme il voudra, *même si cela lui plait d'une manière abusive*, tandis que celui qui a un droit d'usufruit doit jouir en bon père de famille ». 2. Le droit de propriété est exclusif, ce qui en réalité n'est qu'une façon nouvelle de traduire son caractère absolu... Il en résulte que la propriété d'une même chose ne peut appartenir pour le tout à deux personnes différentes. Une même chose peut appartenir à plusieurs personnes en commun ; il y aura plusieurs copropriétaires de la chose pour partie ». 3. Le droit de propriété est perpétuel⁵⁴¹.

Les formulations ont comme changées de proches en proches au cours du siècle. Marcadé dit : « Ce droit rend le propriétaire maître et seigneur de la chose et lui donne sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier. Mais ce pouvoir indéfini sur la chose peut être et est souvent limité quand une loi spéciale et formelle vient dans un but d'intérêt public, lui imposer des restrictions. C'est ainsi que les biens de l'Etat, des communes, des établissements publics, et ceux composent les majorats sont soumis à un régime particulier ; que les biens des mineurs et interdits subissent un régime protecteur mais gênant, et que les biens mêmes des particuliers majeurs et capables ressentent encore, quoique à un moindre degré, cet effet de la prédominance de l'intérêt générale sur l'intérêt privé »⁵⁴². Demolombe ensuite : « Deux caractères essentiels [du droit de propriété] : ... il est absolu ; il est exclusif ». 1° Droit absolu, la propriété confère au maître sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet. Il peut en user, *usus* ; il peut en jouir, *fructus* ; il peut en abuser, *abusus*. Ces trois éléments ou attributs, étant réunis dans sa main, ne forment pour lui qu'un seul tout, et qu'un droit unique, qui est propriété parfaite⁵⁴³ ». Plus loin, « Le propriétaire est libre en effet de commettre ces sortes d'excès sur sa chose. Mais il importe toutefois de remarquer que ces excès, qui sont la conséquence de son droit absolu, ne

⁵⁴⁰ Voy. Chapitre 8. Le démembrement de la propriété.

⁵⁴¹ G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des biens, 1905, n.200 sq.

⁵⁴² V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, II, 5^e éd, 1852, n.405

⁵⁴³ C. Demolombe, IX, 3e éd., 1866 n.475 sq., n.542 sq. : voy. l'assimilation du *dominium* romain à la propriété du Code.

constituent pourtant point par eux-mêmes un mode d'exercice de ce droit, que les lois reconnaissent et approuvent... Mais enfin, il faut bien reconnaître que la propriété étant absolue, confère, sinon en droit, du moins nécessairement en fait, au propriétaire, le droit de mésuser de sa chose ; car, il ne serait pas absolu sans cela ; et toute restriction préventive, en portant atteinte au droit même de propriété, aurait eu ainsi beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages⁵⁴⁴ ».

Et Laurent ajoute : le propriétaire a le droit de jouir à savoir « posséder une chose et en retirer tous les fruits, tous les émoluments, tous les avantages ». Le propriétaire a le droit de disposer de la chose. C'est en faire ce que l'on veut *de la manière la plus absolue*. C'est le pouvoir d'aliéner, de démembrement, d'abdiquer, de dénaturer, de mésuser. Le propriétaire « peut jeter son argent, et ce qui est pis encore, le dépenser en plaisirs grossiers, en débauches ». Le propriétaire a le pouvoir d'exclure « ce qui comprend tous les actes qui tendent à interdire aux autres l'usage de la chose, à réprimer les troubles qu'on voudrait apporter à la jouissance ou à la disposition du maître »⁵⁴⁵.

Il est intéressant de constater que ce mouvement d'absolutisation passant de la disposition de la chose à son usage, s'est appuyé sur une propriété individuelle « romanisée » utilisant la puissante rhétorique de la justification par le recours au droit romain comme source du vrai⁵⁴⁶. On vante toujours une propriété monolithe taillée sur un modèle absolutiste que l'on qualifie volontiers de « romain » sans se poser vraiment la question de sa romanité⁵⁴⁷. Ce mouvement d'absolutisation de l'usage a fait coïncider d'une part la réaction des propriétaires aux politiques d'urbanisme, au développement des législations publiques et restrictions foncières, et d'autre part, l'exercice des libertés promues par le capitalisme industriel ; mais il se trouve alors en conflit avec l'expansion des conceptions finalisées du droit de propriété (sociales / socialistes) que la doctrine

⁵⁴⁴ C. Demolombe, IX, n.545

⁵⁴⁵ F. Laurent, *Principes du droit civil*, VI, 1876, n°100 et sq.

⁵⁴⁶ C.-A. Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2^e éd., 1850 ; Ch. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains, sous la république et sous l'empire*, 1838 ; A. Lahovary, *Du "Dominium" ou droit de propriété en droit romain*. Du Régime de la propriété foncière au point de vue des droits réels qui peuvent en être détachés dans l'ancien droit français et dans le droit actuel, 1865.

⁵⁴⁷ L. Peppe, *Uso e Ri-uso del diritto romano*, Giappichelli 2012 ; L. Vacca, "La proprietà e le proprietà nell'esperienza giuridica romana", in *Le proprietà*, Jovene editore Napoli, 2015, pp.1-16 ; Y. Thomas, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2002/6 (57e année), p. 1431-1462.

des premiers commentateurs n'avait pensées que pour le domaine public⁵⁴⁸.

Au 21^{ème} siècle, les auteurs français sont restés très largement soudés à cette vision qui donne à l'absolutisme la première place symbolique, et qui d'un point de vue conceptuel en fait un caractère fourre-tout. Topique, l'avant-Projet de réforme du livre II, rédigé sous l'égide de l'association Henri Capitant propose : « La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la règlemente (Av. projet, art. 534). Nul ne peut exercer son droit de propriété dans l'intention de nuire à autrui (Av. projet, art. 535) ». Mais on peut voir autrement l'absolutisme : l'article 1.202 des propositions du *Study group on a European civil code*⁵⁴⁹ qualifie la propriété d'absolue parce qu'elle confère des prérogatives qui s'exercent *erga omnes*.

Il serait difficile de comprendre aujourd'hui le primat absolutiste comme une révérence révolutionnaire, encore que les formes contemporaines de la féodalité ne soient pas moins puissantes que celles du passé mais il n'est pas dans les ambitions des *proto-législateurs* de régir les relations propriétaires au sein des groupes de sociétés⁵⁵⁰. Reste qu'un nouveau glissement conceptuel étire la propriété : le droit de propriété confère au titulaire un pouvoir '*absolu sous réserve*', ce qui induit que des lois *spéciales* que l'on interprétera *strictement* pourront *exceptionnellement* teinter la propriété de certains biens de finalités sociales particulières. Les propriétés environnementales et rurales, les propriétés intellectuelles et immatérielles, les propriétés culturelles et historiques, les propriétés commerciales et fiduciaires, les intérêts patrimoniaux protégés comme par *la propriété au sens de* la Convention européenne des Droits de l'homme, se trouvent rejetés en bordure de la propriété absolue sans qu'il ne soit jamais affirmé que le droit de propriété doive s'exercer conformément à ses finalités économiques et sociales, et de façon à préserver la flore, la faune, les beautés naturelles, l'équilibre écologique et le patrimoine historique et artistique, que soit évitée toute pollution de l'air et des eaux⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé aujourd'hui*, Tome 1^{er}, 1912, p.158 « La propriété est, pour tout détenteur d'une richesse, le devoir, l'obligation d'ordre objectif d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et à accroître l'interdépendance sociale »

⁵⁴⁹ W. Lurger et B. Faber, *Acquisition and loss of Ownership of Goods*, Sellier, coll. Principles of European Law, 2011.

⁵⁵⁰ G. Chianea, "La directe féodale aujourd'hui en France", *Mélanges Pierre Jaubert*, PU Bordeaux, 1992, p.143

⁵⁵¹ *Código civil do Brasil*, art. 1228 §1

II. Propriétés intellectuelles

Propriété littéraire

Lors de la promulgation du Code civil, propriété littéraire et droits des auteurs sont régis par la loi de 19-24 juillet 1793⁵⁵², et le Code civil n'y touchera pas. Ce fut la première loi qui permit aux auteurs de jouir durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie (art. 1^{er}) et à leurs héritiers ou cessionnaires la jouissance du même droit durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs (*Ce terme sera porté à vingt ans par le décret-loi du 5 février 1810, puis à trente ans au profit des seuls enfants par la loi du 8 avril 1854, cinquante ans en 1866, aujourd'hui soixante-dix*). Les commentateurs des Codes ne vont pas s'intéresser spécifiquement à la nature de la propriété littéraire ; mais ils ont néanmoins besoin de la qualifier de propriété mobilière par détermination de loi pour en connaître la destination communautaire dans les régimes matrimoniaux⁵⁵³. Ils s'en occupent également au commentaire de l'article 1598 « Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation »⁵⁵⁴, ou au titre des ventes spéciales en droit commercial.

On peut lire chez Pardessus : « Le droit de cet auteur, tout en étant de nature mobilière, ne peut être rangé parmi les meubles, d'une manière telle que la possession du manuscrit suffise pour prétendre en disposer, le publier et en vendre les exemplaires... les droits des auteurs sont immatériels... Ainsi la possession d'un manuscrit n'établit jamais, au profit de celui qui le détient, une présomption de propriété contre l'auteur, ses héritiers ou ayants cause »⁵⁵⁵. Et Troplong ajoute : « La propriété littéraire est incorporelle. C'est la propriété de la pensée rendue visible par les procédés typographiques. L'auteur et le musicien ne vendent pas le papier sur lequel leurs idées ont été fixées, mais bien une production immatérielle de l'esprit qui s'adresse à l'intelligence de ceux que ces productions intéressent. Dans une cession de ce genre, l'éditeur ne saurait jamais acquérir la propriété absolue de l'ouvrage. Quelque étendue que soit la transmission qui lui est faite, il n'a droit qu'à l'exploitation commerciale dont le manuscrit est susceptible ; il n'est maître que de la spéculation dont la publication est l'objet ; pour le surplus, il est

⁵⁵² Relative aux droits de propriété des auteurs, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs.

⁵⁵³ V. Marcadé, II, n°384 une seule ligne ; C. Demolombe, IX, n.439 ; Laurent, XXI, n.226

⁵⁵⁴ R.-T. Troplong, *De la vente*, tome I, 3^e éd., 1837, n.203 et sq.

⁵⁵⁵ J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, tome 2, 2^e éd., 1825, n.307 et sq., spéc. p.314

penitùs extraneus. Ainsi il ne pourrait effacer le nom de l'auteur pour lui donner le sien ; il ne pourrait faire de changements ou corrections au manuscrit ; bien plus, il doit recevoir toutes celles que l'auteur juge nécessaires. La substance de l'ouvrage, si je peux parler ainsi, appartient toujours à celui qui l'a créé, tandis que l'éditeur n'en a que l'usage ou la partie utile⁵⁵⁶... » : *partie utile* que Troplong appelle propriété utile (p.287, puis p.288). Enfin, Renouard observe que « parmi les ouvrages d'esprit, les uns sont du domaine public, c'est-à-dire que chacun des individus dont le public se compose peut librement en user, et les reproduire, les fabriquer, les vendre ; les autres sont du domaine privé, c'est-à-dire que l'exploitation en est réservée aux personnes investies à cet effet d'un droit exclusif »⁵⁵⁷.

Pour les commentateurs, il ne fait aucun doute que la propriété littéraire est un bien meuble, mais à aucun moment, il n'est question de propriété de l'œuvre sauf pour dire qu'elle est d'une certaine manière inaliénable ; il est constant que ce qui est objet de propriété littéraire, est une jouissance temporaire des revenus de l'œuvre. Comme aujourd'hui, artistes et éditeurs ont fait pression pour accroître leurs droits, cela a donné lieu à une abondante littérature juridique, et à de violentes disputes politiques lorsque il s'est agi de réformer la loi de 19-24 juillet 1793. Dans les années 1860, trois thèses politiques s'affrontaient : 1/. Pour le maintien d'un droit de jouissance temporaire en faveur des auteurs et de leurs héritiers, 2/. Pour une propriété perpétuelle mais non absolue soumise aux exigences d'un intérêt général éminent, 3/. Pour la propriété de droit commun de l'article 544. Les partisans de cette 3^e thèse condamnaient les deux premières au motif qu'elles n'étaient pas des propriétés, et qu'il n'y a rien de plus propre à un auteur que l'œuvre de sa pensée⁵⁵⁸.

Pour la troisième thèse, Emile Accolas pense que la meilleure manière de protéger les auteurs est de soumettre l'œuvre à un droit de propriété perpétuel. « S'il existe une chose qui appartienne en propre à l'homme, c'est assurément sa pensée ». « La propriété littéraire et artistique est un cas particulier du droit général de propriété ; nous ne nions pas, sans doute, que sa nature personnelle et intime puisse entraîner des conséquences que ne comporte pas la propriété des choses corporelles notamment, ... mais on ne s'est, en définitive, embarrassé dans tant de difficultés au sujet de la propriété littéraire et artistique que parce que l'on n'a pas su s'avouer qu'elle était une propriété ». « Il va, en premier lieu, de soi que c'est un

⁵⁵⁶ R.-T. Troplong, *De la vente I*, 1837, spéc. p.285 et sq.

⁵⁵⁷ A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs*, 1838, tome 2, n.3.

⁵⁵⁸ *De l'application du droit commun à la propriété littéraire et artistique*, 1862 rédigé par un comité auquel appartient Laboulaye.

droit réel, puisque c'est un droit de propriété; et, en effet, l'auteur a cette qualité d'auteur non pas vis-à-vis de tel individu en particulier, mais bien évidemment vis-à-vis la collectivité sociale tout entière, et, par conséquent, il a, selon les principes, droit à son œuvre contre quiconque en réclamerait la propriété à son préjudice »⁵⁵⁹.

La deuxième thèse est plus mesurée, elle sera repris par Pouillet : « *Le droit de l'auteur consiste essentiellement dans le droit exclusif de reproduire son œuvre, quel que soit d'ailleurs le procédé de reproduction, d'en tirer des exemplaires multipliés et de vendre ou de distribuer ces exemplaires. Ce droit est temporaire ; il appartient à l'auteur pendant sa vie, et passe, après lui, pour une durée de cinquante ans à ses successeurs*⁵⁶⁰. *En d'autres termes, le droit de l'auteur consiste dans la faculté que la loi lui reconnaît, pendant un temps déterminé, à l'exclusion de tous autres, d'exploiter son œuvre et d'en tirer tous les bénéfices qu'elle comporte. Ce temps expiré, l'œuvre tombe dans le domaine public, et chacun demeure libre de l'exploiter sans entrave. Cette définition, qui est celle que nous donnons, dans un autre ouvrage, du droit de l'inventeur* »⁵⁶¹. Ce droit de l'auteur est-il une propriété? Pouillet s'interroge mais répond qu'il s'agit d'une propriété spéciale. La non-perpétuité de la propriété littéraire pose problème à l'idéologie propriétaire, mais la justification tient à une ambivalence. Le caractère essentiel de la propriété, c'est l'exclusivité de la jouissance et non l'absolutisme du droit ; c'est ce qui explique l'intégration des droits d'auteurs dans la propriété littéraire et artistique, et ce quel que soit le caractère patrimonial ou extrapatrimonial de ces attributs. Cette conception domine toujours (CPI, Art. L.111-1) alors même que l'absolutisme de la propriété littéraire tient aux droits extrapatrimoniaux, que l'œuvre est incessible, et que les droits patrimoniaux ne sont pas perpétuels.

Propriété industrielle

Pour ce qui concerne la propriété industrielle, le brevet d'invention date de la loi du 7 janvier du 1791 relative à la protection des auteurs de découvertes utiles⁵⁶²
« Toute découverte ou nouvelle invention, dans tous les genres d'industrie, est la

⁵⁵⁹ É. Accolas, *La propriété littéraire et artistique*, 1886, p.17-18.

⁵⁶⁰ L. 14 juill. 1866.

⁵⁶¹ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 1874, p.15 et sq., n.7 et sq.

⁵⁶² L'historique est chez Pouillet, *Traité des brevets d'invention*, 5^e éd., 1909, p.VIII et sq.

propriété de son auteur »⁵⁶³. En 1844, la loi du 5 juillet instaurera le brevet et la procédure de dépôt : Article 1^{er} « Toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie confère à son auteur, sous les conditions et pour le temps ci-après déterminés, le droit exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention. Ce droit est constaté par des titres délivrés par le Gouvernement, sous le nom de Brevet d'invention ».

Aujourd'hui encore dans le Code de la propriété intellectuelle, l'invention n'est pas le bien objet de la propriété ; c'est le brevet. C'est un monopole d'exploitation instauré pour conférer une exclusivité : le premier caractère de cette « propriété » n'est donc ni l'absolutisme, ni la perpétuité mais l'exclusivisme.

La thèse de l'unité des propriétés nourrit les ambiguïtés y compris au sein des propriétés intellectuelles⁵⁶⁴. Comme le note Philippe Gaudrat, « Sans aller jusqu'à l'épure parfaite, les deux modèles (autrement dit monopoliste et strictement propriétaire) sont représentés en droit positif ; le premier par la propriété industrielle *lato sensu* ; le second par la propriété littéraire et artistique. Les tentatives doctrinales de création d'une maxi-catégorie arasant les différences pour ne plus laisser subsister que le modèle industriel, à quoi tendent aussi certaines conventions internationales ... ne reposent que sur une approximation au service d'intérêts lobbyistes, car les deux modèles ne sont pas interchangeables et ne produisent pas les mêmes résultats ».

III. Propriété publique / domaines publics

La difficulté la plus considérable à laquelle furent confrontés les premiers commentateurs était posée par l'interprétation des articles 538 *et sq.* du Code civil, lesquels désignent les biens qui appartiennent à la nation, aux habitants des

⁵⁶³ Principe annoncé par un beau préambule : « L'ASSEMBLEE NATIONALE, considérant que toute idée nouvelle, dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société, appartient primitivement à celui qui l'a conçue, & que ce seroit attaquer les droits de l'homme dans leur essence, que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la propriété de son auteur ; considérant en même temps combien le défaut d'une déclaration positive & authentique, peut avoir contribué, jusqu'à présent, à décourager l'industrie françoise en occasionnant l'émigration de plusieurs artistes distingués, & en faisant passer à l'étranger un grand nombre d'inventions nouvelles, dont cet Empire auroit dû tirer les premiers avantages considérant enfin que tous les principes de justice, d'ordre public & d'intérêt national, lui commandent impérieusement de fixer désormais l'opinion des Citoyens françois sur ce genre de propriété, par une Loi qui la consacre & qui la protège, décrète ce qui suit :... »

⁵⁶⁴ Ph. Gaudrat, « La structure juridique des propriétés intellectuelles », in *Les modèles propriétaires*, LGDJ, 2012, coll. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, p.179-192, spéc. p.185 ; *adde*, M. Dulong de Rosnay et H. Le Crosnier, *Propriété intellectuelle, Géopolitique et mondialisation*, Les essentiels d'Hermès, CNRS éditions, 2013

communes et aux entités publiques. Les auteurs devaient en éviter les écueils politiques et dogmatiques : 1. Ne pas ressusciter la théorie du double domaine ; ce serait l'aveu que l'Empire exerce une suzeraineté sur ses sujets ; 2. Ne pas remettre en cause les actes d'aliénation passés par les autorités publiques révolutionnaires sur les biens de la nation, sans pour autant admettre l'existence d'une véritable 'propriété' publique puisque les choses précisément visées par le Code sont soit des choses communes (appartenant à la communauté négative), soit hors du commerce à raison de leur destination. Inappropriables et imprescriptibles, elles ne pouvaient faire l'objet d'une propriété fût-elle publique. L'exercice de jonglage conceptuel commença dès la promulgation du Code.

La proto-théorie de la distinction domaine public / domaine privé des personnes publiques est faite de distinctions construites à partir des mots des textes des articles 538 *et sq*⁵⁶⁵. Pardessus distingue d'une part le domaine national susceptible de propriété privée, de servitudes et de prescription, et d'autre part le domaine public : « Les objets qui composent [le domaine public] sont par leur nature, ou l'emploi spécial qu'en fait le gouvernement, consacrés soit à l'usage de tous, soit au service de l'Etat. Ils n'appartiennent à titre de domaine, à qui que ce soit : le gouvernement en est moins le propriétaire que le conservateur ou le dépositaire pour en garantir la destination⁵⁶⁶ ». Plus ambigu est Toullier, « On appelle domaine national ou domaine public tous les biens qui appartiennent à la nation ou à l'état »⁵⁶⁷. « Entre les choses qui dépendent du domaine public, il y en a qui sont susceptibles de propriété privée, d'autres qui ne le sont pas »⁵⁶⁸. Toujours aussi ambigu, Delvincourt, « les biens, considérés dans leur rapport avec ceux qui les possèdent, sont nationaux, communaux ou patrimoniaux » : Delvincourt distingue trois catégories : les biens nationaux sont eux-mêmes de 2 espèces. Les biens nationaux qui appartiennent par nature au domaine public et doivent changer de nature pour ne plus en faire partie (Art. 538), les biens nationaux qui sans changer de nature peuvent devenir propriété privée : les biens sans maître, les biens en déshérence (Art. 539). En toutes hypothèses l'administration et l'aliénation des biens nationaux et communaux suivent des règles particulières. Enfin, Delvincourt qualifie de biens patrimoniaux ceux qui appartiennent à des particuliers⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ Une histoire des biens publics à lire avec circonspection est proposée par C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz 2004, p. 43 *et sq*.

⁵⁶⁶ J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes*, 1811, n. 45

⁵⁶⁷ C. Toullier, III, n°30

⁵⁶⁸ C. Toullier, III, n°36

⁵⁶⁹ C. Delvincourt, I, 1808, p.313-314

Mais c'est avec Proudhon et son *Traité du domaine public* que s'affirment clairement les contours d'un domaine public inappropriable, signifiant que les biens à l'usage du public ne sont pas objet d'une propriété publique. L'Etat n'est pas maître de ces choses, il n'est que le curateur des biens insusceptibles de propriété, dont l'usage revient au public, dont les fruits sont à tous, et la disposition à personne. « C'est par la destination de diverses espèces de fonds que leur domaine est qualifié de *domaine public*, soit parce qu'ils sont asservis à l'usage du public, soit parce que c'est à la puissance publique à protéger la jouissance que la société entière a le droit d'exercer sur eux »⁵⁷¹. « Le domaine public, matériellement considéré s'entend donc des choses qui appartiennent à l'être moral et collectif que nous appelons le public, comme le domaine privé s'entend des choses qui appartiennent aux différents particuliers [...] Le domaine qui appartient aux particuliers est un domaine de propriété, ou en d'autres termes, c'est le domaine des choses qui appartiennent à leurs maîtres privativement à tous autres, attendu que la propriété consiste dans ce qui nous est propre, à l'exclusion de tous les autres ; et cela s'applique également aux choses appartenant aux communes ou à l'état qui, comme êtres moraux et collectifs, possèdent aussi leurs biens à l'exclusion de tous les autres. Mais ce caractère exclusif suivant lequel nul autre que le maître de la chose n'a le droit de participer à la jouissance de sa propriété, ne peut convenir aux biens qui composent le domaine public, puisque chacun a également et au même titre le droit d'en jouir suivant leur destination, et que ce droit appartient même aux étrangers qui se trouvent à portée d'en user. Le domaine public n'est donc pour personne, ni même pour l'Etat, un domaine de propriété, puisque nul n'en est exclu. Il résulte de là que l'espèce de possessoire que le gouvernement exerce sur les fonds de ce domaine n'a lieu qu'au nom et dans l'intérêt du public ; que c'est l'être moral que nous appelons le public qui est le vrai possesseur du fonds, et qui doit avoir, au besoin, les avantages de la prescription acquisitive du terrain ; qu'en ce qui touche aux intérêts de l'Etat, le gouvernement n'exerce qu'un possessoire de protection, pour assurer à tous la jouissance du fonds, et non un possessoire de propriété, pour s'attribuer exclusivement les prérogatives ou les avantages attachés au titre de propriétaire exclusif du sol⁵⁷² ».

Cette thèse de l'a-propriété (qui prend le relais de la communauté négative) va persister pendant tout le 19^e siècle, et sera relayé au début du 20^e siècle par une conception strictement finaliste du droit de l'administration sur les biens de son domaine. Mais en réaction à cette dernière défendue notamment par Duguit et de manière cohérente avec la doctrine absolutiste, la propriété publique réapparaît

⁵⁷¹ J.-B. Proudhon, *Traité du domaine public*, tome 1, 2^e éd., 1843, par. V. Dumay, n.201

⁵⁷² *Op. cit.* n.202

avec le *précis de droit administratif et de droit public* de Maurice Hauriou : « Le droit de domaine public est un droit de propriété modifié dans ses effets par l'utilité publique. [Les trois attributs qui constituent la propriété ordinaire disparaissent pendant la durée de l'affectation des biens à l'utilité publique, mais ces altérations du droit de propriété ne durent, bien entendu, que tant que la chose a une affectation d'utilité publique]. L'affectation et la désaffectation sont des événements naturels ou des actes de l'autorité administrative »⁵⁷³.

Dans une conception propriétaire radicale du domaine public, il n'y a pas de différence fondamentale entre propriété privée et domanialité publique si l'on tient pour acquis que l'absolutisme du droit de disposer est ce qui fonde le pouvoir de l'administration à affecter ou à désaffecter le bien à l'utilité publique. La propriété publique peut supporter ainsi des droits réels concédés, et son propriétaire en toucher des fruits, ce qui était dogmatiquement impensable deux siècles plus tôt. Ces dernières années, les thèses propriétaires sont évidemment venues au soutien des vagues de privatisation des usages de biens publics, et se sont trouvées consacrées en 2006 dans le Code général de la propriété des personnes publiques, qui abrogeant les articles 538, 540 et 541 a adopté un lexique privatiste pour signifier les modes d'acquérir la propriété publique. Nous pouvons difficilement dire aujourd'hui que les biens appartenant à l'Etat sont l'objet d'une propriété collective ou d'une communauté, ils sont objet d'une propriété individuelle de la personne morale qui peut les rendre aliénables, puis les aliéner c'est-à-dire les privatiser sans un contrôle équivalent à ce qui est requis en matière d'expropriation (c'est le *saccheggio* dénoncé par Ugo Mattei et Laura Nader)⁵⁷⁴. Demeure cependant un dernier tabou à l'unification conceptuelle des propriétés publique et privée : leur caractère non miscible. Pour l'heure, elles ne peuvent pas se mélanger, la jurisprudence disqualifie en propriété privée, toutes formes de copropriété, d'indivision, mitoyenneté qui partageraient les droits de propriété publique et privée⁵⁷⁵. Mais il est facile de contourner l'interdit sur des immeubles en pratiquant des divisions volumétriques rendant divisés les parties d'un bâtiment ou d'un fonds. Pour les meubles, le tabou demeure. La Joconde ne peut appartenir à personne d'autre qu'à l'Etat français.

⁵⁷³ M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 1893, p.489

⁵⁷⁴ U. Mattei et L. Nader, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Bruno Mondadori, Milano, 2010 ; également M. R. Marella, *Oltre il pubblico e il privato*, Ombre corte, 2012

⁵⁷⁵ Un bien qui est la copropriété de personnes publiques et de personnes privées ne peut pas appartenir au domaine public (CE, 19 mars 1965, Sté Lyonnaise des eaux et d'éclairage : *Rec. CE* 1965, p. 184 ; *JCP* 1966, II, 14583, note Dufau). La jurisprudence refuse de considérer comme une dépendance du domaine public un local affecté à l'administration fiscale parce qu'il était compris dans un immeuble soumis au régime de la copropriété (CE, 11 février 1994, Cie d'assurance La préservatrice Foncière, *AJDA* 1994, p. 548, note Dufau)

Par ailleurs, le droit de l'environnement, qui se construit autour des finalités protectrices des ressources naturelles « patrimoine commun de la nation », a récupéré dans son orbite ce qui était auparavant dans le droit du domaine public issu de la communauté négative inappropriable ; mais la construction de ce régime protecteur souffre de l'absence de destination clairement énoncée des biens immobiliers, et de la capacité rhétorique de propriété à s'adapter à la maîtrise de biens communs et à signifier tout type d'appartenance. On peut se demander en effet si protéger les espaces naturels au moyen des techniques du droit des biens ne revient pas à soumettre les choses communes au droit du propriétaire : on en a eu l'expérience avec la réification des droits de polluer lorsque la directive 2003/87 a introduit la marchandisation des quotas d'émission de gaz à effet de serre. « Propriété », « environnementale » sonnent comme des antonymes ainsi que le disait Pothier « propre et commun sont deux choses contradictoires »⁵⁷⁶. L'introduction en droit français des « *conservative easement* » pose d'autres difficultés tenant à l'importation et à l'acculturation de services fonciers résolument contraires au modèle de propriété absolutiste, et même exclusiviste, mais on peut toujours appelé cela de la 'propriété environnementale' pour maintenir comme toujours l'idée d'une primauté axiologique de la volonté individuelle sur la décision collective.

Appendice. Propriétés privées collectives

Le triptyque exclusivisme, absolutisme et perpétuité qui tracent les caractères de la propriété parfaite, pleine et entière exclut les propriétés multiples sur une même chose, et fait regarder les hypothèses de communauté et d'indivision comme des situations transitoires et/ou imparfaites⁵⁷⁷. Depuis deux siècles, ces « copropriétés » ont suivi un mouvement parallèle à celui que la propriété⁵⁷⁸. A partir de la deuxième moitié du 19e siècle, l'interprétation individualiste des articles 537, 544 et 545 va radicaliser l'absolutisme pour faire face à la montée des conceptions finalistes et socialistes de la propriété individuelle, imposer l'exclusivisme comme caractère essentiel et dans ce mouvement, la perpétuité deviendra le refuge de toutes les copropriétés qui ne sont ni absolues, ni exclusives.

⁵⁷⁶ *Traité du droit de domaine de propriété*, n.15, p.107 ; paraphrasé par le doyen Carbonnier, « propre est l'antithèse de commun » (J. Carbonnier, *Droit civil II*, 2004, n°730).

⁵⁷⁷ E. Conte, « Affectation, gestion, propriété. La construction des choses en droit médiéval », in *Aux origines des cultures juridiques européennes, Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Etudes réunies par Paolo Napoli, Ecole française de Rome, 2013, pp.73-87 ;

⁵⁷⁸ A. M. Patault, "La propriété non exclusive au XIXe siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble", *RHDF* 1983, pp.217-237

En effet, les codificateurs avaient donné à l'indivision un seul texte, l'article 815 qui permettait à tout indivisaire d'en sortir. Comme un leitmotiv, la doctrine répètera deux siècles durant que les rédacteurs du Code civil n'étaient pas favorables aux propriétés collectives⁵⁷⁹, c'est sans doute vrai pour la faculté de demander le partage ou la licitation en tant qu'institution successorale, mais il est difficile d'en dire autant des formes copropriétés qui existaient dans le Code, en particulier des copropriétés perpétuelles, rangées au titre des servitudes foncières. Elles ne sont pas absolues, elles ne sont pas exclusives, elles ne sont que perpétuelles : elles témoignent de situations d'usages liés à une certaine qualité. Le paradoxe est que d'un côté jusqu'en 1976, le Code a donné à la copropriété indivise un régime instable mais de l'autre, les servitudes ont donné aux copropriétés dérivant de la situation des lieux le régime le plus stable possible. En 1804, les cours et chemins communs, les sources et puits communs, les murs mitoyens et les clôtures sont encore et par définition des situations héritées de l'ancienne France, de même que la division par étages des bâtiments laquelle est enclavée dans le Code parmi ces hypothèses de mitoyenneté à l'article 664 ancien. Sans les citer toutes, les habitants d'un village ont droit de puiser d'une source privée l'eau qui leur est nécessaire (Art. 642 al. 3), les propriétaires d'une cour commune ne peuvent en demander la licitation ou le partage, et la propriété par étages est d'abord pensée comme une combinaison de servitudes d'indivision ou comme de la mitoyenneté horizontale, pour finalement être regardée comme une articulation de pouvoirs sur des parties distinctes de l'immeuble bâti. Aujourd'hui la loi de 1965 relative à la copropriété des immeubles bâtis a établi un système de *condominium* qui en dissociant géographiquement la jouissance privative et les droits indivis rappelle le double domaine, unit indéfectiblement partie privative et quote-part de parties communes dans un lot, où la collectivité a le domaine éminent, où le titulaire du lot a le domaine utile de propriété (L. 10 juillet 1965, Art. 2). Où « la destination de l'immeuble » conditionne l'exercice des droits du copropriétaire⁵⁸⁰.

De nos jours, le fondement unifié du droit de propriété ne se cherche plus dans la vérité des sources romaines, mais dans celles des droits de l'Homme. Avec une interrogation, quels droits de l'Homme ? Français, européen, universels ? Chaque texte fondateur organise son propre modèle pour faire face aux défis posés par les nouveaux biens. On ne s'y laissera pas prendre : 'Défi' est un euphémisme pour signifier nouveaux conflits nés des représentations concurrentes de la relation entre être et avoir.

⁵⁷⁹ L. Josserand, «Essai sur la propriété collective», in *Livre du Centenaire, Le Code civil 1804-1904*, tome 1^{er}, Rousseau, 1904, p.355

⁵⁸⁰ Voy. Chapitre 9. La copropriété par appartements.

Chapitre 6

Les copropriétés

Chapitre 8

Le démembrement de la propriété

Version modifiée de « L'image du 'démembrement' dans la doctrine française » d'une conférence prononcée lors des Quarte giornate di studio Roma Tre – Poitiers, *Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali*, Rome, 16 et 17 juin 2006, publiée in *Jurisprudence, revue critique*, Lextenso, 2010, pp.33-45

Introduction

1. La théorie du droit réel conçu comme étant un démembrement du droit de propriété est une vieille théorie ; toutes proportions gardées puisque son expression en droit français n'a guère plus de 200 ans, guère plus qu'un bicentenaire. Mais c'est une théorie qui a vieilli et qui a accompagné le vieillissement du deuxième Livre du Code civil français. Aujourd'hui, notre droit civil des biens n'est plus tout entier dans le Code, et les concepts du droit commun sont mal commodes pour comprendre les évolutions contemporaines du droit des propriétés intellectuelles et immatérielles ; car, ce qui pourrait paraître incongru est arrivé : nous traitons comme des choses corporelles tout un ensemble d'objets dont la préhension physique est impossible. C'est une impasse théorique dans laquelle une situation législative figée a plongé le droit des biens et de la propriété⁶¹². Notre droit commun des biens semble comme désemparé et parvient mal à expliquer l'usufruit des droits d'auteur⁶¹³, les droits réels sur les droits sociaux⁶¹⁴, les contrats de cession de volume, et les questions classiques en sont

⁶¹² Voy. Aussi le texte important de R. Libchaber, « La recodification du droit des biens » in *Livre du Bicentenaire*, 2004, p.297 sq. ; Vidal, « La propriété dans l'école de l'exégèse en France », *Quaderni fiorentini* 5/6, 1976/77, tome 1, pp.7-40

⁶¹³ Par ex. A. Lucas & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2001, n.500

⁶¹⁴ Par ex. A. Rabreau, *L'usufruit des droits sociaux*, Litec, 2006.

bouleversées : naissance des droits réels, révocation unilatérale des droits réels, et bien sûr, *numerus clausus* des droits réels.

2. La question du *numerus clausus* des droits réels et de leur typicité légale, comme l'on dit à Rome⁶¹⁵, est une difficulté révélatrice des apories qui jonchent le raisonnement juridique. La situation du droit français est paradoxale, et le paradoxe dure, et il vieillit lui aussi, formant comme un vieux couple avec la théorie du démembrement de propriété.

La dogmatique juridique française nous apprend premièrement que le droit français ne connaît de limite à la création des droits réels nouveaux, il n'y a pas de *numerus clausus* des droits réels⁶¹⁶; mais deuxièmement, que depuis les deux derniers siècles, il n'y a pas eu ou très peu eu de création de nouveaux types de droits réels, au moins de ceux qui ne seraient pas les accessoires d'une chose. En résumé, pas de *numerus clausus* des droits réels mais pas (ou très peu) de types réels nouveaux créés *ex contractu*.

L'explication de ce paradoxe tient à la fermeté et la rigidité de ce que l'on peut appeler en France *la théorie du démembrement*. D'abord, cette théorie, qui n'est guère plus qu'une image en vérité, s'appuie sur le postulat irréfragable que la propriété étant l'archétype des droits réels, le seul à être plein et entier, tous les droits réels autres que la propriété n'en seraient que des morceaux, des fractions, des divisions, des cisaillements.

Elle postule également que la qualité de propriétaire est tout entière dans le droit de disposer de la chose, de sorte que celui qui a le pouvoir d'aliéner, mais aussi de fragmenter et démembrer, est le propriétaire ; et ce sera à son profit que la propriété sera reconstituée [remembrée (?)]⁶¹⁷ lorsque le démembrement cessera et le droit réel s'éteindra.

Enfin cette théorie conserve le principe que les droits réels principaux nommés par l'article 543⁶¹⁸ du Code civil français ont des régimes impératifs que la volonté

⁶¹⁵ V. Mannino, "La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme", *Europa e diritto privato*, 2005, pp.945 et sq. ; in *Questioni di diritto*, Giuffrè, 2007, pp.409-437 ; F. Mezzanotte, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene editore Napoli, 2015, pour une vision comparatiste, spéc. pp.55-92

⁶¹⁶ Inversement en Italie, voy. M. Noccelli, *La tipicità dei diritti reali. affermazione e significato del numero chiuso dei diritti reali*, Tesi di Laurea 2000, [sous la dir. de P. M. Vecchi].

⁶¹⁷ Le mot « remembrement » n'est utilisé en français que pour désigner la réunion concrète de biens immobiliers.

⁶¹⁸ « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre »

individuelle ne saurait défaire : pas d'usufruit perpétuel, pas de servitude *in faciendo*, etc...

De ce triple postulat, la doctrine française en déduit un théorème : le propriétaire individuel ayant le droit de disposer de la chose (de la manière la plus absolue), il peut démembrement son droit de la manière que bon lui semble comme nous dit l'article 686 du Code civil français en matière de servitudes⁶¹⁹ ; mais cela ne veut pas pour autant dire qu'il puisse créer n'importe quel droit réel puisqu'il ne peut créer librement qu'un démembrement de la propriété. Autrement dit, les figures qui au lieu de diviser les droits et les prérogatives contenus dans le droit de propriété, combinent démembrement et duplication (par ex. un trust) sont évidemment difficilement compatibles avec la libre création des démembrements. Pour résoudre ce paradoxe, la catégorie des servitudes a dû s'adapter⁶²⁰ ; sont nées les obligations réelles ; les usufruits des choses immatérielles se sont multipliés avec ces choses.

Aussi sous l'empire de la théorie du démembrement, le droit français connaît un *quasi numerus clausus des droits réels* ; signifiant tout juste que l'on peut librement créer des divisions inédites de la propriété individuelle. Et le problème est là : ou bien on change notre manière de concevoir la propriété, ou bien on conserve l'état du *démembrement*, mais si on abandonne l'idéologie qui confond la propriété individuelle et le sacré, le risque sera de poser la nécessité d'un *numerus clausus* de droits portant sur la chose d'autrui. Un français du 21^e siècle qui travaille sur un Code du 19^e peut-il accepter l'évolution qu'a connu le droit italien du 20^e ?

3. La situation géographique du « démembrement » est aussi intéressante à observer. L'Italie a abandonné la conception du *smembramento* héritée de la littérature pré-unitaire mais de nombreux pays hispanophones conservent les *desmembraciones* tout en posant le principe d'un *numerus clausus*. En Roumanie, on dira comme en France que « *uzuzfructul este un dezmembramînt al dreptului de proprietate* ». Au nord de l'Amérique, l'enclave francophone du Québec fait encore mieux, le terme est entré dans la loi.

Depuis 1991, les articles 947 et 1119 du Code civil du Québec disposent :

⁶¹⁹ « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient pas imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public ».

⁶²⁰ La jurisprudence admet depuis 2004 les servitudes en copropriété des immeubles bâtis (Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, *Bull. civ.* III, n.140), les servitudes de non concurrence depuis 1987 (Cass. com., 15 juill. 1987, *Bull. civ.* IV, n.184, D. 1988, p.360, note Atias & Mouly).

Art. 947. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi.

Elle est susceptible de modalités et de démembrements⁶²¹.

Art. 1119. L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels.

La doctrine québécoise considère comme valable la constitution de droits réels innomés en se fondant sur le caractère indéfini de la liste : usufruit, usage, servitude et emphytéose sont des démembrements et non les démembrements de la propriété. Il est cependant douteux que le terme *démembrement* en droit québécois désigne le même objet qu'en droit français⁶²². Le doute est même très sérieux puisque le Code civil québécois admet la figure de la fiducie-trust au sein du droit des biens.

Le grand comparatiste René David enseignait qu'il était « peu élégant de grouper sous le vocable *usus* le droit de faire usage de la chose (habiter une maison) celui de l'administrer (y faire des réparations ou en concéder l'usage à un tiers) ; il est presque ridicule de grouper sous le vocable *abusus* des prérogatives aussi différentes que le droit de détruire matériellement la chose et celui d'accomplir sur elle des actes de disposition. Lorsqu'on a compris tout ce que notre analyse du contenu de la propriété a d'insuffisant, on est prêt à comprendre le trust⁶²³ ». Directement visée : la théorie du démembrement.

A travers l'étude des auteurs du 19^e et du 20^e siècles, je vais m'efforcer de présenter la manière dont la métaphore du « démembrement » est devenue une réalité intellectuelle, une hypostase qui résiste au temps.

Émergence (I), Omniprésence (II), Résistance (III) de la théorie du démembrement

⁶²¹ Le titre IV du Livre IV Des biens est intitulés « les démembrements » et compte usufruit, usage, servitudes, emphytéose.

⁶²² La différence est logique : le droit québécois est un droit dont la source historique n'est pas le Code Napoléon mais la coutume de Paris, c'est un droit qui n'a pas rompu de manière révolutionnaire avec le système féodal au sein de l'Empire britannique puis du Canada.

⁶²³ R. David & C. Jauffret-Spinozi, *Grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., 2002, n.261 ; adde, A. Bianco, « Trust et fiducie : analyse de droit comparé », *Mémoire pour le Master 2 Contrats en droit européen*, Poitiers, 2008 ; F. Bertoldi, « La fiducia cum amico », in L. Peppe (a cura di), *Fides, Fiducia, Fidelitas*, Cedam, 2008, pp.49-91 ; L. Peppe, « Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi », *ibid.*, pp.173-200 ; F. Chénéde, « La mutation du patrimoine », *Gazette du Palais*, 19 mai 2011, n.139, p.19.

I. Émergence de la théorie du démembrement

4. L'origine moderne de la métaphore se trouve chez Pothier. Dans son *Traité du domaine de propriété* (1764), Pothier entérine la thèse qui veut que le domaine utile soit celui qui reçoive « à l'égard des héritages le nom de domaine de propriété ». Cette thèse sera politiquement consacrée par la Révolution française qui éteindra législativement la controverse entre les théoriciens du domaine utile et les feudistes, partisans de la thèse qui faisait du domaine direct la seule et véritable propriété⁶²⁴.

Pothier utilise la formulation moderne de la distinction entre *ius in re* et *ius ad rem* : « *ius in re* est le droit que nous avons dans une chose par laquelle elle nous appartient au moins à certains égards. *Ius ad rem* est le droit que nous avons, non pas dans la chose, mais seulement dans le rapport à la chose contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner »⁶²⁵. Cette manière de voir, héritée des apports de Doneau et de l'École romano-hollandaise à la théorie des droits, a considérablement influencé Pothier qui dessine les contours unitaires du droit de propriété : la catégorie du droit réel comprend le droit de propriété **et** les droits sur la chose d'autrui incluant le gage et l'hypothèque, et se caractérise par la relation immédiate entre le titulaire et la chose sans égard pour un sujet passif. Pothier nous dit : « Il y a plusieurs espèces de *ius in re*, qu'on appelle aussi droits réels. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droits réels qui émanent de celui-ci, et qui sont comme des démembrements sont les droits de domaine de supériorité, tels que les droits de seigneuries féodales ou censuelles ; le droit de rente foncière, les droits de servitudes, tant ceux des servitudes personnelles, ceux des servitudes prédiales ; le droit d'hypothèque »⁶²⁶.

« Comme des démembrements » : Il faut noter que Pothier ne dit pas que les droits réels sont des démembrements, ils sont comme des démembrements. L'expression est utilisée pour signifier que la conception unitaire de la classe des

⁶²⁴ Le XVIII^e siècle nourrit une importante controverse politico – juridique : les titulaires de fiefs (qui pouvaient être des bourgeois enrichis) cherchaient à reconstituer à leurs profits les droits féodaux prétendument imprescriptibles dont la pratique avait été sinon abandonnée, du moins très largement mise en veille depuis les deux siècles précédents. La littérature juridique de cette époque est nourrie par les feudistes pour qui la seule véritable propriété est au titulaire du domaine direct (à savoir le feudataire, dont la propriété est plus parfaite car plus noble que celle de son vassal). Ils reprennent en cela une opinion de Cujas pour qui le domaine utile était une sorte de servitude sur la propriété seigneuriale.

⁶²⁵ R.-J. Pothier, *Traité du domaine de propriété*, n.1

⁶²⁶ R.-J. Pothier, *Traité du domaine de propriété*, n.2

droits réels dont l'archétype est la propriété, implique que les droits sur la chose d'autrui s'apparentent à des droits sur des objets séparés de la chose. Mais contrairement au démembrement foncier ou au démembrement de fiefs qui sont couramment et concrètement utilisés par la doctrine feudiste, Pothier paraît l'appliquer **comme à** un démembrement intellectuel. Les droits de supériorité féodale, comme les servitudes ou l'hypothèque, amputent intellectuellement le droit de propriété plein et entier : des parties sont **comme** retirées du tout, les droits réels sur la chose d'autrui sont **comme** des droits propres sur une part de la chose que l'on aurait intellectuellement extraite, détachée, séparée, démembrée.

Mais la métaphore n'est pas utilisée pour l'explication du domaine de propriété dans un dessein théorique, rien ne permet de dire que Pothier lui prête la consistance d'un élément de définition ou d'un caractère des droits réels ; du reste, il continue à raisonner en matière de fief selon une division physique des fonds : « Un même héritage peut être sous différents respects, et fief servant et fief dominant, et le propriétaire de cet héritage être en même temps, sous différents respects, seigneur et vassal ; car, si je démembre une partie de l'héritage que je tiens à titre de fief, c'est-à-dire, à la charge de la foi et hommage envers moi, la partie que j'ai retenue continuera d'être fief servant par rapport au fief dominant de qui je la tiens en fief, et sera en même temps dominant par rapport à la partie que j'en ai démembrée, et que j'ai donnée à titre de fief, et je serai en même temps et vassal par rapport au seigneur de qui je relève, et seigneur par rapport à celui à qui j'ai donné à titre de fief cette partie démembrée, lequel est mon vassal⁶²⁷ ». En matière de fief, la répartition intellectuelle des droits n'a pas pour base symbolique les utilités de la chose ; c'est au contraire la foi en son seigneur, qui est le critère de répartition des charges et des droits.

Pothier écrit avant la Révolution et son analyse du domaine de propriété se situe dans une perspective plus globale d'explication des rapports juridiques à la fin de l'ancien Régime ; la suppression des droits de supériorité foncière, et la proclamation de l'identité entre droit de propriété et domaine utile vont conduire les auteurs du début du 19^e siècle à réécrire une théorie des droits réels affranchie des charges perpétuelles⁶²⁸.

⁶²⁷ R.-J. Pothier, *Traité des fiefs*, n.3 ; voy. aussi Boucher d'Argis, *Code rural ou Maximes et réglemens concernant les biens de campagne...* Tome premier, p.32 « Démembrements & jeu de fiefs » ; Argou, *Institutions au droit françois*, tome 1^{er}, p.132 ou encore Pothier, *Traité des fiefs*, 2nde partie, chapitre 3, art. 1^{er} : « Du démembrement » n.789 et sq.

⁶²⁸ Voy. pour l'étude des différentes conceptions de la propriété, G. Pugliese, « *Dominium ex iure quiritium – proprietà – property* », in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, CEDAM, 1982, p.1224, spéc. p.1233 sq.

5. L'incidence du droit intermédiaire révolutionnaire est majeure. Les lois révolutionnaires ont supprimé les institutions et les contrats qui donnaient naissance au domaine direct, et par voie de conséquence à toutes sortes de droits réels dont Pothier nous disait qu'ils opéraient comme des démembrements : l'inféodation, l'accensement, le bail à rente seigneuriale ou à champart seigneurial, et l'emphytéose perpétuelle⁶²⁹. Tous sont des contrats prohibés pour donner à la définition de la propriété le caractère de droit le plus absolu (Art. 544). Le régime de la rente foncière est modifié ; elle est supprimée en tant que droit réel, et toujours rachetable : le bail à rente stipulé pour une durée inférieure à 99 ans laisse la propriété au bailleur, s'il était stipulé pour une durée supérieure, elle est transférée au preneur. A la veille de 1804, la diversité des coutumes locales subit les affres de l'uniformisation⁶³⁰.

6. Pour les premiers commentateurs du Code civil, le traité du domaine de propriété de Pothier est le guide de l'interprétation des textes du Livre II. Une référence systématique y est faite chaque fois qu'il est jugé nécessaire de confronter la lecture du Code aux situations foncières persistantes de l'ancien Régime, et naturellement, ces premiers commentaires empruntent à Pothier plus que ce que lui-même avait exposé. Ils voient en Pothier à la fois un guide interprétatif et le support légitimant de leur exégèse. Et ainsi passe l'idée du démembrement intellectuel du droit de propriété chez Toullier⁶³¹ : « Les droits réels n'étant pas autre chose qu'une partie concédée à un tiers des droits dont la réunion forme la propriété parfaite, il est évident que ces droits peuvent se rapporter au droit de propriété, dont ils ne sont qu'un démembrement⁶³² ». Toullier utilise le substantif *démembrement* mais aussi le verbe *démembrer* et se demande « quels sont les droits qu'on peut séparer de la propriété parfaite, de combien de manières on peut la démembrer ». Pour lui, la faculté de *démembrer* intellectuellement la propriété repose sur le principe « que chacun pouvant librement disposer de sa propriété de la manière la plus absolue (art. 544) il peut en détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il le veut ; en un mot, démembrer sa propriété de toutes les manières qu'il le juge à propos⁶³³ ».

⁶²⁹ La directe féodale, qui était la base système, fut supprimée avec tous les droits qui tenaient à la féodalité par les lois des 20 août 1792 et 17 juillet 1793.

⁶³⁰ E. Chenon, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, 2^e éd., 1923.

⁶³¹ C. Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, III, 1811, n.389 pour l'usufruit

⁶³² C. Toullier, III, n.95

⁶³³ C. Toullier, III, n.96

7. L'image passe aussi chez Duranton⁶³⁴ : « Sous plusieurs rapports, ces divers droits (ceux de l'article 543) sont en effet des atténuations de la propriété, du domaine, quoique en principe on ne considère pas les servitudes comme des démembrements, mais bien comme des qualités actives et passives des héritages, l'usufruit lui-même comme un droit distinct de celui de propriété, qui, dans certains cas, n'empêche pas ce dernier d'être réputé plein et entier⁶³⁵ ». La cause serait entendue et la métaphore ne vaudrait ni pour les servitudes, ni même pour l'usufruit⁶³⁶ : les droits réels sont sous cet angle des droits indépendants du droit de propriété sur la chose grevée et n'ont pour effet que d'en freiner l'exercice sans pour autant amputer le droit. Ce sont des *atténuations de la propriété*. Mais Duranton poursuit l'analyse de l'usufruit : « Sous d'autres rapports, ce sont de véritables *diminutions du droit* de propriété, en ce que ce sont des restrictions apportées à son exercice ; car ce droit consiste dans la faculté de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou règlements (art. 544), et l'usufruit attribue à celui qui l'a, le droit de jouir de la chose comme propriétaire lui-même, à la charge d'en conserver la substance (art. 578) ; par conséquent tant qu'il subsiste, le propriétaire ne jouit pas : l'exercice de son droit, quant à la jouissance c'est-à-dire quant aux produits de la chose, est assoupi : or, la jouissance est un des principaux attributs de la propriété. L'usufruit est donc, sous ce rapport, un démembrement du domaine ». Cette deuxième manière de voir, qui a la préférence de l'auteur perçoit l'usufruit comme une série d'obstacles à la maîtrise concrète de la chose ; or, si le droit de propriété est bien le droit de domaine utile, et que le propriétaire est privé de l'usage concret de sa chose, c'est qu'une part du domaine utile a été transférée, et que le droit de propriété lui-même a été amputé, et donc démembré⁶³⁷. Pourtant, dans cette deuxième vue, Duranton utilise une autre métaphore contradictoire : passons sur l'opposition entre atténuation et diminution qui joue sur le droit et l'exercice, et constatons simplement qu'en présence d'un démembrement, le droit de propriété s'est *assoupi*. Il dort. Cette image somnolente conviendrait plutôt à la première vue : les droits réels s'exerçant sur la chose d'autrui mettent en sommeil l'exercice plein du droit de propriété, et il y a loin entre dormir et perdre un bras. Mais pour Duranton, qui a à l'esprit les

⁶³⁴ A. Duranton, *Cours de droit civil français*, IV, 2^e éd, 1828, n.74

⁶³⁵ A. Duranton, IV, n.459

⁶³⁶ Quant au droit de superficie et à l'emphytéose, Duranton les traite à part ; il les analyse comme des droits de jouissance ayant pour objet la superficie sur le modèle de l'usufruit (arg. art. 543)

⁶³⁷ Opinion de Demante, *Cours analytique de Code Napoléon*, II, 1853, n.414 à propos de l'usufruit, « on le considère démembré temporairement de la propriété et appartenant à un autre ».

baux à longues années, ce sommeil est un comas qui peut être fort long⁶³⁸: pendant que le droit dort, le propriétaire ne jouit pas utilement de la chose et sa propriété est diminuée par le fait qu'il n'a pas droit à tout ou partie des utilités de la chose. Il demeure cependant propriétaire, puisqu'au réveil, il retrouvera l'intégralité des attributs de sa propriété.

Pour son exposé sur la nature des servitudes au Tome V, n.475, Duranton renonce à l'utilisation de l'image du démembrement qu'il semblait avoir préféré au Tome IV, n.459 ; cette fois-ci, il nous dit : « La servitude est un droit dans le fonds même qui en est affecté, et dans celui au profit duquel elle est établie, un droit réel, pour employer le langage de la doctrine et même de la loi : c'est métaphoriquement parlant, une qualité active et passive des héritages qui en sont l'objet, mais non comme on le dit quelquefois, un démembrement de la propriété elle-même, qui n'en est pas moins entière, quoique son usage soit plus ou moins restreint ; car, autre chose est le domaine, autre chose est son exercice ; je suis propriétaire absolu de tel fonds quoique vous y ayez un droit de servitude ; j'en puis valablement disposer, je puis l'hypothéquer sans votre consentement, et intégralement⁶³⁹ ». La servitude n'est pas un démembrement parce qu'elle maintient l'unité du domaine en laissant coïncider le droit du propriétaire du fonds grevé et la maîtrise du fonds ; et ce même si la charge qui pèse sur le fonds en diminue l'exercice.

Aux cotés de l'image du démembrement, les auteurs se tournent parfois vers la distinction entre propriété parfaite et propriété imparfaite : « elle est parfaite dans le cas où le droit du propriétaire n'est point sujet à s'évanouir par l'effet de quelque circonstance, telle qu'une clause résolutoire, le pacte de réméré, la charge de conserver et de rendre... Elle est imparfaite dans le cas contraire⁶⁴⁰ ».

8. D'autres auteurs retiennent l'idée que les droits réels de jouissance sont séparés de la propriété, mais sans donner au démembrement une forte valeur explicative : c'est le cas de Demante⁶⁴¹ ou de Marcadé⁶⁴². Bien plus, dans son *Traité des droits d'usufruit*, Proudhon reste attaché à la conception ancienne du droit sur

⁶³⁸ Si l'usufruit est viager, les servitudes prédiales sont perpétuelles, et le bail emphytéotique peut durer beaucoup plus longtemps qu'une vie d'homme de cette époque.

⁶³⁹ A. Duranton, V, n.475

⁶⁴⁰ A. Duranton, IV, n.266

⁶⁴¹ A. Demante, *Programme du cours de droit civil français*, tome II, 1831, n.418.

⁶⁴² V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, II, art. 543, n.401

la chose d'autrui⁶⁴³, et la situation du *Cours de droit civil français* de Zachariae est une fois de plus exemplaire ; l'auteur ne se sert pas lui-même de la métaphore du *démembrement* dans les premières traductions (2^e éd. de la trad. franç. par Aubry et Rau, 1843). En revanche, ce sont les traducteurs qui devenant les continuateurs de l'œuvre française à partir de la 4^e éd., 1869, introduiront l'image du *démembrement*⁶⁴⁴, sans toutefois que la définition de la propriété comme ensemble de pouvoirs sur la chose (corporelle) proposée par Zachariae, ne s'en trouve véritablement affectée. Ils se contenteront de dire que le droit démembré de l'usufruitier est patrimoniallement distinct du droit de propriété⁶⁴⁵.

A ce point, la métaphore du *démembrement* a un domaine restreint mais une base solide : elle repose sur l'idée que le droit de propriété se confond logiquement avec la catégorie même des droits réels⁶⁴⁶, que tout propriétaire a causalement l'ensemble des droits sur sa propre chose : pour tout dire, la thèse du *démembrement* a fait ressurgir par la porte dérobée la thèse de l'usufruit causal⁶⁴⁷. Avec Demolombe, elle va devenir omniprésente et omni-explicative.

II. Omniprésence de la théorie du *démembrement*

9. Dans son cours de Code civil (puis de Code Napoléon), Demolombe fait le détail des modifications de la propriété permise par le législateur, et s'interroge sur les *divers démembrements dont le droit de propriété est susceptible*⁶⁴⁸. Il élabore une véritable explication de la nature des droits réels à partir des caractères du *démembrement* : « Les divers *démembrements* dont le droit de propriété est susceptible, sont aussi nécessairement des droits réels : l'usufruit, l'usage et l'habitation, les servitudes (art. 543).

⁶⁴³ J.-B. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, I, 1822, n.4 ; VI, n.3063

⁶⁴⁴ C. Aubry & C. Rau, *Cours de droit civil français*, II, 4^e éd., 1869, § 227

⁶⁴⁵ C. Aubry & C. Rau, II, 4^e éd., § 234 et la note « L'usufruit formant un *démembrement* de la propriété, et constituant pour l'usufruitier un bien compris dans son patrimoine, celui-ci ne peut en être privé qu'au moyen d'une usucapion réunissant, quant à lui, toutes les conditions requises par le droit commun ». Le *démembrement* est ici conçu comme *usufructus formalis* par opposition à une division inhérente au droit de propriété *usufructus causalis*.

⁶⁴⁶ Trait de caractère de la propriété souligné pour la même période par P. Rescigno, *Introduzione al Codice civile*, 2001, p.128 sq., spéc. p.130

⁶⁴⁷ V. Marcadé, II, art. 578 ; voy. G. Rossi, *Duplex est usufructus : ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto commune*, CEDAM, 1996.

⁶⁴⁸ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX, 471 sq.

Mais est-il vrai de dire, en sens inverse, que tout droit réel soit par cela même un démembrement du droit de propriété ? En d'autres termes, y a-t-il plusieurs espèces de droits réels, ou n'en existe-t-il, au contraire qu'un seul, à savoir : le droit de propriété, qui renfermerait tous les autres, et dont tous les autres, en effet, ne seraient qu'une émanation et un démembrement ? »

Comme à son habitude, Demolombe répond à la question qu'il se pose de manière controversiste. Il admet qu'il est bon de regarder la propriété comme une source générale des droits réels, mais il conteste que tous les droits réels soient des démembrements. Son attention se porte sur les sûretés réelles, - hypothèque et nantissement -, dont il réfute qu'elles opèrent morcellement ou fractionnement du droit de propriété⁶⁴⁹. « La vérité, nous dit-il, est qu'en allant au fond des choses, on trouve qu'il existe deux sortes de droits réels :

Les uns principaux qui constituent de véritables démembrements de la propriété, et qui ont en effet les mêmes caractères, en général, de stabilité et d'immutabilité qui la caractérise ;

Les autres au contraire, simplement accessoires, hypothèque, privilèges, nantissement, antichrèse, droits de gage perfectionnés, droits réels sui generis, qui participent à la nature des créances qu'ils ont seulement pour but de garantir, et qui sont comme elles, sujets à toutes les causes d'extinction spéciales des créances ».

En proposant de distinguer les démembrements des droits réels accessoires, Demolombe a constitué la classe des droits réels principaux, et a érigé le *démembrement* en critère des éléments de la classe. Il se sert ensuite de ce critère pour savoir s'il existe des droits réels principaux que l'article 543 n'aurait pas prévu⁶⁵⁰. Pour donner une assise théorique à sa présentation, Demolombe s'appuie sur les travaux du romaniste Pellat dont un important travail sur le droit de propriété a achevé de situer le concept de démembrement du droit de propriété dans une perspective historique. Tous deux affirment aussi bien en droit civil romain et français : « d'autres fois, les divers attributs de la propriété se trouvent répartis entre plusieurs personnes, de telle sorte qu'aucune d'elles ne participe à tous ces attributs, ou qu'elles n'y participent pas de manière égale :

⁶⁴⁹ C. Demolombe, IX, 472 ; voy. aussi E. Accolas, *La propriété*, p.83 : démembrement signifie *fractionnement*.

⁶⁵⁰ C. Demolombe, IX, n.478

alors la propriété est démembrée, et chacun de ses démembrements prend un nom différent⁶⁵¹ ».

10. A partir du milieu du 19^e siècle, la métaphore du démembrement est devenu un critère de distinction des droits réels principaux (les véritables démembrements) des droits accessoires (les garanties). Elle est justifiée historiquement par la division des prérogatives et des portions intellectuelles de la propriété individuelle. Le « démembrement » sert à discuter de la nature des droits : le possesseur n'a-t-il pas reçu du propriétaire une part de la jouissance puisqu'il a des actions pour défendre sa possession ? le superficiaire n'a-t-il pas une part du droit de disposer puisque son droit fait échec à l'accession ? l'emphytéote et le locataire à longues années n'ont-ils pas un fragment de la propriété sur la chose leur permettant de transmettre et d'hypothéquer leur droit ? Et les droits de chasse et les droits de pêche⁶⁵² ... en Bresse et ailleurs.

La doctrine utilise le démembrement comme moyen de qualification de la catégorie des droits réels principaux et ce ressort méthodologique et rhétorique ne va cesser de se développer. Le critère du démembrement étant posé, la jurisprudence peut répondre : « *Attendu que le bail n'opère aucun démembrement de la propriété, qui reste entière entre les mains du bailleur, pour qui il n'est qu'un moyen de la rendre productive et d'en recueillir les fruits ; qu'à la différence de l'emphytéote et de l'usufruitier, le preneur n'a pas une possession qui lui soit propre et personnelle ; qu'il possède pour le propriétaire, dont il est, sous ce rapport, le représentant et le mandataire, et auquel, seul, sa possession profite* »⁶⁵³.

En somme, « Qu'est ce qu'un droit réel ? » se demande Laurent, « Sauf la propriété, qui est hors de cause, ce sont des démembrements de la propriété, c'est-à-dire des actes de propriété, des manières d'utiliser la propriété, d'en tirer profit⁶⁵⁴ ». Et « quand la chose qui m'appartient est grevée d'usufruit, la propriété en est démembrée, en ce sens qu'un attribut essentiel en est séparé⁶⁵⁵ ».

⁶⁵¹ C.-A. Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2^e éd., 1850, n.3 ; mais également J. Ortolan, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, II, 6^e éd., 1857, n.437 sq. ; Accarias, *Précis de droit romain*, I, 2^e éd., 1874, I, n.264 sq.

⁶⁵² M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 2^e éd., 1901, n.1560.

⁶⁵³ Synd. Vollot c. Chaussergues du Bord, Cass. civ., 6 mars 1861, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10^e éd., n.181.

⁶⁵⁴ F. Laurent, *Principes de droit civil*, VI, 2^e éd., 1876, n.84.

⁶⁵⁵ F. Laurent, VI, n.324.

11. A la fin du 19^e siècle, la catégorie des démembrements (droits réels principaux) subit la concurrence de la catégorie générale des « servitudes personnelles et réelles ». L'influence des romanistes et des pandectes est forte à ce moment⁶⁵⁶ ; Aubry et Rau, même s'ils introduisent occasionnellement l'idée du démembrement présentent l'usufruit comme une servitude personnelle, et Baudry-Lacantinerie en fait autant en notant bien à l'heure où il écrit qu'il n'y a plus de tabou à intituler le titre III du livre II « Des servitudes personnelles ». Mais cette présentation a un inconvénient majeur selon Planiol : du point de vue didactique, l'utilisation de « servitude personnelle » à propos de l'usufruit et des droits de jouissance conduit les étudiants à penser qu'il ne s'agit pas d'un droit réel ; et n'ayant pas de vertu explicative, il conseille de l'abandonner⁶⁵⁷. Il y a là un moment clé de notre histoire doctrinale où Planiol va à contre-sens de l'emprunt qu'il fera à la pandectistique allemande ; il ne conçoit pas l'usufruit, archétype des droits réels, comme une servitude personnelle, et n'en déduit pas qu'il s'agisse d'une charge sur la chose d'autrui⁶⁵⁸.

Dans la doctrine italienne, à la même époque, les termes « smembramento » ou « frazione » sont utilisés pour indiquer la décomposition de la propriété parfaite et pleine en d'autres droits réels (dénommés propriété imparfaite ou mi-pleine)⁶⁵⁹ ; dans cette figure, les droits réels apparaissent distincts de la propriété non qualitativement, mais quantitativement. Il semble qu'une telle théorie des droits réels exprime la préoccupation des juristes de prêter au droit réel le même caractère absolu, qu'ils accordent à la propriété. Manière aussi de maintenir à la propriété ce caractère absolu face à la question de la relativité des droits.

La pandectistique va modifier cette présentation ; Windscheid avance l'idée que la propriété est une totalité qui ne peut être fragmentée, qu'elle ne peut être analysée comme la réunion d'une série de facultés ou de prérogatives. La propriété est un pouvoir illimité sur une chose, qui bien sûr peut être restreint par des droits extérieurs et extrinsèques ; des droits différents dont d'autres seraient titulaires.

⁶⁵⁶ Ortolan, Pellat, Accarias, Girard font coïncider servitudes et démembrement

⁶⁵⁷ M. Planiol, I, n.1563

⁶⁵⁸ Présentation analogue chez Capitant ; comp. B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, 1904, § 145 et sq.

⁶⁵⁹ par ex : F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, II, [1877, 2e éd. 1886], § 121 ; § 272. L'auteur voit encore l'usufruit et les servitudes comme des *smembramenti* : « La servitù è una limitazione imposta all'altrui proprietà in vantaggio di un'altra. (...) Parlando dell'usufrutto, vedemmo che esso è uno smembramento della proprietà, in quanto alcuni attributi della medesima passano dal proprietario nell'usufruttario. Al contrario la servitù se limita la proprietà, non importa lo smembramento della medesima a beneficio di un altro, nè l'avente diritto alla servitù puo ritenersi che possega una porzione dell'altrui proprietà »

Les thèses de Windscheid vont être suivies en Allemagne et vont permettre à la doctrine italienne de se libérer de l'influence française⁶⁶⁰.

12. En France, l'abandon du commentaire article par article, et l'adoption d'un mode synthétique d'exposition du droit civil sera un facteur d'affermissement des catégories juridiques. Dans le *Traité pratique* de Planiol et Ripert, la quatrième partie du volume consacrée aux biens est intitulée « Démembrements de la propriété ». A partir de cet instant, les traités, cours, manuels jusqu'aux plus petits ouvrages de droit civil français du 20^e siècle vont presque tous (*l'exception est rarissime*) aborder la typologie des droits réels à travers la métaphore du démembrement⁶⁶¹. Bien peu d'auteurs vont s'élever contre cette rhétorique. De Vareilles – Sommières adopte la position allemande au début du 20^e siècle : « la propriété, nous dit-il, est la virtualité de l'omnipotence sur une chose, et peut n'avoir qu'un caractère résiduel quand des droits sont constitués sur la chose »⁶⁶². Une telle conception exclut l'idée d'un démembrement. Plus tard, Zenati, sur les traces de Ginossar, va élaborer une approche excluant le droit de propriété de la catégorie des droits réels, portant nécessairement sur la chose d'autrui⁶⁶³.

Mais ces exceptions mises à part, la métaphore du démembrement est bien présente dans la doctrine française du 20^e siècle ; reste à en connaître la valeur et l'intensité. Formellement, et didactiquement, les « démembrements » apparaissent dans les plans des traités et manuels pour signifier la distinction des droits réels principaux et droits réels accessoires, des droits réels du premier degré et ceux du second degré, des droits réels démembrés et des droits réels de garantie ; mais le concept de « démembrement » n'a pas la grande portée

⁶⁶⁰ G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2^e éd., UTET, 1972, p.46 ; Comporti, *v° servitu*, Enc. dir., Giuffrè, p.281 ; P. Grossi, « Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà », *Quaderni fiorentini*, 5/6, 1976/77, tome I, p.201 sq. ; voy. aussi Noccelli, 2000, p.64 et sq.

⁶⁶¹ La liste des grands auteurs du 20^e siècle qui ont « démembré » la propriété est longue : G. Baudry – Lacantinerie & Chauveau (3^e éd., 1905) et plus tard J. Bonnecase ; M. Planiol, (2^e éd., 1901) ; M. Planiol & G. Ripert, III, 1926, par Picard, n.756 sq. ; A. Colin & H. Capitant (1914) et plus tard L. Julliot de la Morandière, et jusqu'à aujourd'hui A. Weill, F. Terré, Ph. Simler, *Les biens*, 2002 ; J. Carbonnier (1955, dern. 2004) ; G. Marty et P. Raynaud, 1965, et plus tard P. Jourdain ; H. L. et J. Mazeaud & Chabas, *Leçons de droit civil, Biens*, 1994 ; C. Atias, *Les biens*, 2002 ; J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Traité de droit civil, Les biens*, 2010.

⁶⁶² M. De Vareilles – Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p.447 sq.

⁶⁶³ F. Zenati, *Les biens*, (1988, 3^e éd., 2008, avec Revet) ; adde. Voy. Ph. Chauviré, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, LGDJ 2013 ; « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305 ; W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.*, 2012, p. 419.

explicative que lui prêtait Demolombe. Il peut même paraître curieux que l'usage de la « propriété démembrée » fasse l'objet de précautions de la part des auteurs qui en use. Josserand prend soin de dire qu'il ne range pas les charges foncières et les servitudes dans la catégorie du démembrement qui ne comporte au fond que l'usufruit ; Carbonnier qualifie l'usufruit et les différents baux conférant des droits réels de jouissance comme des modifications de la propriété emportant démembrement *au sens technique*⁶⁶⁴ ; Marty et Raynaud font état des éléments qui ont sensiblement modifié la compréhension des rapports aux choses laissant entendre que la *théorie traditionnelle* du démembrement se trouve inadaptée pour expliquer ces réalités de plus en plus complexes : volume, espace, meubles incorporels etc...⁶⁶⁵ ; Malaurie et Aynès exposent encore l'analyse classique mais souligne ses faiblesses jusque et y compris pour expliquer l'usufruit⁶⁶⁶ ou encore, Terré et Simler semblent renoncer à reconnaître au démembrement plus que ce qu'il est, à savoir une simple métaphore : « Le concept usuel de démembrement est une approximation commode, vivement critiquée par une fraction de la doctrine. (...) La qualification de droit sur la chose d'autrui plutôt que de démembrement de la propriété ne se heurte à aucune objection, du moins pour les droits réels autres que le droit de superficie. Il est certain que les droits ainsi présentés ne se caractérisent pas par une redistribution rigoureuse des prérogatives attachées à la pleine propriété et ne constituent pas des fractions de celle-ci dont l'addition serait égale au tout que serait la pleine propriété. Ainsi n'a-t-on pas manqué de faire remarquer, s'agissant de la distinction entre usufruit et nue-propriété, que quantitativement, l'usufruitier a moins de pouvoir que le propriétaire n'en perd... ; quant au nu-propriétaire, il a moins de pouvoir que ce qu'il aurait si son droit était ce qu'il reste de la propriété après ablation de l'usus et du fructus. Il reste que, outre ses vertus didactiques, l'idée de démembrement, que ne récuse pas la doctrine majoritaire, n'est pas contraire à la réalité, si l'on admet qu'elle est plus une image que l'expression d'une vérité physique⁶⁶⁷ ».

En résumé, nous en sommes revenus au point de départ et nous n'avons pas de théorie très claire de la propriété. Les critiques aujourd'hui sont sévères contre la manière dont la doctrine française n'est pas parvenue à régénérer les principes du droit des biens, figés, englués dans des catégories fondées une esthétique métaphorique. Concepts rudimentaires, théories vieillies, idiosyncrasies

⁶⁶⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 2 [2004], n.846

⁶⁶⁵ G. Marty & P. Raynaud, *Les biens*, 1965, n.2 sq.

⁶⁶⁶ Ph. Malaurie & L. Aynès, *Les biens*, 2003, n.810

⁶⁶⁷ F. Terré & Ph. Simler, *Les biens*, 6^e éd., 2002, n.773 (précision ne figurant pas dans l'édition précédente)

nationalistes, dictature de l'immeuble, les critiques ne manquent pas. Et pourtant, ... elle tourne.

III. Résistance de la théorie du démembrement

13. Vieille et paralytique, la *théorie du démembrement* n'a pas dit encore son dernier mot. C'est ainsi que, du point de vue de la dogmatique, l'exposition des concepts qui gouvernent l'explication du livre II du Code civil sont bien peu différents de ceux qu'avait proposé Demolombe, et le temps passant ils résistent toujours malgré la critique⁶⁶⁸. La vieille théorie du démembrement est aussi absurde que celle de l'usufruit causal, nous disent des auteurs italiens ; les comparatistes la trouvent si rudimentaire qu'il nous demande de l'oublier pour comprendre le trust-fiducie.

Pourquoi la théorie du démembrement a-t-elle une si grande capacité de résistance ? La première explication tiendrait à la paresse intellectuelle des juristes, à leur conservatisme naturel, mais ce serait trop simpliste. Je vois une deuxième explication dans la coïncidence de plusieurs éléments fixateurs : d'un premier côté, la propriété individuelle conçue comme droit naturel, repousse les tentations « collectivistes », or ce premier point est loin de se mettre en retrait. Il faut noter qu'au début des années 1980, il existe un fort mouvement de défense de la propriété individuelle dans la doctrine française qui a coïncidé avec les résistances politiques aux lois de nationalisation ; ce mouvement montre clairement ses préférences en faveur d'une conception individualiste et volontariste de la propriété et des contrats. Coïncidence encore, l'arrêt Caquelard de 1834 qui avait opté pour le principe de la libre création des droits réels réapparaît dans ce débat. Curieusement, lorsque Henri Capitant en 1933 publie *les grands arrêts de la jurisprudence civile*, il ne fait pas figurer l'arrêt Caquelard pour illustrer le principe de liberté de création des types de droits réels mais un arrêt de 1899 relatif à des clauses de non responsabilité pour des dommages causés aux propriétaires par les exploitants des mines en sous-sol⁶⁷⁰. Cet arrêt n'apparaîtra plus dans les éditions suivantes ; et la question du *numerus clausus* ne sera plus traitée jusqu'à la huitième édition de 1984, moment où les auteurs vont introduire pour la première

⁶⁶⁸ R. Libchaber, au *Livre du Bicentenaire du Code civil*, et in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007 ; S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, 1961 ; F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981 ; « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993.305 sq.

⁶⁷⁰ Cass. civ., 12 décembre 1899, *Grands arrêts*, 1^{re} éd., n.76 ; voy. F. Génay, « De l'effet des clauses d'irresponsabilité de la mine à l'égard des ayants cause à titre particulier du superficiaire qui les a consenties », *Rev. bourguignonne*. 1897, p.151 sq.

fois l'arrêt Caquelard, et vont plaider pour la libre création des droits réels innomés.

D'un deuxième côté, la théorie du patrimoine héritée d'Aubry et Rau, et de laquelle dérive notre conception des personnes morales, a été à la fois un facteur limitant de la libre création des droits réels⁶⁷¹, (puisqu'il était plus simple de constituer des obligations personnelles entre personnes juridiques qui peuvent être éternelles), et un élément fixateur de l'image du démembrement. Du point de vue économique, en terme de stricte valeur, il est parfaitement exact de dire que l'usufruit transfère une partie de la valeur du bien à l'usufruitier ; de même le fonds servant vaut moins que s'il n'était pas grevé d'une charge⁶⁷²... mais ce partage des valeurs devrait conduire à dire que le preneur d'un bail de longue durée, et pas seulement l'emphytéote, a un démembrement de la valeur.

D'un troisième côté, proche du précédent, les mutations économiques ont accompagné le changement de statut de l'économie dans le monde des idées, et la pensée économique envahit le discours des légistes en induisant d'autres modes de compréhension du droit de propriété. L'associé est-il propriétaire des actions ? L'associé est-il propriétaire d'une fraction de la personne morale ? Des économistes répondraient par l'affirmative et sans difficulté à ces deux questions, alors que les juristes auront du mal à ne pas être nuancés sur la première question et dénonceront la confusion conceptuelle de la seconde. La différence tient à la conception des biens comme valeur.

14. Cette conception n'est pas neuve ; elle est entrée depuis longtemps dans le droit français par le fonds de commerce dont la valorisation en fait une universalité, plus récemment le fonds libéral, les monopoles d'exploitations (brevet, marque, droit d'exploitation des œuvres...). Si le bien est sa valeur, la répartition des pouvoirs sur la chose n'est plus limitée par le cadre unitaire de la propriété parfaite ; on peut concevoir toutes sortes de rapports juridiques, qui en droit français seront vus comme autant des rapports sur des choses immatérielles et intellectuelles. L'usufruitier d'un brevet ou d'une œuvre de l'esprit peut-il accomplir des actes de disposition (conclure un contrat d'édition) ? S'il ne le peut, quelles sont ses prérogatives ? S'il le peut, que reste-t-il au nu-propriétaire ? Bien des apories dans lesquelles se trouvent les « démembrements » du droit d'auteur.

Et s'il y a identité entre le bien et sa valeur, toutes les modalités de la propriété sont comme des démembrements de valeur. Nous sommes arrivés à un état de

⁶⁷¹ C. Atias, *Les biens*, 2007, n°71, p.51-52

⁶⁷² C'est l'opinion de G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2^e éd., UTET, 1972, p.46

confusion conceptuelle qui devrait nous amener à renoncer à la métaphore du démembrement.

15. C'est pourtant l'inverse que la doctrine proto-législative promeut. Le « démembrement » a fait son entrée dans le Code civil français, pour l'heure par la petite porte, à l'occasion d'une modification de l'article 815-1 al. 1^{er} par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009⁶⁷³ de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures⁶⁷⁴. Le législateur français aura vu en lui une source de clarté et de simplicité. Mais ce ne serait qu'une étape, les promoteurs de la réforme du Livre II du Code civil en font un véritable pilier du droit des biens nouveau⁶⁷⁵. D'un point de vue politique, le « démembrement » permet d'articuler une conception du droit de propriété qui conserve son primat absolutiste et son caractère non destiné quand les droits sectoriels de l'environnement, des propriétés immatérielles ou du logement, poussent en faveur d'une redéfinition de la propriété autour d'un axe qui ne ferait plus de la propriété immobilière l'archétype éternel du droit sur les biens. La proposition du groupe Périnet-Marquet campe le principe que « La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits (al. 1er). Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent (al. 2) ». « Nul ne peut exercer son droit de propriété dans l'intention de nuire à autrui »⁶⁷⁶, sans un mot sur la destination du droit de propriété. Seuls les démembrements limités de la propriété permettraient ces aménagements de la jouissance, et les opinions faussement dissidentes de certains membres du groupe de travail, témoignent de l'étau dans lequel l'image du démembrement maintient les droits réels sur la chose d'autrui : l'invention d'un droit de jouissance spéciale taillé sur le modèle de l'usufruit autoriserait même l'avènement d'un *numerus clausus* des démembrements⁶⁷⁸.

⁶⁷³ « Sauf en cas de démembrement de la propriété du bien (...), l'aliénation d'un bien indivis peut être autorisée par le tribunal de grande instance, à la demande de l'un ou des indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis, (...) ».

⁶⁷⁴ F. Rome, « *Oh, la belle loi* », *D.* 2009, p. 1329.

⁶⁷⁵ H. Périnet-Marquet et alii, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, 2008.

⁶⁷⁶ Art. 534 et 535 Prop. Liv. II.

⁶⁷⁸ J.-L. Bergel, à la *RDImm* 2009, p. 137 « On peut déplorer... que la thèse du *numerus clausus* des droits réels l'ait ainsi emporté. Mais tant d'articles laissent place à la liberté contractuelle ou à des droits réels largement ouverts, comme le droit réel de jouissance spéciale ou les servitudes, que les réticences que suscitent ces choix s'estompent fortement et que la volonté d'éviter trop de dérives incontrôlées paraît se justifier. Il en est d'autant plus ainsi que les textes proposés renvoient à des législations spéciales existantes ou susceptibles d'intervenir dont ils réservent l'application de régimes spécifiques ». Pour poursuivre l'analyse, lire absolument : F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du Livre II du Code civil », *RTD civ.* 2009, p. 211.

Chapitre 9

La copropriété par appartements

Ce texte est la version écrite étendue de la conférence Tours, 20 juin 2014 dont une version courte est publiée sous le titre « Les rapports de l'individuel et du collectif dans la copropriété du Code civil. Brève histoire de l'interprétation de l'article 664 », *AJDI* 2015, p.247

Depuis deux siècles, exclusivisme, absolutisme et perpétuité servent à décrire la propriété parfaite, pleine et entière, symbole d'une institution monolithique et permanente héritée du droit romain ; trois caractères témoins d'une évidence éternelle excluant les propriétés multiples sur une même chose, et faisant regarder les hypothèses de communauté et d'indivision comme des situations transitoires et/ou imparfaites⁶⁷⁹. Mais depuis deux siècles, l'interprétation individualiste des articles 537, 544 et 545 a radicalisé l'absolutisme pour faire face à la montée des conceptions finalistes et socialistes de la propriété individuelle passant d'un droit absolu d'abuser au sens de disposer, à un pouvoir absolu d'user et de mésuser⁶⁸⁰ ; l'exclusivisme a été érigé en principe primordial pour que soient regardés comme des *propriétés* tous les monopoles d'exploitation ; et la perpétuité est devenue le refuge de toutes les copropriétés qui ne sont ni absolues, ni exclusives. Car initialement d'un côté, nous trouvons l'article 815 qui a donné à la copropriété indivise le régime le plus instable qui soit, et de l'autre, les servitudes qui ont donné aux copropriétés dérivant de la situation des lieux la plus grande stabilité. Au début du 19^e siècle, les cours et chemins communs, les murs mitoyens et les clôtures sont encore et par définition des situations héritées de l'ancienne France, de même que la division par étages des bâtiments insérée dans la mitoyenneté ; la propriété par étages est ainsi traduite et regardée par les premiers commentateurs pour les besoins de la nouvelle propriété absolue (*les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent*) comme une combinaison de

⁶⁷⁹ A.-M. Patault, « La propriété non exclusive au XIX^e siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », RHDF 1983, pp.217-237. Pour lutter contre les évidences trompeuses et les idées fausses sur la permanence des institutions romaines d'un siècle à l'autre, voir L. Vacca, *Les propriétés, Le propriété*, actes des 12^{èmes} Journées Poitiers – Roma TRE, Jean Beauchard, Jovene Editore Napoli, 2015.

⁶⁸⁰ C. Toullier, *Droit civil français*, tome III, 1811, n.82 et sq. ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique de Code Napoléon*, tome II, 5^e éd, 1852, n.405 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome IX, 3^e éd., 1866 n.475 sq., n.542 sq. ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome VI, 1876, n°100 et sq. ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des biens, 1905, n.200 sq.

servitudes d'indivision charges réelles réciproques grevant la propriété parfaite⁶⁸¹ ou comme de la mitoyenneté horizontale⁶⁸². Voilà ce que disait l'article 664 jusqu'à son abrogation par la loi de 28 juin 1938 : « *Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode des réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient (al. 1^{er})* ». « *Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite (al. 2)* ». Ce texte mérite quelques explications (I) et quelques questions (II)

Des explications (I)

On présente le plus souvent ces deux alinéas comme les seules règles régissant l'organisation collective des immeubles bâtis sous la législation ancienne ; mais ce n'est pas tout à fait exact, l'article 664 se situe d'un point de vue topographique dans le giron de la mitoyenneté dont il constitue un appendice, il fait aussi écho à l'article 553 *in fine* que l'on peut paraphraser ainsi : tout bien cesse de m'appartenir quand il est acquis par un tiers, soit par prescription, soit par aliénation formelle de ma part, qu'il s'agisse d'un bâtiment entier, d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui ou de toute autre partie du bâtiment⁶⁸³. Ces textes esquissent les contours d'un système de division de l'immeuble bâti taillé sur le modèle d'une propriété volumétrique des bâtiments construits sans qu'il ne soit affirmé, en l'absence de titre, que les différents propriétaires dans l'immeuble ne soient des copropriétaires de l'immeuble⁶⁸⁴.

Ce système nous apparaît aujourd'hui chargé de nombreuses ambiguïtés pour plusieurs raisons : 1°) il était supplétif. Dit autrement, l'article 664 constituait un pis-aller lorsque la division par étages résultait de l'imprévoyance ou de la passivité des propriétaires. 2°). Il ne créait pas formellement de copropriété au sens moderne⁶⁸⁵ ; chaque propriétaire était entièrement propriétaire de son niveau

⁶⁸¹ J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes*, 1811, p.325 ; C. Delvincourt, *Cours de Code napoléon*, I, 1813, p.163 parle aussi de droit d'indivision pour signifier l'existence de charges communes ; C. Demolombe, XI, n.425 sq. et 444.

⁶⁸² C. Toullier, III, n.184

⁶⁸³ V. Marcadé, II, sous l'article 553

⁶⁸⁴ C'est encore l'opinion de T. Huc, *Commentaire théorique et pratique de Code civil français* IV, p.439 vs C. Demolombe, XI, n.437

⁶⁸⁵ C'est encore ce que dira au début du siècle le marquis de Vareilles Sommières, « De la copropriété », *Rev. crit. lég. et jur.* 1907, p.530 : « Il n'y a point copropriété dans le sens technique du

superposé, et avait des charges réelles dérivant de la situation physique du bâtiment : des charges communes de réparation et de reconstructions sur des portions divisées. 3°). Il était rare. La copropriété des immeubles bâtis telle que nous la connaissons aujourd'hui n'existait pas au 19^e siècle pour des raisons évidentes tenant avant tout aux modes de construction et d'aménagement de l'habitat urbain, mais en outre, la division des bâtiments d'habitation par étages ou appartements était peu pratiquée à cette époque, sauf dans quelques villes de province dont les caractéristiques topographiques et historiques imposaient qu'il soit pensé un habitat en hauteur. Ces villes reconnues pour avoir eu une tradition de formulaires notariaux guidant la rédaction des actes de division de l'immeuble déjà construit, comme de celui à construire, étaient principalement Grenoble et Rennes⁶⁸⁶, toutefois l'examen du contentieux sur la rétroactivité de l'art. 664 du Code montre tout de même la présence de divisions par étages dans d'autres lieux en France⁶⁸⁷.

Pour éviter les anachronismes conceptuels, il est nécessaire de souligner encore que nous ne sommes pas, en 1804 et pendant une bonne moitié du 19^e siècle, face à une copropriété indivise globale, les *parties communes* sont une invention plus tardive. À l'origine, la propriété est géolocalisée, chacun est propriétaire de son niveau ou d'une partie, et le toit est à celui qui a le dernier étage : les séparations, murs et plafonds/planchers, voutes des caves sont conçus comme objet de copropriété, mais la mitoyenneté n'est pas elle-même conçue à cette époque de manière irréfutable comme une indivision forcée, plutôt comme une copropriété sans indivision, et, pour les équipements communs à tous, leur usage est déterminé par des servitudes réciproques. Le droit de conférer un privilège ou une hypothèque sur un étage ne fait aucun doute pour personne.

Cent ans plus tard, au tournant du 20^e siècle, la division par étages n'a toujours pas les faveurs de la promotion immobilière ; elle reste rare⁶⁸⁸ ; il faut dire que les grands programmes de constructions des centres villes sous le Second Empire ont été réalisés par des modèles économiques fondés sur la location des étages et non

mot quand les étages d'une maison appartiennent chacun à un propriétaire particulier. Chaque étage est alors une chose à part dont une seule personne a la propriété, modifiée du reste par de nombreuses servitudes actives ou passives ».

⁶⁸⁶ C. Michalopoulos, « Origines de la copropriété et évolution de la notion de destination de l'immeuble », *RDI* 1995, p. 409 ; J. Foyer, « De l'article 664 du code civil à la loi de 1965 », *AJDI* 2006, p. 526

⁶⁸⁷ Lyon, Chambéry, mais aussi la Rochelle, [Poitiers, 26 juillet 1886, S. 87.2.187], Paris, Caen

⁶⁸⁸ H. Watrin, *Code rural*, 1900, p.486

sur l'accession à la propriété⁶⁸⁹, mais d'un point de vue conceptuel des choses ont changé. La jurisprudence, la doctrine et la pratique ont élaboré des solutions qui vont dessiner le profil de la copropriété des immeubles bâtis telle qu'elle va se développer après la première guerre mondiale. C'est à partir des questions pratiques que s'ébauche le portrait de la copropriété du 20^e siècle, mais pour tous, comme un leitmotiv répété par les commentateurs et praticiens *la première règle à suivre est dans les titres de propriété, ils font la loi commune des parties*⁶⁹⁰.

Des questions (II)

Des questions en l'absence de titre

1°) : A qui appartient le sol ? Le problème se pose de plusieurs manières. Suivant l'article 553, la réponse serait à celui à qui appartient le niveau le plus bas, mais même s'il appartient à un seul, le sol fait l'objet de ce que Pardessus nomme une servitude d'indivision⁶⁹¹. La doctrine et la jurisprudence ont rapidement fait du sous-sol un enjeu collectif qui a transformé le droit du copropriétaire d'en bas en superficie perpétuelle (même si le terme est *tabou* jusqu'au milieu du 19^e). Le propriétaire du rez-de-chaussée (ou des caves) pourrait-il y creuser un puits ou une fosse d'aisance sans l'accord des autres ? Aubry et Rau répondent par la négative « Chacun des ayants droits étant, dans cette hypothèse, propriétaire exclusif de l'étage qui lui appartient, la copropriété ne porte pas sur la maison elle-même. Elle s'applique en revanche et *dans tous les cas*, au sol sur lequel la maison est construite⁶⁹² ». De son côté, la Cour de cassation raisonne de manière plus pragmatique : le propriétaire peut prendre toutes initiatives qui ne nuisent pas à la collectivité, mais les autres propriétaires peuvent s'opposer au projet qui porterait atteinte à la solidité de l'immeuble⁶⁹³.

2°) : Si le sol est indivis, en cas de destruction de l'immeuble et par application de l'article 815, chaque ayant droit a-t-il le droit de demander la licitation du sol et de réclamer sa part dans la vente des matériaux ? Ou autrement posée, les

⁶⁸⁹ Pour devenir propriétaire, il fallait accepter d'avoir des locataires, L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, I, 1937, n. 1829 et sq.

⁶⁹⁰ A. Duranton, *Cours de droit français*, V, n.341 ; Demolombe XI, n.426 ; Cass. req., 9 mars 1819, D. 1819.1.288

⁶⁹¹ J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes*, 1811, p.325

⁶⁹² C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, IV, 4^e éd., 1869, § 221 ter

⁶⁹³ C. Demolombe XI, n.436, dont les arguments sont repris par Cass. civ., 31 juillet. 1872, *Rev. crit. légis. et jur.* 1872, I, p.405

propriétaires des étages élevés qui souhaitent la reconstruction pourrait-il exiger cette reconstruction des propriétaires inférieurs, ou à défaut obtenir d'eux qu'ils délaissent leur droit sur le sol ? La jurisprudence s'est toujours montrée réticente à poser de manière péremptoire un principe de reconstruction obligatoire de la chose entièrement détruite, mais la doctrine était partagée en trois : - 1/. Le sol nu est par nature indivis, il retourne au droit commun et l'on ne peut forcer personne à disposer de sa chose, donc tout indivisaire peut demander à sortir de l'indivision⁶⁹⁴. - 2/. Les propriétaires d'en haut ont droit au rétablissement, et en aucune manière le sol n'est devenu commun⁶⁹⁵. -3/. Le sol fait l'objet d'une communauté *sui generis* et forcée indépendamment des propriétés individuelles, il est en somme devenu « partie commune »⁶⁹⁶ attaché au droit du propriétaire à proportion de la valeur de son étage, mais il appartient au titre de prévoir les modalités de la construction ou de la reconstruction à partir de rien. C'est cette conception qui va s'imposer. En tout état de cause, la présomption de propriété indivise du sol est définitivement acquise après la première guerre mondiale⁶⁹⁷.

3°) : A qui appartiennent les murs, les escaliers et la toiture ? L'article 664 oblige à entretenir ou reconstruire mais il ne pose pas que le gros œuvre constitue des « parties communes » objet d'une propriété indivise, la dogmatique des premiers commentateurs n'imagine au mieux que des communautés d'étage à étage - les planchers et plafonds sont un enjeu récurrent⁶⁹⁸ - ou d'appartement à appartement sur le modèle de la mitoyenneté. Mais comme la servitude de mitoyenneté se transforme en copropriété forcée⁶⁹⁹, l'idée se développe rapidement que les gros corps du bâtiment sont des parties communes, objet d'une propriété d'abord chronologiquement privative mais finalisée à l'usage collectif, ensuite indivise par présomption. Dans son précis, Gabriel Baudry-Lacantinerie explique en 1891 : « Ce mode de division offre ceci de particulier qu'il produit un mélange de propriété exclusive et de copropriété. Il y a en effet des

⁶⁹⁴ T. Huc, IV, n.352 ; C. Aubry et C. Rau, II, §221 ter ; F. Laurent, VII, n.493

⁶⁹⁵ A. Duranton, V, n.347 ; C. Demolombe reste mesuré XI, n.440

⁶⁹⁶ Le terme est définitivement consacré dans les usages à la fin du 19^e. C. Demolombe, XI, 1866, n.439 ; G. Baudry-Lacantinerie, par M. Chauveau, *Les biens*, 1905, n.988

⁶⁹⁷ H. Capitant et A. Colin, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome I, 1914, n.766-767 ; L. Josserand, I, 1937, n.1828

⁶⁹⁸ Riom, 21 mars 1877 *Talandier c. Filias*

⁶⁹⁹ *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Mitoyenneté, par M. Boudot

parties du bâtiment qui restent nécessaires indivises entre les divers ayants droit notamment les gros murs, le toit, les escaliers⁷⁰⁰ ».

4°). Le propriétaire du dernier étage peut-il exhausser le bâtiment ? A qui appartient la toiture ? La propriété indivise de la toiture est curieusement moins évidente que celle du sol, il est bien certain qu'elle sert à tous mais le propriétaire du dernier étage est en situation dominante : il peut exiger que les autres contribuent à la réparation, mais il en a la jouissance si les combles et greniers n'ont pas été partagés. Aussi la jurisprudence a-t-elle admis avec les premiers commentateurs, sur le fondement de l'article 658 qui prévoit les conditions de l'exhaussement du mur mitoyen, qu'il pourrait élever un étage puisqu'il est propriétaire du dessus⁷⁰¹. Cette solution a toujours été tempérée en jurisprudence à raison d'une part des arguments tirés de l'aggravation des servitudes que produit l'élévation (si l'on raisonne en termes de servitudes d'appui ou d'indivision), ou de la nécessité de maintenir la destination de l'immeuble (si l'on raisonne en termes de propriété finalisée). Mais elle a été aussi combattue en doctrine. Les textes qui permettent l'exhaussement du mur mitoyen sont relatifs à une situation exceptionnelle et sont d'interprétation stricte, ils sont jugés inapplicables à la division par étages. « Le consentement des copropriétaires est requis pour toute innovation, en particulier pour l'exhaussement que voudrait effectuer le propriétaire de la partie supérieure, afin d'ajouter de nouveaux étages à la maison, ou pour la transformation du toit en terrasse⁷⁰² ». Cette vision des choses entérine l'idée que le bâtiment est un tout dont les éléments structurants et les éléments d'équipements sont présumés en copropriété indivise (toujours en l'absence de titre).

5°) : quelle est l'étendue du droit du propriétaire ? Le principe vaut à chaque étage : le caractère absolu de la propriété ne permet pas de *mésuser* de la chose, il faut en user conformément à sa destination et ne pas nuire aux autres propriétaires. Des auteurs soulignent que ce système n'est pas utilisé dans les villes commerçantes, sans doute en raison de l'impossibilité qu'il y aurait à installer un commerce au rez-de-chaussée pour respecter la destination bourgeoise d'un immeuble d'habitation⁷⁰³. Si ce ne sont ces limitations, les juges admettent que le propriétaire puisse diviser son étage en appartements et les céder par fractions, y faire les aménagements qu'il souhaite pourvu qu'il ne dégrade la jouissance de

⁷⁰⁰ G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome I, 4^e éd., 1891, n.1502

⁷⁰¹ Paris, 17 mars 1838, S. 1838, 2, 479

⁷⁰² G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, *Les biens*, 1905, n.986 et sq.

⁷⁰³ P. Lepage, *Lois des bâtiments*, 1859, p.109

l'immeuble⁷⁰⁴. Il y a ici de nombreuses illustrations qui annoncent l'arrêt Clément-Bayard de 1915 relatif à l'abus de droit.

Au tournant du siècle, l'idée est bien désormais que les « parties communes » des bâtiments sont indivises, mais il faut accorder cette qualification avec la jurisprudence qui permet au propriétaire de les modifier s'il ne cause de dommage à autrui. Le droit de faire des scellements dans des gros murs, de faire passer des fils électriques, n'est plus interprété comme une prérogative du propriétaire privé disposant de ses propres murs, mais une prérogative extraordinaire du copropriétaire jouissant privativement des parties communes. D'un siècle à l'autre la perspective a été renversée⁷⁰⁵.

6°) : Comment se répartissent les charges communes et impôts fonciers afférents à l'immeuble? Qui en décide? L'article 664 a rapidement été compris par les premiers commentateurs comme organisant la ventilation des charges communes en fonction de la valeur estimée respective des étages ou des parties d'étages⁷⁰⁶. Mais toutes les charges ne sont pas communes (sauf à ce que le titre les répute telles). Les escaliers doivent être entretenus par les propriétaires des étages qui y conduisent : difficile d'y voir une véritable servitude de passage sur un fonds servant puisque l'entretien est assuré par celui qui passe. Chacun entretient son plancher et les poutres qui le supportent sans en modifier la structure ni la destination, pour autant, l'espace entre plancher et plafond n'est pas laissé à la guise du propriétaire d'en haut, il n'est qu'imparfaitement propriétaire.

Les impôts sur les portes et fenêtres sont assumés par les propriétaires des étages au *pro rata* des portes et fenêtres privées. Mais au fur et à mesure du développement de la qualité de vie et des services collectifs, il faut organiser ces services destinés à la « copropriété », chaufferies, réseaux d'eau, de gaz et d'électricité dont le coût n'est pas fonction de la valeur de l'étage. Au début du vingtième siècle, puis après la première guerre mondiale pour les besoins de la reconstruction, tout concourt à l'avènement et à la généralisation du « règlement de copropriété ».

⁷⁰⁴ Nîmes, 3 déc. 1839, S. 1840.2.535 ; Grenoble, 15 juin 1832, D. 1833.II, 38 ; Caen, 2 mars 1857, cité par Demolombe, XI, n°436

⁷⁰⁵ H. Capitant et A. Colin, I, 1914, n.766-767

⁷⁰⁶ A. Duranton, V, n.343

Questions sur le titre lui-même

7°) Quel est le contenu du règlement de copropriété ? Quelle en est sa nature ? Quand il existe, le titre, - testament, acte de vente ou partage, jugement -, organise la division du bâtiment, mais pour régir les rapports collectifs, la pratique notariale y associe des conventions transcrites, qui peu à peu prennent le nom de convention de copropriété ou de règlement de propriété. Il faut aussi noter que les propriétaires restent libres d'organiser leurs relations de manière inter-individuelle au moyen de telles servitudes que bon leur semble. Les principes qui dominent, sont donc : 1. La force obligatoire de l'acte faisant naître des droits et charges réels s'impose aux propriétaires successifs des étages, 2. L'organisation unanimiste qui découle du statut propriétaire.

Pendant tout le 19^e siècle, dans l'immense majorité des cas, le titre est un acte de division de l'immeuble déjà construit ; mais au début du 20^e siècle, puis surtout après la première guerre mondiale, les besoins de la reconstruction et l'abandon du modèle économique basé sur la location imposent la promotion d'immeubles d'habitation par étages sur le modèle de la copropriété. La pratique notariale qui assure depuis un siècle la rédaction des conventions ou règlements de copropriété pour les immeubles à diviser a eu le temps de se préparer d'autant que la pratique s'est généralisée dans certaines villes⁷⁰⁷. Les formules notariales se diffusent⁷⁰⁸. Comparativement, au début du 19^e siècle, peu d'éléments font l'objet de charges communes, les règlements en augmentent progressivement le nombre : ils incorporent aux traditionnels sols, murs et escaliers ; les façades, les dalles et planchers, les toits et terrasses, les réseaux d'eau et de gaz et d'électricité, le trottoir, l'allée, les locaux techniques, les garages à vélo, la conciergerie, puis encore les ascenseurs, les chaufferies, les water closets des greniers⁷⁰⁹.... Face à une liberté quasi-totale offerte par l'article 664, les formules de règlement peuvent être très contraignantes pour les propriétaires qui y consentent.

1). Le règlement prévoit la destination des choses communes « *Les parties communes et notamment le trottoir, la cour, l'escalier et les corridors des caves et greniers devront être maintenus libres en tous temps* ». « *Les habitants de la maison pourront rincer leurs tonneaux dans la cour commune, mais ils n'y pourront*

⁷⁰⁷ M. Porte, *Essai sur l'article 664 du Code civil*, thèse Grenoble, 1899.

⁷⁰⁸ Ch.-L. Julliot, *Traité formulaire de la division des maisons par étages et par appartement*, 1922; *Dictionnaire du Notariat*, répertoire général de droit civil et fiscal avec Formules, 5^e éd., v^o règlement de copropriété. A noter que la 4^e édition de 1859 ne comptait aucune formule de copropriété contrairement à la 5^e de 1922.

⁷⁰⁹ F. Lipsky, « Un immeuble en copropriété : Grenoble 1933 », *Les cahiers de la recherche architecturale*, L'immeuble, 22/1988, p.44.

faire ni lavage, ni étendage ». « *Les tapis pourront être battus mais avant neuf heures du matin sur une tringle placée à cet effet dans la cour commune* »⁷¹⁰, et la destination des parties de la maison : « *Les copropriétaires ne pourront louer qu'à des personnes de bonnes vies et mœurs* », « *aucun atelier ou magasin de marchands ...* », « *chacun doit s'assurer contre l'incendie et autres auprès d'une bonne compagnie française* ».

2). Le règlement détermine la répartition des charges : les charges communes (sauf ascenseur et éclairage des escaliers) se répartissent à concurrence du nombre de tantièmes / les charges d'ascenseur et éclairage de l'escalier en pourcentage progressif de la hauteur de l'étage. A noter, « *les domestiques ne pourront se servir de l'ascenseur sauf ceux accompagnant des enfants* ».

3). Le règlement fixe les règles d'organisation de la collectivité. Un syndic sera élu par l'assemblée générale. « *A défaut d'élection, la mission de syndic sera confiée de plein droit au propriétaire le plus imposé* ».

4). Le règlement sera obligatoire pour tous les propriétaires actuels et futurs de l'immeuble. En conséquence, « *il devra être inséré en entier dans les contrats d'aliénation qui seront passés par les copropriétaires* ».

Rendre commun des équipements, c'était en diviser le coût, la formule économique séduisit et dans les années 1920-1930, la pratique appela de ses vœux une reconnaissance législative qui aura lieu en France par les articles 5 à 12 de la loi du 28 juin 1938, consacrant l'ensemble des évolutions conceptuelles et pratiques que nous venons brièvement de revisiter.

⁷¹⁰ Pour les V° Règlement de copropriété, *Dictionnaire du Notariat*, 1922

La possession

Chapitre 10

La protection possessoire

Ce texte est la traduction mise à jour tirée d'une conférence intitulée "*La scomparsa delle azioni possessorie*" [La disparition des actions possessoires] Congrès ARISTEC, *Le situazioni possessorie*, 19-21 novembre 2015, Roma TRE en cours de publication.

La fin de l'année 2015 a été l'occasion de célébrer les 80 ans d'Alain Delon. Un hommage international fut rendu au plus grand acteur autoproclamé de tous les temps, mais à sa manière, quelques mois plus tôt, le Législateur français avait déjà salué l'anniversaire du Tancredi de Visconti en adoptant la loi du 16 février 2015 abrogeant les actions possessoires : elles étaient devenues des guépards inutiles qui perturbaient l'évolution contemporaine et moderne de la possession ; elles étaient encombrantes et devaient être éliminées. Sans violence. « Si nous voulons que l'efficacité de la protection possessoire reste ce qu'elle est, nous devons changer la totalité du système de la protection possessoire » disaient en substance les travaux préparatoires de l'article 9. Ce texte, au format minimal, posait : « L'article 2279 du code civil est abrogé ». La doctrine souhaitait cette suppression définitive, en 2008, le projet de *réforme du livre II relatif aux biens*⁷¹¹ avait prononcé la sentence de mort, la loi du 16 février 2015, l'a exécutée.

Depuis la réforme de la procédure civile de 1975, la protection possessoire était organisée dans le Code civil sur deux niveaux⁷¹², les articles 2282 et 2283,

⁷¹¹ http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf : « Après en avoir longuement discuté, et compte tenu du faible impact actuel des actions possessoires au regard des larges possibilités d'action en référé, la commission, dans un but de simplification, a souhaité la suppression pure et simple des actions possessoires figurant dans le Code de procédure civile. Dès lors, l'article 560 qui annonce la protection du possesseur n'est pas un article d'annonce des actions possessoires mais simplement un texte affirmant la possibilité, pour le possesseur comme pour le détenteur, de pouvoir exercer les actions nécessaires à la protection de leur droit ».

⁷¹² J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 2, Les biens, les obligations, PUF, Quadrige, 2004, n.863 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 2003, n.504 et sq.

déménagés en 2008, aux numéros 2278 et 2279, disposent et disposaient : pour le premier toujours en vigueur « La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace. La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits », et pour le second abrogé « Les actions possessoires sont ouvertes dans les conditions prévues par le code de procédure civile à ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement ». La loi de 2015 a donc dissous le lien classique entre le concept de possession et le régime procédural spécial des actions possessoires en écartant les règles alors prévues aux 1264 *et sq.* du CPC⁷¹³ et R211-4, 5° du COJ⁷¹⁴. En 2015, il y avait pourtant un hiatus au moment où nous parlions ; depuis, le décret d'abrogation a été pris le 6 mai 2017 pour la modernisation et la simplification de la procédure civile⁷¹⁵. En effet jusqu'à présent, les actions possessoires avaient été formellement oubliées, sans que cela n'empêchât de nombreux auteurs de saluer leur suppression, non sans une certaine gêne : « C'est donc maintenant chose faite, même si les articles 1264 à 1267 du code de procédure civile subsistent, bien que caducs du fait de l'abrogation de l'article 2279 du code civil, et doivent encore être abrogés par décret⁷¹⁶ » *dixit* Jean-Louis Bergel, qui fut l'un de mes maîtres de la faculté de droit d'Aix-en-Provence. Et, je ne me souvenais pas que son manuel de théorie générale du droit nous enseignât que la caducité fût un mode d'invalidité de la loi française ; en effet, jusqu'au décret du 6 mai 2017, l'introduction d'une demande fondée sur les textes non

⁷¹³ CPC, article 1264 (abrogé). Sous réserve du respect des règles concernant le domaine public, les actions possessoires sont ouvertes dans l'année du trouble à ceux qui, paisiblement, possèdent ou détiennent depuis au moins un an ; toutefois, l'action en réintégration contre l'auteur d'une voie de fait peut être exercée alors même que la victime de la dépossession possédait ou détenait depuis moins d'un an. CPC, article 1265 (abrogé). La protection possessoire et le fond du droit ne sont jamais cumulés. Le juge peut toutefois examiner les titres à l'effet de vérifier si les conditions de la protection possessoire sont réunies. Les mesures d'instruction ne peuvent porter sur le fond du droit. CPC, article 1266 (abrogé). Celui qui agit au fond n'est plus recevable à agir au possessoire. CPC, article 1267 (abrogé). Le défendeur au possessoire ne peut agir au fond qu'après avoir mis fin au trouble.

⁷¹⁴ COJ, article R211-4 (modifié) : Le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : ... 5° Actions immobilières pétitoires et possessoires ;

⁷¹⁵ Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, JORF n°0109 du 10 mai 2017, texte n° 114, art. 29

⁷¹⁶ J.-L. Bergel, « Feues les actions, vive la protection possessoire », *Rev. Dr. Imm.*, juin 2015, p.265 ; même analyse dans l'édition 2016 Dalloz du Code de procédure civile : « L'art. 9-I de la L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 (JO 17 févr.) ayant abrogé l'art. 2279 C. civ., les art. 1264 à 1267 composant le présent chapitre sont désormais caducs ».

abrogés aurait été recevable, et bien qu'elles fussent à l'agonie, les actions possessoires n'étaient pas tout à fait mortes. Elles le sont à présent.

En vérité, le processus de disparition des actions possessoires n'est pas neuf ; la loi récente constitue le point d'arrivée d'une histoire commencée il y a plus de vingt ans. A l'époque, précisément en 1996, la Cour de cassation avait admis la concurrence et le choix entre deux types de protection possessoire : les trois classiques actions (dénonciation de nouvel œuvre, plainte et action en réintégration) portées devant le tribunal d'instance et l'action générale de référé auprès de la juridiction du président du TGI. En opportunité, cette concurrence permettait parfois d'obtenir du juge des mesures provisoires rapides sur la base des articles 808 et 809 du CPC (urgence, dommage imminent, absence de contestation sérieuse, *trouble manifestement illicite*). La création de cette voie curative pour la cessation de l'illicite a entraîné une redéfinition des pouvoirs du juge en matière possessoire. En 2005, le Législateur s'est penché sur le problème de la dissociation traditionnelle des compétences du TGI (action pétitoire d'un côté) et du TI (action possessoire de l'autre), et a été convaincu de la nécessité de simplifier et moderniser la protection possessoire. Résultat, simple et moderne : par la loi du 26 janvier 2005, le *Tribunal de grande instance* est devenu l'unique juge du possessoire et du pétitoire. Cette bonne idée simplificatrice a produit la conséquence que devant le TGI qui exige l'assistance d'un avocat (contrairement au TI), l'unification a impliqué l'augmentation des coûts du procès possessoire, et puisque la représentation n'est pas obligatoire devant le juge des référés⁷¹⁷, en peu de temps, les actions possessoires furent absorbées par le procès sommaire en référé, si bien que pour un législateur *rationnel*, leur suppression s'imposait par économie de moyens, et ne pouvait contrarier que la susceptibilité d'universitaires nostalgiques⁷¹⁸. Les auteurs « modernes » à l'inverse applaudissent la « fongibilité » de l'action possessoire dans le référé.

⁷¹⁷ J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4^e éd., 2010, n°539 ; S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, 30^e éd., 2010, n°2100.

⁷¹⁸ Travaux parlementaires de la loi du 16 février 2015 « Nous supprimons l'action possessoire. L'action possessoire est une procédure qui suscite sinon des passions, du moins un attachement particulier dans les milieux universitaires. Il faut savoir que l'action possessoire est en train de tomber en désuétude : il y en a eu cent vingt dans l'année 2012 et on y a de moins en moins recours. Il existe déjà dans le droit la possibilité du référé, qui est une procédure rapide, simple, efficace, alors que l'action possessoire, qui constituait une procédure de proximité, ne l'est plus depuis 2005, depuis qu'elle ne peut plus être jugée en tribunal d'instance mais en tribunal de grande instance, avec par conséquent représentation obligatoire. Elle a donc perdu son caractère de proximité qui faisait son intérêt, en particulier dans les milieux ruraux. Elle n'a pas forcément un caractère supérieur de simplicité. De toute façon, je l'ai dit, elle est assez peu utilisée, alors que le référé est rapide. En outre, le juge peut prononcer dans le cadre du référé une mise en état ou un

Je ne sais s'il est possible d'expliquer les véritables motifs de la suppression, mais une chose est sûre : même si ce ne sont pas des *raisons rationnelles*, elles ne sont pas fortuites ; tout ceci est un résultat politique de déconstruction et de reconstruction de l'architecture conceptuelle du droit des biens et des obligations à travers un ensemble de lois, dénommées « de simplification », « modernisation » ou « clarification⁷¹⁹ ». Mais à force de tout changer, il arrive parfois que tout change. Pour cette analyse, je me propose de présenter en premier lieu quelques situations pratiques qui illustreront par la casuistique, la transition vers le nouveau régime procédural de la protection possessoire. Et en second lieu, je chercherai à dessiner les possibles changements conceptuels produits par le renouveau de la protection possessoire en droit français.

I. Casuistique

N°1. Scénario de la possession d'une universalité de meubles.

Primus exploite une activité commerciale débutée par Secundus. D'un point de vue dogmatique, posons que Primus est possesseur du fonds de commerce dont Secundus est le véritable propriétaire (en pratique, il existe initialement une indivision entre les protagonistes). Récemment, Secundus est parvenu à crypter les données personnelles des clients du fonds de telle sorte que Primus est dans l'impossibilité d'exploiter l'activité.

Le « fonds de commerce » est une universalité de meubles ; malgré un débat au cours du 19^e siècle jusqu'au début du 20^e siècle⁷²⁰, et à la différence de l'Italie⁷²¹, la jurisprudence française ne reconnaît pas l'existence d'une protection

transport sur les lieux. Il y a donc une sécurité juridique pour les personnes qui ont à faire valoir une propriété immobilière ». <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2013-2014/20140190.asp>

⁷¹⁹ LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ; LOI n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives ; LOI n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens ; LOI n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ; LOI n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

⁷²⁰ V. Marcadé, *De la prescription*, 1854, p.67 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 2^e éd., 1901, n.918

⁷²¹ Déjà, Th. Huc, *Le Code civil italien et le code Napoléon*, Cotillon, 1868, p.156

possessoire spécifique pas plus en matière mobilière⁷²² qu'à l'égard des biens incorporels⁷²³. On ne possède à proprement parler que les choses qui composent l'universalité ; cela signifie que la disparition des actions possessoires, limitées depuis longtemps au domaine immobilier, n'aura aucune influence sur la solution de ce premier cas ; elle se cherchait hier, et se cherchera demain sur un fondement pétitoire et/ou si nécessaire, en termes de responsabilité.

N°2. Scénario du trouble futur à la possession immobilière.

Depuis quelques années, Primus a planté des arbustes et des fleurs au fond de son jardin, et y a construit un petit cabanon. En vérité, il n'était pas conscient qu'il avait outrepassé les limites de son terrain, parce que son voisin Secundus ne s'était jamais plaint. Mais celui-ci a vendu. Tertius, le nouveau propriétaire de la parcelle a décidé de faire place nette, et d'arracher tous les végétaux pour libérer son jardin. Il a pris rendez-vous avec un entrepreneur pour retourner la terre. Primus voudrait empêcher le saccage.

Classiquement, la dénonciation (*nunciatio*) de nouvel œuvre est l'action possessoire préventive qui permet de défendre la possession. La suppression de cette action préventive implique pour Primus un choix facile à faire : 1°/ intenter une action en reconnaissance de sa possession devant le TGI pour affronter le prétendu droit de propriété de Tertius ; c'est une procédure longue et les arbres auront brûlé depuis longtemps la cheminée de Tertius. Entre-temps, 2°/. agir en référé pour « prévenir un dommage imminent » et obtenir des mesures conservatoires : suspension du projet de destruction, interruption des travaux déjà commencés, remise en état des plantations arrachées, éventuellement à peine d'astreinte⁷²⁴. En apparence, il semble que cela ne modifie pas beaucoup la solution traditionnelle ; peut-être pourrions-nous discuter de l'imminence du risque de dommage.

⁷²² Cass. 1^{re} civ., 6 février 1996, n.94-10784

⁷²³ Cass. com., 4 décembre 2007, n.06-16118 en matière de brevet. Boizard, « La notion de bonne foi du possesseur dans le cadre des actions en revendication de brevet », *D.* 2008. 1877 ; Com. 7 mars 2006, n° 04-13.569 ; T. Revet, « L'article 2279 du code civil n'est applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés », *RTD civ.* 2006, p.348 ; comp.V. Mannino, « Il possesso dei diritti nell'esperienza romana e secondo alcune 'soluzioni' codicistiche », in *Questioni di diritto*, Giuffrè, 2007, pp.439-458 ; « Quelques réflexions en marge de la possession des droits », *Europa e diritto privato*, 2002, p.727 et sq.

⁷²⁴ Comp. S. Mazzamuto, « Astreintes à l'italienne : la nouveauté sous influence », *Mélanges Beauchard*, LGDJ 2013, p.239

N°3. Scénario de trouble actuel à la possession immobilière (« plainte »).

Dans les années 80, Primus avait autorisé son voisin Secundus à effectuer des opérations de forage sur son fonds pour y trouver de l'eau. L'utilisation du puits n'a jamais créé de problème entre eux jusqu'à ce que récemment, les ayants cause de Primus viennent faire obstacle au puisage de l'eau au motif que désormais, Secundus est raccordé au réseau d'approvisionnement hydrique municipal.

Dans le système traditionnel, Secundus pouvait utiliser « la plainte » à savoir *l'azione di manutenzione*, dite aussi *querela*, pour faire cesser cette atteinte à la possession d'une prétendue servitude. Il devait prouver qu'il possédait depuis au moins un an, mais la définition mise à jour de la possession comme « détention ou jouissance d'une chose ou d'un droit » facilitait la démonstration du caractère utile. Il n'était plus besoin de produire un titre de la servitude pour obtenir la cessation demandée. Il pouvait en outre obtenir une réparation pécuniaire. Avec le référé, Secundus pourra obtenir les mêmes mesures provisoires : éliminer les obstacles à la jouissance du puits, mais ne pourra pas, au sens strict, obtenir une condamnation à dommages et intérêts. En effet, selon l'article 484 du CPC, le référé constitue une procédure sommaire dont le caractère provisoire signifie que le juge ne peut se prononcer en pleine juridiction sur le fond du droit, ou adopter des mesures irréversibles. Cela veut dire que la mission principale du juge de référé est de garantir, par des mesures adaptées, le déroulement loyal d'un procès ultérieur, devant un autre juge que nous appelons « juge du fond », lequel se prononce sur « le fond du droit ». Toutefois, l'absence de contestation sérieuse peut convaincre le juge de référé d'allouer une certaine somme par provision, et par anticipation.

N°4. Scénario de la dépossession violente (*réintégrande* devenue *action en réintégration*).

Depuis la mort de Primus en juin, par legs testamentaire, Secundus a hérité de l'usufruit d'un studio dans le centre de Poitiers, et depuis septembre, il y a déménagé après être passé chez le Notaire pour y prendre les clés. Mais les héritiers ont découvert un vice juridique du testament, il y en aurait un autre plus récent qui ne gratifierait pas Secundus. La semaine dernière sans attendre, les héritiers ont vidé l'appartement et changé les serrures. Secundus s'est retrouvé à la rue.

Traditionnellement, on parle de « voie de fait » pour caractériser la dépossession violente (*spoglio*). Sur un fondement possessoire, Secundus aurait pu obtenir la réintégration dans sa possession, à savoir la restitution du bien (ici, un usufruit), sans démontrer l'annalité de la possession. En outre, il suffisait du caractère public et paisible. La violence de la dépossession justifiait à elle seule la réintégration.

Avec le référé *a fortiori*, Secundus pourrait obtenir la même mesure, et par anticipation des dommages et intérêts pour la violation d'une obligation non sérieusement contestable. Je confesse qu'à cet instant, j'éprouve un certain malaise. La doctrine favorable à la réforme et à l'abrogation des actions possessoires nous a expliqué leur inutilité pratique⁷²⁵, mais l'abrogation promise de la règle selon laquelle pétitoire et possessoire ne se cumulent pas (CPC, art.1265), aura nécessairement un effet pratique. Soit le juge des référés se transforme en juge du fond de la possession en décidant de privilégier la situation possessoire, même si elle est très récente, soit le juge admet la concurrence des demandes tirées du possessoire et du pétitoire, et dans le cas de Secundus, il pourrait ordonner la réparation des dommages causés par la dépossession sans ordonner la réintégration. En d'autres termes, soit le système traditionnel des actions possessoires abrogées est transféré à l'identique au juge des référés, mais cela suppose que le juge des référés change ; soit la protection possessoire est confié à un juge des référés qui assume son rôle pétitoire, même si à titre provisoire, et d'un point de vue conceptuel, il est possible que les choses changent du côté de la possession.

II. Changements conceptuels

On peut se convaincre qu'en pratique à brève échéance, le déménagement du contentieux possessoire vers le juge des référés ne changera rien. Les mesures provisoires auront les mêmes effets⁷²⁶, et politiquement, l'existence d'une action unique pour résoudre des problèmes urgents, ou pour lesquels ne se pose aucune difficulté juridique, semble une bonne idée, simple et moderne. Toutefois, d'un point de vue dogmatique, mon embarras croît : la nouvelle et désormais unique protection possessoire est une protection pétitoire, qui n'exige pas l'annalité de la possession (ni de la détention), et ne se prescrit pas par un an de trouble à la possession. En outre, déjà en 2008, la Cour de cassation avait décidé que le juge des référés ne pouvait se prononcer selon les règles relatives aux actions possessoires sans commettre un abus de pouvoir⁷²⁷, ce qui signifie que la

⁷²⁵ Voy. Exposé des motifs de la proposition de réforme du livre II relatif aux biens, 2008, commission de travail de l'association Henri Capitant, dirigé par J.L. Bergel et H. Périnet-Marquet ; adde, J.-L. Bergel, « Feues les actions, vive la protection possessoire ! », *Rev. Dr. Imm.*, juin 2015. 265, H. Périnet-Marquet, « La fin des actions possessoires : chronique d'une mort annoncée », *JCP* 2015. 244 ; S. Piedelièvre, « Brèves remarques sur la disparition des actions possessoires avec la loi du 16 février 2015 », *Gaz. Pal.* 19 mars 2015, n° 78, p.4 ; N. Cayrol, « Abrogation des actions possessoires (Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015, art. 9) », *RTD civ.* 2015. 705

⁷²⁶ Pour comparer, voy. J. Van Compernelle et G. Tarzia, *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Etude de droit comparé, Bruylant, 1998.

⁷²⁷ Cass. 3^e civ., 15 mai 2008, n. 07-14759

construction jurisprudentielle du « référé possessoire », reconnue et étendue par la loi de 2015, obéit à des conditions différentes de celles de la protection possessoire classique : serait alors un abus, le fait de ne pas cumuler possessoire et pétitoire.

Revenons un peu en arrière. Au début du 19^e siècle, l'article 23 du Code de procédure civile prévoyait que « Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible, par eux ou les leurs, à titre non précaire »⁷²⁸. Ce texte unifiait les actions possessoires sur la base d'une possession annale en abandonnant la réintégrande prérévolutionnaire⁷²⁹ : toute action possessoire suppose une année de possession. Mais l'article 2060 du Code civil adopté 6 ans plus tôt relatif à la contrainte par corps (*arresto personale*) faisait référence à la *réintégrande*⁷³⁰. A cette époque, aucun spécialiste de théorie générale du droit ne prononça la *caducité* de la réintégrande, et le début fut passionné.

Toullier, à la suite d'une riche argumentation historique, concluait que « Donc on n'est pas recevable à former une action en réintégrande, si l'on n'a pas la possession annale. Il est impossible de nier cette conséquence, sans nier en même temps que la réintégrande soit une action possessoire⁷³¹ ». Pour lui, une réintégrande sans annalité de la possession ne serait pas une action réelle, mais une sorte d'action personnelle travestie. Sa position s'appuyait sur le fait que toute dépossession constitue un délit quand la possession est annale : remède possessoire et responsabilité civile se cumulent. Inversement, quand la possession est de moins d'un an, le possesseur (qui n'a pas encore de droit de possession) est dans la même situation qu'un détenteur précaire : il n'a pas droit à réintégration, mais il peut agir sur le fondement délictuel, et prouver la faute du spoliateur

⁷²⁸ Voy. les codes italiens pré-unitaires et leurs commentaires ; Bioche, *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, 2^e éd., Paris, 1839, v° Action possessoire ; trad. *Dizionario generale ragionato della procedura civile e commerciale*, Napoli, 1840, v° Azione possessoria.

⁷²⁹ A comparer avec Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, tome 1^{er}, 1769, p.268

⁷³⁰ C. S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, tome IV, 2^e éd., 1844 § 586, p.136 ; *Corso di diritto civile francese*, II, prima edizione napoletana, 1847, §586 : « Le juge doit prononcer la contrainte par corps [...]d) en cas de réintégrande, pour assurer l'exécution des condamnations prononcées, contre l'auteur de la dépossession, au profit du possesseur dépossédé ».

⁷³¹ C. Toullier, *Droit civil français*, 4^e éd., 1824, tome XI, n.133, p.167 ; *Corso di diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, tom. XI, trad. sulla 3^a ed., Napoli, 1826, n.133, p.139 ; l'auteur en déduisait la nature réelle du droit du possesseur, devenu après un an, droit sur la chose d'autrui, protégé par le régime typique des actions possessoires, Tome III, n.64 *et sq.*

(même si ce dernier est le véritable propriétaire) en démontrant la violence de la dépossession. Cette analyse de Toullier fut partagée par une partie de la doctrine française⁷³² ; certains auteurs, par exemple Marcadé et Troplong, sans suivre la thèse extrémiste de Toullier qui voyait dans la possession annale un droit sur la chose d'autrui, niaient la recevabilité de toute action possessoire en l'absence de la condition d'annalité de la possession⁷³³. Ils faisaient face à des auteurs nombreux, et surtout à la Cour de cassation, laquelle maintenait vigoureusement l'exemption de l'annalité pour l'action en réintégration. La controverse s'est maintenue jusqu'à la fin du siècle ; Planiol pensait encore que l'action en réintégration n'était pas une véritable action possessoire depuis que la jurisprudence avait renoncé à la condition d'annalité, alors que l'article 23 du Code de procédure civile la prévoyait⁷³⁴. Si l'action possessoire protège la possession, la réintégrande n'est pas une action possessoire, à moins que l'on ait une vision très étendue de la possession⁷³⁵ ; c'est pourtant ce modèle étendu qui s'est imposé par la réforme processuelle de 1975⁷³⁶. Malgré ces aménagements dogmatiques, aucun auteur en France n'a jamais disqualifié la réintégrande en action personnelle : elle est restée une action réelle immobilière⁷³⁷.

Essayons de tirer une leçon de l'histoire : avec la loi de 2015, la plainte et la dénonciation de nouvel œuvre se retrouvent dans des situations dogmatiques analogues à celle de la réintégrande en 1810. Devant le juge des référés, le possesseur peut exercer la nouvelle action possessoire sans montrer l'annalité de la possession : la défense de la possession et de la détention précaire sont

⁷³² voy. *Chapitre 11. Les civilistes français face à l'œuvre de Savigny.*

⁷³³ V. Marcadé, *De la prescription*, 1854, p.67 trad. it. Spiegazione del titolo XX, libro III del codice Napoleone, o *Commentario-trattato teorico e pratico della prescrizione*, Palermo, 1855, p.86 ; R.-T. Troplong, *De la prescription* I, 3e éd., 1838, trad. it. *Dritto civile spiegato secondo l'ordine del Codice, Della prescrizione*, Palermo, 1857, n.290-312

⁷³⁴ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 2^e éd., 1901, n.918 vs Civ. 4 juin 1904, D. 1904.1.475 pour qui la réintégrande est « une mesure d'ordre et de paix publique, qui procède du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même... [elle] peut être légitimement intentée par celui qui, détenant simplement un immeuble, en a été violemment dépossédé ».

⁷³⁵ G. Marty et P. Raynaud, *Les biens*, Sirey, 2^e éd., 1980, n.216, p.272

⁷³⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 2, Les biens, les obligations, PUF, Quadrige, 2004, n.863 : « La réintégrande sanctionne une dépossession, une spoliation commise sinon par violence (abus de force au combat), du moins par voie de fait, acte illicite grave. La gravité de l'atteinte portée non seulement à la possession d'un individu, mais à la paix publique, justifie une ouverture large de l'action. Est en jeu le principe que nul ne peut se faire justice soi-même – principe qui est apparu bien avant que l'on ne parlât d'État de droit, car il est contemporain des premiers refoulements de la vengeance privée ».

⁷³⁷ J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 26^e éd., 2001, n.76 et sq.

définitivement équivalentes dans l'esprit du Législateur. Cela signifie que le référé ne protège pas la possession pour elle-même, mais uniquement pour fixer des situations de fait en attente d'un procès futur au fond : possessoire et pétitoire seront jugés ensemble. Aussi donc, cette protection judiciaire de la possession est-elle réelle ou personnelle ? Relève-t-elle du droit des biens ou du droit des obligations ? Il me paraît douteux que le Législateur français ait songé à adopter la position de Savigny qui rangeait le régime de la possession dans le *ius obligationis*⁷³⁸.

Ce n'est pas seulement un problème purement théorique, car une lourde question pratique en découle : la disparition des actions possessoires a effacé la durée de possession annale, et pareillement le terme de la prescription d'un an : chez nous, en l'absence de texte spécial, les actions personnelles se prescrivent par 5 ans (Code civil, Art. 2224), les actions réelles immobilières se prescrivent par 30 ans (Code civil, Art. 2227). Quel est le terme extinctif de l'action en référé possessoire unifié ? Il semble qu'il manque quelque chose. Le référé n'a pas de couleur propre ; il est réel quand l'action au fond est réelle, personnel quand l'action au fond est personnelle. Devons-nous comprendre que les textes d'abrogatoires auraient dû fixer un nouveau terme, plus bref que les 30 ans du droit commun ? Ils ne l'ont pas fait. Mais la création d'un référé spécial avec une prescription spéciale serait une nouveauté peu compréhensible, et présenterait des difficultés pratiques de coordination avec le régime de l'action réelle sur le fond de la possession. Cela pourrait être pertinent pour une procédure d'urgence, mais il faut garder à l'esprit que le référé n'est pas seulement une procédure d'urgence. Autre possibilité, considérer que le juge des référés saisi en matière possessoire n'a aucun pouvoir sur la possession même ; en vérité, il ne serait pas en charge d'une protection proprement possessoire, laquelle a disparu malgré l'article 2278. Il est seulement un juge du dommage imminent, ou de celui déjà causé au détenteur à l'instant t de l'immeuble : ce dernier serait ainsi créancier d'une obligation en cessation ou en réparation, sanctionnée par une action dont l'exercice se fonderait sur une présomption de trouble illicite, et la constatation d'un fait causal. Une telle conception en ferait une action personnelle prescrite par 5 ans.

⁷³⁸ F. Savigny, *Traité de la possession*, trad. fr. par Faivre d'Audelange, Paris, 1841: « 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 », p.31-32 ; *Il diritto del possesso*, trad. it. da Conticini, Firenze, 1839, pp.28-29

N'étant pas devin, je ne connais pas le futur, ni celui du référé, ni celui de la possession. Il me semble bien que les situations possessoires cristallisent un ample mouvement de porosité ou de perméabilité des catégories réelles et personnelles, illustré dans un sens, par l'abandon d'une protection possessoire spécifique, et dans l'autre par une réification des rapports personnels où les droits réels servent à figer des engagements obligationnels⁷³⁹ ; une porosité illustrée aussi par la difficulté à adopter une définition claire du contrat dans le projet de réforme du droit des obligations de 2015, contredite par la version finale de l'ordonnance du 10 février 2016 (Code civil, art. 1101)⁷⁴⁰ : un accord de volonté destiné à créer *des effets de droit*, y compris réels vs un accord de volonté destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

Mais soyons patients, quelque chose va changer ... pour que rien ne change.

⁷³⁹ C. Manson et Y. Trémorin (dir.), *Les servitudes collectives et la propriété privée*, Les cahiers du GRIDAUH, n°31/2017, p.7-15

⁷⁴⁰ P. Ancel, « Evolution, pas révolution », in G. Pignarre, *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre*, Institut Varenne, 2016, p.151.

Chapitre 11

Les civilistes français face à l'œuvre de Savigny

in Actes du colloque *La codification du droit, Savigny et la France*, 19 octobre 2007, Université Paris II, Panthéon – Assas, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, volume 1, Dalloz 2010, pp.39-58

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

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 savignicienne⁷⁴¹, bien sûr les Romanistes furent fortement imprégnés de *La théorie de la possession en droit romain*⁷⁴², bien sûr Savigny eut des relais d'opinion et des disciples auto-

⁷⁴¹ *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, 1819-1831 ; L. Warnkoenig, « 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. ; Ph. 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, C. Witz, *Droit privé allemand*, Litec, 1992, n.4

⁷⁴² E. Laboulaye, *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, 1842 ; I. Alauzet, *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*, 1846, qui vante « les lumineuses explications en matière d'interdits possessoires » ; J.-P. 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 ».

proclamés⁷⁴³ ; mais les références à son œuvre dans les traités et commentaires de droit civil français restent minces, étonnamment⁷⁴⁴.

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 biographique⁷⁴⁵ ; 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*⁷⁴⁶. 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*⁷⁴⁷ –, 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*⁷⁴⁸ 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

⁷⁴³ E. Lerminier, *De Possessione analyticâ savignyaniae doctrinae expositio*, 1827

⁷⁴⁴ 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*.

⁷⁴⁵ Voy. O. Motte, *Savigny et la France*, Berne, Lang, 1983

⁷⁴⁶ F. Savigny, *Das Recht des Besizes : Eine civilistische Abhandlung*, Heyer, 1803, voy. <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de> ; Warnkoenig, « 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 Warnkoenig 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 ; voy. Brutti, « L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny », *Quad. fior.* 5/6, 1976/77, tome 1, pp.41-103, spéc. p.77 ; égal. M. Pédamon, « 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.;

⁷⁴⁷ Voy. P. Stein, *Roman law in European history*, CUP, 1999, p.115 sq. spéc. p.119.

⁷⁴⁸ F. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840-1849, trad. fr. 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] ; republication LGDJ – coll. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012.

droit civil aux extrémités de sa vie scientifique⁷⁴⁹, successivement et chronologiquement par le *Traité de la possession (1803)* puis le *Droit des obligations (1851-1853)*.

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 siècle⁷⁵⁰.

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 »⁷⁵¹. 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

⁷⁴⁹ Pour une présentation d'ensemble, O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, 2005, p. 11 sq.

⁷⁵⁰ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 2008, n.447, p.651 et sq. ; pour aller plus loin, C. A. Cannata, « L'animo possidere nel diritto romano classico », [1960] et « Dalla nozione di 'animo possidere' all 'animus' possidendi come elemento del possesso » [1961] in *Scritti scelti I*, 2011, p.9-38 et p.39-78.

⁷⁵¹ *Traité de la possession en droit romain*, trad. Faivre-d'Audelange, 1842, § XIII, p.207

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 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 *procure* 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 immobilières⁷⁵² ». 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 maîtrise⁷⁵³ ; 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 étranger⁷⁵⁴ ». Si donc la volonté doit tendre à traiter aussi la chose en réalité comme une propriété⁷⁵⁵, 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 »⁷⁵⁶. Mais enfin, ce comportement de propriétaire, comme condition de la possession, a un but : devenir propriétaire. L'*animus domini* n'éclot 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 propriété⁷⁵⁷. Mais factuellement, cela n'est pas instantané.

⁷⁵² § XXXI, p. 372-373, voy. le changement de trad. proposé par J.-M. Trigeaud, *La possession des biens immobiliers*, 1981, p.47

⁷⁵³ J.-M. Trigeaud, *op. cit.*, p.115.

⁷⁵⁴ § IX, p.103

⁷⁵⁵ § XIII, p.207

⁷⁵⁶ J.-M. Trigeaud, *op. cit.*, p.116

⁷⁵⁷ §XX, p.259

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-ci ⁷⁵⁸ ». 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 reproduction de la volonté originaire 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 »⁷⁵⁹. 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'époque⁷⁶⁰. « La possession doit-elle être considérée comme un droit, est-elle *jus in re* ? ⁷⁶¹ ». 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 déposssession violente. Dans cette mesure, la nature du droit du possesseur est déterminée par le régime des actions possessoires (ou des interdicts possessoires en droit romain) lui permettant de recouvrer sa possession. La chose

⁷⁵⁸ §XXXII, p.392

⁷⁵⁹ § XIII, p.207-208

⁷⁶⁰ C. Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, III, 1811.

⁷⁶¹ § I, p.5 ; § VI, p.29

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.

« 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 il 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 possession⁷⁶². 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

⁷⁶² F. Terré et Ph. 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, F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, n.448.

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 déjà⁷⁶³.

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 ici⁷⁶⁴ ».

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

⁷⁶³ J.-M. Trigeaud, *op. cit.*, p.145

⁷⁶⁴ J.-B. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage...* t. VIII, 1825, n.3529.

consacrés par Warnkoenig au *Traité de la possession*⁷⁶⁵ ; 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 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 possession⁷⁶⁶. 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 Savigny*⁷⁶⁷. 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 différent⁷⁶⁸ ». A tel point que Troplong soutient aussi que, selon la

⁷⁶⁵ t.1, 2^e éd., 1839, [p.143, n.71] ; citant *Thémis*, 3- 224, 445 ; 4-234 ; Savigny-Warnkoenig, 2^e article.

⁷⁶⁶ R.-T. Troplong, *De la prescription*, tome 1^{er}, 3^e éd., 1838, art. 2228.

⁷⁶⁷ Dès 1835 à travers l'exposé de E. Lerminier, *De Possessione analyticâ savignyaniae doctrinae expositio* et L. Warnkoenig, *Thémis*, tome 5, 1823, p.345.

⁷⁶⁸ R.-T. Troplong, *De la prescription*, tome 1^{er}, 3^e éd., 1838, Préface, p.xj

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, incompatible avec la thèse de Savigny, sera l'occasion d'une longue antithèse venant plus tard de Marcadé⁷⁶⁹. 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 Romains⁷⁷⁰ ».

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 admissibles⁷⁷¹.

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 Rau⁷⁷², que les concepts issus du droit romain se sont modifiés par un processus historique qui marque désormais leur spécificité.

⁷⁶⁹ V. Marcadé, *Explication du titre XX du livre III du code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, 1854, art. 2228

⁷⁷⁰ R.-T. Troplong, *De la prescription*, tome 1^{er}, 3^e éd., 1838, p.346-347

⁷⁷¹ R.-T. Troplong, *De la prescription*, tome 1^{er}, 3^e éd., 1838, 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

⁷⁷² C. S. Zachariae, C. Aubry & C. 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

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 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 romanistes⁷⁷³. A première vue, l'universalité de la théorie savignienne 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 écartier le droit romain au profit d'une conception nationale de la possession⁷⁷⁴.

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-Tribonien porte ses fruits, et se conjugue avec la volonté affirmée des grands romanistes français et francophones de se lier à la démarche savignienne. Laboulaye en 1842⁷⁷⁵, puis en 1855⁷⁷⁶, portera le drapeau de la rénovation des études de droit dans le but affirmé de constituer autour de la redécouverte du

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.

⁷⁷³ Voy. J.-M. 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.

⁷⁷⁴ 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 fautive (art. 2228) en reprenant pas à pas l'analyse des sources françaises de la possession.

⁷⁷⁵ E. Laboulaye, *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, 1842.

⁷⁷⁶ Voy. Chapitre 4. Les programmes scientifiques.

droit romain, le socle d'une connaissance commune aux 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'Ortolan⁷⁷⁷ 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. ». Pellat⁷⁷⁸, 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 possession⁷⁷⁹ : 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 Demante, ni Demolombe, ni Laurent⁷⁸⁰. Même chez Aubry et Rau, la référence faite à la possession selon Savigny par Zachariae est gommée à cet endroit par les traducteurs⁷⁸¹. 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.

⁷⁷⁷ J. Ortolan, *Instituts de Justinien*, tome 2, 6^e éd., 1857, p.259, note 2

⁷⁷⁸ C.-A. Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2e éd., 1850.

⁷⁷⁹ 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.

⁷⁸⁰ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t.32, 3^e éd., 1878, article 2228

⁷⁸¹ 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 1827-1830⁷⁸², les entrées *action possessoire* et *prescription* font 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 1845-1856⁷⁸³, 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 ? »⁷⁸⁴. 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 siècle, la doctrine française invente des théories générales, et que la discussion savante donne au droit romain la qualité de

⁷⁸² 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*

⁷⁸³ Répertoire méthodique et alphabétique de la législation, de doctrine et de la jurisprudence, tome 3, v° *Action possessoire*, 1846 ; tome 36, v° *Prescription*, 1856.

⁷⁸⁴ V° *Prescription*, n.236

droit commun à tous les peuples⁷⁸⁵. Esmein⁷⁸⁶, Bufnoir⁷⁸⁷, Saleilles⁷⁸⁸, 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 scientifique⁷⁸⁹. 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 possession⁷⁹⁰. 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

⁷⁸⁵ G. Cornil, *Traité de la possession en droit romain pour servir de base à une étude comparative des législations modernes*, 1905.

⁷⁸⁶ A. Esmein, « Les théories de la possession en Allemagne », *NHR* 1877, pp.489-500.

⁷⁸⁷ C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, réimpr. LGDJ 2005.

⁷⁸⁸ R. Saleilles, *Eléments constitutifs de la possession*, 1894 ; *La possession des meubles*, 1907.

⁷⁸⁹ Vermond, *Théorie générale de la possession en droit romain*, 1895.

⁷⁹⁰ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, n.2311 ; égal. de manière nette, T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome XIV, p.427 et p.463

particularités nationales, Picard⁷⁹¹ tiendra les thèses de Savigny pour explicatives 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 jurisprudence. Pour *le droit des obligations*, les choses iront légèrement différemment, mais la conclusion sera la même.

II. Le droit des obligations

10. 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 plan⁷⁹² ». Cette annonce de la publication prochaine du *droit des obligations* est rapidement suivie d'effets⁷⁹³ ; 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-même⁷⁹⁴. Et elles sont nombreuses : théorie de la

⁷⁹¹ M. Planiol, G. Ripert et M. Picard, *Traité pratique de droit civil*, III, 1926, n.143 sq.

⁷⁹² F. 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. H. Synvet, *Avant-propos* à la réimpression de la traduction française du VIII^e volume du *System*, Ed. Panthéon-Assas, 2002.

⁷⁹³ La préface du premier volume du droit des obligations retrouve le fil de celle du 8^e volume du *System*.

⁷⁹⁴ Où Kant se cacherait derrière le plan des manuels de Pandectes, voy. M. Villey, « La doctrine du droit dans l'histoire de la science juridique », préface à Kant, *Métaphysique des mœurs*, trad. Philonenko, Vrin, 1993 : « On peut légitimement parler d'un *envahissement* de la science juridique contemporaine par la philosophie kantienne. La grande école pandectiste du XIX^{ème} siècle,

personnalité juridique⁷⁹⁵, théorie des droits subjectifs⁷⁹⁶ ou théorie de l'acte abstrait⁷⁹⁷

Le conceptualisme savignien et l'esprit de système trouvent une résonance particulière⁷⁹⁸ 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 différenciée. 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.

11. 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 Savigny⁷⁹⁹, il se situe à un moment de l'histoire où l'essentiel des enseignements savigniens 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

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, voy. O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, 2005, p.40 et sq., p.173 et sq., p.183.

⁷⁹⁵ H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, [1898], 5^e éd., 1928, n.148 ; R. Saleilles, *De la personnalité juridique* (Histoire et théories), Rousseau, 1910

⁷⁹⁶ H. Coing, « La signification de la notion de droit subjectif », *Arch. phil. droit* 1964, p.1 sq. ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, 1977, n.163 sq. spéc. n.179 ; C. Witz, *op. cit.*, n.572

⁷⁹⁷ E. 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.

⁷⁹⁸ Mais c'est plutôt Puchta qui porte l'étiquette de *Begriffsjurist*, Jouanjan, *op. cit.*, p.174.

⁷⁹⁹ C. Demangeat, *compte-rendu de la traduction française par Gérardin et Jozon à la RHD* 1863, p.379-380

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'obligation⁸⁰⁰. 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 Windscheid⁸⁰¹, 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 délits⁸⁰².

12. 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 Demolombe⁸⁰³ ; et

⁸⁰⁰ C.A. Cannata, « Le definizioni romane dell'obligatio. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione », in *Scritti scelti I*, 2011, pp.319-345

⁸⁰¹ Lequel ne sera pas traduit en français, en revanche voy. B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, 1902.

⁸⁰² *Préface des traducteurs*, Gérardin et Jozon pour Savigny, *Le droit des obligations*, 1863 [2^e éd., 1873].

⁸⁰³ *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.

contrairement à la possession, ce dernier aura le loisir d'esquisser une théorie de l'obligation au commentaire des articles 1101 *et 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 d'appui historico-comparatiste, mais comme ses contemporains, Demolombe dissocie encore droit positif français et droit romain⁸⁰⁴.

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 modèle⁸⁰⁵. 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
 - 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

⁸⁰⁴ 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 *et sq.*

⁸⁰⁵ R. 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.

Dans la même veine que les travaux de Saleilles, Marcel Planiol⁸⁰⁶ 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 juridiques⁸⁰⁷, 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 contrat⁸⁰⁸.

II/. Les obligations ⁸⁰⁹	
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
§ 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

⁸⁰⁶ Sur l'opinion qu'avait Planiol de la place de Savigny dans l'histoire de la pensée, voy. G. Babert, *Le système de Planiol*, th. Poitiers, 2002.

⁸⁰⁷ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1^{er} [1^{re} éd. 1899-1900], n.264 sq. ;

⁸⁰⁸ 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 RDC* 2007, p.1371

⁸⁰⁹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, [1^{re} éd. 1899-1901], n.156 sq.

des idées de la pandectistique, pour retrouver une lecture beaucoup plus française et nationaliste du droit des obligations⁸¹⁰.

13. 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 moral⁸¹¹. De l'erreur, Baudry-Lacantinerie paraît en recueillir la substantielle définition : « Suivant Doneau, 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 »⁸¹². 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-causalistes⁸¹³, ou encore de la conception théorique des titres au porteur⁸¹⁴. Planiol utilisera également l'héritage anti-codificateur pour son texte contre la recodification du Code civil dans le livre du centenaire⁸¹⁵.

14. 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 tournera⁸¹⁶. Mais

⁸¹⁰ P. 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 et sq. ; pour des indices de l'influence de Savigny sur la Common Law, P. Stein, *op. cit.*, p.125 ; voy. *Chapitre 12. La classification des sources*.

⁸¹¹ Déjà C. Demolombe, XXVII, avec l'aide du savignien Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain* ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, II, 1915, n.274.

⁸¹² G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Les obligations* II, n.21.

⁸¹³ B. Windscheid à travers Planiol, II, n.1037 sq. ; voy. J. Ghestin, *Le contrat*, n.278 et sq.

⁸¹⁴ Saleilles, *La théorie générale de l'obligation*, § 268 ; A. Wahl, *Traité théorique et pratique des titres aux porteurs*, 1891.

⁸¹⁵ M. Planiol, « L'inutilité d'une révision générale du Code civil », *Livre du centenaire*, rééd. 2004, p.955

⁸¹⁶ Voy. R. 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.

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. A l'heure d'une réflexion continentale sur le droit des obligations⁸¹⁷, une relecture des classiques du droit européens ne peut pas faire de mal.

⁸¹⁷ R. Zimmermann, « L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne, *Revue internationale de droit économique*, 2013/1 (t. XXVII), pp.95-127

Troisième partie

Doctrine et relations obligatoires

Chapitre 12

La classification des sources des obligations

L'architecture des Codes, l'ordre des matières, les classifications dont ils témoignent ne sont pas politiquement neutres ; ils révèlent les choix du législateur qui organise et des commentateurs qui réorganisent. La réforme des sources d'obligations ordonnée le 10 février 2016 par trois nouveaux articles du Code civil (Art. 1100, 1100-1 et 1100-2), comme le projet de réforme de la responsabilité civile offrent aujourd'hui l'occasion de poursuivre la réflexion présentée le 29 avril 2005.

Version non modifiée de « La classification des sources des obligations au tournant du XXe siècle », in V. Mannino et C. Ophèle, *L'enrichissement sans cause - La classification des sources des obligations* (Études réunies par), LGDJ, 2007, p. 131

[1] - La question doctrinale de la classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle nous renvoie plus à l'étude des principaux manuels et traités de droit civil, qu'à celle de la jurisprudence, même si la période 1880 – 1914 est fertile en arrêts majeurs ; car il y a un lien entre le plan d'exposition du droit des obligations dans les manuels de droit civil, et la théorie des sources des obligations, et en chassant l'un, on trouve l'autre. Mais il faut ouvrir grand les bras et embrasser largement plus que le virage vers 20^e siècle, car, pour comprendre ce moment doctrinal innovant, qui est au cœur, il faut mettre en perspective la longue ligne droite qui le précède, et les chemins mal tracés qui le suivent⁸¹⁸.

On dit souvent que les juristes français sont cartésiens, alors, pour respecter Descartes et par fidélité au discours de la méthode, mon exposé aura six parties.

- 1/. L'environnement théorique de l'innovation (Perspective théorique)
- 2/. Le terreau de l'innovation (1804 – 1880)
- 3/. Les prémices de l'innovation (1880 – 1895)
- 4/. Les bourgeons de l'innovation (1895 – 1914)
- 5/. Le gel de l'innovation (après 1918)
- 6/. Les fruits de l'innovation

⁸¹⁸ L. Pepe, « Les classifications des sources des obligations chez les juristes romains », in *idem*, pp.93-108 ; E. Conte, « La classification des sources dans la doctrine antérieure à Domat », in *idem*, pp.109-118 ; J.-M. Augustin, « Les classifications des sources des obligations de Domat au Code civil », in *idem*, pp.119-129 ; C.A. Cannata, « La classificazione delle fonti delle obbligazioni : vicende di un problema dommatico e pratico (I parte) », in *Scritti scelti I*, 2011, pp.265-318.

1/. *L'environnement théorique de l'innovation*

[2] - Le tournant du 20^e siècle (1880-1914) est une des époques les plus savantes de l'histoire de la pensée juridique, c'est une période composée d'un premier moment que les historiens appellent « déclin de l'exégèse » à l'invitation de Bonnacase et d'un second moment que conduira la rénovation des méthodes et des sources⁸¹⁹. *C'est d'abord une époque de transition* : transition du contenu des pouvoirs des autorités, transition des pratiques d'écriture et des objets intellectuels de la doctrine, où, tout doucement la Cour de cassation est hissée à une place forte et finalement investie d'un pouvoir normatif général capable de réformer le système du Code civil. *C'est surtout une époque d'inventions* : invention d'un discours doctrinal politiquement neutralisé, construit sur le modèle de la science, tourné vers la construction d'un objet « droit » ou la découverte d'un « irréductible droit naturel » ; invention des théories générales et des principes généraux.

Pour la perspective positiviste qui se dessine avec Carré de Malberg et évidemment Kelsen, le droit positif se conçoit et se construit à partir d'un postulat de non – cognitivisme éthique⁸²⁰, signifiant qu'on peut savoir si une règle est juridiquement valide mais on ne peut savoir si elle est juridiquement bonne : ce qui est droit ne se rapporte pas au contenu des énoncés qui est politique, mais à la validité des règles au sein du système⁸²¹. Pour la perspective jusnaturaliste qui se rénove, au contraire, le droit peut être connu par l'analyse du contenu des énoncés et de leur interprétation : ce qui est droit en soi est l'objet d'une connaissance⁸²². Pourtant, la science du droit, pour le positiviste comme pour le naturaliste, à la fin du 19^e siècle se doit d'être indépendante du sujet connaissant ; toutes entreprises qui se prétendraient scientifiques, se disqualifieraient par le recours à l'argument d'autorité.

⁸¹⁹ J. Bonnacase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, tome 1^{er}, [1933], p.296 sq.

⁸²⁰ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2014, n.127

⁸²¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, trad. franç. Ch. Eisenmann, *Théorie pure du droit* [2^e éd, 1962].

⁸²² F. Gény, *Méthode et sources en droit privé positif*, 1899 – *Science et technique en droit privé*, tome 2, *Elaboration scientifique du droit positif (Irréductible droit naturel)*, 1915 ; tome 4, *Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (La conflit du droit naturel et du droit positif)*, 1924.

[3] - La traduction de cette exigence scientifique va prendre plusieurs traits. *Sur un mode généalogique*, un grand mouvement doctrinal va plonger dans le courant et la méthode historiques : le droit, objet de la science, est conçu comme l'œuvre d'une évolution historique, elle - même commandée par l'évolution de la civilisation. La méthode scientifique consiste dans l'étude des institutions et de leurs transformations successives, elle conduit à la découverte de leur signification sociale et fait apparaître « des permanences historiques résultant des conceptions primitives de tous les peuples⁸²³ ». *Sur un mode critique*, des auteurs vont engager la reformulation des principes du système du Code civil, dont le plan ne répond plus au canon, désormais acquis, qui veut qu'une théorie explicative soit présentée premièrement par ses principes directeurs, et deuxièmement par ses suites applicatives ; mais préalablement, pour élaborer ces *théories*, il aura fallu saisir autrement la réalité du droit que comme un instant législatif issu d'une intention ou d'une tradition : l'histoire et la sociologie vont nourrir cette réflexion faisant de l'application des règles la matière observable de la science.

[4] - Notons que ce n'est qu'une fois admise cette idée que la matière juridique est un ensemble de cas, que la science des juristes va pouvoir rompre avec les pratiques d'exégèse : en abandonnant le commentaire article par article, les auteurs des années 1880 – 1914 vont intégrer les critiques factualistes, qui bien entendu fourmillent dans la littérature du 19^e sous la plume des exégètes, à des ensembles principaux dégagés par induction. C'est pourquoi, alors que les premiers commentateurs concevaient le Code civil comme un système dont il fallait analyser, mesurer et critiquer les applications concrètes par rapport au système lui-même, par une voie essentiellement déductive et critique de la déduction, les successeurs, dès les années 1850-1860, vont utiliser la critique de la solution pour invalider la règle et promouvoir la réforme. La méthode d'analyse bascule en un demi-siècle de pratiques déductives à une logique inductiviste⁸²⁴.

[5] – Au 19^e siècle, la littérature de droit privé entame son virage vers le 20^e par la confrontation de notre Code civil français avec les travaux préparatoires du Code civil allemand ; les auteurs français qui ont été attentifs à la réception et à la

⁸²³ R. Saleilles, « Droit civil et droit comparé », *Rev. intern. enseignement* 1911.5, spéc. pp.26-27

⁸²⁴ A cet égard, il est très instructif de comparer les programmes de recherche que l'on trouve dans les premiers numéros des revues créées, fondées ou ressuscitées au 19^e siècle et au début du 20^e : Foelix, « Du système et de l'objet du journal », *Rev. étrangère de législation et d'économie politique*, 1834, tome 1^{er}, p.1 ; F. Hélie, préface au premier numéro de la *Rev. crit. légis. et jur.*, 1853, p.1 ; C. Demangeat, Introduction au premier numéro du *Journal de droit international privé*, 1874, tome 1^{er}, p.8 ; A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p.5.

transformation du système du Code civil en Europe, *en Italie, en Espagne, en Belgique,...* le sont plus encore lorsque émergent les théories générales présentées par la pandectistique allemande. C'est ainsi que la *Société de législation comparée*, fondée en 1869 par d'éminents professeurs (Laboulaye, Jozon, Bufnoir, ...), entreprend une méthode historico - comparatiste assise sur la redécouverte du droit romain et du droit coutumier, et travaille à la constitution d'un système d'interprétation capable de guider à l'élaboration de théories générales des relations juridiques.

Pour cette génération de juristes savants, la constitution d'un corps de principes généraux fermement établis, vérifiés par leur permanence dans l'histoire des peuples, même s'ils sont indéterminés relativement, définira l'objet et le système de la science, mais il faut bien comprendre que la perspective philosophique sur laquelle s'assoit cette tentative est *naturaliste*. Tout le courant de pensée qui émerge dans le sillage des pionniers de la méthode historico - comparatiste en France, à savoir le mouvement de la libre recherche scientifique, a pour prémisses claires ou parfois confuses, la rénovation du droit naturel face à la montée du positivisme scientifique, logique et plus tard normativiste⁸²⁵. Incontestablement, l'influence de la science allemande se fera sentir bien au-delà des groupuscules de théoriciens du droit, philosophes et sociologues, et c'est parmi les juristes qui se prétendent volontiers techniciens que l'on retrouvera les exigences d'une détermination scientifique de l'objet droit : leurs travaux techniques et leurs manuels d'enseignement vont faire apparaître des *théories générales*⁸²⁶ en particulier en droit des obligations⁸²⁷.

2/. Le terreau de l'innovation

[6] - Les premiers commentateurs du Code civil héritent de la classification consensualiste des sources des obligations qui place le contrat au premier rang, les quasi - contrats, les quasi - délits et les délits suivent, s'y ajoutent *quelquefois la loi ou l'équité*⁸²⁸. Dans cette mesure, les analyses des dispositions générales du livre III (Art. 711-717), des dispositions préliminaires du titre III du livre III (Art. 1101-1107) ou de l'article 1370 en tête du titre IV, ne sont pas l'expression d'une synthèse posant les principes généraux formant la matière des obligations mais un

⁸²⁵ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, [2^e éd., 1919], n.188 et sq. « Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899 ».

⁸²⁶ Sur le sens de « théorie », C. Atias, *Théorie contre arbitraire*, [1987], n.11 et sq.

⁸²⁷ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, 1997.

⁸²⁸ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, 1764, n.2

inventaire ordonné des différents types d'engagements. Aux titres III et IV, le Code civil reproduit Pothier, et les commentateurs adhèrent *grosso modo* à ce système qui traite 1°. *Des contrats qui sont la cause la plus fréquente d'où naissent les obligations*. 2° *Des autres causes des Obligations*, à savoir la loi, les quasi – contrats, les délits et les quasi – délits.

Les rubriques sont en apparence les mêmes que celles de la classification justinienne, hormis la réduction des quasi-délits aux délits ; le changement profond est hérité du tournant crucial opéré de Domat à Pothier qui a fait du contrat la première cause d'obligation, sa source primordiale. Mais il y a un pas, et même un grand écart à franchir avec beaucoup de souplesse, entre cette position qui exalte « l'accord, le pacte, l'alliance »⁸²⁹ et celle qui divise les actes et les faits juridiques par la volonté individuelle⁸³⁰.

[7] - Les commentateurs français adoptent l'ordre du Code civil, et classent les causes des obligations selon le système de Pothier, même si leurs analyses ne manquent pas de nuances⁸³¹ : au commentaire de l'article 1370, Toullier rédige une introduction du titre IV du livre III, intitulée *Notions générales* (XI, [1-14]), dans laquelle il ébauche une explication générale des causes des obligations. En fait, il justifie le plan du Code : il remarque que la classe des obligations conventionnelles prime sur les autres causes d'obligations, non seulement parce qu'elle est la plus abondante mais surtout parce que les contrats peuvent transmettre la propriété des biens au sens de l'article 711, alors que les autres causes d'obligations ne le peuvent pas (XI, [7]). Il rejette l'idée que la classe des quasi – contrats doive s'étendre aux engagements des tuteurs, comme le pense Duranton (X, [27]), pour qui les quasi-contrats comprennent non seulement la gestion d'affaire et le paiement indu, mais aussi les engagements des tuteurs et administrateurs, l'obligation de l'héritier d'acquitter les legs faits par le défunt, ou encore l'obligation de rendre le copropriétaire indemne des dépenses utilement faites sur la chose commune. Ces diverses sortes d'engagements appartiennent pour Toullier à la classe des obligations légales et il serait fallacieux de vouloir reconstituer une classification quadripartite pour suivre celle de Justinien dans ses incohérences.

Toullier persiste : « toute obligation doit sa naissance à la convention ou à la loi. Les obligations qui doivent leur naissance à la loi sont de deux espèces : 1°.

⁸²⁹ Ph. Remy, « Réviser le titre III du Livre Troisième du Code civil ? », *RDC* 2004/4, 1169

⁸³⁰ Comp. J. Bonnet, *Précis de droit civil*, II, [2^e éd. 1939], n.168 sq.

⁸³¹ C. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, [5^e éd., 1830], tome XI, commentaire du titre IV du livre troisième « Des engagements qui se forment sans convention » ; A. Duranton, *Cours de droit civil suivant le Code civil*, [4^e éd., 1844], tome X, n.19-29.

celles qui résultent de l'autorité seule de la loi, sans aucun fait de celui qui se trouve obligé ; 2°. celles qui naissent, soit à l'occasion d'un fait personnel à celui qui est obligé, ou même à celui envers qui l'autre est obligé, soit à l'occasion d'un cas fortuit » (XI, [9]) ; et signe pour que soit reconnue la supériorité du pacte : « C'est manquer d'exactitude que de dire, comme nous l'avons fait (VI, [3-4]) que toute obligation vient de la loi ; que les conventions n'obligent qu'en vertu de la loi, qui commande de tenir la parole qu'on a donnée. Les obligations conventionnelles sont produites immédiatement par la volonté de l'homme ; elles existent indépendamment de la loi, qui n'intervient, après leur naissance, que comme un fidéjusseur tout puissant, pour en garantir l'exécution (...). Les obligations conventionnelles doivent si peu leur naissance à la loi, qu'il est au-dessus de son pouvoir de leur enlever leur force obligatoire (XI, [4-5]) ».

Il faut aussi observer que pour Toullier, et ses successeurs, l'affirmation que la loi est source d'obligation recèle une ambivalence qui amalgame la question de la classification des sources à celle de la nature de l'obligation, civile ou naturelle. En effet, puisque *l'action* nous vient de la loi, et qu'elle est consubstantielle à *l'obligation*, sources de l'action et de l'obligation se mêlent. Il faudra attendre le 20^e siècle et que les juristes commencent à concevoir l'action comme un droit distinct de l'obligation pour que cette ambiguïté soit totalement levée.

[8] - Dans la période suivante, à savoir celle de la génération des juristes nés avec le Code, le discours se fait plus critique sur son ordonnancement. Marcadé, dans un style polémiste inimitable, montre à quel point les rédacteurs du Code civil ont nourri une *incroyable* confusion entre obligation et contrat en ne respectant pas précisément l'architecture du *Traité des obligations* de Pothier qu'ils étaient en train de piller. Il aurait fallu traiter des *effets des obligations* après avoir identifié les *sources*. Or on a traité des effets des obligations après avoir seulement exposé le contrat : « est-ce qu'il n'y a d'obligations solidaires que celles qui résultent d'une convention ? Est-ce que le paiement n'éteint que les obligations conventionnelles ? ». En somme, le plan d'exposition du droit des obligations issu du Code civil est à récrire.

C'est ce que fait Marcadé dans son *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence, et un traité résumé après le commentaire de chaque titre, [6^e éd., 1866]*. L'ouvrage est principalement composé de commentaires du Code article par article, mais après chaque titre, l'auteur rédige un résumé, sorte de vue synthétique de la matière du titre, or, pour les titres III et IV du Livre III, l'auteur déroge à son habitude et groupe ses résumés à la fin du titre IV. Sur une centaine de pages, il livre un petit manuel de droit des obligations qui n'emprunte pas le plan du Code. Marcadé propose une synthèse dont l'ambition se limite, dans son architecture, à rétablir l'ordre

rationnel du *Traité des obligations* de Pothier ; elle ne se démarque pas du postulat consensualiste, et elle ne rationalise pas le regroupement des *engagements ne dérivant pas du contrat* (Des quasi – contrats, des délits, des quasi – délits et de la loi)⁸³².

- 1/. Les sources des obligations
 - Des contrats
 - Des quasi – contrats, des délits, des quasi – délits et de la loi
- 2/. Des diverses espèces d'obligations
 - Des obligations conditionnelles
 - Des obligations à terme
 - Des obligations alternatives et des obligations facultatives
 - Des obligations uniques ou multiples et notamment des obligations solidaires
 - Des obligations principales et accessoires et spécialement de la clause pénale
- 3/. Des effets des obligations
 - De l'exécution volontaire ou forcée
 - Des dommages – intérêts
- 4/. Causes d'extinction des obligations
- 5/. De la preuve

[9] - Marcadé ne regarde pas Outre – Rhin ; il n'emprunte ni les pas de Zachariae (1808), ni ceux de Savigny (1851-1853). Il faut observer que chez ces derniers, l'exposé synthétique du droit des obligations débute par l'étude du concept d'obligation ; suivent les diverses espèces d'obligations que la doctrine française traduit au moyen de la métaphore naturaliste des sources.

Zachariae, dans son manuel de droit civil français⁸³³ traite de façon synthétique *des droits personnels*. Les obligations sont étudiées en général (§§ 296 – 339) puis en particulier selon leur espèce : contrats (§§ 340 – 439), quasi – contrats (§§ 440 – 442) et délits (§§ 443 – 448).

Savigny, aborde pareillement 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 source⁸³⁴ :

I/. Nature des obligations

⁸³² V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome IV, commentaire de l'article 1101 ; tome V, commentaire de l'article 1370 ; *résumé* des titres III et IV du livre III, 6^e éd., 1866, pp.285-387.

⁸³³ *Handbuch des französischen Civilrechts*, Heidelberg, [1re éd., 1808 ; 5^e éd., 1853], trad. franç. par C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, Strasbourg, 2^e éd., 1844.

⁸³⁴ *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1851-1853 (trad. franç. par Gérardin et Jozon, *Le droit des obligations*, Paris, 2^e éd., 1873)

- 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*

Aubry et Rau seront les seuls pendant tout le 19^e siècle à promouvoir un plan d'exposition du système du droit civil différent de celui du Code. Mais ils conserveront dans leur classification la classe des quasi – contrats, conformément à l'idée de Zachariae.

[10] - Demolombe offre une réflexion sur la classification des sources des obligations pour le commentaire de l'article 1370 dans son *Traité des engagements qui se forment sans convention* (XXXI, [1-32])⁸³⁵. Il s'engage d'abord dans une explication historique – plus exactement historico – herméneutique – qui trace l'évolution de la classification des sources des obligations depuis les institutes de Gaius redécouverts jusqu'aux juristes modernes, et il conclut que si l'ancienne division de Gaius est bien présente chez Pothier, elle y « est à ce point défigurée qu'on peut dire qu'elle en a disparu ».

Selon *le Prince de l'exégèse*, qui, soit dit en passant, pratique ici une méthode bien proche de la méthode historique, Domat et Pothier n'ont pas divisé les obligations selon quatre causes, ni même cinq, mais selon deux sources : Domat, après avoir traité des engagements volontaires et mutuels par conventions (1.3), traitera dans les loix civiles des engagements qui se forment sans convention (2.1). Pothier affirme, lui, la prééminence des contrats (n.2 sq.) et regroupe les autres sources (n.113-123). Cela implique que la division des obligations dont les rédacteurs du Code civil ont hérité, était bipartite et reprise par les intitulés des titre III et IV du livre Troisième : les obligations sont 1/. contractuelles et 2/. autres que contractuelles⁸³⁶. Mais quelle est la source de ces obligations autres que dérivant du contrat ? Demolombe rejette l'idée qu'il s'agisse simplement de la loi positive comme le pense Larombière⁸³⁷ et dans un plaidoyer naturaliste, il affirme

⁸³⁵ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1^{er}, 1868 ; tome XXXI, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, 1882.

⁸³⁶ C. Demolombe, XXIV, [2]

⁸³⁷ Pour Larombière, la division des obligations est également bipartite mais elle repose 1/. le contrat et 2/. la loi pour laquelle l'article 1370 dresse l'inventaire : « soit qu'il résulte involontairement de son

que la « loi naturelle, avec ses maximes éternelles et inaltérables » oblige par elle – même : « *nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, chacun est tenu de réparer le dommage causé par sa faute* ». Autrement dit, « c'est le fait lui-même, tout d'abord, qui, d'après la loi naturelle, est la source première » des engagements qui se forment sans convention⁸³⁸.

[11] - La lecture de Pothier et du Code civil faite par les *exégètes* nous amène petit à petit à une classification bipartite des sources des obligations. Deux arguments principaux ont conduit à abandonner la classification pentapartite au profit de la division « contrat et autres sources » :

Primo, les travaux de l'histoire et de la philologie ont montré que le modèle de Justinien était épuisé à la fin du 18^e siècle : il ne correspondait plus au droit des obligations de l'ancienne jurisprudence, il ne satisfaisait pas non plus à l'examen généalogique. Le sens de ce qui est *quasi* n'a plus rien de commun avec l'expression romaine : les commentateurs de Gaius et Justinien note que les Romains ne disent ni *ex quasi – contractu*, ni *ex quasi – delicto*, mais *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto*, ce qui signifie que l'obligation est comme causée par un contrat ou par un délit, et non causée par un *presque contrat* ou un *presque délit*. A Rome, il n'y avait pas de quasi – contrat, ni de quasi – délit. Il n'y avait que des contrats et des délits⁸³⁹. Or si le modèle originel était bien bipartite, cela autorise à rompre avec la peu commode et erronée division quadripartite⁸⁴⁰.

Secundo, les rédacteurs du Code civil ont séparé le contrat au titre III du livre III des obligations ne dérivant pas du contrat au titre IV, mais le regroupement des obligations légales, quasi-contrats, délits et quasi-délits ne vaut initialement que comme simple commodité, comme chez Pothier. Le 19^e siècle va tout à la fois

autorité, soit qu'ils en résultent à l'occasion d'un fait personnel de celui qui s'est obligé » mais l'auteur ne voit pas d'intérêt pratique à cette discussion purement doctrinale puisque « l'essentiel, dans l'application, est moins de connaître les sources des obligations que d'en déterminer les caractères et les effets » L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, [1857], tome V, commentaire de l'article 1370. Il faut remarquer aussi que la « loi » au sens de l'article 1370 est un objet brûlant de polémique et le point sur lequel se concentre l'exégèse : l'expression « engagements résultant de l'autorité seule de la loi » (al. 2) liée à « engagements formés involontairement (al.3) » a donné naissance à une intéressante littérature controversiste, mais dont il ne résulte pas de vue générale.

⁸³⁸ C. Demolombe, XXXI, [18].

⁸³⁹ V. Marcadé, V, art. 1370 ; A. Du Caurroy, *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*, 6^e éd., 1841, tome III, n.1086 ; J. Ortolan, *Explication historique des instituts de l'Empereur Justinien*, 6^e éd., 1857, tome III, n.1199.

⁸⁴⁰ C. Demolombe, XXXI, [4-7].

justifier et promouvoir la bipartition, et donner une consistance à la catégorie des obligations autres que dérivant du contrat. Demolombe ne formule pas la distinction entre les contrats et les faits mais il associe clairement les obligations dites légales, les quasi – contrats, les délits et quasi – délits au *fait de l'homme* qui, selon la nature, crée l'obligation d'indemniser, de répéter ou de réparer : le fait d'être marié, le fait d'être propriétaire, le fait de s'enrichir injustement au dépens d'autrui, le fait de lui causer un dommage.

[12] - A l'entrée du tournant vers le 20^e siècle, Baudry – Lacantinerie n'innove pas beaucoup et constate que les sources autres que contractuelles ont fait l'objet d'un regroupement en raison de leur caractère secondaire, « du moins si on les envisage au point de vue de leur fécondité » : les obligations sont soit conventionnelles, soit « non – conventionnelles ». Dans cette rubrique secondaire, *les engagements résultant de l'autorité seule de la loi* sont en quelque sorte ignorés puisque le législateur s'en préoccupe par ailleurs. Les autres *engagements résultent d'un fait personnel de celui qui est obligé*.

La bipartition s'ajoute à la pentapartition : « En résumé, le Code civil divise les obligations en deux classes : obligations conventionnelles, obligations non – conventionnelles. Ces dernières, que le législateur désigne sous la dénomination générique d'*engagements*, naissent, soit de l'autorité seule de la loi (obligations légales), soit d'un fait personnel à l'une des parties. Si ce fait est licite, on est dans l'hypothèse du quasi – contrat ; s'il est illicite, on est dans celle du délit ou du quasi – délit. Il y a donc en définitive, ainsi que nous l'avons déjà dit, cinq sources des obligations : 1/. le contrat, 2/. le quasi – contrat, 3/. le délit, 4/. le quasi - délit, 5/. la loi »⁸⁴¹.

La méthode de Baudry – Lacantinerie emprunte celle du commentaire article par article, qui lui paraît préférable à toute rationalisation, même si le plan du Code lui paraît manquer de logique⁸⁴² ; comme Demolombe, il surimprime la division bipartite sur celle du Code civil.

⁸⁴¹ G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, II, [1^{re} éd., 1882 ; 6^e éd., 1897], n.650-651.

⁸⁴² Pour l'exposé des matières des titres III et IV du livre III, « Pothier et Domat avaient adopté un plan bien préférable ; notre législateur leur a tout emprunté sauf la méthode. Ici comme ailleurs, nous respecterons cependant l'œuvre législative même dans ses imperfections, persuadé qu'il y aurait plus de préjudice que de profit pour nos jeunes lecteurs à la modifier, du moins dans ses grandes lignes » (II, [3])

3/. Les prémices de l'innovation

[13] – Les premières pousses doctrinales vont se traduire par des tentatives d'introduction d'une partie générale en droit des obligations et par le remodelage des sources. Les travaux préparatoires du Code civil allemand vont inspirer la doctrine française par la voie des entreprises historico – comparatistes. L'action réformiste et l'enseignement de Bufnoir, et puis les écrits de Saleilles vont contribuer à populariser l'idée que le droit des obligations mériterait d'être étudié autrement que par la méthode du commentaire. Pour les partisans de ce qui sera *la libre recherche scientifique*, la loi positive, toujours imparfaitement, n'éclaire que les fragments d'une réalité juridique que le juriste se doit d'expliquer par la *théorie*, i.e. par des études générales qui montrent les principes généraux gouvernant une matière.

[14] - Claude Bufnoir (1832-1898) donne en 1884 un cours de droit civil qui sera plus tard publié par ses élèves sous le titre *Propriété et contrat*, [1900, 2^e éd. 1924]. Très inspiré par la préparation du BGB, cet illustre professeur, qui fut le maître de Saleilles, acclimate l'élaboration des concepts et la pesée des intérêts dans une sorte de transaction qui emprunte autant à Savigny qu'à Ihering, autant à l'analyse qu'à la synthèse, autant à l'exégèse du Code qu'à l'examen de l'évolution de la civilisation et des faits sociaux. Bufnoir élabore des *théories générales* de la possession, des incapacités, des modalités et même des quasi – contrats (qu'il ramène à l'enrichissement sans cause moins la gestion d'affaires). Il n'est pas le premier des auteurs français à expliquer les *notions* par leur généralité, mais son entreprise semble systématique : son cours, qui ne rompt pas avec l'ordre du Code et qui a donc pour ambition de commenter le livre III du Code civil, est intitulé *Théorie générale de l'acquisition, de la transmission et de l'extinction des droits tant réels que personnels*.

Il appliquera cette doctrine, non pas à l'écriture d'un traité de droit civil, mais à son action réformiste : lui qui fut président de la Société de législation comparée en 1889, et qui a offert de nombreuses communications sur les travaux préparatoires du Code civil allemand, fut chargé en 1895 de conduire la réforme des programmes de la licence en droit. Un arrêté du 24 juillet 1895 brisa l'ordre traditionnel d'enseignement du droit civil : désormais, les étudiants aborderaient en première année l'examen du titre préliminaire du Code civil, la théorie générale de l'état et de la capacité des personnes, le droit des biens au livre II et enfin, dans le prolongement du droit de propriété au livre III, les dispositions générales, les dispositions relatives au transfert de la propriété (articles 1138 à 1141, articles 939 à 942) et celles concernant la prescription acquisitive.

Cela constitue une petite révolution, et peut-être même une grande, car ce programme qui se poursuit en deuxième année par la théorie générale des obligations et rejette en troisième année le droit de la famille emprunte moins à l'architecture du Code civil français, qu'il n'affirme la supériorité méthodologique du Code civil allemand. La première année, idéalement, sera consacrée à l'étude d'une *partie générale* qui formellement est absente du Code civil mais que la doctrine se doit d'élaborer. C'est ce que feront M. Planiol et H. Capitant.

[15] - Charles Beudant (1829-1895), comme Bufnoir n'aura donné aucun traité de droit civil, en tout cas aucun traité achevé. C'est son fils Robert, qui publiera en plusieurs volumes les notes de cours que son père donnait dans les années 1880-1890⁸⁴³. Ce fut le maître de Henri Capitant.

Le plan du volume intitulé *Les contrats et les obligations* présente une architecture classique suivant le Code civil puisque le Cours a été donné avant 1895 mais elle présente quelques singularités :

Notions préliminaires [1-31]

1/. Les obligations

Effets des obligations

Sources des obligations

2/. Les conventions

Première partie : Des diverses espèces de conventions ou contrats [32-53]

Deuxième partie : Des conditions nécessaires à la validité des conventions [54-1111]

Appendice : Des sources des obligations autres que les conventions [1112-1245]

1/. Des quasi – contrats

2/. Des délits et quasi – délits

Beudant ne ménage pas ses critiques contre la classification et l'ordre du Code : « Le chapitre III du titre III (art. 1134 sq.) est intitulé : *De l'effet des obligations*. Là déjà l'équivoque apparaît ; car il n'est guère question, dans ce chapitre, que des effets des conventions... Les effets de l'obligation se distinguent à peine de l'obligation elle-même. L'obligation, envisagée comme rapport juridique, autorise le créancier, au regard duquel elle est un droit, à poursuivre l'exécution contre le débiteur, au regard duquel elle est une charge. Voilà tout. (...) C'est aux lois de la procédure qu'il appartient de régler le mode d'exercice des actions et des voies d'exécution forcée. Le droit civil, qui s'occupe des droits envisagés en eux-mêmes et non de l'exécution des droits, ne traite de l'obligation que pour en définir l'essence. Or, à ce point de vue, les effets de l'obligation se réduisent à la notion

⁸⁴³ C. Beudant, *Cours de droit civil français*, Introduction, [1896] ; *Les contrats et les obligations*, [1906].

suivante, qui n'est autre que celle de l'obligation elle-même : l'obligation autorise le créancier à recourir aux voies d'exécution forcée à défaut d'exécution volontaire ».

L'introduction de son cours propose une méthode différente. Les *notions préliminaires* optent pour un plan d'exposition du droit civil différent du plan du volume : elles présentent rapidement la définition classique de l'obligation, puis ses effets et ses sources. De là, il paraît résulter que pour Beudant, étudier le chapitre III du titre III revient à étudier l'obligation elle-même puisque en examinant les effets, on saisit son essence. Ensuite, une fois cernée la notion générale, on peut envisager ses sources : la première source est le contrat, la seconde doit à la loi d'exister en dehors du contrat : elle se manifeste par des *obligations non – conventionnelles* (quasi – contrats, délits, quasi – délits et loi). La classification pentapartite n'est qu'une subdivision de la division bipartite⁸⁴⁴.

[16] - Raymond 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), qui deviendra ensuite son *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil* (1904). Son ambition est très claire : réformer le Code civil français par voie de doctrine, et le Code civil allemand sert de modèle⁸⁴⁵. L'étude du droit des obligations se fait par introduction d'une partie générale consacrée à l'obligation elle-même puis à ses sources.

- I/. De l'obligation en elle même
 - 1/. Objet de l'obligation
 - 2/. Effets de l'obligation
 - 3/. Extinction de l'obligation
 - 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
 - Des actes juridiques susceptibles de produire une obligation
 - Objet des contrats
 - Effets généraux des contrats
 - Effets spéciaux à certains contrats
 - Effets accessoires des contrats

⁸⁴⁴ C. Beudant, *Cours de droit civil français*, Les contrats et les obligations, [6-9]

⁸⁴⁵ R. 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 *Etude sur 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.

- 2/. Du délit considéré comme source d'obligation
 Notions générales, *Du quasi – délit*
 Eléments et conditions du délit civil
 De l'action en responsabilité
 Domaine d'application de la responsabilité délictuelle
- 3/. De l'enrichissement sans cause considéré comme source d'obligation
 Notion générales – *quasi – contrat*
 Répétition de l'indu – *condictio indebiti*
Condictio ob rem
Condictio ob causam finitam
Condictio ob turpem causam
Condictio sine causa

Pour Saleilles, la volonté est « *l'agent principal* » destiné à former l'engagement juridique, et quoiqu'en règle générale il faille un accord de volontés, une déclaration unilatérale parvenue à destination lie celui qui l'a faite, indépendamment de toute acceptation (1904, [138]). On comprend donc que la volonté unilatérale est la source de l'obligation, ce n'est plus l'accord : pour simplifier, le contrat est dissocié en deux actes juridiques déclaratoires de volonté qui obligent chacun chaque partie⁸⁴⁶.

4/. *Les bourgeons de l'innovation*

[17] - A la suite de Bufnoir et Beudant, dans la même veine que les travaux de Saleilles, Marcel Planiol et Henri Capitant vont composer, chacun, un traité élémentaire dont la première partie fait figure de partie générale dans laquelle ils proposent sur le modèle allemand, une théorie générale des actes juridiques. 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 contrat.

Comme le laissait entendre Beudant, la théorie générale de l'obligation est formée à partir de l'analyse des chapitres III, IV, V, VI du titre III du livre Troisième : *Effets des obligations, Des diverses espèces d'obligations, De l'extinction des obligations, De la preuve des obligations, et de celle du paiement*. Mais Planiol, puis Colin et Capitant opèrent beaucoup plus qu'un simple renversement du plan de Pothier.

[18] - En 1899, Marcel Planiol fait paraître son *Traité élémentaire de droit civil*. Dans le sillage de l'arrêt Bufnoir du 24 juillet 1895, l'ouvrage propose une partie introductive regroupant l'étude *du droit en général, puis la théorie générale des*

⁸⁴⁶ Egalement R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation*, thèse 1891 (sous la présidence de Bufnoir).

lois, la théorie générale des actes juridiques, la théorie générale des preuves, et enchaîne par l'examen : des personnes, des biens, des incapacités, et de la filiation. Le deuxième volume consacré aux obligations, aux contrats et aux sûretés adopte un plan synthétique⁸⁴⁷ :

I/. Les preuves	
II/. Les obligations	
1/. Effets des obligations	
De l'exécution forcée	
Des dommages – intérêts	
Conservation du patrimoine du débiteur	
Des obligations naturelles	
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	
§ 3. Théorie générale de la faute	
§ 4. De l'enrichissement sans cause	
§ 5. Du stellionat	
III. Les contrats	
IV. Les privilèges et les sûretés.	

Pour aller plus loin, dans un article paru à la *Revue critique de législation et jurisprudence*⁸⁴⁸, Planiol engage une réflexion sur la classification des sources des obligations. Il affirme que la division des obligations selon leur source est bipartite et qu'elle ne vient pas surimprimer la division pentapartite. A son idée, il n'y a que deux sources d'obligations : l'accord de volonté entre le débiteur et le créancier, et la volonté toute puissante de la loi : « Dans le contrat, c'est la volonté des parties qui forme l'obligation ; c'est elle qui en est véritablement la cause créatrice, c'est elle qui en détermine l'objet, l'étendue et les modalités ; la loi n'intervient que pour sanctionner cet accord. Partout où ne se rencontre pas ce

⁸⁴⁷ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, [1^{re} éd. 1899-1901], 2^e éd., 1901-1903, 10^e éd., 1925-1927.

⁸⁴⁸ M. Planiol, « Classification des sources des obligations », *Rev. crit. légis. et jur.* 1904, pp.224-237

concours de volontés qui est l'essence du contrat, il ne peut y avoir rien qui ressemble à un contrat. Aucune autre source d'obligations n'a une nature presque contractuelle ».

Planiol reprend alors les critiques adressées à Pothier par les exégètes de la deuxième génération et dresse un réquisitoire contre la position d'Aubry et Rau qui, justifiant l'existence de la catégorie du quasi – contrat, avaient entériné le contre-sens des *presque-contrats*⁸⁴⁹ : « Quand on cherche en la personne du débiteur quelle est la cause de son obligation, et qu'on envisage dans ce but toutes les hypothèses de quasi-contrats, on découvre aisément que leur trait commun est l'existence d'un enrichissement sans cause aux dépens d'autrui, enrichissement dont il s'agit de restituer la valeur. Or, pareil enrichissement est d'après sa définition même illicite puisqu'il est injuste. Il ne serait pas permis à celui qui le possède de prétendre le conserver ; son obligation a pour cause un état de fait contraire au droit : on peut donc tenir pour certain que dans le quasi - contrat la cause réelle de l'obligation n'est ni un fait volontaire, ni un fait licite : c'est un fait involontaire et illicite. Ceci revient à dire que l'expression *quasi - contrat* est tout à fait fautive [1904, p.229] ».

Planiol rend justice aux exégètes ; ils avaient bien perçu le problème mais n'avaient pas désigné le responsable de cette erreur (ou plutôt de cette mystification, semble-t-il penser) : c'est Heineccius, repris par Pothier qui réinvente la classification quadripartite à laquelle la loi est adjointe. Il faut abandonner cette division erronée, car même conservée en subdivision de la bipartition contrat / autres sources, elle laisse persister abusivement les quasi – contrats.

Les obligations autres que contractuelles sont légales : la loi est la source de tous les modes de prévention, d'indemnisation et de réparation des préjudices : « Toute obligation légale a pour motif la crainte d'une lésion injuste pour autrui, qu'il s'agit d'éviter, si elle est encore à l'état futur ; de réparer, si elle est déjà réalisée. Celles qui ont pour but d'éviter une lésion future sont celles auxquelles le langage ordinaire réserve le nom d'obligations légales ; celles qui tendent à la réparation d'un préjudice déjà causé sont celles qu'on appelle ordinairement délictuelles, quasi - délictuelles et quasi - contractuelles ».

Contrairement à Saleilles, Planiol n'adhère pas à la théorie nouvelle de la déclaration de volonté (II, [805]) : il réfute l'idée que la volonté est une source autonome. Sans addition d'une autre volonté, le lien d'obligation ne peut exister efficacement. Même le legs vérifie ce théorème qui a besoin d'être accepté après le décès du testateur⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ Observons que Bartin, pour la 5^e éd. respectera le plan de Zachariae en faisant de très nombreuses dissertations infrapaginales. L'enrichissement sans cause ne sera pas traité avec les quasi-contrats mais en note de bas de page au paragraphe §573 sur la théorie du patrimoine.

⁸⁵⁰ G. Babert, *Le système de Planiol*, Thèse Poitiers 2002, [353 et sq.], spéc. [363] ; adde H. Vizioz, *La notion de quasi-contrat*, 1912 ; M. Douchy, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, 1996.

[19] - Le *Cours élémentaire de droit civil* de Colin et Capitant⁸⁵¹ reprend l'architecture dessinée par Henri Capitant dans son *Introduction à l'étude du droit civil*⁸⁵². L'arrêté du 24 juillet 1895 a autorisé Capitant à s'affranchir de l'ordre du Code, et son *Introduction* est d'emblée perçue « comme un exposé analogue aux parties générales qui se trouvent en tête de tous les cours de Pandectes publiés en Allemagne⁸⁵³ ».

Après avoir donné dans un premier temps des explications générales sur le droit, la loi, l'ordre public et les bonnes mœurs (chap.1), il divise dans un second temps les droits civils en droits de famille et droits du patrimoine (chap. 2), puis expose les *sujets de droit* et les *objets des droits* (chap.3 et 4) pour terminer par une réflexion sur la naissance et l'extinction des droits (chap. 5) par laquelle il expose *la théorie des actes juridiques*.

[20] - Henri Capitant entreprend cette théorie des actes juridiques [1898, chap. V, pp.205 – 342] très inspirée de la lecture de Savigny, Windscheid, Puchta ou Unger, auxquels il renvoie. Les faits juridiques qui donnent naissance aux droits ou les modifient sont de deux sortes : les uns sont des actes volontaires émanés d'une personne : ils ont leur source dans un fait accompli par une personne capable de vouloir, comme les contrats, les quasi - contrats, les délits, les quasi-délits etc... Les autres sont des événements accidentels indépendants de la volonté de l'homme : la mort d'une personne, le fait du voisinage.

Les actes volontaires forment la classe la plus importante et la plus nombreuse. On peut les subdiviser en deux catégories : la première comprend les actes juridiques proprement dits, *i.e.* les actes sont faits dans le but de créer, de modifier ou d'éteindre un droit, comme les conventions, les quasi - contrats, la renonciation, le testament ; la deuxième se compose des actes illicites, *i.e.* des actes prohibés par la loi qui causent un dommage à autrui, les délits et quasi - délits.

[21] – De cette manière, Capitant va plus loin que Planiol, puisqu'il regroupe les actes bilatéraux et unilatéraux au sein d'une même classe [1898, p.210 *et sq.*]. Il va plus loin aussi dans son analyse de l'*acte illicite* défini comme « tout acte par lequel une personne porte injustement atteinte au droit d'autrui ». [1898, p.309]. Il

⁸⁵¹ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, [1^{re} éd., 1914-1915], 4^e éd., 1923-1924.

⁸⁵² H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, [1^{re} éd., 1898].

⁸⁵³ P. Fournier, compte rendu à la *NRH* 1898.417

poursuit en expliquant que *l'acte illicite* constitue un *fait juridique*, puisqu'il engendre un lien de droit entre celui qui l'a commis et celui qui en a souffert. Aussi, la classe des actes illicites regroupe les actes illicites en eux-mêmes que sont les délits et quasi - délits d'un côté et de l'autre, les actes illicites commis par celui qui se trouvait dans un rapport d'obligation, ayant pour origine soit un contrat, soit un autre fait juridique. Pour éclaircir son propos, Capitant s'emploie ensuite à montrer que la faute délictuelle est très distincte de la faute contractuelle dans le système du Code civil, même si toutes deux sont des actes illicites : il ne faut pas adopter la doctrine de l'unité des responsabilités.

[22] - Le premier volume du *Cours élémentaire de droit civil* débute par une version abrégée de *l'Introduction à l'étude du droit civil* pour ensuite envisager les personnes et les biens, selon le programme de 1904.

- 1/. Généralités
- 2/. Sphère d'application de la loi
- 3/. Théorie générale des actes juridiques
 - Conditions d'existence et de validité des actes juridiques
 - De la nullité des actes juridiques
 - Modalités des actes juridiques
 - De la représentation dans les actes juridiques
 - Notions très sommaires sur les preuves
- 4/. Des droits et de leurs divisions

puis Livre 1^{er} *Des personnes*, dans lequel il est traité du mariage en raison de l'obligation de suivre l'arrêté du 20 juillet 1904 qui est venu contre – réformer l'arrêté Bufnoir⁸⁵⁴.

Colin et Capitant justifient l'étude des actes juridiques à la suite de la loi et des sources du droit, parce que « l'acte juridique peut être considéré comme une source particulière du Droit dont il importe de déterminer le fonctionnement tel qu'il a été réglé et mesuré par la loi », et ce aussi bien pour les droits patrimoniaux que pour les droits de famille (I, 4^e éd., 1924, p.60). Il sépare les actes juridiques des faits qui ne constituent pas des actes, car bien entendu, si tous les actes sont des faits, tous les faits ne sont pas actes. L'acte existe et est valable par la volonté de son auteur : lorsque l'acte est unilatéral, il n'y a qu'une volonté. Quand c'est une convention, il faut que les volontés des contractants se mettent d'accord. Cet accord s'appelle consentement. Mais le consentement, opération interne, psychologique, ne suffit pas. La volonté doit se formuler extérieurement par une déclaration qui en manifeste l'existence (I, 4^e éd., 1924, p.66).

⁸⁵⁴ Voy. Présentation pour la réédition de *Propriété et contrat*, LGDJ, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2005.

Le second volume du *Cours* est consacré aux obligations et aux contrats spéciaux: les auteurs démarrent par la théorie générale des obligations et offrent une présentation plus synthétique encore que celle de Planiol.

Livre 1 ^{er} – Théorie générale des obligations
1/. Obligations simples
Effets
Extinction
Transmission
2/. Obligations complexes
Modalités
Pluralité d’objet ou de sujets
Appendice : Preuves
Livre 2 nd – Les sources des obligations
1/. Théorie générale
Les contrats
Sources d’obligations non contractuelles
Délits et quasi – délits
Enrichissement injuste
Répétition de l’indu
Action de in rem verso
2/. Les principaux contrats
<i>La gestion d’affaires est traitée avec le mandat.</i>

Dans le chapitre introductif du livre 2nd du deuxième volume, Colin et Capitant proposent une classification des sources des obligations qui élimine purement et simplement les quasi-contrats et font place aux actes unilatéraux. « La notion de quasi - contrat, envisagée comme constituant une source spécifique d’obligations est née d’une confusion des interprètes. (...) on a déformé l’idée ancienne qui se référait à l’effet des obligations, en en faisant le principe d’une classification des sources des obligations. Comme il s’agit là d’une conception purement théorique, n’emportant aucune conséquence pratique, il nous est permis de dire qu’il convient de l’abandonner » (II, [4^e éd., 1925], p.255).

Ils proposent une classification rationnelle en quatre groupes :

- 1/. Les contrats
- 2/. Les déclarations unilatérales de volonté
- 3/. Les délits et quasi – délits
- 4/. La loi.

[23] – Même avec une grosse loupe, il est difficile de percevoir chez Planiol une sorte de division des sources des obligations entre actes et faits juridiques, elle serait vraiment très pâle. Elle reste aussi en arrière – plan chez Colin et Capitant, mais elle est plus correctement dessinée. Il y a entre eux une divergence de taille :

Planiol ne considère pas que la déclaration unilatérale est source d'obligation ; car la volonté seule ne peut lier. Le contrat demeure la première source. Au contraire, chez les partisans de la déclaration de volonté, ce n'est plus le contrat qui est la source de l'obligation mais la volonté unilatérale qui formera le contrat.

Pour autant, il faut être prudent : ce n'est pas encore chez Colin et Capitant que l'on trouve la division contemporaine entre les actes et les faits, puisque les actes sont des faits. En revanche la distinction entre actes licites et actes illicites mène vers cette division.

5/. *Le gel de l'innovation*

[24] - En attendant que les bourgeons ne donnent leurs fruits, ils vont être saisis par le gel. La première guerre mondiale a jeté un grand coup de froid sur la méthode pandectiste : rejet de la partie générale comme mode d'explication du système du droit civil, et rétablissement de l'ordre du Code et de sa classification des sources des obligations. Si l'on s'en tient au tournant du 20^e siècle, il s'achève en 1914 avec la première édition du *Cours élémentaire* de Colin et Capitant ; mais avec la Grande Guerre, ce sont toutes les inclinations germanophiles de la doctrine française qui s'éteignent. Le gel de l'influence du BGB ne sera pas uniforme mais très sévère par endroits, les fruits ne manqueront pas en définitive d'amertume.

[25] - A partir des années 1920-1930, la doctrine privatiste revient à la structure classique pour l'exposition du droit civil, sans toutefois abandonner le discours inductif faisant de la jurisprudence une série de faits qu'il s'agit de percevoir dans leur généralité, mais l'inductivisme va perdre d'une certaine manière les raisons de sa méthode.

Dans le même ton, les comparatistes et les internationalistes vont délaisser la science juridique allemande pour commencer à se tourner vers le droit anglo - américain. Un exemple symptomatique : dix ans avant de publier la première édition des grands arrêts de la jurisprudence civile, H. Capitant, accompagné de E. Lambert préfacent un ouvrage compilant des cas de jurisprudence à la façon des *casebooks* (*Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, publiées par un groupe de professeurs des facultés de droit, Dalloz, 1924). Le droit français apprête à devenir un *case law* en se laissant bercer par le *dogme de la solution unique*.

Entre l'analyse critique de la jurisprudence telle que l'envisageait Esmein et la compilation de jurisprudence, il y a un saut considérable : les trois premières éditions des grands arrêts de la jurisprudence civile (1933, 1939, 1950) sont conçues comme complémentaires au *Cours élémentaire* de Colin et Capitant. Cela correspond encore à l'idée que les grands arrêts viennent moderniser le Code civil centenaire ; les éditions suivantes constituent des compilations qui forment à côté

du Code un système parallèle d'interprétation. Cette nouvelle forme de *Casebook* va prospérer et prendre son autonomie dans les années 1950-1960⁸⁵⁶.

[26] – Dès les années 1920, le *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert, mais dont Ripert est le véritable maître d'œuvre, revient sur un certain nombre de questions qui avaient inspiré la critique de Planiol contre l'ordre du Code civil français. Paul Esmein rédige les volumes du *Traité pratique* consacrés aux obligations sans suivre le plan du *Traité élémentaire*, mais un plan voisin de celui de Pothier⁸⁵⁷ : les auteurs justifient l'absence de partie introductive par le caractère *pratique* de l'ouvrage et renvoient au *Traité élémentaire* de Planiol pour l'examen des questions théoriques, historiques et doctrinales « qui n'ont qu'une valeur éducative »⁸⁵⁸ mais les auteurs conservent une méthode synthétique d'exposition des matières, sans revenir aux commentaires. Sous la bannière de Planiol, mais sans en épouser toutes les positions.

- I/. Sources des obligations
 - 1/. Le contrat
 - 2/. La responsabilité civile
 - 3/. Les quasi –contrats
- II/. Effets et preuves des obligations
 - 1/. Effets des obligations
 - 2/. Transmission des obligations
 - 3/. Extinction des obligations
 - 4/. Preuve des obligations

Le *Traité pratique* se démarque du *Traité élémentaire*, d'une part, par l'absence de partie générale, que l'on ne trouvera ni dans le tome 1^{er} consacré d'emblée aux personnes, ni dans les volumes consacrés aux obligations dont l'introduction balaie sommairement la classification des sources : il s'engage dans l'examen des sources avant les effets que Planiol avait érigés en théorie générale. D'autre part, il fusionne formellement la catégorie des délits et quasi – délits en l'intitulant

⁸⁵⁶ *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 4^e éd., 1964 ; *Grands arrêts de la jurisprudence de droit administratif*, 1^{re} éd., 1956.

⁸⁵⁷ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI et VII, Obligations 1^{re} et 2^e parties, par P. Esmein, LGDJ, 1930 et 1931 ; on notera aussi que Paul Esmein sera chargé de la 6^e éd. du *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau dont il rédigera les tomes V et VI consacrés aux obligations : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, tome V, [6^e éd, 1947], tome VI [6^e éd., 1951]. Le plan de Zachariae, qu'avaient adopté Aubry, Rau et Martin sera modifié par Paul Esmein dès la 6^e éd. : le chapitre *des délits et quasi-délits* désormais intitulé « la responsabilité civile en dehors des contrats » est refondu. Pour la 7^e éd., par Ponsard, la théorie du patrimoine §§ [573 sq.], laissera échapper l'enrichissement sans cause, qui sera rangé parmi les quasi – contrats.

⁸⁵⁸ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Préface au Tome 1^{er}, [1^{re} éd., 1925].

responsabilité civile, et pour une troisième part, il ressuscite la catégorie des quasi – contrats, en justifiant le contre-sens du *presque* – contrat dénoncé par Planiol.

« On pourrait, en s’inspirant du rapprochement très naturel avec certains contrats, qui est à l’origine de la notion d’obligation quasi-contractuelle, exposer les règles de la gestion d’affaires après celles du mandat, et moins heureusement celles de la répétition de l’indu après celles du prêt. Mais on peut aussi ... en faire un chapitre particulier de la théorie des obligations. C’est une méthode qui s’impose même aujourd’hui pour la répétition de l’indu qui n’est qu’un cas particulier de l’obligation née d’un enrichissement sans cause ; celle-ci est maintenant, ce qu’elle n’était pas en 1804, l’objet d’une théorie générale, qui trouve sa place naturelle dans la matière des obligations (...) Quant à la gestion d’affaires, ..., du point de vue rationnel, elle trouve sa place dans la théorie des obligations, parmi les engagements qui se forment sans convention. Il est donc loisible d’exposer les sources des obligations en suivant l’ordre du Code civil (VI, [7]) ».

[27]. La filiation du *Cours élémentaire* de Colin et Capitant est aussi très parlante : les mêmes renversements que ceux qui ont affectés le *Traité pratique* censé n’avoir pas une vue éducative, ont été opérés pour le *Précis de droit civil* qui, lui, en avait fait sa vue principale : interversion des parties et résurrection des quasi – contrats comme classe autonome d’obligations⁸⁵⁹. L’ouvrage est la réduction du *Cours élémentaire* que Julliot de la Morandière continue par ailleurs⁸⁶⁰. Dans la partie introductive du premier volume, on trouve une chétive *théorie générale des actes juridiques* conforme à la pensée des auteurs initiaux. En revanche, le deuxième volume bouleverse largement le plan initial :

- I/. les sources des obligations
 - 1/. Les contrats
 - 2/. Les délits et quasi-délits
 - 3/. Les quasi-contrats
- II/. Théorie générale des obligations
 - 1/. Effets
 - 2/. Obligations complexes
 - 3/. Preuves

[28] - Descendons l’arbre généalogique du précis Dalloz jusqu’à nos jours : Léon Julliot de la Morandière offre en 1966 une nouvelle édition de son *Précis de droit civil*⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ L. Julliot De La Morandière, donne en 1947 un *Précis de droit civil*, d’après le cours de droit civil français d’Ambroise Colin et Henri Capitant, [I, 9^e éd., 1947 ; II, 8^e éd., 1947].

⁸⁶⁰ à la même époque, *Cours élémentaire de droit civil français*, 9^e éd., 1942

⁸⁶¹ C’est la quatrième depuis la réforme de 1954 qui a porté le droit des biens en deuxième année de la licence, placé les contrats spéciaux en troisième année et ajouté pour une quatrième année pour

- I/. Les droits réels principaux
- II/. Les obligations
 - 1/. Les sources des obligations
 - Le contrat
 - Les délits et quasi-délits
 - Les quasi-contrats et les obligations légales
 - 2/. Règles applicables aux obligations indépendamment de leur source
 - Effets de l'obligation
 - Extinction des obligations
 - Transmission des obligations
 - Obligations complexes

On remarquera que la seconde partie de l'étude des obligations s'intitule désormais *Règles applicables aux obligations indépendamment de leur source*, et non plus *théorie générale des obligations*, ce qui, somme toute, est plus conforme à la méthode puisque l'auteur étudie rapidement les règles principales posées aux chapitres III et sq. du titre III du livre III du Code civil. La classification des sources fait l'objet d'un très brève explication [266 sq.] renvoyant à la distinction du contrat et des obligations extra-contractuelles comprenant la responsabilité civile, les quasi – contrats et la loi.

[29] – Chez les continuateurs plus proches, A.Weill et F. Terré⁸⁶², le plan d'exposition maintient une partie de l'héritage et de ses remplois.

- I/. Les sources des obligations
 - 1/. Les contrats
 - 2/. Les délits et quasi – délits : la responsabilité civile
 - 3/. Les quasi – contrats
- II/. Règles applicables aux obligations indépendamment de leur source
 - 1/. Effets de l'obligation
 - 2/. Modalités des obligations et obligations complexes
 - 3/. Transmission des obligations
 - 4/. Extinction des obligations

Les nouveaux auteurs reprennent les brefs développements de Julliot de la Morandière sur la classification des sources mais une modification importante s'opère nettement dans les détails du plan d'exposition du contrat : la responsabilité contractuelle [386 *et sq.*] est présentée sur le modèle de la responsabilité civile [580 *et sq.*].

l'étude du droit patrimonial de la famille. Le second volume du *Précis de droit civil* étudie le droit des biens et le droit des obligations : il introduit d'abord aux livres II et III du Code civil par des préliminaires sur le patrimoine.

⁸⁶² A. Weill et F. Terré, *Droit civil, Les obligations*, [3^e éd., 1980], rédigent un précis aux allures de traité élémentaire, beaucoup plus consistant que celui de Julliot de la Morandière. Les seules obligations y sont étudiées, puisque les biens sont abordés à part ; toutefois les auteurs exposent en préliminaire leur position sur le caractère patrimonial de l'obligation (1980, [6]).

[30] - L'édition plus récente du précis Dalloz de F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette⁸⁶³, poursuit l'entreprise dans le même sens en introduisant aux côtés des délits et quasi-délits, les régimes spéciaux de responsabilité civile qui ont fleuri dans les années 1980-1990 ; en outre, l'ancienne théorie générale des obligations se nomme aujourd'hui « régime général des obligations ».

- I/. Les sources des obligations
 - 1/. Le contrat (*au singulier*)
 - 2/. Les délits et quasi – délits, La responsabilité civile
 - 3/. Les régimes spéciaux de responsabilité
 - 4/. Les quasi – contrats
- II/. Régime général des obligations
 - 1/. Effet obligatoire et droits du créancier
 - 2/. Modalités de l'obligation
 - 3/. Cession des obligations
 - 4/. Extinction des obligations

On voit bien que malgré le gel, l'innovation aura donné quelques fruits.

6/. Les fruits de l'innovation

[31]. Bien qu'une épaisse calotte glacière ait recouvert les inclinations germanophiles de la doctrine savante, le tournant du 20^e siècle aura laissé des fruits, qui auront été digérés par la doctrine au 20^e siècle. Le premier d'entre eux est que la volonté individuelle devient le critère de classification des sources, le second est que la volonté n'est rien sans la loi.

René Demogue occupe une place importante dans le tournant du 20^e siècle : il n'est pas encore professeur lorsqu'en 1902, les fondateurs de la *Revue trimestrielle de droit civil* lui confie la charge des chroniques de jurisprudence française en droit des obligations et contrats spéciaux : il tiendra sa chronique jusqu'au premier trimestre de 1938.

Le plan de la chronique sera presque invariablement le même entre 1907 et 1938

- I. Obligations en général
 - a/. Conditions d'existence des obligations extra-contractuelles (délictuelles, quasi – délictuelles, action in rem verso, répétition de l'indu, gestion d'affaires)
 - b/. Conditions d'existence (et de validité) des obligations contractuelles
 - c/. Effets des obligations
 - d/. Preuve des obligations

⁸⁶³ *Droit civil, Les obligations*, [8^e éd., 2002].

- e/. Interprétation des obligations
- f/. Extinction des obligations

Les paragraphes suivants (II, III, etc...) sont consacrés à l'étude des divers contrats spéciaux.

Comme arrêviste, Demogue a montré sa préférence pour la division bipartite des obligations contractuelles / obligations extra-contractuelles mais il en inverse l'ordre : il envisage toujours (premiers numéros de la *RTD civ.* mis à part) les questions de responsabilité extra - contractuelle avant d'aborder le contrat. Il est facile d'expliquer le renversement de la primauté du contrat par le fait que l'arrêviste va commenter l'édification jurisprudentielle des systèmes de responsabilité : abus des droits, responsabilité du fait des choses, responsabilité du fait des préposés, etc...

[32]. Mais y aurait-il un second Demogue ? Dans le *Traité des obligations en général* (1923-1933), qui est nourri des chroniques rédigées pendant toutes ces années, Demogue va présenter les obligations de manière différente.

Les cinq premiers volumes du *Traité* sont consacrés aux sources des obligations, les deux derniers aux effets. Sont abordés successivement dans la première partie :

- I/. De la volonté unilatérale comme source d'obligation
- II/. Des contrats
- III. Des quasi-contrats
- IV. La loi comme source d'obligations
- V. Des actes illicites (délits et quasi-délits) et de la responsabilité civile extra contractuelle

Il est posé que le critère de classification des sources est l'intervention de la volonté privée, prise individuellement et non l'accord comme le pensait encore Planiol ; les sources font jaillir :

- 1/. le contrat qui fait intervenir volonté du débiteur et volonté du créancier
- 2/. l'acte unilatéral, qui met en jeu la volonté du débiteur
- 3/. Les actes illicites que sont le délit et son double le quasi-délit, et « qui supposent une certaine volonté et une certaine capacité de la part de celui qui est obligé » (I, p.45)
- 4/. Le quasi – contrat qui naît de la volonté du créancier
- 5/. Le simple fait engendrant une obligation légale.

Demogue s'explique sur la résurrection de la catégorie des quasi –contrats (I, p.46 ; III, p.1-4) : il prend soin de remarquer que l'expression est critiquable, mais il faut l'employer. « Ici le débiteur n'a pas voulu l'obligation. Le géré, l'*accipiens* dans le paiement de l'indu n'ont pas consenti. On a trouvé à expliquer cette obligation que par la loi, ou par l'équité traduite par la loi, ce qui revient au même. En réalité, l'obligation naît ici par la volonté du créancier. C'est le gérant d'affaires qui a voulu

s'immiscer dans l'affaire d'autrui. La loi reconnaît cette obligation à raison de la solidarité sociale. Elle approuve celui qui se mêle des affaires d'autrui dans certains cas. Etant donné le caractère spécial de cette obligation, on comprend la difficulté qu'elle soulève. Il est délicat de dire dans quelle mesure on deviendra créancier par sa volonté, malgré le débiteur ou du moins à son insu ».

A l'inverse de Planiol, qui ramenait les quasi - contrats à des obligations légales destinées à prévenir une lésion injuste, et qui faisait de l'enrichissement injuste leur archétype, Demogue voit dans la gestion d'affaires le modèle des quasi - contrats : le modèle des obligations qui dérivent de la volonté du créancier seul. Mais c'est aussi le cas de l'enrichissement sans cause qui vient d'un acte de l'appauvri, le cas de l'acceptation de succession, ou de la tutelle prise volontairement ; c'est aussi le cas pour certains actes du droit administratif : réquisitions militaires, expropriation pour cause d'utilité publique.

« Socialement, le quasi-contrat ainsi compris repose sur cette idée que, dans un intérêt de solidarité, une personne peut agir par rapport au patrimoine d'autrui et réclamer certains droits, sauf à assumer certaines obligations » (III, p.5).

[33]. Louis Josserand participe comme Demogue au lancement de la *RTD civ.* en se chargeant, lui, de la chronique de jurisprudence en droit des personnes et de la famille. Il donne dans les années 1930 un *Cours de droit civil positif français*⁸⁶⁴. Le deuxième volume est consacré à la théorie générale des obligations.

I/. sources des obligations
 II/. Effets des obligations
 III/. Les différents types d'obligations ; diverses modalités
 IV/. La transmission des obligation
 V/. Extinction des obligations

Là encore l'exposé du droit des obligations débute par les sources, *i.e.* par le contrat et plus loin très brièvement, par l'acte juridique à formation unilatérale (II, [395]). Mais en réalité, là encore, le principe d'une *théorie générale de l'obligation*, constituée en partie générale, est abandonné. En revanche, reste la théorie des actes juridiques dans la partie introductive des *institutions* du premier volume (I, [120]).

La classification des sources est, elle, conforme aux idées de Colin et Capitant. Josserand voit dans le quasi - contrat « un monstre légendaire qu'il faut se décider à bannir du vocabulaire juridique ...et, l'on comprend que les Codes

⁸⁶⁴ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., 1939.

récents, faisant œuvre critique, et secouant le joug de la tradition, passent sous silence de prétendus quasi-contrats qui ne répondent plus à aucun besoin, ni à aucune réalité (II, [7]). Les sources des obligations ne sont donc que quatre :

- 1/. Les actes juridiques
- 2/. Les actes illicites : Délits et quasi - délits : la responsabilité délictuelle
- 3/. L'enrichissement sans cause
- 4/. La loi.

[34]. Planiol et la classification bipartite obligations contractuelles / obligations extra – contractuelles sont attaqués de toutes parts : elle est dénoncée par Henri Mazeaud dans un article « Essai de classification des obligations⁸⁶⁵ », dans lequel il considère que cette division est à l'origine d'une erreur devenue courante qui consiste à étudier la responsabilité délictuelle comme une source d'obligation, et à présenter la responsabilité contractuelle comme un effet de l'obligation, ce qui empêche de saisir l'unité des questions posées⁸⁶⁶. Il faut dire aussi qu'en 1938, Henri et Léon Mazeaud succéderont à René Demogue à la rédaction de la chronique de la *RTD civ.* en se chargeant des Obligations en général, le doyen Carbonnier prenant les contrats spéciaux. D'emblée le plan de leurs commentaires changera profondément :

- I/. Théorie générale des contrats
- II/. Responsabilité délictuelle et contractuelle
- III/. Quasi-contrats
- IV/. Effets des obligations
- V/. Extinction des obligations
- VI/. Preuve

[35]. Enfin, Julien Bonnecase propose une vue concurrente des trois précédentes : la loi seule est la source des obligations, elle est mise en mouvement par l'acte juridique et le fait juridique⁸⁶⁷. La doctrine française, selon cet auteur, s'est montrée aveugle devant les évidences : « Elle n'a pas compris que l'acte juridique s'absorbait dans le fait juridique au sens large par rapport au fait juridique *stricto sensu*. En second lieu, elle a par trop racorni la notion d'acte juridique en se laissant hypnotiser par l'une de ses variétés : le contrat. En troisième lieu, elle a, suivant en cela une tradition rétrograde, fractionné à l'excès la notion de fait

⁸⁶⁵ *RTD civ.* 1936, p.3, spéc. p.17-18 note (1) : les auteurs tenaient déjà cette position dans leur *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1931.

⁸⁶⁶ *Voy. Chapitre 16. La responsabilité contractuelle, d'une controverse à l'autre.*

⁸⁶⁷ J. Bonnecase, *Précis de droit civil*, II, 2^e éd. 1939, [450]

juridique *stricto sensu* en voyant des notions se suffisant à elles-mêmes dans de simples catégories du fait juridique. Elle a, par voie de conséquence, passée à côté de la théorie de l'acte juridique et du fait juridique ». Le doyen Carbonnier, élève de Bonnecase, puis Flour, populariseront cette division bipartite acte juridique / fait juridique *stricto sensu*, qui est bien assise aujourd'hui.

[36]. Conclusion provisoire : que nous a laissé le tournant du 20^e siècle ?

1/. D'abord un constat d'échec : la tentative de rénovation du droit naturel telle que la voulait Gény a échoué ; ce n'est pas pour autant que le positivisme de Kelsen s'est imposé, très loin de là. En revanche, un certain légalisme a rendu rigide les principes de la recherche scientifique, et l'analyse critique de la jurisprudence a accouché d'un *case law* dogmatique aux dimensions théoriques limitées.

2/. Puis un semi – échec ou un demi – succès : la partie générale du droit civil, formée par la pandectistique, importée par Bufnoir, Saleilles, *et alii*, adaptée par Planiol et Capitant s'est peu à peu transformée pour prendre place dans nos *Introductions générales au droit*, sous la forme d'un panorama des *institutions civiles*.

3/. Un succès : la volonté individuelle est devenue le critère de classification des sources des obligations. Mais ce succès est une victoire à la Pyrrhus : notre 20^e siècle n'a pas su tirer les conséquences de la *déclaration de volonté* pour construire une théorie de la formation des actes juridiques qui renouvelle le maigre système du Code. Et en ressuscitant la catégorie des quasi - contrats, en tant que fait volontaire licite, la doctrine française a fait œuvre de gallicisme, là où d'autres droits européens tiraient les leçons de la pandectistique et composaient un système de restitutions. Quant à la classification bipartite obligations contractuelles / obligations extra-contractuelles, elle était peut-être condamnée d'avance par l'avènement de la volonté individuelle comme source d'obligation.

4/. Enfin depuis 1975, la procédure civile française a un Code composé d'une partie générale et de parties spéciales, et la définition de l'action ne la rend pas consubstantielle à l'obligation. L'innovation théorique du tournant du 20^e siècle s'est incarnée dans le livre de la pratique judiciaire au tournant du 21^e siècle.

La formation du contrat

Chapitre 13

La théorie des nullités

L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré aux articles 1178 *et sq.* du Code civil, la division des nullités selon la systématique de René Japiot où nullité absolue et nullité relative se partagent les sanctions de l'invalidité du contrat. Contrairement à la plupart de nos voisins européens, notre théorie des nullités regarde le juge comme l'acteur essentiel de l'invalidité des obligations contractuelles, quand ailleurs la distinction entre nullité radicale et annulabilité laisse au législateur le soin de prononcer l'invalidité des contrats (Espagne, Allemagne, Italie), quand aussi l'annulation peut être notifiée par les parties (Allemagne). Cette distinction entre nullité et annulabilité a été écartée par la loi française, avec pour première conséquence, la généralisation d'un système d'annulabilité des actes où le juge prononce la nullité y compris lorsque celle-ci vient sanctionner une illicéité, et pour deuxième conséquence, que tout ce qui n'est pas annulé, peut produire des effets juridiques, y compris modifier des situations juridiques en vertu d'actes illicites, effets que la prescription ou la théorie de l'apparence viendront valider.

Version non modifiée de « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^e et 20^e siècles » in *La théorie des nullités*, sous la direction de M. Boudot et P. M. Vecchi, LGDJ, 2009, pp.79-98

1. L'un des traits marquants de notre histoire contemporaine aura été la mutation de l'image doctrinale de la Cour de cassation pendant la deuxième moitié du 19^e siècle et au tournant du 20^e siècle ; une mutation qui a eu la double conséquence théorique de situer la Cour de cassation comme autorité jurisprudentielle à l'égal du législateur dans les matières où ce dernier n'intervenait pas ou peu, et d'ajouter (voire de substituer) au système du Code civil, un système de grands arrêts⁸⁶⁸. Ces années savantes seront aussi le temps d'une réflexion doctrinale profonde aux fins de réformer la dogmatique du droit des obligations, mais loin de tirer les enseignements de Saleilles, Planiol ou Capitant, portés tous trois par la vague germanophile, la pensée française restera hermétique au modèle rationnel allemand du *Negotium juridicum*. A l'inverse des auteurs italiens, portugais, espagnols ou suisses, l'ambition de réunir les sources des obligations autour de

⁸⁶⁸ Sur la désystématisation du Code civil, voy. Ph. Remy, « Le processus de "dé-codification" », in Dunand & Winiger, *Le Code civil des Français dans le droit européen*, Bruylant, 2005, pp.177-199.

concepts unificateurs aura fait long feu⁸⁶⁹. Les apparences sont toujours trompeuses ; « l'acte juridique » résonne en France, plus que jamais, de manière ambiguë⁸⁷⁰.

Le cas particulier de la formation des actes à travers l'examen de la théorie des nullités est d'autant plus intéressant à observer qu'il concentre sur lui les épineuses difficultés de l'existence de l'engagement et de sa validité ; le Code civil n'offre pas à sa naissance un système des nullités d'une grande clarté. C'est le moins que l'on puisse dire ; il assimile mal l'héritage du passé. Et en l'absence de système clair de la formation des actes juridiques, ce sont les commentateurs qui vont forger les instruments de l'interprétation des articles 1108 et *sq.*, 1117, 1234, 1338, 2262 du Code Napoléon. L'ancien droit français distinguait « action en nullité » et « action en rescision » et nourrissait la différence des fondements au moyen de la distinction des régimes procéduraux. L'action en nullité était celle par laquelle on provoquait l'annulation d'une obligation dont la nullité était prononcée par les ordonnances ou par les coutumes, *quand l'action en rescision était celle par laquelle on provoquait la rétractation des obligations qui, quoique valables dans la rigueur du droit, blessaient cependant les règles de l'équité, ou celles dont la nullité n'étaient prononcées que par le droit romain* selon des formules que l'on retrouve chez la plupart des auteurs⁸⁷¹.

Au début du 19^e siècle, et pour ainsi dire, pendant presque tout ce siècle, la nullité est prononcée par la loi, tandis que l'annulation est provoquée par la mise en œuvre de l'action⁸⁷². L'autorité de la loi gouverne le raisonnement et le discours de l'interprète, pour qui un acte nul ne produit aucun engagement juridique, de la même manière qu'un acte inexistant. Mais au tournant du siècle, lorsque l'arrêt de la Cour de cassation acquerra une autorité jurisprudentielle concurrente de la loi, il

⁸⁶⁹ P. 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 *sq.*, spéc. p.172 ; voy. *Chapitre 12. La classification des sources*.

⁸⁷⁰ G. Rouhette, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007/4, p.1371 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, tome 1^{er}, 1923, pp.21-50 ; J. Beauchard, « Classification des sources des obligations dans les projets de Codes contemporains », in V. Mannino et C. Ophèle (dir.), *op. cit.*, p.171

⁸⁷¹ C. S. Zachariae, *Cours de droit civil français* II, [trad. Aubry et Rau, 2^e éd., 1844], § 332 ; C. Toullier, *Droit civil français*, VII, [1811], n.525 ; Duranton, *Cours de droit français selon le Code civil*, XII, [1822], n.519 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations* IV, [1857], art. 1304, n.2

⁸⁷² L'évolution de la notion d'action ne doit pas être séparée du traitement des difficultés rencontrées pour l'exposé des théories des nullités ; le tournant du 20^e nous aura proposé de ne plus concevoir l'action comme consubstantielle à l'obligation, mais de la concevoir comme droit subjectif ; voy. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 1^{re} éd., 1958 ; 3^e éd., 1996.

s'opèrera un changement fondamental de conception : à partir de l'opposition entre la théorie classique visant la nullité de l'acte, et la théorie moderne (dite du droit de critique) décrivant la nullité à travers le rôle et le pouvoir du juge, la jurisprudence du 20^e siècle va recomposer le système des nullités autour de théories de la validation des actes, y compris des actes inexistantes. Pour en saisir la teneur, il est nécessaire d'aborder les systèmes doctrinaux chronologiquement en raison d'une coïncidence *grosso modo* entre le fond et le temps. Les théories des commentateurs du Code civil qui proposeront des systèmes de nullités des actes et expliqueront les voies d'annulation de ces actes (I), seront étudiées avant les théories des auteurs du 20^e siècle, qui à la lumière de la jurisprudence, proposeront des systèmes d'annulation des actes pourvus de voies de validation (II).

I. Systèmes de nullité des actes et voies d'annulation (1804 – 1909)

2. Naissance de la tragédie - L'origine des difficultés qui contribuent à nourrir la controverse depuis deux siècles, se situe dans la formule de l'article 1117 du Code civil des Français de 1804. « La convention consentie par erreur, violence ou dol n'est pas nulle de plein droit ; elle donne simplement lieu à une action en nullité ou rescision » ; elle se prolonge aux articles 1304⁸⁷³ et 1338⁸⁷⁴. Les premiers commentateurs du Code vont interpréter ces textes et organiser le système des

⁸⁷³ Art. 1304 du Cod. Nap. « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage. Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits que du jour où l'interdiction est levée ; et à l'égard des actes faits par les mineurs, que du jour de la majorité ».

⁸⁷⁴ Art. 1338 du Cod. Nap. « L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers ».

nullités à la lumière de l'ancienne jurisprudence et en prolongeant l'ancienne classification. Leurs successeurs vont se saisir au contraire des ambiguïtés de la combinaison de ces textes pour dégager de nouveaux critères de distinction.

A. Le temps de l'héritage

3. Une première division fondamentale - Les « nullités » observent une *summa divisio* : elles sont prononcées par la loi, alors que les « nullités-ou-rescisions » sont prononcées par le juge. Est-ce à dire que les nullités prononcées par la loi peuvent se passer d'actions en nullité menées devant le juge ? Les auteurs ne le pensent pas mais adoptent parfois une posture ambiguë. Toullier organise son système de nullités des contrats (et des actes en général) à partir de la distinction opposant *nullité ipso jure vs. rescision* : « la loi annule les conventions de deux manières, ou en prononçant immédiatement la nullité, ou en la prononçant par le ministère du juge, à qui elle ordonne de la prononcer en connaissance de cause : ce dernier cas est ce que l'on appelle proprement rescision »⁸⁷⁵. Il s'explique : « La nullité de droit ou de plein droit est prononcée par la loi, dans le cas de vice extrinsèque et apparent, dont la visibilité empêche le contrat de se former, parce que la loi s'y oppose d'avance. Si le contrat renferme un vice intrinsèque et caché ; si par exemple il a été extorqué par erreur, dol ou violence, il est essentiellement et radicalement nul, car il n'y a point de consentement valable ... jusqu'à ce que ce vice soit découvert, il existe au moins l'apparence d'un contrat, et cette apparence a l'effet de la réalité, tant qu'elle n'est pas détruite par un jugement rendu en connaissance de cause, qui déclare que le contrat est réellement nul, et qui remet les parties au même état où elles se trouvaient auparavant. Voilà ce que l'on appelle rescision ou restitution⁸⁷⁶ ». Plus simplement chez Proudhon⁸⁷⁷, c'est aussi une question de régime probatoire : « L'action en nullité n'exige la preuve d'aucune lésion, parce qu'il est de la nature des choses qu'un acte nul ne produise aucun effet contre l'intérêt de celui pour lequel la nullité est établie par la loi ; d'où il résulte qu'il n'est besoin d'établir autre chose que la nullité elle-même, pour se dégager de toutes les suites de l'acte qui en est frappé. Dans l'action en rescision, au contraire, il faut prouver la lésion, à moins qu'on ne soit dans quelques cas où elle est présumée de plein droit ».

⁸⁷⁵ Voy. aussi V. Solon, *Traité des nullités des conventions et des actes*, 1835 sur <http://gallica.bnf.fr> ; J.-B. Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, 1816 (archive.org) ; *Jurisprudence générale Dalloz*, tome 32, v°Nullités.

⁸⁷⁶ C. Toullier, VII, n.521, pp.615-616.

⁸⁷⁷ J.-B. Proudhon, *Cours de droit français*, Tome II, 1810, p.282

Toullier aura été fortement critiqué pour avoir laissé penser que le Code donnait aux termes « nullités de droit ou de plein droit⁸⁷⁸ », le sens de nullité qui peuvent se passer d'une constatation judiciaire⁸⁷⁹, mais au-delà du caractère abrupt des formules, il proposait une théorie pragmatique de l'annulation : le juge est confronté à des difficultés qu'il doit résoudre, au moins le temps de se convaincre que le contrat est bien nul ou rescindable ; et cela exige, parfois même pour des nullités qui intéressent l'ordre public, que soient menées à leur terme des mesures d'instructions. Les difficultés se résolvent selon Toullier en termes d'exécution provisoire sous caution des engagements prétendument nuls, et pouvant faire l'objet de restitution en fin de compte⁸⁸⁰.

4. Le critère de la confirmabilité – Une deuxième division fondamentale présente chez les auteurs de la première exégèse, épouse un critère de distinction tiré de la spécialité des voies d'annulation : la possibilité ou l'impossibilité de confirmer l'engagement conduit à la reformulation de la division ancienne en « *Nullités radicales vs. Annulabilité* ». Duranton⁸⁸¹ oppose les nullités selon le critère du principe de la confirmation / de l'obstacle à la confirmation, également présente chez Zachariae⁸⁸², pour en faire la matrice de son système : il sépare les nullités radicales de l'annulabilité ou rescindabilité⁸⁸³. Les premières ne se couvrent ni par le temps, ni par la ratification (cas du mariage incestueux ou du contrat ayant une cause illicite) ; les secondes peuvent être couvertes et se prescrivent par 10 ans (Art. 1304 [1804] Cod. Nap.). D'abord, on trouve « les cas où une convention n'aurait qu'une cause illicite ou contraire aux bonnes mœurs, ou serait absolument sans cause, ou n'aurait pas d'objet, ou, ce qui revient au même, quand l'objet était hors du commerce au moment du contrat, par exemple, une succession non encore ouverte. Dans ces cas, en effet, il y a nullité radicale de la convention ; le contrat n'a que l'apparence d'un contrat, en tant que la loi ou la nature des choses s'opposait à ce qu'il produisît les effets possibles d'un contrat même annulable ou rescindable dans un délai déterminé. Aussi le Code n'a-t-il pas, comme pour les contrats entachés des vices d'erreur, violence, dol ou lésion, ou passés par des

⁸⁷⁸ voy. art. 502 et 503 C. Nap.

⁸⁷⁹ R.-T. Troplong, *De la vente*, II, [1837], n.685 sq., entreprend une défense de Toullier en soulignant que les errements et les exagérations du professeur de Rennes sont dus à sa grande connaissance des principes de l'Ancienne jurisprudence.

⁸⁸⁰ C. Toullier, VII, n.529

⁸⁸¹ A. Duranton, XII, n.524

⁸⁸² C. S. Zachariae, II, § 338

⁸⁸³ A. Duranton, XII, n.524

mineurs, des interdits ou des femmes mariées non autorisées, fixé un délai pour agir en nullité ». Autrement dit les actions en déclaration de nullités radicales sont imprescriptibles, quand les actions en nullité-ou-rescision *i.e.* en annulabilité se prescrivent par 10 ans. Duranton explique : « cette distinction est tout-à-fait juste; elle établit clairement quels sont les actes qui ont seulement l'apparence d'un contrat, qui, au fond, ne sont rien, ne renferment aucune obligation véritable, et les conventions qui, quoique vicieuses sous certains rapports, sont néanmoins valables, en tant qu'elles ne sont pas nulles de plein droit, qu'elles peuvent seulement être annulées ou rescindées dans un délai fixé par les lois, et passé lequel, l'acte produit ses effets en Droit et en fait, comme s'il eût été régulier dès le principe, ou du moins comme s'il eût été régulièrement confirmé ou ratifié. Elle démontre que, dans les cas où la nullité peut être considérée comme étant d'ordre public, ou que l'obligation, d'intérêt purement privé, est infectée d'un de ces vices qui ne sauraient se purger par la ratification de la partie, cette partie peut toujours, si elle est jamais poursuivie en exécution d'un tel engagement, opposer l'exception de nullité : aussi bien après les dix ans depuis l'acte, que dans les dix ans; et qu'ainsi le délai fixé par l'article 1304 n'est point établi pour ces sortes d'actes, même pour agir par voie d'action en nullité, soit que la partie eût ou non exécuté un engagement de cette sorte. Tandis que dans les cas où la convention est simplement annulable ou rescindable pour un de ces vices qui tombent sur le consentement ou la capacité, c'est dans le délai fixé par cet article que la partie doit agir en nullité, à peine ensuite d'être déclarée non recevable à le faire ». Cette démonstration implique que l'acte nul n'importe aucun engagement.

5. *L'absence d'engagement* - Il se dégage chez ces auteurs une première conséquence de l'invalidité d'un acte : l'inexistence de l'engagement contenu dans l'acte nul. On en retrouve l'intuition chez Zachariae sous une division tripartite opposant « inexistence » / « nullité et voie d'annulation » / « rescision et voie de rétractation » ; le professeur allemand reprend à son compte l'idée que la nullité est prononcée par loi et donne les deux définitions suivantes⁸⁸⁴ :

« L'action en nullité est la voie juridique par laquelle on demande l'annulation d'une obligation qui ne réunit pas toutes les conditions requises pour sa validité, c'est-à-dire, toutes les conditions exigées à peine de nullité littérale ou virtuelle ».

« L'action en rescision est, dans le sens propre de ce mot, la voie juridique par laquelle on demande la rétractation d'une obligation d'ailleurs valable en elle-même, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque lésion⁸⁸⁵ ».

⁸⁸⁴ C. S. Zachariae, II, § 333

⁸⁸⁵ La rescision chez Zachariae a son sens étroit (Arg. art. 1118 [1804]) ; l'action en rescision est accordée comme privilège personnel, ou pour les cas déterminés par la loi.

Seulement, Zachariae nous offre au § 37 de l'introduction de son manuel, sous le rapport d'une théorie des lois, une esquisse de classification systématique des actes juridiques contraires à la loi. C'est là qu'il explique la différence entre les nullités textuelles et les nullités virtuelles (celles qui contreviennent à l'esprit de la loi), c'est là aussi qu'il insiste sur la différence entre l'acte nul et l'acte inexistant : « La nullité est l'invalidité dont un acte est frappé comme contrevenant à un commandement ou à une défense de la loi.

L'acte nul diffère essentiellement de l'acte inexistant. L'acte inexistant est celui qui ne réunit pas les conditions essentielles à son existence de fait, ou qui n'a pas été accompagné des solennités indispensables pour lui donner une existence juridique d'après l'esprit du droit positif ».

Aussi bien nullité que rescision ont besoin d'un juge qui les prononce. Même les nullités *ipso jure*, les nullités radicales selon cette expression que Zachariae réprovoque, ne peuvent se passer d'être déclarées. En revanche, les actes inexistantes devraient pouvoir s'en passer. Mais il est clair que *les actes inexistantes comme les actes nuls ne contiennent aucun engagement valable*.

L'auteur complète ensuite son système par le régime de la confirmation :

« La confirmation d'une obligation est l'acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation, contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité ou de rescision (Art. 1338)... On ne peut confirmer ni les obligations naturelles, ni les obligations inexistantes. Toutes les obligations sujettes à nullité ou à rescision sont en règle générale, susceptibles de confirmation, peu importe que la nullité à couvrir soit de fond ou de forme, relative ou absolue, d'intérêt privé ou d'ordre public⁸⁸⁶ ».

En résumé, Zachariae caractérise l'impossibilité de confirmer de trois manières :

1°. en raison du caractère naturel de l'obligation souscrite

2°. en raison de son inexistence

3°. par l'impuissance de la volonté individuelle à faire disparaître le vice lorsque cette nullité étant tout à la fois d'ordre public et perpétuelle, le vice de l'obligation se continue malgré la confirmation et y ajoute par ailleurs le cas des nullités de forme qui vicient les donations entre vifs.

Il en résulte évidemment qu'une telle nullité qui ne peut être couverte par la volonté, ne pourrait pas l'être non plus par la prescription⁸⁸⁷.

⁸⁸⁶ C. S. Zachariae, II, § 339

⁸⁸⁷ C. S. Zachariae, II, § 337

En résumé les trois systèmes principaux partagent sous diverses formulations et nuances une même perspective, celle qui se concentre sur la validité de l'acte, pris en lui-même. D'abord, Toullier proclame la distinction des nullités *ipso jure* vs. nullités-rescisions, mais il admet que concrètement et pragmatiquement, le ministère du juge est nécessaire au moins pour répéter les paroles de la loi, ce qui le conduit à penser une théorie de l'annulation qui s'appuie sur des effets provisoires des actes prétendument nuls. Ensuite, Durantou oppose actes radicalement nuls ne pouvant avoir aucun effet et actes annulables-rescindables. Les premiers ne comportent aucun engagement, les seconds comportent un engagement dont la validité est douteuse, un doute que le temps ou la volonté lèveront ; dans cette veine, les actes annulables sont véritablement valables mais la reconnaissance judiciaire du type de lésion qu'ils produisent les rendront rétrospectivement sans effet (Arg. art. 1234 [1804] qui fait de la nullité ou rescision une cause d'extinction de l'obligation). Enfin, Zachariae partage cette dernière idée mais rejette l'expression « nullité radicale ou de nullité de non-existence » que l'on rencontre parfois. Il sépare dans la catégorie des causes d'invalidité les causes factuelles et les causes légales ; dans tous les cas, aucun ne produit d'engagement, mais les actes nuls doivent être annulés i.e. déclarés comme nuls.

6. Une distinction d'arrière-plan - Tous les auteurs s'accordent pour reconnaître le caractère secondaire et non discriminant de la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives ; la raison essentielle de ce rejet en arrière-plan est qu'elle se rapporte au régime procédural de la voie d'annulation et, non à proprement parler au système des nullités des actes⁸⁸⁸. Les controverses doctrinales relatives à ce critère portent sur les conditions personnelles à l'exercice des actions en nullité visant certains actes, mais aucun auteur n'organise son système de nullité des actes selon la distinction nullité absolue et nullité relative. Du reste souligne-t-on, le Code civil n'ayant posé aucune règle permettant de distinguer les nullités relatives et les nullités absolues, on voit mal comment ce critère pourrait être celui de l'organisation du système⁸⁸⁹.

⁸⁸⁸ C. S. Zachariae, II, § 334 ; voy. *Jurisprudence générale Dalloz*, tome 32, v° Nullités, n°8

⁸⁸⁹ C. S. Zachariae, I, § 37, mais comp. C. Toullier, VII, n.558 ; comp. S. Gaudet, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *McGill Law Journal* [1995, vol. 40], p.291 qui considère que des auteurs du début du 19^e (Perrin, Biret, Solon) avaient fait de la distinction nullité absolue / relative leur division fondamentale. Cette interprétation me paraît erronée : Solon dit seulement « la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives est essentielle ; c'est même une de celles qu'il importe le plus de connaître [*il la présente en troisième position*] à cause que le caractère qui les sépare ne varie pas ».

B. Le temps de la méthode

7. *Born to comment* – La période suivante est celle qui s’annonce avec les commentateurs nés avec le Code. A la suite des premiers exégètes, certaines ambiguïtés linguistiques sont tranchées : celles nées de l’expression nullité ou rescision « prouvent seulement que le législateur moderne, en continuant l’usage d’expressions qui ne sont aujourd’hui qu’une redondance sans valeur, n’a pas approprié son langage aux innovations qu’il a introduites dans les principes de notre droit » nous dit Larombière. Dans le même sens Marcadé nous met en garde : il faut prendre soin de distinguer l’acte rigoureusement nul qui n’a pas d’existence légale, de l’acte nul dans le sens impropre de ce mot, c’est-à-dire soumis à une cause qui peut le faire annuler ; en d’autres termes, l’acte nul de l’acte annulable. Les actions en nullité n’intéressent que les actes annulables car il s’agit ici d’anéantir des actes existants. « Le néant lui ne peut être anéanti » souligne Marcadé. Dans le sillage de Zachariae, on peut considérer que l’invalidité de l’acte en tant que catégorie fait son chemin, avec des nuances.

8. *L’invalidité de l’acte* - L’analytique Demante et le polémique Marcadé optent pour un système qui fusionnerait nullité radicale et inexistance, les distinguant de l’annulabilité ; « il importe de distinguer un acte nul, de l’acte quelconque qui donne seulement lieu à une action en nullité ou rescision. L’acte nul est un simple fait qui n’a point d’existence légale, et que ne peut dès lors confirmer ni laps de temps, ni aucun fait approbatif : car le néant n’est pas susceptible de confirmation. Mais il sera toujours nécessaire de s’adresser à la justice pour faire déclarer la vérité, et pour faire ordonner par elle la restitution ou la destruction de ce qui, en réalité, aura été donné ou fait sans cause⁸⁹⁰ ». La convention conclue par un somnambule, nous dit Marcadé, est radicalement nulle, et il sera toujours temps 30 ou 40 ans après l’avoir conclue, d’en faire reconnaître la non-existence⁸⁹¹. Dans la même veine, Larombière établit une gradation quant à l’invalidité : « Au-dessus du contrat déclaré nul, on rencontre le contrat réputé non inexistant... Par cela même qu’il est réputé non existant, sa non-existence dispense de toute déclaration de nullité ; telles sont toutes les conventions faites avec un insensé, avec un enfant qui n’a pas l’âge de raison, une vente sans prix, toutes enfin qui, étant ridicules ou non sérieuses, n’ont aucune force juridique même apparente ». En revanche, les actes faits en vue de produire de véritables effets juridiques existent quoiqu’ils fussent entachés d’un vice et doivent être déclaré nuls ou annulés⁸⁹².

⁸⁹⁰ A. Demante, *Cours analytique de Code Napoléon*, continué par Colmet de Santerre, V, n.261 et sq.

⁸⁹¹ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique de Code Napoléon*, art. 1117, n.423

⁸⁹² L. Larombière, IV, 1857, art. 1304, n.12 et sq.

Demolombe n'étudie pas la théorie des nullités à propos des contrats, puisque, dit-il, la distinction des actes nuls et des actes annulables touche tous les domaines du droit, mais il constate qu'il n'y a pas dans le code de théorie générale des nullités : « Le Code Napoléon n'a pas de système d'ensemble de tous les cas de nullité ». C'est en traitant du mariage, de la minorité et des successions que *le prince de l'exégèse* esquissera une approche théorique des nullités des actes en général : il distingue l'acte inexistant ou nul de l'acte annulable. En matière de mariage (III, n.236 *et sq.*), il distingue les mariages nuls ou non existants des mariages annulables. Les mariages annulables se séparent en deux catégories selon que la cause de l'annulabilité est relative ou absolue.

9. *L'anéantissement de l'acte* – Les formules changent et la pensée évolue. Un petit exercice de comparaison nous fera avancer dans la compréhension du mouvement des idées : Zachariae⁸⁹³ d'une part ; Aubry et Rau⁸⁹⁴ de l'autre.

(1844) L'action en nullité est la voie juridique par laquelle on demande l'annulation d'une obligation qui ne réunit pas toutes les conditions requises pour sa validité, c'est-à-dire, toutes les conditions exigées à peine de nullité littérale ou virtuelle

(1869) L'action en nullité est la voie juridique par laquelle on demande l'anéantissement d'une obligation qui ne réunit pas toutes les conditions requises pour sa validité, c'est-à-dire, toutes les conditions exigées à peine de nullité littérale ou virtuelle.

Au milieu du 19^e siècle, la doctrine est à peu près d'accord pour dire que l'on anéantit pas le néant selon la formulation de Marcadé, mais en 1869 pour la 4^e édition du cours de droit civil selon la méthode de Zachariae, Aubry et Rau modifient la traduction du § 333, en changeant un seul mot de la définition de l'action en nullité. Sans importance ? Fortuit ? Non, c'est forcément capital d'autant que la même édition réforme aussi le § 37, et là où Zachariae disqualifiait la distinction entre nullité relative et absolue comme critère de classification, Aubry et Rau y affirment que le Code civil a posé une présomption de nullité absolue⁸⁹⁵. Il s'ensuit que l'acte inexistant est inefficace indépendamment de toute déclaration judiciaire et il appartient au juge de reconnaître cette inexistence même d'office (§37). En revanche, la nullité doit être prononcée par jugement. On peut comprendre qu'Aubry et Rau nous disent simplement que du point de vue de l'acte, inexistence et nullité produisent des effets semblables, c'est-à-dire aucun,

⁸⁹³ C. S. Zachariae, II, 1844, § 333 ; Les formules ont aussi évolué dans en version originale : comp. Zachariae, *Handbuch des französischen Civilrechts*, [1808, §175, p.269], [5^e éd. 1853, § 332] sur <http://dlib-pr.mpij.de> pour le texte en allemand.

⁸⁹⁴ *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd. 1869, § 333.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, § 37.

mais que du point de vue du juge, en toutes hypothèses, il faudra anéantir soit l'apparence de l'acte nul, soit l'obligation valable mais rescindable. On pressent toutefois que ce qui est important passe désormais par la question de savoir QUI va obtenir du juge cette mise à néant.

10. L'inefficacité de l'acte - Pour dire les choses clairement, à la fin du 19^e siècle, deux manières de voir dominant : dans la ligne de Zachariae, Aubry et Rau, l'inexistence ne doit pas être confondue avec la nullité, alors que Demolombe, Laurent⁸⁹⁶, Marcadé, *et alii* pourront affirmer que l'acte radicalement nul n'existe pas ; ceci a pour conséquence que d'une manière ou d'une autre la tripartition a tendance à devenir une bipartition entre l'inexistence et l'annulabilité⁸⁹⁷, une annulabilité molle signifiant simplement que le recours au juge est nécessaire. La division nullité radicale / annulabilité fondée sur la possibilité de confirmer l'acte commence à être refoulée ; petit à petit, lui est substituée celle des nullités absolues et des nullités relatives⁸⁹⁸.

Ces deux approches partagent l'idée directrice que dans certaines hypothèses, l'acte juridique inexistant n'est pas reconnu tel par le droit *ipso iure*, et dans d'autres, que son existence avérée ne suffit pas à le rendre juridiquement efficace, il reste sous l'épée de Damoclès de l'invalidité.

11. Le sens étroit de la rescision - Avec la disparition de la rescision au sens large, c'est une rescision au sens étroit qui complète le système ; la rescision pour lésion ou la réduction pour excès sont traitées comme des remèdes spéciaux, pour des cas particuliers prévus par la loi (art. 783, 887, 1079, 1674 du Code Nap.) et pour les personnes spécialement protégées (art. 484, 1305, 1313 du Code Nap.).

C. Le temps des classiques

12. Dans le dernier quart du 19^e siècle, sous l'impulsion des auteurs français qui portent leur attention sur les travaux préparatoires du BGB, vont être esquissées des théories des actes juridiques faisant explication du système des nullités. Mais à vrai dire, dans le détail, les choses restent embrouillées. La théorie « classique », ou plus exactement celle que l'on qualifiera comme telle pour la critiquer ou la

⁸⁹⁶ Le vocabulaire est très confus chez Laurent, XVIII, n.531 « Il ne faut pas confondre les obligations annulables avec les obligations inexistantes. Nous avons établi ailleurs la différence qui existe entre les actes nuls, c'est-à-dire annulables, et les actes que la doctrine appelle inexistantes, parce qu'ils n'ont pas d'existence aux yeux de la loi, en ce sens que la loi ne leur reconnaît aucun effet. Les actes nuls seuls donnent lieu à une action en nullité ».

⁸⁹⁷ C. Bufnoir, Leçon, XLVII, p.657.

⁸⁹⁸ C. Bufnoir, *in ibidem* ; C. Beudant, *Cours de droit civil français*, Les contrats et les obligations, 1906.

défendre, est exposée notamment par Gabriel Baudry – Lacantinerie dans son précis de droit civil⁸⁹⁹, l'ouvrage conserve le style du commentaire article par article ; il nous offre clairement une division bipartite des cas d'invalidité du contrat (mais il ne semble pas utiliser le mot), et faisant référence aux nullités du mariage, il laisse entendre que sa présentation des nullités du contrat vaut pour la généralité des actes⁹⁰⁰.

« Le contrat est inexistant ou nul de nullité radicale, quand il n'a pas d'existence légale. C'est une apparence sans réalité, un pur fait destitué de tout effet civil, en un mot le néant. 1°) en cas d'absence d'un élément essentiel à sa formation ... défaut absolu de consentement, absence ou fausseté de la cause, inobservation de solennités. 2° lorsque le contrat a été passé en violation d'une prescription ou d'une prohibition légale fondée sur des motifs d'ordre public... pacte sur succession future.

Le contrat nul - *plus loin dans le précis 'simplement nul'* - ou annulable est celui qui réunit tous les éléments essentiels à sa validité, mais qui renferme un vice susceptible d'amener son annulation en justice ». Plus tôt dans son ouvrage, G. Baudry-Lacantinerie offre une application de cette distinction à propos de l'erreur (§ 21). L'erreur n'est pas un cas homogène affirme-t-il : certaines rendent le contrat inexistant (erreur sur la nature de la convention, sur son objet, sur l'existence de la cause), d'autres le rendent simplement nul ou annulable (erreur sur la substance). Et l'auteur de souligner que les expressions « contrat nul » et « contrat annulable » sont synonymes.

13. La bipartition qui se dessine est celle de l'inefficacité de l'acte : d'un côté, les actes inexistantes et les actes nuls auxquels on ne reconnaît aucun effet ; d'un autre, les actes nuls auxquels on reconnaît quelques effets putatifs et les actes annulables. Mais à vrai dire, comme le souligne Planiol, en dehors de ce constat minimal, il règne la plus grande confusion dans les détails du régime des nullités⁹⁰¹. Pourrait-il en être autrement ? Pendant un siècle, les auteurs ont fait la théorie des nullités des actes juridiques sans avoir de théorie des actes juridiques ! Moins sévèrement, on constatera que les tentatives d'élaboration des théories des nullités des actes juridiques (et pas seulement des contrats), s'appuient pour le

⁸⁹⁹ voy. surtout l'histoire des systèmes du point de vue de J. Bonnecase, *Supplément IV*, pp.1-200.

⁹⁰⁰ G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, II, n.386 sq.

⁹⁰¹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil I*, §326 (2^e éd., 1901)

moins sur des proto-théories des actes, dont les travaux préparatoires du BGB sauront tirer les fruits⁹⁰².

14. La théorie moderne de l'acte juridique - Dans le sillon tracé par Bufnoir et Beudant, sous l'influence de la pandectistique, Marcel Planiol et Henri Capitant vont composer, chacun, un traité élémentaire dont la première partie fait figure de partie générale dans laquelle ils proposent sur le modèle allemand une théorie générale des actes juridiques. L'innovation consiste à situer le contrat dans le champ plus vaste d'une théorie des actes taillée sur le modèle allemand du *Rechtsgeschäft*, et ce bien que la théorie des actes ne soit qu'une extension des principes régissant le contrat.

Dans le premier volume de son *Traité élémentaire de droit civil*⁹⁰³, Planiol clôt sa théorie générale des actes juridiques par un chapitre VI intitulé *Des nullités*, et répond à la double question de savoir ce que n'est pas un acte ou quand ce qui apparaît comme un acte ne crée pas d'engagement⁹⁰⁴. « Quand un acte a été matériellement accompli et qu'il en existe une preuve conforme à la loi, s'il y a désaccord entre les parties, foi est due au titre provisoirement ». Pour exposer sa théorie, Planiol fait une remarque liminaire distinguant l'acte nul de l'acte inutile (cas de la chose qui a péri), ce dernier n'ayant pas d'effet sans que le législateur n'y soit pour quelque chose⁹⁰⁵. Après un examen succinct mais nécessaire de l'histoire des cas de nullités, il conclut sur les deux systèmes principaux qui partagent la dogmatique : chacun a sa part de vérité.

D'une part, pour lui, il est difficile d'abandonner l'idée d'une nullité opérant des effets de plein droit et sans jugement, ce qui pourtant n'exclut pas la nécessité de recourir au juge, par l'effet des règles de preuve et de l'impossibilité de se faire justice soi-même⁹⁰⁶. D'autre part, il est impossible de rejeter la catégorie des actes inexistantes, tels que les définissent Aubry et Rau, mais, nous dit-il, *on verra qu'il y a lieu de leur faire une part réduite*. Le système proposé par Planiol s'appuie donc sur une division tripartite mais il ordonne l'examen des catégories en commençant par les actes nuls de plein droit, puis les actes annulables, puis enfin par les actes inexistantes⁹⁰⁷. « La nullité de plein droit est la

⁹⁰² P. Ancel, *op. cit.* spéc. p.172.

⁹⁰³ 2^e éd., 1901.

⁹⁰⁴ M. Planiol, I, n.330

⁹⁰⁵ M. Planiol, I, n.327

⁹⁰⁶ M. Planiol, I, n.335

⁹⁰⁷ Inexistence / nullités de plein droit / Annulabilité / Jurisprudence chez Capitant, n.276 *sq.*

véritable nullité, celle qui sanctionne en principe les prohibitions de la loi. C'est elle qui représente le droit commun ; ... ; la simple annulabilité est une exception qui n'a lieu que dans certains cas ».

15. Les caractères de la nullité découlent de cette définition : 1) La nullité est immédiate ; 2) Toute personne intéressée à faire constater la nullité peut s'en prévaloir... on dit que la nullité de plein droit est absolue ; 3) La nullité ne peut pas se couvrir par la confirmation d'un des intéressés ; 4) La nullité ne peut pas se prescrire. *A contrario*, les caractères de l'annulabilité aussi : 1). La nullité (de l'acte annulable) n'est pas immédiate ; 2) L'action en nullité (de l'acte annulable) n'est pas accordée à tout le monde : « c'est ce caractère très remarquable des actes simplement annulables que l'on exprime en disant que la nullité est relative » ; 3) La nullité (de l'acte annulable) est susceptible de se couvrir ; 4) L'action en nullité (de l'acte annulable) peut se perdre par prescription

Il est très remarquable que Planiol fasse coïncider la dichotomie nullité absolue / nullité relative avec nullité de plein droit / annulabilité, mais il nous met en garde en note de bas de page : « Les expressions nullité absolue, nullité relative, sont celles qu'on emploie le plus communément dans la pratique pour distinguer les deux espèces de nullité. Ces appellations sont mal choisies, parce qu'elles sont tirées d'un caractère secondaire. Il vaut mieux employer les expressions nullité de plein droit et simple annulabilité qui font allusion à la différence fondamentale dont toutes les autres découlent ⁹⁰⁸ ».

Pour finir, la catégorie des actes inexistant repose sur une considération logique : l'inexistence est entièrement distincte de la nullité, parce que la loi n'a pas besoin de la prononcer. L'acte inexistant n'a pas été fait, et n'existe qu'en apparence⁹⁰⁹ ; « c'est sa preuve qu'on discute et qu'on combat plutôt que l'acte lui-même. ... On peut donc dire que l'inexistence véritable est incompatible avec la nullité, puisque la nullité est une opération qui consiste à anéantir un acte réellement accompli ⁹¹⁰ ». On précisera que, de son côté, Henri Capitant finira son examen du système des nullités en observant que la jurisprudence est assez obscure dans cette matière difficile ; il note que la Cour de cassation paraît admettre que la nullité de plein droit (ou radicale, ou absolue) ne peut pas être indéfiniment invoquée, et se prescrit par trente ans, car l'article 2262 [1804]

⁹⁰⁸ M. Planiol, I, n.343 (note).

⁹⁰⁹ *idem* chez H. Capitant, *Introduction*, 1898, n.276.

⁹¹⁰ comp. C. Aubry et C. Rau, *op. cit.*, §333

s'applique à toutes les actions, même si la nullité peut toujours être invoquée par voie d'exception.

16. Conclusion sur la première partie - En dépit des nuances et des oppositions qui ont fait la littérature du 19^e et du début du 20^e siècle, on ne se trompera pas de beaucoup en schématisant l'état de la pensée des auteurs « classiques » de la manière suivante. Le système des nullités érigé en partant du Code a pour objet le contrat en particulier et, par extension l'acte juridique. Le système s'accompagne d'une théorie de l'annulation qui vise à faire reconnaître l'invalidité en général des actes contraires à la loi ou à l'évidence. Le système reconnaît à certaines personnes la faculté d'obtenir du juge l'annulation d'actes dont la validité et l'efficacité étaient présumées, comme il leur reconnaît celle d'en confirmer la validité. Mais il faut insister sur ce point capital. Dans tous les cas, c'est la loi qui ordonne le système et non le juge. Au 19^e siècle, le système des nullités avait besoin d'une théorie de l'annulation ; la doctrine au 20^e siècle va changer son fusil dogmatique d'épaule et va concevoir aux côtés du système des nullités, une théorie de la validation.

II. Système d'annulation des actes et voies de validation (1909 – aujourd'hui)

17. L'École de la libre recherche scientifique aura produit quelques paradoxes ; la thèse de René Japiot n'est pas le moindre⁹¹¹. *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, est soutenue en 1909. Elle connaîtra un véritable succès doctrinal lorsque Eugène Gaudemet contribuera à sa consécration en tant que théorie moderne dans sa *Théorie générale de l'obligation*⁹¹².

A. Contre la théorie classique [mais quelle est la théorie classique ?]

18. Physiocrates et organicistes ? - Selon Japiot, l'erreur de la théorie classique est de penser la nullité comme un certain état de l'acte⁹¹³, comme une manière d'être,

⁹¹¹ voy. C. Jamin, « L'oubli et la science », *RTD civ.* 1994, p.815, spéc. p.822 ; A. Dufour, « Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne », in *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Bruylant, Schulthess, 2003, spéc. p.161-166.

⁹¹² E. Gaudemet, *Théorie générale de l'obligation*, 1935, pp.140 et sq.

⁹¹³ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, 1909, p.270.

comme un organisme malade ou sain⁹¹⁴. Plus tard, Gaudemet ne se privera pas d'amplifier la métaphore organiciste ; la théorie classique sera présentée sous un jour encore plus anthropomorphique : l'acte est soit mort-né, soit viable, la confirmation opère la guérison⁹¹⁵. L'intuition que développe Japiot noue sa trame autour du manque de cohérence des positions des auteurs du 19^e siècle⁹¹⁶. Si ceux-ci s'accordaient sur les grandes lignes séparant en dernière analyse *inexistence* et *nullité relative*, leurs principes n'étaient au fond que des slogans, car dans le détail, les solutions données aux questions particulières étaient pensées sans aucune unité doctrinale. Déjà chez Planiol, Japiot lisait une forte opposition, et des indices de réaction à la théorie classique existaient, selon lui, chez Bartin continuateur d'Aubry et Rau, Beudant, Colin et Capitant...

Il faut souligner tout de même que l'idée d'une conception organiciste de l'acte n'est pas fréquente au 19^e siècle même si on en trouve parfois la métaphore ; et il est très exagéré et parfaitement déloyal, me semble-t-il, de prêter à Demolombe une telle conviction pour la simple phrase : « Toute convention, tout acte a ses conditions d'être, ses conditions essentielles et organiques, en dehors desquelles il n'existe pas⁹¹⁷ ». Cette mise en perspective fallacieuse est d'autant plus intéressante à relever que la rhétorique déployée par Japiot et Gaudemet fut pour l'essentiel dirigée contre une expression de la théorie classique en termes d'organismes vivants que l'on soigne, que l'on purge, et qui vivent, quand on sait que ce sont les auteurs du tournant du 20^e siècle et, d'une certaine manière les maîtres de Japiot, parmi lesquels on trouve précisément Gaudemet, qui proposèrent cette manière de concevoir *le droit vivant*, et qu'en outre, le fait de confier au juge un rôle déterminant, libéré de la loi, pour le contrôle de l'exercice du droit d'agir, est justement ce qui caractérise la thèse de Japiot.

B. Pour une nouvelle théorie [mais quelle est la nouveauté ?]

19. Le droit de critique - Selon Japiot, la nullité se traduit par l'ouverture d'un droit de critique⁹¹⁸, ce n'est pas une manière d'être de l'acte. Il n'est pas *in actu* mais *in*

⁹¹⁴ R. Japiot, *op. cit.*, p.272

⁹¹⁵ E. Gaudemet, *op. cit.* p.140 et sq. ; reprise de la description de la théorie classique comme organiciste par J. Flour et J.-L. Aubert, *L'acte juridique*, A. Colin, 1975, n.325.

⁹¹⁶ R. Japiot, *op. cit.*, pp.119-154.

⁹¹⁷ C. Demolombe, *Cours de Code civil*, III, n.240.

⁹¹⁸ R. Japiot, *op. cit.*, p.285.

personis, et ceci parce que la nullité comme la validité se traduisent par le droit que nous avons de les invoquer⁹¹⁹. Aussi, penser que l'action en justice n'est nécessaire que pour les cas d'annulabilité est au mieux un aveuglement, au pire de la malhonnêteté intellectuelle, car le droit nous contraint d'agir pour tous les cas où il y aurait une apparence d'acte. La thèse du droit de critique repose sur ce constat pragmatique : « l'observation révèle que la nullité d'un acte peut très bien ne pas s'opposer à ce que cet acte produise certains effets ». Il s'en induit l'idée que l'on ne peut définir « *a priori* la nullité comme la suppression de tous les effets d'un acte juridique... il fallait en donner une idée afin que la nullité ne se présentât pas *a priori* comme supprimant tous les effets de l'acte ». Plus clairement, la nullité est une sanction d'inefficacité partielle, et l'acte nul doit moins être tenu pour invalide, que concrètement inefficace. Mais si l'acte nul est partiellement inefficace, il est partiellement efficace et qui détermine sa part d'efficacité ? Le juge⁹²⁰ ! La difficulté est alors recentrée sur les personnes auxquelles le droit donne l'action : qui peut le saisir ? « L'inefficacité se traduit par un droit donné aux individus de méconnaître la valeur de l'acte. Rechercher l'étendue des inefficacités quant aux personnes, c'est donc procéder à la détermination des personnes entre lesquelles ce droit peut être exercé »⁹²¹. La réponse devient simple : si la règle de droit est d'intérêt général, tout intéressé peut agir en nullité, c'est une nullité absolue. Si la règle protège un intérêt particulier, le droit de critique n'appartient qu'à ceux que la loi protège, c'est une nullité relative.

On aura compris que cette division et sa justification vont profondément marquer le 20^e siècle et continuent de marquer le 21^e siècle⁹²² : finalement, les systèmes doctrinaux français des nullités sont Japiot – référentiels⁹²³ à une écrasante majorité, c'est dire la force de conviction qu'il y avait dans cette formulation qui aujourd'hui peut paraître simpliste.

⁹¹⁹ R. Japiot, *op. cit.*, p.286

⁹²⁰ R. Japiot, *op. cit.*, p.333-347

⁹²¹ R. Japiot, *op. cit.*, p.530

⁹²² O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM 1999.

⁹²³ A. Weill et F. Terré, *Droit civil, les obligations*, 1980, n.285 et sq. ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, II-1, 1962, n.196 et sq. ; J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations, 1, L'acte juridique*, 1975, n.322 sq. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, 2^e éd. 1990, n.540 et sq. ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, le contrat*, 1980, n.731 et sq. Demeurent attachés à une présentation plus classique L. Josserand, *Cours de droit civil positif II*, n.333 ; J. Carbonnier, *Droit civil II*, éd. 2004, [1019].

20. Petit à petit la division nullité absolue / nullité relative va devenir la matrice du système des nullités, les auteurs vont s'attacher à déterminer le domaine des nullités absolues et celui des nullités relatives, en prenant soin de ne réserver à l'inexistence qu'une part infime, ou en la rejetant purement et simplement⁹²⁴.

Elle devient même traditionnelle : « Traditionnellement on divise les nullités en deux grandes catégories : les nullités absolues et les nullités relatives et dans la doctrine classique cette distinction se marque par les différences suivantes : 1°) la nullité absolue est la sanction qui s'attache normalement à la violation de la loi. Elle peut être invoquée par toute personne ayant intérêt ; elle n'est pas susceptible de confirmation et elle ne disparaît pas par la prescription. 2°) La nullité relative est la sanction qui s'attache à la violation des règles ayant pour but d'assurer la protection des contractants. Elle ne peut être invoquée que par la personne que la loi a voulu protéger ; elle peut être couverte par la confirmation et disparaît par la prescription décennale⁹²⁵ ».

Ripert et Boulanger précisent : « Dire que la nullité est absolue ou relative, ce n'est pas signifier que le contrat est plus ou moins gravement entaché d'illégalité, c'est déterminer l'intérêt en jeu d'après la nature de la règle dont la violation motive la nullité : tantôt ce sera l'intérêt d'un groupe, tantôt l'intérêt d'une seule personne ». A bien relire Japiot, on n'y trouvera pas autre chose.

C. Les paralogismes des systèmes Japiot – référentiels.

21. *La cause et l'effet* - Japiot, Gaudemet et *alii* ont montré que si l'acte nul est partiellement inefficace, il est donc partiellement efficace ; mais cette affirmation suppose de compter les effets de l'exécution parmi les effets du contrat, or ce sont deux choses très différentes que l'effet obligatoire de la règle contractuelle après naissance du contrat et l'obéissance à la règle. Si l'on traite les effets de l'exécution comme effets du contrat, tout acte apparent, même nul, produit des effets de

⁹²⁴ H. et L. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome 2, 1956, n.292 sq. I. Domaines respectifs des nullités absolue et relative II. Caractères « les auteurs (du 19^e) ont compliqué le problème en introduisant une troisième catégorie, inutile et fautive, l'inexistence » (n.299) ; comp. G. Marty et P. Raynaud (II-1, 1962, n.196 sq.) font une présentation des sanctions des règles de formation qui rappelle la distinction *traditionnelle* des nullités absolues et des nullités relatives, les premières sanctionnant un vice de portée générale, comme l'absence d'un élément essentiel de l'acte ou une atteinte à l'ordre public, les secondes sanctionnant une règle édictée dans l'intérêt d'une partie ou de certaines personnes, comme les nullités pour incapacité ou pour vice du consentement. Il en font la *summa divisio* de leur exposé mais néanmoins, ils contestent l'utilisation qu'en font Japiot et Gaudemet (n.198, note 4 ; tome 1^{er}, n.158)

⁹²⁵ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, 1943, n.818, p.277

droit ; s'ensuit une série de paralogismes justifiés par le pouvoir créateur de la bonne foi (*i.e.* le pouvoir du juge qui la constate).

22. Les théories de l'apparence et la validation des actes inexistantes - Que l'on pense aux hypothèses d'actes apparents produisant des effets réels (héritier apparent, propriété apparente, garantie hypothécaire apparente⁹²⁶) ou que l'on pense à des hypothèses d'apparence de pouvoir d'engager autrui, la jurisprudence du 20^e siècle a utilisé, et l'erreur commune, et la croyance légitime du tiers pour valider des actes nuls censés ne produire aucun effet. Cela aurait sans doute étonné Japiot lui-même⁹²⁷ que la Cour de cassation puisse poser le principe selon lequel l'acte accompli sans pouvoir par le mandataire puisse engager le mandant, quand elle dispense le tiers de vérifier non seulement l'étendue exacte des pouvoirs du mandataire, mais aussi leur existence même⁹²⁸. Pour un juriste du 19^e siècle, une telle opération de validation judiciaire est difficilement concevable en ces termes. Elle repose exclusivement sur l'idée que le juge a un pouvoir d'intervention capable de faire naître des obligations contractuelles en l'absence de contrat ; le pouvoir créateur de la jurisprudence s'exprime par l'aptitude que la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond de donner des effets obligatoires à des actes dépourvus d'engagement⁹²⁹.

23. La confirmation des actes nuls - Et non la confirmation que l'acte est valable⁹³⁰. Il est acquis au 20^e siècle, que les actes nuls de nullité ne sont pas valables d'une validité fragile mais au contraire, qu'ils sont invalides ET peuvent être sauvés sans être refaits⁹³¹. Dans cette mesure, la confirmation est regardée simplement

⁹²⁶ Le plus topique : Cass. civ., 26 janv. 1897, DP 1900.1.33, note très critique Sarrut.

⁹²⁷ Cependant, R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p.68 : "Celui qui a traité avec une personne ayant toutes les apparences d'avoir un droit, ne doit pas être trompé. L'apparence raisonnable du droit doit, dans les rapports avec les tiers, produire les mêmes effets que le droit lui-même".

⁹²⁸ « Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir » (Cass. Ass. plén., 13 décembre 1962, D. 1963.277, note J. Calais – Auloy, JCP 1963.II.13105, note P. Esmein, RTD civ. 1963.372, obs. G. Cornu ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 11^{ème} éd., 2000, n.267, p.559) ; dans un second temps, la formulation a été modifiée pour dispenser le tiers de « vérifier lesdits pouvoirs » (Cass. 1^{ère} civ., 29 avr. 1969, JCP 1969.II.15792 ; RTD civ. 1969.804, obs. G. Cornu).

⁹²⁹ voy. v^o Apparence, *Rép. civil* Dalloz, 2003

⁹³⁰ J. Couturier, *La confirmation des actes nuls*, LGDJ, 1972 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, 1943, n.857, p.290

⁹³¹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations, Le contrat*, 6^e éd., 1998, n.1048

comme une renonciation au droit d'obtenir reconnaissance de la nullité plutôt que comme une réitération déclarative de validité, ou la manifestation d'une intention de nover à effet rétrospectif⁹³²; ce qui souligne bien que la confirmation n'a d'effet que sur ce qui est pensé comme nul entièrement ou partiellement. De ce point de vue, nous n'avons pas un système d'annulabilité des actes au sens allemand, italien, portugais ou même espagnol⁹³³, où la confirmation nettoierait un acte juridiquement efficace mais défectueux, sur la tête duquel pèserait l'épée d'une annulation⁹³⁴. La théorie du droit de critique reflète une autre perception de l'acte vicié; acte nul ou annulable, la distinction importe peu. Tous les actes d'apparence juridique étant producteurs d'effets concrets, il s'agit de reconnaître *pragmatiquement* que certains de ces effets méritent de subsister. Et factuellement, le renoncement à agir en nullité a lui-même pour effet une validation volontaire *a posteriori* de l'acte juridiquement invalide.

Par extension, la prescription ne confirme pas que l'acte est valable par solidification de sa validité, mais elle s'analyse comme une opération de validation par effet du temps. Et cela vaut aussi bien pour la nullité relative que pour la nullité absolue. Cette validation doit nécessairement intervenir un jour puisque l'acte nul produit des effets partiels qui sont reconnus par les systèmes Japiot-référentiels, et plus il dure, plus il est amené à en produire. Trentenaire ou abrégé à 10 puis 5 ans, le délai de prescription signifie que la validation de l'acte nul opère par décision de ne pas agir.

24. Les annulations partielles - Réputées non écrites, les clauses déclarées abusives (ou certaines stipulations présentes dans les pactes de sociétés) peuvent être regardées comme des morceaux d'acte (physiquement parlant) retirés ou biffés. Sur le fond, elles sont invalides, inefficaces et inopposables à l'égard de celui qui est protégé. Dans une vue moderne, elles rendent l'acte qui les contient partiellement inefficace, sans qu'il soit besoin d'opérer une fiction de séparation; d'autant que si le contrat est d'adhésion le même raisonnement vaut pour des catégories entières de contractants. Et de ce dernier point de vue, il faudra distinguer inefficacité à l'égard des consommateurs, et l'efficacité à l'égard des professionnels. Dans une vue classique, qui tiendrait pour cible l'acte lui-même, les

⁹³² Pour le cas de la confirmation des actes nuls en droit allemand, voy. § 141 du BGB; R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901, commentaire du § 141; M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2004, n.128

⁹³³ Une analyse comparatiste de la distinction entre acte nul et acte annulable, in D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et en droit comparé*, LGDJ, 1970, spéc. pp.25-41.

⁹³⁴ Voy. Chapitre 14. La cause.

clauses réputées non écrites sont radicalement nulles (voire inexistantes), de nullité relative, mais leur détachabilité maintient la validité du contrat conclu.

C'est à l'examen de ces clauses que l'on perçoit la fragilité de la thèse du droit de critique, simplement parce que le législateur est intervenu pour poser un régime de l'acte qui prime sur le cadre procédural. La leçon de la fin du 20^e siècle est sans aucun doute qu'il faudra aussi chercher du côté des domaines spéciaux (droit du consommateur, droit des sociétés, droit bancaire, droit des assurances, procédure civile...) les raisons d'une cohérence d'un système à construire ou à reconstruire⁹³⁶.

⁹³⁶ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, *Economica*, 2006, n.129 sq.

Chapitre 14

La cause

Version non modifiée de « La cause licite dans l'obligation, comparaison franco-espagnole », in J. Lete, E. Savaux, R.-N. Schütz et H. Boucard (dir.), *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, LGDJ, 2016. Ce texte n'a pas été réécrit ; la numérotation des nouveaux textes du Code civil a été insérée.

Code civil, article 1101. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

El contrato es un acuerdo por el que una o varias personas se obligan, ante una o varias otras, a dar, hacer o no hacer algo.

Code civil, article 1108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation.

Para la validez de un acuerdo deben satisfacerse cuatro requisitos esenciales: – el consentimiento de la parte obligada;

– su capacidad de contratar;

– un objeto cierto que constituya la materia del compromiso;

– una causa lícita en la obligación.

La cause est dans le Code civil français de 1804, l'une des 4 conditions essentielles à la validité du contrat énoncées par l'article 1108. Sans doute la plus difficile à comprendre, sans doute la plus difficile à expliquer. Elle est le cauchemar des étudiants juristes de 2^e année, mais ce cauchemar va bientôt prendre fin, paraît-il. Le projet d'ordonnance de réforme du droit français des contrats (PORDC) fait disparaître la cause, l'éradique, la dissout, l'éparpille et l'enterre⁹³⁷ ; je laisse le choix de la formule. Il s'annonce une ère nouvelle, celle du contenu du contrat. Est-ce pour autant la fin du cauchemar ?

⁹³⁷ Sur la mort de la cause, voy. V. Roppo, *Trattato del contratto*, II, Regolamento [Vettori (dir.)], Giuffrè, 2006, p.101 *et sq.* ; M. Pasquau Liaño, « L'abandon de la notion de *cause* en droit français : un service au droit européen des contrats ? », *Rev. Dr. Assas*, 2010, p.67 ; G. Wicker, « La suppression de la cause et les solutions alternatives » in R. Schulze, G. Wicker et D. Mazeaud, *La réforme du droit français des obligations*, 5^{èmes} Journées franco-allemandes, Société de Législation Comparée, 2015.

Código civil, artículo 1254. El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Le contrat existe à partir du moment où une ou plusieurs personnes consentent à s'engager l'une par rapport à l'autre, à donner quelque chose ou à fournir un service.

Código civil, artículo 1261. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1.º Consentimiento de los contratantes.
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3.º Causa de la obligación que se establezca.

Il n'y a pas de contrat sauf quand les conditions suivantes sont remplies :

1. *Consentement des contractants*
2. *Un objet certain qui forme la matière du contrat*
3. *Cause de l'obligation qui est établie*

Código civil, artículo 1262. El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Le consentement se manifeste par la rencontre de l'offre et de l'acceptation sur la chose et la cause qui constitueront le contrat.

Código civil, artículo 1274. En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

En matière de contrats onéreux, on entend par cause la prestation ou la promesse de livrer une chose ou de fournir un service de chaque partie contractante à l'autre partie ; en matière de contrats de service, le service ou le bénéfice qui est rémunéré, et en matière de contrat de pure bienfaisance, la simple libéralité du bienfaiteur.

La cause est dans le *Código civil español* de 1889, l'une des trois conditions d'existence du contrat énoncées par l'article 1261, reprise à l'article 1262 qui pose que le consentement se manifeste par la rencontre de l'offre et de l'acceptation sur la chose et la cause⁹³⁸, puis détaillée aux articles 1274 *et sq.* adhérant assez largement au modèle napoléonien tel qu'il fut interprété par la doctrine de la fin du 19^e siècle⁹³⁹. Les textes espagnols actuels ont 85 ans de moins que leurs homologues français, mais possèdent comme eux la double référence à la *cause dans l'obligation* devenue *causa de la obligación*, et à la cause du contrat ; cette dernière y est définie 1. dans les contrats à titre onéreux, comme la prestation ou la promesse de livrer une chose ou de fournir un service ; 2. dans les contrats de service, comme le service ou le bénéfice rémunéré ; 3. dans les contrats de pure

⁹³⁸ Comparer à l'article 1583 du Code civil français relatif à la vente : « Elle est parfaite entre les parties, ... dès qu'on est convenu de la chose et du prix... ».

⁹³⁹ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome IV, 5^e éd., 1852, sous l'article 1108, n.400, et sous les articles 1131 *et sq.*, n.453 *et sq.* ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, IV, 1871, §345 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXIV, 1868, p.323 *et sq.*

bienfaisance, comme la simple libéralité du bienfaiteur. La cause demeure dans la *propuesta* espagnole de réforme *para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (PMDOC).

Entre la *propuesta* et le projet, il y a donc sur ce point une divergence fondamentale que l'on va tenter d'expliquer. Mais disons-le d'emblée : ce n'est pas une divergence nouvelle parce que nos deux Codes civils, qui connaissent la cause et la *causa*, ne se pratiquent pas (plus) du tout de manière semblable de chaque côté des Pyrénées. La raison principale à ce grand écart interprétatif tient au fait que nous n'utilisons plus depuis longtemps la même théorie des nullités. C'est pourquoi pour comprendre la disparition de la cause du projet français et son maintien dans la *propuesta* espagnole, j'adopterai la méthode de la comparaison casuistique⁹⁴⁰. Cela supposera quelques observations liminaires (I) précédant quelques cas pratiques (II)

Des observations (3 séries).

1^{re} série d'observations : sur la *causa* romaine, l'action et le type de contrat.

Schématiquement, en droit romain, l'usage linguistique de la *causa* ne possède pas les mêmes ambiguïtés qu'aujourd'hui⁹⁴¹, elle aura eu les siennes propres que rien ne figea ; elle exprime soit le *fait générateur* de l'engagement qui donne au créancier l'action ; soit le *motif déterminant* qui avait convaincu le débiteur de s'engager⁹⁴². Rappelons que le droit romain contractuel s'est constitué et

⁹⁴⁰ Sur cette méthode, T. Kadner Graziano, *Le contrat en droit privé européen, Exercices de comparaison*, Helbing, LGDJ, Bruylant, 2^e éd. 2010, p.3 et sq. et spéc. sur la cause, p.113 et sq.

⁹⁴¹ Pour sortir d'une vue schématique, voy. C.-A. Cannata, « Contratto e causa nel diritto romano », in Vacca (dir.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, 1997, p.35 et sq., *Scritti scelti di diritto romano II*, Giappichelli, 2012, pp.301-325 ; « la nozione di contratto nella giurisprudenza romana all'epoca classica », in P. Pichonnaz, *Autour du droit des contrats*, Genève 2009, *Scritti scelti di diritto romano III*, Giappichelli, 2014, pp.3-22 ; « Labeone, Aristone e il sinallagma », *Iura*, LVIII (2010), *Scritti scelti di diritto romano III*, Giappichelli, 2014, pp.57-113 ; B. Schmidlin, « Il consensualismo contrattuale tra *nomina contractus* e *bonae fidei iudicia* », in Vacca (dir.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, CEDAM, 2008, p.99 et sq. ; Y. Thomas, *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, thèse Paris II, 1976 ; E. Chevreau, « La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain », *RDC* 2013, n°1, p.11

⁹⁴² A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome X, 4^e éd., 1844, n.326 ; Barmann, « *Pacta sunt servanda*, considérations sur l'histoire du contrat consensuel », *RIDC* 1961, pp.18-53 ; R. Zimmerman, *The Law of obligations*, 1996, p.549 et sq. ; J. De Los Mozos, « La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto », in *El negocio jurídico*, Montecorvo, 1987, p.155 et sq.

développé sur les bases d'un système de contrats typiques et formels, à savoir un système où la forme de l'acte prédomine et où la cause au sens moderne est indifférente⁹⁴³ : dans un tel système, à la marge d'abord, plus largement ensuite, l'exécution des contrats innomés supposait un fait ayant rendu le contrat exécutoire et une action prétorienne. *Je donne pour que tu donnes, je donne pour que tu fasses, je fais pour que tu donnes, je fais pour que tu fasses*. Ce fait générateur, qui donne au créancier l'action dans les contrats commutatifs, c'est l'exécution de son propre engagement : et en ce sens, elle est la *causa* de l'obligation du débiteur, et de l'action civile née au profit du créancier. Dans un tel système, le contrôle politique du contenu du contrat, et de la variété des engagements, ne s'exerce pas au moyen de la *causa*, mais au moyen de l'*actio* que le prêteur accorde ; et en aucun cas, ce contrôle ne se concentre sur l'équilibre des prestations. Sans provocation, de ce point de vue, la *causa* romaine ressemble plus à la *consideration* anglaise qu'à la cause française⁹⁴⁴.

La polysémie de la *causa* romaine renvoie aussi au motif déterminant qui à défaut rend la promesse *sine causa, aut falsa causa*. L'absence de motif déterminant constituait une excuse pour le débiteur qui pouvait ne pas exécuter, ou pouvait obtenir la répétition de ce qui avait été payé dans l'ignorance de la fausse cause. Il fut admis que malgré la validité du contrat, le créancier commettait un dol en réclamant en justice la prestation à laquelle le débiteur s'était engagé sans cause ; le prêteur donnait à ce débiteur une exception de dol, et en outre celui-ci « pouvait d'ailleurs prendre les devants et demander d'avance sa libération par une action appelée *condictio liberationis* »⁹⁴⁵.

J'insiste encore sur le fait que la *causa* romaine est étroitement liée à l'évolution du système procédural d'une part, et de la classification des contrats d'autre part. La cause de nos Codes civils n'est pas *la causa* romaine, parce que notre cause ne commence à apparaître qu'avec 1°. La dislocation des rigidités procédurales, 2°/ la réinterprétation médiévale du concept aristotélicien de *synallagma*, et 3°/ la diffusion de l'idée chrétienne que tout accord de volontés ayant une cause licite doit être exécuté. *Pacta sunt servanda*. La cause devient ainsi la justification du contrat. Elle n'est rien d'autre que la raison d'être de l'engagement de fournir telle ou telle prestation : elle est ce qui justifie (rend juste)

⁹⁴³ P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., 1929, réimpr. Dalloz, 2003, pp.484-488 ; A. Schiavone, *Diritto privato romano*, Einaudi, 2003, p.343 et sq. ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999 et, v°Cause, *Rép. civil* Dalloz, 2012.

⁹⁴⁴ D. Ibbetson, *A historical introduction to the law of obligations*, OUP, 2001.

⁹⁴⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n°335 ; R. Zimmerman, *The Law of obligations*, OUP, 1996, p.856.

la prestation⁹⁴⁶. Dans la perspective aristotélico-thomiste, la justice corrective (ou commutative) se réalise entre un excès et un défaut, la cause du contrat exprime la juste mesure, la juste correspondance des promesses échangées. Ainsi même la libéralité a une cause, c'est la volonté de gratifier. Elle est donc pour l'autorité ecclésiastique en droit canon, mais le devient pour les autorités politiques et judiciaires en droit civil, le moyen de contrôler non seulement le contenu politique (licéité / moralité) de l'accord, mais aussi son contenu économique. Pour prendre un raccourci rapide, les interprètes du *Corpus iuris civilis* vont lentement mais sûrement rejoindre la position des canonistes pour qui *pactum cum causa* est la convention dont l'équité exige l'exécution ; avec l'humanisme et le droit naturel moderne, plus besoin de vêtements pour faire exécuter des pactes nus. Ce sera l'existence d'une cause licite qui fera exister le contrat, quel que soit son type, sauf erreur sur le type. Loin de l'autonomie de la volonté qui émergera des doctrines protestantes, la *cause* a été une création catholique voire papiste qui va passer dans les Codes civils français, ceux de l'Italie et de l'Espagne, mais qui disparaîtra du modèle allemand.

2^e série d'observations : sur le type, la cause objective et la cause subjective

Dans les Codes français de 1804 et espagnol de 1889, causes (dans l'obligation, ou *de la obligación* et du contrat) et types contractuels spéciaux coexistent⁹⁴⁷. Chaque type spécial de contrat nommé [ici « nommé » ne veut pas dire *assorti d'actions typiques*, mais *réglementé* au moyen de prescriptions légales impératives ou supplétives] apporte aux contractants un avantage contractuel type modelable par le jeu des aménagements conventionnels, lorsque ceux-ci sont permis. Cet avantage attendu est la cause objective - on peut dire - « catégorielle » qui réside *dans l'obligation* des contractants⁹⁴⁸. Dans cette mesure, l'existence de la cause ou la fausse cause sont des instruments politiques permettant de vérifier que les aménagements conventionnels n'ont pas modifié le type ; sinon, invalidité totale, partielle ou requalification du contrat peuvent être envisagées.

⁹⁴⁶ A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 1998, n.28 ; comp. même formule, dans *l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2005 dit « projet Catala », article 1124, « La convention est valable quand l'engagement a une cause réelle et licite qui le justifie ».

⁹⁴⁷ Sur cette discussion, voir aussi J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999 ; du même auteur, *v° Cause*, *Rép. Civ. Dalloz*, 2012 ; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 16^e éd., 2014, n.254 et sq.

⁹⁴⁸ A. Bénabent, *Droit des obligations*, 2014, n.180 : « La cause de l'engagement de chaque contractant réside dans le contrat lui-même, c'est-à-dire l'avantage ou la fin qu'il recherche d'après l'économie de ce contrat ; c'est une notion objective : pour un type de contrat, la cause de l'obligation est toujours la même : ... la cause objective est catégorielle ».

Un peu à part, la cause illicite répond à d'autres exigences. Par définition, un type contractuel défini par la loi civile ne comporte pas une cause objective catégorielle illicite, à l'inverse des types d'accords ou d'associations interdits par le droit pénal ou le droit de la concurrence, c'est pourquoi logiquement, lorsque l'on supplée des dispositions impératives par des stipulations particulières, la démonstration d'invalidité se déporte soit vers l'objet, soit vers la cause subjective, à savoir le but de l'engagement.

Vers l'objet dans les contrats innomés ; par exemple, le contrat de gestation pour autrui a une cause illicite parce que c'est un contrat civilement innomé dont l'objet est qualifié *hors du commerce* par jugement moral, de même que le contrat d'esclavage sur soi-même ou la concession d'un poste ministériel. Mais c'est une question d'époque et de lieu : hier, demain, ailleurs, les choses changent.

Vers la cause subjective pure dans les contrats nommés ; par exemple, le contrat de paquet touristique est un contrat nommé, de même que le bail d'habitation ou la société civile. Ils ont tous une cause catégorielle licite et, s'ils portent sur des prestations ou choses dans le commerce, un objet licite. Mais le paquet touristique peut être acquis dans le but de faire du tourisme pédophile, le bail conclu pour entreposer des armes de guerre, et la société pour organiser fraude fiscale ou insolvabilité. Et là aussi les choses peuvent changer. Les droits français et espagnols paraissent réagir de manière semblables en cherchant la cause finale subjective pour traiter dans ces cas le contrat comme nul, mais de part et d'autre des Pyrénées, nos systèmes respectifs des nullités nous font regarder l'absence de cause licite de manière très différente.

3^e série d'observations : sur le jeu des nullités et *nullidades*.

Je souligne à nouveau que la cause est bien en droit espagnol positif une condition d'existence du contrat⁹⁴⁹, (ce qui explique aussi que la capacité ne fasse pas partie des conditions requises) : et ceci doit être mis en perspective avec la théorie des nullités. En droit espagnol, comme en droit français, l'absence de cause licite (cause dans l'obligation ou du contrat), prive le contrat d'effet. Mais « aucun effet » ne signifie pas la même chose dans les deux systèmes : en droit espagnol, qui connaît pour sa théorie des nullités la distinction entre annulabilité et nullités radicales - appelées *nullidades absolutas*, et traduites trop spontanément et à tort, par *nullités absolues* -, l'absence de cause licite empêche de plein droit la naissance

⁹⁴⁹ Comparer ainsi F. Laurent, *Principes de droit civil*, XVI, 1876, n.107 « «Le principe posé par le Code est donc que la cause est requise pour la validité, disons mieux, pour l'existence des conventions. Qu'est-ce que la cause ? Et pourquoi est-elle une condition essentielle pour la convention existe ? »

de quelque engagement que ce soit, et partant du contrat lui-même⁹⁵⁰. L'accord non causé n'est pas un contrat : c'est autre chose. Le juge constate l'état de nullité qui est une sorte d'inexistence⁹⁵¹, cette action est imprescriptible.

En France, cette conception de la sanction de l'absence de cause licite est celle qui a dominé le 19^e siècle, mais elle s'est dissipée pendant le 20^e siècle quand s'installe la théorie dite *du droit de critique*⁹⁵², qui confie au juge la charge d'annuler le contrat même quand la nullité est radicale et absolue⁹⁵³. L'action est prescriptible : 30 ans pendant le 20^e siècle, 5 ans aujourd'hui. Cela signifie qu'en France, celui qui a payé sans cause ou sur un fondement illicite, ne peut obtenir annulation et restitution que pendant 5 ans, quand en Espagne, la constatation de l'acte nul étant imprescriptible, ce sont nécessairement d'autres actions qui prendront le relais pour la restitution des paiements non causés. On perçoit que l'inflexion française a renforcé le rôle politique du juge en accroissant sa capacité de contrôle du contenu du contrat par l'examen de sa licéité et de sa moralité, mais la Cour de cassation ne s'est pas privée d'élargir son pouvoir en surveillant l'économie politique des opérations contractuelles, en permettant au juge de sanctionner certaines hypothèses d'absence de cause licite par une annulabilité (nullité relative) ou une caducité. En d'autres termes, même si cela peut constituer une hérésie ou un paralogisme, confronté à une action en nullité d'un contrat pour absence de cause licite (dans l'obligation ou du contrat), le juge français se prononce sur la pertinence et l'opportunité de maintenir un lien contractuel né, là où un juge espagnol serait amené à en constater l'existence ou la non-existence. En bref, en France, le contrat non fondé sur une cause licite est un contrat qui produit des effets tant qu'il n'est pas annulé ; et l'on comprend maintenant que le terme « effet » renvoie à deux ordres différents en droits français et espagnol. « Effet » réfère en droit espagnol aux seuls effets juridiques, i.e. création d'obligations et transfert de droits réels. « Effet » en droit français renvoie non seulement à l'effet juridique, mais également aux effets concrets de l'exécution du contrat annulé⁹⁵⁴.

⁹⁵⁰ Sous réserve du cas des nullités partielles et des clauses détachables.

⁹⁵¹ J. De los Mozos, op. cit. p.139

⁹⁵² R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, 1909 ; E. Gaudemet, *Théorie générale de l'obligation*, 1935, pp.140 sq.

⁹⁵³ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 2, LGDJ, 4^e éd., 2013, n°2101 et sq.

⁹⁵⁴ Voy. *Chapitre 13. La théorie des nullités*.

Les raisonnements juridiques sont différents en présence de la même condition de « cause » dans les deux systèmes positifs, mais les conséquences pratiques sont peut-être moins éloignées qu'il n'y paraît. En France, la théorie du droit de critique pourrait expliquer d'une part que le « domaine de la cause » ait connu un fort développement au 20^e siècle, (mais entendons-nous le domaine de la cause ne signifie pas autre chose que l'utilisation rhétorique du concept de cause par les plaideurs ou le slogan par lequel la Cour de cassation résume le fondement de son pouvoir de contrôle du contenu contractuel) ; et d'autre part, que face à ces mutations d'une cause dégondée, il ait été plus simple de la faire disparaître dans le projet d'ordonnance français, pour forcer le juge à ne se concentrer que sur la licéité des opérations économiques.

En revanche, la cause espagnole qui est demeurée circonscrite au champ des nullités radicales dont l'action est imprescriptible (il n'est à vrai dire même pas besoin de l'exercer)⁹⁵⁵ est réaffirmée comme telle dans la *propuesta* de réforme. L'absence de cause ne semble pas avoir été utilisée en Espagne pour invalider des contrats typiques dont la cause avait disparu : pas de prix de vente, pas de chose louée, pas d'ouvrage à construire, etc... L'œuvre d'un fou auraient dit les auteurs du 19^e siècle. « La cause se confondant avec l'objet dans les contrats à titre onéreux, il est certain qu'il ne saurait y avoir une convention là où il n'y aurait pas d'objet, c'est-à-dire pas d'intérêt à contracter » disait Laurent en 1876⁹⁵⁶.

Des cas (3 séries).

Penser par cas pour comparer deux à deux nos systèmes en mouvement permettra d'éclairer nos tropismes⁹⁵⁷.

1^{re} série de cas sur la géométrie pascalienne de l'illicite et des bonnes mœurs :
« Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà »

Code civil (1804), article 1128 Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. *Tan solo podrán constituir el objeto de acuerdos aquellas cosas que pertenezcan al ámbito del comercio.*

⁹⁵⁵ J.-M. Lete del Rio et J. Lete Achirica, *Derecho de Obligaciones*, 1, Aranzadi, 2005, p.544 et sq.

⁹⁵⁶ F. Laurent, *Principes de droit civil*, XVI, 1876, n.112 ; adde, L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, II, 1939, n.132

⁹⁵⁷ J.-C. Passeron et J. Revel, *Penser par cas*, Ed. EHESS, coll. Enquête, 2005 ; O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDComp.* 2001., pp. 275-288

Code civil (1804), article 1133. La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. *La causa será ilícita cuando esté prohibida por la ley o sea contraria a las buenas costumbres o al orden público.*

Código civil, artículo 1275. Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. *Les contrats sans cause ou ayant une cause illicite ne produisent aucun effet. La cause est illicite lorsqu'elle est contraire à la loi ou à la morale.*

PMDOC, artículo 1238, 1°. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral. Ninguna de las partes a quien se impute en le mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo. *Sont nuls les contrats sans cause ou dont la cause est contraire à la loi ou à la morale. Aucune des parties à laquelle peut être imputé le même degré de turpitude de la cause ne peut réclamer ce qui a été donné en vertu du contrat nul.*

PMDOC, artículo 1296, 1°. La nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser ésta ilícita o por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, así como por la falta total de consentimiento o de una forma esencial, se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible. *La nullité de plein droit d'un contrat pour absence de cause ou cause illicite ou contraire à une norme impérative ou prohibitive, de même que le défaut total de consentement ou d'une forme essentielle, est déclarée à la demande de toute personne ayant un intérêt légitime. Cette action est imprescriptible.*

PORDC, article 1127 (nouv. art. 1128 du Code civil). – Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

- 1° Le consentement des parties ;
- 2° Leur capacité de contracter ;
- 3° Un contenu licite et certain.

PORDC, article 1161 (nouv. art. 1162 du Code civil). – Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

Dans les trois cas qui vont suivre, les quatre systèmes étudiés peuvent utiliser le fondement de l'illicite pour faire invalider la convention. Selon des expressions différentes, chaque système permet au juge de contrôler le contenu du contrat pour constater ou prononcer la nullité comme sanction d'un acte contraire objectivement ou subjectivement à l'ordre social : dans le temps, l'usage de ce pouvoir a varié, et évidemment de part et d'autre des Pyrénées, les juges d'hier ne sont pas les juges d'aujourd'hui. Mais ce sont plus les conditions de prescription et les conséquences de l'annulation qui diffèrent entre France et Espagne ; ces

différences ne sont pas atténuées par la *propuesta* et le projet de réforme qui maintiennent voire accentuent nos tropismes réciproques.

Cas n°1 - Monsieur Ickx, candidat du parti politique Ygrec aux élections régionales, s'était engagé, en cas de succès, à verser une somme de 100.000 euros, correspondant au montant des dépenses engagées au plan national, mais directement liées à la campagne menée dans la circonscription considérée. Monsieur Ickx fut élu, mais n'ayant effectué aucun versement, le parti Ygrec l'a assigné en paiement de la somme totale.

Les Codes civils français et espagnol, comme la *propuesta* sont sur la même ligne. Le contrat d'achat d'une candidature politique n'a pas de cause licite : 1°. Parce que ce contrat innomé a pour objet une chose qui n'est pas dans le commerce et donc que la cause objective de l'obligation de payer, n'existe pas ; 2°. Parce que le trafic d'influence étant prohibé, la cause finale du contrat est illicite⁹⁵⁸. De son côté, le *projet* français se passe très bien de la cause pour un tel cas. Si le juge voit dans l'accord un instrument de rémunération d'une candidature politique, contenu et but contraires à l'ordre public pourront fonder sa décision d'annulation. Notons qu'en Espagne, l'action en déclaration de *nullidad absoluta* reste imprescriptible avec la *propuesta*, alors que le projet français consacre législativement la prescriptibilité de l'action en *nullité absolue*.

Cas n°2 – Madame Ickx a souscrit un abonnement de 12 mois au site internet « Connaitre son avenir ». Moyennant 25 euros par mois, elle a 30 pour cent de réduction sur les consultations de voyance de Monsieur Ygrec, et reçoit le magazine « Prévoir ». Mais vite déçue par les prédictions de Monsieur Ygrec, madame Ickx ne veut plus payer et voudrait être remboursée.

Le contrat d'abonnement est-il invalide? Les 4 systèmes prévoient avec ou sans cause des modalités d'exercice d'un contrôle judiciaire des pratiques sociales. Avec la cause, que la prestation de voyance soit prohibée, qu'elle soit jugée hors commerce, ou que le contrat litigieux soit un moyen de tirer profit de la crédulité d'autrui ou d'abuser de sa faiblesse, l'absence de cause licite fondera le raisonnement du juge (Code civil, ex-article 1133 ; Código civil, artículo 1275 ; PMDOC, artículo 1238, 1°) ; sans la cause, l'invalidité découlera de la contrariété de la prestation de voyance à l'ordre public (PORDC, article 1161 ; nouv. art. 1162 du Code civil), mais cela paraît aujourd'hui moins évident en l'absence de loi prohibant la voyance et surtout en présence de pratiques la tolérant (dans les limites de l'abus de faiblesse).

⁹⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 27 février 2013, n.10-19133

Cas n°3 – Le docteur Ickx, médecin sur le point de prendre sa retraite, et le docteur Ygrec, un candidat intéressé par la reprise de l'activité, ont conclu une promesse (sous option) de cession du cabinet pour un prix de 500.000 euros, assortie d'une période de présentation des patients. Ayant appris que le Dr Ygrec utilisait des méthodes peu orthodoxes et condamnées par l'Académie de médecine, le vieux Dr Ickx ne veut plus lui céder son cabinet.

La cession de clientèle médicale est-elle invalide ? Le raisonnement sera identique à celui du cas précédent si une telle cession est jugée contraire aux bonnes mœurs, mais l'histoire enseigne ici que ce qui paraissait figé, se trouve parfois bouleversé par l'économie politique. La nécessité de valoriser les activités libérales, pour éviter de financer la retraite de ceux qui les exercent, ajoutée au poids économique des cabinets médicaux exigeant des retours sur de lourds investissements, ajoutée au lobbying politique d'une corporation très établie, cet ensemble de facteurs a produit en France une réponse négative depuis le début des années 2000. Le fonds libéral fait désormais partie des objets *dans le commerce*, sans avoir à passer par l'euphémisme hypocrite du droit de présentation de clientèle⁹⁵⁹. Mais en toutes hypothèses, si le cabinet est acquis dans un but illicite, la cession sera invalidée par sa cause (Code civil, ex-article 1133 ; Código civil, artículo 1275 ; PMDOC, artículo 1238, 1°) ou par son but (PORDC, article 1161 ; nouv. art. 1162 du Code civil).

2^{ème} série de cas où le concept d'absence de cause peut rendre perplexé

Code civil (1804), article 1131. L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. *No podrán surtir ningún efecto las obligaciones sin causa, con una causa falsa, o con una causa ilícita.*

Código civil, artículo 1274. En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor. *En matière de contrats onéreux, on entend par cause la prestation ou la promesse de livrer une chose ou de fournir un service de chaque partie contractante à l'autre partie ; en matière de contrats de service, le service ou le bénéfice qui est rémunéré, et en matière de contrat de pure bienfaisance, la simple libéralité du bienfaiteur.*

PMDOC, artículo 1296, 1°. La nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser ésta ilícita o por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, así como por la falta total de consentimiento o de una forma esencial, se declarará a instancia de cualquier persona

⁹⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2000, n. 98-17731

con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible. *La nullité de plein droit d'un contrat pour absence de cause ou cause illicite ou contraire à une norme impérative ou prohibitive, de même que le défaut total de consentement ou d'une forme essentielle, est déclarée à la demande de toute personne ayant un intérêt légitime. Cette action est imprescriptible.*

PORDC, article 1167 (nouv. art. 1169 du Code civil). Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. *Un contrato oneroso es nulo cuando, en el momento de su formación, la contraprestación en beneficio del que se obliga, será ilusoria o irrisoria.*

Les trois cas suivants mettent en évidence une particularité française : dans les cas n°5 et n°6, la Cour de cassation française a utilisé *l'absence de cause* comme instrument de contrôle politique du contenu du contrat, dans des hypothèses où la jurisprudence espagnole ne semble pas être allée.

Cas n°4 - Monsieur Ickx, le gardien d'un immeuble sur le point de prendre sa retraite, et Madame Ygrec, une candidate intéressée par l'emploi, ont conclu une convention de bons offices par laquelle le premier s'engageait moyennant le prix de 10,000 euros à présenter la seconde comme successeur à ses employeurs. Madame Ygrec fut présentée et engagée, mais refusa de verser le montant promis à Monsieur Ickx.

La présentation fonde-t-elle (justifie-t-elle) l'obligation de payer le prix promis ? Dans les systèmes causalistes, la cause permet au juge d'exercer un contrôle pour vérifier la correspondance des prestations promises. Si le service de présentation est rémunéré, il est la contrepartie du paiement. Si la contrepartie du paiement n'est pas le service de présentation, mais l'emploi lui-même, le paiement a une cause qui n'est pas dans le patrimoine du cédant (ici, parce que l'emploi est indisponible). C'est encore une fois par le vase communicant cause – objet que s'opère le contrôle du contenu du contrat innomé : en France, la Cour de cassation admet la nullité des conventions dites de bons offices⁹⁶⁰, mais la validité de la cession de certains droits de présentation. Une requalification est toujours possible par exemple en courtage : mais la réponse au cas nous dirigerait alors probablement vers des types spéciaux de mandat ou d'agence, et frôlerait l'exercice illicite d'une profession réglementée ou le trafic de main d'œuvre.

Sans la cause comme instrument de contrôle, le PORDC permet de fonder le contrat innomé sur l'article 1167 (nouv. art. 1169 du Code civil) pour se demander si dans une convention de bons offices, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. Dans ce cas, la contrepartie convenue de l'obligation de payer est une alternative : soit l'emploi est obtenu, soit

⁹⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 20 février 1973, n. 71-13855, D. 1974, p.37 note Malaurie

il ne l'est pas. S'il l'est obtenu, il y aurait bien une contrepartie licite. Après tout, il n'y a peut-être rien de contraire à l'ordre public dans ce cas ; pour cela admettons simplement que les concierges aient moralement le droit de prétendre sous cette forme à un complément de retraite, comme les professions commerciales ou libérales, à qui l'on permet de céder leurs fonds.

Cas n°5 - La société Ickx a confié, à deux reprises, un pli contenant une soumission à une adjudication à la société ChronoYGREC; ces plis n'ayant pas été livrés le lendemain de leur envoi avant midi, ainsi que la société ChronoYGREC s'y était engagée, la société ICKX a assigné en réparation de ses préjudices la société ChronoYGREC; celle-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport dont elle s'était acquittée.

En France, un célèbre arrêt Chronopost du 22 octobre 1996 a illustré comment la Cour de cassation avait pu utiliser la cause pour traiter une question politique importante : celle de l'ouverture à la concurrence du marché postal⁹⁶¹. En arrière fond, il fallait frapper le monopole public pour affirmer ce pouvoir de régulation du marché, et poser les balises de la protection des consommateurs. En Espagne, à première vue, ce cas ne relèverait pas de la cause du contrat mais de son exécution, et ce même si la nullité partielle d'un contrat est une sanction connue (sous réserve de pouvoir détacher les parties nulles des parties valides, quand il existe des consentements à des effets juridiques séparables⁹⁶²). Aussi en droit espagnol, l'invalidité frappant une obligation fondamentale étant la nullité entière de l'acte (absolue et imprescriptible), il semble exclu de prétendre en user pour un défaut d'exécution. Le contrat pourra néanmoins être anéanti par la résolution, et l'inexécution sanctionnée par des dommages et intérêts, lesquels correspondent aux préjudices prévisibles, c'est-à-dire à ceux entrés dans le champ contractuel, sauf exécution dolosive⁹⁶³. Dans le cas n°5, aucune exécution dolosive ne pouvant être démontrée, la clause serait *a priori* valable.

En France, l'enjeu politique était de permettre au client de La Poste d'obtenir réparation de son dommage. Deux possibilités s'opposaient : 1°/ obtenir l'annulation du contrat lui-même et entier, pour se placer ensuite sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Choix difficile puisqu'il faut montrer la faute du transporteur sans pouvoir se fonder sur l'inexécution du contrat annulé. Mais choix logique si l'on juge que l'obligation du client n'avait pas de contrepartie ou une contrepartie jugée illusoire. 2°/. Obtenir des dommages et intérêts, tout en démontrant le dol ou la faute lourde pour évincer la clause limitative de

⁹⁶¹ Cass. Com., 22 octobre 1996, n.93-18632

⁹⁶² Lete del Río et Lete Achirica, *Derecho de Obligaciones*, 1, Aranzadi, 2005, p.560

⁹⁶³ Code civil, article 1150 ; Código civil, artículo 1101 *et sq*

responsabilité. Cette deuxième stratégie fut utilisée dans d'autres décisions de la saga Chronopost, qui conduisirent la Cour de cassation à poser que l'inexécution d'une obligation fondamentale était constitutive de faute lourde, sous condition de démontrer la gravité du comportement du contractant⁹⁶⁴. Mais en 1996, c'est sur le fondement de la cause que les juges avaient trouvé une demi-mesure politique : 1°) le contrat Chronopost différait du type courant de contrat postal par un aménagement particulier qui garantissait la célérité : la Cour de cassation y a trouvé « l'obligation fondamentale du contrat » ; 2°) La célérité garantie étant la contrepartie de l'obligation de payer le surcoût du transport, la clause limitative de responsabilité privait l'obligation de payer de sa cause. Conclusion paradoxale : seule la clause fut réputée non écrite, et le contrat fut considéré comme valide.

PORDC, article 1168 (nouv. art. 1170 du Code civil). – Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. *Cualquier cláusula privando la obligación esencial del deudor de su substancia será nula.*

Aujourd'hui, cette solution est reprise explicitement par le projet français sans recours à la cause.

Cas n°6 – Pour redonner vie à son village, Monsieur Ickx a créé un cybercafé ; il a loué 10 ordinateurs reliés en réseau pour une durée de 8 mois, tous équipés de 200 logiciels de jeu vidéo récents dont il a acquis les licences d'exploitation auprès de la société Ygrec, laquelle lui a fourni le tout pour un loyer global de 14.000 euros. D'emblée l'affaire ne s'avère pas du tout rentable ; il ne veut pas payer la société Ygrec.

En droit espagnol positif, il faut un accord sur la chose et la cause (en France, le prix), cet accord étant réalisé le contrat existe. Le contrat n'est pas nul de plein droit pour une simple appréciation erronée des circonstances économiques, la nullité radicale ne peut dépendre des conditions d'exploitation ultérieures ; pour faire jouer la cause, il faudrait imaginer une hypothèse dans laquelle le contrat eut été nul alors même que l'activité était rentable, par exemple si le commerçant avait loué des systèmes d'exploitation libres et gratuits. En revanche, on pourrait imaginer qu'il puisse être annulable pour erreur (encore que l'aléa économique chasse l'erreur à Poitiers comme à Santiago), ou que, sur le terrain de l'exécution, puisse jouer la théorie de l'imprévision. Les textes de la PMDOC maintiennent cette position de protection d'un intérêt général pour les causes de nullité, et protection des intérêts privés pour les causes d'annulabilité.

⁹⁶⁴ Cass. com., 9 juill. 2002, n° 99-12554 ; Cass. ch. mixte 22 avril 2005, n° 03-14112 ; Cass. com. 30 mai 2006, n° 04-14974 ; Cass. com. 13 juin 2006, n° 05-12619 « la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur »,

L'absence de cause et la nullité qui en découle avec ses effets radicaux, ne peut servir les seuls intérêts privés. C'est pourquoi pas plus en droit espagnol positif qu'en droit prospectif, il ne pourrait y avoir de nullité du contrat pour défaut de cause dans ce cas de figure.

L'absence de théorie de l'imprévision explique sans doute en droit français que la jurisprudence ait admis par des arrêts peu nombreux, - et montés en épingle par les adversaires de l'utilisation outrancière de la cause⁹⁶⁵ -, que le contrôle économique du contrat puisse passer par la détection de l'absence de cause. La même année que le premier arrêt Chronopost, en 1996, dans une hypothèse pareille à celle du cas n°6, la Cour de cassation a combiné la cause objective et la cause finale en les fusionnant, de sorte que le contrat put être annulé⁹⁶⁶ : l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, ce qui privait de cause l'engagement des exploitants du vidéoclub. Mais dix ans plus tard, dans une affaire très semblable, elle jugea au contraire très classiquement que l'engagement de payer avait bien sa contrepartie dans la mise à disposition des cassettes⁹⁶⁷. Conséquence de ce glissement qui aboutit à utiliser la cause pour protéger des intérêts particuliers, l'absence de cause est traitée ces dernières années comme une cause de nullité relative (plutôt annulabilité relative, prescription de 5 ans, confirmable ?).

La disparition de la cause dans le *projet* français témoigne de la volonté politique de ne pas confondre cause objective et cause finale à travers la dichotomie contenu et but du contrat. Avec l'exigence d'une contrepartie convenue qui ne soit pas illusoire ou dérisoire au moment de la formation du contrat (PORDC, art. 1167 ; nouv. art. 1169 du Code civil), l'annulation du contrat de M. Ickx dépendra de ce que les juges voudront voir dans cette « contrepartie convenue » (et s'ils y percevront ou non la rentabilité de l'opération).

⁹⁶⁵ G. Wicker, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in R. Schulze, G. Wicker et D. Mazeaud, *La réforme du droit français des obligations*, 5èmes Journées franco-allemandes, Société de Législation Comparée, 2015. « C'est en raison de cette première réduction de la notion de cause, identifiée à un élément objectif unique déduit de la nature du contrat, qu'ont pu sembler aberrantes les décisions jurisprudentielles qui, sur le fondement de la cause, ont notamment retenu la nullité du contrat qui constituait le support essentiel d'une exploitation dès lors que l'exécution de ce contrat ne permettait pas d'envisager une exploitation rentable » ; sur « les procédés discursifs d'amplification et de réduction », voy. M.-L. Mathieu-Izorche, in *Les divergences de jurisprudence*, PUST-Etienne, 2003, pp.94-126.

⁹⁶⁶ Il est intéressant de constater est qu'en 1996 la Cour de cassation utilisa la cause dans ces deux arrêts pour protéger le contractant faible alors que dans les arrêts de décembre 1995 (contrats - cadre) et janvier 1996 (sur l'abus dans la fixation du taux d'intérêt des emprunts), elle se plaça plutôt sur le terrain de l'abus dans l'exécution du contrat.

⁹⁶⁷ Cass. com., 27 mars 2007, n.06-10.452

3^{ème} série de cas où il est question d'ensembles contractuels

Le contrôle économique des ensembles et opérations contractuels a été en France un lieu d'expression de la cause, mais elle n'a pas été le seul instrument pour vérifier « l'économie politique » d'un ensemble complexe.

Cas n°7 – M. Ickx louait à M. Ygrec qui vient de décéder une belle maison dans une rue calme de Poitiers ; il comptait bien y finir ses jours, mais il vient d'apprendre que les héritiers du propriétaire entendent récupérer l'habitation. M. Ickx est très déçu, d'autant qu'il avait au cours des 3 dernières années, cédé différents ouvrages anciens pour des sommes presque ridicules à son bailleur, espérant en cela le convaincre de ne pas le mettre à la porte. Il estime que les héritiers ont eu le beurre (la maison) et l'argent du beurre (les bouquins) et souhaite faire annuler la vente de ces livres pour prix dérisoire.

Les 4 systèmes offrent à M. Ickx une issue qui peut s'avérer favorable : sur le terrain de l'absence de cause pour les trois premiers, M. Ickx pourrait obtenir la nullité de la vente des ouvrages pour prix dérisoire ; avec le *projet* français, il pourrait l'obtenir sur le fondement de la contrepartie convenue dérisoire. Toutefois, il faut cependant remarquer que la Cour de cassation française, utilisant l'indivisibilité contractuelle, dans des affaires où le vendeur d'un terrain pour un franc symbolique demande la nullité de la vente pour vil prix, n'hésite pas à reconnaître un contrat valide, alors même que la cause objective des obligations du vendeur se situerait dans un autre contrat auquel la vente était adossée⁹⁶⁸. On peut imaginer qu'elle en jugerait de même avec le projet, la contrepartie convenue pouvant résider dans le contenu d'un autre contrat. Encore que le concept ne soit pas dans la loi, ni explicitement repris par la *propuesta*, le droit espagnol pourrait parvenir à une solution comparable au moyen de l'identification d'un *negocio jurídico* : s'il existe un acte juridique liant la vente des livres et la location de la maison, on pourrait considérer que la véritable cause de la vente se trouve dans la mise à disposition de la maison.

Cas n°8 - Une société Ickx s'engage à fournir à la société Ygrec un logiciel informatique. A côté de ce contrat principal, ces partenaires concluent trois contrats accessoires. L'un pour assurer la mise en œuvre du logiciel, un autre pour la maintenance et un dernier pour former le personnel de la société Ickx à ce nouveau logiciel. La livraison du logiciel prend du retard et la société Ygrec fournit un logiciel de remplacement standard ; le logiciel promis n'étant jamais livré, la société Ickx obtient la résiliation du contrat principal. Elle n'entend pas exécuter les autres contrats. Y est-elle tenue ?

⁹⁶⁸ Cass. 3^e civ., 3 mars 1993, n.91-15613 ; Cass. 3^e civ., 5 novembre 2008, n.07-19855

Cas n°9. Primus a acquis de Secundus une station de radio, et par un acte du même jour, a contracté avec la banque Tertia un prêt pour en assurer le financement : ce prêt comportait un nantissement du fonds cédé, et un cautionnement hypothécaire donné par Quartus. La vente de la station de radio a été annulée, et Primus a cessé de payer les échéances du prêt. Primus et Quartus sont-ils tenus de respecter leurs engagements auprès de la banque?

Ni dans le Code civil français, ni dans la doctrine française, les ensembles contractuels ne sont analysés à travers le concept allemand de *Rechtsgeschäft*, c'est-à-dire de *negocio jurídico*. Cela veut dire que les rencontres de volontés ne sont perçues que contrat par contrat, acte par acte, mais pour autant, lorsque des contrats participent d'un montage, ou lorsque des prévisions se déclinent dans plusieurs actes entre les mêmes parties⁹⁶⁹, la jurisprudence française recherche en dehors du contrat contrôlé ce qui peut causer les obligations qu'il contient. De ce point de vue, dans nos deux hypothèses pratiques, si les obligations peuvent avoir une cause objective dans le contrat dont on sollicite l'exécution (le paiement du prix de la maintenance contre la prestation de maintenance ; le remboursement du crédit), le contrat accessoire (de maintenance ; le prêt d'argent) perd sa cause si le contrat principal (de livraison du logiciel ; la vente de fonds de commerce) est anéanti. Il faut comprendre que le contrat accessoire participe d'un ensemble contractuel ; il n'a sa raison d'être que dans le lien qu'il entretient avec les autres contrats⁹⁷⁰.

Dans les systèmes qui analysent les ensembles contractuels complexes à travers le concept de *negocio jurídico*, la recherche de la *voluntad negocial*⁹⁷¹ permet de soumettre l'ensemble des contrats liés aux mêmes conséquences si celles-ci ont été voulues⁹⁷². Cela signifie que si l'un des éléments du *negocio jurídico* est anéanti, les autres auront le destin qui leur aura été affecté.

Le *projet* français ne consacre évidemment pas la théorie du *négoce juridique*, mais il reconnaît que lorsque les contrats sont interdépendants ou indivisibles, « l'anéantissement de l'un qu'il soit annulé ou résolu, emporte, non la nullité de l'autre pour absence de cause, mais sa caducité pour perte de sa

⁹⁶⁹ J.-M. Marmayou, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (Méthode de distinction)*, PUAM 2002.

⁹⁷⁰ Cass. com., 13 février 2007, n. 05-17407

⁹⁷¹ J. De los Mozos, *op. cit.*, p.431 et sq.

⁹⁷² F. Galgano, *Il negozio giuridico*, 1988, n.26 ; R. Scognamiglio, v° Collegamento negoziale, in *Enc. dir.* VII, Giuffrè, 1960, p.375 et sq.

cause⁹⁷³ ». L'article 1186 prévoit ainsi que « lorsque des contrats ont été conclus en vue d'une opération d'ensemble et que la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre », ce dernier devient caduc. Il faut cependant que le contractant qui subit la caducité connaisse l'existence de l'opération quand il a donné son consentement. La caducité met fin au contrat des parties. La Cour de cassation avait déjà consacré cette solution⁹⁷⁴, en lui donnant même une teinte plutôt sévère en écartant les clauses de divisibilité en contradiction avec l'économie générale de l'opération⁹⁷⁵.

Nous aurions pu continuer longtemps à visiter les hypothèses pratiques, non plus de l'intérieur, mais cette fois de l'extérieur en nous intéressant à celles pour lesquelles la Cour de cassation française n'a pas encore osé utiliser la cause, dont elle devra sans doute bientôt se passer. Je pense en particulier au vase communicant parfois suggéré entre cause et changement de circonstances imprévisible, quand la charge des risques échoit à l'un plutôt qu'à l'autre. Par exemple, dans la célèbre hypothèse où M. Ickx avait loué fort cher à M. Ygrec le balcon de son appartement au 10, boulevard du Grand Cerf à Poitiers pour voir l'arrivée de la 10^e étape du Tour de France. Pour des raisons de sécurité, la dernière étape avait été annulée. Devait-il payer le loyer du balcon ?⁹⁷⁶

⁹⁷³ G. Wicker, « La suppression de la cause et les solutions alternatives » in R. Schulze, G. Wicker et D. Mazeaud, *La réforme du droit français des obligations*, 5^{èmes} Journées franco-allemandes, Société de Législation Comparée, 2015, n°39.

⁹⁷⁴ Cass. 1^{re} civ. 1er juillet 1997, n° 95-15642.

⁹⁷⁵ Cass. com. 15 février 2000, n° 97-19793 qui écarte la clause « Le débiteur sera tenu de régler les loyers jusqu'au terme de la convention, même au cas où le contrat d'exploitation conclu par ailleurs avec la société de publicité ne serait pas exécuté ou sera résilié ou annulé ».

⁹⁷⁶ *Court of Appeal* : Krell v. Henry, 11 août 1903, L.R. 2 K.B. 740, sur <https://h2o.law.harvard.edu/collages/8867>.

L'exécution du contrat

Chapitre 15

La relativité du contrat

Version non modifiée de « La relativité du contrat. Archéologie d'un concept récent », in M. Boudot, M. Faure-Abbad et D. Veillon, *L'effet relatif du contrat*, Actes des 11^{èmes} journées Poitiers – Roma Tre, collection de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2015, pp.43-56.

Certaines propositions connaissent un succès spectaculaire. Nul n'oserait plus présenter le droit sous une autre forme. La distinction de l'effet relatif et de l'opposabilité absolue des conventions, le domaine de la qualification de servitude par destination du père de famille ont donné lieu à de multiples propositions théoriques ; l'une d'entre elles a connu ce sort enviable. D'autres idées demeurent lettres mortes⁹⁷⁷.

1. Comment renouveler une problématique ancienne ? En 1999, les participants du formidable et inventif colloque nantais de l'association Henri Capitant⁹⁷⁸ s'interrogeaient sur la relativité en insistant sur les conceptions du contrat et en abandonnant les chemins redondants de l'analyse dogmatique. L'un n'empêche pas l'autre : refaire les gammes et revisiter les classiques, il en sort parfois quelque chose de neuf. Mais l'évidence et l'acquis ne recèlent pas toujours des trésors, et si les découvertes que nous a permis de faire cette enquête archéologique ne prennent pas rang au musée, elles auront au moins donné l'occasion d'une réflexion sur la relativité du temps présent.

⁹⁷⁷ C. Atias, *Epistémologie juridique*, Dalloz, 2002, n.304, p.179

⁹⁷⁸ A lire absolument *La relativité du contrat*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales Nantes 1999, LGDJ, 2000, introduction de Murielle Fabre-Magnan.

2. La littérature contemporaine nous explique que « le principe de l'effet relatif du contrat » a son siège dans l'article 1165⁹⁷⁹, qu'il faut distinguer « relativité » et « opposabilité »⁹⁸⁰, qu'il s'applique à l'anéantissement en cascade des ensembles contractuels complexes⁹⁸¹, à la transmission des obligations aux successeurs particuliers⁹⁸², ou encore que les actions obliques et directes sont des exceptions qu'il faut interpréter strictement.

3. La relativité des conventions est l'héritière des « *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest...* », « *Alteri stipulari nemo potest ...* », et des propositions retravaillées par Pothier au *Traité des obligations*, n°85 et 87. « *Ce principe est qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet de la convention, et seulement entre les parties contractantes* ». « *L'obligation qui naît et le droit qui en résulte étant formés par le consentement et le concours des volontés des parties, elle ne peut obliger un tiers, ni donner de droit à un tiers, dont la volonté n'a pas concouru à former la convention* ». Ces mêmes formulations ont été réécrites et découpées en plusieurs morceaux par les rédacteurs du Code civil aux articles 1134, 1135, 1119 et suivants, et à l'article 1165 qui nous dit depuis 1804 au chapitre III du livre III, *De l'effet des obligations*, à la section VI, *De l'effet des contrats* : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, elle ne lui profite que dans le cas prévu à l'article 1121* ». Ce texte, les auteurs du 19^e siècle le qualifiaient d'élémentaire⁹⁸³ voire d'inutile tant il était évident⁹⁸⁴ ; il a fait l'objet depuis le début du 20^e siècle d'un profond réexamen. Il a occupé ces dernières années le devant de la scène en matière d'action directe, de groupe de contrats⁹⁸⁵, de responsabilité du fait de

⁹⁷⁹ P. Remy-Corlay, « Les effets à l'égard des tiers », in *Projet Terré, vol 1, Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p.291 ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français, v° Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, LGDJ, 1992, n°376.

⁹⁸⁰ J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, 1981, pp.33 et sq. ; J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, LGDJ, 1984.

⁹⁸¹ Mais au fait, qu'appelle-t-on *cascade* ? voy. E. Savaux, « Les nullités en cascade », in *La théorie des nullités*, LGDJ, 2008, pp.111-125.

⁹⁸² O. Deshayes, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004.

⁹⁸³ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXV, 1868, n.38.

⁹⁸⁴ T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, VII, 1894, sous l'article 1165, pp.245 et sq.

⁹⁸⁵ M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996.

l'inexécution d'un contrat⁹⁸⁶, mais aussi en matière de transaction⁹⁸⁷, de représentation entre coobligés⁹⁸⁸, de cession de contrat, de mandat apparent, d'engagement d'associés, de groupe de sociétés, de règlement de copropriété, et de tant d'autres choses. Le principe qu'il pose demeure un pilier de ce qui reste de l'architecture du Code, et les proto-législateurs lui font encore jouer pour les réformes à venir le rôle d'une matrice des effets obligatoires du contrat à l'égard des tiers⁹⁸⁹.

4. Dans les pas de Gaudemet et Bonnecase, suivant plus ou moins ceux de Saleilles et des rénovateurs de la libre recherche scientifique, la littérature juridique contemporaine raconte l'histoire de l'article 1165 et de ses interprétations à la lumière du principe de l'autonomie de la volonté : la relativité des conventions est la fille logique de la force du lien personnel obligatoire, les rédacteurs du Code civil qui ne pouvaient prévoir les mouvements sociaux de la fin du 19^e avaient fait

⁹⁸⁶ Ph. le Tourneau *et alii*, *Droit de la responsabilité et des contrats, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz Action, 2014/2015, n.973.

⁹⁸⁷ Cass. soc., 20 novembre 2013, n. 10-28582, *RDC* 2014, note S. Pellet.

⁹⁸⁸ Veaux-Fournerie et Veaux, « La représentation mutuelle des coobligés », *in Mélanges A. Weill*, Dalloz, 1983, p. 547.

⁹⁸⁹ *Avant-Projet Catala* (2005) : Art. 1165 Les conventions ne lient que les parties contractantes ; elles n'ont d'effet à l'égard des tiers que dans les cas et limites ci-après expliqués. Art. 1165-1 Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont pas d'effet contre les tiers. Art. 1165-2 Les conventions sont opposables aux tiers ; ceux-ci doivent les respecter et peuvent s'en prévaloir, sans être en droit d'en exiger l'exécution ; *Projet Terré, vol. 1* (2008) : Article 124 Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties. Il n'a pas d'effet à l'égard des tiers qui ne peuvent ni en demander l'exécution ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section. Article 125 : Les tiers doivent respecter la situation créée par le contrat et peuvent s'en prévaloir. La seule existence d'un dommage subi par un tiers du fait de l'inexécution d'une obligation par un contractant n'engage pas la responsabilité délictuelle de celui-ci à l'égard du tiers. Article 126 Les contre-lettres légalement formées n'ont d'effet qu'entre les parties; elles n'ont point d'effet contre les tiers, sauf la faculté de ceux-ci de s'en prévaloir. *Document de travail de la Chancellerie (23 octobre 2013)* : Article 108 Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section. Article 109. Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. Le transfert de la propriété immobilière et des autres droits réels immobiliers est opposable aux tiers dans les conditions fixées par les lois sur la publicité foncière. Des lois particulières règlent l'opposabilité aux tiers du transfert de la propriété de certains meubles. *Code civil 2016*. Article 1199. Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. Article 1200. Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait.

reposer la codification sur une philosophie individualiste qui isolait les contractants du reste du monde, mais le 20^e siècle montra que le contrat ne pouvait rester en vase clos et on inventa l'opposabilité des effets non obligatoires. A trop limiter, à trop relativiser les effets du contrat aux seules parties, les commentateurs du 19^e n'en auraient pas perçu l'importance⁹⁹⁰. Mais depuis déjà longtemps, l'épistémologie juridique a montré les déformations que subit la lumière au prisme de l'autonomie de la volonté⁹⁹¹.

4. Aujourd'hui, la doctrine contemporaine enseigne à nos étudiants que l'article 1165 possède une triple dimension : 1°. Il pose le principe de la relativité de la convention elle-même ; 2. La relativité des effets obligatoires (à l'égard des personnes obligées); 3. L'opposabilité des autres effets⁹⁹². C'est une règle universelle⁹⁹³. Les juristes du 19^e n'auraient vu que la première, semble-t-il. « *On considère aujourd'hui que si le contrat ne profite ni ne nuit aux tiers, c'est uniquement en ce qu'il ne peut les rendre créanciers ou débiteurs. Le contrat ne crée, en principe, de liens d'obligation qu'entre les parties contractantes. En revanche, on ne déduit plus de cette affirmation que le contrat n'a aucun effet, même indirect, à l'égard des tiers : le contrat crée entre les parties une situation juridique dont les tiers ne peuvent méconnaître l'existence. Afin d'exprimer cette réalité, on dit que le contrat est opposable aux tiers*⁹⁹⁴ ». Depuis, relativité et opposabilité ont vieilli ensemble, et sont restées un couple conceptuel technique, formant un même contenant dans lequel des principes concurrents arpentent un champ contractuel à géométrie variable. L'opposabilité des contrats « au » tiers n'est pas l'opposabilité du contrat « par » les tiers⁹⁹⁵, le relatif « qui met en relation » est antinomique du « relatif » qui limite l'effet du contrat aux parties, car c'est en réalité l'évolution du concept de contrat qui a brouillé considérablement les cartes.

Pour cette réflexion, je voudrais essayer de suivre les traces de cette mutation. Comment d'évident et d'inutile, l'article 1165 est-il devenu une si puissante contrainte argumentative ? Pour ce faire, il faudra d'abord comprendre de quoi

⁹⁹⁰ Entre autres, Ph. Delmas-Saint-Hilaire, *Le tiers à l'acte juridique*, 2000 ; M. Fontaine et J. Ghestin, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, comparaison franco-belge, LGDJ, 1992

⁹⁹¹ C. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, 2009 ; Ph. Remy, « Éloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, n°1, p. 115 et sq., : pour comprendre, P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, 1971.

⁹⁹² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 6^e éd., 2013, n°789.

⁹⁹³ C. Larroumet, *Droit civil*, tome III, Les effets du contrats, Economica, 2007, n°742.

⁹⁹⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 8^e éd., 2002, n.483.

⁹⁹⁵ Ph. le Tourneau *et alii*, *op. cit.*, n.974.

l'on parle : d'effet relatif, de la théorie de la relativité des effets, ou de relativisme⁹⁹⁶ contractuel⁹⁹⁷ ? Quelques fouilles archéologiques vont nous aider à dater l'émergence de *l'effet relatif* (I). Nous visiterons ensuite les étages de la construction qui ont fait la théorie de la relativité (II).

I. L'émergence de l'effet relatif

5. Il faut bien noter que ni le texte lui-même évidemment, ni les travaux préparatoires⁹⁹⁸, ni Pothier, ni les premiers commentateurs, ni la deuxième génération d'exégètes, n'utilisent les termes d' « effet relatif », ou de « relativité », et une enquête philologique montre rapidement que « relatif de » (et non relatif à) comme épithète « d'effet » n'est attesté qu'en procédure civile et pas avant 1838. Quant à la « relativité », la langue française ne connaît pas ce terme en 1804 - le Robert Historique ne l'atteste qu'en 1805 -, et les banques de données actuelles n'en font pas mention en droit avant la fin du 19^e siècle. Par voie de conséquence, l'effet relatif ou la relativité des conventions sont des reformulations postérieures, soit de la même règle⁹⁹⁹, soit d'autre chose¹⁰⁰⁰.

6. Et même si au milieu du 19^e siècle, l'association d'*effet* et de *relatif* se déploie, ce n'est qu'en procédure : l'effet relatif de l'aveu judiciaire, du serment, de la transaction, de l'acquiescement¹⁰⁰¹, de la saisie-arrêt mais surtout le principe de l'effet relatif des jugements¹⁰⁰² ; on trouve aussi l'effet relatif du privilège¹⁰⁰³. La genèse du concept d' « effet relatif » a lieu dans la littérature procédurale à propos des effets des actes de procédure et pas seulement du jugement. Nos recherches

⁹⁹⁶ Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, 1896 ; E. Meyerson, « Le relativisme, théorie du réel », *Rev. métaph. et morale*, 1924, p.29

⁹⁹⁷ *La relativité du contrat*, Actes du colloque préc. : voy. en particulier, A. Supiot, « La relativité du contrat en questions », pp.183-220.

⁹⁹⁸ Malgré la paraphrase de Pothier par Cambacérès, « Les conventions n'ont d'effet que relativement à leur objet, et à ceux qui les ont formées », cité par R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité*, LGDJ, 2004, p.31

⁹⁹⁹ Selon par exemple R. Wintgen, *op. cit.*, p.31 qui fait l'histoire de l'effet relatif depuis le XVII^e siècle.

¹⁰⁰⁰ M.-L. Mathieu-Izorche, « Une troisième personne bien singulière, ou "2 + 1 = tout autre chose" », *RTD civ.* 2003, p.51

¹⁰⁰¹ J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes*, 1838, 8^e éd. Tome 2, n°374 ; n'apparaît pas in 3^e éd., 1811, n°374 (qui est très bref au paragraphe des jugements).

¹⁰⁰² E. Sahuc, *Des éléments constitutifs de la chose jugée en matière civile*, th. 1854.

¹⁰⁰³ Ch. Villemain, *Du conflit des créanciers gagistes*, th. 1860.

ont mis au jour seulement un embryon de définition de l'effet relatif en 1852 chez Vergé et Massé, qui retraduisent Zachariae ; c'est un effet qui n'a lieu qu'entre les parties (à propos de l'interruption de la prescription)¹⁰⁰⁴.

En scrutant bien, le lien conceptuel avec le contenu obligatoire du contrat pourrait se deviner à travers la controverse sur la force probatoire des actes authentiques et l'interprétation de l'article 1319. « L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes, et leurs héritiers et ayants cause ». L'acte authentique a-t-il force probatoire à l'égard des tiers ? La controverse opposera Toullier, Duranton, Demante à Marcadé, Demolombe, Aubry et Rau¹⁰⁰⁵, mais si les articles 1119 et 1165 furent convoqués pour alimenter le débat, il n'a jamais été question d'*effet relatif*.

Observons

1°). Sur l'article 1134 du Code civil.

7. Les *effets relatifs* sont absents des commentaires de l'article 1165, en revanche « principe » y figure car l'article 1165 est bien pensé comme un principe, ou plus exactement une expression diminuée des principes généraux qui gouvernent les effets du contrat dans le sillage de l'article 1134 du Code civil. Par exemple, Zachariae (Aubry et Rau) dont le *Cours de droit civil français* est affranchi de l'ordre du Code, au § 346 (« Des effets juridiques des contrats), synthétise cet effort de réorganisation : 1° Les conventions tiennent lieu de loi entre les parties, 2° Les effets des conventions s'étendent, activement et passivement, aux héritiers et successeurs à titre universel, 3° « Les conventions ne peuvent ni être opposées aux tiers, ni être invoquées par eux. Art. 1165. Ainsi, l'obligation contractée pour le compte d'une personne, sans mandat de sa part, ne lie pas cette personne. Elle ne lie même pas celui qui a contracté, s'il ne s'est obligé pour autrui qu'en son propre nom. Art. 1119¹⁰⁰⁶ ». Il faut noter que dans cette perspective, associé à l'article 1119, l'article 1165 est traité comme énonçant la cinquième condition de validité du contrat puisqu'il ne fait que paraphraser le prérequis selon lequel il n'y a

¹⁰⁰⁴ *Le Droit civil français*, par C. S. Zachariae, traduit de l'allemand sur la 5^e édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon par Massé et Vergé, Tome 5, p.304 ; Dalloz, *Jurisprudence générale*, tome 37, v° *Prescription* (effet relatif de l'interruption) ; voy. égal. Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, IV, 2^e éd., 1893 ; E. Accolas, *Les actes de l'état civil*, 1886, p.39 "effet relatif, ce qui veut dire qu'il n'est opposable qu'aux personnes qui ont figuré dans l'instance".

¹⁰⁰⁵ C. Toullier, *Droit civil français*, tome V, 1811, n.157 ; A. Duranton, *Cours de droit français*, tome XIII, 4^e éd., 1844, n°98 ; A. Demante, *Programme du cours de droit civil français*, tome II, 1831, n°794 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique de Code Napoléon*, tome V, 1866, p.22 et sq. sous l'art. 1319.

¹⁰⁰⁶ C. S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, II, 2^e éd., 1844, § 346 (trad. Aubry et Rau).

d'engagement que pour soi-même et que la suite n'est que conséquence irrémédiable¹⁰⁰⁷.

Globalement, sous la plume des premiers exégètes, l'article 1165 ne fait donc pas l'objet de longs développements, il est redondant des articles 1134 et 1119 : au commentaire de la section VI « Des effets du contrat à l'égard des tiers ... », les commentateurs se concentrent sur l'action oblique et l'action paulienne : « *C'est du consentement de ceux qui les font que les obligations tiennent leur force obligatoire. Il est donc évident qu'elles n'ont d'effet qu'entre les contractants, et qu'elles ne peuvent nuire aux tierces personnes, pour lesquelles ils n'avaient pas le pouvoir d'agir ; comme aussi elles ne profitent à ces tiers que dans les cas prévus à l'art. 1121* »¹⁰⁰⁸.

2°). Sur l'article 1138 qui se prolonge avec l'article 1599 régissant la vente de la chose d'autrui

8. Si les premiers commentateurs de l'article 1165 n'utilisent pas le concept d'« effet relatif » pour expliquer les effets du contrat à l'égard des parties et des tiers, c'est que leurs difficultés d'interprétation ne sont pas de cet ordre, car contrairement à la doctrine contemporaine, qui voit dans le tiers une figure insaisissable et équivoque¹⁰⁰⁹, les exégètes les ont rapidement identifiés : ce ne sont ni les parties, ni leurs ayants cause qui sont représentés par les parties. Les effets du contrat à l'égard des tiers qui font l'objet d'un examen approfondi, se trouvent aux commentaires des articles 711 et 1138 à savoir ceux qui intéressent les effets réels des contrats translatifs, beaucoup plus que ce qui semble évident à savoir l'absence d'effet obligatoire à l'égard de ceux qui ne sont pas parties¹⁰¹⁰. « *La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations* ». « *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* ».

Les auteurs expliquent par des voies différentes ce tropisme bien français : « *C'est ici un principe particulier au Code des Français, et qui distingue notre législation de*

¹⁰⁰⁷ Comp. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations* 1. *L'acte juridique*, 16^e éd., 2014, n°423.

¹⁰⁰⁸ C. Toullier, VI, n°341.

¹⁰⁰⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6^e éd., 2013, n°794 ; G. Marty et P. Raynaud, *Obligations*, tome I, Sirey 1961, n°261.

¹⁰¹⁰ A. Duranton, X, 3^e éd., 1834, n.531.

celle des autres peuples de l'Europe »¹⁰¹¹, et comme le dira Marcadé, la translation de la propriété par le seul effet de la convention et sans aucun besoin de tradition s'applique donc, même à l'égard des tiers, aux meubles aussi bien qu'aux immeubles ; l'ayant cause n'est pas un tiers (mais un représentant à un titre quelconque)¹⁰¹².

La distinction opérée par les commentateurs entre effet du contrat et effet des obligations est ici capitale¹⁰¹³. L'obligation est un effet du contrat consensuel, de même que la tradition fictive qui opère transfert de la propriété : il est admis que l'action en revendication du propriétaire acheteur résulte de l'effet du contrat translatif, cet effet vaut *erga omnes* mais il ne s'agit pas d'un effet des obligations qui ne lient que les parties et leurs ayants cause. Il faut donc bien comprendre que dans les chaînes de vente, le sous-acquéreur est pourvu d'une action directe en délivrance contre le vendeur initial non pas à raison d'un droit personnel contre lui, mais de son droit réel mis en mouvement par l'action en revendication.

3°. Sur l'article 1166 et les actions directes

9. Les exceptions au principe de l'article 1165 ne sont pas légion : 1°/ les conventions ne nuisent pas aux tiers sauf hypothèse du concordat (mais pour nombre d'auteurs, ce n'en est même pas une)¹⁰¹⁴, 2°/ ne profitent pas aux tiers sauf stipulation pour autrui. Il s'ensuit que malgré la locution « néanmoins » de l'article 1166, les articles 1166 et 1167 ne sont pas regardés comme des exceptions à l'article 1165 mais plutôt comme des développements du principe. « *Néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ». Pour Marcadé, « ce n'est pas là, au fond, une exception au principe que nos conventions ne profitent pas aux tiers. Car le créancier, qui profite de ma convention en exerçant le droit ou l'action que cette convention crée, n'est pas un tiers ; il est mon ayant cause, puisqu'il a un droit de gage sur tous les biens qui viennent entrer

¹⁰¹¹ C. Toullier, *Droit civil français* VI, sous l'article 1138 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique* IV, n°483

¹⁰¹² V. Marcadé, *Explication théorique et pratique* IV, n.490 et 491

¹⁰¹³ Comp. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6^e éd., 2013, n°790

¹⁰¹⁴ A. Demante, *Programme du cours de droit civil français*, II, 1831, n°595 : Les conventions, ne tirant leur force obligatoire que du consentement des parties, ne doivent produire d'effet qu'entre elles ou leurs représentants. Elles ne peuvent donc nuire aux tiers, c'est-à-dire les obliger. La loi n'admet à proprement parler aucune exception à ce principe. Elles ne peuvent non plus en général en profiter. Cependant la loi excepte ici le cas de l'article 1121 », égal. J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, tome 1er, 5^e éd., 1841, n.190 ; tome 5, n.1232

dans mon patrimoine : *habet meam causam*, il me représente et participe avec moi à la propriété de tout ce que je possède, à l'effet d'obtenir son paiement »¹⁰¹⁵.

Les cas d'action directe (comme l'action indirecte de l'article 1166) ne sont pas non plus considérés comme des exceptions au principe de l'article 1165, mais des cas où le vrai créancier se trouve face au vrai débiteur¹⁰¹⁶.

4°. L'article 1121 (comme dérogation à l'article 1119)

12. « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ». A nouveau Marcadé, « la chose ou le fait qui ne doivent être utiles qu'à un tiers ne peuvent pas constituer l'objet d'une convention entre vous et moi, puisque l'obligation ne naît pas quand son objet est inutile au créancier »¹⁰¹⁷. La stipulation pour autrui est perçue par les auteurs du 19^e de manière restreinte. Pour surmonter cette restriction à l'engagement d'autrui, deux possibilités sont exposées : la première, le mandat ; la deuxième, la gestion d'affaire. Et se dessine alors un vase communicant entre l'interdiction faite au stipulant de promettre pour autrui, et la possibilité de gérer les affaires d'autrui quand cela est nécessaire (Art. 1375). « Et voilà précisément le côté par lequel la

¹⁰¹⁵ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique* IV, n°492 ; et plus tard G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, II, 4e éd., 1892, n.908

¹⁰¹⁶ A. Duranton, *Cours de droit français* X, n°547 ; XVII, n°262 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique* VI, sous l'art. 1798 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXV, n°140, p.14, pour aller plus loin : 1) Le bailleur agit directement contre le sous-locataire parce qu'il est créancier direct à raison de l'habitation de celui-ci dans sa maison : tout en exerçant l'action du locataire, il exerce aussi une action qui lui est propre ; 2) L'ouvrier a une action contre le maître de l'ouvrage qui n'est pourtant lié qu'à l'entrepreneur. Pour la doctrine du 19^e siècle, action et droit sont consubstantiels, une action directe présuppose l'existence d'un droit personnel. Pour Marcadé, ce droit est celui d'un ouvrier-gérant l'affaire du maître qui lui doit paiement de son travail (pour Henri Solus, *L'Action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798, 1994 du Code civil*, Thèse 1914, ce sera un droit fondé sur l'enrichissement sans cause). Dans tous les cas, la cause de préférence que donne l'action directe réside dans un lien juridique par suite duquel le tiers qui est obligé envers le débiteur se trouve aussi directement obligé envers le créancier de ce débiteur. Les formulations comprenant les actions directes comme des exceptions à l'article 1166 sont plus tardives : exemple : Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil* III, 4e éd., 1892, n.694 à propos de l'article 1753 "En tout cas et en supposant, comme l'admet la jurisprudence, que l'article 1753 accorde dans l'hypothèse qu'il prévoit une action personnelle directe au bailleur contre le sous-preneur, cette disposition devrait recevoir l'interprétation restrictive comme dérogeant au droit commun. On ne saurait approuver une décision de la Cour de cassation qui par interprétation extensive de l'article 1753 autorise le bailleur à poursuivre directement contre le sous preneur le paiement de l'indemnité dont le preneur est devenu débiteur par suite de l'incendie des locaux loués".

¹⁰¹⁷ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique*, IV, sous l'article 1166

théorie de la gestion d'affaires se rattache à la théorie des promesses et des stipulations pour autrui »¹⁰¹⁸, et même, « *il existe entre elles une sorte de combat dans lequel cette dernière a déjà reçu de rudes échecs, et où il se pourrait bien peut-être qu'elle finît par succomber* »¹⁰¹⁹. Contrairement à ce que pensait Demolombe, l'avenir montrera que les stipulations pour autrui gagneront ce combat.

Remarquons

13. Pendant cette période allant de 1804 à 1860, *deux phénomènes linguistiques se produisent*. *Primo*, l'adjectif « relatif » acquiert une signification autonome ; je veux dire que le groupe adverbial « relatif à » signifiant « quant à », « par rapport à », « à l'égard de » devient l'adjectif qualificatif par élision du « à ». Les exemples deviennent nombreux où *effet relatif* est utilisé comme sujet en procédure civile. *Secundo sémantiquement*, l'adjectif « relatif » utilisé comme épithète d'effet (ou attribut quand *effet* est sujet) est fortement polysémique : d'abord, il s'oppose à « absolu¹⁰²⁰ » comme la nullité relative s'oppose à la nullité absolue pour signifier que l'acte ne peut être invoqué que par une personne protégée : la déclaration d'incapacité a un effet relatif car seul l'incapable peut l'invoquer¹⁰²¹, ou encore « sur les articles 1138 et 1140, nous avons envisagé les effets de la translation de propriété par la seule force de la convention et la restriction que semble faire l'article 1583 quand il n'attribue qu'un effet relatif à cette translation de propriété : *La propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur* »¹⁰²². Ici, l'effet relatif dépend de la situation juridique ou de la qualité du sujet. Ensuite, il exprime la relation juridique qui unit des parties au procès, « relatif » est aussi chargé du sens « qui met en relation », « qui relie ». Cela permettra de parler d'un « *effet relatif à l'égard des tiers* » ce qui ne veut pas dire grand-chose s'il est paraphrasé en « *un effet relatif relatif aux tiers* » mais qui a beaucoup plus de sens s'il est traduit par « l'effet par lequel les tiers sont mis en relation avec l'acte ». Ici, l'effet relatif unit les sujets dans une même situation juridique ou qualité.

¹⁰¹⁸ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXXI, n°114

¹⁰¹⁹ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXIV, n°236

¹⁰²⁰ J. Godin, *De la Subrogation dans l'hypothèque et spécialement dans l'hypothèque légale de la femme mariée*, th. 1868 « on a coutume de dire ... » pour opposer effet relatif à effet absolu qu'« une convention a toujours un effet absolu » ; comp. O. Deshayes, *op.cit.*, p.112, pour qui *indice d'une confusion profonde*, si l'on s'en tient à une conception presque intuitive de l'effet relatif, il existerait une synonymie entre opposabilité et absolutité d'une part, et inopposabilité et relativité d'autre part ».

¹⁰²¹ Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome V, 1865, p.419

¹⁰²² Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome VII, 1884, p.7

Enfin, ne perdons pas de vue que « relatif » se chargera concomitamment d'une connotation péjorative par rejet du relativisme moral diffusé par le positivisme dans les sciences sociales. En attendant, et en cherchant bien, il faut fouiller les 31 volumes du Cours de Code Napoléon de Demolombe pour voir frémir un semblant d'*effet relatif* en matière de contrat ; on peut même y voir une certaine prévention à l'usage de l'adverbe « relativement »¹⁰²³. *Le prince de l'exégèse* écrit à propos de la définition du tiers : « Or, ce n'est pas assez, bien entendu, pour qu'une personne puisse être considérée comme tiers, *relativement à une convention*¹⁰²⁴, qu'elle n'y ait pas figuré elle-même, en personne, comme partie contractante ».

14. Jusqu'en 1868, nos fouilles n'ont pas donné grand-chose pour connaître et identifier « l'effet relatif du contrat », mais dans la période qui suit, à partir des années 1875¹⁰²⁵, l'effet relatif et la relativité des conventions débarquent pour arriver en force dans les années 1890. « *Une convention, par la force des choses, ne peut avoir que des effets relatifs. Mais en tant que fait et considérée comme étant un fait, une convention ne peut pas avoir une existence relative, elle doit exister vis-à-vis de tout le monde*¹⁰²⁶ ». Encore ici ce qui est absolu est l'effet probatoire des actes authentiques, ce qui est relatif est l'effet des obligations, mais pointent déjà les théories générales et la relativité au tournant du siècle.

Avec les nuances qui s'imposent, la doctrine contemporaine continue de réciter l'histoire de la doctrine avec les mots de Bonnacase, inventeur de l'école de l'exégèse et pourfendeur de cette même école. Pourtant, nous savons depuis longtemps que le dogme rigide de l'autonomie de la volonté dont les commentateurs du 19^e furent les disciples soi-disant serviles fut convoqué par Gounot pour relativiser les effets du contrat¹⁰²⁷.

II. La théorie générale de la relativité

15. Nous sommes ici au tournant du 20^e siècle : il faut se rappeler que 1^o/. Le rôle de la Cour de cassation dans l'élaboration du droit positif a changé ; 2^o/. L'école de la libre recherche scientifique promeut une rénovation du droit naturel face à la

¹⁰²³ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXV, n°38 et sq.

¹⁰²⁴ Également au numéro 46 du tome XXV.

¹⁰²⁵ Le terme n'est pas encore chez F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome 16, 1875, n.371 et sq.

¹⁰²⁶ T. Huc, *Commentaire théorique et pratique*, tome VIII, 1895, n°228.

¹⁰²⁷ V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté*, PUF, 1980.

montée des relativismes positivistes¹⁰²⁸. 3°. Et l'effet relatif qui était cantonné à un domaine simplement technique, devient une question à fort contenu politique.

16. La relativité des lois humaines devient un sujet brûlant à la fin du 19^e siècle¹⁰²⁹. La propriété a abdiqué son caractère absolu et sacré, et revêtu une relativité qui seule a permis au scepticisme de le battre en brèche, nous dit Gabriel de Tarde en 1893¹⁰³⁰. *En même temps*, une théorie générale de la relativité des actes juridiques (jugement et contrat) émerge dans les années 1890 sous l'influence de la pandectistique allemande, - sous les réserves dues aux particularismes du droit français des contrats translatifs de propriété -, et elle sera justifiée par des travaux en droit romain faisant l'équation entre *litiscontestatio* et contrat¹⁰³¹.

Formulation

17. Formellement, cette théorie de la relativité des actes juridiques se trouve chez Planiol en 1900¹⁰³² coupée en deux suivant l'idée qu'il faut aller du général au particulier :

- au tome I^{er}, n°296 et *sq.* Chapitre IV *Effet relatif des actes juridiques*, où il est traité au §1 *De la représentation dans les actes juridiques*, § 2 *Des ayants cause des parties*.

- au tome II, n°1169 et *sq.* reprenant Pothier, § 2. *La relativité des contrats*. A. *Relativité quant aux choses* ; B. *Relativité quant aux personnes* : 1. *Les créanciers chirographaires sont ayants cause universels qui peuvent exercer les droits du débiteur (art. 1166)* ; 2. *Successeurs universels* 3. *Successeurs particuliers*. Il traite par ailleurs « l'exercice des actions du débiteur par ses créanciers », au tome II, n°286 et note sur les actions directes l'avantage qu'elles procurent : « En somme, ce serait pour [le créancier] l'équivalent pratique d'un privilège puisque cela lui permettrait de se faire payer à l'exclusion des autres ».

Planiol reste technicien, et n'innove pas sur le fond, sauf évidemment en ce qu'il utilise pour sa présentation la dichotomie savignicienne partie générale / partie spéciale. En revanche, à cette époque, le naturalisme rénové de Gény et Saleilles passe par l'idée que « la volonté est au service du droit, et non le droit au service de la volonté », un contrat est respectable non parce qu'il est l'œuvre d'une

¹⁰²⁸ L'idée de droit implique l'idée de quelque chose qui s'impose au respect de l'Etat en même temps qu'à celui de l'individu, qui par conséquent se réfère à un point de vue supérieur à l'individu et à l'Etat (E. Gounot, *op. cit.*, p.455).

¹⁰²⁹ C. Beudant, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, 1896.

¹⁰³⁰ G. de Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, p.98.

¹⁰³¹ E. Levy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse pour le doctorat, Paris, 1896, p.44 ; Adhémar Esmein, « L'effet relatif de la chose jugée », *Mélanges Gérardin*, 1907, p.249.

¹⁰³² M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, 1899 et tome 2, 2^e éd., 1901.

volonté mais parce qu'il remplit une fonction sociale ; il s'ensuit la critique des auteurs du 19^e siècle au prix d'une caricature bien connue, interprètes étriqués et idéologues individualistes, disciples sans distanciation du dogme de l'autonomie de la volonté¹⁰³³.

18. Demogue se charge de la synthèse dans *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911¹⁰³⁴ : [A propos de l'interprétation des articles 1165 et 1119 et 1351]¹⁰³⁵, « il est résulté de là une construction solide, mais précisément par là même trop rigide pour que, même de force, on ait pu y faire tout rentrer. C'est là le défaut ordinaire des conceptions générales basées sur un trop petit nombre d'idées de se trouver impuissantes à solutionner tous les problèmes qui se présentent »¹⁰³⁶. Ce que nous propose Demogue, c'est d'abandonner les conceptions traditionnelles qui n'offrent qu'une sécurité statique et immobile, pour préférer la sécurité dynamique : « On est plus encouragé à agir, quand on sait qu'en faisant tel acte, qui est une intelligente opération, on en retrouvera sinon un bénéfice, du moins une part de ses déboursés, même si on a fait celui-ci, sans le savoir, sur le patrimoine d'autrui ».

Pour aller vite, il faut permettre la circulation des richesses pour le bien de tous, même au prix de quelques entorses aux principes traditionnels. La jurisprudence a admis la personnalité juridique des sociétés civiles, il plaide ouvertement pour l'avènement de la théorie de l'apparence en droit des contrats, et il sera pleinement exaucé plus tard. Les journées Poitiers – Roma TRE consacrées à la théorie des nullités avaient déjà montré comment les mécanismes correcteurs d'apparence s'étaient affirmés à cette époque par l'idée que la nullité d'un contrat était le résultat de l'exercice d'un droit de critique¹⁰³⁷. Les actes nuls produisent des effets que l'apparence valide. Tout bien considéré, les actes nuls ne produisent aucun effet juridique, mais la jurisprudence s'est mise à tenir pour valide ce qui

¹⁰³³ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté, Étude critique de l'individualisme juridique*, 1912 ; voy. égal. Compte rendu par Rouast, *Rev. crit.* 1913, p.382

¹⁰³⁴ C. Jamin, "Demogue et son temps, réflexions introductives sur son nihilisme juridique", *RIEJ*, 2006.56

¹⁰³⁵ « Quand il y a un acte juridique qui a été passé, le principe est que les tiers n'en profitent pas et n'en souffrent pas : que ce soit un contrat, un jugement ou tout autre acte juridique. C'est là l'idée générale du Code, celle qui apparaît très nettement dans l'article 1119, à propos des promesses et stipulations pour autrui, dans l'article 1165 sur l'effet relatif des conventions, dans l'article 1351 sur l'autorité de la chose jugée. Sans doute, comme de toutes les conceptions unilatérales qui ne voient qu'un intérêt, [...] »

¹⁰³⁶ *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p.481

¹⁰³⁷ *Voy. Chapitre 13. La théorie des nullités.*

n'avait pas été annulé, et l'écoulement du temps ou l'impératif de sécurité (c'est selon) ont été utilisés comme principe péremptoire de décision. L'erreur commune a fait le droit, la croyance légitime aussi.

Au tiers du 20^e siècle, la relativité du lien contractuel devient si j'ose dire relative, moins rigide ; c'est une inquiétude dont nous fait part aussi Josserand dans ses mises en garde contre le dirigisme contractuel, lequel se convainc que le principe de relativité des conventions n'est plus exact. Comprenons que la théorie de la relativité, comme la théorie de l'autonomie de la volonté, auront servi à décrire un état du droit positif passé qui faisait de la rencontre seule des volontés la source des obligations contractuelles et limitait leurs effets aux tiers. « Tandis que primitivement, les contrats ne pouvaient produire que des obligations, le droit moderne a admis qu'ils fussent translatifs de propriété ou constructifs de droits réels, sous la réserve de certaines formalités de publicité qui ne sont d'ailleurs exigées, thèse générale, que pour les transactions immobilières : la vente d'un meuble corporel individualisé rend l'acheteur aussitôt et par elle-même propriétaire *erga omnes* ; les contrats retentissent ainsi au loin, au-delà du cercle des contractants, de leurs héritiers et de leurs créanciers; la grande règle de la relativité des conventions, formulée dans l'article 1165 du Code civil, cesse d'être exacte dans la mesure où les contrats sont par eux-mêmes productifs ou translatifs de droits réels opposables aux tiers¹⁰³⁸ ». Et depuis lors, « l'évolution qui s'est manifestée dans le domaine contractuel n'est pas purement quantitative; elle présente aussi un aspect qualitatif. Non seulement les contrats se sont accrus en nombre et en catégories, mais ils tendent visiblement à changer de nature; autrefois, construits et aménagés par les intéressés en toute liberté, ils subissent de plus en plus le contrôle, l'emprise des pouvoirs publics qui s'inquiètent des conditions dans lesquelles ils sont conclus, des clauses qu'ils renferment, des effets qu'ils produisent, de l'interprétation qu'ils comportent, des événements qui en entraîneront la dissolution; tantôt le législateur et plus souvent encore le juge interviennent et imposent leurs vues aux parties, depuis l'élaboration de la convention jusqu'à la fin de la carrière qu'elle doit fournir; autrefois phénomène privé et individuel, le contrat est de plus en plus volontiers traité comme un phénomène social; la liberté individuelle et l'autonomie des volontés privées reculent devant l'interventionnisme des pouvoirs publics, et le contrat libre tend à devenir un contrat dirigé »¹⁰³⁹. La socialisation du droit privé par ses lois spéciales a

¹⁰³⁸ L. Josserand, « Comment les textes de lois changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Dalloz 1939, p. 369.

¹⁰³⁹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2^e éd., 1939, n.15 bis. Le dirigisme contractuel.

relégué l'effet relatif : continuation du contrat de travail en cas de changement d'employeur, conventions collectives, lotissements, assurances...

21. Pour résumer, René Savatier sans le lyrisme sécuritaire du Demogue de 1911, explique froidement en 1934 comment le droit positif a rétréci l'intérêt de l'article 1165. « Ainsi, l'article 1165 n'a, par lui-même, presque aucun sens utile; et il serait singulièrement dangereux et inexact de le prendre au mot. ... L'évolution actuelle du droit patrimonial tient en grande partie dans la conscience de plus en plus nette chez les juristes modernes de ce principe que les affaires de chacun, auprès d'un côté individuel, ont aussi un côté social. Il faut donc reconnaître qu'elles ne concernent pas seulement celui qui y préside, mais à certains points de vue la société, et par conséquent les tiers »¹⁰⁴⁰.

Sans paradoxe, à la veille de la seconde guerre mondiale, la doctrine affirme donc d'une part que la théorie de la relativité des contrats ne décrit plus les mutations qui ont touché le concept de contrat et les évolutions de ces types nourries par les politiques sociales des années vingt et trente, mais d'autre part, dans la littérature technique, la relativité est disséquée pour mettre au jour le concept d'opposabilité du contrat, où la première protège les tiers, et la seconde les ayants cause¹⁰⁴¹, où la seconde est érigée en obstacle à la transmission à l'ayant cause à titre particulier des créances et des dettes¹⁰⁴². En suivant ce chemin, la doctrine d'après-guerre produira une reformulation technique de la relativité dans un discours politiquement neutralisé qui l'aura d'une certaine manière revigorée et renforcée.

Mais qu'il s'agisse d'opposabilité ou de relativité, ses théories ont aggloméré des sens correspondant à une diversité d'usages rhétoriques qui en font des notions fourre-tout alimentant le débat essentialiste sur la nature du contrat. L'utilisation du concept d'opposabilité pour opérer une distinction conceptuelle, va rencontrer la même difficulté que la relativité en se chargeant des sens antérieurs de « ce qui est opposable ».

¹⁰⁴⁰ R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat », *RTD civ.* 1934, p. 525 et sq. ; égal. du même auteur, « La socialisation de la responsabilité et des risques éventuels », *DH* 1931, chr., p.9.

¹⁰⁴¹ M. Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, th. Bordeaux 1916 ; J. Bonnecase, "La condition juridique du créancier chirographaire. Sa qualité d'ayant cause à titre particulier", *RTD civ* 1920, p. 103 ; A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, th. Strasbourg, 1938 ; S. Calastreng, *La relativité des conventions : étude de l'article 1165 du Code civil*, th. Toulouse 1939.

¹⁰⁴² J. Limpens, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers. Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et les droits personnels », in *Mélanges Roubier*, T. 2, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 89.

Reformulation

En effet dans les années quarante et cinquante, pour sauver la relativité des effets du contrat et l'autonomie de la volonté, il fallait circonscrire son domaine. Cela fut fait en prenant les tiers comme sujets de devoirs non obligationnels en théorisant l'opposabilité du contrat à leur égard : le contrat est un fait social, le contrat crée une situation de fait que les tiers ne doivent pas ignorer. « Le contrat est opposable aux tiers » signifie qu'il a des effets : « non seulement opposables aux ayants cause et aux créanciers chirographaires, mais également aux *penitus extranei* en tant qu'il constitue un titre opposable »¹⁰⁴³. Les tiers doivent donc respecter l'existence du contrat et la situation juridique qu'il a créée. 1. Des situations juridiques absolues opposables à tous (transfert et création de droit réel, mariage, personne morale) ; 2. Un tiers ne peut par sa faute faire obstacle à l'exécution d'un contrat ; 3. Une personne qui s'est enrichie au dépens d'autrui peut repousser l'action *de in rem verso* en trouvant la cause de son enrichissement dans le contrat passé par un tiers¹⁰⁴⁴.

Il en ressort une question du doyen Carbonnier : « Le principe de l'effet relatif des contrats devrait-il disparaître avec l'individualisme dont il est issu (à supposer que l'individualisme soit appelé à disparaître avant l'égoïsme) ? L'attaque contre l'article 1165 est du socialisme facile. On peut même se demander si c'est bien du socialisme ... Le vrai est que, si le contrat est un instrument de tyrannie individualiste, il n'est pas de bonne politique de lui ajuster des tentacules vers les tiers »¹⁰⁴⁵. A ce compte, les actions directes et oblique sont devenues des exceptions. « Les certitudes s'ébranlent¹⁰⁴⁶ » : cession, transmission légale de contrats, actes collectifs sont regardées comme des exceptions à la relativité.

Notons ici un changement de perspective : d'une analyse qui décrivait la perte de vitesse et s'interrogeait sur la disparition du principe de l'effet relatif à raison des finalités sociales du contrat, la doctrine des années soixante passe à une réaffirmation de la relativité en tant que principe au soutien d'une conception libérale du contrat, et pour laquelle toutes dérogations deviennent des exceptions à interpréter strictement.

¹⁰⁴³ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, préc.

¹⁰⁴⁴ L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil*, continuation du *Cours élémentaire de Colin et Capitant*, tome 2, Dalloz, 8^e éd., 1947, n.240 et sq.

¹⁰⁴⁵ J. Carbonnier, *Droit civil II*, 4^e éd., 1964, [141], p.470

¹⁰⁴⁶ « Quel que soit le point de vue auquel on se place, ce sont bien des exceptions, car le bénéficiaire d'une action directe, lorsqu'il agit demeure bien un tiers », J.-L. Goutal, *op. cit.*, p.45

22. Mais dans les années 1970, la figure des groupes de contrats apparaît¹⁰⁴⁷. On n'entend par là « les contrats qui sont liés entre eux parce qu'ils portent sur un même objet ou concourent à un même but »¹⁰⁴⁸. Si les parties à ces différents contrats ou sous-contrats sont considérées comme tiers les unes par rapport aux autres, on appliquera le principe de la relativité des contrats et les actions en responsabilité qu'elles intenteront, ressortiront du régime de la responsabilité délictuelle, si au contraire, on y voit un cercle étendu d'intérêts à contracter, leurs relations pourront rejoindre le giron du régime contractuel. Pour justifier ce nouveau dépassement de l'article 1165, en dehors des régimes spéciaux d'action directe, des auteurs imaginèrent la notion de *tiers intéressé*¹⁰⁴⁹. Cela permettait de suggérer que les ensembles contractuels, par leur structure complexe, échappaient pour partie au droit commun des obligations¹⁰⁵⁰. Le consentement donné pour un contrat valait adhésion au groupe de contrats. Cela justifiait l'action directe en responsabilité de nature nécessairement contractuelle ; cela renforçait l'exigence de vigilance du contractant pour une meilleure gestion des risques du contrat. A la fin des années 1980, cette question fut l'objet d'une franche divergence entre les première et troisième chambres civiles de la Cour de cassation, et le célèbre arrêt Besse du 12 juillet 1991 cassa l'innovation au visa de l'article 1165 dont la vigueur fut restaurée avec effet immédiat en doctrine pour un renouvellement des notions de parties et de tiers¹⁰⁵¹.

23. Parallèlement, aux côtés de la stipulation pour autrui et de la représentation, la question des cessions de contrat a pris place dans le concert des interprètes de l'article 1165¹⁰⁵². Des textes particuliers prévoient des hypothèses de transfert de contrats sans le consentement du débiteur cédé : contrat de bail, contrat d'assurance, contrat de travail, contrats nécessaires à la survie d'une entreprise en difficulté... En revanche dans les hypothèses de transfert conventionnel, sans l'accord du cédé, la cession n'est pas possible et s'analyse généralement en novation. C'est là une application de l'article 1165 en tant qu'il exprime

¹⁰⁴⁷ B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.

¹⁰⁴⁸ F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, p.233.

¹⁰⁴⁹ J. Ghestin, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP* 1992.I.3628.

¹⁰⁵⁰ J. Mestre, "L'évolution du contrat en droit privé français", in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, 24-25 octobre 1985, PUF, 1986, p.41, spéc. p.55 et sq.

¹⁰⁵¹ J.-L. Aubert, « A propos de la distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 1993, p.263

¹⁰⁵² A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14^e éd., 2014, n.242 et sq. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6^e éd. 2013, n°799-800 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations 1. L'acte juridique*, 16^e éd., 2014, n°443

imparfaitement comme le pensaient les auteurs du 19^{ème} siècle, la condition de validité du contrat selon laquelle on ne s'engage valablement que pour soi-même.

24. Dans la littérature d'aujourd'hui¹⁰⁵³, ce regain d'intérêt pour l'article 1165 en tant que principe limitatif des effets du consentement est résumé ainsi par Jean-Luc Aubert et Éric Savaux : « La règle que pose [l'article 1165] résulte d'une préoccupation élémentaire d'indépendance des individus ; il est normal que chacun organise ses affaires ; il n'est pas souhaitable qu'on puisse gérer celles d'autrui ... C'est le texte d'un moment, celui de la formation du contrat ... Les parties ne peuvent pas, par le seul effet de leur volonté, faire naître une obligation sur la tête d'un tiers »¹⁰⁵⁴.

Mais pour autant le capitalisme contemporain a engendré des modes de régulation économique qui utilisent et font produire aux contrats des effets dépassant le cadre strictement individuel des partenaires : dans les réseaux de distribution, « le non contractuel supporte le contractuel. L'aspect non contractuel se déploie à partir d'une structure non négociable, qu'on appelle également *syntaxe de l'ordre d'interaction*. L'interaction des partenaires se développe dans une structure non contractuelle, un *ordre*, qui préexiste et commande les engagements individuels. Il n'est pas possible comprendre la coordination des parties sans étudier ce cadre commun de l'action des individus qui est toujours présent. La recherche de cet ordre social préexistant précède celle de l'intentionnalité de l'individu. Les formes collectives de coordination seront ainsi déterminées par la culture, les groupes, c'est-à-dire par des éléments considérés traditionnellement comme hors du champ de l'économie. Les parties acceptent implicitement des règles de pensée et de conduite qui sont socialement construites. De telles règles vont permettre aux individus de savoir comment se comporter dans des situations données sans avoir recours à un calcul privé, à l'instar d'un *homo œconomicus*. Leurs comportements ne sont pas pour autant irrationnels. Il s'explique tout simplement par le « social », c'est-à-dire par des formes collectives de coordination qui sont déterminées par une culture donnée [...]. Les parties ne sont plus le centre de l'attention. Le droit va donc protéger l'environnement dans lequel l'échange va s'opérer. Le droit de la concurrence et celui de la consommation interviennent ainsi pour garantir la survivance du marché. La conception volontariste subit une autre limitation par l'empiètement de ces droits spéciaux sur le droit des contrats. Par exemple, en droit de la concurrence, la qualification d'entente restrictive de la concurrence sera retenue chaque fois que celle-ci a pour objet ou pour effet d'affecter la

¹⁰⁵³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10^e éd., 2009, n.483 ; C. Larroumet, *Droit civil* tome III, *Les effets du contrat*, Economica 2007, n°742 ; M. Grimaldi, « Le contrat et les tiers », *Mélanges Jestaz*, 2006, p.161.

¹⁰⁵⁴ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations* 1. *L'acte juridique*, 16^e éd., 2014, n°423

concurrence. La volonté interne des parties n'aura aucune valeur devant le juge de la concurrence »¹⁰⁵⁵.

Au cours des dernières années, non seulement des figures contractuelles ont émergé sous forme d'ensembles contractuels complexes, typiques ou innommés, mais a changé également la conception même du contrat et de ce qu'il peut engendrer, de ce dont il peut être la source ; les relations obligatoires aux effets relatifs ne sont plus regardées comme les seules engendrées du contrat classique : le nouveau contrat produit dans un réseau, dans les sphères du marché, des normes de conduite qui s'imposent à tous ceux qui entendent en user pour accomplir le but qu'ils recherchent.

¹⁰⁵⁵ A. Bianco, *Le contrat de franchise, contribution à une analyse relationnelle*, Thèse Poitiers, 2014, p.299 ; et déjà, H. Muir-Watt, « Du contrat 'relationnel'. Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, Trav. Assoc. Henri Capitant 1999, LGDJ 2000, p.169

Chapitre 16

La responsabilité contractuelle, d'une controverse à l'autre

Ce texte est la version écrite d'une conférence prononcée lors des XIV^e Journées Poitiers - Roma TRE, "Jean Beauchard et Paolo M. Vecchi", Texte en cours de publication, Jovene Editore Napoli, 2017

Au milieu des années 1980, la jurisprudence française s'est éprise de la question des groupes de contrats¹⁰⁵⁶ ; la doctrine en a abreuvé la littérature pour discuter la nature contractuelle ou délictuelle de l'action du « tiers intéressé » contre le contractant défaillant. Il fut dit que le système contractuel posait plus de questions qu'il n'en résolvait, et après trois ans d'une construction innovante de la première chambre, l'assemblée plénière de la Cour de cassation donna sa préférence à l'application sans nuance du principe de l'effet relatif des conventions. La troisième chambre civile y était d'ailleurs restée fidèle. Le fameux arrêt Besse du 12 juillet 1991 marquait le retour à l'orthodoxie¹⁰⁵⁷. Sous le visa de l'ancien article 1165 du Code civil, par un laconique attendu de principe rendu sur le ton d'une évidence, ("attendu qu'en statuant ainsi, alors que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, la Cour d'appel a violé le texte susvisé"), l'assemblée plénière mettait un terme à un mouvement doctrinal qui avait vu dans l'action directe conjuguée à l'extension du rayonnement contractuel, un instrument favorisant la sécurité et la prévisibilité. La controverse jurisprudentielle et doctrinale sur l'étendue de l'effet relatif des contrats était close¹⁰⁵⁸.

Que nous a laissé cette controverse ? Des questions et des arguments, les solutions sont passées. Les questions ne se figent pas, elles cessent, le cas échéant, d'être discutées faute de débattants. Faute d'arguments. Mais aucune autorité

¹⁰⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *JCP* 1988.II.21070, note Jourdain ; *RTD civ.* 1988, p.551, obs. Remy ; *ibidem*, p.741, obs. Mestre ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, *D.* 1989, p.5 note Larroumet ; *JCP* 1988.II.21125, note Jourdain ; *JCP*, éd. E, 1988.II.15294, note Delebecque ; *RTD civ.* 1989, p.107, obs. Remy ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, *RTD civ.* 1989, n°6, obs. Mestre

¹⁰⁵⁷ Cass. ass. plén., 12 juillet 1991, n.90-13602 ; H. Groutel, "Les groupes de contrat : le retour à l'orthodoxie", *Resp. civ. et ass.* 1991, chr., p.23 ; C. Jamin, "Une restauration de l'effet relatif du contrat", *Recueil Dalloz* 1991, chr., p.257 ; C. Larroumet, "L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels", *JCP* 1991.I.3531.

¹⁰⁵⁸ M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préface de Y. Lequette, LGDJ, 1996 ; voy. *Chapitre 15. La relativité du contrat*.

institutionnelle d'application ne saurait clore une dispute métalinguistique. Quand la Cour de cassation tranche et pose une interprétation regardée comme définitive, cela ne prive pas de leur pertinence les arguments de la thèse qui n'avait pu s'imposer. Ils réapparaîtront resitués, plus pertinents, plus tard. D'une controverse à l'autre, le débat se déplace¹⁰⁵⁹, en général pas très loin¹⁰⁶⁰ : de l'effet relatif des contrats à la relativité de la faute contractuelle¹⁰⁶¹ en croisant la nature de la responsabilité contractuelle.

En 1992, à propos de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, et sur la détermination du champ d'application de chacune des deux responsabilités, la Cour de cassation avait rendu une décision dont Christian Lapoyade-Deschamps qualifiait le chapeau de "chef d'œuvre d'ésotérisme"¹⁰⁶². L'arrêt décidait au visa des anciens articles 1384 al. 1^{er} et 1147 du Code civil que "les dispositions du premier de ces textes étrangères aux rapports des parties contractantes, ne [pouvaient] être invoquées dans le cas d'un manquement commis dans l'exécution d'une obligation résultant d'une convention dont il ne saurait être fait abstraction pour apprécier la responsabilité engagée". Le commentateur, après une exégèse critique de cet attendu de principe - qu'il qualifiait de "fiasco" - invitait son lecteur à un retour aux sources, retour aux sources qui consistait dans la relecture de l'article 1147 du Code civil. Toujours selon cet auteur, la Cour avait renoué "avec un type de formules suffisamment vagues pour autoriser toutes les dérives jurisprudentielles"¹⁰⁶³. Pour empêcher ces dérives, il fallait ériger la lettre de l'article 1147 comme une contrainte capable de ceinturer la responsabilité contractuelle. "Il est temps, écrivait Lapoyade-Deschamps, d'accomplir un pèlerinage aux sources en puisant directement dans les termes choisis par le législateur plutôt que de s'égarer dans le dédale d'une

¹⁰⁵⁹ Pour une présentation de la controverse relative aux groupes de contrats, dans un chapitre consacré à la « responsabilité contractuelle », voir la première édition de Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, Cujas, 1985, n°521, p.363

¹⁰⁶⁰ C. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, 2009, p.7 *et sq.*, p.223 *et sq.*

¹⁰⁶¹ S. Puddu, « Réflexions comparatistes sur la relativité de la faute contractuelle – retour sur l'arrêt Perruche », in M. Boudot, M. Faure-Abbad et D. Veillon, *L'effet relatif du contrat*, 11^e journées Poitiers – Roma TRE, LGDJ, 2015, pp.67-82 ; H. Boucard, « Les effets de l'inexécution contractuelle envers les tiers », *in eod. op.*, pp.57-66 ;

¹⁰⁶² C. Lapoyade - Deschamps, "Responsabilité contractuelle ou délictuelle ?", *Resp. civ. et ass.*, octobre 1992, n°33, p.4

¹⁰⁶³ *Ibid.*, « N'a-t-elle pourtant été suffisamment « vaccinée » par les déboires du fameux « lien nécessaire » qui a longtemps empoisonné le débat sur la nature de l'action en responsabilité dans les groupes de contrat, ou encore par l'interminable feuilleton sur les critères de l'abus de fonction du préposé ? Double fiasco qui aurait dû plutôt l'incliner à revenir aux sources ».

improvisation dictée par la politique juridique du moment". Il affirmait ainsi que la meilleure solution ne serait pas trouvée à l'issue de la recherche de critères de distinction entre responsabilités contractuelle et délictuelle : "la question n'est probablement pas d'élaborer un critère de distinction entre les deux responsabilités, car il devient de plus en plus aberrant de subordonner l'issue d'un procès à un choix entre deux responsabilités équivalentes. L'heure est plutôt de les unifier...". Il était remarquable que ce raisonnement invitant à un retour vers l'interprétation exégétique de l'article 1147 du Code civil, ait en réalité pour perspective celui d'une thèse beaucoup plus générale prescrivant la fusion des deux ordres de responsabilité. En critiquant "la politique juridique du moment", l'auteur décrivait l'existence d'un niveau de cohérence supérieure, fondée sur l'idée qu'un système unifié de responsabilité permettrait d'évincer les questions délicates que l'on rencontre à la lisière des deux ordres de responsabilité. Mais preuve sans doute que la recherche et la réflexion libèrent des dogmes, des idées reçues et des positions majoritaires, dans cette affaire C. Lapoyade - Deschamps semble être revenu de son voyage aux sources de l'article 1147 avec un schéma de pensée sensiblement modifié. Dans un texte publié en 1997, intitulé « Le mythe de la responsabilité contractuelle¹⁰⁶⁴ », son *credo* n'était plus celui de l'unification des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle, mais au contraire, celui de l'unicité de la responsabilité extra-contractuelle, l'autre, celle se faisant appeler « responsabilité contractuelle » était dessinée sous les traits de l'imposture.

Il existait pourtant une position de compromis très largement partagée depuis les années 1930 selon laquelle le régime juridique de la responsabilité civile se dresse sur ses deux pieds : deux responsabilités qui sans être identiques, sont regardées comme ayant la même nature et le même objet, se partageant les mécanismes réparateurs des dommages causés par une faute : tropisme du régime contractuel, la faute contractuelle consiste dans la violation d'une obligation contractuelle, où le contrat imprime au régime de la réparation certaines particularités¹⁰⁶⁵. Cette position majoritaire avait souffert la contestation de Ph. le Tourneau dès 1972¹⁰⁶⁶ et D. Tallon en 1994¹⁰⁶⁷, avant que C. Lapoyade-Deschamps et Ph. Remy ne s'emploient à la disqualifier.

¹⁰⁶⁴ in F. Rose (dir.), *Failure of contracts*, Hart Publishing, 1997, pp.175-194

¹⁰⁶⁵ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, Cujas, 1985, n°461, Defrénois, 8^e éd., 2016, n.934.

¹⁰⁶⁶ *La responsabilité civile*, Dalloz, 1972, devenu *Droit de la responsabilité et des contrats*, régimes d'indemnisation, Dalloz Action, 2014/2015, n.802

¹⁰⁶⁷ D. Tallon « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, 223 ; D. Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in J. Beauchard et P. Couvrat (dir.), *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 429.

Ce dernier lança en 1996 un pavé dans la mare doctrinale avec son article *Critique du système français de responsabilité civile*¹⁰⁶⁸, réitéré par un texte au titre polémique *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*¹⁰⁶⁹. C'est ce second texte qui constitua le point de départ d'une réaction à la réaction¹⁰⁷⁰. Ce ne fut pas la guerre entre les partisans et les élèves du professeur Remy contre les tenants de la pensée majoritaire, mais ce fut un moment doctrinal tendu parmi les universitaires et juristes français. « Pour » vs « Contre »¹⁰⁷¹. Ceux qui s'intéressaient de près ou de loin au droit des obligations ressentirent le besoin de se positionner. « La doctrine civiliste française est à un tournant de son histoire. Alors que depuis près d'un siècle elle conçoit l'inexécution des obligations issues du contrat comme une source de responsabilité, des voix autorisées s'élèvent, de plus en plus nombreuses, qui suggèrent d'abandonner l'idée même de responsabilité contractuelle. Le mouvement n'est pas achevé ; la résistance s'organise. Mais la proposition est suffisamment sérieuse pour que l'on s'interroge sur le destin de la responsabilité contractuelle, que l'on se demande s'il faut souscrire au pronostic de sa mort prochaine ou espérer au contraire sa survie¹⁰⁷² ». Le plus souvent, il s'agissait de défendre la position de compromis qui avait été enseignée depuis le milieu du 20^e siècle.

En France, bien que notre classification des sources de l'obligation distinguât traditionnellement le contrat d'un côté et les délits de l'autre, comme on dissocierait les *Torts* du *Contract*, la distinction des responsabilités ne coulait plus si aisément depuis la fin du 19^e siècle. Les étudiants français ont appris à reconnaître la responsabilité contractuelle en la comparant à la responsabilité délictuelle (ou extra-contractuelle) : capacité contractuelle vs capacité délictuelle, existence d'un contrat valablement formé entre les parties vs absence d'obligation préexistante, une inexécution d'une obligation contractuelle vs fait générateur quelconque, prévisibilité du dommage contractuel vs réparation intégrale,

¹⁰⁶⁸ Ph. Remy, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures*, n°31, 1996/1, p.31.

¹⁰⁶⁹ « La " responsabilité contractuelle " : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p.323.

¹⁰⁷⁰ P. Jourdain, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité : Sixièmes Journées René Savatier*, PUF, coll. Faculté de droit de Poitiers, 1997, p. 65

¹⁰⁷¹ C. Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.453 ; G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p.946 ; *contra* M. Faure-Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, LGDJ, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2003 ; P. Remy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2004, p.13

¹⁰⁷² E. Savaux, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.* 1999, p.1.

exigence de la mise en demeure, possibilité d'aménagements conventionnels de l'inexécution, délais de prescription [jusqu'en 2008], compétence territoriale, loi applicable dans les litiges internationaux, etc. Des traits distinctifs qui ne posent en vérité de difficulté pour personne. La difficulté tiendrait plutôt aux traits communs.

Dans ses textes, suivant le sillon tracé par Philippe le Tourneau¹⁰⁷³, Philippe Remy avait pour ambition de montrer que les dénommés traits communs étaient le produit d'une construction idéologique et doctrinale du tournant du 20^e siècle, relayée depuis. *En vérité et par essence*, le droit de la défaillance contractuelle n'avait rien de commun avec la responsabilité civile parce que ce que l'on appelle à tort « responsabilité contractuelle » ne peut pas être un droit de la réparation du dommage contractuel. Philippe Remy poursuivait l'idée que les dommages et intérêts contractuels ne constituaient pas autre chose qu'un équivalent d'exécution, quand la doctrine établie, Geneviève Viney et Patrice Jourdain au premier rang, y voyaient et y voient toujours un mécanisme réparateur d'un dommage causé au créancier à l'occasion de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat¹⁰⁷⁴. Cette dernière position qui regarde les dommages et intérêts contractuels comme une indemnité réparatrice, est le résultat de l'adhésion de la jurisprudence comme de la doctrine, à la position héritée des thèses de H. et L. Mazeaud et A. Brun¹⁰⁷⁵ présentant la responsabilité contractuelle et la responsabilité civile comme *de nature essentiellement identique* mais dotées de régimes pourtant différents. « *Unité de nature, différence des régimes* » est encore le *slogan* de la doctrine majoritaire française aujourd'hui¹⁰⁷⁶. C'est contre cette présentation dogmatique que Philippe Remy et ses disciples se sont élevés au tournant du 21^e siècle¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷³ L. Cadiet, « Lalou, Azard, le Tourneau et les autres. Quelques rudiments pouvant servir à l'archéologie d'un grand traité », *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p.141

¹⁰⁷⁴ G. Viney et P. Jourdain, in J. Ghestin, *Traité de droit civil*, LGDJ, Introduction à la responsabilité, 3^e éd., 2008, Les conditions de la responsabilité, 4^e éd., 2013, Les effets de la responsabilité, 3^e éd., 2011.

¹⁰⁷⁵ H. Mazeaud, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1929. 551 ; H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Sirey, 1934, t. 1, n. 100 ; A. Brun, *Rapport et domaine des responsabilités contractuelles et délictuelles*, Thèse Lyon, 1935

¹⁰⁷⁶ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 15^e éd., 2016, n°401 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 6^e éd., 2016, n.313 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2016, n.942 ; S. Porchy-Simon, *Droit civil 2^e année, Les obligations*, HyperCours Dalloz, 9^e éd., n.543

¹⁰⁷⁷ M. Faure-Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Thèse Poitiers, 2002, LGDJ, 2003 ; « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *Recueil Dalloz* 2007. Chron. 165 ; E. Lamazerolles, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la*

Depuis le 1^{er} octobre 2016, sont entrées en vigueur les dispositions de l'ordonnance rénovant les titres III et IV du livre III du Code civil¹⁰⁷⁸, à savoir le nouveau régime du droit des contrats, des obligations et de leur preuve¹⁰⁷⁹ ; pour autant le travail législatif ne sera achevé qu'avec la réforme de la responsabilité civile extra-contractuelle qui n'en est encore qu'au stade du projet. Celui-ci avance ; après qu'un avant-projet a été soumis à consultation le 29 avril 2016, faisant ainsi l'objet d'une première série de commentaires¹⁰⁸⁰, la chancellerie a rendu public le 13 mars 2017, un nouveau projet qui restructure les textes déjà réformés, et propose une autre répartition des sanctions de l'inexécution contractuelle.

Aujourd'hui, la section V du chapitre IV relatif aux effets traite de l'inexécution du contrat (Art. 1217 *et sq.*) ; sa sous-section 5 est intitulée « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution » quand bien même ses articles 1231-1 reprennent en substance les textes de l'ancienne section 4 datant de 1804 « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation » (Anc. art. 1146 *et sq.*). A lire ce nouvel intitulé et l'article 1217 qui, faisant la liste des différentes sanctions de l'inexécution, envisage les dommages et intérêts comme « la réparation des conséquences de l'inexécution », on constatera que les mots choisis par le législateur sont ceux utilisés jusque-là par la thèse majoritaire :

vente, Thèse Poitiers, 2000, LGDJ, 2003 ; A. Pimbert, *Le contrôle judiciaire du contrat d'assurances terrestres : essai sur les rapports entre le droit commun des contrats et le droit spécial de l'assurance*, Thèse Poitiers, 2000 ; S. Hourdeau, *La sous-traitance de construction : essai sur la typicité dans les contrats*, Thèse Poitiers, 2000 ; V. David, *Les intérêts de sommes d'argent*, Thèse Poitiers, 2002, LGDJ, 2005 ; G. Babert, *Le système de Planiol*, Thèse Poitiers, 2002 ; P. Coëffard, *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, Thèse Poitiers, 2003, LGDJ, 2005 ; H. Boucard, *L'agrégation de la livraison dans la vente*, Thèse Poitiers, 2003, LGDJ, 2005 ; E. Berry, *Le fait d'autrui*, Thèse Poitiers, 2003 ; mais aussi L. Leturmy, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.* 1998. p.839 ; C. Ophèle, « Le droit à dommages-intérêts du créancier en cas d'inexécution contractuelle due à la démente du débiteur », *RGDA* 1997. 453 ; « La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de la chambre criminelle », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, LGDJ, 2001, p. 263

¹⁰⁷⁸ F. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016

¹⁰⁷⁹ G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats – consolidations, innovations et perspectives*, Dalloz-Action, 2016 ; O. Deshayes, Th. Génicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2016 ; Ph. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Lexisnexis, 2016

¹⁰⁸⁰ J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Vue d'ensemble de l'avant-projet », *Recueil Dalloz* 2016. 1386 ; Commentaire des principales dispositions, *Recueil Dalloz* 2016. 1442 ; Ph. Brun, *La responsabilité civile extra-contractuelle*, Lexisnexis, 4^e éd., 2016.

« réparation » du « préjudice »¹⁰⁸¹. Demain peut-être, cette position sera renforcée par l'architecture programmée du nouveau « sous-titre II – La responsabilité civile » ; les conditions et effets des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle qui ne sont pas regardés comme unifiés, y sont traités en parallèle ; les dommages et intérêts contractuels qui réparent les « conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles¹⁰⁸² », quittent ainsi le droit du contrat et les sanctions de l'inexécution du contrat, pour gagner celui de la responsabilité civile.

Dans le code déjà rénové, comme dans la proto-législation, rien ne rappelle l'idée d'une fonction d'exécution par équivalent pour les dommages et intérêts contractuels. Et si l'on pensait que les controverses doctrinales pussent se clore par des normes, ou par l'architecture d'un Code, il faudrait proclamer la victoire définitive de la thèse majoritaire et regretter que cette malencontreuse controverse ait mis à mal l'unité de la doctrine et de la responsabilité¹⁰⁸³.

A ce point, je ferais une remarque importante. L'une des difficultés de l'analyse réside dans le fait que les deux thèses en présence sont deux thèses essentialistes qui prétendent toutes deux énoncer *la vraie nature* de la responsabilité et du contrat¹⁰⁸⁴. Et si le législateur donne raison à l'une ou l'autre des thèses, l'un prétendra qu'il a eu raison et qu'il énonce *le vrai droit* ; et l'autre dira que le législateur a eu tort de méconnaître la nature juridique de l'institution. Mais sous la confrontation des essences, il y a autre chose : d'un côté, une conception du contrat né de la seule réunion des volontés contractantes, instrument privé de prévision au service de la circulation des richesses et des biens, incapable d'assumer par sa relativité une fonction sociale élargie ; de l'autre, une conception du contrat, instrument de régulation sociale dont les effets obligatoires naissent aussi bien *ex – ante* de la volonté des parties que *ex – post* de contraintes

¹⁰⁸¹ Rép. civ. Dalloz, v° *Responsabilité contractuelle*, par H. Boucard

¹⁰⁸² Projet 13 mars 2017, article 1251 : « Sauf faute lourde ou dolosive, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat ».

¹⁰⁸³ G. Viney, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *Recueil Dalloz* 2016 p.1378

¹⁰⁸⁴ D'un point de vue non-cognitivist, la consolidation de la thèse de l'unité n'est pas commandée par la nature de la responsabilité, mais par des choix politiques de conservation de l'œuvre réformatrice de la Cour de cassation, P. Ancel, « La responsabilité contractuelle et ses relations avec la responsabilité extracontractuelle dans l'avant-projet français », in B. Winiger (dir.), *La responsabilité civile européenne pour demain*, Bruylant-Schulthess, Collection genevoise, 2008, p.159-179 ; Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p.124 pour contester la méthode employée par Ph. Remy.

politiques, capable si besoin est, d'accomplir des missions de régulation macro-économique, et dont la plasticité permet au juge de combler en opportunité les lacunes de la loi. La première verra dans la seconde une dénaturation, une perversion de l'acte contractuel, et dans les dommages et intérêts contractuels un équivalent d'exécution ; la seconde verra dans la première un schéma passéiste, ou pire une illusion d'un passé qui n'a jamais été, et dans les dommages et intérêts contractuels, un moyen de remédier aux désordres sociaux provoqués par le contrat¹⁰⁸⁵.

En ce qui me concerne, je ne suis pas essentialiste et ne pense pas que ce que l'on nomme *la nature juridique de la responsabilité* puisse exister en dehors du discours dogmatique tenu par les commentateurs de la loi, repris aujourd'hui par le proto-législateur. Il n'y a pas le contrat dans la nature ; il y a seulement le contrat dans le discours. Il n'y a pas la responsabilité contractuelle dans la nature, il y a la responsabilité contractuelle dans le discours. Et de ce point de vue, ce sont les usages linguistiques du concept de responsabilité contractuelle qui font exister « la responsabilité contractuelle ».

La controverse dont nous parlons est bien une controverse dans le discours. C'est pourquoi, il est primordial de comprendre comment sont apparus les usages des termes « responsabilité » et « responsabilité contractuelle », ce qu'ils ont signifié dans la période qui a précédé les théories cherchant à délimiter les domaines des dommages et intérêts contractuels et délictuels. Car, c'est seulement à compter de l'apparition de la « responsabilité contractuelle » qu'a pu se poser la question de la délimitation des domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle. Sous peine de paralogisme et d'anachronisme, on ne peut pas réfléchir sur la distinction des deux sortes de responsabilité avant l'apparition du concept, *vrai ou faux*, de responsabilité contractuelle.

Qu'y avait-il avant la responsabilité contractuelle ?

L'affaire est connue¹⁰⁸⁶ ; « responsabilité » est une invention tardive provenant de la littérature politique et philosophique de langue anglaise du milieu du 18^e siècle, importée dès avant la Révolution française pour exprimer l'idée d'une obligation

¹⁰⁸⁵ Ph. Brun, « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, pp.117-127

¹⁰⁸⁶ J. Henriot, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot 'responsabilité', *Arch. Philo. Droit* 1977, p.59 ; O. Descamps, « Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental », in A. Supiot et M. Delmas-Marty, *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF 2015, pp.39-54 ; du même, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, 2005.

des parlementaires de rendre des comptes aux citoyens ; en ce sens, « responsabilité » passera dans le droit du mandat dans le Code civil de 1804 à travers la responsabilité du mandataire, mais l'on rencontre aussi un usage éclectique de l'adjectif « responsable » à propos du dépôt, du bail, du prêt ou du tuteur¹⁰⁸⁷. En effet, si le vocabulaire ne connaît la « responsabilité » que tardivement, la langue française fait depuis le Moyen Âge un usage constant de l'adjectif « responsable » comme attribut du sujet « être responsable », et du substantif « le responsable »¹⁰⁸⁸ ; le terme n'est pas encore utilisé de manière réfléchie « je suis un homme responsable », mais le plus souvent au moyen de la forme verbale « être responsable de » quelqu'un ou quelque chose, comme « répondre de » quelqu'un ou quelque chose¹⁰⁸⁹, et ce même si « être responsable envers autrui » et « par son fait » se rencontre. En 1804, la formulation de l'article 1384 du Code civil consacrera une évolution substantielle en disant « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

L'usage du concept de responsabilité ne va donc pas se limiter à « l'obligation que la loi impose à quelqu'un de répondre civilement des délits commis par un autre » comme disait Merlin ; les dictionnaires juridiques reflètent et répandent l'usage d'une responsabilité de soi-même et par son fait : c'est « l'obligation légale de répondre civilement du dommage que l'on cause à un tiers par ses actions, de celui qui est commis par les personnes que l'on a sous son autorité, sous sa surveillance, et par les choses que l'on a sous sa garde »¹⁰⁹⁰. L'idée d'une association entre responsable et propre fait, sera pensée par les commentateurs du Code civil comme « la responsabilité du fait personnel », ce qui traduira l'émergence de cette catégorie au sein du droit des délits. Toutefois, il faut bien entendre que cela va prendre du temps¹⁰⁹¹. Le Code civil n'a consacré que 5

¹⁰⁸⁷ A.-G. Daubanton, *Dictionnaire du Code civil, ou Le texte du Code civil rangé par ordre alphabétique*, 1806 ; pas de v° responsabilité ; mais v° délits : énumération des articles 1382 et suivants comme s'ils se suffisaient à eux-mêmes ; v° Dommage : répétition des textes des art. 1382 – 1384 ; v° Dommages-intérêts ; v° débiteur par obligation.

¹⁰⁸⁸ *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1992, v^{is} Responsabilité (1783), Responsable (1304)

¹⁰⁸⁹ Ph. A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome XV, 1828, v° Responsabilité civile des délits

¹⁰⁹⁰ J. L. Crivelli, *Dictionnaire du droit civil, commercial, criminel et de procédure civile et criminelle*, 1825, v° Responsabilité, p.688

¹⁰⁹¹ Aucune entrée spécifique pour *garantie* ni pour *responsabilité* dans la *Jurisprudence générale* Dalloz 1824 - 1830, renvoi au v° obligations ; entrée du v° Responsabilité in Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil*,

articles aux délits et la littérature juridique de l'exégèse, qui commente le Code civil dans l'ordre de ses dispositions, ne va pas en surestimer l'importance. Il y a toutefois rapidement un rapprochement entre inexécution et faute contractuelle fait par Toullier à propos de la prestation des fautes.

« Il faut donc entendre par faute en cette matière tout fait, toute omission qui causent du dommage à autrui, et qui peuvent être imputés à celui qui les a commis, quand même il n'y aurait de sa part aucune mauvaise foi. C'est ce que nous apprend l'article 1147, fondé sur les mêmes principes que les articles 1382 et 1383¹⁰⁹² ». Mais comme souvent, l'opinion de Toullier est loin de faire l'unanimité. Aubry et Rau la dénoncent même en définissant l'inexécution du contrat : « Nous n'entendons point parler ici des délits ou quasi-délits, mais des fautes commises en contravention aux obligations imposées par un contrat ou un quasi-contrat, et connues sous le nom de fautes contractuelles. C'est pour n'avoir pas saisi la différence qui existe entre les délits ou quasi-délits, et les fautes contractuelles, que Toullier est tombé dans l'erreur (...) ¹⁰⁹³ ». Le fait de manquer à la parole contractuelle, constitue bien une faute, mais c'est une faute qui ne constitue ni un crime, ni un délit disait déjà Domat¹⁰⁹⁴, et ce n'est pas non plus un quasi-délit. Qui plus est, Toullier à part, la fusion par le Code des catégories des délits (intentionnel) et des quasi-délits (non intentionnels) ne sert pas à décrire la faute contractuelle dans la littérature de commentaires. Suivant Demolombe¹⁰⁹⁵, le caractère de la faute qui peut constituer « un délit ou un quasi délit est très différent de la *faute dite contractuelle*, qui peut être commise dans l'exécution des contrats comme aussi des quasi-contrats ».

Hormis chez Toullier, l'examen approfondi de la littérature civiliste de la première moitié du 19^e ne révèle pas la présence d'une représentation unitaire des

commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public : jurisprudence générale. Tome 39, 1858

¹⁰⁹² Ch. Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, 1814, n.233, également au n.236 : « Nous suivrons l'exemple du Code, en renvoyant aux titres qui traitent des différens contrats, ce qu'ils ont de particulier, en ce qui concerne la responsabilité ou la prestation des fautes. Il nous suffit d'établir quant à présent que, dans les principes du Code, comme dans les principes de la morale, on doit réparer le dommage que l'on a causé à autrui par la faute même la plus légère, parce qu'enfin quelque légère que soit cette faute, elle n'est pas une raison suffisante pour appauvrir le prochain, encore moins pour enrichir celui qui l'a commise, quoique par mégarde et sans aucune mauvaise intention ».

¹⁰⁹³ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, tome III, 3^e éd. 1856, §307

¹⁰⁹⁴ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. Brunet, 1713, Liv. 2, Titre VIII

¹⁰⁹⁵ Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXXI, 1882, n.472

causes d'attribution des dommages et intérêts, c'est même très majoritairement l'inverse. Et ceci s'explique parce que la combinaison entre *responsabilité* et *contractuelle* n'est pas encore apparue. Il en ressort que la thèse qui voit dans le système du Code civil le moment de l'expression de l'unité de nature des responsabilités se fonde soit sur la thèse naturaliste de Toullier, soit sur autre chose : cette autre chose serait l'idée de réparation du dommage causé par l'inexécution – la formulation de cette thèse mêle un postulat essentialiste et une conséquence fonctionnaliste. L'unité de nature résulte de la même fonction réparatoire des dommages et intérêts ; pour cela, il faut considérer que l'obligation de réparation *n'est pas* une obligation contractuelle, que cette obligation naît avec le défaut d'exécution qualifié de faute contractuelle. Or, de ce point de vue, on rencontre bien des auteurs du milieu du 19^e siècle qui associent « inexécution du contrat » et « obligation de réparer le dommage ». Pour Marcadé en 1852, « le débiteur qui n'a pas commis de dol ne doit donc réparer que les pertes que les circonstances devaient faire prévoir en contractant. Ceci comprend toujours et nécessairement la réparation du préjudice, que le créancier a subi pour se procurer l'équivalent de l'objet promis, et que nos anciens auteurs appellent dommages-intérêts dus *propter ipsam rem non habitam*¹⁰⁹⁶ ». Il est fort intéressant de noter chez cet auteur la coexistence d'usages linguistiques qui vont plus tard s'avérer incompatibles : la réparation du préjudice est un équivalent à ce qui a été promis. La proximité des mêmes termes se rencontre aussi chez Larombière en 1857 : « Les dommages et intérêts ne sont que la réparation pécuniaire du préjudice causé au créancier par l'inexécution, ou par le retard dans l'exécution du contrat ». Si l'on en restait là, on pourrait croire que les exégètes, en tout cas certains d'entre eux, avaient déjà adopté l'idée de la fonction exclusivement réparatoire des dommages et intérêts contractuels ; mais Larombière continue : « [Les Dommages et intérêts] remplacent, sous forme d'indemnité en argent, ce qui manque dans l'exécution stricte des engagements du débiteur. Il suit de là qu'ils ne sont dus qu'en désespoir d'exécution parfaite, faute de mieux, dans l'impossibilité de faire autrement, ou de réparer d'autre façon le dommage causé. Là où l'exécution sera possible, le créancier devra donc la poursuivre, jusqu'à bout de moyens ; et ce sera seulement alors que les juges seront bien venus à compenser l'inexécution du contrat par des dommages et intérêts¹⁰⁹⁷ ». Il faut donc lire *jusqu'à bout de moyens*, pour constater que Larombière attribue aussi une fonction compensatoire aux dommages et intérêts contractuels.

¹⁰⁹⁶ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique de Code Napoléon*, tome IV, 5^e éd., 1852, au commentaire de l'article 1150

¹⁰⁹⁷ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, tome II, 1857, au commentaire sous l'article 1149

Le fait est qu'à cette époque contemporaine des débuts de la Révolution industrielle, la question ouvrière n'est pas encore entrée dans la littérature civiliste, alors qu'elle anime déjà le débat parlementaire¹⁰⁹⁸ ; la réparation des dommages corporels subis en masse par les ouvriers n'atteindra le débat doctrinal que plus tard. Pour les auteurs, les catégories du contrat et du délit sont encore étanches¹⁰⁹⁹ en dépit la porosité des frontières sémantiques de « réparation » et « compensation » : l'équivalent est une réparation de ce qui a été promis, et non tenu. Il serait donc fallacieux et anachronique de juger confuses ces positions qui imbriquent *équivalent monétaire et fonction réparatoire* des dommages et intérêts contractuels, ou d'en tirer une faveur pour la thèse de l'unité des responsabilités. C'est pourquoi en disant que la responsabilité contractuelle est dans l'air du temps en 1804¹¹⁰⁰, la thèse de l'unité prête le flanc à la critique d'un point de vue historiographique et épistémologique.

Dans l'introduction de son *Traité*, Geneviève Viney assume un point de vue beaucoup plus subtil¹¹⁰¹ : comme il est manifeste que la thèse de l'unité ne peut s'appuyer sur le système du Code inspiré par les mots de Pothier, c'est Domat qui servira de point d'ancrage à la nature réparatoire des dommages et intérêts contractuels : « Le défaut de s'acquitter d'un engagement est aussi une faute qui peut donner occasion à des dommages et intérêts dont on sera tenu¹¹⁰² ». Il est vrai que la philosophie qui anime les *Loix civiles dans leur ordre naturel* à la toute fin du 17^e siècle est bien celle à partir de laquelle Pothier proposera une synthèse du droit positif en 1762 dans son *Traité des obligations* : la promotion de la faute comme archétype des délits est faite par les deux auteurs. C'est donc par

¹⁰⁹⁸ J. Jaurès (dir.), *Histoire socialiste de la révolution française*, La république de 1848, Tome 9, J. Rouff, [sans date], p.299

¹⁰⁹⁹ J.-M. Augustin, « Les classifications des sources des obligations de Domat au Code civil », in V. Mannino et C. Ophèle, *L'enrichissement sans cause – La classification des sources des obligations*, LGDJ, 2007, pp.119-129 ; voy. *Chapitre 12. La classification des sources*

¹¹⁰⁰ G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008, n.166-3 *in fine* : « nombre de dispositions relevant du droit des contrats spéciaux lient explicitement les dommages et intérêts à la réparation d'un préjudice. Et ce qui est plus significatif, c'est que d'autres textes, beaucoup plus nombreux encore, affirment que, s'il n'exécute pas correctement son obligation contractuelle, le débiteur « en répond » ou « en est responsable » ou même engage sa « responsabilité », ce qui tendrait à prouver que, dès 1804, l'assimilation de l'inexécution à un cas de « responsabilité » était déjà dans l'air et qu'elle n'attendait, pour être officiellement admise, que la conceptualisation de la notion de responsabilité, laquelle n'interviendra que plus tard, vers le milieu du XIX^e siècle ».

¹¹⁰¹ G. Viney, *ibid.*, n.160 *et sq.*

¹¹⁰² J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, éd. Brunet, 1713, Liv. 2, Titre VIII, sect. IV, Des autres espèces de dommages causez par des fautes, sans crime ni délit, II. Défaut de délivrance

référence à Domat, que la thèse de l'unité va interpréter Pothier et les principes qui passeront ensuite dans le Code : « Domat ne traite évidemment pas de la *responsabilité* car, à son époque, ce mot n'existait pas, mais il traite longuement des *dommages et intérêts* au Titre V du Livre III des *Loix civiles dans leur ordre naturel* et, tout au long de cette dissertation, il ne cesse de rappeler que les dommages et intérêts, quelle que soit leur origine —inexécution d'un contrat ou faute étrangère au contrat —, ont pour fonction de *réparer* des *torts* ou de *dédommager* des victimes.(...) Tous ces développements —et bien d'autres — révèlent que, pour Domat, il n'est pas douteux que les dommages et intérêts contractuels ont exactement la même fonction que ceux qui sont dus pour une cause autre que l'inexécution du contrat, en particulier une faute délictuelle : ils « réparent », « dédommagent », « indemnisent » (...) En revanche, à aucun moment, l'auteur ne soutient qu'ils réalisent *l'exécution par équivalent* du contrat, cette notion n'étant d'ailleurs jamais évoquée ». Et plus loin, « Pothier, comme Domat, ne parle pas de *responsabilité*, mais il traite des *dommages et intérêts* aux numéros 159 et suivants de son *Traité des obligations*, sous le titre *Des dommages et intérêts résultant soit de l'inexécution des obligations, soit du retard apporté à leur exécution*. Les *obligations* ici visées sont aussi bien celles qui naissent d'un contrat que celles qui ont leur source dans un *quasi-contrat*, un *délit*, un *quasi-délit* ou la *loi* elle-même, ces différentes *causes d'obligations* étant énumérées et examinées dans le chapitre qui précède celui portant sur *l'effet des obligations* dans lequel est inséré la section relative aux dommages et intérêts. Pour Pothier, la fonction des dommages et intérêts est donc en principe la même quelle que soit la source des obligations dont ils sanctionnent l'inexécution ».

A cette habile interprétation de la généalogie du concept de responsabilité, Philippe Remy va en opposer une autre qui présente Pothier comme le point d'arrivée, une pensée mure chez qui les catégories juridiques contrat / délits se sont éclaircies. Il est vrai que Domat traitait du manquement à un engagement dans une catégorie hétéroclite « Des autres espèces de dommages causez par des fautes, sans crime ni délit » au sein de laquelle il regroupait le défaut de délivrance du vendeur, les dommages causés sans dessein de nuire, ou le dommage causé pour éviter un péril [tout en renvoyant à la section 2 du Titre des intérêts, Dommages et intérêts]. Il faut noter aussi que le *Traité des loix* et les *Loix civiles* n'observent pas la même classification des sources des obligations¹¹⁰³ ; en d'autres termes, s'il est possible de trouver chez Domat les prémisses de la thèse de l'unité des responsabilités, c'est précisément parce que la philosophie du droit naturel

¹¹⁰³ *Traité des loix* : [I. Engagements familiaux] / [II. Autres engagements. (1. Engagements volontaires : réciproques / unilatéraux) / 2. Engagements involontaires]. *Loix civiles* : [Engagements conventionnels (réciproques)] / [Engagements non conventionnels (unilatéraux ou par l'effet de l'ordre divin)].

moderne qui fait reposer le régime des délits sur la faute morale, a rendu les catégories romaines contrat / délits poreuses. Elles ne le seront plus avec Pothier et jusque dans les années 1870, quand elles redeviendront perméables pour justifier de la réparation des dommages corporels subis par les ouvriers.

Depuis quand parle-t-on d'équivalent d'exécution ?

L'autre thèse, celle de la *satisfaction par équivalent*, joue elle-aussi de l'argument historique : elle fait également remonter à Pothier et au système du Code civil, l'idée défendue selon laquelle les dommages et intérêts contractuels sont un équivalent d'exécution. « On rappellera que pour Pothier, les dommages-intérêts prévisibles s'entendaient des *dommages-intérêts intrinsèques*, c'est-à-dire ceux que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens (*dommages et intérêts extrinsèques*). C'est pourquoi dans ces cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui fait l'objet de l'obligation, *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam*. Et c'était bien ainsi que l'entendaient les rédacteurs de l'article 1150. La *prévisibilité*, dans cette définition, est donc une notion objective renvoyant à la nature même du dommage réparable, elle-même directement commandée par l'objet de l'obligation : le *dommage prévisible* n'est ni plus, ni autre chose que l'objet même de l'obligation inexécutée - l'avantage promis et non reçu »¹¹⁰⁴.

Tout autre chose, Geneviève Viney tire du passage de Pothier cité en italique : « que cette fonction consiste à réparer le dommage causé par l'inexécution, c'est ce qu'affirme d'emblée l'auteur : *Lorsqu'on dit que le débiteur est tenu des dommages et intérêts du créancier résultant de l'inexécution de l'obligation, cela veut dire qu'il doit indemniser le créancier de la perte qu'il lui a causée et du gain dont l'a privé l'inexécution de l'obligation*. Cependant, Pothier tempère aussitôt ses propos en limitant la portée de cette fonction indemnitaire aux dommages dits *intrinsèques*, par opposition aux dommages *extrinsèques* qui, d'après lui, ne doivent pas en principe être indemnisés »¹¹⁰⁵.

Si les deux thèses se revendiquent des mêmes auteurs, si elles les interprètent en sens contraires, c'est évidemment parce qu'elles leur assignent

¹¹⁰⁴ Ph. Remy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p.323 et sq., spéc. n°41

¹¹⁰⁵ G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008, n.166-2.

une autorité légitimante, mais il y a aussi des raisons autres que purement rhétoriques. Le concept de responsabilité n'est pas encore en usage au 18^e siècle, et nous avons déjà dit que *réparation, équivalent, compensation* n'avaient pas des domaines sémantiques bien arrêtés. Le concept d'exécution par équivalent n'est pas non plus présent au 18^e siècle et, les termes « exécution par équivalent » quand ils sont utilisés dans la littérature du 19^e siècle renvoient au concept d'exécution indirecte¹¹⁰⁶, qui sert à signifier dans le droit des saisies et des voies d'exécution¹¹⁰⁷, le fait pour tout créancier de pouvoir agir sur le patrimoine du débiteur par opposition à la contrainte par corps ou à l'exécution forcée *manu militari*. L'action en dommages et intérêts s'exerce donc par opposition à l'exécution directe, contre un débiteur qui devra un équivalent monétaire lorsque l'exécution *in forma specifica* ne sera pas possible¹¹⁰⁸. L'interprétation de l'ancien article 1142 est alors l'occasion de confronter *réparation, compensation et exécution*, mais de *responsable* et de *responsabilité*, il n'y a pas encore de *contractuel(le)s*. « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». *Nemo praecise cogi potest ad factum*.

Duranton dénonce l'idée qui verrait dans l'article 1142 une alternative au profit du débiteur¹¹⁰⁹, et Zachariae¹¹¹⁰, puis Aubry et Rau¹¹¹¹ précisent à propos de ce texte que « Le paiement de dommages et intérêts ne peut être considéré comme une exécution de l'obligation mais seulement comme la compensation de son inexécution ». Demolombe confirme : « et c'est seulement à défaut d'exécution que l'obligation se résout en dommages et intérêts ; *se résout*, c'est-à-dire qu'elle se transforme, *ex post facto*, et que par suite de l'impossibilité d'obtenir l'exécution réelle, il obtient l'équivalent au moyen de dommages et

¹¹⁰⁶ Première occurrence trouvée in L. A. Lebrun, *Juges de Paix ou répertoire alphabétique*, 1813, p.37

¹¹⁰⁷ *Pandectes françaises*, Tome XXX, 1899, V^o Exécution des jugements et des actes (section préliminaire)

¹¹⁰⁸ V. Marcadé, III, sous art. 943 « Sans doute, enfin, je pourrais aussi, en rendant ainsi impossible l'exécution directe de l'obligation, rendre impossible également l'exécution équivalente par des dommages-intérêts, en dissipant mon bien et me rendant insolvable ».

¹¹⁰⁹ A. Duranton, *Cours de droit civil français*, tome X, 4^e éd., 1844, n.458 : « Mais de ce que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution, il n'en faut pas conclure que le débiteur a, par la nature même de l'obligation, le pouvoir, dans le for intérieur comme dans le for extérieur, de se libérer par le paiement des dommages-intérêts, lorsqu'il peut encore exécuter l'engagement, comme s'il était obligé sous une alternative, (...) ».

¹¹¹⁰ C. S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, tome II, 2^e éd., 1844, trad. Aubry et Rau, §299, p.276

¹¹¹¹ Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, tome IV, 4^e éd., 1871, §299

intérêts¹¹¹² ». Ce que disent ces auteurs, c'est que le débiteur d'une obligation qui ne serait pas de donner, n'a pas un choix à faire entre exécuter directement en nature ou exécuter indirectement en équivalent. Le débiteur qui n'exécute pas, devra une compensation qui n'est pas pour autant une exécution. Marcadé nuance : l'article 1142 « ne doit donc pas se prendre à la lettre quand il dit que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution. Il n'en est ainsi que dans deux cas : 1° quand l'exécution forcée ne pourrait résulter que d'une violence dirigée contre la personne du débiteur; et 2° quand le créancier, quoique maître d'obtenir l'exécution directe par la force, veut bien se contenter des dommages-intérêts¹¹¹³ ». La réparation du préjudice peut donc avoir lieu grâce à une exécution indirecte par simples dommages et intérêts¹¹¹⁴.

*Quand la « responsabilité contractuelle » devient-elle
autre chose qu'une expression d'usage commode ?*

La littérature du 19^e siècle nous a donc livré des usages linguistiques à géométrie variable des concepts qui forment la proto-théorie de la *responsabilité contractuelle*, laquelle n'est toujours pas apparue au milieu du 19^e siècle, ni sous la forme d'une obligation de réparer un préjudice, ni sous celle d'une exécution indirecte ou par équivalent. Les auteurs des deux thèses qui interprètent ce vide le savent bien, et leurs rhétoriques qui prétendent surpasser cet inconvénient par une réécriture de la généalogie des concepts, doivent attendre les années 1870 pour y voir les mots de « responsabilité contractuelle ». Il est intéressant d'observer que l'expression ne coule pas de source malgré l'examen des responsabilités des contractants. Le mot « responsabilité » est bien présent dans le Code civil au sein de l'article 1992¹¹¹⁵, où l'on traite de la « responsabilité du mandataire », notaire, huissier, dirigeants sociaux ; la faute de gestion est une espèce de la théorie générale des fautes de l'article 1137¹¹¹⁶ ; les dommages et intérêts dus par le mandataire condamné pour sa faute de gestion sont bien ceux

¹¹¹² Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXIV, 1877, n.490

¹¹¹³ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique*, IV, p.430

¹¹¹⁴ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique*, VI, commentaire sous l'article 1629

¹¹¹⁵ « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. La responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire ».

¹¹¹⁶ P. Pont, *Commentaire – traité des petits contrats*, tome 1^{er}, 1877, p.544 et sq.

de l'article 1150¹¹¹⁷, et sur des schémas analogues sont envisagées dès les tout premiers commentaires, *la responsabilité* du vendeur, celle du bailleur, du dépositaire, du locateur d'ouvrage ou des entrepreneurs, des voituriers, etc... Toutefois, l'expression « responsabilité contractuelle » ne semble pas avoir pénétré le discours des civilistes français avant les années 1870¹¹¹⁸ : on la trouve chez Sourdat en 1872 appliquée à la responsabilité des dirigeants sociaux¹¹¹⁹, puis de plus en plus en nombre d'occurrences de Laurent en 1878¹¹²⁰, à Huc en 1892¹¹²¹. Bufnoir utilise l'expression deux fois dans son cours donné en 1884 : « Voici en effet le principe que vous devez retenir : l'obligation résultant des articles 1382 et 1383 existe en vertu de la faute, même très légère ; tandis que dans les contrats la faute s'apprécie différemment. C'est que dans les contrats on choisit celui avec qui l'on traite. De là nous sommes conduits à dire que, lorsqu'il s'agit d'un préjudice causé à l'occasion d'un contrat, ce sont les règles qui déterminent la responsabilité contractuelle qu'il faut appliquer »¹¹²². « Le locataire est tenu, en vertu de son contrat, de restituer la chose louée ; il doit donc prouver, s'il ne peut plus restituer, parce que la chose a péri, que cette perte est arrivée sans qu'il y ait faute de sa part ; et il s'agit ici d'une faute appréciée conformément à l'étendue de la responsabilité contractuelle¹¹²³ ».

L'expression d'usage commode devient ensuite populaire¹¹²⁴ au point de susciter la réaction : « La responsabilité contractuelle est une formule vicieuse, une forme erronée de langage, et la responsabilité est (toujours) nécessairement

¹¹¹⁷ Dalloz, *Jurisprudence générale*, tome IX, 1829, p.965-966

¹¹¹⁸ Première occurrence et seule trouvée dans J.Chenal, *Du mandat en droit romain...De la commission en droit français*, Thèse 1858, p.41

¹¹¹⁹ A. Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, tome 2, 1872, p.387 ; également, note sous Cass. civ., 11 nov. 1873, *Rec. Sirey* 1874, p.98

¹¹²⁰ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, tome 31, 1878, n.413, p.394 à propos de la responsabilité contractuelle des architectes vs responsabilité délictuelle du propriétaire du bâtiment (art. 1386)

¹¹²¹ T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome VIII, 1895, n.221, p.272

¹¹²² Ce cours de 1884 sera publié par ses étudiants en 1900, C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, rééd. LGDJ, 2005, p.610-611

¹¹²³ C. Bufnoir, *ibid.*, p.812

¹¹²⁴ C. Drouart, *De la responsabilité des notaires*, Thèse Rennes, 1879 qui y consacre la deuxième partie de son ouvrage.

délictuelle »¹¹²⁵. C'est le temps avec Sauzet et Saintelette de dissoudre l'amalgame et de proposer des critères de répartition de ce que l'on appelle responsabilité contractuelle (garantie) et responsabilité délictuelle (responsabilité)¹¹²⁶. On verra ensuite, sous l'influence de la pandectistique, la doctrine francophone se mettre à écrire des théories générales, et la responsabilité sera l'un des sujets les plus analysés en droit romain et en droit français¹¹²⁷. Saleilles traitera la violation d'une obligation contractuelle comme un délit contractuel¹¹²⁸. Grandmoulin proposera une position radicale selon laquelle la loi comme les obligations contractuelles constituent des normes dont la violation entraîne une sanction unique, la responsabilité civile, au fondement duquel se trouve l'article 1382 du Code civil¹¹²⁹.

Pour autant, c'est seulement avec Marcel Planiol en 1899 que les choses changeront vraiment pour la théorie de la responsabilité contractuelle : une version aboutie de la thèse de l'unité se trouve dans le *Traité élémentaire de droit civil* aux numéros [863] pour la définition de la faute comme violation d'une obligation préexistante¹¹³⁰, [890] pour affirmer que la violation d'une obligation contractuelle fait naître une obligation nouvelle de payer des dommages et

¹¹²⁵ A.-F. Lefebvre, « De la responsabilité, délictuelle, contractuelle », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1886, p.485 ; mais l'auteur semble le premier postuler l'unité de la faute, en réaction aux thèses de Sauzet.

¹¹²⁶ Ch. Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, 1884 ; voir aussi M. Sauzet, « De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels », *Rev. crit.* 1883, pp. 596-640 ; « De la responsabilité des locataires envers le bailleur au cas d'incendie (art. 1734 C. civ.) », *Rev. crit.* 1885, pp. 166-202.

¹¹²⁷ G. Robin, *De la responsabilité notamment au point de vue de la clause de non-garantie*, Thèse Paris 1887 ; H. Fromageot, *De la Faute comme source de la responsabilité en droit privé*, 1891 ; H. Auvynet, *Théorie des fautes, Faute contractuelle et faute délictuelle*, Thèse Paris, 1893 ; J. Aubin, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, Thèse Bordeaux, 1897 ; A. Chenevriér, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, Thèse Nancy, 1899

¹¹²⁸ R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation* [1889], 3^e éd., 1925, Réimpr. La mémoire du droit, 2001, n.331

¹¹²⁹ J. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou, Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles avec application à la combinaison de la responsabilité & de l'incapacité*, Thèse Rennes, 1892.

¹¹³⁰ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, 2^e éd., 1901, n.863. Définition. — La faute est un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui. L'idée de faute prise en elle-même est donc extrêmement simple, et elle est dans une relation nécessaire avec l'idée d'obligation : une personne ne peut pas être en faute, si elle n'était tenue de rien avant l'acte qu'on lui reproche.

intérêts¹¹³¹, et [891] pour ajouter que cette obligation nouvelle née de la faute a toujours pour objet la réparation du tort causé au contractant par l'inexécution de ce qui a été promis¹¹³². Cette thèse de Planiol va elle-même susciter une réaction plutôt bienveillante des auteurs classiques pour qui *faute contractuelle* et *faute aquilienne ou délictuelle* ne sauraient être confondues¹¹³³.

*Quand « l'exécution par équivalent » exprime-t-elle
précisément les seuls dommages et intérêts
contractuels ?*

A la même période que Planiol, mais avec un peu d'avance, Albert Vigié, un auteur moins connu rédige lui aussi un manuel élémentaire qui aura un succès important auprès des étudiants. Il attribue aux dommages et intérêts en général et à ceux contractuels en particulier, une fonction d'exécution par équivalent : « De quelque source que l'obligation découle (*contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit, loi*), et quel que soit son objet (*transférer la propriété ou opérer la restitution d'une Chose, faire ou ne pas faire*), l'obligation crée un lien juridique entre le débiteur et le créancier. Le premier voit naître contre lui la nécessité légale d'accomplir la prestation promise ; le second est investi du droit d'exiger la prestation due. Pour sauvegarder ses intérêts, le créancier peut prendre une double série de mesures : les premières, mesures conservatoires dont l'objet est d'assurer les avantages de sa situation ; les secondes, voies d'exécution, pour amener le débiteur à l'exécution de l'obligation, conformément à l'intention des parties, ou bien, au cas où l'exécution ne serait pas réalisée ou ne pourrait pas l'être, à obtenir contre le

¹¹³¹ *ibid.*, n.890 : Création d'une obligation nouvelle. — Quand la faute est dommageable, elle produit à la charge de son auteur une obligation d'indemniser la victime. Cette obligation de payer des dommages-intérêts est, en matière civile, la sanction nécessaire de toutes les obligations légales, aussi, bien que de toutes les obligations conventionnelles. La faute est donc *un fait productif d'une obligation nouvelle*.

¹¹³² *ibid.*, n.891. Distinction de l'obligation née de la faute et de l'obligation antérieure à la faute. — L'obligation née de la faute a pour objet la réparation du dommage causé. Cette obligation est entièrement distincte de l'obligation antérieure dont la faute a été la violation, elle n'a pas le même objet. L'obligation primitive pouvait avoir un objet quelconque : une dation, un fait, une abstention ; l'obligation née de la faute a toujours pour objet la réparation (ordinairement pécuniaire) de la lésion causée à autrui par l'inexécution de l'objet dû.

¹¹³³ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations*, tome 1^{er}, in *le Traité théorique et pratique de droit civil*, 1897, p.328 et sq. ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Tome 2, 11^e éd., 1913, n.95, p.75 ; E. Bartin, pour la 5^e éd. de Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, tome 6, 1920, §445, p.353, note 9 undecies

débiteur une exécution par équivalent, c'est-à-dire des dommages-intérêts »¹¹³⁴. Plus loin, dit-il, « Nous avons vu (...) que, dans plusieurs cas, le créancier était obligé de se contenter, au lieu de l'exécution matérielle de la prestation, d'une exécution par équivalent au moyen de dommages-intérêts. Il en est encore ainsi au cas où l'exécution de la prestation est devenue impossible par la faute du débiteur : le créancier dans ce cas ne peut conclure qu'à des dommages-intérêts¹¹³⁵ ». La présentation de Vigié, au stade de l'intuition, n'a pas la consistance de celle Planiol déjà très affirmée : il faudra attendre Colin et Capitant pour lire en 1915 que les dommages et intérêts sont « un mode de satisfaction qu'on peut appeler exécution par équivalent¹¹³⁶ ».

De quels enjeux socio-économiques, la controverse sur la responsabilité contractuelle s'est-elle nourrie ?

Avant de discuter à proprement parler la question de savoir si la controverse sur *la responsabilité contractuelle* peut se clore, il faut tenter d'élucider les raisons qui ont fait émerger ensemble et en même temps les deux thèses au tournant du 20^e siècle.

C'est la révolution industrielle qui a produit « la question ouvrière » et qui a ouvert le débat sur le louage d'ouvrage, appelant les revendications en faveur d'une législation du travail. Ce débat politique se technicise dans la distinction des fautes contractuelle et délictuelle : l'ouvrier ne peut pas obtenir la réparation du dommage qu'il s'est causé à lui-même en utilisant des machines : *primo* parce que sur le terrain délictuel, il est l'auteur du fait dommageable ; *secundo*, sur le terrain contractuel, le patron n'a pas l'obligation d'assurer la sécurité de son ouvrier. Les partisans de la théorie du risque-profit plaideront pour que la Cour de cassation se saisisse de l'interprétation des articles 1382 et 1384 afin d'imposer soit la responsabilité objective du patron, soit une obligation contractuelle de sécurité due à l'ouvrier. L'arrêt *Veuve Teffaine dit aussi « du remorqueur Marie »* révèle qu'en 1896¹¹³⁷, les mouvements ouvriers européens ont inversé le rapport de force avec le patronat : mais à partir de 1898, plutôt qu'une extension jurisprudentielle du risque industriel à tous les accidents causés par le fait des choses inanimées (qui

¹¹³⁴ A. Vigié, Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme des facultés de droit, [1^{re} éd., 1890-1892], Tome 2, 2^e éd., 1895, n.1271.

¹¹³⁵ *Ibid.*, n.1326

¹¹³⁶ Tome 2, 1915, p. 6 ; égal. p.19-20 ; même texte in 6^e éd. 1931, p.20

¹¹³⁷ Cass. civ., 16 juin 1896, DP 1897.1.433, concl. L. Sarrut, note R. Saleilles, S. 1897.1.17, note A. Esmein

était la position de Louis Josserand¹¹³⁸), une solution législative de compromis est trouvée : la législation spécifique sur les accidents de travail transfèrera sur le patron (et sur le fonds d'indemnisation institué) les risques du dommage corporel subi par l'ouvrier.

Une fois le sort des accidents de travail réglé, surgissent massivement au début du 20^e siècle les accidents de transport. Et c'est à leur propos que vont apparaître les obligations de sécurité des transporteurs et de nombreux professionnels ensuite. Avec l'obligation de sécurité « découverte » dans les contrats, la Cour de cassation française va contourner l'inertie du législateur pour permettre de réparer les dommages corporels subis par des passagers à l'occasion du transport, sans réclamer de ceux-ci qu'ils ne démontrent l'existence d'une faute ou d'une imprudence du transporteur, mais en les soumettant aussi aux clauses limitatives de responsabilité¹¹³⁹. Ces obligations contractuelles de sécurité sont à la fois un pis-aller et obstacle à l'avènement d'une responsabilité pour risque pour activités dangereuses, et elles se combineront avec la généralisation de la responsabilité du fait des choses pour permettre la réparation des dommages subies par des victimes d'accidents automobiles.

Avec les obligations de sécurité contractuelles, plusieurs difficultés techniques se révèlent quant aux actions en justice à disposition de la victime : juridiction territorialement compétente (cela paraît de faible intérêt mais l'arrêt d'ouverture et de principe pose cette question), régimes de la preuve et de la prescription différents pour l'essentiel. La Cour de cassation va alors adopter la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en 1922¹¹⁴⁰; c'est cette décision qui va rendre cruciale la nécessité de délimiter responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Tant qu'elles pouvaient s'additionner, il ne pouvait s'agir que d'une querelle d'école ; si elles s'excluent, le débat théorique entre dans le prétoire et les assureurs s'en saisissent.

¹¹³⁸ L. Josserand, De la responsabilité du fait des choses inanimées, Rousseau, 1897.

¹¹³⁹ Cass. civ., 11 nov. 1911, DP 1913, 1, p.249, 1^{ère} espèce, note Sarrut ; S. 1912-1 p.73, note Lyon-Caen

¹¹⁴⁰ Cass. civ., 11 janv. 1922, DP 1922.1.16, S. 1924.1.105, note Demogue

De quels arrière-plans politiques, la thèse de l'unité et celle de la satisfaction par équivalent sont-elles dotées ?

A la fin des années 1920, la thèse de l'unité des fautes déjà portée par Planiol, relayée par Ripert et Esmein¹¹⁴¹, trouve le soutien de Henri et Léon Mazeaud¹¹⁴². Les mobiles qui poussent ces auteurs à la défense de la faute proviennent d'un fondement commun, mais Planiol appartient au camp des libéraux (*i.e.* conservateurs républicains), convaincu que l'interventionnisme est un mal¹¹⁴³ : il professe la liberté individuelle, d'association et d'entreprise, soutient fermement le patronat, défend la propriété, s'oppose à l'action collective des syndicats. Les Mazeaud ne procèdent pas du même conservatisme, ils sont attachés à la liberté et à la dignité des individus, aux valeurs de la morale chrétienne, admettant qu'il faille composer entre intérêt individuel et intérêt social. La vérité et la justice sont dans un juste milieu qu'ils tirent d'une philosophie du droit clairement naturaliste¹¹⁴⁴.

Peu de temps avant la mort de Planiol, Henri Mazeaud reprend à son compte et reformule le mécanisme élaboré décrivant la mutation de l'obligation contractuelle inexécutée en responsabilité contractuelle : « Pour refuser à la responsabilité contractuelle un rôle créateur, on se base sur le fait qu'une obligation existant déjà, il n'y a plus rien à créer. Mais on oublie de démontrer que cette obligation préexistante, issue du contrat, est identique à celle qui pourrait naître de la responsabilité. On ne saurait évidemment contester que ceux qui deviendront un jour victime et responsable ne soient liés juridiquement dès avant la réalisation du préjudice : le contrat qu'ils ont passé établit entre eux une obligation. Mais quelle est cette obligation créée par le contrat? Exécuter ce contrat. Or, ce n'est pas d'elle qu'il s'agit quand les principes de la responsabilité contractuelle entrent en jeu: l'une des parties refuse d'exécuter l'obligation mise à sa charge par le contrat ou l'exécute mal; de ce fait l'autre partie subit un dommage. Alors naît une obligation nouvelle qui se substituera à l'obligation préexistante, soit entièrement, soit en partie : l'obligation de réparer le préjudice

¹¹⁴¹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, avec P. Esmein, 1930, n.376

¹¹⁴² Pour un aperçu des biographies de ces auteurs, voy. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e*, PUF, 2007

¹¹⁴³ G. Babert, *Le système de Planiol*, Thèse Poitiers, 2002, n.84 et sq.

¹¹⁴⁴ *Leçons de droit civil*, tome 1^{er}, 5^e éd., 1972, n.8, p.23

causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat¹¹⁴⁵ ». Cette construction justifie une substitution d'obligation comparable à une novation¹¹⁴⁶ : le débiteur qui a manqué à son obligation contractuelle n'est plus obligé par le contrat, mais par le régime légal des sanctions de l'inexécution contractuelle.

Cette thèse n'est pas dans le Code. En 1899, face à une législation qui cédait du terrain aux revendications de la classe ouvrière, le discours de résistance de Planiol s'adressait aux juges qu'il regardait comme les gardiens de la République. Mais la recodification du droit civil ne s'est pas faite. Planiol n'en voulait pas¹¹⁴⁷. Les libéraux étaient minoritaires au Parlement. L'inertie du législateur lui a donné raison d'un côté, mais d'un autre, ce sont les juges qui durent affronter les mutations sociales des années 1920-30 et dessiner de nouvelles règles pour la responsabilité. Le système des grands arrêts s'est renforcé jusqu'à produire la responsabilité du fait des choses, développer les obligations pesant sur les professionnels, les en décharger parfois, dresser un ordre public de protection des parties faibles, favoriser l'indemnisation d'un plus grand nombre de victimes, tout en accompagnant l'essor des assurances. Les juges interviennent dans le contrat en employant la distinction des obligations de moyens et de résultat, renforcées, allégées, et posent à travers la preuve de l'inexécution des obligations, les mesures de la faute prouvée et de la faute présumée¹¹⁴⁸. Ce seront des contraintes techniques malléables, utilisées comme outils de politique jurisprudentielle, à l'instar de la reconnaissance de la responsabilité du fait des choses aux côtés de l'article 1382.

En définitive, loin des prémisses de Planiol, et à moins que l'on ne considère que ce ne soit le pis-aller d'une véritable législation progressiste, l'utilisation par les juges d'un modèle favorisant la réparation des dommages subis à l'occasion de l'inexécution d'un contrat, sera un moyen d'agir politiquement en faveur d'une analyse collective du risque d'activité, qu'il s'agisse d'activités industrielles, de transport, d'activités thérapeutiques, ou simplement de loisirs.

¹¹⁴⁵ H. Mazeaud, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *Rev. trim. dr. civ.* 1929, pp. 551-669.

¹¹⁴⁶ H. Mazeaud, *op. cit.*, p.559

¹¹⁴⁷ M. Planiol, « L'inutilité d'une révision générale du Code civil », *Livre du centenaire*, [1904], rééd. 2004, p.955

¹¹⁴⁸ Demogue ne fut pas l'inventeur de la distinction des obligations de moyens et de résultat, et ce ne fut pas non plus Osti. Pour mémoire, attribuée de manière rapide à R. Demogue, *Traité des obligations*, V, 1925, p.539, elle apparaît dans la doctrine italienne sous la plume de G. Osti, « Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione », *Riv. dir. civ.* 1918, p.209 *et sq.* qui lui-même l'avait tirée de la doctrine allemande. Voy. la remise en ordre faite par S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Giappichelli, 2015, p.52, n.7 *et sq.*

Ainsi comprise, la qualification de faute contractuelle ne décrit pas seulement l'inexécution de la prestation promise, elle exprime aussi un jugement de valeur sur des pratiques contractuelles ou sur les mérites du contractant.

Dans le même temps, la thèse de la satisfaction par équivalent prononcée par H. Capitant est dotée d'une théorie générale par E. Gaudemet : « Ces dommages-intérêts (contractuels) diffèrent de ceux que nous avons rencontrés à propos de la théorie générale de la responsabilité civile (art. 1382 sq.). Ils sont dus ici en exécution d'une obligation préexistante entre personnes déjà créancière et débitrice en vertu d'un rapport de droit déterminé. L'obligation à des dommages-intérêts n'est que la continuation et le prolongement de cette obligation préexistante, qui a simplement changé d'objet. Au contraire, dans le cas des articles 1382 *et sq.*, il n'y avait pas d'obligation préexistante résultant d'un lien de droit défini. Une dette à laquelle rien ne préexistait était créée »¹¹⁴⁹. D'un point de vue probatoire, « la question doit être résolue par les principes généraux sur les preuves. Il existe une créance contre le débiteur ; cette créance est prouvée, donc le créancier doit agir en exécution. Pour se soustraire à l'exécution, en nature ou par équivalent, le débiteur est obligé de prouver sa libération, donc le cas fortuit. Le créancier est déchargé de toute preuve par cela seul qu'il a établi sa créance et l'intérêt qu'il avait à l'exécution¹¹⁵⁰ ».

C'est la position de l'article 1315 du Code civil en 1804, celle qui fait peser sur le demandeur la charge de prouver l'existence de l'obligation dont il prétend l'inexécution, celle-là même qui obligeait l'ouvrier du 19^e siècle à démontrer l'existence d'une obligation de sécurité dans le louage d'ouvrage à la charge du patron, et qui, à défaut de la preuve d'un fait fautif du patron, le privait d'une indemnisation sur le terrain délictuel. Mais une fois l'obligation de sécurité généralisée, la preuve de son existence et la constatation de son inexécution suffit à déclencher l'allocation de dommages et intérêts ; la thèse de la satisfaction par équivalent devient par principe (trop) favorable au contractant blessé si le contrat ne prévoit pas de clause limitative de dommages et intérêts. Elle poussera en jurisprudence pour pallier l'absence de clause générale de responsabilité du fait des choses jusqu'aux arrêts *Jand'heur* de 1927 et 1930¹¹⁵¹, puis elle en sera refoulée par l'émergence d'une nouvelle cohérence où la responsabilité assumera la fonction de réparer d'abord les conséquences de toutes les fautes (délictuelle et contractuelle), puis de plus en plus les dommages causés même sans faute¹¹⁵², où

¹¹⁴⁹ E. Gaudemet, *Théorie générale de l'obligation*, Sirey, 1935, p.378

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, p.383

¹¹⁵¹ Cass. ch. réunies, 13 févr. 1930, *DP* 1930.1.57, concl. Matter, note Ripert.

¹¹⁵² C. Atias, *Epistémologie juridique*, Dalloz, 2002, n.347, pp.203-204

surtout la faute contractuelle, violation d'une obligation de moyens ou de résultat, sera un instrument d'intervention du juge.

Dans les années 1930, les deux thèses en débat ne sont pas des théories explicatives du droit positif, elles ne décrivent rien ; elles prescrivent. Les mutations dogmatiques prescrites justifient les orientations politiques. Chacune plaide à sa manière en faveur de la primauté de la faute, par unité, ou par séparation. Elles sont soutenues par des auteurs, plutôt méfiants à l'égard du pouvoir législatif, qui voient dans la jurisprudence, le droit vivant. Et pour finir, elles sont les instruments d'un rapport de forces politiques fluctuant jusqu'à la seconde Guerre mondiale.

Ensuite, avec l'avènement de la sociale – démocratie, de la mutualisation des risques par l'assurance et la sécurité sociale, la thèse de l'unité des fautes, rebaptisée *unité de nature, dualité des régimes*, offrira plus de compatibilité pour décrire les pratiques jurisprudentielles. La théorie devient « explicative » de la nature de la responsabilité d'une part parce que la jurisprudence y adhère, et parce que désormais, il est acquis que citer la jurisprudence est une preuve de la vérité d'un énoncé doctrinal¹¹⁵³.

Lorsqu'au début des années 1970, Philippe le Tourneau ressuscite la thèse de la satisfaction par équivalent, c'est au nom d'un héritage chrétien et naturaliste où la restauration de la notion de faute répond d'une double nécessité morale et économique¹¹⁵⁴ : en faveur de la liberté individuelle, contre l'économie dirigée, contre l'interventionnisme juridictionnel. On pourrait y voir les mêmes mobiles, le même arrière – plan que celui qui avait poussé Planiol vers la thèse de l'unité des fautes. Et pourtant, Philippe le Tourneau circonscrit la faute au champ des délits, évite soigneusement l'emploi du concept de responsabilité contractuelle, parle seulement du droit de la défaillance contractuelle. Contrairement à Planiol, sa m(d)éfiance est à l'égard du juge ; c'est donc le législateur qu'il faudra convaincre de bien réformer, et ce d'autant plus que le livre III du Code civil désystématisé vieillit et vit mal les poussées consuméristes ; à partir des années 1994-97, rejointe par D. Tallon, C. Lapoyade-Deschamps et Ph. Remy, la thèse rebaptisée *de la défaillance contractuelle et de l'exécution par équivalent* se redéfinira à travers un programme de recherches que les élèves de Philippe Remy s'ingénieront à déployer, puis portée par le groupe de travail dirigé par François Terré, sorte de *MasterClass* parisienne de l'enseignement du maître poitevin, elle s'incarnera dans

¹¹⁵³ M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, Thèse Aix-en-Provence, 1999.

¹¹⁵⁴ Ph. le Tourneau, op. cit. ; également, « Le projet français de révision de la responsabilité civile, une critique », in B. Winiger (dir.), *La responsabilité civile européenne pour demain*, Bruylant-Schulthess, Collection genevoise, 2008, p.181-196

le contre-projet de l'Académie des sciences morales et politiques¹¹⁵⁵, en résistance contre l'avant-projet Catala prônant l'unité de nature des responsabilités civiles¹¹⁵⁶.

La réforme du Code civil a-t-elle mis fin à la controverse ?

Pour affirmer qu'une controverse est close, il faut réunir deux types de preuve. 1°/ Que soient réunies les conditions sociologiques pour que le débat ne renaisse pas de ses cendres. 2°/ Une unanimité doctrinale ou une absence d'intérêt pour la question, ce qui revient au même. Sommes – nous aujourd'hui en mesure d'affirmer que la question de la distinction des responsabilités n'est plus un enjeu politique, ni un enjeu dogmatique ? Si nous étions dans un univers franco-français, peut-être pourrions-nous le croire ; depuis près de 100 ans, la jurisprudence permet et oblige à réparer les dommages corporels par la voie contractuelle. Sur le plan politique, la thèse de l'unité semble avoir remporté la victoire finale puisque dans le plan du Code désormais, les dommages et intérêts contractuels sont expressément une réparation. Le projet de réforme va même au-delà pour lever ce qu'il resterait d'ambiguïté, en dissociant complètement les remèdes à l'inexécution contractuelle (Art. 1217 et sq.), des dommages et intérêts dus au titre de la responsabilité civile contractuelle (Pr. art. 1233 et sq., puis art. 1250 et sq.)

Toutefois, cette position unitaire de la responsabilité civile est une position au fort accent nationaliste. Et avec elle, l'harmonisation européenne du droit des *torts* risquerait de se faire sans la France : c'est l'argument que la thèse de la séparation a su développer. Devenue phileuropéenne *a minima*, elle a puisé dans l'analyse comparatiste et dans les instruments d'harmonisation, la force de conviction que ne lui prêtait pas la jurisprudence française. C'est ce qui explique que tous les projets Catala, Terré, et de la Chancellerie, dont l'ordonnance du 10 février 2016 a été le compromis, avaient tous avec plus ou moins de distance, traité séparément la réparation du dommage corporel du droit de la responsabilité civile contractuelle. Je veux dire que malgré la victoire politique affichée de la thèse de la nature unitaire de la responsabilité civile, l'analyse comparatiste a accouché d'une division interne qui s'est opérée en traitant les dommages corporels comme une catégorie de *tort spécial* dans le droit commun et pas seulement dans des régimes spéciaux (accident médical, accident de la circulation, acceptation des risques en matière sportive, ...).

¹¹⁵⁵ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009

¹¹⁵⁶ P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006.

Dans le projet du 13 mars 2017, les articles 1233 et 1233-1 proposent de maintenir la règle du non-cumul, en réduisant son impérialisme au domaine des dommages non corporels. En contrepoint, les dommages corporels sont soumis au régime de la réparation extra-contractuelle, et sauf si, par faveur faite au contractant victime, celui-ci souhaite invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui seraient plus favorables¹¹⁵⁷. Mais à aucun moment le projet ne traite des obligations de sécurité¹¹⁵⁸, ni de la distinction des obligations de moyens et de résultat¹¹⁵⁹, qui ne figurent pas non plus dans la partie du Code déjà rénovée. A la réflexion, presque rien de ce qui a fait émerger les raisons de l'unité de nature et de la dualité des régimes, n'est passé dans le projet de sous-titre II pour ce qui concerne les dommages corporels subis à l'occasion de l'exécution du contrat, alors que précisément, c'était pour eux que ces concepts et théories avaient été conçus. La thèse de l'unité des responsabilités se trouvent en revanche renforcée pour les dommages non corporels : prescription, aménagements conventionnels, non-cumul, ... Mais quel sens cela a-t-il ? La thèse de l'unité ne serait-elle plus reliée à ses raisons passées ? Au vingtième siècle, la nature réparatoire de la responsabilité aquilienne s'est vu affectée à d'autres fonctions que les traditionnelles punition de la faute et réparation du tort causé : fonction préventive, fonction réintégrative, fonction de contrôle social et économique, une fonction d'administration du risque, fonction réattributive des ressources, ...¹¹⁶⁰ ce

¹¹⁵⁷ Projet de réforme (13 février 2017) Article 1233. En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle.

Projet de réforme (13 février 2017) Article 1233-1. Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat. Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle.

¹¹⁵⁸ Contrairement au projet Catala qui proposait un article 1150 : « L'obligation de sécurité, inhérente à certains engagements contractuels, impose de veiller à l'intégrité de la personne du créancier et de ses biens ».

¹¹⁵⁹ Contrairement au projet Catala qui proposait un article 1149 : « L'obligation est dite de résultat lorsque le débiteur est tenu, sauf cas de force majeure, de procurer au créancier la satisfaction promise, de telle sorte que, ce cas excepté, sa responsabilité est engagée du seul fait qu'il n'a pas réussi à atteindre le but fixé.

L'obligation est dite de moyens lorsque le débiteur est seulement tenu d'apporter les soins et diligences normalement nécessaires pour atteindre un certain but, de telle sorte que sa responsabilité est subordonnée à la preuve qu'il a manqué de prudence ou de diligence. »

¹¹⁶⁰ M. Barcellona, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, UTET, 2011, v. La funzione come espediente retorico e come circolarità virtuosa, p.1

qui a eu pour effet d'accroître les moyens à disposition du juge pour remédier à des situations potentiellement dommageables, et de justifier que l'allocation de dommages et intérêts soit associée à des mesures de réparation *in forma specifica*, qui devient un palliatif de la non-affectation des sommes perçues au titre de la réparation pécuniaire.

Il semble qu'un déplacement des questions ne soit déjà à l'œuvre, puisque après avoir disserté sur la nature réparatoire de la responsabilité contractuelle, on en est maintenant à se poser la question de savoir quelles formes peut revêtir « la réparation ». En matière extra-contractuelle, la jurisprudence française admet le principe de la réparation en nature, censé faciliter la restitution *in integrum*¹¹⁶¹ : remise en état et publicité. Mais c'est bien en matière contractuelle que des glissements conceptuels sont annoncés.

Les textes du projet de réforme de la responsabilité civile consacrent ce mouvement jurisprudentiel et doctrinal en instituant aux côtés, et avant les dommages et intérêts¹¹⁶², le principe d'une réparation en nature dotée d'une triple fonction : supprimer, réduire et compenser le dommage¹¹⁶³, valant aussi bien en matière extra-contractuelle que contractuelle. Suivant donc la logique du projet, certaines sanctions de l'inexécution du contrat se trouveraient aux articles 1217 *et sq* inchangés, et celles comprises dans la responsabilité contractuelle aux articles 1259 *et sq.* proposés, soit d'un côté l'exécution forcée en nature, l'exécution par tiers, la réduction du prix, et de l'autre la « réparation en nature » et les dommages et intérêts appelés aussi « réparation par équivalent ».

Comment distinguer exécution forcée en nature et réparation en nature ? « Il y a exécution forcée en nature lorsque la mesure ordonnée par le juge tend à procurer au créancier exactement l'avantage qu'il attendait du contrat, de telle

¹¹⁶¹ Pour en cerner les contours, la doctrine théorise la cessation de l'illicite : M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974 ; C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008 ; F. Leduc, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », in *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz 2014, p. 121 *et sq.* ; G. Viney, « Réparation en nature, cessation de l'illicite et mesures purement préventives », in B. Dubuisson et P. Jourdain, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Études de droit comparé*, Bruylant 2015, p. 7 *et sq.* ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2014-2015, n° 2449-1 *et sq.*

¹¹⁶² Comp. G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2010, n. 37 *et sq.*

¹¹⁶³ Projet du 13 mars 2017, « Article 1260. La réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage » ; comp. Z. Jacquemin, « Pour une reconnaissance de la spécificité contractuelle dans les effets de la responsabilité », *RDC* 2016, p.808 pour qui en matière contractuelle, il ne doit y avoir de réparation en nature que l'exécution forcée.

manière que le créancier se trouve rempli de ses droits contractuels ; il y a réparation en nature lorsque la condamnation en nature prononcée par le juge, sans procurer au créancier exactement la satisfaction promise, tend, plus modestement, à effacer ou atténuer le dommage contractuel ou, à tout le moins, à attribuer au créancier un équivalent en nature de l'avantage escompté. Ainsi, ordonner une mesure d'interdiction, sous astreinte, de poursuivre la commercialisation d'un produit effectuée en violation d'une obligation de ne pas faire, c'est prononcer une mesure d'exécution forcée en nature ; en revanche, condamner un dépositaire à restituer non pas la chose même qu'il a reçue en dépôt, dont la perte lui est imputable, mais une chose de même nature pouvant se trouver dans le commerce, c'est prescrire une mesure de réparation en nature¹¹⁶⁴ ». Ce n'est sans doute pas si simple, parce que la frontière même avec la réparation par équivalent n'est pas nette¹¹⁶⁵ ; la chose à restituer par le dépositaire n'est-elle pas un équivalent de celle perdue ?

Si donc la responsabilité contractuelle assure une fonction réparatoire en nature, le juge peut condamner le débiteur défaillant à compenser les pertes ou le gain manqué de toute autre manière que par un équivalent monétaire : mais quelles seraient les mesures appropriées pour compenser le défaut d'exécution ? Une condamnation à exécuter une obligation de faire non consentie *ab initio* ? Une condamnation à fournir la jouissance d'un bien ou même en transférer la propriété ? Ce sont peut-être là des problèmes de constitutionnalité que devra affronter le projet de réforme¹¹⁶⁶.

Enfin, la généralisation du recours à la « réparation en nature » en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle poursuit une finalité autre que la simple restitution ou la satisfaction du créancier ; en droit français, les dommages et intérêts, contractuels comme délictuels, ne sont pas soumis à un principe d'affectation¹¹⁶⁷. Une fois la sanction prononcée, la somme d'argent allouée au créancier subroge la perte subie et le gain manqué, sans que le juge n'exerce de contrôle sur son affectation. Inversement, la réparation en nature est clairement un instrument combinant quotité et qualité de la réparation intégrale, car surtout,

¹¹⁶⁴ F. Leduc, « Régime de la réparation », *JurisClasseur Responsabilité civile et assurances*, Fascicule 201, n.31.

¹¹⁶⁵ P. Brun, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n.603 et sq.

¹¹⁶⁶ Voy. *Chapitre 6. Question prioritaire, prédiction et prescription de constitutionnalité*.

¹¹⁶⁷ Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n^o 02-20199 « le principe de la réparation intégrale n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime qui conserve leur libre utilisation » ; voy. G. Viney et P. Jourdain, in J. Ghestin, *Traité de droit civil*, LGDJ, *Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., 2011, n^o 56 1.

le juge pourrait condamner à l'exécution d'une prestation déterminée, non seulement pour satisfaire le créancier, mais également dans un but d'intérêt général, ce que les dommages et intérêts non affectés ne peuvent permettre.

L'affectation des dommages et intérêts est un enjeu resté plutôt marginal jusqu'à présent mais l'introduction aux articles 1246 *et sq.* du Code civil des textes relatifs à la réparation du préjudice écologique, interroge la possibilité de généraliser l'affectation des dommages et intérêts dès que le dommage subi par la victime s'inscrit dans une dimension collective. En matière extra-contractuelle, les multiples fonctions « réparatoires » de la responsabilité peuvent bien servir à la prévention, aux soins, à la guérison des maux des victimes, individuellement et collectivement, pour que la fiction d'un retour intégral au *statu quo ante*, se traduise par des mesures pertinentes imposées au débiteur puni, comme le seraient des travaux forcés civils. En matière contractuelle, la fonction de réparation en nature du dommage est moins lisible, parce qu'elle affronte la prévisibilité qui fonde l'acte contractuel, et la liberté de s'engager. Et d'ici à ce que certains disent qu'elle est annonce la résurrection de la contrainte par corps, il n'y a qu'un petit pas à faire pour relancer la controverse.

Relecture achevée le 13 juillet 2017