

Witold Wołodkiewicz

DROIT NATUREL ET DROIT ROMAIN DANS LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL

„Quelques personnes paraissent regretter de ne rencontrer aucune grande conception dans le projet de Code civil qui a été soumise à la discussion. Il se plaignent de n'y voir qu'une refonte du droit romain, des nos anciennes coutumes et de nos anciennes maximes. Il serait à désirer que l'on pût attacher quelque idée précise à ce qu'on entend par grande conception. Veut-on exprimer par ce mot quelque nouveauté bien hardie, quelque institution à la manière des Solon et des Lycurgue? Mais ne nous y trompons pas, citoyens législateurs, une nouveauté hardie n'est souvent qu'une erreur brillante dont l'éclat subit ressemble à celui de la foudre qui frappe le lieu même qu'elle éclaire. [...] Les théories nouvelles ne sont que les systèmes de quelques individus; les maximes anciennes sont l'esprit des siècles”.

Corps législatif. Discours prononcé par le c-en Portalis, orateur du Gouvernement, séance du 3 Frimaire An 10, p. 6, 7, 9.

Ces mots prononcés par l'un des principaux rédacteurs du Code civil, Jean-Etienne-Marie Portalis, sont le meilleur commentaire du titre de ma communication.

L'idée de la codification du droit, qui se manifestait tant de fois pendant la Révolution et qui se réalisa dans le Code Napoléon, n'était pas nouvelle en France. Elle remonte aux temps de l'humanisme juridique, qui dans son courant systématique français, reprenait l'ancienne idée cicéronienne selon laquelle le droit, devait être présentée sous forme d'un système (*ius civile in artem redactum*)¹.

¹ Cf. A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969, p. 121 s; W. Wołodkiewicz, *Humanisme juridique et la systématisation du droit (à propos d'un ouvrage récent)*, RHD, 64, 1986, p. 79 s.

Cette idée a évolué au cours des siècles. Les partisans du droit naturel répétaient souvent les mots de Leibniz qui voulait créer *more geometrico* un système juridique nouveau et parfait. Certains représentants du droit naturel rêvaient de créer ce nouveau système sur la base du droit romain – droit qui, en particulier en France, était traité comme l'expression du droit de la nature. C'est pour cette raison que l'oeuvre de Domat, *Le droit civil dans son ordre naturel*, était en France estimée d'une manière particulière². D'autres voulaient créer un code tout-à-fait nouveau, déduit des principes moraux; ce code devait être bref, clair, compréhensible et il ne devait laisser aucune place aux interprétations controversées et à des chicanes faites par des jurisconsultes et des juges³.

Dans un des dialogues des morts de Fénelon (auteur très apprécié au XVIII^e siècle) Solon et Justinien discutent d'une législation que pourrait rendre l'homme heureux, et du rôle qu'y joue le droit romain. Solon, critiquant le droit créé par Justinien, considère que les lois doivent être claires, simples, brèves et générales. Tandis que selon Justinien, elles doivent régler minutieusement tous les cas possibles et exigent nécessairement les belles interprétations de juristes savants. Solon – on reconnaîtra dans son propos les idées du siècle des Lumières – disait: „J'aurais cru que les bonnes lois sont celles qui font qu'on n'a pas besoin de jurisconsultes, et que tous les ignorants vivent en paix à l'abri de ces lois simples et claires, sans être réduits à consulter de vains sophistes sur le sens des divers textes, ou sur la manière de les concilier. [...] J'aime mieux des lois simples, dures et sauvages, qu'un art ingénieux de troubler les repos des hommes, et de corrompre le fond des moeurs”⁴. Ce sont les mêmes opinions que, pendant tout le XVIII^e siècle, des philosophes et des juristes éclairés exprimeront à propos du droit romain⁵. C'est aussi l'image d'une législation simple, basée sur les principes généraux du droit naturel, qui sera exprimée dans les premières années de la Révolution.

* * *

L'Assemblée nationale constituante décrétant, le 5 juillet 1790, la nécessité de préparer une codification du droit considérait que „les lois civiles seraient

² Cf. A. d'Aguesseau, *Instruction sur l'étude et les exercices qui peuvent préparer aux fonctions d'avocat du roi (1717)*, [dans:] *Discours de M. le chancelier d'Aguesseau*, Paris 1783, p. 308–310; P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1836–1837, t. 13, p. 413.

³ Cf. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t. 4, Paris 1960, p. 138–139; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, t. 1, Milano 1984, p. 36–38.

⁴ F. Fénelon, *Oeuvres*, Paris 1856, t. 2, p. 562–563. Cf. W. Wołodkiewicz, *Dialog Solona i Justyniana u Fénelona a dyskusja o prawie rzymskim w Polsce XVIII wieku*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 40(2), 1988, p. 249 s.

⁵ Cf. W. Wołodkiewicz, *Nota di lettura*, [dans:] D. Diderot, A. G. Boucher d'Argis, L. de Jaucourt, *Le droit romain et l'Encyclopédie. 31 Articles*, Napoli 1986, p. xi s.

revues et réformées par les législateurs, et qu'il serait fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la constitution"⁶. La même idée d'un droit créé pour des gens simples, fait par des gens simples, était celle de l'Assemblée législative invitant, le 16 octobre 1791, par une adresse, tous les citoyens à lui communiquer leurs vues sur la formation du nouveau code⁷. Les travaux de codification commencèrent à la Convention nationale. L'idée de la simplicité du code est liée au postulat de créer des jurys, ou d'instituer des arbitres dans les matières civiles. L'objection de Cambacérès que „la question de droit n'est presque jamais séparée de la question de fait" a eu pour réponse: „cela était vrai dans l'ancien état de jurisprudence; aujourd'hui il n'y aura que de questions de fait (faciles) à saisir, plus faciles encore à terminer"⁸. Barrère et Chabot disaient la même chose à la Convention: „Avec les jurés une justice ambulatoire et sans formes assurera des jugements moins dispendieux; c'est alors vraiment que la justice sera gratuite, impartiale et populaire. Avec les tribunaux vous éloignez l'établissement d'un code simple et uniforme" (Barrère). „On objecte que le Code de nos lois n'est pas assez simple pour ce système; il faut le simplifier. Vous convenez tous de l'avantage de cette institution, moi, qui ne connais d'autre législation que celle de la nature, je ne crois pas que cet ouvrage soit bien long (Chabot)⁹.

Cependant, certains membres de la Convention s'opposaient au postulat de la simplicité des lois. Ainsi Robespierre disait à la séance du 17 juin 1793: „Mais, a-t-on dit, notre Code civil est trop compliqué pour que chaque citoyen puisse l'appliquer. Mais c'est à vous qu'il appartient de créer l'esprit national par des lois sages. Les lois d'un grand peuple ne peuvent être simples"¹⁰.

Un bon exemple de l'instabilité d'opinions des représentants du peuple souverain est nous offert par le sort des trois projets du code civil de Cambacérès¹¹: les deux premiers présentés à la Convention et le troisième, au temps du Directoire, au Conseil des Cinq-Cents.

⁶ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. xxxvi.

⁷ *Ibidem*, t. 1, p. xxxvii.

⁸ Cité par A. Esmein, *L'originalité du Code civil*, [dans:] *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, t. 1, Paris 1904, p. 8.

⁹ Voir *Réimpression de l'Ancien Moniteur...*, t. 16, p. 696-697. Cf. A. Esmein, *op. cit.*, p. 8. Bertrand Barrère ou Barère (1755-1841) – il étudia droit à Toulouse, où il fit les début d'avocat et littéraire; membre de l'Assemblée constituante et de la Convention nationale (cf. F. A. Aulard, [dans:] *La grande Encyclopédie...*, t. 5. Paris [sans date], p. 410-413). François Chabot ou Chabod (1756-1794) – ex-capucin, évêque constitutionnel de Loir-et-Cher; député à l'Assemblée législative et à la Convention (cf. A. Martin, [dans:] *Dictionnaire de biographie française*, sous la direction de M. Prévost et R. d'Amas, t. 8, Paris 1959, p. 128-129). Chabod fut l'objet d'une satire raillée: „Vit-on jamais rien de plus sot/Que Merlin, Basire et Chabod?/Connut-on jamais rien de pire/Que Chabod, Merlin et Basire?/Et jamais rien de plus coquin/Que Chabod, Basire et Merlin?"

¹⁰ Voir *Réimpression...*, t. 16, p. 677. Cf. A. Esmein, *op. cit.*, p. 7.

¹¹ Jean-Jacques-Régis Cambacérès (1753-1824) – cf. E. Franceschini, [dans:] *Dictionnaire de biographie...*, t. 7, Paris 1956, p. 948-949.

Le premier projet était loué par son auteur comme une oeuvre absolument nouvelle: „Il faut élever le grand édifice de la législation civile, édifice simple dans sa structure, mais majestueux par ses proportions; grand par sa simplicité même, et d'autant plus solide que, n'étant point bâti sur le sable mouvant des systèmes, il s'élèvera sur la terre ferme des lois de la nature, et sur le sol vierge de la république”¹². „O vous enfants de la patrie! [Cambacérès évoque ici un couplet de *Marseillaise*] vous qu'elle a chargés de porter dans cette enceinte l'expression de sa volonté souveraine, soyez témoins du zèle constant des fidèles représentants du peuple pour le salut de la république. Voyez le code de lois civiles que la Convention prépare pour la grande famille de la nation, comme le fruit de la liberté”¹³.

Dans son discours, Cambacérès exprime à plusieurs reprises la foi des hommes des Lumières, en disant que „peu de lois suffissent à des hommes honnêtes” et que „le législateur ne doit pas aspirer à tout dire”. Mais il se montre conciliant: „Une autre difficulté se présente: si la multitude des lois offre des dangers, leur trop petit nombre peut nuire à l'harmonie sociale”¹⁴.

Mais ni les déclarations des simplificateurs ni la modération ne plaisaient aux représentants du peuple souverain. Le premier projet de Cambacérès fut repoussé par la Convention comme trop compliqué et trop juridique.

Cambacérès, dans son rapport sur le deuxième projet, se montre fidèle réalisateur de la volonté de sagesse collective de la Convention et dit: „pour nous, plus sages, nous, libres de tous préjugés, nos lois ne seront que le code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté”¹⁵.

Ce „recueil de préceptes où chacun pût trouver les règles de sa conduite dans la vie civile”, ayant seulement 297 articles, fut lui aussi repoussé, mais cette fois-ci comme trop concis¹⁶.

Le troisième projet de Cambacérès, proposé devant le Conseil des Cinq-Cent, malgré son invocation au droit de la nature, fut néanmoins beaucoup plus traditionnel que les deux précédents. Ce projet, ainsi que le suivant, celui de Jacqueminot, ne furent pas discutés.

* * *

Ce n'est que sous le Consulat que les travaux du code furent accélérés par le premier consul. L'arrêté du 24 Thermidor An VIII nomma quatre „conféren-

¹² P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 2.

¹³ *Ibidem*, t. 1, p. 11.

¹⁴ *Ibidem*, t. 1, p. 2.

¹⁵ *Ibidem*, t. 1, p. 109.

¹⁶ Il faut noter, que les discussions sur le premier et sur le second projet portaient, en général, sur les problèmes de mariage, famille, successions et droits réels. Les problèmes d'obligations n'étaient pas y traités.

ciers" (Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis et Maleville, ce dernier comme secrétaire, appelé par le ministre de la justice), chargés de préparer le projet d'un code civil. L'article 4 de cet arrêté disposait que „MM. Tronchet, Bigot et Portalis compareront l'ordre suivi dans la rédaction des projets du Code civil, publiés jusqu'à ce jour, et détermineront le plan qui leurs paraîtra le plus convenable d'adopter"¹⁷.

Parmi les „conférenciers" on a établi une certaine équivalence des types de formation juridique. Deux membres de la commission avaient représenté le pays de coutumes, et deux autres – le pays de droit écrit¹⁸.

Le rôle le plus important dans la commission était joué par J.-E.-M. Portalis, un Méridional, grand juriste, formé dans la tradition du droit romain. Le même Portalis critiquait le XVIII^e siècle comme un siècle des gens des lettres et philosophes, siècle mal disposé à la codification du droit et aux études de jurisprudence: „Autrefois, les gens de lettres et philosophes dédaignaient l'étude de la jurisprudence; ils en étaient écarté par l'attrait des arts d'agrément, et plus encore par la politique mystérieuse du temps, qui craignait que l'on s'occupât des affaires de la société, et qui croyait ne pouvoir tolérer que des littérateurs, des théologues et des géomètres. Mais, tandis que cette ancienne indifférence aux objets de législation laissait libre cours aux erreurs de tout genre, l'intérêt que l'on y apporte aujourd'hui contraint le législateur à une circonspection, salutaire, sans doute, mais qui rend sa marche infiniment plus difficile et plus laborieuse. On trouve sans cesse le législateur aux prises avec le système"¹⁹. C'est à peu près le même motif qui, après quelques dizaines d'années, revient chez Alexis de Tocqueville: dans l'un des chapitres de son livre *L'Ancien Régime et la révolution*, intitulé „Comment, vers le milieu du

¹⁷ Cité selon P. A. Fenet, t. 1, p. lxii. François-Denis Tronchet (1726–1806) – né à Paris; avocat d'une haute réputation à Paris; batonnier de l'ordre d'avocat en 1789; Député aux Etats Généraux, membre du Conseil des Anciens; en 1800 il fut nommé membre, et après, président du Tribunal de Cassation; il fut favorable au droit coutumier (cf. C. Cheuvreux, [dans:] *La grande Encyclopédie...*, t. 31, p. 423–424, Felix-Julien-Jean Bigot de Préameneu (1747–1825) – né à Rennes; depuis 1767 avocat au Parlement de Rennes, et dès 1778 avocat au Parlement de Paris (cf. A. Martin, [dans:] *Dictionnaire de biographie...*, t. 6, Paris 1954, p. 452–453). Jean-Etienne-Marie Portalis (1746–1807) – né au Beauss auprès de Toulouse; il étudia droit à l'Université d'Aix; depuis 1765 avocat au Parlement d'Aix; membre du Conseil des Anciens et son président (cf. A. Lods, [dans:] *La grande Encyclopédie...*, t. 27, p. 357). J. de Maleville (1741–1824) – né à Domme (Périgord); avocat au Parlement de Bordeaux, en 1790 président du Directoire de la Dordogne; membre du Conseil des Anciens; membre du Tribunal de Cassation en 1791 et après 1800 (cf. A. D., [dans:] *La grande Encyclopédie...*, t. 22, p. 1055).

¹⁸ Le pays de coutumes représentaient Tronchet et Bigot de Préameneux, tandis que le pays de droit écrit – Portalis et Maleville.

¹⁹ Corps législatif, *Discours prononcé par le C-en Portalis, Orateur du Gouvernement*, Séance du 3 frimaire an 10, p. 5. Cf. J. E. M. Portalis, *De l'usage et abus de l'esprit philosophique*, Paris 1820, t. 1, p. 26 s., t. 2, p. 28. Cf. P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. xlv.

dix-huitième siècle, les hommes des lettres devinrent les principaux hommes politiques du pays, et des effets qui en résultèrent”²⁰.

Le projet de la Commission du Gouvernement fut présenté par Portalis le 24 Thermidor An VIII. Il fut précédé d'un long discours préliminaire du rapporteur. Ce discours est fort différent des discours sur les projets précédents. Bien loin de l'enthousiasme révolutionnaire de ses prédécesseurs. Portalis critique l'„esprit révolutionnaire”, en le définissant comme „le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autres considérations que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'État”²¹.

Portalis, dans son discours, ne chante pas des couplets de la *Marseillaise* (mais il loue le premier consul); il ne répète pas sans cesse des grands mots sur le droit de la nature, ne fait pas l'éloge de la simplicité des lois, ne condamne pas le passé et le droit romain qui est – selon lui – une vraie raison écrite. Laissons-le parler lui-même: „Mais quelle tâche que la rédaction d'une législation civile pour un grand peuple! L'ouvrage serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner à ce peuple une institution absolument nouvelle, et si, oubliant qu'il occupe le premier rang parmi les nations policées, on dédaignait de profiter de l'expérience du passé, et de cette tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous, et qui forme l'esprit des siècles”²². „Le droit écrit, qui se compose des lois romaines, a civilisé l'Europe [...] La plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent. On en sera bientôt convaincu, si, dans les collections qui nous ont transmis ce droit, on sait distinguer les lois qui ont mérité d'être appelées la raison écrite, d'avec celles qui ne tenaient qu'à des institutions particulières, étrangères à notre situation et à nos usages”²³. „Quelle est d'ailleurs la nation à laquelle des lois simples et en petit nombre aient longtemps suffi?”²⁴. „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”²⁵.

Ce glissement vers le droit romain en France au commencement du XIX^e siècle est assez significatif. En 1803 on commençait enfin la publication d'une oeuvre, préparée depuis 40 ans, de la traduction intégrale du *Corpus iuris*

²⁰ A. de Tocqueville, *L'Ancien régime et la révolution*, 3^e éd., Paris 1857, p. 233 s.

²¹ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 465.

²² *Ibidem*, t. 1, p. 466.

²³ *Ibidem*, t. 1, p. 480.

²⁴ *Ibidem*, t. 1, p. 471.

²⁵ *Ibidem*, t. 1, p. 474.

*civilis*²⁶. L'utilité du droit romain, comme base du droit civil moderne, souligne l'auteur anonyme dans le *Discours préliminaire*, qui est exposée au tome 1 de la traduction (de 1803); il y est dit qu'il faut „exhumer le droit romain de dessous les décombres révolutionnaires, qui le couvrent, pour l'adosser à l'édifice nouveau du Code civil des Français”²⁷.

Le projet fut transmis au Tribunal de Cassation et à tous les tribunaux d'appel de France. Cette discussion entre juristes, était bien loin de l'idée primitive d'une discussion populaire sur le projet du Code.

* * *

Dans les discussions sur le projet les problèmes concernant le droit des personnes et de la famille occupent le plus de place. Cela justement parce que dans ces domaines on pouvait discuter les „grandes conceptions”²⁸.

La problématique des obligations occupait relativement peu de place dans les discussions sur le projet du Code: seulement deux des dix volumes de Fenet présentant la discussion sur le projet au Conseil d'État, au Corps législatif, et au Tribunat, concernent cette matière²⁹.

Le droit des choses et le droit des obligations, traités plutôt comme des matières techniques, ne stimulaient pas beaucoup d'intérêt. C'étaient d'ailleurs des matières bien établies dans la mentalité des juristes instruits du droit romain.

Dans les discussions sur le projet du Code, on rappelle souvent les fondements romains du droit des obligations. Les législateurs et auteurs du Code soulignent que „la matière des contrats” est celle qui „traite des choses que nous avons le plus empruntées de la sagesse des Romains”³⁰. „Ce titre des Contrats, qui renferme tous les éléments des obligations conventionnelles, [...] c'est aux Romains que nous les devons presque tout entier”³¹. „Sur cette

²⁶ *Corps de droit romain en latin et en français*, traduit par H. Hulot, J.-F. Berthelot, P.-A. Tissot, A. Berenger fils, t. 1-14, Metz 1803-1811 (reimpression: Scientia Aalen 1979). L'initiateur de cette traduction Henri Hulot, avocat et docteur agrégé de la Faculté de Droit de Paris, a annoncé cette idée dans le „Journal des Sçavants” en 1764. Cette proposition (qui n'était pas d'ailleurs neuve en France – cf. T. Peach, *Droit romain en français au XVI^e siècle: deux oraisons de François de Némond*, RHD, 60, 1982, p. 5 s.) mal vue, tant par les professeurs de la Faculté de Droit que par les avocats, fut rejetée, et pauvre Monsieur Hulot, privé de tous ses honneurs, mourut en 1775, à l'âge de 42 ans. Il a laissé la traduction des Institutes et 46 livres du *Digeste*. L'histoire de cette édition vaut la peine d'être traitée d'une manière particulière.

²⁷ *Corps de droit...*, t. 1, p. 7.

²⁸ Cf. M. Garaud, R. Szramkiewicz, *La révolution française et la famille*, Paris 1978.

²⁹ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1-15.

³⁰ *Discours de Tribun Jaubert*, le 30 ventose, an 12 (cité selon P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. cxi-cxii). François Jaubert (1758-1822) – avocat et professeur de droit à Bordeaux; membre du Tribunat et son président (1804); membre du Conseil d'État (1806) (cf. *La grande Encyclopédie...*, t. 21, p. 57).

³¹ *Discours de Tribun Jaubert* (cité selon P. A. Fenet, t. 13, p. 412).

matière [les contrats], nous n'ingerons jamais au-delà des principes qui nous ont été transmis par l'antiquité, et qui sont nés avec le genre humain"³².

* * *

Pour illustrer le choix entre les „principes de la sagesse des Romains” et les „grandes conceptions”, voici quelques exemples concernant les causes des obligations dans les divers projets des codes.

L'idée exprimée par Cambacérès que „les définitions en général, ne doivent pas être placées dans les lois: tout ce qui est doctrine appartient à l'enseignement du droit et aux livres des jurisconsultes”³³, sonne comme la règle de Javolenus „omnis definitio in iure civili periculosa est”³⁴. Cette idée n'empêchait pas Cambacérès, dans son premier projet, de commencer le livre III (intitulé „De contrats”) par une définition générale de l'obligation, fondée sur les Institutes de Justinien: „L'obligation est le lien par lequel une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne faire pas quelque chose”³⁵.

Nous ne trouvons pas une définition analogue ni dans le second, ni dans le troisième projet de Cambacérès. Le livre III de ces projets est intitulé „Des obligations” (il faut noter que dans le premier projet, le titre „Des obligations” se trouve dans le livre III, intitulé „Des contrats”)³⁶. Quant au projet de Jacqueminot, on n'y trouvent pas les obligations³⁷.

Tous les problèmes doctrinaux concernant la définition des obligations sont omis dans le projet de Portalis. Cette lacune ne fut censurée ni dans les *Observations du Tribunal de Cassation*, ni pendant les discussions sur le projet³⁸. La définition des obligations résulte néanmoins de la définition du contrat qui est analogue à la définition des obligations dans les Institutes de Justinien (art. du titre II), définition ratifiée par l'article 1101 du Code: „Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autre, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”³⁹.

Ce mode de traiter les obligations peut découler des idées des représentants de l'école du droit naturel exprimant le volontarisme comme la base des rapports du droit privé. L'idée que l'homme est responsable de ses actes

³² *Discours de Portalis* (cité selon P. A. Fenet, t. 1, p. 517). Cf. *ibidem*, t. 1, p. ciii.

³³ *Ibidem*, t. 1, p. lxx-lxxi.

³⁴ D.50.17.202.

³⁵ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 64.

³⁶ *Ibidem*, t. 1, p. 123, 277.

³⁷ *Ibidem*, t. 1, p. 333 s.

³⁸ *Ibidem*, t. 2, p. 159-160, 200-204, 582, 604, t. 13, p. 46, 456.

³⁹ *Ibidem*, t. 1, p. 159.

volontaires conduisait Domat, et après Pothier à construire sur cette base la théorie générale de l'obligation⁴⁰.

Le problème des causes (ou sources) des obligations variait d'un projets à l'autre.

Dans le premier projet de Cambacérès les „causes des obligations” sont présentées au titre 1 du livre III. Elles sont énumérées dans les articles 2, 3 et 4, puis généralisées dans l'article 5: „Les causes des obligations peuvent se définir, causes conventionnelles, causes de fait et causes légales”⁴¹. C'est une refonte, typiquement „jusnaturaliste”, unissant (d'une manière peu conséquente) les deux divisions des obligations qui se trouvent dans les *Institutes* de Justinien (I.3.13.1-2).

Le second projet de Cambacérès divise les causes des obligations en deux catégories: „les conventions formées entre les parties, et la loi” (art. 144). Cette dernière est traitée dans l'article 154: „Il y a des faits qui obligent sans convention et par la seule équité. [...] Dans tous ces cas, la loi est la cause de l'obligation”⁴².

C'est ce que Cambacérès répète dans le troisième projet (art. 707: „Les obligations ont deux causes: Les conventions et la loi”; art. 738: „Il y a des faits qui obligent sans convention et par la seule équité” – il oublie de répéter que la loi est ici la cause des obligations)⁴³. C'est une division beaucoup moins précise que celle qui se trouve dans son premier projet.

Le projet de Portalis ne présente pas la classification des causes des obligations, mais dans le livre III, le titre 2, il traite „Des contrats ou des obligations conventionnelles en général”, et dans le titre 3 „Des engagements qui se forme sans convention, ou des quasi-contrats ou quasi-délits”⁴⁴.

La rédaction de l'article 1 du titre 2 du projet, concernant les contrats, n'était pas contestée et l'article 1101 du Code en est la copie littérale. Pendant les discussions on soulignait – souvent et à juste titre – la différence entre les

⁴⁰ Cf. G. Solari, *La scuola del diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII-XVIII*, Torino 1904, p. 17; A. J. Arnaud, *op. cit.*, p. 201 s. Pendant les travaux sur le Code civil on soulignait souvent l'influence de Domat et de Pothier. P. ex. Jaubert disait: „N'avions-nous pas aussi le grand, le magnifique ouvrage de Domat, qui nous avait si bien développé la filiation des lois? Enfin le savant, le vertueux Pothier avait publié ses Pandectes; et dans son *Traité des obligations* il a réuni tous les principes fondamentaux du droit et de la morale, que jamais on ne doit séparer. La doctrine de ces grands hommes, et des plusieurs autres qui ont dignement marché sur leurs traces, sera toujours un riche patrimoine pour ceux qui suivront la carrière de la jurisprudence” (P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 13, p. 413). Cf. aussi les remarques de Bernardi dans une édition de Pothier (*Traité des obligations...*, nouvelle édition, Paris 1805, t. 1, p. VIII), où l'éditeur soulignait que „le principal objet de cette édition était d'indiquer la conformité ou la différence qu'il y a entre les décisions de Pothier et les dispositions du Code civil”.

⁴¹ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 65.

⁴² *Ibidem*, t. 1, p. 124.

⁴³ *Ibidem*, t. 1, p. 277, 280.

⁴⁴ *Ibidem*, t. 2, p. 159 s., 200 s.

contrats romains et la liberté contractuelle du projet. Mais on soulignait aussi les principes romaines sur lesquels se fondait le projet⁴⁵.

D'une manière différente on accepta le titre 3 du projet sur „Des engagements qui se forment sans convention”. Le projet a omis la catégorie des délits. On y essaie d'y remédier par une bipartition: obligations conventionnelles (ou contrats) et autres obligations („qui se forment sans convention”), c'est-à-dire les quasi-contrats et les quasi-délits.

Il serait curieux de connaître le pourquoi de l'omission d'une catégorie si importante que les délits. La formulation de l'article 16 du projet⁴⁶ excluait la responsabilité quand les faits ayant causé un dommage „exposent à des peines de la police simple ou correctionnelle”. La raison de cette formulation réside dans les mêmes idées volontaristes manifestées par Domat qui, dans ses *Loix civiles dans leur ordre naturel*, excluait des délits comme source de la responsabilité civile⁴⁷. Cette formulation (critiquée déjà par le Tribunal de Cassation)⁴⁸ n'apparaît plus dans le projet soumis aux débats⁴⁹.

La classification de Portalis n'a rien de commun avec la doctrine des *Institutes* de Justinien, comme le souligne Bigot Prémameneu, le rapporteur de cette partie du projet au Corps législatif⁵⁰. En réalité elle se fonde sur la tripartition des causes des obligations, posée par Gaius au *Digeste* (D.44.7.1.pr.: „Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris”). On en a exclu les délits (*malefices*). Les „obligationes ex variis causarum figuris” furent divisées, dans le droit post justinien, en deux catégories: les „quasi contrats” et les „quasi-délits”.

Dans la doctrine du droit romain une des explications de la différence entre les délits et les quasi-délits fait valoir l'existence du *dolus* dans les délits et de la *culpa* dans les quasi-délits. Cette explication était largement répandue dans la doctrine du droit romain depuis les glossateurs. Le grand Pothier écrivait à ce propos: „On appelle délit le fait par lequel une personne, par dol ou par malignité, cause du dommage ou quelque tort à une autre. Le quasi-délit est le

⁴⁵ Cf. l'opinion du Tribunal de Cassation (P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 2, p. 588, t. 13, p. 219).

⁴⁶ Art. 16: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer, encore que la faute ne soit point de la nature de celle qui expose à des peines de police simple ou correctionnelle” (Cité selon P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 2, p. 202-203).

⁴⁷ Cf. J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris 1723, p. 175: „Les crimes et les délits ne doivent pas être mêlés avec les matières civiles”.

⁴⁸ Cf. Fenet, t. 2, p. 604.

⁴⁹ Art. 15: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute dequel il est arrivé à le réparer” (cite selon P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 13, p. 452). Cf. art. 1382 du Code civil.

⁵⁰ Cf. P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 13, p. 219.

fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à une autre"⁵¹.

Ces énonciations de Pothier (qui ne sont en réalité justifiées par les sources du droit romain)⁵² ont influé sur la première rédaction du projet du Code. Les rédacteurs, en éliminant la catégorie des délits, pensaient se fonder sur la doctrine du droit romain. Cette erreur évidente fut corrigée, pendant les travaux successifs sur le Code. La nouvelle classification se basait – au point de vue formel – sur la classification des sources des obligations adoptée par les Institutes de Justinien.

Pour finir, laissons encore la parole à Portalis: „Mais quelle tâche que la rédaction d'une législation civile pour un grand peuple! L'ouvrage serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner à ce peuple une institution absolument nouvelle, et si, oubliant qu'il occupe le premier rang parmi les nations policées, on dédaignait de profiter de l'expérience du passé, et de cette tradition de bons sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous, et qui forme l'esprit des siècles”⁵³.

Université de Varsovie

⁵¹ Pothier, *Traité des obligations*..., éd. citée, t. 1, p. 81–82. Cf. W. Wołodkiewicz, *Sulla cosiddetta responsabilità dei „quasi delitti” nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, [dans:] *Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, t. 3, Firenze 1977, p. 1290.

⁵² P. ex. la notion de la „culpa Aquiliana” qui a influencé sur la formation de la responsabilité délictuelle, tant dans le droit romain que dans le droit moderne.

⁵³ P. A. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 466.

LE LANGAGE DU CODE CIVIL EN 1804

Pour apprécier toutes les qualités stylistiques du Code civil, il faut rappeler la genèse, comme vient de le faire si brillamment Monsieur le Recteur Jean