

LES CIVILISTES FRANÇAIS ET LE DROIT NATUREL AU XIX^{ème} SIÈCLE.

A PROPOS DE LA PRESCRIPTION

La Codification civile de 1804 a obligé pour la première fois les juristes français à « traiter » d'une série de règles exprimées sous la forme d'articles. Bien entendu, avant même le Code civil, il existait déjà des règles écrites, comme les dispositions du droit romain, celles des coutumes rédigées, celles du droit canonique, et celles des ordonnances. Ces dispositions étaient toutes appliquées suivant la région et la matière. Mais le Code civil se distingue par son aspiration essentiellement unificatrice et universaliste, il vaut pour toute la France et pour tous les domaines civils. C'est précisément cet aspect-là qui pose le problème.

Le projet du Code civil a été conçu, du moins au début, comme œuvre de droit naturel. Sans une telle conception voire ambition, l'idée elle-même de la Codification n'aurait été ni concevable ni réalisable. Par conséquent, la doctrine du XIX^e siècle aurait dû être dominée par l'idée du droit naturel (1). En fait, la doctrine civiliste de cette époque est traditionnellement qualifiée comme formant l'école de l'exégèse, école ultra positiviste par son culte des textes du Code (2). Par

* Sauf indication contraire, l'italique dans les passages cités est de l'original. [] indique des additions explicatives ou des changements de lettre majuscule/minuscule, opérations effectuées par nous.

(1) Cela semble au moins partiellement admis d'une façon implicite par Saleilles lorsqu'il insiste sur l'influence de l'école historique : « [I]l est peu de jurisconsultes, qui, dans le dernier tiers du siècle qui vient de finir, ne soient pas attachés, (...) à la brillante pléiade à laquelle Savigny et Puchta, à l'origine, avaient servi de chefs », et c'est une des conséquences de cette école « d'écarter pour jamais ce que l'on appelait la chimère d'un droit naturel, fondé sur la raison (...) » (R. SALEILLES, « École historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 80). Autrement dit, durant les deux premiers tiers du XIX^e siècle avant l'influence décisive de l'école historique, il pourrait y avoir une assez large place au droit naturel, qui aurait perdu peu à peu de sa force du fait de l'influence de cette école.

(2) Par exemple, Julien BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, 2^e éd., Paris, 1924 — ci-dessous « Exégèse » — ; Léon HUSSON, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, 1974, p. 174 s. : « Analyse critique de la méthode de

ailleurs, on ne saurait méconnaître la recherche récente, d'après laquelle cette prétendue école n'existant pas, on pourrait y trouver des doctrines diverses d'une extrême souplesse, y compris une aspiration vers le droit naturel (3).

Nous voudrions repenser ces opinions très nuancées et même contradictoires. Mais le domaine du droit naturel est tellement vaste ; il ne peut être étudié avec fruit qu'à travers quelques institutions données, si nous civilistes voulons utilement approfondir notre connaissance en la matière. Nous aimerions donc nous consacrer à l'étude d'une institution concrète qui ait un caractère universel et même presque « naturel » : la prescription, institution dont la nature (l'utilité et l'essence) est discutée depuis longtemps. Est-elle une institution de droit naturel ou purement de droit civil ? Le droit naturel a-t-il joué après la Codification encore un rôle important en cette matière ? Si la réponse est oui, lequel ? Si non, pour quelle raison ? Tels sont les points que nous essaierons d'examiner à travers les opinions diverses des auteurs (I) pour ensuite en dégager les éléments de synthèse (II).

I. — DOCTRINES DES AUTEURS

Parmi de nombreux civilistes, on peut oublier Toullier et Duverger, Valette, et Demolombe qui n'ont pas mené leurs travaux jusqu'à la matière de prescription traitée à la fin du Code civil. Les ouvrages de Delvincourt, Troplong, Duranton, Aubry et Rau, Mourlon, Taulier, Laurent et Acollas méritent d'être examinés. On y ajoute les traités spéciaux sur la prescription de Vazeille, Folleville, et Le Roux de Bretagne ainsi que des ouvrages généraux un peu oubliés, parus dès 1804. Entre ces ouvrages tous dignes d'attention, nous ne pouvons examiner que ceux qui ont paru jusqu'aux environs de 1850, c'est-à-dire jusqu'à la première édition de l'œuvre d'Aubry et Rau, monument capital de tout le XIX^e siècle, pour mieux nous consacrer à la doctrine civiliste

l'exégèse » ; André-Jean ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, 1975, p. 27-74 ; Paul DUBOUCHET, « L'école de l'exégèse et la science du droit », *Revue de la recherche juridique : Droit prospectif*, 1986, n. 2, p. 207 s. La notion de droit naturel en général au XIX^e siècle est traitée par Bonnacase dans *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle*, Paris, 1919, p. 18 s.

(3) Une étude de M. Philippe RÉMY, « Eloge de l'exégèse », *Droits*, n. 1, 1985, p. 114 s. (déjà paru dans la *Revue de la recherche juridique*, 1982, n. 2, p. 245 s.) a pour la première fois mis en cause l'idée généralement reçue de Bonnacase. A cela s'ajoute une autre étude non moins stimulante sur « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle », cette *Revue*, n. 2, 1985, p. 91 s. Sur l'opinion de M. Rémy, voir, par exemple, Christian ATLAS, *Epistémologie juridique*, Paris, 1985, n. 3, et 9, p. 12 s. et 20 s. (pour) ; J. POUMARÈDE, « Défense et illustration de la coutume au temps de l'exégèse », in, Claude JOURNÈS (dir.), *La coutume et la loi. Etudes d'un conflit*, Lyon, 1986, p. 95 s. (un peu réservé). Pour avoir la vue d'ensemble dans le contexte historique, voir, Donald R. KELLY, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton, New Jersey, 1984.

de la première moitié de ce siècle. Car c'est le point de départ du droit moderne, et nous devons comparer cette doctrine avec celle d'avant la Codification (4).

Nous étudierons donc les doctrines chronologiquement, en les classant dans trois groupes légèrement différents : d'abord, héritiers directs de l'Ancien Droit (A) ; ensuite, positivistes naissants (B) ; et enfin, positivistes convaincus (C).

A. — Civilistes héritiers de l'Ancien Droit ou : « pour le droit naturel »

Il est tout à fait naturel que les juristes formés par l'Ancien Droit continuent à travailler de la même façon qu'avant, comme si la Codification leur avait apporté très peu de changement. En présence d'un laconisme des dispositions du Code civil, les civilistes cherchent, soit pour les interpréter, soit pour remplir des lacunes, les précédents dans les œuvres d'avant la Révolution. Nous pouvons constater ce phénomène par le fait des rééditions nombreuses d'ouvrages comme ceux de Merlin (5), Pothier et Domat (6). A cela s'ajoutent certains « livres de concordances » avec le droit romain et le droit coutumier, livres qui visent le même but (7). En matière de prescription, il ne

(4) Nous éliminerons donc Taulier (1846), Mourlon (1850), Marcadé (1851), Folleville (*Considérations générales sur l'acquisition ou la libération par l'effet du temps*, Paris, 1869), Le Roux de Bretagne (*Nouveau traité de la prescription en matière civile*, 2 vol., Paris, 1869), Acollas (1871), Laurent (1878) et Colmet de Santerre (1884). D'ailleurs l'état de la science du droit civil avant l'apparition de l'œuvre d'Aubry et Rau est déjà traité d'une manière très heureuse par Julien BONNECASE, *La Thémis (1819-1831), son fondateur, Athanase Jourdan*, 2^e éd., Paris, 1914, p. 9-132 : « Introduction générale à l'histoire de la science du droit privé en France de 1789 à 1830 ».

(5) Philippe-Antoine MERLIN DE DOUAI (1754-1838) [éd.], *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., 17 vol. Paris, 1812-25 ; 5^e éd., 18 vol., Paris, 1827 (v. Prescription). Dans cet ouvrage, le Code civil occupe très peu de place, ses dispositions étant souvent simplement ajoutées après l'explication très détaillée des règles de l'Ancien Droit, de sorte que le point atteint par la Codification n'est que le fruit d'une évolution simple et naturelle qui peut et doit être comprise dans son passé.

(6) Pour Pothier, il faut citer, parmi d'autres, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, par M. Bugnet, 10 vol., Paris, 1845-48 (Traité de la prescription ; Traité des obligations) : « [L]a lecture des traités de Pothier est indispensable pour entendre le Code civil et pour saisir le véritable sens d'un grand nombre de ses articles », t. 2, Notice par Bugnet, p. LXX). Ajoutons : P.A. FENET, *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code civil et mis en ordre sous chacun des articles du Code, ou les législations anciennes et nouvelles comparées*, Paris, 1829. En ce qui concerne Domat, *Œuvres complètes de J. Domat*, par J. Rémy, 4 vol., Paris, 1828-30 ; nouv. éd., 1835 (Part. I, Liv. III, Tit. VII : De la possession et des prescriptions) : « Pour bien comprendre la législation actuelle, il est nécessaire de remonter à la source » (t. 1, Préface de l'éditeur, p. V).

(7) Se limitant à la prescription, on peut citer : Julien-Michel DUFOUR, *Code civil des français, avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées*, Paris, 1806, t. 4, p. 95 s. ; O. LE CLERCO, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, Liège, 1812, t. 8, p. 3 s. ; A.-C.-L.-M. BIRET, *Application au Code civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste, avec la traduction en regard*, 2 vol., Paris, 1834,

faut pas oublier une nouvelle édition du fameux traité de Dunod (8). Pour toutes ces œuvres, il s'agit de montrer que le Code civil ne méconnaît pas l'autorité antérieure, dont les références prouvent la continuité au moins apparente du système de droit à travers la Révolution. Les auteurs ou les éditeurs investissent ainsi le Code civil de la plus haute autorité possible pour qu'il puisse obtenir le plus grand soutien moral (9). Pour ce faire, ils n'ont pas recours directement à la notion de droit naturel. Effectivement le droit naturel se voit refuser tous les développements éventuels postérieurs à la Codification : nous pouvons simplement constater, par référence aux autorités diverses, une trace de l'idée de droit naturel d'avant la Révolution.

A côté de cette tendance de retour, fidèle à la tradition, il faut mentionner de petits manuels parus dès — et avant même — la Codification, livres élémentaires qui sont presque complètement oubliés aujourd'hui. Nous pouvons constater une diversité assez large entre eux. Certains expliquent les articles du Code civil par ses Exposés des Motifs (10), ou par les doctrines de l'Ancien Droit (11). Pour d'autres, les articles du Code civil ne sont qu'accessoires extrinsèques ou contingents ; les éléments fondamentaux restent dans le droit antérieur,

t. 2, p. 420-440. Les auteurs de ces ouvrages juxtaposent les dispositions du Code civil et les sources antérieures, surtout celles du droit romain, pour montrer leurs racines historiques. Il s'agit pour eux d'établir une sorte de lignage du Code civil pour lui conférer une autorité sûre et stable. Ajoutons l'organisation napoléonienne de l'enseignement du droit (An XII), dans laquelle est prévu un « cours de droit romain dans ses rapports avec le droit civil français ».

(8) J.B. DE LAPORTE, *Nouveau Dunod, ou traité des prescriptions de ce célèbre auteur mis en concordance avec la législation actuelle*, Paris, 1810 : « Nous avons extrait de l'ouvrage de Dunod, et conservé à peu près dans son style, les excellents principes généraux que cet auteur a exposés avec autant de sagacité que de justesse (...) » (p. 463-4, à la fin de cette édition).

(9) Le retour à la source de l'Antiquité semble d'ailleurs une mode depuis la Révolution. Voir sur ce point, une étude très intéressante employant l'analyse psychanalytique pour expliquer ce phénomène : J. BOUINEAU, *Les toges du pouvoir, ou la Révolution de Droit antique*, thèse Paris I, 1983, avec préfaces de J. Godechot et R. Szramkiewicz, Toulouse, 1985. Cf. Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit et des institutions : Droit et Société en France de 1750 à 1941*. Les Cours de Droit, t. 1, Paris, 1987, p. 131 s. Sur la nécessité de légitimer le Code civil après la Charte de 1814, voir Jean CARBONNIER, « En l'année 1817 », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, 1985, p. 81 s. Ajoutons le fait, « De la durée persistante de l'ensemble du droit civil français pendant et depuis la Révolution de 1789 » (A. VALETTE, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, 2 vol., Paris, 1880, t. 1, p. 443 s.).

(10) Par exemple, dans l'*Abrégé méthodique des lois civiles et du droit commun de la France*, t. 4, (seconde suite de la troisième partie), Paris, An XIII = 1805, p. 901 s., toutes les explications viennent des travaux préparatoires du Code civil sans jamais explicitement les citer ; [André Romain] BOUSQUET, *Explication du Code civil*, 5 vol., Montpellier et Avignon, 1804-6, t. 5, p. 260 s., donne, en plus des extraits des Motifs qui se trouvent dans Locré ou Fenet, l'explication de chaque article se fondant sur les auteurs de l'Ancien Droit.

(11) *Code civil, avec des notes explicatives, rédigées par des jurisconsultes qui ont concouru à la confection du Code*, t. 9, Paris, 1808, p. 431 s., où les auteurs anonymes montrent les sources doctrinales qu'ils prétendent avoir puisées pour la rédaction du Code. N'oublions pas : Jacques DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, 4 vol., 1804-5, Paris, t. 4, p. 353 s., où les dispositions du Code sont analysées, en réalité, de la même façon.

surtout dans le droit romain qui sert de modèle d'analogie à l'interprétation du Code (12). On s'interroge déjà sur des points précis à l'aide de la jurisprudence nouvelle, outre une telle approche historique (13), ou même sans elle (14). Enfin, vient la tentative d'expliquer les dispositions exclusivement dans le cadre du système du Code civil, analyse immanente au Code, abstraction faite de son passé ; l'ancienne jurisprudence est abandonnée dans cette tentative (15). Tout cela mériterait une analyse beaucoup plus approfondie pour mieux comprendre la transformation du droit civil à travers la Révolution, et surtout pour faire un bilan de l'influence immédiate de la Codification sur la science du droit. Il faut pourtant avouer que ces œuvres sont trop occupées à faire face aux dispositions du Code civil, de sorte qu'elles ne peuvent examiner à fond la question du droit naturel dans son rapport avec ce Code. Certaines d'entre elles traitent certes du droit naturel (16), mais cela reste sur le plan général qui ne reçoit que très peu d'application concrète (17).

(12) J.-E.-D. BERNARDI, *Cours de droit civil français*, 4 vol., Paris, Ans XII-XIII = 1803-4, t. 4, p. 195 s. ; [Louis-Barmabé] COTELLE, *Cours de droit français, ou du Code Napoléon approfondi*, 2 vol., Paris, 1813, t. 2, p. 349 s. ; P.N. RIFFÉ-CAUBRAY et J.B. DELAPORTE, *Les pandectes françaises, ou recueil complet de toutes les lois en vigueur : Code civil*, t. 15, Paris, 1806, p. 389 s. (cf. 2^e éd., comprenant les commentaires raisonnés sur le Code civil, par Delaporte, t. 7, Paris, 1819, p. 557 s., qui contient la jurisprudence nouvelle et en abroge largement la partie historique) ; J.A. PERREAU, *Principes généraux du droit civil privé*, Paris, 1805, qui ne s'occupe que du droit romain, et ne cite même pas les articles du Code.

(13) A.S.G. COFFINIÈRES, *Le Code Napoléon expliqué par les décisions suprêmes de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, Paris, 1809, v. Prescription ; on peut classer ici : DELVINCOURT (1762-1831), *Cours de Code civil*, 3 vol., Paris, 1819 (1^{re} éd., *Institutes*, 1808 ; 1^{re} éd. du *Cours*, 1813), t. 2, p. 192 s. (le texte, expliquant un peu exégetiquement les articles en eux-mêmes) et p. 841 s. (les notes, donnant les explications historiques et jurisprudentielles).

(14) PIGEAU, *Cours élémentaire de Code civil*, 2 vol., Paris, 1818, t. 2, p. 686 s. dans lequel l'auteur approfondit l'examen de la jurisprudence.

(15) HUA, *Conférences sur le Code Napoléon*, 5 vol., Paris, 1812, t. 4, p. 406 s., qui situe chaque article par rapport aux autres, ajoute la jurisprudence nouvelle ; A.M. DEMANTE, *Programme du cours de droit civil français fait à l'École de Paris*, 2^e éd., 3 vol., Paris, 1835 (1^{re} éd., 1830-1), t. 3, p. 570 s. et A. MAZERAT, *Questions sur le Code civil avec leurs solutions suivant l'ordre adopté par M. Demante dans son programme*, 3 vol., Paris, 1835, t. 3, p. 341 s., livres pour les étudiants, essayant de leur faire comprendre la logique du Code.

(16) BOUSQUET, *op. cit.*, t. 1 : « La justice naturelle, émanée de la raison seule, qui constitue pour ainsi dire le cœur humain ; cette lumière qui du fond de la conscience réfléchit sur toutes les actions de la vie, n'a pas besoin de promulgation. Mais la justice naturelle qui dirige sans contraindre, serait vaine pour la plupart des hommes, si la raison ne se déployait avec l'appareil de la puissance, pour unir les droits aux devoirs » (p. 5) ; « (...) l'équité, qui est le supplément des lois (...) peut-être définie un retour à la loi naturelle, dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives » (p. 14) ; DELVINCOURT, *op. cit.*, t. 1, p. 1-6 et 171-175 : « Les Lois naturelles sont celles que la raison éternelle, c'est-à-dire Dieu, a gravées dans tous les cœurs. Le recueil, la collection de ces Lois, forme ce qu'on appelle le *Droit Naturel* » (p. 1) ; PERREAU, *op. cit.*, p. 1.

(17) Comme il est montré à la note précédente, on peut constater, en tête de l'œuvre de Delvincourt, la doctrine de Domat sur la notion de droit naturel, mais elle ne domine pas l'ensemble de son ouvrage. Par exemple, bien que Delvincourt considère la prescription comme étant du droit naturel (t. 1, p. 175, note (1) à la page 5), comme le fait Domat dans son *Traité des lois* (Ch. 11, Art. 8, 17 et 18, éd. Rémy, *op. cit.*, t. 1, p. 38-39 et 41-42) et dans *Les lois civiles*

Certainement, sur le plan théorique général, leur conception du droit naturel se révèle assez intéressante. Par exemple, les passages de Lassaulx (1781-1818), doyen de la Faculté à Coblenz, nous semblent significatifs à cet égard : « Le droit naturel, dit-il, est le type et la base de toute législation positive (...) : mais ce droit est insuffisant, parce que, ne considérant l'homme qu'abstraction faite de toute loi positive, il ne peut contenir aucune règle sur les devoirs respectifs qu'imposent aux hommes réunis en société civile les rapports sociaux qui prennent leur origine dans la loi positive » ; cet auteur déduit de ces principes « 1° que la loi positive ne peut jamais ordonner ce que la loi naturelle défend ; 2° mais qu'elle peut modifier et restreindre les facultés que la loi naturelle accorde à l'homme en lui-même, abstraction faite du lien social (...) ; 4° que la loi naturelle règle tous les rapports sur lesquels la loi positive n'a point statué : d'où il suit que les obligations du droit naturel doivent être respectées, même dans le for extérieur, à moins qu'une disposition particulière de la loi positive ne leur ait dénié cet effet. Il suit de ces règles que le droit naturel est bien la base de la législation positive, mais que c'est à tort qu'on a voulu établir qu'il en était la source : c'est l'insuffisance du droit naturel qui a nécessité la législation positive, et cette dernière ayant particulièrement pour objet des rapports non prévus par le droit naturel, ses dispositions ne sauraient être tirées de ce droit » (18).

Mais sur le plan pratique, nous ne pouvons contester la pauvreté et la stérilité de la notion de droit naturel soutenue par ces auteurs. Pour l'interprétation concrète d'une disposition donnée, cette notion ne joue presque aucun rôle directif. Au mieux, elle ne saurait que fonder et justifier une institution déjà établie en droit positif. Il en est ainsi chez Lassaulx, pour qui la prescription extinctive appartient « tantôt au droit civil, et tantôt au droit naturel », et la prescription acquisitive au droit civil, « étant fondée sur une considération d'ordre

dans leur ordre naturel (Part. I, Liv. III, Tit. VII, Sect. IV, pr., *op. cit.*, t. 2, p. 208-210), celui-là diffère de celui-ci quant à l'interférence de la morale, qui joue un rôle important dans la doctrine de Domat à ce propos : cf. un tempérament à la prescription fondé sur le droit naturel en cas de la prescription d'un riche contre un pauvre dans le système de Domat (Sect. IV, Art. 19, *op. cit.*, t. 2, p. 218-219). Il est donc permis de critiquer les formules suivantes : « (...) le premier [Delvincourt] entend démontrer que le Code civil n'est et ne doit être que l'expression de la doctrine du droit naturel » (BONNECASE, *La Thémis*, précité, p. 109) ; « Philosophiquement, tout pour Delvincourt est simple, parce que le droit naturel suffit à tout (...) » (Jean GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Bâle et Paris, 1935, p. 17). Non, si l'on examine ce que l'auteur a réellement fait en la matière. Au titre de la prescription, en effet, Delvincourt ne fait aucun recours à la notion de droit naturel ; sa préoccupation se dirige plutôt vers une explication positive des règles fondées sur les textes eux-mêmes dont l'autorité historique est avant tout montrée, et sur la jurisprudence nouvelle après la Codification (voir notamment les notes, t. 2, p. 841 s.).

(18) F. DE LASSAULX, *Introduction à l'étude du Code Napoléon*, Paris, 1812, p. 15-17. Cf. l'opinion de Perreau selon laquelle « les lois positives ne peuvent être que l'expression des lois naturelles, comme la société civile n'est et ne peut être (...) que la société naturelle plus ou moins perfectionnée » (PERREAU, *Eléments de législation naturelle*, Paris, An IX, p. 117). Sur ce point, voir : Julien BONNECASE, *Qu'est-ce qu'une Faculté de Droit ?* Paris, 1929, p. 118 s.

public dictée par l'intérêt social » (19), sans pourtant développer davantage la conséquence attachée à cette classification. En somme, tout ce qui existe en tant que droit naturel à propos de la prescription concerne uniquement son fondement et sa justification (20).

C'est dans ces conditions que nous allons examiner, comme exemple typique, l'ouvrage de Vazeille, qui marque la première œuvre en la matière après la Révolution.

Vazeille

F.-A. Vazeille (1779-1847), ancien avocat à la Cour de Riom, personnalité très peu connue aujourd'hui, publie en 1822 un traité sur la prescription (21). Pour lui, la continuité du droit en la matière est évidente ; d'où une approche historique citant des auteurs d'avant la Révolution. En effet, l'Ancien Droit et le droit romain sont encore pour lui des sources vivantes où l'on peut, et même où l'on doit, toujours puiser pour une meilleure compréhension du Code civil. Ainsi compris, le Code étant hors de critique, il ne s'agit que de l'expliquer. Vient s'y ajouter une nouvelle source importante : la jurisprudence où se trouve désormais la force créatrice du droit. Tout ceci est fidèle à la ligne tracée par Portalis, comme le souligne Vazeille lui-même (22).

(19) LASSAULX, *op. cit.*, p. 33-34.

(20) Un autre exemple est donné par Cotelle, pour qui la prescription trentenaire « (...) est un terme à toutes recherches sur les droits et actions qui ne doivent pas s'étendre au-delà des bornes que la nature a mises à la mémoire des hommes) (COTELLE, *op. cit.*, t. 2, p. 450). Pour lui, la maxime romaine qu'il cite souvent, nous semble-t-il, constitue en réalité la vérité universelle. Il a d'ailleurs publié *L'abrégé du cours élémentaire du droit de la nature et des gens, par demandes et réponses* (Paris, 1820), ce qui correspond au programme nouveau des Facultés de droit, créé en 1819 ; ce livre que nous n'avons pas encore eu l'occasion de consulter, est jugé « très "bien pensant", mais philosophiquement vide » (Philippe RÊMY, « La Thémis et le droit naturel », cette *Revue*, n. 4, 1987, p. 147, note 10).

(21) F.-A. VAZEILLE, *Traité des prescriptions, suivant les nouveaux Codes français*, Riom, 1822 (cité par la nouv. éd., 2 vol., Paris, 1832). François-Antoine Vazeille (ou Vazeilles, ou bien encore Vazeilles), né à Riom en 1779, fils d'un avoué de la Cour, au début avocat à la Cour royale de Riom, où il a publié la première édition de son *Traité*. Il s'est établi en 1825 à Paris comme avocat, où il a donné la nouvelle édition. La mort de son père l'a ramené dans sa ville natale, mais il n'a pas réintégré le barreau, consacrant ses loisirs aux consultations et à des articles sur le droit qu'il a livrés aux journaux. Maire de la commune d'Aubiat (Canton d'Aigueperse, arrondissement de Riom) 1831-1840, et 1844-1847 jusqu'à sa mort. Ces informations sont dues aux renseignements précieux donnés par M. Claude Dalet, Conservateur de la Bibliothèque municipale et interuniversitaire de Clermont-Ferrand, que je remercie très vivement.

(22) VAZEILLE, *op. cit.*, t. 1, p. vii, cite le fameux discours de Portalis : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application » (= P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827-29 ; réimpression Osnabrück 1968, t. 1, p. 470). Sur la conception de Portalis, voir : Olivier CAYLA, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », cette *Revue*, n. 6, 1988, p. 77 s.

Fondant la prescription en droit naturel (23), Vazeille exprime sa conception de la relation entre le droit naturel et le droit positif : « Si nous avançons, écrit-il, que la prescription est une institution naturelle, développée et réglée avec discernement par le droit civil, nous ne disons pas qu'on la trouvera toujours conforme aux principes rigoureux de l'équité naturelle. Il est trop difficile au législateur de suivre ces principes dans leurs développements. (...) [L]e droit naturel ne présente que des indications à ceux qui sont chargés de tracer des règles aux juges (...) » (24). En effet, « [l]a nature destine la terre aux hommes, mais elle n'en met point une portion dans les mains de chacun d'eux ; elle approuve seulement le partage qu'ils ont fait ; elle ne transporte pas matériellement la portion de celui qui meurt, à son parent le plus proche qui lui survit ; elle ne fait que l'exciter à la prendre ; elle lui indique ; elle lui prescrit, suivant l'expression de Vat[t]el, de veiller à ce qui peut lui advenir, de faire connaître ses droits, pour que d'autres ne soient pas induits à croire qu'ils leur appartienne ; il ne peut les avoir qu'à cette condition et conséquemment il les perd s'il ne la remplit pas. La loi civile a reçu cet enseignement de la loi naturelle, et elle a fait beaucoup en faveur de l'héritier inconnu qui ne paraît que dans l'ordre des possibilités, en lui laissant trente ans pour se faire connaître et exercer les droits qui lui sont échus. » « S'il est des cas où la prescription ne s'applique pas (...) justement (...), il en est très-peu où ceux qui en souffrent n'aient à se reprocher aucune faute ; et s'il y a des victimes tout à fait innocentes, (...) ce sont des accidents que la loi ne pouvait prévenir ; ce sont des malheurs particuliers, inséparables de la condition humaine, qui ne nuisent pas à l'ordre moral plus que les orages ne troublent l'ordre physique » (25).

Il importe de constater que Vazeille prend le droit naturel pour la base fondamentale de la législation positive, cette dernière tirant une sorte de légitimité du premier. Dans un tel système, le rôle du droit naturel consiste à justifier des institutions diverses déjà consacrées par le Code civil. Autrement dit, on n'a plus besoin de recours à la notion de droit naturel dans l'interprétation concrète et l'application du Code civil, car une fois justifiée en droit naturel dans son principe, l'institution de la prescription se voit désormais appliquer suivant les dispositions écrites. Le recours à la notion est donc devenu académique, sans conséquences concrètes.

Nous pouvons également concevoir ce rôle réduit de la notion de droit naturel, à propos de l'obligation naturelle après l'accomplissement de la prescription, problème qui juxte la notion de droit

(23) A côté de considérations pragmatiques (t. 1, n. 4, p. 4-7), Vazeille fonde certes la prescription en droit naturel : « La prescription, quoique réglée par l'esprit imparfait de l'homme, n'en conserve pas moins le caractère et le mérite d'une institution qui a son fondement dans le droit naturel » (t. 1, n. 5, p. 8).

(24) VAZEILLE, *op. cit.*, t. 1, n. 5, p. 7-8.

(25) VAZEILLE, *op. cit.*, t. 1, n. 18, p. 19-29.

naturel. En fait, Vazeille ne traite même pas de ce problème qu'examinaient Pothier et Dunod, ses références habituelles (26). Il importe de souligner sa façon de voir les choses. Il connaît le monde, sa réalité. Chez lui, le droit n'est plus traité en tant que morale, bien qu'il respecte cette vertu traditionnelle. La notion de droit naturel nous semble ainsi s'imprégner par son réalisme. Nous pouvons y constater une laïcisation du droit : penser concrètement les intérêts en jeu pour les concilier et les harmoniser, voilà en quoi consiste le droit. Peut-être le droit naturel subsiste-t-il derrière tout cela, mais il n'a plus de force directe, contrairement à ce qui s'est passé avant la Codification.

En un mot, le droit naturel voit ses fonctions largement abrogées. Comment expliquer ces phénomènes ? Sur ce point, l'explication donnée par M. Philippe Rémy nous semble suggestive (27). En effet, le droit naturel est déjà incorporé, pris en considération, dans les articles du Code : on en a largement usé ; désormais il s'agirait d'interpréter ces données positives comme développements continus du droit naturel qui subsiste derrière elles. La méthode des civilistes ne traduit ainsi au fond que le lien encore étroit entre le droit naturel et le Code civil de cette époque, où rien n'est encore acquis avec certitude après la période révolutionnaire, et où il importe donc de rétablir un certain ordre positif fondé sur le droit naturel et justifié par lui.

B. — Positivistes naissants

ou : « contre le droit naturel »

Le déclin du rôle du droit naturel s'accroît avec le temps. Pour le constater, nous allons examiner ici les opinions de Troplong et Duranton, qui reconnaissent explicitement le pouvoir d'un droit positif dérogatoire au droit naturel, ce à quoi leurs devanciers n'ont jamais songé.

Troplong

Raymond Troplong (1795-1869), qui se prétend le continuateur de Toullier, publie en 1835 *Le droit civil expliqué : De la prescription*

(26) POTHIER, *Traité des obligations*, n. 196 (pour la survie de l'obligation naturelle) — Edition consultée : *Œuvres complètes de Pothier*, nouv. éd. (chez Thomine et Fortic), 26 vol., Paris, 1821-24 ; DUNOD *des prescriptions, de l'aliénation des biens d'église, et des dîmes*, Paris, 1730 ; 3^e éd. 1753, p. 108 (contra).

(27) [L.]'idéal de justice est en voie de réalisation positive ; s'il y a peu de droit naturel dans la Thémis, c'est parce que la place est déjà prise, en grande partie » (Philippe RÉMY, *op. cit.* (note 20), p. 156).

(28). Dans la préface, il critique sévèrement ses devanciers (29) : Pothier, dans son *Traité de la prescription*, dont « [l]es vues générales [y] sont rares, et les grandes bases du sujet pas assez défendues et discutées. L'auteur se laisse maîtriser par les souvenirs du droit romain, sans s'armer de son discernement ordinaire pour repousser des subtilités incompatibles avec le droit moderne (...) » ; Dunod : « [i]l ne faut pas demander à cet écrivain des vues élevées, des doctrines profondes, le coup-d'œil philosophique, l'intérêt du style. (...) On dirait qu'il a recueilli ses idées sur des feuilles volantes, et qu'il s'est trompé de rubrique en les classant » ; Merlin, dans le *Répertoire* et les *Questions de droit* : sa science étant répandue dans un dictionnaire, « elle est comme une lampe qui, promenée dans les divers détours d'une vaste salle, en éclaire successivement quelques parties isolées, mais laisse les autres dans un jour douteux » ; Vazeille, « auteur modeste et consciencieux » : « [i]l a frayé la route sous le Code civil, et c'est là qu'est le travail difficile ; car, quand on arrive ensuite, on trouve les sentiers déjà battus, et il ne s'agit que de choisir » ; et même le Code civil : « il est certain que des imperfections fâcheuses déparent ce dernier fragment du Code civil. La fatigue commençait à peser sur la longue et laborieuse rédaction (...) ; l'on sent que le législateur, succombant sous le poids de son œuvre immense, soupire après l'instant d'arriver au port » (30). Quant à Troplong lui-même, il proclame : « j'attache plus d'importance que mon devancier à la philosophie et à l'histoire ; je puise plus largement aux sources ; j'emploie des matériaux plus variés ; enfin je suis plus indépendant que lui de la jurisprudence des arrêts, vaste arsenal de vérités et d'erreurs, qu'il faut toujours consulter et toujours avoir en défiance » (31). Nous avons le sentiment qu'enfin chez Troplong la vérité longuement cherchée serait trouvée. Voyons donc ce qu'il a montré concrètement.

(28) Nous avons consulté la première édition publiée en 1835, 2 vol., Paris ; la 4^e et dernière édition qui date de 1857, « entièrement conforme aux précédentes, mise au courant de la Jurisprudence intervenue jusqu'à ce jour », est elle aussi consultée, mais il y a très peu de changement apporté au texte. Sur Troplong, dont les œuvres sont toujours controversées, voir : Edmond DUFOUR, *M. Troplong, son œuvre et sa méthode*, Paris, 1869 ; BONNECASE, *Exégèse*, précité, p. 110 s. ; GAUDEMET, *op. cit.* (note 17), p. 37 s. Il existe à propos de livre sur la prescription un compte rendu contemporain (mais sans grand intérêt) de Rauter, *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 3, 1836, p. 124 s. et t. 5, p. 130 s.

(29) C'est dans la *préface*, assez longue, que Troplong exprime sa « philosophie ». Voir à ce propos, BOIVIN-CHAMPEAUX, *Considérations générales sur les préfaces des œuvres de M. Troplong*, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Caen, le 3 nov. 1876, cité par BONNECASE, *Exégèse*, précité, p. 110 s.

(30) Préface, p. vii-ix, xiv-xv. En ce qui concerne la critique des dispositions du Code civil, voir la « Table analytique », qui se trouve à la fin du tome 2, v. Code civil (il en est de même pour les auteurs — voir leurs noms respectifs —), où on peut s'étonner de l'étendue de la critique de Troplong. Il critique même la définition de la prescription (art. 2219) comme émanant des erreurs du législateur (TROPLONG, *op. cit.*, n. 24, t. 1, p. 28-31).

(31) Préface, p. xv.

« Les droits, considérés dans leur idéal, écrit-il d'emblée, sont impérissables et éternels, et le temps, qui n'a de prise que sur ce qui est contingent, ne peut pas plus les ébranler (...). Si même nous passons au déterminé, si (...) nous descendons à l'homme, nous trouvons que le droit, en se mettant en action entre des êtres finis et imparfaits, n'est pas moins à l'abri des injures immédiates du temps. L'homme vieillit et meurt, mais ses droits lui survivent et forment l'héritage de ses descendants. L'humanité prise en masse a aussi ses droits, et le cours des âges ne saurait les lui ravir. Ce sont là des fragments de ce droit inaltérable, éternel et divin, tombé en l'humanité, et qui dureront autant qu'elle » (32). Il est donc de l'essence de la propriété « de se perpétuer et d'avoir une durée indéfinie (...) », elle s'étant « naturellement conservée (...) par la volonté seule de ne pas l'abdiquer » (33). Mais si les droits sont « perpétuels », « comment se fait-il qu'on arrive jusqu'à sanctionner le droit de celui qui n'est entré en possession que par une véritable usurpation, et s'appuyant sur une occupation vicieuse, prétend rompre le fil de ce qui est, de soi, toujours durable et inadmissible ? » (34). Voilà le problème tel que Troplong le conçoit.

Ici vient l'idée du devoir, correctif du droit : « Le droit ne saurait jamais être séparé de l'idée du devoir. (...) Le devoir, c'est l'idée du droit d'un autre envers nous. (...) Si l'homme ne subissait pas la loi du devoir, le monde serait livré à la force, seule appelée à décider entre plusieurs droits égaux aux prises les uns avec les autres. (...) [L]a société serait impossible ; elle manquerait d'une de ses conditions ; l'homme serait autre que ce que Dieu l'a fait (...) » (35). Partant de cette idée, Troplong justifie la prescription au profit du possesseur de bonne foi en droit naturel, alors que celle qui profite au possesseur de mauvaise foi ne peut valoir qu'en droit positif.

Pour le possesseur de bonne foi, il explique : « Dans les choses les plus positives, l'homme ne peut résister aux influences des illusions et de l'erreur. (...) [O]n peut se persuader de très-bonne foi qu'on a des droits de propriété sur une chose qui est dans le domaine d'autrui. (...) Le droit ne va jamais sans un devoir qui le limite ; or, le devoir du demandeur [= propriétaire] était de ne pas laisser le possesseur dans sa bonne foi (...). [L]'équité dit hautement (...), ajoute Troplong : « Cet héritage, que vous avez négligé et répudié, abandonnez-le définitivement à celui qui, mieux que vous, peut en être appelé le maître ; car, par votre longue patience du droit « d'autrui, vous l'avez autorisé à s'en croire propriétaire (...). C'est

(32) TROPLONG, *op. cit.*, n. 1, t. 1, p. 3-4, citant Vico, *Science nouvelle* affirmativement. L'influence de Vico est soigneusement montrée par DUFOUR, *op. cit.*, p. 23 s.

(33) TROPLONG, *op. cit.*, n. 6, t. 1, p. 9.

(34) TROPLONG, *op. cit.*, n. 7, t. 1, p. 10.

(35) TROPLONG, *op. cit.*, n. 8, t. 1, p. 10-11.

« à lui [possesseur] que doit rester la chose : elle a été consolidée « entre ses mains par son titre, par son travail, par votre long acquiescement. (...) » (...) [L]e droit civil n'a fait que travailler sur des notions préexistantes : le droit naturel avait parlé avant qu'il songeât à codifier. » (36).

Mais ce raisonnement ne peut plus militer pour le possesseur de mauvaise foi : « Par elles-mêmes, continue-t-il, l'injustice et la violence ne sauraient rien fonder ; leurs actes sont frappés d'impuissance et d'illégitimité ; ils ne peuvent rien contre le droit. (...) [O]n ne peut concevoir que ce qui dans l'origine est vicieux se métamorphose en droit par sa propre énergie », car « la mauvaise foi du détenteur est toujours plus coupable que la négligence du maître légitime ». « [I]l faut nécessairement qu'un fait étranger vienne s'y mêler pour le régulariser (...). Les rapports nécessaires des parties étant donc insuffisants pour donner la cause de la prescription au profit du possesseur de mauvaise foi, il faut s'élever à des rapports plus généraux et consulter le droit conventionnel, qui, par des raisons d'utilité publique, crée souvent des droits et des devoirs qui n'ont pas leur fondement dans le droit naturel. » Et citant le fameux passage où Pascal fait écho à Montaigne (37), il continue : « Le moyen le plus assuré d'anéantir les droits de chaque particulier, ce serait de remonter à leur principe (...). Par une recherche scrupuleuse du passé, il n'y aurait plus rien de certain (...). Par cela seul qu'une position civile a duré long-temps, il faut qu'elle soit respectée ; par cela seul qu'une possession est demeurée paisible pendant une longue suite d'années dans les mêmes mains, il faut que les investigations s'arrêtent devant elle. (...) [I]l sera défendu de s'enquérir de son commencement, car le droit a aussi ses mystères, et des secrets qu'il défend de pénétrer. Consacrée par le temps, la propriété sera par cela même réputée légitime et authentique, par une sorte de fiction mystique que conseille l'intérêt public. (...) La loi positive a donc raison de demander ici un léger sacrifice à la loi naturelle. (...) Tout doit avoir une fin, et l'Etat est intéressé à ce que les droits ne restent pas trop long-temps en suspens » (38).

A cela s'ajoute une considération particulière de l'époque : « De nos jours, chacun de nous a pu juger de l'effroi causé par l'idée, vraie ou fausse, que la restauration voulait revenir sur les aliénations de biens confisqués par l'Etat », et en tout cas « presque toujours elle

(36) TROPLONG, *op. cit.*, n. 9-10, t. 1, p. 11-14.

(37) Pascal a dit admirablement, en parlant des institutions civiles et politiques (*Pensées*, art. 6, n. 9 [éd. B. 294 ; L. 60]) : « L'art de bouleverser les « états est d'ébranler les coutumes établies, en sondant jusque dans leur source, « pour y faire remarquer leur défaut d'autorité et de justice. Il faut, dit-on « recourir aux lois fondamentales et primitives de l'Etat, qu'une coutume « injuste a abolies ; mais c'est un jeu sûr pour tout perdre ; rien ne sera juste « à cette balance » [...] ». (TROPLONG, *op. cit.*, n. 13, t. 1, p. 16-17).

(38) TROPLONG, *op. cit.*, n. 11-13, t. 1, p. 14-18.

[= prescription] est la plus ferme sanction de la propriété ; elle assied la société sur des bases inébranlables (...) » (39).

Ainsi, Troplong fonde la prescription, soit sur le droit naturel (pour le possesseur de bonne foi), soit sur le droit positif seulement (en cas de mauvaise foi). On peut certes admettre la qualité de son analyse « philosophique ». Beaucoup de considérations y étant mélangées, nous pouvons la qualifier, à juste titre, de synthèse éclectique (40). Mais pourtant sa doctrine la plus marquée consiste à reconnaître ouvertement que le droit positif peut finalement déroger au droit naturel. Si l'on peut ainsi déroger à un principe fondé sur le droit naturel par la loi positive, quel serait le sens du mot « droit naturel » ? Où se trouve la force propre du droit naturel ? Le droit naturel s'identifie sans doute, dans la conception de Troplong, avec la morale chrétienne.

Sur ce point, son opinion à propos de l'obligation naturelle, qui sera condamnée à une quasi-unanimité par la doctrine ultérieure, nous semble révélatrice : « Le droit positif s'est emparé de la propriété comme de l'obligation, pour faire planer sur l'une et sur l'autre des dispositions règlementaires dictées par l'utilité sociale. Mais il n'en est pas moins vrai que la propriété est du droit naturel au même degré et au même titre que l'obligation ; et, dans l'organisation de ces deux branches du droit, le législateur s'est moins souvent peut-être éloigné du droit naturel qu'il ne s'en est rapproché, comme d'un guide auquel il faut toujours en revenir » (41). « Eh bien ! le droit positif veut qu'un délai de trente ans expurge le droit vicieux dans son origine ; que la mauvaise foi du défendeur se compense avec la négligence prolongée du demandeur (42) (...). A ses yeux, tout est éteint et fini (art. 1234), et le droit naturel ne peut plus parler qu'un langage qui ne saurait être entendu. Il n'est pas nouveau en jurisprudence que la loi écrite force le droit naturel à abdiquer ; c'est le plus souvent un sacrifice douloureux ; mais ici il n'a rien qui ne soit suffisamment excusé par la position respective des parties » (43).

(39) TROPLONG, *op. cit.*, n. 14, t. 1, p. 19-20.

(40) Cf. DUFOUR, *op. cit.*, p. 222-223.

(41) TROPLONG, *op. cit.*, n. 29, t. 1, p. 36.

(42) Hélas ! il y a contradiction avec ce qu'il a montré ci-dessus, car il a supposé que la mauvaise foi du détenteur était plus coupable que la négligence du maître légitime. Cet aspect est impardonnable pour beaucoup d'auteurs, parmi lesquels, GAUDEMET, *op. cit.*, p. 38-39 : [C]'est, chez cet auteur [= Troplong] qui a tout lu et qui sait tout, le manque le plus absolu d'esprit scientifique. (...) Toute sa méthode n'est au fond qu'une immense contradiction. Il en est de même pour un contemporain, VALETTE, « Observations sur le Commentaire du titre de la vente par M. TROPLONG », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1834 et 1836, repris dans ses *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, 2 vol., Paris, 1880, t. 1, p. 529 s. Pour un jugement un peu plus modéré, J. CHARMONT et A. CHAUSSE, « Les interprètes du Code civil », dans : *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, 2 vol., Paris, 1904, t. 1, p. 149 s. : « [L]'auteur (...) nous déconcerte souvent par ses contradictions. (...) [I]l ne faut pas pourtant donner trop d'importance à ces contradictions (...) » (p. 150-151).

(43) TROPLONG, *op. cit.*, n. 32, p. 41. Pour lui, « [i]l ne reste plus qu'un compte à régler avec sa conscience, ce qui est sortir des bornes du droit pour entrer dans le domaine religieux, dans les rapports de l'homme avec Dieu. Quant aux rapports d'homme à homme, c'est-à-dire au droit, il est entièrement satisfait » (n. 29, p. 38).

Nous avons un peu longuement suivi la pensée de Troplong. Cela pour montrer le caractère de sa doctrine aussi objectivement que possible. Nous pouvons y constater de nombreux éléments philosophiques et historiques ; son érudition est extrêmement vaste et profonde. Il veut aller jusqu'au bout pour y trouver un véritable fondement de la prescription, en engageant sa personnalité et en dramatisant souvent les situations. Il emploie toute sa rhétorique, même l'exagération souvent contradictoire, ce que l'on critiquera comme « roman du droit » (44).

Une chose certaine, c'est que Troplong est tout à fait libéré de toutes les données ; il n'a aucun « culte » quel qu'il soit envers l'autorité traditionnelle, les devanciers et même le texte du Code civil (45). Il n'hésite pas à critiquer les erreurs sans pitié. C'est un esprit très indépendant, mais ce n'est pas au travers de la notion de droit naturel que Troplong assure sa liberté et son indépendance. Chez lui, le droit naturel survit sans doute après même la Codification, mais c'est le droit positif ainsi établi qui peut désormais posséder une force absolue dans la société. C'est pourquoi Troplong finit par respecter les dispositions du Code civil, malgré son esprit aussi critique. Dans ces conditions, la notion de droit naturel ne joue aucun rôle important, sauf peut-être celui de justification subsidiaire des règles déjà établies.

Durantou

Après avoir publié le *Traité des contrats et obligations en général* en 1822, Alexandre Durantou (1783-1866), professeur à la Faculté de Droit de Paris, a commencé à publier, en 1825, un immense *Cours de droit civil suivant le Code civil*, ce qui aboutira au tome 21 sur la

(44) L'expression est de DRAMMARD, *Bibliographie raisonnée du droit civil*, Paris, 1879 ; réimpr., Paris et Glashütten im Taunus, 1976, p. 17. Il nous semble que l'origine de cette qualification vient du « vieux Berryat-Saint-Prix », lorsqu'il a reproché à Troplong « de faire des romans sous prétexte de droit » (BOIVIN-CHAMPEUX, *op. cit.*, cité par BONNECASE, *Exégèse*, précité, p. 112, note 1). Selon GENY, « L'interprétation, subjective et fantaisiste de Troplong, a exercé une influence funeste. C'est elle, surtout, à mon avis, qui a déterminé la réaction violente et exacerbée de Laurent » (François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., 2 vol., Paris, 1919, t. 1, p. 24, note 1).

(45) A notre avis, son attitude fondamentale peut être saisie dans la formule suivante : « [L]a doctrine fondée en raison finit toujours par l'emporter sur l'autorité de la loi qui a le malheur d'avoir tort (...) » (TROPLONG, *op. cit.*, n. 830, t. 2, p. 409). S'il défend parfois le Code civil, c'est parce que, et tant que, son contenu lui convient. Le Code civil n'a pas donc d'autorité en lui-même pour Troplong, et c'est pourquoi cet auteur se montre très confus. Dans certains cas, il est très fidèle aux dispositions du Code ; ex. pour nier, contre la tradition, l'existence de l'obligation naturelle dans la prescription, il se fonde principalement sur les articles 1234 et 2219 du Code civil : « De ces deux textes rapprochés et combinés, il résulte qu'il ne reste rien de l'obligation (...), à moins de se révolter contre l'article 1234 (...) » (TROPLONG, *op. cit.*, n. 29, p. 38). Mais autrement, il est libéré des données législatives, se fondant sur sa philosophie et sur son histoire. Seulement on ne peut prévoir le moment où il s'en dégage.

prescription en 1837 (46). Duranton envisage la prescription sous le double rapport de l'utilité générale et de l'équité.

Du point de vue de l'utilité, il n'est pas difficile, selon lui, de montrer les fruits que l'on en retire dans la société ; la consolidation de la propriété, la sécurité et la tranquillité dans la famille, toutes ces considérations justifient complètement la prescription sous ce « rapport d'utilité générale, comme institution civile et politique tout à la fois » (47).

Mais sous le rapport de l'équité, synonyme de justice (naturelle) et de droit naturel pour Duranton, on ne peut pas la justifier sans distinction, « comme le font ceux qui prennent pour mesure du *juste*, l'utilité générale, et qui, d'après ce principe, regardent comme *juste* tout ce que la loi civile commande ou autorise, loin de dire avec les anciens : *Omne quod licet, non honestum est* » (48). Ici Duranton nous semble adopter la distinction de Troplong entre bonne foi et mauvaise foi (49). En effet, pour Duranton, comme pour Troplong, toutes les raisons quelles qu'elles soient, sont insuffisantes pour légitimer l'usurpateur aux yeux de l'équité ; certes la loi civile le consacrera sans doute, « mais la justice, la loi naturelle, la désavouera (...) » (50). Dans le cas du débiteur lui aussi, lorsqu'il est lui-même « certain de n'avoir pas payé sa dette, et à qui elle n'a point non plus été remise », l'application de la prescription est « contre les principes de la justice et de l'équité, car l'indulgence de son créancier à ne le pas poursuivre, n'a pas dû avoir l'effet d'un paiement ou d'une remise, en ne consultant que ces principes, et non ceux du Droit civil » (51). En revanche, le débiteur de bonne foi et l'acheteur (possesseur) de bonne foi peuvent opposer la prescription « en toute sûreté de conscience » (52). Ainsi, pour Duranton, la prescription considérée sous le rapport de l'équité ou du droit naturel est subordonnée, comme chez Troplong, à la bonne ou mauvaise foi de la partie bénéficiaire. Pourtant tout cela n'a pas, en réalité, de signification pratique, car « dans le cas même où le juge aurait la certitude qu'une dette à la demande de laquelle on oppose la prescription, n'a point été acquittée, il n'en devrait pas moins admettre ce moyen de libération pour juger lui-même avec *équité*, car le magistrat ne juge avec *équité* que lorsqu'il se conforme à la loi ; c'est sa mission, il n'en a

(46) L'édition consultée est la 1^{re}, publiée entre 1825-1837 à Paris in 22 vol., y compris la table ; la 4^e et dernière édition datée de 1844, qui « se distingue en effet des précédentes par des différences essentielles » (DRAMMARD, *op. cit.*, p. 12), est elle aussi consultée, mais nous n'y avons trouvé aucun changement quant à notre propos.

(47) DURANTON, *op. cit.*, t. 21, n. 89, p. 107-108.

(48) DURANTON, *op. cit.*, n. 91, p. 110.

(49) « L'auteur d'un traité récent sur la *Prescription* » selon l'expression de Duranton (*op. cit.*, n. 91, p. 111), est sans aucun doute Troplong : son traité date de 1835, celui de Duranton, de 1837 ; le raisonnement employé par ce dernier est presque identique à celui de Troplong (TROPLONG, *op. cit.*, n. 11, p. 14-15).

(50) DURANTON, *op. cit.*, n. 91, p. 111.

(51) DURANTON, *op. cit.*, n. 91, p. 113-114.

(52) DURANTON, *op. cit.*, n. 92, p. 114

pas d'autre : il ne peut substituer son opinion personnelle à la volonté du législateur, dont il est simplement l'organe » (53).

On conçoit ici la conception même du droit chez Duranton. D'une part, bien que civiliste, il ne néglige pas l'équité ; il n'est pas *a priori* l'esclave des textes de loi. D'autre part, même avec cet esprit critique, la considération de droit naturel connaît tout de suite sa limite ; l'équité est finalement absorbée, pour l'exercice de la fonction judiciaire, par la loi, « règle établie par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir » (54). Ces deux traits, partagés avec Troplong, nous semblent importants à retenir.

Il n'empêche que Duranton critique sévèrement l'opinion de Troplong, surtout en ce qui concerne la survie de l'obligation naturelle après que la prescription est accomplie (et invoquée), survie niée par Troplong. Nous ne croyons pas pour notre part que la critique soit bien fondée (55), mais quoi qu'il en soit, ce qui importe, c'est que Duranton exprime son opinion à cette occasion : il est d'accord avec Troplong à propos de la force de la loi positive à l'égard du droit naturel, lorsqu'il affirme qu'« il n'est pas nouveau que le droit civil force le droit naturel à abdiquer (...) » (56). Bref, le droit civil, « le droit propre à chaque peuple », qui « est le droit positif » pour Duranton, « a généralement pour base le droit naturel lui-même, auquel il donne une sanction nouvelle, mais en le modifiant selon le caractère et les mœurs des différents peuples » (57).

Ainsi, nous avons suivi l'opinion de Duranton. Nous y rencontrons, avec Jean Gaudemet et d'autres, un esprit simple et naturel dont la modestie et « la qualité moyenne à un degré éminent » sont la vertu. Il garde certes le sens critique (58). Mais, inspiré par un certain sens de la continuité historique qui rattache le Code civil à l'Ancien Droit, il aboutit finalement à apparaître comme positiviste

(53) DURANTON, *op. cit.*, n. 93, p. 114-115.

(54) DURANTON, *op. cit.*, t. 1, n. 10, p. 10.

(55) Il nous semble que Duranton a mal compris le système de Troplong. Ce dernier suppose, pour que la prescription puisse avoir son effet, qu'elle soit invoquée (TROPLONG, *op. cit.*, t. 1, n. 30, p. 38), alors que Duranton lui fait soutenir, pour le critiquer, que la prescription éteint l'obligation civile et naturelle dès son accomplissement sans avoir besoin de l'invoquer (DURANTON, *op. cit.*, t. 1, n. 107, p. 152-158), ce qui n'est pas exact. D'ailleurs, le système proposé par Duranton n'est pas suivi par lui-même d'une manière conséquente, car, pour Duranton dans un autre contexte, « des obligations naturelles (...) sont celles auxquelles on peut opposer une prescription (...) » (DURANTON, *op. cit.*, t. 10 (1830), n. 41, p. 26 [l'italique est de nous]), ce qui est en contradiction avec la thèse soutenue ici.

(56) DURANTON, *op. cit.*, t. 21, n. 107, p. 157. Il continue certes : « [M]ais le droit civil n'a pas du moins la prétention de l'abolir, de l'effacer entièrement dans les rapports d'homme à homme (...) » ; et le législateur français, en défendant au juge de suppléer d'office le moyen de la prescription, déclare assez clairement lui-même que tout n'est pas anéanti par cela seul qu'elle se trouve accomplie (...) » (*op. cit.*, n. 107, p. 157-158).

(57) DURANTON, *op. cit.*, t. 1 (1825), n. 21, p. 17-18.

(58) DURANTON, *op. cit.*, t. 1, n. 12 p. 1 : « Il n'en faudra pas moins, sans doute, (...) respecter [la loi] tant qu'elle subsiste, puisqu'elle a en sa faveur la présomption de justice ; mais ce sera généralement un devoir d'en signaler avec bonne foi et modération les abus, pour la faire rapporter ou modifier. »

heureux sans jamais connaître l'excès (59). C'est pourquoi la notion de droit naturel ne joue non plus chez Duranton aucun rôle décisif. S'il se montre quelquefois libéré des textes du Code, c'est qu'il s'appuie, ou bien sur la jurisprudence dont il reconnaît l'autorité presque législative (60), ou bien sur la doctrine déjà consacrée avant la Révolution (ex. à propos de l'obligation naturelle).

C. — Positivistes convaincus ou : « au-delà du droit naturel »

Après Troplong et Duranton vient la tendance positiviste, plus accentuée d'une inspiration allemande, d'Aubry et Rau. Leur œuvre constituant « le classique » de la science du droit civil, nous allons l'examiner quelque peu attentivement.

Aubry et Rau

Charles Aubry (1803-1882) et Frédéric-Charles Rau (1803-1877), professeurs à Strasbourg, ont publié, entre 1839 et 1844, leur *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M.C.S. Zachariæ* (5 vol., Strasbourg), ce dernier étant professeur à Heidelberg (61).

(59) Ce sont ses caractères unanimement reconnus. Sur l'appréciation d'ensemble à son sujet, voir : J. CHARMONT et A. CHAUSSE, *op. cit.*, p. 147-149 ; BONNECASE, *Exégèse*, précité, n. 26, p. 58 s. (ou *La Thémis*, 2^e éd., Paris, 1914, p. 115-132, avec Toullier et Proudhon) ; GAUDEMET, *op. cit.*, p. 31-33. La critique de Duranton témoigne d'ailleurs de la sévérité de la controverse, lorsqu'il réfute l'opinion de Troplong : « Dieu merci, on nous a toujours rendu cette justice : nous n'avons flatté personne, c'eût été au-dessous de notre caractère, et n'eût pu s'allier avec la noble indépendance dont nous faisons profession ; mais du moins personne n'a eu à se plaindre du ton et de la forme de nos discussions » (DURANTON, *op. cit.*, t. 21, n. 107, p. 155).

(60) DURANTON, *op. cit.*, t. 1, Préface, p. viii : Le caractère de fixité de la jurisprudence « lui donne, en quelque sorte, la force de la loi écrite ; aussi ai-je rarement méconnu cette imposante autorité (...). »

(61) Karl Salomo Zachariä (1769-1843) a publié en 1808 son *Handbuch des franzzesischen Civilrechts* (2 vol., Heidelberg), dont la 4^e édition (1837) est devenue la base de la traduction en français. En fait, il est déjà signalé qu'[à] aucun moment leur *Cours de droit civil français* n'a été, ni de près ni de loin, la traduction du Manuel (...) de Zachariæ », même la première édition (BONNECASE, *Exégèse*, *op. cit.*, p. 79-80). Aubry et Rau reconnaissent effectivement la vérité en indiquant dans la préface de la 3^e édition : « Dès le second volume [de la première édition], nous sentîmes la nécessité d'élargir notre cadre, et de développer un peu plus, principalement au point de vue pratique, les matières comprises dans le *Cours* de Zachariæ. Une fois entré dans cette voie, nous nous y sommes, de proche en proche, engagés davantage, de sorte que nos derniers volumes constituaient, à vrai dire, une œuvre entièrement nouvelle » (3^e éd., t. 1 (1856), Préface, p. v). M. le Doyen Carbonnier a déjà d'ailleurs signalé une différence qui existe entre l'original et la traduction à propos de l'enfant naturel (Jean CARBONNIER, *Coligny ou les sermons imaginaires*, Paris, 1982, p. 124-126). La 3^e édition du *Cours* d'Aubry et Rau parue de 1856 à 1863 (6 vol., Paris) est déjà qualifiée « un livre entièrement original » (GAUDEMET, *op. cit.*, p. 53) ; et le fameux « classique », la 4^e édition a paru de 1869 à 1879 (8 vol.). Nous allons nous consacrer principalement à la première édition du *Cours* comme référence pour cerner l'idée initiale des auteurs, quitte évidemment, le cas échéant, à consulter aussi les autres ; les citations entre [] indiqueront des additions ou modifications ultérieures.

Pourquoi une traduction en français ? En fait, ils ont senti « une lacune à combler, un besoin à satisfaire », qui consiste à « systématiser les connaissances que nous avons acquises » ; pour ce faire, le cours de Zachariæ, « aussi riche en détails que nourri de doctrine, allie de la manière la plus heureuse la pratique à la théorie, et réunit tous les avantages de la méthode exégétique à ceux d'un enseignement dogmatique » (62).

Ils traitent de la prescription comme de deux institutions distinctes, la prescription acquisitive et la prescription extinctive, et de cette conception dualiste naîtra d'ailleurs la notion de prescription d'aujourd'hui.

« L'usucapion, écrivent-ils, est [moins un moyen d'acquérir, dans le sens propre du mot, qu'] un moyen de consolider (...) des droits de propriété (...) sujets [ou [une acquisition sujette] à éviction [,ou même simplement présumée]. (...) L'usucapion a pour fondement le besoin d'assurer la stabilité de la propriété des choses particulières. (...) L'usucapion, ayant pour effet de consolider, à tous égards et envers toute personne, une acquisition préexistante [ou présumée telle], donne à la fois une action et une exception » (63). « La prescription proprement dite est une exception, au moyen de laquelle on peut repousser une action, par cela seul que celui qui la forme a, pendant un certain laps de temps, négligé de l'intenter ou d'exercer matériellement le droit auquel elle se rapporte. (...) La prescription n'étant qu'un moyen de repousser une action, ne confère jamais qu'une exception » (64). Ici, on note tout de suite que le ton est différent. Il n'existe plus de recherche approfondie, voire métaphysique, du fondement de la prescription. Tout se présente sous la forme de termes précis de technique juridique. Examinons de plus près ce qui est dit à l'égard de la prescription extinctive, doctrine dont l'influence sera déterminante.

Pour Aubry et Rau, cette prescription est, comme l'exception, juxtaposée à l'action, c'est-à-dire, au « droit d'exercer une (...) poursuite ou réclamation (...) en justice contentieuse [de] ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû » (65). Plus précisément, la prescription constitue « une exception péremptoire, opposée à la demande envisagée sous le rapport du droit d'action » (66), ce qui est d'ailleurs également une fin de non-recevoir (67). Cette qualification détermine le régime : la prescription n'étant qu'une exception péremptoire, qui tend « à faire rejeter cette action pour toujours » (68), « le droit

(62) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 1, Préface, p. vi-viii.

(63) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 1, § 209, p. 438-439 ; 4^e éd., t. 2, § 210, p. 324-325.

(64) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 1, *ibid.* (cf. t. 4, § 771, p. 804) ; 4^e éd., *ibid.* (cf. t. 8, § 771, p. 423).

(65) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 5, § 746, p. 462, et § 771, p. 804.

(66) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 5, § 775, p. 824.

(67) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 2, § 314, p. 350.

(68) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 5, § 747, p. 568.

d'action subsiste tant qu'elle n'a pas été opposée, et par suite, l'obligation conserve jusque-là son efficacité [civile] (69). Il en résulte aussi que « lorsque la prescription est opposée à une action ayant pour objet l'accomplissement d'une obligation, son admission n'a d'autre effet que de priver cette dernière de son efficacité civile [= le droit d'action], et laisse subsister comme obligation naturelle » (70). C'est pourquoi d'après Aubry et Rau, « [c]'est à tort que l'art. 1234 range la prescription au nombre des modes d'extinction des obligations » (71).

Aubry et Rau montrent que l'obligation naturelle survit dans la prescription après qu'elle est invoquée, et c'est ici que se révèle leur conception fondamentale de positivistes convaincus. Ils conçoivent en effet l'obligation naturelle comme un des « devoirs que le droit philosophique considère comme emportant un lien juridique », mais que le droit positif ne sanctionne pas (72). Là, ils ne définissent pourtant pas le mot « le droit philosophique ». En fait, Zachariæ n'emploie pas ce mot, il parle du droit naturel (73). Pourquoi Aubry et Rau ne traduisent-ils pas littéralement cette notion originale de Zachariæ, et préfèrent-ils rester vagues avec ce mot étranger, contrairement à leur attitude habituelle de chercher à définir clairement tout ? A notre avis, c'est pour montrer que le problème de l'obligation naturelle ne tombe pas dans le domaine du droit naturel, mais qu'elle appartient à la sphère de la législation positive : rien n'empêche qu'une obligation naturelle soit traitée comme civile. « Les obligations naturelles se distinguent, expliquent-ils, des devoirs de pure morale, en ce sens que la raison *permettrait* d'employer, pour exiger l'accomplissement des premières, une coercition extérieure, dont elle n'autorise pas l'emploi pour réclamer l'exécution des secondes. (...) Les obligations naturelles sont donc celles que la législation positive *aurait pu* sanctionner sans sortir de la sphère du droit, et sans empiéter sur la morale » (74). A vrai dire, il s'agit de la notion elle-même de droit naturel. Pour Aubry et Rau, le droit naturel « est celui qui

(69) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 5, § 775, p. 824 ; 4^e éd., t. 8, § 775, p. 448.

(70) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 5, § 775, p. 824.

(71) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 2, § 314, note 5, p. 350 ; 3^e éd., t. 3, § 314, note 5, p. 99 : « La disposition de l'art. 1234 (...) n'est pas tout à fait exacte ». ZACHARIA, *op. cit.*, t. 2, § 314, note 2, p. 258 (et t. 4, § 775, note 2, p. 495), à quoi se réfèrent sans doute Aubry et Rau, ne va pas si loin.

(72) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 2, § 297, p. 255.

(73) ZACHARIA, *op. cit.*, t. 2, § 297, p. 207-208 : « Die Verbindlichkeiten sind entweder natürliche oder bürgerliche Verbindlichkeiten, je nachdem sie auf dem Naturrecht oder auf den Gesetzen des Staates beruhen. » Massé et Vergé le traduisent d'une façon plus fidèle : « Les obligations sont ou naturelles ou civiles, selon qu'elles se fondent sur le droit naturel ou sur la loi civile ou positive » (MASSÉ et VERGÉ, ci-dessous cité (note 76), t. 3, 1857, § 525, p. 343-344).

(74) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 2, § 297, p. 256 (L'italique est de nous). La sphère « libre » du législateur n'est pas discutée dans l'original de Zachariæ, *ibid.* Aubry et Rau vont plus loin dans les éditions ultérieures en supprimant même le mot « le droit philosophique » (3^e éd., t. 3 (1856), § 297, p. 3 ; 4^e éd., t. 4 (1871), § 297, p. 4).

règle les rapports des hommes dans l'état de nature », et ils ajoutent, comme note des traducteurs : « Nous ne concevons l'état de nature que comme abstraction. En entrant dans les idées de l'auteur [= Zachariæ], nous définirions le droit naturel, l'ensemble des principes juridiques qui règlent les rapports des hommes considérés fictivement comme vivant dans un extra-social » (75). Il s'ensuit donc que, pour eux, le droit naturel qui ne constitue même pas de règles de principe dans la société civile, ne peut avoir aucune force après la Codification. Selon cette conception très étroite, il ne se traduit même pas dans la législation positive.

Cela est en contraste avec les idées de ses contemporains. Par exemple, pour Massé et Vergé, autres « traducteurs » de Zachariæ, l'opinion de Zachariæ, qui a vu « dans le droit naturel, le droit de l'homme vivant à l'état de nature, et dans le droit civil, celui de l'homme arrivé à la vie sociale », n'est pas certes juste, car « il n'y a pas d'état de nature » dans le sens donné par les philosophes du XVIII^e siècle et surtout par Rousseau. Mais ils montrent une vue très opposée à celles d'Aubry et Rau : « L'homme étant essentiellement sociable, son état de nature est l'état de société » ; « [l]e droit naturel est donc celui qui découle de l'état de société : tout ce qui est conforme aux nécessités de l'état social est conforme au droit naturel » (76). En d'autres termes, le droit naturel « résulte des rapports sociaux que l'état de société, qui est le véritable état de nature, établit entre les hommes », et Massé et Vergé fondent l'obligation naturelle sur le droit naturel ainsi conçu : « Ces rapports qui existent indépendamment de la loi civile qui les constate, les étend, les resserre et les régularise, créent des droits et obligations réciproques : ces obligations, abstraction faite du droit civil qui les consacre, les omet ou les repousse, constituent des obligations naturelles.

(75) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. 1, § 2, p. 2, texte et la note 1. Ils donnent une définition un peu subtile dans les éditions ultérieures : « L'ensemble des préceptes ou règles de conduite légitimement susceptibles de devenir [...] d'après la nature même des actes auxquels ils s'appliquent, l'objet d'une coercition extérieure, constitue ce qu'on nomme le Droit naturel ». Ils ajoutent ensuite une formule « façon Savigny » : « Le critérium d'après lequel se déterminent les préceptes légitimement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure, résidant dans la conscience collective de chaque peuple, et le sens moral d'une nation se modifiant suivant le degré de sa civilisation, il en résulte que, d'après notre manière de voir, le Droit naturel ne constitue pas un corps complet de préceptes absolus et immuables » (3^e éd., t. 1 (1856), § 2, p. 3, texte et note 2 ; 4^e éd., t. 1 (1869), § 2, p. 3, texte et note 2). Zachariæ, toujours dans le texte original (*op. cit.*, t. 1, § 2, p. 2), se contentant de citer des ouvrages sur le droit naturel, ne donne pas d'explication détaillée.

(76) G. MASSÉ et Ch. VERGÉ, *Le droit civil français par Zachariæ*, traduit de l'allemand sur la cinquième édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon, 5 vol., Paris, 1854-1860, t. 1, § 2, p. 4. Cette tentative, qui consiste à avant tout respecter l'ordre du Code et à rendre clair le texte original de Zachariæ, en le distinguant des modifications apportées par les traducteurs — ce qui n'est pas le cas, selon eux, chez Aubry et Rau (MASSÉ et VERGÉ, *op. cit.*, t. 1, Préface, p. xiii) — n'a pas connu le succès espéré. Mais il ne faut pas sous-estimer, à notre avis, cette œuvre, tout à fait digne d'une analyse beaucoup plus approfondie ; on ne devrait pas simplement la considérer comme « [l]'échec de la tentative de Massé et Vergé (...) » (BONNECASE, *Exégèse*, précité, p. 85).

(...) [L]e droit civil n'[a] fait, dans nombre de cas, que sanctionner le droit naturel » ; même « ces obligations [purement civiles] ne sont pas contraires au droit naturel, puisque ce droit est celui qui découle de l'état de société qui est l'état naturel de l'homme, (...) et, qu'il est conforme aux nécessités de tout état social de se soumettre à l'autorité des jugements et des contrats » (77).

Le droit naturel constitue ainsi, dans le système de Massé et Vergé, encore une source vivante à côté du droit positif. A la différence de l'opinion d'Aubry et Rau qui ont presque anéanti le rôle du droit naturel, ils prennent le droit naturel pour un élément secondaire, sans doute, mais dont on doit toujours s'inspirer après même la législation positive. Le droit naturel subsiste donc à côté du droit positif même dans la société civile, qui est « l'état naturel de l'homme » pour Massé et Vergé. Et c'est ici que nous voyons très bien la différence la plus marquée de la notion de droit naturel entre eux, car pour Aubry et Rau, avec Zachariæ, la société civile a pour ainsi dire absorbé complètement le droit naturel, qui est propre à l'état de nature.

Aubry et Rau ont rassemblé d'une manière presque exhaustive les documents doctrinaux et jurisprudentiels existants, ce qui donne valeur prépondérante à leur œuvre. Ils ont ainsi réussi à systématiser le droit positif rationnel, ce que personne n'avait pu arriver à faire avant eux. Ils décrivent tout d'un coup le droit, techniquement traité et analysé d'une manière solide. La logique juridique trouve ici un rôle important à remplir ; elle permet de rationaliser la règle d'une façon mathématique afin de la rendre calculable, et de parvenir même à la critique des dispositions du Code civil : il n'y a pas de culte des textes.

En apparence, ils se montrent très fidèles à la doctrine traditionnelle, surtout celle de Pothier à propos de la prescription. Tout paraît une simple reconstruction rationnelle de la théorie de ce dernier, dont ils reconnaissent l'autorité en la matière.

Mais au fond, la conception même du droit est métamorphosée. Il s'agit avant tout, sous le nom de la systématisation et de la science, d'une technicisation du droit par un raisonnement rigoureusement logique. On remarque une extrême finesse de l'analyse d'Aubry et Rau, sans doute grâce à la qualité de l'œuvre originale de Zachariæ, bien supérieure à celle d'auteurs français de la même époque (78). Ils mettent l'ensemble des textes du Code civil en rap-

(77) MASSÉ et VERGÉ, *op. cit.*, t. 3, § 525, p. 343-344, notes 1 et 2.

(78) A notre avis, la qualité et la force scientifique du *Cours* de Zachariæ s'explique par l'examen presque exhaustif des documents disponibles, doctrines anciennes et nouvelles, voire droit romain : « Dans cette œuvre [de Zachariæ] éclataient, écrit Müller en 1900, dans toute leur puissance, l'esprit scientifique allemand, la profondeur du raisonnement et l'art de fouiller les questions, ces qualités si allemandes (...) » (E. MÜLLER, « Le Code civil en Allemagne », *Livre du Centenaire*, précité, t. 2, p. 635). Sur sa culture générale étonnante, voir : JOSEPH ORSIER, *Vie et travaux de Zachariæ (Karl-Salomon)*, Paris, 1869 ; CHARLES BROCHER, « Nécrologie : K.-S. Zachariæ, sa vie et ses œuvres », *Revue historique de droit français et étranger*, 1868, p. 433 s., 1869, p. 295 s., 430 s., et 557 s.

port étroit pour en dégager de vraies définitions et principes, permettant de traiter des problèmes d'une manière neutre évacuant si possible toute subjectivité. Le recours aux ouvrages de l'Ancien Droit et aux sources romaines n'est pas fondé sur la méthode historique ; ils y ont trouvé simplement des éléments, ou des techniques utiles, immédiatement applicables comme une raison écrite dans leur propre système.

Celui-ci a donné un résultat particulier. Il s'agit d'une dépersonnalisation de la doctrine. A la différence de Troplong, qui « se donne volontiers libre carrière, ouvre des parenthèses, s'engage dans des digressions et discussions qui n'ont qu'un rapport lointain avec l'explication du texte » (79), Aubry et Rau ne traitent que de règles de droit, bien distinguées de la morale et analysées sous leur aspect de technique juridique. Il s'ensuit que la lecture de l'ouvrage ne permet pas de saisir facilement la personnalité et la morale des auteurs, car la technique juridique est en elle-même neutre. Tous les concepts y sont définis comme s'ils préexistaient. Les auteurs laissent le droit lui-même expliquer sa vérité, sa rationalité et sa sagesse, d'une façon autonome, comme s'ils n'exprimaient pas leur *propre* opinion (80).

Ce n'est que par conséquence logique que la notion de droit naturel a connu un déclin considérable dans ce système. Il n'y a plus de place pour le droit naturel, ni dans la formation, ni dans l'application de la règle de droit. Cela sépare apparemment Aubry et Rau de Portalis qui a reconnu la possibilité de lacunes de la loi, donc de recours au droit naturel : « L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives » (81). Mais leurs positions respectives ne sont pas forcément contradictoires. En effet, pour Portalis, « [q]uand la loi est claire, il faut la suivre » (82), et aux yeux d'Aubry et Rau, la loi, voire la règle de droit, sont presque toujours claires, grâce à leur travail de systématisation tendant à exclure des lacunes du droit. La systématisation a, pour ainsi dire, remplacé le droit naturel dont l'une des fonctions est de combler de telles lacunes, en le rendant peu nécessaire ou superflu. Pour ce faire, la jurisprudence qu'ils analysent avec beaucoup d'efforts joue un rôle primordial.

(79) CHARMONT et CHAUSSE, *op. cit.*, p. 151.

(80) Ici, l'interprétation est inspirée par Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, 2^e éd., Paris, 1979, n. 16, p. 24. Cf. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 555 : « (...) Aubry et Rau réalisent une sorte de révolution logique. Non seulement les principes, seuls formulés au texte, apparaissent comme dominant nettement les conséquences, rejetées dans les notes avec les controverses. Mais la hiérarchie des principes et des idées ressort du plan lui-même et éclate aux yeux. (...) [L]e droit apparaît tel qu'il est vraiment : dominé par des idées et par des faits, et non par des volontés législatives » ; BONNECASE, *Exégèse*, précité, p. 86 : « [L]e traité d'Aubry et Rau a pris chaque jour un caractère plus impersonnel ; (...) il s'est détaché de la personne de ses auteurs pour faire corps avec le Code civil ; (...) nous dirions qu'il en constitue la « Somme » (...) ».

(81) Portalis, « Discours préliminaire », in : FENET, *op. cit.*, t. 1, p. 474.

(82) *Ibid.*

Dès lors, sous la prédominance de l'œuvre devenue classique d'Aubry et Rau, cette tendance civiliste occupait une place importante pendant la plus grande partie du XIX^e siècle. Il y a donc une rupture définitive avec la doctrine naturaliste, et même avec la doctrine « philosophique » de Troplong ou la doctrine de « bon sens » de Duranton.

II. — ELEMENTS DE SYNTHÈSE

La prescription n'est qu'une institution juridique. Mais la recherche historique des diverses doctrines sur cette question nous permet de cerner la transformation du rôle du droit naturel en droit civil. En effet, la notion de droit naturel, se donnant un contenu variable, permettait surtout aux juristes d'*avant* la Codification d'exprimer des opinions en toute liberté ; c'est ainsi que la conception morale, religieuse, ou celle des besoins du monde même des affaires ont pu, de la sorte, s'exprimer dans le droit. Voyons cela plus concrètement avant de conclure.

Par exemple, Pothier exige la bonne foi continue du possesseur, même pour la prescription de trente ans, car « [p]ar la connaissance qui survient au possesseur avant qu'il ait accompli le temps de la prescription, que la chose qu'il avoit commencé de bonne foi à prescrire, ne lui appartient pas, il contracte l'obligation de la rendre ; laquelle obligation naît du précepte de la loi naturelle, qui défend de retenir le bien d'autrui » (83) ; ou bien, « [c]ette disposition [du droit romain] qui ne permet pas qu'un possesseur de bonne foi puisse acquérir par la prescription les choses furtives, me paroît être un droit purement arbitraire ; et je ne vois rien dans les principes du droit naturel, qui doive empêcher le possesseur de bonne foi d'une chose furtive, de l'acquérir par la prescription. C'est pourquoi, dans le pays coutumier où le droit romain n'a pas par lui-même force de loi, mais seulement en tant qu'il paroît pris dans le droit naturel, je doute très fort que cette disposition du droit romain pour les choses furtives, y doive être observée » (84). Dans tous ces cas, la notion de droit naturel, fortement marquée de morale et d'idéalisme, joue un rôle déterminant pour aboutir à des règles précises, pour se libérer de l'autorité traditionnelle du droit romain dans l'élaboration du droit français. A notre avis, c'est ce qui constitue l'essence même de la vitalité de cette notion.

Il en est de même pour Bourjon, lorsqu'il donne la célèbre formule, « en fait de meubles, la possession vaut titre », car, dans le système de Bourjon, cette maxime consacrée selon lui par la

(83) POTHIER, *Traité de la prescription*, n. 34.

(84) POTHIER, *op. cit.*, n. 204.

jurisprudence du Châtelet n'est pas seulement fondée sur l'exigence de « l'ordre public » et « la sûreté du commerce », mais aussi sur « la raison, l'équité et l'ordre judiciaire » (85). Ainsi constitué, le droit commun dont l'essence consiste dans le réalisme et le pragmatisme, trouve sa justification la plus profonde dans l'idée de droit naturel. En effet, « la lumière et l'équité naturelle » (86), qui ont inspiré en général l'immense travail de Bourjon, et son réalisme, connaissent en profondeur l'influence du droit naturel. De sorte que tout ce qui existe et se présente empiriquement dans la jurisprudence est rationnel et raisonnable, ce qui, après systématisation, équivaut au droit naturel pour Bourjon. C'est ainsi qu'un des principes fondamentaux du droit romain que Pothier tient pour « axiome » (et sans doute de droit naturel), *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (87), se voit ignorer pour les meubles dans le système de Bourjon : voilà bien un effet de libération du droit romain, de sa tradition, de son autorité incontestée.

Ainsi, la fonction la plus remarquable de cette notion, imprégnée de la religion et de la morale avant la Codification, consistait dans son rôle créateur, directeur, et même libérateur des règles de droit. Il y a paroxysme lors de la Révolution, et depuis lors la notion de droit naturel, cette fois laïcisée et sécularisée, connaîtra un déclin constant au cours du XIX^e siècle.

Une chose reçue de tous, c'est que ce déclin traduit certainement le principe révolutionnaire de la séparation des pouvoirs : la loi qui s'identifie avec le droit est l'expression de la volonté générale du peuple à travers le pouvoir législatif. Ce que la doctrine de l'Ancien Droit a pu et dû faire dans l'élaboration des règles de droit à l'aide de la notion de droit naturel, sera désormais principalement le travail du législateur (88). Cela n'empêche pas que les auteurs ne critiquent quelquefois (toujours, même, comme le fait Troplong !) les dispositions du Code civil, surtout ses expressions imprécises, imparfaites ou mauvaises, portant des lacunes ou des erreurs. Mais s'ils le font, il n'en reste pas moins qu'ils appliquent finalement la loi d'une manière fidèle.

Il faut pourtant constater la diversité entre les auteurs ; les voies par lesquelles les doctrines ont abouti à cette solution diffèrent. En effet, pour l'explication et l'application des dispositions du Code civil, il y a d'abord ceux (Vazeille et ses prédécesseurs) qui ont

(85) BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes* (...), 2 vol., Paris, 1747 ; nouv. éd., 1770, t. 1, p. 458, n. 2 et 8.

(86) BOURJON, *op. cit.*, Préface.

(87) D. 50, 17, 54 : POTHIER, *Traité du contrat de nantissement*, n. 27 ; *Traité du contrat de vente*, n. 7 et 326 ; *Traité des donations entre vifs*, Sect. III, Art. I, § II (t. 23, p. 92).

(88) Sur cette conception révolutionnaire, voir par exemple : Georges BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1939, n. 1-2, p. 7 s. ; Jean RAY, « La Révolution française et la pensée juridique : l'idée du règne de la loi », Extrait de la *Revue philosophique*, 1939, septembre-décembre.

recours à la méthode historique en cherchant un véritable sens dans des œuvres de l'Ancien Droit. Cette démarche a été sans doute nécessaire pour donner l'autorité maximale au Code civil. Certes le droit naturel subsiste encore, dans ce cheminement, derrière la disposition positive, mais il n'a plus de rôle concret à jouer, sinon de justifier une institution déjà établie. Il y a ensuite les civilistes qui reconnaissent expressément la prépondérance ou la suprématie du droit positif sur le droit naturel. Pour eux, la cause est entendue ; il n'est plus nécessaire de justifier l'authenticité du Code civil. C'est dans ces conditions que les auteurs ont recours à la réflexion philosophique (Troplong), ou au bon sens historique, logique, et pratique (Duranton). Il y a, enfin, ceux qui ont recours à la systématisation synthétique et rationnelle du droit en tant que corps complet. Parmi eux, il y a ceux qui ne croient plus au droit naturel, de sorte qu'ils le négligent complètement (Aubry et Rau), et ceux, en revanche, qui lui consacrent une place réduite, mais certaine (Massé et Vergé).

A travers tous ces auteurs, le droit naturel a certainement connu, par voie de conséquence, un déclin. Mais, sauf peut-être Aubry et Rau qui ont été influencés par le courant doctrinal allemand, la majorité des civilistes ont étudié à fond, le cas échéant, ce qui constituait le droit naturel. Et ce n'est qu'après cette recherche assez approfondie qu'ils ont finalement reconnu le pouvoir du droit positif, dérogatoire au droit naturel. Il importe, à notre avis, de constater leur travail en vue de résoudre un tel problème fondamental du droit.

Même dans le système d'Aubry et Rau en réalité, leur systématisation suppose nécessairement « un corps complet », dont le modèle est sans doute inspiré du pandectisme allemand. Mais s'ils présupposent un tel corps complet préexistant aux dispositions du Code civil, ce corps idéal lui-même ne constitue-t-il pas une sorte de système comparable à l'idée d'un droit naturel ? Autrement dit, serait-ce trop de prétendre qu'Aubry et Rau ont essayé de transformer le corps complet du droit positif en droit idéal, droit naturel en quelque sorte ? (89).

Le déclin du droit naturel n'est donc qu'une apparence, et traduit seulement la mentalité des auteurs et leur conception du droit en général à cette époque. Il faut par conséquent que nous nuancions

(89) Bien entendu, il y a toujours une sorte d'idée de droit naturel dans toute la systématisation, car elle suppose, par la nature des choses, « l'ordre naturel », qui s'est exprimé chez les allemands comme système pandectiste, système qui se trouve derrière l'œuvre de Zachariæ et donc celle d'Aubry et Rau. C'est ainsi que Aubry et Rau « ont su placer au sommet de leur édifice juridique la notion de Droit, conçue comme antérieure et supérieure à toute législation positive (...) » (Jean GAUDEMET, *Inauguration d'un monument à la mémoire de Aubry et Rau*, Paris, 1923, Discours prononcé (paru également dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1923, p. 65 s.), p. 45). Mais une fois la cause acquise, le système se développe d'une façon « autopoïétique », déracinée de son origine qui a inspiré le système, et c'est ce que nous devons avoir présent à l'esprit pour la recherche ultérieure.

beaucoup pour parler de la notion de droit naturel chez les civilistes dans la première moitié du XIX^e siècle ; le principal est de constater avant tout la diversité féconde des doctrines derrière cette apparence. C'est un point primordial que l'on doit souligner, et il doit être présent à l'esprit pour une meilleure compréhension de l'histoire doctrinale du droit civil français au XIX^e siècle.

En un mot, ce n'est pas dans le droit naturel que les civilistes ont cherché des éléments créateurs ou inspireurs des règles de droit et des solutions concrètes. Si le droit naturel pouvait être la force créatrice des règles dans l'Ancien Droit, et surtout pendant la Révolution et la Codification, il a perdu cette force à la première moitié du XIX^e siècle face au Code civil. Celui-ci a, pour ainsi dire, absorbé le droit naturel, l'a privé de sa vertu traditionnelle, de cette force fondée sur l'équité et la raison. En cela, les mouvements politiques et sociaux très agités de cette époque ont certainement exercé une influence non négligeable. Mais, pour expliquer ce phénomène, serions-nous trop simplistes si pour finir nous prétendions que c'est devant la force des dispositions écrites, claires et concises, du *Code civil des Français*, qualifié « *raison écrite de notre siècle* » (90), que les juristes français se sont inclinés, leur mentalité s'imprégnant de cet édifice « moderne » ?

Le déclin du droit naturel n'est pas d'ailleurs nécessairement une mauvaise chose pour la science du droit et sa rationalisation. Reste à suivre son développement ultérieur. Nous souhaitons avoir l'occasion de le réétudier.

Naoki KANAYAMA,

*Professeur-adjoint à la Faculté de droit
de l'Université Dokkyô de Himéji (Japon).*

(90) FENET, *op. cit.*, t. 15, p. 611 (Goupil-Préfeln).