

mariage les vicie, or le mariage est d'ordre public ; qu'on peut donc soutenir que la révocabilité est aussi d'ordre public (1). La réponse nous paraît trop subtile. Quoi qu'il en soit, la révocation étant établie dans l'intérêt du donateur, il peut révoquer, donc il doit aussi avoir le droit d'agir en nullité, l'action en nullité, si on l'admet, ayant pour but de garantir la révocabilité.

416. L'action en nullité s'ouvre à la mort du donateur. C'est le droit commun. L'action en réduction ne s'ouvre qu'à la mort de celui qui a fait les libéralités excessives. Or, la nullité prononcée par l'article 1099 a pour objet de garantir les intérêts des réservataires ; elle est donc la sanction de l'indisponibilité ; dès lors on doit appliquer à la nullité les principes qui régissent la réduction. Dans notre opinion, cela n'est pas douteux ; si les réservataires ont seuls le droit d'agir, il est certain qu'ils ne peuvent intenter l'action que lorsque leur droit à la réserve est ouvert, donc à la mort de leur auteur.

Tout le monde est d'accord sur ce point. La seule difficulté est de savoir si les enfants peuvent agir du vivant de leur auteur, non pour demander la nullité, mais pour prendre des mesures conservatoires. Il a été jugé que les enfants du premier lit sont recevables, même du vivant de leur père, à s'opposer à ce que sa femme, après avoir obtenu la séparation de corps, retire le montant d'une libéralité déguisée qui lui a été faite par leur père, sous le titre de constitution de dot (2). Nous avons enseigné le contraire dans un cas analogue. Les créanciers conditionnels peuvent seuls provoquer des mesures conservatoires, pendant que la condition est en suspens (art. 1180) ; or, le droit des réservataires, pas plus que celui des héritiers en général, n'est un droit conditionnel ; ils n'ont qu'une simple espérance et une espérance n'est pas un droit, pas même éventuel (3).

(1) Rejet, 16 avril 1850 (Daloz, 1850, 1, 152). Comparez les arrêts cités par Daloz, n° 948.

(2) Grenoble, 2 juillet 1831 (Daloz, n° 910).

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 629, note 37. En sens contraire, Merlin et Troplong.

TITRE IV.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL (1).

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

§ 1^{er}. Sources du titre des Obligations.

417. Bigot-Préameneu ouvre l'Exposé des motifs de notre titre par un éloge magnifique du droit romain. Après avoir remarqué que les obligations conventionnelles se répètent chaque jour et se renouvellent à chaque instant, il ajoute : « Mais tel est l'ordre admirable de la Providence qu'il n'est besoin, pour régler tous les rapports, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la conscience que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra immortelle leur législation. » Oserons-nous le dire ? L'orateur du gouvernement prodigue ses éloges à un droit qu'il semble très-peu connaître. Les compilations de Justinien ne sont pas une œuvre législative ; ce que Bigot-Préameneu appelle législation se compose, en réalité, de fragments mutilés

(1) Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 5 vol. in-8°, Paris, 1857 et Bruxelles, 3 vol. gr. in-8°, 1863.

extraits des écrits des jurisconsultes romains; certes ces jurisconsultes brillent au premier rang dans notre science, mais ce qui les distingue, c'est bien moins l'esprit d'équité que la rigueur de leurs déductions. Leibnitz les compare à des mathématiciens; ils manient les principes comme des formules d'algèbre. Voilà pourquoi le droit romain est un excellent instrument d'éducation juridique. Notre science est une science de raisonnement, il faut donc développer chez ceux qui l'étudient l'esprit logique qui déduit avec rigueur les conséquences qui découlent des principes. Mais la vie réelle ne procède pas de la logique, c'est une suite de transactions qui ont pour objet de concilier des intérêts opposés. Ce qui doit dominer dans cette œuvre de conciliation, c'est, avant tout, l'équité, que Bigot-Prémeneu place en première ligne, comme source des obligations (1).

418. A entendre l'orateur du gouvernement, l'esprit d'équité de la législation romaine lui aurait mérité le beau nom de raison écrite que lui ont donné toutes les nations policées. Qui dit raison écrite, dit la perfection. Aussi Bigot-Prémeneu croit-il qu'il serait difficile d'espérer que l'on pût encore faire des progrès dans cette partie de la science législative. Les auteurs du code, selon lui, n'ont fait que formuler les principes qu'ils ont puisés dans le droit romain. Si ce droit cesse d'avoir en France l'autorité de la loi, il conservera l'empire que donne la raison sur tous les peuples. C'est dans le Digeste qu'il faudra chercher l'application des principes que le code civil lui a empruntés. On ne doit, dit l'Exposé des motifs, envisager les dispositions du code relatives aux contrats que comme des règles élémentaires d'équité dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines. « C'est là que sont les développements de la science du juste et de l'injuste; c'est là que doivent s'instruire ceux qui voudront y faire quelques progrès et, en général, tous ceux qui seront chargés de la défense et de l'exécution des lois consignées dans le code français (2). »

(1) Bigot-Prémeneu, Exposé des motifs, n° 1 (Loché, t. VI, p. 147).

(2) Exposé des motifs, n° 4 (Loché, t. VI, p. 148).

L'orateur du Tribunal abonde dans cet éloge : il remarque qu'au milieu de la discordance de nos lois anciennes et de nos vieilles coutumes, on suivait la même doctrine, à l'égard des contrats, dans les pays de droit coutumier et dans les pays de droit écrit; toutes les parties de la France ne reconnaissaient, en cette matière, qu'un même législateur; ce législateur, c'est la raison dont le droit romain, surtout dans les obligations, est regardé comme le fidèle organe (1).

419. Si l'on s'en tenait aux discours des orateurs du gouvernement et du Tribunal, il faudrait en induire que le Digeste est le commentaire officiel du titre des *Obligations*, les auteurs du code lui ayant emprunté les principes dont les applications se trouvent dans les lois romaines. Mais pour peu que l'on réfléchisse sur la nature du droit, il est facile de se convaincre que notre législation n'est plus celle de Justinien. Le droit est une face de la vie; or, la vie n'est jamais stationnaire; si elle s'arrêtait un instant, elle ferait place à la mort. Si la vie est progressive, le droit l'est aussi. Il est donc impossible que le droit du XIX^e siècle soit encore le droit des XII Tables. La société romaine a été bouleversée de fond en comble par le christianisme et par l'invasion des races germaniques; une nouvelle civilisation s'est produite, civilisation dans laquelle le commerce et l'industrie prennent la place de l'élément guerrier qui dominait à Rome. A la suite de ces immenses révolutions, les sentiments, les idées, les besoins des hommes ont changé; et l'on veut que le droit qui les régit soit resté le même!

C'est une illusion que de chercher l'idéal, en quoi que ce soit, dans le passé; la perfection relative que les hommes, êtres imparfaits et limités, peuvent atteindre n'est pas derrière nous, elle est devant nous. Que l'on entre dans les tribunaux où se rend la justice civile, que l'on écoute les avocats, que l'on entende la décision des juges. Est-ce sur le droit romain que l'on plaide? est-ce sur les textes du Digeste que les magistrats fondent leurs juge-

(1) Mouricault, orateur du Tribunal, Discours, n° 1 (Loché, t. VI, p. 242).

ments? Quand on débat une question vivement controversée, on cite les auteurs qui ont écrit sur notre ancien droit coutumier; rarement on remonte aux jurisconsultes du *xvi*^e siècle, plus rarement encore on discute les textes des lois romaines. Serait-ce oubli et dédain de la science? Non, les premiers principes que l'on enseigne aux futurs jurisconsultes sont les principes du droit romain: le Digeste est et sera toujours en honneur à l'école; si, au barreau et dans la chambre du conseil, on le consulte tous les jours moins, la raison en est bien simple, c'est que le droit est l'expression de la vie, et notre vie s'écarte de plus en plus de l'état social des Romains. Sous l'influence de nouvelles mœurs et de besoins nouveaux, il se forme une science nouvelle; les interprètes du code s'inspirent des faits au milieu desquels ils vivent, et non des faits qui se sont passés à Rome. De là la grande importance que prend la jurisprudence des arrêts. On se plaint de l'autorité excessive que les avocats et les juges y attachent. Sans doute, la raison ne s'est pas plus incarnée dans les décisions de nos cours que dans celles des jurisconsultes romains, mais les éléments de notre science se trouvent dans les recueils d'arrêts bien plus que dans le Digeste: d'une part, c'est la vie vivante: d'autre part, c'est une tradition morte; or, le droit est une science de vie et non de mort.

420. Il ne faut donc pas prendre au pied de la lettre ce que les orateurs du gouvernement et du Tribunal disent de l'autorité du droit romain. Ce serait méconnaître leur vraie pensée. Sans doute, la tradition joue un grand rôle dans notre science; les principes se développent et se modifient, mais on n'en crée guère de nouveaux. Il faut donc, en chaque matière, éclairer les lois nouvelles par la tradition à laquelle elles se rattachent. Reste à savoir quelle est notre vraie tradition. Sur ce point, il y a un véritable malentendu. Les orateurs du gouvernement et du Tribunal répondent: C'est le droit romain. Oui, mais ce n'est pas le droit du Digeste. Nous doutons fort que les auteurs du code civil aient une seule fois consulté les compilations de Justinien; ils ne citent même pas les

grands jurisconsultes du *xvi*^e siècle; nous ne leur ferons pas injure en disant que le nom de Doneau leur était inconnu. Quelles sont les sources romaines où ils ont puisé? Tous les orateurs s'accordent à célébrer les écrits de Domat et de Pothier. La France, dit Bigot-Préameneu, met leurs ouvrages au nombre des plus parfaits. Favard, le rapporteur du Tribunal, dit qu'une loi sur les obligations doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples. « Les Romains ont écrit ces vérités dans leurs lois. Elles ont été recueillies par le savant Domat, et Pothier en fit un traité qui seul aurait fait sa gloire. C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé. » L'orateur du Tribunal fait aussi l'éloge des ouvrages classiques de Domat et de Pothier; il ajoute que le projet soumis à l'adoption du Tribunal est la substance de leurs écrits, et il pense que c'est la meilleure recommandation qu'il en puisse faire (1).

Domat et Pothier sont donc les vrais auteurs du titre des *Obligations*. L'un et l'autre se sont inspirés du droit romain, qu'ils citent à chaque pas. Est-ce à dire que les *Lois civiles* de Domat et le *Traité* de Pothier soient la fidèle expression des lois de Rome? Nous allons entendre Domat répudier les subtilités romaines à ce point qu'il ne daigne pas même les rappeler: c'était déjà une tradition morte. Pothier ne les aime pas davantage. Qu'est-ce qu'ils appellent des subtilités? Ce sont des déductions très-logiques qui découlent des principes romains; repousser les conséquences, n'est-ce pas rejeter les principes? Pourquoi les disciples s'écartent-ils à tout instant de la doctrine de leurs maîtres? Pothier et Domat ne sont plus des logiciens comme Ulpien et Paul, ce sont des ministres d'équité; sous leur plume, le droit romain se transforme: le droit strict fait place à un droit équitable. D'où vient l'esprit nouveau qui dicte leurs décisions? Ils écrivaient

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 3 (Loché, t. VI, p. 147); Favard, Rapport au Tribunal, n° 3 (Loché, p. 191); Mouricault, Discours, n° 1 (Loché, p. 212).

l'un et l'autre dans les pays de droit coutumier ; les coutumes sont l'expression des mœurs germaniques ; et qui ne sait que les peuples du Nord n'étaient pas une race de juristes ? Les Allemands n'ont jamais tenu le premier rang dans la science du droit ; aujourd'hui même, malgré l'éclat de quelques noms, ils se distinguent par leur science historique, bien plus que comme interprètes du droit positif. Le génie des nations germaniques est plus élevé, plus universel ; c'est cet esprit d'équité que les orateurs du gouvernement et du Tribunat admiraient tant dans le droit romain ; ils ne se doutaient pas qu'ils admiraient le génie des races du Nord qui mirent fin à la domination du peuple-roi. Leur erreur s'explique : ils ne connaissaient le droit romain que par Domat et Pothier ; le droit qu'ils célèbrent, c'est le droit romain modifié par les coutumes, transformé par la civilisation moderne ; c'est ce droit qui est la vraie source du code civil.

421. Voilà pourquoi, tout en ayant un profond respect pour nos maîtres, les jurisconsultes romains, nous ne les citons guère. Ce serait perpétuer l'illusion des auteurs du code, et l'illusion deviendrait dangereuse. Il serait facile de trouver, pour la plupart des dispositions de notre titre, un texte romain auquel il paraît emprunté ; le travail a été fait par un de nos jeunes collègues (1). Nous ne craignons pas de le dire : ce serait fausser le droit français que d'y voir la copie du droit romain. Si l'on interprétait le code civil par le Digeste, on aboutirait à des conséquences erronées, on introduirait dans notre droit des principes qui lui sont étrangers, des théories qui ne sont pas celles du droit français et que les auteurs du code ignoraient. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler l'invasion des idées romaines comme un danger pour le droit pratique : elle fait dire au code ce qu'il n'a pas voulu dire, et si elle réussissait, elle mettrait à la place du code civil français un code civil romain. Nous éviterons ces erreurs, en nous attachant aux vraies sources de la légis-

(1) *Droit civil, annoté d'après le droit romain*, par Van Wetter, professeur à l'université de Gand (1873, 1 vol. in-8°).

lation moderne, à Domat et à Pothier ; et quand nous recourons au droit romain, nous préférons le puiser dans les commentateurs du xvi^e et du xvii^e siècle, de préférence aux jurisconsultes de Rome, parce que les commentateurs modernes s'inspirent, alors même qu'ils ne s'en rendent pas compte, des sentiments de notre civilisation germanique et chrétienne.

422. La tradition présente encore un écueil contre lequel nous devons prémunir nos jeunes lecteurs. Tous les orateurs qui ont exposé les motifs du titre des *Obligations* s'accordent à reconnaître qu'il a été puisé dans les ouvrages de Domat et de Pothier. De là la grande autorité de ces deux auteurs dans notre matière. Mais il ne faut pas l'exagérer. Les auteurs du code ont innové, et beaucoup plus peut-être qu'ils ne l'ont cru. Il ne faut donc pas voir dans le *Traité des obligations* de Pothier et dans les *Lois civiles* de Domat le commentaire authentique du code Napoléon. On doit tenir compte des innovations, cela va sans dire, et elles réfléchissent souvent sur toutes les parties de notre titre. Il y a une autre réserve qu'il ne faut pas perdre de vue quand on cherche dans nos anciens auteurs l'application des principes que le législateur français y a puisés. L'interprète du code civil ne peut pas toujours suivre l'opinion de Domat et de Pothier ; ils décident en équité, Pothier surtout ; ils en avaient le droit, car ils écrivaient dans les pays de coutume où le droit romain n'avait d'autre autorité que celle de raison écrite ; voilà comment il arrive que tout en procédant du droit romain, ils le modifient. Quand le code a consacré ces modifications, tout est décidé. Mais restent les nombreuses questions que le code n'a pas prévues ; quand Pothier les décide en droit, son autorité est grande, et il est rare que l'on doive s'en écarter. Mais pouvons-nous aussi décider en équité, comme le faisait Pothier ? Non, car l'interprète du code est lié par une loi positive et par les principes qui en découlent. Il n'est plus un ministre d'équité, sauf dans les cas où la loi est muette. Quand la loi a parlé, il est enchaîné par le texte, et il ne peut écouter aucune considération d'équité. Nous l'avons déjà dit dans le pre-

mier volume de ces *Principes* (1). Si nous le répétons, c'est pour tenir nos jeunes lecteurs en garde contre les interprètes qui parfois oublient qu'ils n'ont pas pour mission de faire la loi.

§ II. *Obligation. Contrat. Convention.*

423. Le titre III du livre III est intitulé : « Des *contrats* ou des *obligations conventionnelles* en général. » Il traite donc des principes généraux sur les obligations qui dérivent des contrats ; néanmoins il ne définit pas l'obligation ; le premier article du titre se borne à définir le contrat. N'est-ce pas confondre le contrat avec l'obligation ? Il est certain que cette confusion existe dans plus d'une disposition de notre titre (2). On l'a assez amèrement reprochée aux auteurs du code (3). Nous ne leur ferons pas l'injure de croire qu'ils aient ignoré la différence élémentaire qui sépare l'obligation et le contrat ; ils avaient Pothier sous les yeux, et Pothier n'a garde de confondre l'obligation avec le contrat, qui n'est que l'une des sources des obligations. Toujours est-il qu'il devrait y avoir plus de précision dans le langage des lois ; le droit demande une grande clarté dans la pensée et une expression tout aussi nette ; et c'est au législateur à donner l'exemple. Mais il ne faut pas mettre d'exagération dans ces reproches. Les auteurs du code ont voulu donner un exposé complet des principes qui régissent les obligations les plus nombreuses, et ce sont certes celles qui naissent des contrats. De là le nom d'*obligations conventionnelles* pour désigner le titre qui est consacré aux obligations en général. Au point de vue pratique, cela ne présente aucun inconvénient ; la plupart des obligations naissant des conventions, le praticien est très-heureux de trouver, réunies dans un titre complet, les règles qui doivent le guider. Et il ne faut pas oublier que le code est fait pour les magistrats, ce n'est

(1) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 41, n^o 29.

(2) Demolombe, t. XXIV, p. 364, n^o 384.

(3) Marcadé, t. IV, p. 333. Comparez Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 341, note 2.

pas un manuel pour les élèves. La science a d'autres exigences, on ne pardonnerait pas à un auteur ce que l'on a à peine le droit de reprocher au législateur. Il nous faut donc procéder logiquement, tout en restant fidèles à l'ordre du code et demander ce que c'est qu'une obligation avant d'expliquer la définition du contrat.

424. Les jurisconsultes romains définissent l'obligation « un lien de droit qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose ou à faire ou à ne pas faire quelque chose. » C'est la traduction de Pothier (1) ; nous la compléterons par les explications de Doneau. L'obligation est un *lien* ; l'expression latine est plus énergique : *vinculum*, une chaîne ; celui qui est enchaîné ne peut pas échapper au pouvoir de celui qui le tient dans les fers. Eh bien, la personne obligée est enchaînée, comme l'est une personne qui serait chargée de chaînes. Celui au profit duquel elle s'est engagée à donner ou à faire peut la traîner devant les tribunaux et la faire condamner à prêter ce à quoi elle est tenue ; elle n'est délivrée de cette chaîne, ses fers ne sont rompus que lorsqu'elle a accompli la prestation. Hâtons-nous d'ajouter qu'il ne s'agit pas de chaînes de fer, c'est un lien de droit qui enchaîne le débiteur ; mais ce lien peut être comparé à des fers corporels, car il prive le débiteur de sa liberté, ou la diminue ; en tant qu'il est obligé, il n'est plus libre, il a abdiqué sa liberté ; il peut être contraint par la force publique à remplir ses engagements. De quoi se plaindrait-il ? C'est lui-même qui s'est astreint. La définition latine ajoute : *necessitate* ; Pothier a omis ce mot qui semble compris dans celui d'*astreindre*. Le débiteur est astreint en ce sens qu'il est dans la nécessité de prêter ce qu'il a promis. S'il ne le fait pas, le créancier a contre lui l'action par laquelle il le traduit devant le juge, et celui-ci, organe du pouvoir social, met au service du créancier la force dont la société dispose.

Quel est l'objet de l'obligation ? Le débiteur doit prêter ce qu'il s'est engagé à donner, à faire ou à ne pas faire.

(1) Pothier. *Traité des obligations*, n^o 1.