



HAL
open science

Habitude et codification du droit civil (XVIIIe-XIXe siècles)

Clotilde Aubry de Maromont

► **To cite this version:**

Clotilde Aubry de Maromont. Habitude et codification du droit civil (XVIIIe-XIXe siècles). L'habitude en droit, Faculté de Droit; Université de La Réunion, Oct 2018, Saint Denis, La Réunion. hal-02296231

HAL Id: hal-02296231

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02296231v1>

Submitted on 24 Aug 2021

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

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

Habitude et codification du droit civil

(XVIII^e-XIX^e siècles)

Clotilde AUBRY DE MAROMONT

Maître de conférences à l'université de La Réunion

Il peut de prime abord paraître étrange de traiter de l'habitude en lien avec la codification, autrement dit, avec la loi¹. En effet, l'habitude est un guide des comportements humains émergeant par la force de la répétition et de l'expérience. C'est l'aptitude à accomplir avec facilité et sans effort particulier une action courante². L'habitude crée des automatismes : « *c'est comme une pente où l'on glisse sans s'en apercevoir, sans y songer* »³. L'habitude relève du domaine de l'usage, de la coutume, des pratiques... en somme des sources vivantes du droit⁴ et non des sources figées comme l'est la loi. Les autres contributions de la matinée sont très révélatrices de ce point de vue. L'habitude semble s'imposer à côté de la loi, en parallèle de la loi, plus qu'à la loi elle-même.

Par ailleurs, on se demande si le droit écrit n'empêche tout simplement pas de considérer la place de l'habitude. La législation fige l'habitude qui est coupée de ses racines vivantes⁵. Pour cette raison, Savigny était hostile à toute perspective de codification, reprochant à la démarche de vider le droit de sa source vive⁶. L'habitude s'éteint une fois transcrite dans la

¹ Si le code et la loi ne peuvent évidemment pas être pris pour synonymes, le code étant « *plus qu'un multiple de la loi* » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 2002, 27^e éd., n°113, p. 199) – il s'agit d'un système – la loi n'en demeure pas moins l'outil matériel du code au sens d'un droit figé par l'écriture auquel est attribué une valeur doublement prescriptive et coercitive.

² Le dictionnaire de l'Académie Française expose ainsi l'ambivalence de la notion d'habitude qui requiert tant une action répétée qu'une facilité dans l'exercice de cette action : *Dictionnaire de l'Académie Française*, t. 2, Fayard, 2005, 9^e éd.

³ P. MAINE DE BIRAN, *L'influence de l'habitude sur la faculté de penser*, 1799, réimp. PUF, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1954, p. 1.

⁴ Sur la notion de source vivante, v. P. DEUMIER, « L'habitude et les sources vivantes du droit », *infra*, p.

⁵ « *La codification, en substituant une architecture de légalité à l'ancien buissonnement coutumier et romaniste, donna désormais du droit une image peu propice à l'éveil de l'imagination sociologique* » : J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 2016, 3^e éd., p. 75.

⁶ S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1992, p. 199.

loi, parce que ce n'est plus la répétition qui fera la force du droit mais bien l'autorité de la loi dans sa dimension doublement prescriptive et coercitive.

Pourtant étudier les rapports entre la loi et l'habitude s'imposait. S'imposait d'abord parce que le modèle de la loi, bien qu'en pleine crise, reste incontestablement notre « *grammaire du droit* »⁷, notre « *style du droit* »⁸. Comment envisager un colloque sur l'habitude en droit sans parler de la loi ? *A fortiori*, comment traiter des sources du droit, notre thème de la matinée, sans évoquer celle qui est présentée comme la source première ? Étudier les rapports entre la loi et l'habitude s'imposait ensuite parce que si la loi et l'habitude ne semblent pas s'articuler du point de vue de la méthode normative, elles s'associent au contraire très volontiers d'un point de vue sociologique. La loi est le reflet du fait social. Elle est faite pour encadrer des pratiques humaines. Elle considère donc incontestablement les habitudes d'un peuple. Étudier l'habitude consiste ainsi à appréhender la dimension sociologique de la loi⁹, c'est à dire la tradition juridique qui y est consacrée.

Le Code civil de 1804 est alors apparu comme un objet d'étude idéal. Sur la forme, la codification est, pour reprendre les termes du doyen Cornu, une façon « *sublime* » de « *cultiver la législation* »¹⁰. Il ne s'agit pas d'une simple compilation mais d'un ensemble de règles qui s'articulent de manière cohérente¹¹ et dont l'écrin qui les contient leur donne davantage d'autorité. Le Code déploie ainsi ce qu'on a pu appeler un « *effet de contenu* »¹². Sur le fond, le Code civil de 1804 est le fruit d'un héritage juridique particulièrement fort. Il s'agit d'un véritable symbole : « *symbole du temps arrêté* », un « *lieu de mémoire* », une autre « *constitution de la France* » produit du temps cristallisé¹³. Le Code civil incarne l'achèvement d'un lent et difficile processus d'uniformisation du droit civil. Pour Portalis, il

⁷ Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.* 1997, p. 2202, spéc. p. 2207.

⁸ E. LERMINIER, cité par Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, Préf. V. VIDAL, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 381, 2002, p. 308, note 65.

⁹ Sur la dimension sociologique du Code civil, v. J. CARBONNIER, « Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique », *RRJ*, 1981, 3, p. 327 et s. ; M. MEKKI, « Le modèle de la loi au sein du Code civil », in REVET T. (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 5, spéc. p. 18.

¹⁰ G. CORNU, « Codification contemporaine : valeurs et langage », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 357.

¹¹ *Ibid.*

¹² R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique, Société, 2002, p. 99.

¹³ J. CARBONNIER, « Le Code civil », *Les lieux de mémoire*, in NORA P. (dir.), II, *La nation : le territoire, l'État, le patrimoine*, Gallimard, 1986, p. 308.

ne peut donc qu'être le reflet des habitudes du peuple¹⁴. Les références à l'habitude sont nombreuses dans son discours préliminaire au premier projet de Code civil. J'en cite un extrait : « *Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites* »¹⁵.

L'habitude légitime la loi et lui donne son autorité. L'origine à la fois vivante et ancienne d'une règle fait sa force¹⁶. C'est l'idée soulevée par l'école historique du droit naturel portée par Savigny : le droit n'est que le produit de la volonté spontanée de la nation, le produit de l'histoire. C'est la force de l'habitude qui pose les repères nécessaires à l'effectivité de la loi. Le Professeur Pascale Deumier relevait lors d'un précédent colloque que « *si la norme légale ne parvenait pas à pénétrer les habitudes, ou devenait contraire aux habitudes, sa force réelle pourrait être suspectée, au point que les juges pourraient être tentés de la contourner* »¹⁷. La transcription des habitudes dans la loi est dès lors plus qu'un constat : c'est une prescription et un pré-requis. Pour que la loi trouve sa pleine légitimité, sa pleine autorité, **elle doit refléter les habitudes du peuple** (nous soulignons).

Si cette approche légitime effectivement l'autorité du Code civil, on se demande toutefois si elle est bien réaliste. Le législateur est-il seulement à même de transposer les habitudes d'un peuple ? Rousseau observait qu'« *il faudrait des Dieux pour donner des lois aux hommes* »¹⁸. Pour refléter exactement les habitudes du peuple, l'omniscience d'un être supérieur serait requise. Or, le législateur, aussi renseigné soit-il, n'est pas omniscient. Il n'a d'ailleurs pas toujours la volonté de l'être, car légiférer c'est aussi faire œuvre de créativité pour proposer des solutions de droit nouvelles et inventives.

Il est donc possible d'observer que si la dimension sociologique de l'habitude collabore effectivement avec la législation, elle ne se confond pas avec elle¹⁹. Ce sont ces deux points

¹⁴ J.-E.-M. PORTALIS, « Discours de présentation du Code civil du 3 frimaire An X », *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, p. 16.

¹⁵ *ibid.*

¹⁶ V. L. ASSIER-ANDRIEU, *L'autorité du passé*, Dalloz, 2011.

¹⁷ P. DEUMIER, « Les habitudes, un problème de sources », in DISSAUX N. et GUENZOU Y. (dir.), *Les habitudes du droit*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, p. 69, spéc. p. 75.

¹⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2012, Livre II, Chapitre VII, p. 75.

¹⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 2016, 3^e éd., p. 282-283 : la « *sociologie législative* » peut « *collaborer à la législation, non pas se confondre avec elle* ».

de vue que l'on tentera de mettre en balance dans nos propos en exposant comment le Code civil consacre l'habitude, d'une part (I), et comment il la transgresse, d'autre part (II).

I. L'habitude consacrée

Présenté comme une « stase magique », le Code civil est le reflet d'un héritage juridique : celui de la tradition romano-germanique qui concilie le mode de pensée abstrait et systématisé du droit romain avec les coutumes des peuples sous l'ancien droit. L'habitude y est alors bel et bien consacrée car codifier c'est à la fois hériter²⁰ (A) et systématiser les habitudes d'un peuple (B).

A. Codifier c'est hériter

Le Code civil est imprégné de la mémoire juridique collective du peuple français²¹. Les quatre mois qui ont suffi aux rédacteurs pour l'élaborer s'expliquent parce que le Code s'inscrit dans la continuité d'une pratique habituelle du droit civil. Les habitudes du droit y sont consacrées. Ces habitudes, sont celles du mode de pensée issu du droit romain tel qu'il a été redécouvert et des différents droits coutumiers.

Le recours au droit romain reflète, en premier lieu, une consécration des habitudes de penser le droit. Le droit romain est redécouvert au XII^e siècle à l'époque où émergent les grandes universités continentales. La perfection du droit romain est mise en avant pour légitimer que l'on en exporte la substance. En effet, par ses concepts, catégories et principes,

²⁰ La formulation des sous-titres fait écho à la formule de CARBONNIER : « *codifier c'est modifier* » : J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 325.

²¹ F. GARNIER « Notes pour une possible histoire de la construction de la norme », in MARTIAL-BRAZ N., RIFFARD J.-F., BÉHAR-TOUCHAIS M. (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, coll. Études juridiques, 2011, p. 21, spéc. p. 34 : « *La formation du droit en différents domaines donne à voir l'importance d'un héritage juridique et son utilisation, parfois sous bénéfice d'inventaire, par les forces créatrices du droit* ». V. également, E.-H. PERREAU, « Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé », *RTD civ.* 1911, p. 229, spéc. p. 231 ; F. OST, *Le temps du droit*, Paris, 1999, p. 233.

le droit romain permet de « *dessiner un tableau universel du droit* »²². Il se concilie ainsi particulièrement avec la méthode émergeant pour penser le droit à l'Université. La perfection du droit romain est aussi le fruit d'un idéalisme qui conduit à lui reconnaître une autorité naturelle. L'influence des canonistes est alors déterminante puisqu'ils vont ancrer dans le droit romain les fondements du *jus commune*²³. La science du droit romain est exportée par les juristes continentaux qui lui empruntent ses concepts catégories et principes jusqu'à ce qu'ils soient finalement consacrés par loi. C'est ainsi que le Code civil emprunte les catégories majeures du droit romain issues des compilations de Justinien qu'il s'agisse des obligations, du mariage, de la filiation, de l'adoption, du droit successoral, de l'usufruit ou encore des servitudes²⁴. Il est possible d'observer que la science du droit romain imprègne le Code tant sur le fond que sur la forme²⁵.

Sur le fond, la substance des maximes traditionnelles est reproduite. Les formules latines sont substantiellement traduites pour inscrire les règles de droit posées dans une intemporalité²⁶. Les rédacteurs du Code civil ne font que suivre une voie toute tracée. On peut citer, entre autres, la règle selon laquelle la superficie cède au sol (*superficiis solo cedit*) qui est consacrée à l'article 552 du Code civil selon lequel la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous par la mise en œuvre d'une présomption de propriété au profit du propriétaire du sol. On peut en outre citer la règle consacrée à l'article 312 du Code civil qui institue une présomption selon laquelle l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari (*pater is est quem nuptiae demonstrant*).

Sur la forme, les termes et catégories du droit romain participent d'une fonction ornementale du Code civil²⁷. Le Code s'habille de termes juridiques porteurs de sens qui légitiment le modèle proposé. Les découpages des compilations de Justinien sont repris pour justifier la manière d'agencer les règles de droit civil recensées. Cette technique est directement empruntée à la doctrine du XVIII^e siècle. Pothier, dans ses Pandectes, s'attaque

²² S. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 135.

²³ A. LEFEBVRE-TEILLARD, « L'autorité de la doctrine en droit canonique classique », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n°27, 2007, p. 454.

²⁴ J. GAUDEMET, « Les persistances du droit romain dans les traditions juridiques occidentales », *Excerptiones iuris : Studies in honor of André Gouron*, The Robbins Collection Publications, Berkeley, 2000, p. 227.

²⁵ E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 236.

²⁶ Hors du Code, la doctrine use des formules latines pour enraciner le discours du droit dans une intemporalité : J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « Les adages et le temps », *RFDA* 2014, p. 29 « *La formule latine enracine le discours dans une intemporalité, une éternité qui contribue à légitimer par le temps le contenu de l'adage* ».

²⁷ Sur la fonction ornementale du droit romain, v. P. LEGENDRE, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV*, Thèse, Paris, Imprimerie Jouve, 1964.

au dépoussiérage du corpus de Justinien pour donner autorité aux théories qu'il propose dans ses autres ouvrages, théories qui seront en grande partie consacrées par le Code civil.

Aux côtés du droit romain, le Code civil consacre également des habitudes issues du droit coutumier. De tradition orale, la coutume régit les rapports d'un peuple déterminé. Si elle reflète au mieux les habitudes du peuple, elle est source d'insécurité juridique car elle n'est pas toujours très accessible et est sujette à évolution. Elle pose en outre des problèmes de preuve. Dès le XVI^e siècle, les praticiens du droit s'attachent alors à transposer les coutumes par écrit et à les comparer dans le but de tendre vers une unification. Charles Dumoulin soutient l'idée que derrière la diversité des coutumes existe une coutume originelle unique²⁸. A travers les « conférences de coutumes », ouvrages auxquels contribuera notamment Guy Coquille, les coutumes sont recensées par matière pour être comparées. Les *Institutes coutumières* d'Antoine Loysel constituent le travail le plus abouti. Émerge l'idée que le droit coutumier peut, aux côtés du droit romain, participer à l'édification d'un droit français. Les travaux doctrinaux sur les coutumes qui ont précédé l'édification du Code civil ayant permis de les rendre accessibles, leur transposition sous forme législative était donc rendue possible. C'est ainsi, par exemple, que les rédacteurs du Code civil ont reçu de la coutume de Paris la conception de la puissance paternelle et maritale, la technique du régime de communauté entre époux ou encore des dispositions relatives aux servitudes²⁹. Certaines maximes et adages issus du droit coutumier sont aussi traduits. La maxime de Loysel « *en mariage trompe qui peut* » trouve ainsi place à l'article 180 du Code civil qui prévoit que le mariage ne peut être annulé que pour erreur ou violence mais pas pour dol, la séduction ne se parant pas toujours des atouts de la vérité. La formule « *en fait de meubles, la possession vaut titre* » est reproduite telle quelle à l'article 2276 du Code civil. Enfin, le brocard selon lequel « *la mort saisit le vif* » est transposée à l'article 724 du Code civil qui dispose que « *les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt* ».

L'héritage des habitudes par le Code civil est incontestable. Cet héritage se traduit toutefois dans une forme sélective des habitudes consacrées puisque la codification propose une nécessaire systématisation. Codifier c'est hériter mais aussi systématiser les habitudes d'un peuple.

²⁸ P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, et J. KRYNEN, *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, PUF, Coll. Quadrige, 2015, 2^e éd., v. DUMOULIN Charles.

²⁹ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. Quadrige, 2012, 2^e éd. p. 11 et s.

B. Codifier c'est systématiser

Codifier conduit à rassembler le droit existant en une structure logique et unifiée. Qui dit Code dit droit systématisé et donc choix de l'habitude consacrée. Le Code civil n'est pas une compilation de toutes les habitudes qui le précèdent. C'est une œuvre de compromis, une extraordinaire transaction entre le droit écrit et le droit coutumier³⁰. La démarche conduit alors incontestablement à écarter les habitudes que l'on estime dépassées ou inadaptées. C'est ainsi que certaines maximes et grands principes de l'ancien droit sont évincés. « Donation en mariage ne vaut », « qui a terme ne doit rien » ou encore « témoins passent lettre » sont autant de maximes écartées par les rédacteurs du Code. Le Code civil consacre la possibilité de faire des donations par contrat de mariage³¹, de prévoir une obligation effective à terme³² ou encore écarte la supériorité de la preuve testimoniale sur l'écrit³³. L'un des plus grands bienfaits de la codification napoléonienne est sa vertu unificatrice³⁴ : il était nécessaire de rompre avec la concurrence des habitudes.

Cet effort de systématisation du droit, indispensable, ne fût pas l'œuvre des rédacteurs mais celle de la « doctrine »³⁵ du XVII^e et surtout du XVIII^e siècle. Cette doctrine est composée de praticiens du droit et non d'universitaires car, à l'époque, les universités prennent une orientation humaniste et érudite en rupture avec toute préoccupation pratique du juridique³⁶. Dumoulin, Bourjon, Domat, Pothier... ne sont pas universitaires³⁷. Ils vont pourtant rassembler les coutumes, systématiser le droit romain, et préparer sans le savoir, la rédaction du Code civil³⁸. L'unification avait déjà été initiée avant que les rédacteurs du Code

³⁰ C'est « la plus grande, la plus utile, la plus solennelle transaction dont aucune nation ait jamais donné en spectacle à la terre » : P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1827, t. XV, p. 120.

³¹ Article 1091 du Code civil.

³² Article 1185 ancien du Code civil.

³³ Article 1315-1 ancien et suivants du Code civil.

³⁴ G. CORNU, *op. cit.* p. 360.

³⁵ La notion de doctrine est ici entendue comme l'ensemble des opinions de ceux qui réfléchissent sur la matière juridique.

³⁶ Sur la place des universitaires dans l'élaboration du droit, v. HECQUART-THÉRON M. (dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso éditions, OpenEdition Books, 2008.

³⁷ Pothier le devint toutefois sur le tard en étant nommé Professeur par le roi en raison d'une notoriété déjà acquise. Il enseigna alors à Orléans de 1750 à 1772.

³⁸ J. -. L. HALPÉRIN, *Le Code civil*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2003, 2^e éd. p. 7 et s.

civil ne s'y penchent. Ainsi, c'est par la doctrine que les règles issues du droit des obligations romaines avaient déjà été reçues dans les pays de coutumes avant que le Code civil ne les consacre³⁹. Nombre de solutions adoptées par le Code civil peuvent être rattachées à un jurisconsulte⁴⁰. On opposera donc à Portalis que c'est plus volontiers l'habitude de penser et de rationaliser le droit qui est consacrée par le Code civil que les habitudes du peuple lui-même. On associe par exemple à Dumoulin la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution de l'ancien article 1184, la représentation en matière de solidarité de l'ancien article 1207 ou encore la réglementation de l'indivisibilité des obligations des articles 1217 et suivants du Code civil. On rattache, en outre, à Bourjon l'effet translatif du contrat de vente de l'article 1583 et la formule bien connue « *en fait de meubles, la possession vaut titre* » de l'article 2276 que l'on a déjà évoquée.

Ce sont aussi et surtout les solutions proposées par Pothier qui sont reprises par le Code civil. L'esprit de systématisation de l'auteur le conduit à proposer des solutions qui seront toutes prêtes à être transposées en règles impératives⁴¹. Pothier systématise les habitudes en étant très attaché à la tradition du droit français. Un de ses premiers ouvrages, le Commentaire de la coutume d'Orléans paru en 1760 le conduit à présenter une vue synthétique des habitudes coutumières. Pothier est tellement attaché à l'héritage que lègue le droit français qu'il est même parfois accusé de proposer des solutions dépassées et caduques⁴². Malgré tout, Pothier laisse peu de place aux coutumes dissidentes : toute son œuvre sera orientée vers sa volonté d'édifier un droit général. Le grand mérite de Pothier aura été d'intégrer et de synthétiser les coutumes et la pensée de ses processeurs de sorte que les rédacteurs du Code civil pourront en grande partie se contenter de sa lecture pour ancrer le droit du Code dans une tradition juridique.

Le premier regard porté sur le Code civil nous conduit à admettre que la prescription qui s'impose d'y transposer les habitudes est respectée. Toutefois, un second regard mène aussi à constater une transgression de cette prescription qui s'explique tant par l'assise

³⁹ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 13.

⁴⁰ J.-L. THIREAU, « La doctrine civiliste avant le Code civil », in POIRMEUR Y. et BERNARD A. (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 13, spéc. p. 14-15.

⁴¹ J.-L. THIREAU, *ibid.* p. 43.

⁴² TROPLONG cité par J.-L. HALPÉRIN, « La lecture de Pothier par la doctrine du XIXe siècle », in MONÉGER J., SOURIOUX J.-L. et TERRASSON DE FOUGÈRE A. (dir.), *Robert-Joseph Pothier d'hier à aujourd'hui*, Economica, coll. Étude juridiques, 2001, p. 65, spéc. p. 72.

essentiellement doctrinale et donc nécessairement innovante du Code que par son contexte révolutionnaire.

II. L'habitude transgressée

Sous couvert de se rattacher à une tradition juridique, la codification conduit aussi à proposer des solutions nouvelles qui sont le fruit du mode de pensée contemporain à l'époque où la loi est adoptée. Codifier n'est pas seulement hériter et systématiser les habitudes d'un peuple. Codifier c'est aussi déformer les habitudes qui vont devoir épouser les formes de la pensée juridique moderne (A). Codifier c'est également innover en proposant que de nouvelles habitudes soient prises (B).

A. Codifier c'est déformer

On l'a dit, c'est à la doctrine que l'on doit le Code civil. La doctrine systématise les habitudes du droit. Or la systématisation doctrinale conduit incontestablement à mutiler la diversité du droit vivant. Selon la vieille formule *traduttore traditore* la traduction introduit une trahison. La systématisation fait perdre aux habitudes leur finesse. Elle les fige, les artificialise et les déforme⁴³. L'œuvre de Pothier est symptomatique de ce point de vue car, tout en brandissant la bannière de la tradition, il transforme le contenu des solutions romaines pour qu'elles puissent « épouser les formes de plus en plus dogmatiques de la pensée juridique » moderne⁴⁴. La constance des termes utilisés depuis le droit romain, reçus comme des préceptes divins, est loin de pouvoir être assimilée à de l'immobilisme. On se demande alors si des habitudes, il ne reste pas que l'enveloppe.

Un exemple particulièrement significatif permet de s'en convaincre : la transformation du sens de la classification romaine des Institutes de Gaius entre les « personnes », les « choses » et les « obligations » dans le Code civil. Du moment où le droit romain est redécouvert au

⁴³ P. MALAURIE, « Le Code civil européen des obligations et les contrats », *JCP* 2002, I, 110, n°11.

⁴⁴ J.-L. THIREAU, « La doctrine civiliste avant le Code civil », *op. cit.*, p. 49-50.

moment où est adopté le Code civil, la signification attachée à ces catégories ne cesse d'évoluer⁴⁵. Les classifications romaines sont reprises par les rédacteurs pour ordonner les différents livres qui composent le Code avec un sens très éloigné du droit romain. Les Romains sont des pragmatiques qui pensent le droit pour résoudre des litiges. Ils créent alors des catégories opératoires pour résoudre ces litiges. À Rome, le droit n'est pas envisagé à partir de l'individu, puisque le système juridique est pensé de manière objective⁴⁶. Or, dans le Code civil, l'individu est placé au cœur du système, de sorte que le sens des catégories juridiques romaines est considérablement modifié. Les intérêts particuliers vont devenir le centre de gravité du Code. A chacun va être attribué son droit subjectif, droit personnel, droit réel. L'habitude de penser le droit civil en distinguant les personnes, les choses et les obligations n'a donc absolument pas le même sens à Rome que dans le Code civil.

Le sens de l'*obligatio* romaine diffère ainsi sensiblement du sens de l'obligation d'aujourd'hui⁴⁷. La conceptualisation de l'obligation comme un lien intersubjectif entre un débiteur et un créancier (la conception subjective) n'est pas issue du droit romain. L'appréhension de l'obligation comme un bien, par la dette et la créance qui lui sont associées (la conception patrimoniale), non plus. Ces conceptions, fruits d'une mutation profonde de la pensée juridique, se sont construites progressivement à l'époque moderne sous l'influence de la pensée subjectiviste, de la pensée systématique et de la pensée libérale du droit. De l'obligation romaine il ne reste aujourd'hui que l'image archaïque du lien juridique (l'*obligatio*)⁴⁸, mais non au sens d'un lien intersubjectif (d'une relation) mais d'un lien vertical de contrainte : c'est la force du droit qui saisit le sujet⁴⁹.

⁴⁵ La transformation s'accélère au XVII^e siècle sous la plume de Fleury et Argou et s'achève au XVIII^e siècle sous la plume de Bourjon et Pothier : J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1969, p. 156 et s.

⁴⁶ VILLEY remarque, à ce propos, que le système des Institutes de Gaius décrit objectivement le monde juridique et non subjectivement : M. VILLEY, « Les institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p. 167, spéc. p. 172.

⁴⁷ V. notre thèse : C. AUBRY DE MAROMONT, *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*, Thèse, Nantes, 2015, p. 22 et s.

⁴⁸ L'*obligatio* dérivée du verbe *obligare* renvoie à « un composé du verbe simple *ligare* et du préfixe *ob* marquant l'intensité et signifiant *lier autour, entourer d'un lien quelqu'un ou quelque chose* » : G. PIÉRI, « Obligation », *APD*, T. 35, *Vocabulaire fondamental du droit*, Sirey, 1990, p. 221, spéc. p. 222. V. également F. DUMONT, « Obligation », *Mélanges P. MEYLAN*, Vol. 1, *Droit romain*, Lausanne, 1963, p. 77, spéc. p. 79 : « *obligare signifierait exactement au point de vue étymologique, lier autour, entourer de liens une personne* ».

⁴⁹ Sur le basculement du lien à l'horizontal, v. C. AUBRY DE MAROMONT, *op. cit.*, n°27 et s., p. 41 et s. On observera que si le lien est aujourd'hui rattaché à une relation entre deux personnes (un débiteur et un créancier), il pourrait tout aussi bien correspondre à notre idée moderne de droit objectif qui contraint par sa force les individus.

Aux côtés de l'obligation, le sens de la *res* romaine s'est aussi considérablement transformé. Il n'a plus rien à voir avec notre « chose » d'aujourd'hui. L'idée d'appropriation attachée aux choses à l'époque moderne conduit à adopter un regard subjectiviste qui n'existait pas à l'époque romaine. Michel Villey et Yan Thomas ont très justement su le démontrer. « *Le droit romain, loin de désigner comme res les choses du monde extérieur, les qualifie juridiquement de 'choses' en ce qu'il les saisit dans un procès – dont le nom, res, renvoie en même temps à la 'chose' mise en cause et à la 'mise en cause' de la chose* »⁵⁰. La chose est envisagée dans un sens procéduraliste et non substantialiste à Rome. C'est l'influence du nominalisme et de l'individualisme de la pensée juridique moderne qui vont fonder la conception subjective de la chose (et donc de la propriété) dans notre Code civil⁵¹. Les exemples de transformation du sens des catégories juridiques entre l'époque romaine et aujourd'hui pourraient être multipliés⁵².

Si ces transformations s'expliquent logiquement (la pensée juridique a évolué avec la société elle-même), on se demande si l'adoption du Code civil n'aurait pas dû être l'occasion d'assumer plus fermement la rupture avec le passé. En effet, la conjoncture intellectuelle du Code suggère que des solutions neuves soient adoptées. On s'interroge alors sur la pertinence de se tourner vers le vieux plan des Institutes fondé sur l'observation du monde pour organiser des règles juridiques centrées sur des situations juridiques subjectives modernes⁵³. La démarche a malencontreusement conduit à ce que des contre-sens soient adoptés⁵⁴. Les historiens du droit ont contribué à une relecture de l'histoire qui ne sera dénoncée que des années plus tard par des auteurs tels que Yan Thomas et Michel Villey, dont la pensée permettra opportunément de relativiser l'héritage juridique du Code civil et donc de relativiser la place réservée à l'habitude.

Relativiser la place de l'habitude s'impose en outre dès lors que des innovations sont plus clairement remarquées.

⁵⁰ Y. THOMAS, « La 'valeur des choses' Le droit romain hors de la religion », *Annales. Histories, Sciences, Sociales* 2002, n°6, p. 1431, spéc. p. 1433.

⁵¹ M. VILLEY, « Les origines de la notion de droit subjectif », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p. 221, spéc. p. 240.

⁵² Certaines catégories juridiques sont même inventées à l'époque contemporaine à partir de la méthode et des découpages du droit romain. Sur la catégorie abstraite et générale d'acte juridique en droit allemand, v. I. ZAJTAY, « La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux », *RIDC* 1966, p. 353, spéc. n°12, p. 360.

⁵³ Sur ce point, v. particulièrement : A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁴ C'est ainsi, notamment, que la pensée subjectiviste moderne a été rattachée au droit romain : v. M. VILLEY, « Les origines de la notion de droit subjectif », *op. cit.*

B. Codifier c'est aussi innover

L'idée couramment répandue selon laquelle le Code civil ne viendrait que cueillir les fruits d'une évolution est dépassée⁵⁵. Si la consécration de certaines habitudes légitime le Code, notre héritage juridique ne s'accompagne d'aucune prescription à l'immobilisme. La rédaction du Code civil donne aussi l'occasion d'innover de sorte que codifier ouvre la voie au bouleversement des habitudes⁵⁶. Le Code civil consacre deux types d'innovations : les innovations dues au contexte de son adoption, d'autres dues à la pure imagination des auteurs qui en ont pensé les règles.

Les innovations contenues dans le Code sont d'abord dues au contexte révolutionnaire de l'époque. Les codifications, de manière générale s'inscrivent souvent au terme d'une période de crise qui impose certains renouvellements⁵⁷. Elles ont une dimension profondément politique et sociale⁵⁸. Si le Code civil est moins emprunt des idées révolutionnaires que ne l'étaient les projets de Code avortés de Cambacérès à la fin du XVIIIe siècle, il en est tout de même marqué. Les rédacteurs innoveront en consacrant certains acquis révolutionnaires dans la législation civile : la conception de la propriété comme étant « inviolable et sacrée », l'égalité dans les successions légitimes, le mariage civil et bien sûr le divorce. Plus que consacrer des habitudes, la loi va alors projeter, prospecter, des habitudes futures sur la base de ces innovations.

Les innovations contenues dans le Code sont aussi dues à l'imagination des auteurs. Les exemples font légion parce qu'on l'a dit, le Code civil est essentiellement un Code doctrinal. Pothier aime ainsi à trancher les incertitudes passées en proposant des solutions nouvelles. Or, certains articles du Code reprennent mot pour mot ses formules. On peut citer, tout d'abord, la consécration de l'indivisibilité conventionnelle des obligations dont l'idée est née sous la plume de Pothier. Pothier cite Dumoulin sur l'obligation indivisible mais innove pourtant

⁵⁵ Cornu dénonce l'idée couramment répandue selon laquelle la codification ne viendrait que « *que pour cueillir les fruits d'une évolution* », que comme un « *résumé du droit* » : G. CORNU, *op. cit.* p. 361.

⁵⁶ P. DEUMIER, « Les habitudes, un problème de sources », *op. cit.* p. 75.

⁵⁷ R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique, Société, 2002, p. 151.

⁵⁸ B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, PUF, coll. Droit, éthique, Société, 1998, p. 8 et s.

totalem dans les solutions qu'il propose⁵⁹. On peut citer aussi la consécration de la cession de créance dont nulle trace ne se trouve chez les auteurs avant Pothier⁶⁰. Les économistes avaient imaginé qu'un créancier puisse céder le titre consacrant son droit à la chose due. Pothier l'a consacré juridiquement pour donner un sens clair à leur prophétie⁶¹. L'auteur rattache alors la cession de créance au droit romain en se référant à la *procuratio in rem suam* inventée par les jurisconsultes romains⁶² alors que les figures n'ont rien de commun.

C'est ainsi que le Code civil va plus loin qu'une simple transposition des habitudes qui le précèdent. Consécration et transgression des habitudes forment un subtil mélange au sein d'un même écrin. A partir de ce mélange, ce sont de nouvelles habitudes de pratiquer et de penser le droit qui vont être prises, façonnant ainsi la lettre de la loi pour l'adapter à la réalité mouvante de notre droit. L'habitude va ainsi retrouver sa place d'origine aux côtés de la loi, rejoignant les sources vivantes ... avant que le Code ne s'emploie à les consacrer de nouveau en son sein.

⁵⁹ J.-L. THIREAU, « Pothier et la doctrine française des XVI^e et XVII^e siècle », in MONÉGER J., SOURIOUX J.-L. et TERRASSON DE FOGÈRE A. (dir.), *Robert-Joseph Pothier d'hier à aujourd'hui*, Economica, coll. Étude juridiques, 2001, p. 35, spéc. p. 50.

⁶⁰ « Il s'est établi dans la pratique, qu'on peut transporter les créances, les donner, les vendre et en disposer à quelque titre que ce soit » : R.-J. POTHIER, *Traité de la vente et des retraits*, Siffrein, 1821, n° 551, p. 330.

⁶¹ En parlant des économistes, RIPERT observe que « ce qui les gêne dans le droit, c'est justement cette sèche précision qui fait obstacle à l'imagination. Tout économiste est un savant ; mais c'est en même temps un idéaliste qui s'ignore ou un prophète qui s'affirme. Il lui déplaît qu'on lui demande de préciser les contours de son rêve, de donner un sens clair à sa prophétie » : G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, coll. Reprint, 1951, 2^e éd., p. 5.

⁶² « Il n'est pas même nécessaire que l'acte qui en contient le transport exprime le mandat dans lequel nous venons d'expliquer que ce transport consiste » : *ibid.*