

**LE DROIT NATUREL SUBJECTIF :**  
**PASSAGER CLANDESTIN DU *CODE CIVIL DES FRANÇAIS***  
Emmanuel Araguas<sup>\*</sup>

**Abstract**

Bien que le *Code civil des Français* promulgué le jour du printemps 1804 ait adopté les nouveaux principes maîtrisés d'un positivisme naissant, les sections dédiées au droit des contrats et au droit de la propriété en demeurèrent inchangées plus de deux siècles après que Portalis<sup>1</sup> eut signé le 21 janvier 1801, avec ses trois autres co-auteurs, le si puissant et inspiré *Discours préliminaire du premier projet de Code civil devant le Conseil d'État*<sup>2</sup> aux termes duquel, à propos du droit civil désormais mis en système, il écrivait :

- quant au rapport entre le droit et la loi :

« *Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* ».

- quant aux espèces de conventions :

---

<sup>\*</sup> Avocat, Saintes, France; Chargé d'enseignement, Faculté de Droit de La Rochelle; Visiting Academic, Institute of Law, Jersey. [normanheritage@gmail.com](mailto:normanheritage@gmail.com)

<sup>1</sup> Sa vie est retracée dans plusieurs biographies, mais sa pensée peut être directement lue dans son précoce essai rédigé durant son exil près de Kiel en 1798, que son fils fit publier sous la Restauration, intitulé *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIème siècle*, A. Egreon imprimeur, Paris, 1820.

<sup>2</sup> Si son œuvre la plus connue demeure le *Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil*, livré devant le Conseil d'Etat le 1<sup>er</sup> pluviôse an IX (21 janvier 1801), il convient également de se référer, pour se pénétrer de sa philosophie, aux *Discours de présentation du titre préliminaire du Code civil*, datés du 3 frimaire an X (24 novembre 1801) et du 4 ventôse an XI (23 février 1803), devant le Corps législatif qui le rejettera de peu de voix.

« Les contrats de mariage occupent une place particulière dans le projet du code civil (...) Quant aux autres contrats, nous nous sommes réduits à retracer les règles communes. Sur cette matière, nous n'irons jamais au-delà des principes qui nous ont été transmis par l'antiquité, et qui sont nés avec le genre humain. (...) »

- quant à la propriété privée supplantant la notion féodale de « domaine » : « L'homme naît avec des besoins ; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir : il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété ».

Œuvre de synthèse dira-t-on (*transaction*<sup>3</sup> entre le legs de l'Ancienne France et les éclairages offerts par la *régénération*<sup>4</sup> issue de la Révolution française), le *Code civil des français*<sup>5</sup> est loin d'avoir entre temps abandonné le grave questionnement du jansénisme et le profond héritage du jusnaturalisme qui le précédèrent et préparèrent sa venue en se diffusant, depuis les milieux religieux et philosophiques continentaux<sup>6</sup>, à travers la tradition civiliste du XVIIIème siècle.

---

<sup>3</sup> La citation exacte tirée du *Discours préliminaire* à ce titre est la suivante « (...) Tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles, ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes. *Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général.* Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations, en se succédant, se mêlent, s'entrelacent et se confondent. »

<sup>4</sup> Sur cette expression qui demeure à jamais liée aux motifs de la Révolution tels qu'ils se présentèrent entre 1788 et 1791, nous renverrons à l'œuvre essentielle de l'Abbé Grégoire (chef de file du clergé jureur), son inventeur : *Projet de déclaration du Droit des Gens* qu'il soumettra devant la Convention le 23 avril 1795.

<sup>5</sup> La formulation fut trouvée par Cambacérès.

<sup>6</sup> L'influence anglaise dans la société française, quoique déterminante sur le plan politique et institutionnel, témoins Montesquieu ou Voltaire, doit être considérée comme indirecte sinon ineffective sur le droit civil, peut-être sous la réserve de ce que nous suggérerons en début de deuxième partie sur la formulation de l'art. 544 ?

Il est du reste plus que remarquable de mesurer, d'une part, qu'en dépit même d'une réforme sans équivalent intervenue entre 2016 et 2018<sup>7</sup>, notre droit des contrats demeure principalement enté sur l'emprunt fait aux principaux axiomes de liberté, de sécurité et de bonne foi<sup>8</sup> dégagés par Domat dans *Les loix civiles en leur ordre naturel* (1689)<sup>9</sup> puis Pothier dans son *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur* (1761)<sup>10</sup> et que, d'autre part, ainsi que le Premier Consul l'avait ardemment voulu et Portalis brillamment écrit, nous avons hérité de lui notre définition de la propriété (« la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements »), ceci sans pour autant que contrat et propriété, nouvelles « tables » du droit civil codifié et de la vie sociale française depuis 1804, ne fussent établis selon la référence explicite à une école de pensée juridique affichée, ou à aucun principe philosophique qui pourrait en réclamer la « paternité légitime ».

C'est donc d'une « paternité naturelle » que furent issues ces institutions civiles rendues utiles par la nécessaire et indépassable distinction *entre le droit et la loi*, intemporel *credo* du droit « naturel » dit « subjectif ». Encore faut-il immédiatement préciser ces deux termes : « naturel » est ce droit qui se veut être conforme à la nature des choses et donc « juste en soi » pour suivre Aristote dont procèdent les trois préceptes d'Ulpien qui marquent le *Corpus Juris Civilis*<sup>11</sup> ; il devint « subjectif » et non

---

<sup>7</sup> parution au J.O. n° 0035 du 11 février 2016 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et qui a ainsi modifié une importante partie du Code civil, la loi est intervenue le 20 avril 2018, pour ratifier l'ordonnance.

<sup>8</sup> V. les contributions aux ouvrages collectifs : *La réécriture du Code civil, le droit français des contrats après la réforme de 2016*, dir. J. Cartwright, B. Fauvarque-Cosson et S. Whittaker, coll. Dr. comparé et européen, n° 29, éd. Société de législation comparée, Paris, 2018 ; *La réforme du droit français des contrats*, dir. B. Fauvarque-Cosson et G. Wicker, coll. Dr. comparé et européen, n°31, éd. Société de législation comparée, Paris, 2019.

<sup>9</sup> Jean Domat, *Les loix civiles en leur ordre naturel*, Paris, 1689.

<sup>10</sup> Robert-Joseph Pothier, *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris, Debure, 1761.

<sup>11</sup> *Neminem laedere, suum cuique tibiure, honeste vivere* – ne nuire à aucun, à chacun le sien, vivre honnêtement (Liebniz les réinterprétera pour décrire les trois degrés de la justice commutative, distributive et divine).

plus objectif comme à Rome (Byzance) – école dite « classique » – par l’apport « subjectiviste » que représente l’irruption, à la suite de la pensée de Guillaume d’Occam au XIV<sup>ème</sup> siècle – école dite « moderne » – de la « nature humaine » dans la règle de droit. Affirmée au fil des œuvres de Grotius et Leibniz, l’ipséité du sujet transita longtemps sous le masque de la *persona* jusqu’à investir la personnalité juridique endossant les « qualités morales », attributs reconnus à l’homme<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> V. les très instructifs articles de Yves Charles Zarka, « Identité et ipséité chez Hobbes et Locke », *Philosophie*, n° 37, 1993, pp. 5-19 ; « Leibniz et le droit naturel », in *La nature selon Leibniz, Studia leibnitiana*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, Sonderheft, 1995 (pp. 181-192) ; « Leibniz et le droit subjectif » *Revue de métaphysique et de morale*, n° 1, 1995 (pp. 83-94). V. également son article « Ralph Cudworth et le fondement de la morale : l’action, le sujet et la norme », *Archives de philosophie* n° 55/3, 1995, p. 405-420 où l’auteur revient sur le questionnement central du XVII<sup>ème</sup> siècle que fut la recherche, stimulée par les écrits contestés de Hobbes, du fondement du « juste » intellectuellement : « Ce n’est donc pas la volonté de Dieu mais la nature éternelle et immuable du bien et du mal, du juste et de l’injustice qui rend obligatoire ce que Dieu nous commande. On voit donc comment Cudworth rétablit l’idée d’une norme naturelle et immuable du bien et du juste contre le volontarisme de Hobbes. Cette démonstration va être transposée sur le plan politique car le relativisme produit par le volontarisme politique n’est lui-même que la simple transposition du relativisme produit par le volontarisme théologique. (...) On en trouve la formulation la plus directe et la plus claire dans le *Léviathan* [chap. XIII]. Ainsi, dans l’état de nature "nothing can be Unjust. The notions of Right and Wrong, Justice and Injustice have there no place. Where there is no common power, there is no Law : where no Law, no Injustice" Cudworth cite ce passage dans le *Treatise concerning Eternal and Immutable Morality* (I, I, 4). Contre cette négation de l’idée de justice naturelle et contre la subordination de toute justice humaine à l’existence d’un pouvoir et d’un commandement politique, il va tenter de rétablir l’existence d’une norme naturelle du bien et du juste. La critique du relativisme politique revient à une critique de la réduction du droit au droit positif, c’est-à-dire à la légalité de fait. La thèse principale consiste à affirmer que *ce n’est pas la volonté de celui qui commande, mais la nature intellectuelle de celui qui est commandé, qui fonde l’obligation* (*ibid.* I, II, 4, p. 20-24). Le changement de point de vue permet à Cudworth d’opérer une distinction entre les choses auxquelles *la nature intellectuelle oblige d’elle-même directement, absolument et perpétuellement*, et celles auxquelles elle oblige *seulement sous la condition d’une action volontaire* provenant de nous-mêmes ou de quelque autre personne. Les premières sont naturellement bonnes ou mauvaises, les autres le sont accidentellement ou hypothétiquement. Ainsi, une action naturellement indifférente devient obligatoire non par la volonté de celui qui l’énonce, mais en acquérant une nouvelle relation à la nature intellectuelle de celui qui y est soumis. Par exemple, *tenir notre parole, en exécutant les conventions que nous avons passées*, est un principe de justice naturelle qui oblige naturellement et absolument, en revanche ce n’est que sous la condition de l’existence d’un acte volontaire par lequel nous promettons qu’une action à laquelle nous n’étions pas obligé auparavant *devient obligatoire pour nous*, parce qu’elle tombe sous le principe naturellement obligatoire de garder notre foi et d’exécuter nos conventions (...) Autrement dit, la volonté ne crée pas une nouvelle entité morale, mais modifie le rapport entre une action et un principe naturel ou absolu de justice. L’idée même d’une obligation positive suppose comme son fondement l’idée d’une norme naturelle, éternelle et immuable de justice. Le relativisme politique de Hobbes se trouve par là même destitué. ».

Ainsi définitivement affranchie de son ultime trace de déterminisme mécaniste, la trirème romaine se voyait accastillée d'œuvres vives ontologiques, lestée d'une double quille rendant le vaisseau civiliste bon à la mer océane et habile à s'élancer, sous toutes les allures, à travers le globe. En d'autres termes, ce droit naturel subjectif « 2.0 » issu de l'École de la Nature et des Gens dont Hugo de Groot fut le premier précepteur, qui vit raisonner la chrétienté au crible des interrogations éthiques traversant l'Europe écartelée entre scolastique et réformisme, fit *résonner* métaphysiquement l'antique « défi d'Antigone »<sup>13</sup> (le droit naturel objectif « 1.0 »).

L'écho de ce long cri de la *dignitas* humaine embarqua clandestinement dans les soutes du *Code civil des français*, dissimulé entre son droit des contrats rapatrié de l'Âge classique « copié-collé » sous la forme comprimée d'axiomes tirés des sages Domat et Pothier (regroupés autour du siège n° 1134), et sa nouvelle théorie de la propriété individuelle (installée au siège n° 544), cataplasme posé sur les marques laissées par les quinze années de convulsions que dura une Ière République en rupture violente avec l'ancien régime de la confusion des droits et des lois<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Titre d'un ouvrage de Y. Lemoine et J.-P. Mignard, *Le Défi d'Antigone – promenade parmi les figures du droit naturel*, éd. Michel de Maule, Paris, 2012, par référence au drame mis en scène par Sophocle (442 av. J.-C.) avec le refus de sépulture au frère d'Antigone, Polynice (enfants d'Œdipe et Jocaste), commis par son oncle maternel, Créon roi de Thèbes, contre ce défunt ennemi de la Cité. Ce défi au droit naturel objectif exhorta Antigone à désobéir en inhumant son frère, ce qui fut cause de sa condamnation par la Cité (la raison d'Etat) la poussant au suicide provoquant *in fine*, désespoir induit par la démesure de sa tyrannie, la folie de son oncle : « ... *Créon* : – Et, malgré cela, tu as eu l'audace de passer outre à ma Loi ? – *Antigone* : Oui, car ce n'est pas Zeus qui l'avait proclamée ! Ce n'est pas la justice assise à côté des dieux infernaux qui a jamais fixé pareille loi aux hommes, et je ne pensais pas que tes défenses à toi fussent assez puissantes pour permettre à un mortel de passer outre à d'autres lois, aux *lois non écrites inébranlables* des dieux ! Elles ne datent, celles-là, ni d'aujourd'hui ni d'hier et nul ne sait le jour où elles ont paru. »

<sup>14</sup> Citons brièvement ici les premiers mots du « Précis historique sur la confection du Code civil » qui ouvre le *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* par A. Fenet (Tome I, pp. XXXV-XXXVI) : « Une infinité de lois diverses régissaient la France avant 1789 ; l'Etat semblait n'être alors qu'une société de sociétés, et pendant longtemps un retour à l'uniformité sembla impossible parce que chacun considérait comme des privilèges indestructibles les stipulations que sa province, au moment où elle s'était unie au même empire, avait faites *pour le maintien de la coutume qui lui était particulière*. Tous les obstacles disparurent à la révolution ; aussi l'assemblée constituante posa-t-elle les bases de la réforme. » On renverra aussi sur cet état de difficulté extrême de la connaissance des lois, aux réflexions de François Joseph Momart de Jussieu de Montluel, auteur d'un non moins fameux manuel

En raison de son format, la présente étude ne pourra qu'esquisser cette question des fondements philosophiques du Code civil que nous circonscrirons ; elle se bornera au retour successif sur l'esprit et la lettre des points cardinaux que furent les articles 1134 (I.) et 544 (II.) du *Code civil des français*, « piliers » d'un droit civil refondu, forgé du style neuf inaugurant l'ère moderne.

### Indice Contributo

LE DROIT NATUREL SUBJECTIF : .....	185
PASSAGER CLANDESTIN DU <i>CODE CIVIL DES FRANÇAIS</i> .....	185
Abstract.....	185
Keywords.....	190
1. La conservation des principes du droit naturel en matière de conventions....	190
2. L'avènement sans retour d'un nouvel ordre par la propriété privée .....	206
3. Conclusion : .....	215

### Keywords

Legal History - Jurisprudence - Natural Law - Codification of Law - French Law

#### 1. La conservation des principes du droit naturel en matière de conventions

Convention ou contrat sont les deux termes usités pour évoquer l'*engagement volontaire* de l'individu envers autrui. De nos jours toutefois, le terme de convention fait

---

de la même période, *Instruction facile sur les Conventions ou notions simples sur les divers engagements qu'on peut prendre dans la société & sur leurs suites*, Paris, chez Leclerc, 1773 (v. pp. 2-3).

littéralement référence à la dimension intellectuelle d'un simple accord<sup>15</sup> ou d'un engagement atteint par les parties quand le contrat désigne l'instrument par lequel les engagements *convenus* se voient manifestés. En tout état de cause, on relèvera avec intérêt que ces deux termes caractérisent indifféremment les contrats en droit coutumier anglo-normand, à travers les deux maximes cardinales jumelles en usage depuis des temps immémoriaux dans le bailliage de Jersey (« La convention fait la loi des parties ») et celui de Guernesey (« Entre les parties, le contrat fait la loi ») respectivement. L'étude de cet « engagement consenti » ou « délibéré » qu'est le contrat civil – tel qu'il nous paraît exact de le décrire au vu des fondements philosophiques rappelés – sera menée à travers les développements du concept dans le droit civil antérieur au Code (A) ayant abouti à forger ses caractères doctrinaux définitifs lors de la codification de 1804 (B).

#### *A. Développements philosophiques du concept de contrat dans le droit civil antérieur*

En guise de retour sur la notion de contrat dans le droit de l'Ancienne France, nous évoquerons l'interpolation des coutumes franques et du droit romain tardif réinterprété à la lumière des canons de la foi chrétienne telles qu'elle était présentée dans les décennies de la période classique qui provoquèrent le basculement de l'ordre des choses dans l'inconnu de la révolution « régénératrice » de la Nation. C'est ainsi qu'un célèbre manuel portatif de droit français, celui de l'avocat parisien Argou, *Institution au droit François*, présentait, après une synthèse historique retraçant au *Tome I* le legs indirect du droit de Justinien dans l'ancienne Gaule romanisée, devenue successivement barbare, chrétienne, puis française<sup>16</sup>, une définition en quelque sorte

---

<sup>15</sup> Comparaison étant parfois raison pour entendre le sens (incompris ?) d'un terme abscons, nous signalons l'article à paraître de G. Cerqueira, « L'acte juridique conventionnel – exégèse brève d'une vue de l'esprit » in *Mélanges en l'honneur du Pr. Iayr de Aguilar Viera*, Société de législation comparée, Paris, 2022.

<sup>16</sup> Paru à Paris, chez Knappen, cité en sa 10<sup>ème</sup> édition, 1771 : « Les livres des jurisconsultes étoient ceux qui sont autorisés par le Code Théodosien, sçavoir, ceux de Papinien, de Paul, de Caius, d'Ulpian, de Modestin & des autres dont ils allèguent les autorités qui sont S[c]évola, Sabin, Julien & Marcel. Cette restriction fait voir que les livres des autres jurisconsultes, dont nous voyons des fragments dans le *Digeste*, n'étoient alors d'aucune autorité, ou n'étoient pas connus en Occident. J'estime aussi que les textes de l'édit perpétuel des loix, des plébiscites, des Senatus-consultes, &

« mixte » des conventions au *Tome II*, c'est-à-dire mâtinée d'une romanité réinterprétée par le droit naturel subjectif, comme nous l'avons déjà évoqué :

« *Livre III – Des Obligations. Chap. 1<sup>er</sup> – Des obligations en général.* Les obligations sont des espèces de liens de droit, qui nous engagent à faire ou à donner quelque chose. Ces obligations peuvent avoir plusieurs causes : elles ont quelquefois leur fondement dans la seule équité naturelle, que la loi, par des raisons particulières, n'a pas voulu autoriser & alors elles sont appelées en droit obligations purement naturelles, & ne produisent aucune action [on croit sentir ici l'influence de Pothier l'orléanais sur la doctrine parisienne] (...) Il y a d'autres obligations qui n'ont d'autre fondement que dans la loi même, & qui sont, en quelque manière contraires à l'équité naturelle [ici, plutôt celle de Domat l'auvergnat traitant des lois arbitraires] (...) Il y a enfin des obligations qui ont une cause juste & naturelle, & qui outre cela est approuvée par la loi : elles sont appelées obligations civiles & naturelles tout ensemble ; c'est principalement de cette dernière sorte d'obligations dont nous parlerons ici ; car nous présumons que toutes les obligations, qui sont autorisées par la loi, ont, ou doivent avoir une cause raisonnable. Toutes les obligations naissent des contrats ou espèces de contrats, qu'on appelle en droit quasi-contrats ; ou elles naissent des crimes ou espèces de crimes, que la loi appelle quasi-délits. *Il ne faut pas concevoir ici le mot contrat de la manière dont on use, dans le discours ordinaire, le prenant pour un écrit authentique, qui n'est que la preuve du contrat ; il faut ici le prendre dans son vrai sens, pour une convention entre deux ou plusieurs personnes : tel est le contrat de vente, de société, de prêt.* »

On se contentera encore d'indiquer, en contrepoint des indications ainsi recueillies concernant l'incorporation des préceptes du droit romain au fonds juridique français, que la coutume fut incontestablement une source première du droit de la nation quant à la compréhension du contrat. Au fil des évolutions de la pratique dans les ressorts de chaque parlements aux traditions « régionales » diverses mais souvent

---

surtout de la Loi des Douze-Tables, très sages étoient dès lors tout à fait perdus, puisque Justinien voulant ensuite faire un corps parfait de tout le Droit, ne l'a composé que des Constitutions des Empereurs & des Traités des Jurisconsultes. (...) Les Francs & et les autres barbares apportèrent un nouveau droit dans les Gaules : mais comme ils n'avoient aucun usage des lettres en leur langue, leurs loix n'ont été écrites qu'en latin par des Romains, après leur établissement & leur conversion à la Religion Chrétienne. » (pp. 11-12).



complémentaires, leur existence stable durant plusieurs siècles rendit possible, d'une part, une forme empirique de « comparatisme municipal » attestant même du rayonnement et de l'influence de certaines coutumes sur d'autres à l'intérieur ou à l'extérieur des « groupes de coutumes » identifiés, d'autre part, l'émergence d'une identité de « principes généraux du droit » en France à travers le *ius commune*.

Contentons-nous, à ce double titre, d'évoquer ici l'exemple saillant offert par la précoce coutume de Normandie consignée sous l'intitulé : *Summa de legibus Normannie in curia laicaii* provenant du Cotentin, mieux connue sous le nom de « Somme Maucael » et dont Tardif démontra qu'elle forma aussi le droit municipal de l'île de Jersey, précisant dès l'introduction de son étude : « La Normandie est la province dont le droit coutumier offre, avec une originalité persistante, le plus vaste ensemble et les plus riches développements »<sup>17</sup>. Le texte médiéval (1224-1234 ?) contenant les principes des « convenants », soit des conventions ordinaires et non pas uniquement des contrats solennels, ne sera abrogé que par la *Coutume Réformée* de 1583 en raison de l'antiquité du langage autant que devant l'adoption des développements techniques du *ius commune* et d'une faveur pour l'extension à tous les contrats de la « clameur révocatoire », voie procédurale de saisine de la juridiction du bailli, consacrée en exergue de la « Coutume Réformée » à son Article III – *De Jurisdiction*, rendue disponible pour trancher tous contentieux en matière contractuelle.

Sans développer le propos sur la coexistence, en Normandie médiévale, du droit romain et du droit canon (*ius commune*) à côté de la coutume<sup>18</sup>, citons le texte le plus intéressant concernant les contrats usuels, *capitulum XCI* [chapitre 91] « *De Pactis* (*de*

---

<sup>17</sup> « L'identité de la *Somme Maucael* et du Coutumier de Normandie ne semble guère douteuse en présence de documents aussi positifs que le rôle des *Assizes* tenues par les justiciers itinérants de 1309 et la pétition des insulaires de 1332 (...) à deux reprises, en 1309 et en 1332, les habitants de Jersey et Guernesey affirment que la *Summe Maucael* contient les lois et coutumes de la Normandie (...) les historiens jersiais ou anglais, Le Geyt, Poingdestre, Dicey, paraissent croire qu'il ne saurait s'élever à cet égard aucun doute » Ernest-Joseph Tardif, *Coutumiers de Normandie, textes critiques*, (pp. 22-55), V. Tome II, Rouen, Lestringant, et Paris, Picard & fils, 1896, ici cité par S. Nicolle Q.C. *The origin and development of Jersey Law (an outline guide)*, 5<sup>e</sup> ed. *Jersey & Guernsey Law Review* (p. 23).

<sup>18</sup> Signalons, de Géneval : « *Études sur les sources du droit normand aux XIII<sup>e</sup>, XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles* » au Bulletin de la Société des Antiquaires de Normandie, tome XL, publiées *post mortem* par J. Yver, à Caen en 1932, lui dont la thèse, *Les contrats dans le très ancien droit normand (Xe – XIII<sup>e</sup> siècles)*, éd. du publicateur, Domfront, 1926, demeure inégalée dans la démonstration du « romanisme » du droit normand classique en matière de conventions.

*convenant*) » duquel ressort la prépondérance, lors de la conclusion d'un engagement, de l'expression d'une intention, d'une *cause juste* et de la *bonne foi entre les parties*, sous l'empire d'une police des mœurs et des pratiques dans le but préventif de réduire les querelles :

« *Capitulum XCI De Pactis – de convenants* : Les unes de ces querelles naissent de convenant et les autres de chose receue (...) Toute telle querelle est de dette, si comme nous avons dict. Convenant qui est fait de chose receue oblige les receveurs et sont tenus comme debtors. Aulcun n'est estably debtor pour promesse qu'il face, se il n'y eust droicte cause de promettre. Aulcun n'est tenu à payer chose qui ait esté promise pour faire vilain service (...) Aulcun n'est debtor pour promesse, se l'en monster cause pour quoi la promesse fut faite (...). Toutes personnes layes en peuvent estre querellées, excepté les chatels<sup>19</sup> aux morts et les mariages et les chatels à ceulx qui sont en solennel pèlerinage<sup>20</sup> (...) ».

On peut ainsi s'en convaincre, tout comme le droit civil, le *ius commune* qui avait imprégné la coutume dérivait du droit romain<sup>21</sup>. Poingdestre, comme les autres

---

<sup>19</sup> Les biens meubles, toujours désignés « *chatels* » en droit anglais.

<sup>20</sup> Comme nous l'avons fait observer ailleurs (E. Araguas, *Le contrat civil à Jersey, bastion du droit coutumier en terre anglo-normande*, coll. Droits étrangers n° 16, Société de législation comparée, Paris, 2021), l'institution anglaise médiévale du *trust*, si importante pour la moderne Jersey, est de nos jours la conséquence juridique la plus marquante des pèlerinages : trouver ainsi son expression en germe dans *l'Ancienne Coutume* est évocateur.

<sup>21</sup> On ne pourra que renvoyer à deux articles éclairants publiés ensemble sur ces questions d'interpolation entre compréhension médiévale du droit romain à propos de l'antique contrat *synallagmatique* d'une part, et rôle capital du droit savant par l'institution de la cause du contrat et de la bonne foi dans les conventions à peine de nullité, d'autre part, qui forgèrent l'instrument civil de l'engagement consenti par la suite désigné sous le signifiant générique de contrat (*cum-trahere*) pour signifier la « trans-action » : l'article de Jean-Michel Poughon « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat » qui nous rappelle que « le *synallagma* traduit juridiquement cette réciprocité de prestations en obligations réciproques, immédiates pour les contrats nommés, à venir pour les opérations innommées. Le contrat se présente donc avant tout comme un phénomène économique général dont certains aspects seulement sont pris en charge par le droit. Cette conception du contrat se retrouve chez les romanistes qui vont approfondir la distinction du juridique et du non-juridique et proposer une classification des contrats fondée sur un critère économique. Pour les romanistes, toute relation bilatérale est avant tout innommée et ne concerne pas le droit. Ce n'est qu'une *permutatio* (...). Les opérations contractuelles innommées sont assimilées aux *negotia*, au *commercium*. A plusieurs reprises, pour expliquer ce manque de qualification, les romanistes précisent que les rapports

juristes de l'Âge baroque, désignait d'ailleurs indifféremment ces sources du droit municipal normand sous l'expression de « *droit écrit* »<sup>22</sup> précisant, à propos des conventions :

« (...) pour ces choses-là les anciens Normans (...) n'avoient point de loix particulières mais se réglaiënt par le droit civil qui en cela suit *la raison et l'équité naturelles* ». <sup>23</sup>

C'est assez dire à quels héritages raffinés et *communs à tous les systèmes juridiques* du continent européen, Domat et Pothier ont successivement puisé leur savoir. C'est encore faire entendre pourquoi, malgré l'excellence des conférences des professeurs universitaires et des plus doctes des praticiens données sur ces matières dans la société agraire, pastorale et paternaliste de la France de Louis XVI, fondée sur la foi en la parole donnée, il était impérieux que tout changeât : s'agissant des conventions, l'on pourrait donc se hasarder à reprendre pour notre compte la fameuse formule de Lampedusa, tant il était, en 1804, nécessaire que tout change... pour que rien ne change<sup>24</sup>. Dans sa biographie de Portalis<sup>25</sup>, *Portalis, l'esprit des siècles*, Joël-Benoît d'Onorio dit en quelques mots à la fois le « pourquoi » et le « comment » de cette *révolution* complète – c'est-à-dire, retour – de la matière sur elle-même :

---

d'affaires sont plus nombreux que les noms (*plura sunt negotia quam vocabula*). Nous ne pouvons d'ailleurs que renvoyer à l'explication étymologique du vocable *negotium* qui explique son assimilation à l'innomé (...) » ; et celui de Jean-Louis Gazzaniga, « Domat et Pothier : le contrat à la fin de l'Ancien Régime » où il est exposé que « (...) la volonté n'est pas tout, il faut la contrôler et ainsi les canonistes mettent au premier rang des éléments constitutifs du contrat la cause qui apparaît comme une limite imposée à la liberté. (...) On doit respecter la parole donnée et tenir la foi engagée, à condition que la promesse repose sur une bonne et juste cause. La justification morale est très nette. Il y a péché à manquer à sa promesse, il y en a un plus grand à promettre une mauvaise action. », revue *Droits* (n° 12, 1990, p. 39 s.).

<sup>22</sup> Poingdestre, « *Lois et Coutumes de l'île de Jersey (...)* » (circa 1679) §. 261 : « ...il est certain que quand le Droit particulier & municipal se taist, il faut toujours avoir recours au Droit Commun qui est la Règle Générale, là où le Droit Coustumier n'est que l'exception particulière : et que la ou il n'y a point d'exception à ensuivre, on doit juger par la Règle ». V. S. Nicolle *Q.C. op. cit. Jersey and Guernsey Law Review Ltd*, (p. 37).

<sup>23</sup> Poingdestre, *Commentaires sur l'Ancienne Coutume*, cité par S.Nicolle, *The Origins and Development of Jersey law: an Outline Guide* (5<sup>th</sup> edn, 2009) § 13.4.

<sup>24</sup> Giuseppe Tomasi Di Lampedusa, *Le Guépard*, 1958.

<sup>25</sup> Joël-Benoît d'Onorio, *Portalis, l'esprit des siècles*, Dalloz, Paris 2005 (p. 204).

« La doctrine du positivisme juridique – terreau de l’absolutisme étatique – a eu logiquement ses représentants aux pires heures de la Révolution française, notamment Saint-Just avec son apophtegme emblématique « Hors les lois, pas de droit », en écho au « Hors l’Etat, pas de droit » du *Léviathan* de Hobbes au siècle précédent, qui sera repris par Hegel au siècle suivant »

C’est en contrepoint philosophique de l’ère révolutionnaire, terminée par la déclaration consulaire de Bonaparte du 25 décembre 1799 qui en clôtura le dernier chapitre historique et politique<sup>26</sup>, que le Code civil fut élaboré puis promulgué. Il ouvrit un autre temps, ou plutôt, en appui sur le passé, permit d’enserrer la période révolutionnaire dans une parenthèse qui fera d’elle un temps fini, celui du « droit transitoire ». Ce n’est point un retour à l’Ancien régime qui prévaut avec le *Code civil des français*, mais un accommodage avec le pan de l’ancien droit qui ne pouvait être révoqué sans porter atteinte à la nouvelle société qu’il était inconcevable de bâtir sur une *tabula rasa*, croyance dont les excès venaient d’être subis.

En ce sens, sous le dais de cette *École du Droit de la Nature et des Gens* à la suite de l’héritage de l’avocat et diplomate Hugo de Groot et la mouvance protestante des auteurs qui succédèrent à Aristote, Cicéron puis Thomas d’Aquin, Portalis fit *renouer le droit français à la tradition philosophique* dans le droit fil de laquelle pensèrent et écrivirent Domat (1625-1696), d’Aguesseau (1668-1751), Pothier (1699-1772) ou Montesquieu qui reste son inspirateur majeur, tout en adoptant une lecture « posée »<sup>27</sup>, soit positive, de la raison et de l’équité<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> « La Révolution est fixée aux principes qui l’ont commencée : elle est finie. »

<sup>27</sup> Nous empruntons le mot à un puissant article de Pr. Alain Sériaux en forme de *disputatio* paru à la revue d’Histoire des facultés de droit et de science juridique : « Le Droit naturel de Michel Villey », 1988, pp. 139-153 sur lequel nous nous retiendrons d’enter notre conclusion pour réserver nos réflexions à de futurs écrits.

<sup>28</sup> J.-E. d’Onorio nous le dit ainsi (p. 207) : « En bon modéré, il fait des emprunts au droit naturel moderne, il est pour la raison mais *contre le rationalisme* ayant constaté par lui-même dans les années noires de la Révolution, à quel point le culte de la Raison a pu être déraisonnable et combien de crimes on a pu aussi commettre en son nom. En bref, il parle le langage de son époque *sans qu’on soit certain qu’il donne le même sens aux mêmes mots*. Ainsi, taire le nom de Dieu pour s’en tenir à la nature, à l’instar de toutes les philosophies d’alors, ne fait, chez lui, que décaler la question, car cette nature suppose bien un Auteur, de même qu’évoquer la création ou les créatures comme il le fait renvoie implicitement à un Créateur. Ce langage éloigne de la source sans pour autant la tarir vraiment... S’il est vrai que l’on chercherait en vain, dans les discours de Portalis relatifs au Code civil, une affirmation

Ces éléments étant rappelés, nous pouvons désormais étudier le droit des contrats français livré à la modernité par Portalis, Maleville, Bigot de Préameneu et Tronchet, les rédacteurs du Code après une quinzaine d'années de travaux, débats, projets et difficultés de toutes sortes ayant rendu l'œuvre impossible jusqu'à l'impulsion de Bonaparte, *impérial* Premier Consul.

*B. Origine doctrinale des caractères du contrat inscrits dans le Code civil des français*

Dans son exaltante thèse de doctorat préfacée par Michel Villey, intitulée *Les origines doctrinales du Code civil français*, André-Jean Arnaud<sup>29</sup> démontrera avec brio que cette fameuse « transaction » entre le droit romain et les coutumes que réalisa le *Code civil des français* fut surtout un « moyen terme entre deux courants de la doctrine juridique française, un courant empirique positiviste, réactionnaire, soutenu par un certain jansénisme juridique, et un courant jusnaturalistique rationaliste moderne », approfondissant ce faisant l'analyse de la philosophie du droit<sup>30</sup>, comme nous allons désormais l'aborder.

Portant au plus loin la volonté consulaire qu'il représente, Jean Étienne Marie Portalis consacré « père du Code civil » depuis l'expression d'Henri Capitant<sup>31</sup> et l'étude de

---

explicite du fondement divin du droit naturel, cela ne fait aucun doute dans son esprit ainsi que le laissent induire ses écrits philosophiques et tout son bagage intellectuel et spirituel. Seulement, dans le contexte politique où il s'exprimait alors, l'orateur consulaire devait tenir compte de la pluralité des opinions et des tensions idéologiques encore non apaisées au sortir d'une Révolution qui fut aussi celle des idées. »

<sup>29</sup> publiée à la L.G.D.J., Paris, 1969.

<sup>30</sup> Arnaud, *op. cit.*, p. 20 : « (...) Déjà en effet, en 1934 M. Naber, voix assez solitaire, déclarait que pour l'intelligence du Code civil français, il convenait de ne pas négliger une influence, celle du droit naturel systématisé en livres, titres et paragraphes et comme codifié par Grotius et ses nombreux sectateurs, les Pufendorf, les Barbeyrac et tant d'autres (...) Depuis, des auteurs de plus en plus nombreux ont repris cette idée que les codes actuels pourraient bien être, pour une grande part, les *produits de la philosophie moderne*, introduits dans le droit par les tenants de de l'école du Droit Moderne au XVIIIème siècle. »

<sup>31</sup> On précisera que le mot est le plus souvent employé pour désigner l'immense Joseph-Étienne Pothier.

L'œuvre menée par le doyen Carbonnier<sup>32</sup> (travaux auxquels nous ne pouvons que renvoyer), ressort du *Recueil complet des travaux préparatoires au Code civil*<sup>33</sup> comme l'homme sans qui cette synthèse des doctrines autour de l'*engagement librement consenti* ne pouvait advenir.

Portalis ne fit pas mystère de la profonde empreinte jusnaturaliste dans les travaux menés par les rédacteurs du Code, guidés par les préceptes de la raison et de l'équité qui indiquaient déjà aux grands esprits du XVIIIème siècle tels Poingdestre<sup>34</sup> ou Domat, le cap à suivre, non sans leur inspirer exigence morale et humilité intellectuelle :

« Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers. *Le droit est moralement obligatoire ; mais par lui-même il n'emporte aucune contrainte ; il dirige, les lois commandent ; il sert de boussole et les lois de compas.* Les divers peuples entre eux ne vivent que sous l'empire du droit ; les membres de chaque cité sont régis, comme hommes, par le droit, et comme citoyens, par les lois. Le droit naturel et le droit des gens ne diffèrent point dans leur substance, mais seulement dans leur application. La raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel ; et elle est appelée droit des gens, dans les relations de peuple à peuple. Si l'on parle d'un droit des gens naturel et d'un droit des gens positif, c'est pour distinguer les principes éternels de justice que les peuples n'ont point faits, et auxquels les divers corps de nations sont soumis comme les moindres individus, d'avec les capitulations, les traités et les coutumes, qui sont l'ouvrage des peuples ».

Ceci étant indiqué, il est permis de s'engager dans une lecture exégétique des dispositions les plus saillantes du droit français des contrats pour la première fois

---

<sup>32</sup> Carbonnier, « Le Code civil », in *Les Lieux de Mémoire*, dir. P. Nora, III, Gallimard, Paris, 1986, pp. 293-315.

<sup>33</sup> Ce « Recueil Fenet » demeure une source d'information de premier ordre sur les débats qui émaillèrent les différentes versions des textes dont nous avons hérité. Signalons également le plus tardif « Recueil Mourlon ».

<sup>34</sup> V. E. Araguas, « Ode ou Code ? Poétique du droit naturel : *Sur la coutume de Jersey* », revue *Droit & littérature*, n° 6, LGDJ 2022 (à paraître).

codifié en 1804 en attribuant – pour ainsi dire – « à chacun le sien », au premier rang desquels doit figurer Domat, avocat auvergnat en pays d'enclave du droit romain, formé à Bourges par le maître romaniste Mérille. Il demeurera l'introducteur du rationalisme dans la définition et l'ordonnement de la règle de droit, qui fonda sa méthode inspirée de la géométrie de Pascal dont il fut l'exécuteur testamentaire, et non de Descartes, offrant à contempler – méditer – un « corps de Droit ordonné et conforme à l'idéal chrétien »<sup>35</sup>.

Celui-ci, tout entier établi sur les lumières toujours vives du droit romain de Cicéron le stoïque et de l'Empereur Justinien, est enfin rendu « raisonnable » par l'équité naturelle dans la charité :

« Tandis qu'en effet, à Rome, l'équité se cherchait dans l'observation du monde, Domat utilise *l'introspection*. Pour lui c'est la raison qui permet de discerner l'équité. Et, sur la base des textes romains, il se propose d'édifier un *ensemble de droit naturel immuable*, fondé sur la raison. C'est là, pour lui, la véritable source du Droit. Mais, au nom même de la raison, Domat est amené précisément à écarter parfois les maximes romaines (...) [et, citant Michel Villey en sa composition écrite d'agrégation] Les romanistes, les glossateurs, post-glossateurs, jurisconsultes du XVIème siècle, souvent les canonistes et même les théologiens ont apporté leur pierre dans cet édifice rationnel. Leur rôle, même est considérable et leur œuvre était nécessaire. Nous touchons là un point fort important dans la philosophie juridique de Domat. Le droit romain ne pouvait être qu'imparfait, parce que les Romains n'avaient point les lumières de la Révélation »<sup>36</sup>.

Celui que Boileau nommera « le restaurateur de la raison dans la jurisprudence »<sup>37</sup> n'était certes pas le seul qui cherchait l'équité dans l'intériorité de l'homme considéré comme sujet de droit et, en matière de contrat, il fut même précédé en cela par d'autres juristes de droit coutumier tels les trois auteurs de « l'Amalgame » comme on appelle

---

<sup>35</sup> Arnaud, *op. cit.*, p. 69.

<sup>36</sup> Arnaud, *op. cit.*, p. 71.

<sup>37</sup> Boileau, *Œuvres*, lettre à Brossette du 15 juin 1704, éd. St-Savin, Paris, 1821, t. IV (pp. 511-515).

encore à Jersey les *Commentaires sur la Coutume de Normandie*, édition de 1684 des œuvres amalgamées de Bérault, Godefroy et d’Aviron écrites en des périodes distinctes et rééditées sur près de cent cinquante ans entre 1648 et 1776<sup>38</sup> où on trouve l’affirmation du principe de liberté contractuelle et du consensualisme le plus proche possible de la théorie aujourd’hui improprement interprétée depuis la thèse d’E. Gounot comme celle de « l’autonomie de la volonté » sur un fondement de droit naturel, et non pas positif, *toujours* opérant en Normandie insulaire :

« Car la volonté est le principal fondement de tous contracts, laquelle doit avoir deux conditions, la *puissance* et la *liberté*... »<sup>39</sup>

Pouvions-nous omettre une telle déclaration antérieure de cinq ans à l’œuvre de Domat dans sa publication mais sans nul doute depuis longtemps affirmée dans les prétoires normands et anglo-normands<sup>40</sup> ? Reste que c’est à Domat que revient devant

---

<sup>38</sup> Jacques Bathelier d’Aviron, avocat exerçant à Evreux, rédigea ses commentaires de la coutume réformée article par article sous le titre *Les Coustumes du pays et duché de Normandie* en 1599. Josias Bérault, avocat au Parlement de Rouen publia *La Coutume Reformée du pays et duché de Normandie* en 1612. Jacques Godefroy livra la première édition de ses *Commentaires sur la Coutume Reformée* entre 1626 et 1628 détaillant en longues discussions chapitrées les articles de la rédaction officielle de la coutume normande en 1583.

<sup>39</sup> Dans l’édition de 1684, la citation complète du passage du commentaire sous l’article III de la coutume réformée dédié à la clameur révocatoire au sujet du « dol & vice personnel » est la suivante : « Sous le dol et vice personnel, je comprends la force et la crainte car *la volonté est le principal fondement de tous contracts, laquelle doit avoir deux conditions, la puissance et la liberté* : et pour cette cause, en vain celui désire contracter qui en est interdit par la loi ».

<sup>40</sup> Citation que les juges et avocats de Jersey connaissent fort bien car largement commentée (et critiquée) depuis son emploi par le bailli jugeant dans l’affaire *Incat Equatorial Guinea Ltd v Luba Freeport Ltd* [2010] JRC 0834, (§ 21 et suivants), offrant en outre un point de comparaison avec notre ancien article 1134 du Code civil : “*requirements for the creation of a valid contract go some way to explaining the ancient maxim la convention fait la loi des parties, which reflects Article 1134 of the French Code Civil [alinéa 1<sup>er</sup>] which is in these terms: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.” At the heart of this provision in the French Code Civil, and behind the maxim to which we are so accustomed in Jersey, is the concept that the basis of the Law of Contract is that each of the contracting parties has a volonté, or will, which binds them together and requires that the mutual obligations which they have agreed be given effect by the courts. The notion of volonté as the foundation of the contract is sometimes thought to result from the political liberalism of the age of reason and of the economic liberalism of the 19th century where obligations imposed from outside should be as few as possible. A man is bound only by his will, and because he is the best judge of his own interests, the best rules are those freely agreed by free men. However, it is to be noted that rather earlier the same rationale appears in the commentaries of Bérault, Godefroy and d’Aviron on the ‘Coutume Reformée du Pais et Duché de Normandie’, Tome 1 [pp. 73-75], this edition being published in 1684, where the authors say this (p. 73).”*



l'histoire le mérite d'avoir forgé les éléments essentiels de la formation, de la validité et de la force obligatoire des conventions, commutatives comme aléatoires, et défini la nature et le régime juridique de chaque convention en inspirant, aux mots « légalement formé » près et l'on va voir que ceci ne *mesure* que peu, les formules inégalées des deux dispositions générales ouvrant le chapitre dédié aux effets des obligations que sont les articles 1134 et 1135 du Code civil des français :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi » ; « les conventions obligent non seulement à tout ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

Il est acquis que, depuis la Loi des Douze-Tables sans doute, les pactes lient ceux qui les font, mais Rome méconnaissait la liberté individuelle que proclament ces textes, « expression de tout un système philosophique adapté au Droit » pour Arnaud<sup>41</sup> par-delà les maximes de Loysel et en prolongement des écrits de Grotius et Pufendorf<sup>42</sup>, ce qui ne fait plus ou moins que recouper le droit romain, contrairement à d'autres auteurs tels Hennecius pour qui la volonté doit être vue comme souveraine. C'est à Domat que revient le privilège de la formule reprise à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. 1134<sup>43</sup>, l'incise « légalement formée » relevant non pas de l'interprétation positiviste d'une supposée « supériorité » de la norme de la loi sur l'intentionnalité conjuguée des parties lors de la rencontre des consentements, mais simplement de la nécessaire « licéité » dudit contrat<sup>44</sup> au regard des règles tenant à la capacité des parties, à la cause,

---

<sup>41</sup> Arnaud, *op. cit.*, p. 200.

<sup>42</sup> « que chacun tienne inviolablement sa parole », S. Pufendorf, *De Officio...*, I, 9, 3.

<sup>43</sup> Domat, *Les loix civiles en leur ordre naturel*, Partie I, L. I, T. I, S. 2, § 7 : « les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de lois à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun... »

<sup>44</sup> V. sur ce point très important mais que nous devons délaissier, V. Arnaud, *op. cit.*, p. 204 et surtout l'article du Pr. émérite L. Aynès « Le contrat, loi des parties », Cahiers du Conseil Constitutionnel, mars 2005 : [www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-contrat-loi-des-Parties](http://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-contrat-loi-des-Parties)

à l'objet et à l'ordre public ou aux bonnes mœurs de l'art. 6, rescapé du *Livre Préliminaire* rêvé par Portalis.

Quant à Robert-Joseph Pothier, le plus sage et assidu travailleur de tous les représentants du système coutumier orléano-parisien, son génie consista, après avoir assimilé l'*esprit* du droit romain en ayant commenté les *Pandectes*, à opérer un double mouvement de « rejet du système romain et adoption du système volontariste »<sup>45</sup> au fil d'une synthèse d'une clarté, d'une cohérence et d'une complétude inégalées qui lui offrit d'atteindre en 1761 avec son *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, l'édification d'une théorie générale des obligations résolument nouvelle et française<sup>46</sup>, sise sur les fondements rationalistes articulés philosophiquement par Pufendorf, son principal inspirateur jusnaturaliste avec Grotius, et techniquement par Domat, le romaniste éthique et rationnel, qu'il recueillit *via* son protecteur éclairé, autre janséniste, le Chancelier d'Aguesseau. Ainsi, nous dit Arnaud :

« Une fois repoussée la conception romaine, Pothier adopte, au nom du droit naturel, les principes volontaristes modernes : la formation des contrats est soumise au consensualisme, la théorie des vices du consentement est parfaitement achevée. L'effet relatif des conventions est affirmé à plusieurs reprises. Très important, enfin, le système d'interprétation des conventions, fondé sur la recherche de l'intention des parties, qui seule, crée l'obligation. (...) Le consentement suffit à faire naître l'obligation, mais il doit être réciproque : Pothier se réfère, sur ce point, à Grotius dont il est nourri<sup>47</sup>. C'est alors un leitmotiv, la convention est formée par l'intention des parties contractantes (...) Autant dire que notre Code, dans ce domaine encore, est redevable [vices du consentement comme au reste] à Grotius et Pufendorf de l'essentiel des dispositions qui y ont été consacrées. Il n'est pas de page, en effet, où Pothier ne renvoie à ces deux grands juristes *modernes*. Et plus précisément, ici, aux

---

<sup>45</sup> Arnaud, *op. cit.* p. 206.

<sup>46</sup> *Traité des obligations*, n° 3 : « L'espèce de convention, *qui a pour objet de former quelque engagement*, est celle que l'on appelle contrat. Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction de contrats et des simples pactes, *n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de la simplicité, ne sont pas admis dans notre droit.* »

<sup>47</sup> *Traité des obligations*, n° 4 (Grotius, *De jure belli ac pacis*, L. II, c. 11, n° 3).

notes de Barbeyrac sur le *Droit de la Nature et des Gens* de Pufendorf. Le volontarisme, enfin, est constant dans les développements que Pothier consacre à l'effet relatif et à l'interprétation des conventions. »<sup>48</sup>

Sur ce dernier point, essentiel pour la cohésion du système qui confie au juge le soin de l'interprétation des conventions, Pothier élabora douze règles énoncées aux numéros 91 à 102 de son *Traité des obligations* et que l'on retrouve dans le même ordre – quoiqu'imparfaitement reproduites ! – aux articles 1156 à 1164 du *Code civil des français*, ce qui démontre le triomphe intellectuel de Pothier et des jusnaturalistes, sous les seules réserves de la relative inapplication ultérieure desdites règles en jurisprudence (comme le releva fort judicieusement en son temps le professeur Jacques Dupichot<sup>49</sup>) et de la profondeur des marques du « jansénisme juridique » que relevait le doyen Carbonnier<sup>50</sup>. Voici donc, en quelques mots, comment comprendre « le contrat à travers le *Code civil des français* »<sup>51</sup>.

### **Transition :**

Le droit naturel subjectif fut, on le voit, le passager clandestin d'un navire positiviste contraint à une forme de tolérance par neutralité politique rendue nécessaire dans le contexte d'une « nouvelle donne » sociale dont les canons furent tout entiers exposés

---

<sup>48</sup> Arnaud, *op. cit.*, pp. 207-208 pour tout ce passage.

<sup>49</sup> dans une contribution d'intérêt livrée à l'occasion des Études offertes au Pr. Jacques Flour en 1979 : « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil » *Répertoire du Notariat Defrénois* 1979, pp. 179-206, où l'on peut lire en quoi (p. 187) : « Le premier devoir du juge consiste dans la recherche sincère des volontés internes *car le juge est le gardien naturel de la foi contractuelle*. A cette fin l'article 1156 constitue la *clé de voûte* de notre système d'interprétation *subjective* (il n'en est que pus déplorable que ce texte ne reçoive bien peu d'égards en jurisprudence. Les arrêts visent plutôt 1134 et 1135 C. civ. textes qui concernent la force obligatoire de l'engagement et *non la détermination de son domaine*. Même si l'on admet le caractère supplétif de ces règles d'interprétation, il conviendrait, du moins, qu'une pensée contraire expressément affirmée, donc une motivation explicite, en écarte l'application par le juge. Tel n'est pas le cas en pratique). » Une quarantaine d'années plus tard, des deux dernières décennies de pratique permettent d'affirmer qu'il en est toujours ainsi sous l'empire du Code d'avant la réforme de 2016...

<sup>50</sup> Cité par Arnaud, *op. cit.* p. 212, dans *Plaquette pour le Centenaire de Daguesseau*, p. 41.

<sup>51</sup> Titre d'un article très complet sur la question du Pr. David Deroussin, revue *Histoire de la Justice* 2009, Association française pour l'Histoire de la Justice, Cairn.info 2009/1, n° 19 (pp. 249-289).

dans le fameux *Discours préliminaire* de 1801. Selon l'expression de son principal auteur, devenue fameuse, le Code civil y apparaît bien comme une « transaction<sup>52</sup> » mais on méconnaît doublement le sens du terme tel qu'il résonnait à l'esprit du juriste formé chez les oratoriens : transiger en répartissant à chacun selon son dû – *suum cuique tribuere* ! – entre le droit coutumier et le droit écrit certes, mais surtout entre l'Ancien droit et le droit transitoire, c'est-à-dire, un emploi induit du mot transiger au sens faire « transit » et non nécessairement arbitrer : plutôt que trancher, rétrocéder au mérite des institutions éprouvées ce qu'il est le plus utile de leur emprunter pour bâtir un ordre nouveau fondé sur une vision *révolutionnée* de la propriété : d'où l'idée – pour mieux illustrer le sens du propos – d'en faire cas durant cette transition de notre texte entre contrat et propriété.

Que l'on retienne donc, par-delà ce terme de « transaction », l'idée de *transition* au sens du « mouvement », mesure de la nature des choses... indiscernable par leur observation directe.

En même temps qu'il portait cette œuvre, la gestation avortée du si précieux *Livre préliminaire* (à une poignée de voix près !) dont le « titre préliminaire » est le seul résidu<sup>53</sup> nous laisse à jamais philosophiquement orphelins du « code du Code » et maintient un océan entre la France et la Louisiane<sup>54</sup>, le conseiller d'Etat Portalis allait

---

<sup>52</sup> Dans la biographie qu'il lui a dédié, *op. cit.*, Joël-Benoît d'Onorio rapporte à ce sujet (p. 210 – 211) le mot de B. Beigner tiré de son article « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique 1988, n° 6 (pp. 82-83) : « le Code civil fut bien moins le produit de l'ancien droit qu'on ne s'est plu à le dire tout au long du XIXème siècle que celui du *légalisme révolutionnaire*. La fameuse transaction évoquée par Portalis (...) masque un compromis plus marquant entre l'ancien droit et le droit révolutionnaire dénommé trompeusement « droit intermédiaire ». Pour le Code civil le droit révolutionnaire fut d'avantage le « droit liminaire » ; la vérité est qu'en 1804 on mit bel et bien le vin nouveau dans l'outre ancienne ».

<sup>53</sup> V. P.-Y. Gautier, « Pour le rétablissement du *Livre préliminaire* du Code civil », revue *Droits* 2005, pp. 37-52.

<sup>54</sup> Le Pr. O. Moréteau a (avant de faire paraître une *édition bilingue* du *Code civil de Louisiane*, coll. Droit comparé et européen n° 28, dir. Pr. B. Fauvarque-Cosson, éd. Société de législation comparée, Paris, 2017) précieusement livré plusieurs témoignages du jusnaturalisme (droit naturel objectif ou subjectif ?) du code civil de la Louisiane au fil de ses écrits tels que « Le Code civil de Louisiane en français : traduction et retraduction » *Int J Semiot Law*, Springer, 2015 ; « *Louisiana viens on codification*, Louis-Xavier Martin revisited », *Louisiana Bar Journal* Vol. 60, No. 6 ; « *Les Codes civils de Louisiane dans leur ordre naturel, un Droit venu d'ailleurs* », parution aux si bien-nommées *Cahiers Portalis*, n° 7, nov. 2020 (p. 209-

livrer au nom du Consul à vie l'autre grande œuvre pacifiante du grand homme : le Concordat. Il est donc historiquement hasardeux de scinder (comme une part de la doctrine le fait plus par ignorance que par dogmatisme faut-il, malgré l'inconfort du propos, se prendre à souhaiter) la livraison du *Code civil des français* de la confection du Concordat : osons dire ceci sans ouvrir pour autant un front sur cet autre sujet.

Nous nous bornerons à indiquer que ces monuments sont, au plan des opinions alors mutilées par la Terreur et de l'état de conscience politique ambiant qu'ils retranscrivent, les deux faces de l'inspiration gallicane qui traverse les « œuvres philosophiques » de leur auteur, que ses coauteurs n'ont manifestement pas entendu quereller. En ce sens peut-être, en ce qu'il a résolument laissé Portalis en faire (en dépit de leur irréductible altercation sur le divorce précisément), le Code civil est bel est bien l'œuvre du futur Empereur des français.

Ceci étant rappelé, il reste encore à affirmer pour être parfaitement iconoclaste que l'on oublie toujours commodément de s'interroger sur les fondements intellectuels (philosophiques) des trois piliers (les *Livres I, II, III*) du Code qui traduisirent en droit les postulats inspirés de la pensée de Montesquieu qui habitait Portalis. En cela le Code civil est *transactionnel* : entre coutume et droit écrit, Ancien droit et droit « transitoire » (justement) ou révolutionnaire on l'a dit, mais surtout en ce qu'il est « transitionnel » entre le droit naturel enfin devenu subjectif au XVIII<sup>ème</sup> siècle et le droit positif précocement prétendu objectif par la Convention.

Reformulons donc à l'occasion du présent exercice de style les titres des trois « Livres » de ce *Codex* destiné à un empire nouveau pour y voir apparaître la figure de son héros, le *sujet de droits*, nanti de ses attributs naturels : *Des personnes* (Livre premier), c'est être ; *Des biens et des différentes modifications de la propriété* (Livre second), c'est avoir ; *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (Livre troisième), c'est faire/agir, ceci à travers la consécration « la plus absolue » de la personnalité juridique (celle du citoyen), de la puissance sociale de l'homme (celle du possesseur), de l'engagement individuel (celui du translateur).

---

223). L'on invite le lecteur féru de comparatisme à se reporter aux articles du *Titre préliminaire* du *Code civil de Louisiane*, inspirés de notre *Livre préliminaire* avorté.

Esquisser à rebours les figures saillantes de ces vertus juridiques nous révèle les caractères doctrinaux indépassables du contrat consensuel<sup>55</sup> d'abord, de la propriété privée ensuite, de l'ipséité individuelle enfin (l'homme émancipé par sa capacité – qualité morale comme le signalait Grotius – de *concorde* avec autrui). Ce sont ces trois piliers qui instaurèrent *in concerto*, en contrepoint des excès philosophiques de la Révolution déclarée terminée par le nouveau maître de la France, ce véritable, et vraiment (r)évolutionnaire « Code des fils ».

Attachons-nous désormais à envisager la propriété privée telle que définie par Portalis en 1804 et dont nous avons hérité *ipso facto*. Nous dirons un mot en conclusion sur la surprenante fécondité contemporaine qui s'exprime actuellement au nom de l'humanisme à travers une forme renouvelée de clandestinité, celle des « causes finales ».

## **2. L'avènement sans retour d'un nouvel ordre par la propriété privée**

Portalis, dans son *Discours préliminaire*, présente le besoin impérieux d'affermir par un Code inédit et inégalé la foi des français en leur future loi civile à travers de nouveaux principes quant aux biens et les manières de les détenir et de les transmettre :

« Aujourd'hui la France respire ; et la constitution, qui garantit son repos, lui permet de penser à sa *prospérité*. De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le *palladium* de la propriété<sup>56</sup>, et la garantie de toute paix publique et particulière : elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance, et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même. (...) En second lieu, dans les matières civiles, le débat existe toujours

---

<sup>55</sup> La responsabilité – concept historiquement tardif –, disons plutôt le « délit », le « quasi-délit » et le « quasi-contrat », sont *secondaires* dans l'examen du mécanisme de l'obligation au sens ou, extracontractuels, ils se définissent par rapport au contrat.

<sup>56</sup> *Palladium* au sens littéraire de garantie, bouclier, sauvegarde par une allégorie de la statue de Pallas à laquelle les Troyens confiaient le salut de leur Cité.

entre deux ou plusieurs citoyens. Une question de propriété, ou toute autre question semblable, ne peut rester indécise entre eux.»

C'est bien en réaction contre les abus générés par l'ancien ordre immémorial des choses, et non la Révolution ici, que le représentant du Premier Consul s'adresse au Conseil d'Etat en opposant l'idée neuve de propriété privée à l'état antérieur de la féodalité, renversée au nom de la raison et de l'équité d'une part, et comme seul gage de cette paix publique tant désirée puisqu'elle vise à constituer un pays de possédants paisiblement affairés à leur bonheur domestique, d'autre part. Ainsi se justifient les règles touchant aux absents<sup>57</sup>, aux régimes des biens<sup>58</sup>, aux successions<sup>59</sup>, aux domaines de l'Ancien régime désormais autrement distribués : hier entre domaine « éminent » au possesseur noble et domaine dit « utile » à son tenancier assujéti par

---

<sup>57</sup> « (...) nous avons déterminé ces droits. Il a fallu déterminer encore la vie présumée d'un absent dont on n'a point de nouvelles, pour ne pas laisser les familles *et les propriétés* dans une funeste incertitude. »

<sup>58</sup> « (...) Dans l'ancien régime, la distinction des personnes privilégiées ou non privilégiées, nobles ou roturières, entraînait, par rapport aux biens, une foule de distinctions qui ont disparu et qui ne peuvent revivre.

On peut dire que *les choses étaient classées comme les personnes mêmes*. Il y avait des biens féodaux et non féodaux, des biens servants et des biens libres. Tout cela n'est plus : nous n'avons conservé que les servitudes urbaines et rurales, que le rapprochement des hommes rend indispensables, et qui dérivent des devoirs et des égards qui seuls peuvent rendre la société possible.

En parlant des différentes natures de biens, nous avons distingué le simple usage d'avec l'usufruit, et l'usufruit d'avec la propriété. Nous avons énuméré les diverses espèces de rentes et de droits qui peuvent *entrer dans le patrimoine d'un particulier*. »

<sup>59</sup> « Le droit de succéder a-t-il sa base dans la loi naturelle, ou simplement dans les lois positives ? De la solution de ce grand problème dépend le système que l'on doit établir. L'homme naît avec des besoins ; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir : il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété. Personne n'aurait planté, semé ni bâti, si les domaines n'avaient été séparés, et si chaque individu n'eût été assuré de *posséder paisiblement son domaine*. Le droit de propriété en soi est donc une institution directe de la nature, et la matière dont il s'exerce est un accessoire, un développement, une conséquence du droit lui-même. Mais le droit de propriété finit avec la vie du propriétaire : conséquemment, après la mort du propriétaire, que deviendront ses biens rendus vacants par son décès ? Le bon sens, la raison, le bien public, ne permettent pas qu'ils soient abandonnés ; il y a de puissants motifs de convenance et d'équité de les laisser à la famille du propriétaire : mais, *à parler exactement*, aucun membre de cette famille ne peut les réclamer à titre rigoureux de propriété. »

les statuts, les coutumes, l'argent et la force<sup>60</sup>, aux nécessaires pouvoirs du juge civil enfin<sup>61</sup>. On relève par deux fois, au fil de ces citations, l'idée que les querelles concernant la propriété ne peuvent demeurer indécises. Cette répétition est tout sauf un effet de style. L'abolition de l'ancien ordre de la pensée se montre ici irrévocable et le plus glorieux acquis – quoique celle-ci demeurait volontairement innommée – de la terrible République régicide<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> « Point de méprise sur les mots *domaine éminent* ; ce serait une erreur d'en conclure que chaque État a un droit universel de propriété sur tous les biens de son territoire. Les mots *domaines éminent n'expriment que le droit qu'a la puissance publique de régler la disposition des biens par des lois civiles*, de lever sur ces biens des impôts proportionnés aux besoins publics, et de disposer de ces mêmes biens pour quelque objet d'utilité publique, en indemnisant les particuliers qui les possèdent. Au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'empire.

<sup>61</sup> « C'est toujours parce que la loi est obscure ou insuffisante, ou même parce qu'elle se tait, qu'il y a matière à litige. Il faut donc que le juge ne s'arrête jamais. *Une question de propriété ne peut demeurer indécise*. Le pouvoir de juger n'est pas toujours dirigé dans un exercice par des préceptes formels. Il l'est par des maximes, par des usages, par des exemples, par la doctrine. »

<sup>62</sup> La curiosité pousse à interroger les sources doctrinales postérieures au Code touchant à la propriété, concernant une matière qu'il n'aborda point directement et qui demeura longtemps sus l'empire du « droit transitoire » : la législation rurale. *Le Précis de législation rurale* d'Auguste Rivet publié à Lyon et Paris en 1901 se révèle un si judicieux poste d'observation du positivisme français un siècle après la promulgation de l'article 544 C. civ. qu'il ne paraît pas vain d'en citer deux extraits, l'un dédié à la grande loi agraire du 28 septembre 1791 ayant ruiné la féodalité foncière (p. 6), l'autre nous instruisant de la notion républicaine de « domaine », c'est-à-dire, déterminer à qui appartient le sol (pp. 11-12) : « L'Assemblée Constituante s'imagina mettre fin à tous ces abus par la préparation d'un Code complet. Un moment séduite par les utopies et les déclarations creuses de ses membres, *elle dû bientôt reconnaître la difficulté de la tâche et avouer son impuissance* ; quand elle se sépara, elle n'avait pu élaborer que la loi du 28 septembre 1791 trop pompeusement connue longtemps sous le nom de « Code rural de 1791 ». La loi de 1791 est divisée en deux titres, le premier consacré aux biens et usages ruraux, le second à la police rurale. Si incomplète qu'elle soit, cette loi a rendu un service marqué ; *elle a établi la liberté du sol, la liberté de la culture, l'égalité des charges*. Le territoire de la France – déclare notamment l'article 1<sup>er</sup> – est *libre comme toutes les personnes qui l'habitent...* et l'article 2 formule ce principe resté fondamental : « les *propriétaires* sont libres de varier à leur gré leur récoltes et de *disposer* de toutes les productions de leurs propriétés, dans l'intérieur et au dehors, *sans préjudicier aux droits d'autrui et en se conformant aux lois* » (...) ». C'est la structure de l'art. 544 C. civ. mais nul n'en souffla mot ! – (...) Deux catégories entièrement différentes de personnes exercent des droits sur le sol de la France : la première comprend les simples particuliers ou les diverses associations formées entre eux ; la seconde embrasse ce qu'on est convenu d'appeler les corps de mainmorte, c'est-à-dire l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics, etc. les plus importants de ces corps de mainmorte, c'est-à-dire l'Etat, les départements et les communes, ont eux-mêmes deux *ordres* de biens régis par des règles distinctes et contraires ; ils ont un *domaine* public et un *domaine* privé. Le domaine public comprend les biens qui sont affectés à une *destination* d'utilité publique (...) Les biens du domaine privé peuvent moyennant l'accomplissement de formalités spéciales faire l'objet de contrats, voire



Il convenait, parce qu'au nom même de la liberté proclamée, le siècle neuf réclame une nouvelle *mesure* qui ne divise plus les biens selon les statuts abolis de leurs possesseurs et l'usage effectif qu'ils peuvent désirer en faire, que la nouvelle classe indifférenciée des français pût *jouir* et *disposer* de ses biens, tels que répartis par la Révolution, *de la manière la plus absolue*. Il fallut donc forger de nouveaux termes pour ce nouveau canon. Ainsi naquit la formule de Portalis inscrite à l'article 544 du Code. Si elle représente, au regard des développements antérieurs du droit civil, une innovation philosophique – et bien sûr économique – majeure (A), elle puise, là encore, ses fondements dans un courant doctrinal qui, s'il est identifiable, demeure, à lire le *Code civil des français*, non formellement déclaré (B).

*A. Développements philosophiques du concept de propriété dans le droit civil antérieur*

« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements » : *ne nec plus ultra* est sacralisé par un superlatif que l'on ne retrouve nulle par ailleurs, si ce n'est dans deux sources latines de la période classique<sup>63</sup> sous la forme « *absolutissima* » et... dans le droit anglais de la propriété à travers l'adverbe « *absolutely* » qui, de nos jours encore, vise à qualifier en fin de clause contractuelle le caractère intégral, complet,

---

d'aliénations, et ils sont prescriptibles dans les mêmes conditions que les biens des particuliers (...) » Voici résumé en ces lignes l'héritage prégnant du droit révolutionnaire dans notre droit français de la propriété : le Code civil l'a avalisé, *mais en feignant l'ignorer*.

<sup>63</sup> Quoique plutôt confidentielles, nous n'avons pas cru devoir faire l'impasse sur ces éléments culturels et linguistiques qui ont fort bien pu imprégner le jeune Jean Étienne Marie Portalis, alors qu'il était pensionnaire des Oratoriens à Marseille (un court passage à Toulon à l'âge de sept ans fut interrompu par la maladie) où il apprit l'art oratoire et fut instruit selon les préceptes cartésiens (religieusement re-corrigés) sous l'influence du fameux oratorien Malebranche (1638-1715), ce qui entraînait une intense et permanente *disputatio* de son milieu confraternel avec les autres congrégations marseillaises thomistes à laquelle il s'exerça à son tour avant d'étudier le droit et d'entrer précocement au barreau. V. d'Onorio, *op. cit.* (p. 47) : « le garçonnet maniait déjà avec aisance les concepts de la philosophie et l'art de la dialectique, ce dont il ne se départira jamais plus ». Il n'est pas impossible donc, que le pensionnaire entre les mains duquel son éducateur, le père Dye-Gandrye, déposa les œuvres de Grotius, Nicole, Pascal, Bossuet, Fénelon, consulta ensuite le *Iuris Civilis universi absolutissima methodus* de Nikolaus Vigel (1595) et les *Absolutissima in omnes Beati Pauli et septem catholicas apostolorum epistolas commentaria* de Claude Josse, parus à Paris (1666).

inconditionnel dirions-nous, de la propriété exercée sur un bien par son légitime possesseur<sup>64</sup>.

S'il était si précieux de marquer solennellement ce caractère *suréminent* de la propriété privée en contrepoint du « domaine éminent » des théories féodales révoquées, c'était peut-être surtout pour extirper enfin la racine communautaire germanique qui sous-tendait encore en loin ce système grégaire reçu des âges carolingiens enté sur les usages communautaires, coutumes de clochers et droits agraires préfix de glanage, assolement, communaux et vaine pâture, guérets après la moisson et prés après la première fauche, rendant l'idée de propriété d'un seul inadmissible en roture ? Le si important et contraignant droit de retrait lignager que toutes les coutumes provinciales de l'Ancien Droit pratiquaient confirme encore que les biens roturiers appartenaient au groupe social (village) ou familial (« héritage » par lignes) et point complètement « en propre » à des individus.

Le franc-alleu du système franc originel n'était plus qu'idéal au sens théorique depuis l'emprise féodale généralisée par la cristallisation de coutumes nobles et l'application du principe de la directe universelle du roi<sup>65</sup>. Ce n'est donc pas sur le plan de la théorie juridique, imparfaite, que pourra s'affermir le concept de propriété – comme le fera le contrat dès que l'élaboration d'une théorie de l'obligation le dégagera de son arraisonnement coutumier formaliste et indigent –, mais plutôt par l'élaboration d'une pensée politique laborieusement guidée par les diverses théories philosophico-économiques successives qui, surtout depuis l'Angleterre élisabéthaine, contribueront à imposer l'idée d'une nécessaire redéfinition, toutefois impossible devant l'ampleur de la tâche et l'écrasement juridique et institutionnel de l'individu.

On comprend mieux pourquoi, en dépit de l'accès aux théories stoïciennes de Zenon et aux préceptes d'Epicure outre au droit romain, même tardif, qui instaura la notion de domaine unifié, cadastré et pouvant connaître des démembrements, il était impossible aux érudits de penser en termes de propriété privée sans oser s'affranchir

---

<sup>64</sup> V. *contra* : « *vested* ».

<sup>65</sup> A ce sujet, Arnaud *op. cit.*, évoque le « Code Michaud », soit l'ordonnance de janvier 1629, art. 383 (p. 173).

de la tutelle morale que la féodalité maintenait dans les esprits<sup>66</sup>. C'est dans cet environnement mental que la classe bourgeoise instruite mais condamnée au travail sous la forme du commerce ou de l'exercice d'un art intellectuel (interdits aux nobles) produisit ses propres penseurs qui, fatalement, développèrent des théories articulées sur le « rapport » à/de la terre, tenue et exploitée. Ces « physiocrates » en virent à assimiler, en « honnêtes hommes » de la période classique, nécessités économiques et questionnements philosophiques pour distiller des idées politiques campées autour du travail et de la liberté individuelle.

L'enjeu des moyens de subsistance dans les îles britanniques allié aux considérations religieuses et institutionnelles inspirera notamment Locke qui, sous ce rapport, nourrira de manière déterminante le courant du droit naturel subjectif<sup>67</sup>, dont le génial Leibniz parachèvera les espérances en bâtissant une métaphysique du droit au-delà même du propos induit des œuvres des juristes jansénistes, théorisant l'Amour divin transcendant la matière. Quant à la France de la fin du XVIIIème siècle, Arnaud nous rappelle la cause déterminante du bouleversement social qui s'annonçait à mesure que la paysannerie et la bourgeoisie industrielles :

« (...) comprenaient que l'affranchissement du sol était la condition essentielle du développement de la production. Et c'est ce qui leur importait par-dessus tout. Alors, il se passa un fait peu commun, l'alliance de la bourgeoisie et d'une paysannerie excédée par la misère. (...) Aussi, opposées de leurs natures, au début, la destinée des paysans et celle des bourgeois devaient-elles se rencontrer dans le mécontentement.

---

<sup>66</sup> A ce sujet, le droit anglais, né au Moyen Âge de la lente fusion entre coutume populaire (anglo-saxonne) et droit noble du roi (normand) sur un territoire insulaire, naturellement unitaire et politiquement unifié, connut une fortune différente. Son droit de la propriété comme sa conception du contrat – et du rôle du juge – ont une racine indigène.

<sup>67</sup> Arnaud, *op. cit.* (p. 174), cite à bon droit un cours de J. Imbert, *Histoire des idées politiques jusqu'à la fin du XVIIIème siècle* : « le droit naturel venait soutenir les prétentions de la classe bourgeoise des riches propriétaires anglais ou français qui, avec Hobbes, se plaçait sous la protection du pouvoir et qui, avec Locke, revendique le pouvoir pour elle-même ». Arnaud ajoute : « Désormais, quatre mots vont hanter les bourgeois : *propriété libre et franche*. Propriété foncière s'entend, car de la propriété mobilière, la définition reste obscure. L'expérience industrielle et financière de la France est trop courte pour avoir donné l'occasion à des prescriptions efficaces. C'est à peine si Maleville mentionne [l'évocation de machines] à propos des articles 519, 529 et 531 C. civ. »

Les unes et les autres avaient intérêt à voir proclamer l'émancipation de la propriété. (...) L'affranchissement du sol au nom d'un droit individuel de propriété, fondement pratique de la liberté, et plus particulièrement de la liberté du commerce.<sup>68</sup> »

C'est ainsi que, non sans écho à Montesquieu, Tocqueville put s'écrier : « le peuple voulait qu'on changeât toutes les lois »<sup>69</sup>, ce que Karl Marx comprendra à son tour de la manière *la plus absolue* : c'est-à-dire *politique*. C'est bien de là, et non point seulement de la philosophie ou du droit que vint le coup de grâce porté à la féodalité devenue sclérosée. L'on mesure bien que contrat et propriété sont les deux faces de la même pièce de monnaie « Libre » (symbole de la balance, *libra*... et donc, en ce sens, de la *Livre*, que nous réemployons). Il fallut toutefois refonder le « pacte social » sur une philosophie qui ne fut pas de celles propres à diviser un peuple et une société déjà en proie à la misère, puis au choc de la guerre civile, puis au régicide, puis à la guerre livrée par une coalition, puis à l'instabilité et à la corruption. Cette philosophie ne pouvait qu'advenir par le bais de la science des lois pour proposer une doctrine nouvelle.

#### *B. Origine doctrinale des caractères de la propriété inscrits dans le Code civil des français*

Les solutions pouvaient-elles revenir intactes du droit romain qui ignorait les idées subjectivistes auxquelles la société s'était convertie ? Fallait-il imposer une coutume unifiée ? Pouvait-on, au fond, faire autre chose, ou faire mieux, que « transiger », opérer une *translation* entre « l'esprit des siècles » et « l'esprit national » ? Selon Carbonnier, la formulation de l'article 544 du Code civil des français traduit le « secret désir du gouvernement de protéger les acquéreurs des biens nationaux »<sup>70</sup>. Bien entendu, la nouvelle classe de possédants installée à une place plus enviable par le jeu

---

<sup>68</sup> Arnaud, *op. cit.*, p. 175.

<sup>69</sup> A. de Tocqueville, *Le despotisme démocratique*.

<sup>70</sup> V. J. Carbonnier, *Droit civil*, coll. Thémis, n° 25, PUF (1957), p. 78.

de la redistribution des sols impulsée sous la Législative et la Convention dans les excès de la Terreur et de ses tribunaux révolutionnaires qui organisèrent massivement la spoliation des nobles, des biens d'Eglise et des « ennemis de la Révolution » entre 1792 et 1794 pourrait suffire à l'expliquer.

Toutefois, Portalis écrivait-il pour l'intérêt ou à l'égard de ceux-là même – receleurs, si l'on suit le raisonnement sous-jacent – qui inquiétèrent sa personne, l'incarcérèrent par deux fois, séquestrèrent ses biens, et auxquels il échappa de peu ? Il put certes y être poussé par les circonstances autant que par Bonaparte, farouchement désireux de rassurer les acquéreurs de domaines nationaux, au nom de la « foi publique » comme on disait alors, et de mieux s'assurer ainsi leur alliance sous son pouvoir – ce qui explique la désuétude de l'instrument de la rescision des contrats « vicieux » et ses limitations cumulées aux ventes, immobilières, lésionnaires de plus des sept douzièmes (ultradimidiaire soit au-delà de la moitié : 6+1/12èmes), au détriment du vendeur. Admettons que cela explique la lettre de l'article 544 qui pose un principe d'airain pour asseoir une nouvelle société en France, cela ne suffit cependant à justifier le titre entier, le Code étant manifestement une œuvre voulue du Premier Consul pour rayonner « *urbi et orbi* », et diffuser le génie de la France, enfin régénérée, à travers l'Europe (que l'Empire voudra « libérer ») comme le reste des nations<sup>71</sup>.

En effet, non seulement l'article 545 (pas d'expropriation sauf pour utilité publique) est l'exacte reprise – sans aucunement s'y référer – de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'article 546 consacre le droit d'accession sur ce que la chose produit ou ce qui s'y unit en vertu de la pensée physiocrate et non révolutionnaire, ce dont découlent deux importants chapitres du Code (art. 547 à 577) jusqu'à l'exposé du droit civil, régénéré, concernant les concepts si essentiels de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation qui mène *naturellement* à l'examen des servitudes. Que l'on se remémore enfin le *Discours* de Portalis sur la Propriété (26 nivôse an XII

---

<sup>71</sup> Sur la codification napoléonienne et son ambition ou son rayonnement dans le monde : V. de Saman Safatian, « La rédaction du Code civil », revue *Napoleonica*, cairn.info 2013/1, n° 16 (pp. 49-63) ; également l'article du Pr. Sylvain Soleil, « Le code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Histoire de la Justice*, cairn.info 2009/1, n° 19 (pp. 225-241).

– 17 janvier 1804) et l'on verra qu'à bien des conquêtes révolutionnaires opérantes, furent préférées des formes issues de l'expérience.

Sauf bien sûr à relever que nous passâmes de « *dominium* » à « *proprietas* », la formule latine écrite au XIV<sup>ème</sup> siècle par Bartole, fondateur de l'école des post-glossateurs n'est pas, bien que réduite aux choses appréhendées physiquement, si éloignée<sup>72</sup> de notre droit, elle qui explique ce « pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements » par la *limitation de la puissance de domaine* exercée sur la chose par l'ordre de la loi<sup>73</sup>. Cependant, loin de chercher à signifier une continuité avec le passé ici, le droit civil codifié entreprend comme on l'a vu une rupture fondamentale avec son environnement européen quant à *l'esprit du droit*. La meilleure preuve de ce que Portalis le premier aura réussi la synthèse entre le juste et l'utile plutôt qu'entre l'ancien et le nouveau avec le titre II du Livre II du *Code civil des français* réside peut-être dans ce constat que, s'agissant de définir et exposer la propriété, Pothier lui-même n'était pas parvenu à s'affranchir de l'ordre ancien, lui qui livra un *Traité du domaine de propriété* dont le titre trahit l'antiquité. Affirmons-le, avec l'article 544 du *Code civil des français*, Portalis boucle la boucle tout en révoquant Rousseau, ce qui ressort de l'exposé des motifs du *Discours sur le projet de loi sur la propriété* :

« Loin que la division des patrimoines ait pu détruire la justice et la morale, c'est au contraire la propriété reconnue et constatée par cette division qui a développé et affermi les premières règles de la morale et de la justice. Car, pour rendre à chacun le sien, il faut que chacun puisse avoir quelque chose. (...) Ce n'est pas non plus au droit de propriété qu'il faut attribuer l'origine de l'inégalité parmi les hommes. Les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talents. Les hasards et

---

<sup>72</sup> *dominum est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*

<sup>73</sup> Sur ces fascinantes questions sémantiques et conceptuelles, on ne peut pas ne pas citer l'impressionnant article de L Pfister, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *Revue générale de droit*, vol. 28, n° 2, 2008, pp. 303-338 dont l'abstrat indique : « Alors qu'étymologiquement, le mot *domaine* signifie la puissance de la personne sur les choses et le mot *propriété*, l'objet soumis au domaine, c'est pourtant le second qui a été retenu par les artisans de la codification du droit privé français pour désigner le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue. La variation de sens invite à se pencher sur la révolution sémantique de *domaine* et de *propriété* depuis leur apparition dans la langue française (...) ».

les évènements mettent encore entre eux des différences. Ces inégalités, qui sont l'ouvrage même de la nature, entraînent nécessairement celles que l'on rencontre dans la société. [Et d'ajouter plus loin] (...) la propriété est *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* et ce droit est sacré dans la personne du moindre particulier ».

Voici comment il faut entendre l'adverbe « *absolutissima* » : consécration du *droit moral* inaliénable de l'homme à posséder et défendre son bien. Le Code civil proclame, à travers son plan en trois Livres, les *fins* du droit naturel *subjectif* – être, avoir, faire/agir –, raison pour laquelle il reprend à dessein le plan des *Institutes*<sup>74</sup> sans se confondre avec le droit romain, droit naturel, *mais* objectif. Innovant entre tous, le Code consacrait le contrat et la propriété comme les attributs de la liberté ontologique de l'homme, enfin saisi par le droit dans son ipséité. Il est temps de conclure sans doute, mais n'acceptons de le faire que pour la forme de cet exposé, nous interrogeant sur ce qu'il nous reste, deux siècles après la mort de Portalis (1807), des préceptes féconds du droit naturel mis en système subjectiviste. Réservez nos pensées sur *la nature du changement qui gouverne la nature des choses*, contentons-nous ici de conjurer, par une invocation finale, ce changement à l'œuvre dans le droit civil, orphelin de sa finalité

### 3. Conclusion :

El En écrivant « l'arbre tient encore debout avec toute sa frondaison ; il n'est pas sûr que la racine, c'est-à-dire la philosophe, ne soit pas depuis longtemps morte », Michel

---

<sup>74</sup> Arnaud, *op. cit.*, est encore à citer ici (p. 217-218) : « la division tripartite (personnes – biens – actions), fondée originairement sur l'observation du monde, offrait la charpente d'un plan axiomatique tiré de l'existence des droits subjectifs. A ce dernier s'étaient essayés de nombreux juristes de ce siècle et demi qui précéda la Révolution ; c'est à lui que se rallia Cambacérès acquis au principe de l'existence de droits subjectifs que le Droit a pour mission de protéger. A partir de ce postulat, il obtenait, par déductions progressives, un système, une logique, où étaient examinées successivement les personnes, les biens et les obligations. Il convenait de commencer par les personnes, puisque le Droit n'est fait que pour elles ; de continuer par les objets de leurs droits (et notamment l'étude du droit de propriété) ; pour terminer par l'étude des obligations, qui naissent à propos des actes accomplis par les individus sur leurs biens. Les rédacteurs du Code ont, de leur propre aveu, repris ce plan, *mais non pas dans l'esprit qui avait présidé à sa naissance*. Du plan des *Institutes* romaines, fondé sur l'observation du monde, les rédacteurs du Code civil devaient faire un système axiomatique et rationaliste. M Jean Ray l'a bien vu, rappelant la phrase du comte Portalis : *qu'est-ce que la codification si ce n'est l'esprit de méthode appliqué à la législation ?* ».

Villey<sup>75</sup> avait compris que l'esprit naturaliste originel du *Code civil des français* était voué à être trahi. Le navire civiliste (son équipage positiviste) est redevenu intolérant au droit naturel par polarisation autour de l'efficacité du droit au nom de son utilité sous l'empire de l'économie politique et, si le passager clandestin n'a pas été débarqué (faute d'étape), il fut du moins verbalisé pour avoir resquillé, outre l'excédent de bagages des deux piliers du contrat et de la propriété (la propriété tend à devenir « un droit absolument relatif »<sup>76</sup> ; la réforme des contrats décline et refaçonne la façade classée du monument de style dorique pour y apposer les ornements néobaroques des innombrables droits spéciaux<sup>77</sup> – commerce, concurrence, consommation, *etc.*).

Toutefois, désormais pourvu d'un titre de transport quoique démasqué et épargné du péril de la cale ou du débarquement, le droit naturel subjectif paraît saisir l'opportunité de diffuser sa philosophie du vagabondage altruiste à quelques nouveaux pans du droit, derniers embarqués des mutations sociales contemporaines qui persistent à affirmer que l'homme est destinataire du privilège de la personnalité juridique. Puissent les élans du « droit naturel 3.0 » (perceptibles à demi-mot dans l'avènement d'une responsabilité civile pour fait causal<sup>78</sup> ou la promotion des « buts monumentaux » de la compliance<sup>79</sup>, *etc.*) parvenir à crever les nuées pour que perce le

---

<sup>75</sup> Dans ses *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, dernière édition, Dalloz, 2002, p. 67.

<sup>76</sup> V., par exemple et sans même développer sur les entailles profondes faites au droits subjectifs par les textes relatifs aux prérogatives réduites des bailleurs de locaux ou bien l'hypertrophie du droit de l'urbanisme, *etc.*, l'article de Romain Scaboro, « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », in *Droit et Ville*, Institut des études juridiques de l'urbanisme, de la construction et de l'Environnement, cairn.info 2013/2 n°76 (pp. 237-255).

<sup>77</sup> V., entre autres, les ouvrages collectifs signalés *supra* dans la collection *Dr. comparé et européen*, n° 29 et 31 éd. Société de législation comparée : *La réécriture du Code civil, le droit français des contrats après la réforme de 2016* et *La réforme du droit français des contrats*, dir. B. Fauvarque-Cosson et *alii*.

<sup>78</sup> L. Kaczmarek, thèse de doctorat, université de La Rochelle, *La responsabilité pour fait normal : étude critique sur son originalité en matière civile extracontractuelle*, étude publiée chez EPU, coll. Droit et Sciences Politiques, 2009. Tout reste à voir de ce qui sortira des travaux gouvernementaux et législatifs attendus sur la réforme annoncée de la responsabilité civile. Pour un panorama sur la question, nous renverrons aux actes du colloque du 21 octobre 2021 de l'université de Nîmes, sous la direction scientifique du Pr. Gustavo Cerqueira et Vanessa Monteillet, *Les projets de réforme du droit de la responsabilité civile – études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020*, Univ. Nîmes, laboratoire Chrome, éd. Dalloz, déc. 2021.

<sup>79</sup> Branche du droit en pleine croissance, rendue féconde en France grâce à l'impulsion remarquable du Pr. M.-A. Frison-Roche qui fonde son avènement sur les principes formels du droit de la



vœu finaliste (toujours révolutionnaire) de « gratuité » des transports chez les autres passagers.

---

concurrence. V. tout dernièrement son article paru au Recueil Dalloz, « La responsabilité *ex-ante*, pilier du droit de la *compliance* », 31 mars 2022.

