



HAL
open science

Ecole de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 C. civ.

Alain Desrayaud

► **To cite this version:**

Alain Desrayaud. Ecole de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 C. civ.. Revue trimestrielle de droit civil, 1993, III, pp.535-547. hal-04495339

HAL Id: hal-04495339

<https://hal.u-pec.fr/hal-04495339v1>

Submitted on 8 Mar 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

Ecole de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 C. civ.

par Alain Desrayaud, professeur à la Faculté de droit de Saint-Maur (Paris XII)

L'Ecole de l'Exégèse a-t-elle jamais existé ? Depuis la provocatrice Eloge de l'Exégèse, la question est débattue¹. Non seulement la doctrine des civilistes du XIX^{ème} siècle aurait été déformée par Saleilles et Gény dans le but de faciliter le triomphe de leurs propres systèmes², mais encore Bonnacase aurait discerné trois époques dans l'histoire de cette école, là où il eût fallu découvrir plusieurs courants doctrinaux entrecroisés³.

Pour compléter les études entamées sur la conception générale du droit de ces auteurs du XIX^{ème} siècle ou sur leur méthode d'interprétation de la loi, il nous paraît intéressant de confronter leurs sentiments sur un problème juridique précis. M. Kanayama a procédé de la sorte pour la prescription⁴, notre contribution portera sur la responsabilité contractuelle. Cette matière semble particulièrement propre à faire l'expérimentation de quelques-uns des traits distinctifs attribués à cette Ecole de l'Exégèse: la soumission à la loi, le recours à l'intention du législateur ou encore la conception étatiste du droit⁵.

En effet, certaine était l'intention des rédacteurs du Code civil, quand ils ont posé dans l'article 1137 :

"L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent".

Il s'agissait pour eux de faire table rase du passé en rompant avec la théorie dite de la prestation⁶ des fautes⁷. Depuis les *professores legum* de Bologne, Montpellier et Orléans, c'était une classique question d'école que de définir la *culpa levissima*, la *culpa levis* et la *culpa lata* et que d'en

¹ Ph. Rémy, Eloge de l'Exégèse, *Revue Droits*, 1985, I, pp. 115 et s.

² Ch. Atias, Philosophie du droit : les enjeux d'une fin de siècle dans *L'évolution de la philosophie du droit* sous la direction de G. Planty-Bonjour et R. Legeais, Paris, 1991, pp. 241 et s.

³ C. Jamin, Relire Labbé et ses lecteurs, *Archives de philosophie du droit*, XXXVII, Paris, 1992, pp. 247 et s.

⁴ Les civilistes français et le droit naturel au XIX^{ème} siècle. A propos de la prescription, *RHFD*, 1989, VIII, pp. 129 et s.

⁵ Sur les caractéristiques de l'Ecole de l'Exégèse : J. Bonnacase, *La pensée juridique de 1804 à l'heure présente*, tome 1, Bordeaux, 1933, n° 234-239, pp. 524-542.

⁶ Du verbe latin *praestare*, garantir, répondre de (*culpam praestare*).

⁷ A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 13, Paris, 1827, p. 321 (Favart, communication officielle au Tribunal, 3 février 1804). C'est bien ainsi que cette disposition fut comprise au début du XIX^{ème} siècle : Proudhon, *Traité des droits usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, tome 3, Dijon, 1824, n° 1509-1510, pp. 479-480 et n° 1512, pp. 481-483, Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code civil depuis et y compris le titre de la vente, De la vente*, tome 1, Paris, 1834, n°363, p. 577, K.S. Zachariae par G. Massé et Ch. Vergé, *Le droit civil français*, Paris, 1857, tome 3, § 548, p. 399 et note 5, pp. 399-400, J.M. Boileux par F.F. Poncelet, *Commentaire sur le Code civil*, tome 3, art. 1137, p. 502, J.F. Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, tome 4, Paris, s.d. (entre 1840 et 1848), pp. 294-295.

faire application aux différents contrats d'après le critère de *l'utilitas contrahentium*⁸. Il était couramment admis que si le débiteur ne retirait aucun avantage du contrat, il répondait de sa faute grave assimilée au dol, que si les deux parties tiraient profit, l'une et l'autre étaient tenues de leur faute légère et que si le débiteur était le seul à profiter du contrat, il devait rendre compte de sa faute très légère⁹. Les règles de principe dégagées faisaient généralement l'objet d'une infinité de distinctions et d'exceptions; il n'était point de jurisconsultes qui ne le disputassent en arguties et cavillations.

Or, non seulement cette construction reposait sur une interprétation des textes romains qui était contestée depuis le XVI^e siècle par des jurisconsultes comme Godefroy, Doneau, Thomasius, Cocceji ou encore Lebrun, mais encore sa complexité la rendait impraticable¹⁰. Au cours des travaux préparatoires, Bigot-Préameneu ne s'était pas fait faute de l'attaquer : "la division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique : il n'en faut pas moins sur chaque faute vérifier si l'obligation du débiteur est plus ou moins stricte, quel est l'intérêt des parties, comment elles ont entendu s'obliger, quelles sont les circonstances... (elle) ne peut que répandre une fausse lueur et devenir la matière de contestations plus nombreuses"¹¹. Dans ces conditions, l'alinéa 1 de l'article ne pouvait être interprété que comme portant condamnation de la division tri-partite des fautes et du critère de *l'utilitas contrahentium*. En revanche, l'alinéa 2 paraissait se référer à une gradation des fautes et différentes dispositions du Code en être des applications¹².

En définitive, de par sa formulation équivoque, l'article 1137 "promet plus qu'il ne tient"¹³. Comment des juristes réputés attachés à l'interprétation littérale de la loi ont-ils résolu le paradoxe de cette disposition ?

L'Ecole paraît avoir été singulièrement partagée; elle a développé des interprétations qui ont été quelquefois difficilement conciliables avec les caractéristiques qui lui sont ordinairement

⁸ Sur le droit romain classique et post-classique : P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, pp. 692-701, R. Monier, *Manuel de droit romain, Les obligations*, Paris, 1954, n° 167-171, pp. 226-236, R. Villers, *Rome et le droit privé*, Paris, 1977, pp. 449-453, J. Ph. Lévy, *Histoire des obligations*, cours de licence, Paris, 1978, pp. 249 et s.

⁹ Dans son *Traité des obligations*, Pothier exposait cette théorie sommairement (*Oeuvres*, tome 1, Paris-Orléans, 1781, n° 142, pp. 61-62). En revanche, dans chacun de ses traités consacrés spécialement à un contrat, il examinait avec minutie le problème de l'inexécution du contrat dans des développements relatifs aux obligations des parties (*ibid.*, tome 2, notamment *Traité du contrat de louage*, n° 190-196, pp. 260-264 et n° 429-431, pp. 337-338 (louage d'ouvrage), *Traité du prêt à usage*, n° 45-63, pp. 685-695, *Traité du contrat de dépôt*, n° 23-33, pp. 803-808 et n° 77-81, pp. 824-826 (dépôt d'hôtellerie) ou encore *Traité du nantissement*, n° 29-34, pp. 954-956). Selon toute apparence, cette démarche observée par nombre de jurisconsultes procédait d'une confusion entre responsabilité contractuelle et contenu du contrat.

¹⁰ Voir les témoignages concordants de Lebrun, *Essai sur la prestation des fautes* (éd. 1761) publié dans les *Oeuvres* de Pothier par Bugnet, tome 2, Paris, 1848, pp. 505-506, Proudhon, *op. cit.*, tome 3, n° 1500, p. 471, Troplong, *op. cit.*, tome 1, n° 397, p. 603, K.S. Zachariae par G. Massé et Ch. Vergé, *op. cit.*, tome 3, § 548, note 5, pp. 399-400, J.M. Boileux par F.F. Poncet, *op. cit.*, tome 2, art. 1137, p. 502, L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV du livre III du Code civil*, tome 1, Paris, 1885, art. 1101 à 1145, art. 1137, n° 2, p. 417, Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 7, Paris, 1894, tome 7, n° 93, p. 139.

¹¹ A. Fenet, *op. cit.*, tome 13, Paris, 1827, p. 230 (présentation au Corps Législatif, 28 janvier 1804) ; rapp. Favart, *ibid.*, p. 321 (communication officielle au Tribunat, 3 février 1804).

¹² C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, Paris, 1845, n° 411, p. 393 dressait l'inventaire suivant : art. 450, 601, 804, 1374, 1624, 1806, 1728, 1850, 1927, 1928, 1992, C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome 4, Paris, s. d., § 308, note 28, p. 149, retranchaient les articles 804, 1374 et 1850, mais ajoutaient 627, 1806, 1880, 1962 al. 1 et 2080.

¹³ Troplong, *ibid.*, n° 367, p. 579.

décernées. Par delà les divergences d'interprétation entre les auteurs, il convient de distinguer parmi eux deux courants qui ne sont pas loin de correspondre à deux époques différentes. Les uns semblent avoir comme anticipé sur la méthode de la libre recherche ainsi que l'a suggéré M. Rémy¹⁴ (I), alors que d'autres n'ont pas été imperméables à l'idée que le droit puisse être encore l'*ars boni et aequi* des jurisconsultes antiques (II).

I. Une anticipation de la libre recherche

Il serait hasardeux de retirer à Charmont et à Chausse suivis par Bonnecase le mérite d'avoir discerné différentes phases dans l'histoire de la doctrine civiliste du XIX^e siècle¹⁵. Les premiers commentateurs comme les rédacteurs du Code civil s'inscrivaient indiscutablement dans la continuité historique¹⁶. De par leur formation ou de par les enseignements de leurs maîtres, les jurisconsultes du début du XIX^e siècle furent les héritiers de la tradition. Inspirés à la fois par les enseignements de l'Ecole moderne du droit naturel et par l'empirisme des praticiens de l'ancien droit¹⁷, leur mode de penser et leur culture les conduisirent à lire l'article 1137 C. civ. au travers d'une grille jusnaturaliste ou romanisante.

A. Une interprétation jusnaturaliste

Au lendemain de la promulgation du Code, l'interprétation que Toullier donna de l'article 1137 C. civ. est bien conforme à l'image que nous pouvons nous faire d'un juriste qui voulait faire des écoles de droit "le premier noviciat des jurisconsultes, des magistrats et des législateurs". Là, ils auraient examiné "la justice et le fondement des dispositions de la loi"¹⁸.

En effet il a développé une thèse selon laquelle le nouveau droit ne connaîtrait plus qu'un seul type de faute, contractuelle ou délictuelle. D'après lui, le Code civil obligerait à répondre de sa faute très légère. Les développements qu'il a consacrés à justifier sa théorie de l'unité de la faute laisse transparaître l'influence évidente de l'Ecole moderne du droit naturel¹⁹. En effet les arguments avancés tournaient autour des trois colonnes du Droit naturel que les disciples de Grotius ont empruntées aux *praecepta juris* d'Ulpien : *honeste vivere, neminem laedere et suum cuique tribuere*²⁰.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 122 et du même, Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle, *RHFD*, 1985, II, p. 100.

¹⁵ J. Charmont et A. Chausse, Les interprètes du Code civil, *Le Code civil (1804-1904), Livre du Centenaire*, Paris, 1904, tome 1, pp. 133 et s., spécialement p. 139 et 152-153, J. Bonnecase, *op. cit.*, tome 1, n° 144-157, pp. 288-303.

¹⁶ J. Poumarède, Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse (les débuts de l'Ecole française du droit historique) dans *La coutume et la loi. Etude d'un conflit* sous la direction de C. Journès, Lyon, 1986, pp. 96 et 103-104, N. Kanayama, *ibid.*, p. 131-133, J.L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992, p. 276 et J.M. Poughon, *Le Code civil*, Paris, 1992, pp. 15-16.

¹⁷ Ph. Rémy, Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle, *RHFD*, 1985, II, p. 101.

¹⁸ J. Charmont et A. Chausse, *ibid.*, p. 144 et plus généralement pp. 143-146.

¹⁹ *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 6, Paris, 1830, n° 223-236, pp. 234-246.

²⁰ D. I, 1, 10, 1.

L'*honeste vivere* imposerait la bonne foi. Juridiquement cela se traduisait pour Toullier par une définition extrêmement large du dol directement inspirée de celle de Labéon²¹ : elle conduisait à réprimer toute malhonnêteté, qu'elle procédât ou non d'une intention formelle de nuire²². De la même façon, la faute était entendue de manière très extensive : "toute contravention à un engagement est une faute; toute action, toute omission qui est l'effet d'une négligence, du défaut de soin ou de l'ignorance, à l'égard des choses que l'on pouvait ou que l'on devait savoir, est une faute"²³. L'article 1137 C. civ. imposant au débiteur d'apporter à la chose d'autrui "tous les soins d'un bon père de famille", il devrait répondre de la faute la plus légère. D'après Toullier, si, lorsqu'il s'agit de punir les fautes, le droit pénal peut prendre en compte leur gravité, en droit civil, elles seraient toutes égales²⁴. Faute contractuelle et faute aquilienne se résorberaient ainsi dans la faute civile.

Le *suum cuique tribuere* serait également incompatible avec la gradation des fautes. Ce serait un impératif de la justice commutative : "on doit réparer le dommage que l'on a causé à autrui par la faute même la plus légère, parce qu'enfin, quelque légère que soit cette faute, elle n'est pas une raison suffisante pour appauvrir le prochain, encore moins pour enrichir celui qui l'a commise, quoique par mégarde et sans aucune mauvaise intention"²⁵.

C'était enfin le *neminem laedere* qui constituait le coeur de la démonstration de Toullier. Les articles 1382 et 1383 C. civ. ne seraient que la transcription du précepte moral "Ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse à toi-même"²⁶. En matière contractuelle, Toullier voyait une double série d'application des principes posés aux deux précédents articles. En premier lieu, il y aurait les articles 1147 et 1148 C. civ. L'article 1147 obligerait à réparer le dommage résultant de tout fait ou omission ayant provoqué l'inexécution du contrat, même s'il n'y a aucune mauvaise foi du débiteur. Quant à l'article 1148, il imposerait au débiteur de faire réparation de tout ce qui peut lui être imputé sauf le cas fortuit et la force majeure, ce qui impliquerait qu'il réponde de ses fautes même les plus légères²⁷. En second lieu viendraient les articles 1136 et 1137 C. civ. qui porteraient sur l'obligation de conserver la chose jusqu'à la livraison et d'y apporter tous les soins d'un bon père de famille sans distinguer selon que la convention a pour objet l'utilité de l'une des parties ou leur utilité commune²⁸.

²¹ "*Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*" (D. IV, 3, 1, 2).

²² *Ibid.*, tome 6, n° 224, pp. 235-236.

²³ *Ibid.*, tome 6, n° 230, pp. 238-239.

²⁴ *Ibid.*, tome 6, n° 234, p. 245.

²⁵ *Ibid.*, tome 6, n° 234, p. 245.

²⁶ *Ibid.*, tome 6, n° 232, p. 242. Cette règle tirée du droit naturel divin est fréquemment invoquée à propos de l'article 1137 C. civ. (voir notamment J.M. Boileux, *op. cit.*, tome 3, art. 1137, p. 502, L. Larombière, *op. cit.*, tome 1, (art. 1101-1146), art. 1137, n° 4, p. 421, rapp. Troplong, *op. cit.*, Vente, tome 1, n° 394, p. 602). Il est vrai qu'au cours des travaux préparatoires, le tribun Favart s'y était expressément référé (A. Fenet, *op. cit.*, tome 13, p. 321), rapp. art. 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1793.

²⁷ *Ibid.*, tome 6, n° 233, pp. 243-244.

²⁸ *Ibid.*, n° 234, pp. 244-245.

La doctrine de Toullier, - comme la thèse de Planiol près d'un siècle plus tard²⁹ -, fut largement combattue, bien que la similitude d'inspiration des arguments invoqués pour justifier les articles 1137 et 1382 C. civ. fût manifeste³⁰. De l'aveu même des rédacteurs, l'heure n'était plus aux systèmes ni aux théories, ni à la philosophie ou à la morale, il était temps de légiférer pour les hommes tels qu'ils sont³¹. Au surplus l'excessive rigueur de sa solution exigeant de tous les débiteurs une puissance d'application et d'attention révélatrice d'un talent supérieur était irréaliste³². Enfin elle était en complète discordance avec les différents articles du Code impliquant une gradation des fautes et se trouvait également en opposition avec la tradition juridique romaine à l'école de laquelle il avait été formé à l'instar de ses contemporains.

B. Une interprétation romanisante

A propos de la disposition de l'article 1137 C. civ., Beudant devait écrire : "tout est romain : les mots, les idées, la préoccupation même des rédacteurs, laquelle se traduit par des distinctions qui seraient dépourvues de sens si elles n'avaient pas pour but d'exclure les idées romaines ou du moins l'interprétation qu'en avaient donnée les romanistes du XVIIIème siècle"³³. Auparavant Troplong n'avait-il pas lui-même considéré qu'elle ne pouvait guère s'entendre autrement que par référence aux différentes interprétations du droit romain³⁴ ? Aussi quelques jurisconsultes du début du XIXème siècle n'hésitèrent-ils pas à débrouiller les fils de l'écheveau de l'article 1137 C. civ. en recourant au droit romain.

Pour les plus anciens d'entre eux, cette démarche s'imposait pour ainsi dire naturellement à leur esprit. Car, sous l'Ancien Régime, les dispositions de la législation royale et des coutumes

²⁹ Sur le renouvellement du débat : M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, Paris, 1930, n° 488-494, pp. 674-687 (et la bibliographie).

³⁰ J.L. Gazzaniga, Notes sur l'histoire de la faute, *Revue Droits*, V, 1985, p. 27. Cf. sur les articles 1382 et s., spécialement Bertrand de Greuille, communication officielle au Tribunat, 6 février 1804 et Tarrible, discussion au Corps Législatif, 8 février 1804, A. Fenet, *op. cit.*, pp. 474-475 et 487-488 et plus généralement H. Mazeaud et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de responsabilité délictuelle et contractuelle*, tome 1, Paris, 1934, n° 42-56, pp. 47-68.

³¹ X. Martin, L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme, *RHD*, 1982, p.601. Rapp. R. Martinage-Baranger, *Bourjon et le Code civil*, Paris, 1971, pp. 67-68 et J. Goy, v° Code civil dans F. Furet et M. Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, 1988, p. 519.

³² H. Blondeau, *Analyse d'un ouvrage intitulé Essai sur la prestation des fautes dans Essais sur quelques points de législation ou de jurisprudence*, Paris, 1850, pp. 100-102 (dans son compte-rendu pour la *Thémis* de la réédition de 1813 de l'*Essai sur la prestation des fautes de Lebrun*, il critique la thèse de Toullier), Proudhon, *op. cit.*, n° 1481-1486, pp. 453-458, n° 1507-1508, pp. 477-478 et n° 1513-1517, pp. 483-487, Troplong, *op. cit.*, Vente, tome 1, n° 370-384, pp. 580-590, C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, *op. cit.*, tome 4, Paris, § 308, note 25, p. 146, C. Demolombe, *op. cit.*, tome 1, n° 406 a, pp. 307-308, Ledru-Rollin, *Répertoire général*, tome 7, Paris, 1847, v° Faute, n° 72, p. 457, L. Larombière, *op. cit.*, tome 1 (art. 1101-1146), art. 1137, n° 10, pp. 430-433, Th. Huc, *op. cit.*, tome 7, n° 95, pp. 142-144.

³³ Ch. Beudant par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière avec la collaboration de G. Lagarde, *Cours de droit civil français*, tome 8, *Les contrats et les obligations*, Paris, 1936, n° 395, p. 289, rapp. G. Massé et Ch. Vergé sur Zachariae, *ibid.*, § 548, note 2, p. 399.

Sur l'influence du droit romain sur les rédacteurs du Code civil : J.L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, 1992, n° 46, pp. 59-60.

³⁴ *Ibid.*, n° 363, p. 576 ; rapp. G. Massé et Ch. Vergé sur Zachariae, *ibid.*, § 548, note 5, p. 400.

touchant au droit des obligations étaient pour le moins clairsemées³⁵; c'est en puisant aux sources romaines que les anciens auteurs et la jurisprudence avaient construit une large partie du droit français. Le droit romain n'apparaissait-il pas comme la raison écrite³⁶? C'est ainsi que Merlin, Procureur général près la Cour de cassation pendant l'Empire, traita de la responsabilité contractuelle en faisant référence à la division tri-partite des fautes et au critère de l'utilité. Plus précisément, à l'article Faute de son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, il se contenta de publier un compendium de l'interprétation que Pothier avait faite des textes du droit romain³⁷. Au mot Incendie où il traita également de la question, tous ses développements étaient justifiés par d'abondantes citations des lois romaines³⁸. Fait symptomatique, aussi bien dans l'édition de 1812 de son *Répertoire* que dans celle de 1827, il ne fit que reproduire les développements qu'il avait lui-même rédigés pour le *Répertoire* de Guyot en 1784³⁹. Cet attachement au droit romain répondait chez Merlin à la fois à une volonté de ne pas rompre avec la tradition, mais également à la préoccupation pratique de trouver commodément des solutions à une difficulté juridique⁴⁰ obscurément résolue par le Code. Pour un juriste formé sous l'Ancien Régime, le droit romain demeurait la *ratio scripta*⁴¹. La doctrine de Merlin incite à souscrire au jugement de M. Kanayama : "les éléments fondamentaux restent le droit antérieur, surtout le droit romain qui sert de modèle d'analogie à l'interprétation du Code"⁴².

Que l'article 1137 C. civ. dût être éclairé par rapport au droit romain ne disparut pas avec la génération de Merlin (1754-1838). Un certain nombre de civilistes de la génération suivante procédèrent de la même façon à une époque où l'influence de la codification sur la science du droit était devenue patente. Le respect de la tradition et l'influence de l'École historique ne suffirent pas à expliquer cette persistance.

Traitant de l'article 1137 C. civ., d'Hauthuille écrivait en 1835 : "rien de plus équitable et en même temps rien de plus conciliable avec les textes du Code civil que de suivre les préceptes du droit romain"⁴³. Faut-il en déduire qu'il faisait fi de l'intention du législateur et méconnaissait les

³⁵ J.L. Gazzaniga, *ibid.*, § 41, p. 54 ; nous nous permettons de renvoyer également à notre article à paraître Etude exploratoire sur l'effectivité des lois et la souveraineté du roi en droit privé (XIII^{ème} siècle - XVIII^{ème} siècle) dans *Cuadernos de historia del derecho* de l'Université Complutense de Madrid, 1993, I.

J. Charmont et A. Chausse, *op. cit.*, p. 141.

³⁶ J.L. Gazzaniga, Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime, *Revue Droits*, 1990, XII, p. 45. et plus généralement sur cette question E. Chénon, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, tome II (1), Paris, 1929, n° 409, pp. 331-334 ou plus récemment Ph. Sueur, *Histoire du droit public français, XV^{ème}-XVIII^{ème} siècles*, tome 2, Paris, 1989, pp. 132-136.

³⁷ Spécialement tome 5, Paris, 1812, v° Faute, pp. 104-109.

³⁸ *Ibid.*, tome 6, Paris, 1813, v° Incendie, pp. 51-64.

³⁹ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 7, Paris, 1784, v° Faute, pp. 296-300 et tome 9, Paris, 1784, v° Incendie, pp. 117-127. Ces mêmes développements sont encore repris dans l'édition du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Merlin (Paris, 1827) augmentés de quelques arrêts de la Cour de cassation relatifs à la responsabilité du locataire en cas d'incendie, tome 6, v° Faute, pp. 522-527 et tome 7, v° Incendie, pp. 781-797.

⁴⁰ J. Charmont et A. Chausse, *op. cit.*, p. 141.

⁴¹ Selon toute apparence, il l'était demeuré sous la Révolution, voir H. Richard, Les professeurs de législation des écoles centrales, témoins du droit privé intermédiaire dans *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?* sous la direction de M. Vovelle (Actes du colloque d'Orléans, 11 - 13 septembre 1986), Paris, 1988, p. 270.

⁴² *Op. cit.*, pp. 132-133.

⁴³ A. d'Hauthuille, De la prestation des fautes (courte exposition de la doctrine de M. Hasse et application au droit français actuel), *Revue de législation et de jurisprudence*, tome 2, 1835, p. 353.

travaux préparatoires ? Une telle attitude aurait été bien peu orthodoxe en un temps censé marqué par l'apogée de l'École de l'Exégèse. En fait, le sentiment d'Hauthuille ne peut être étudié sans que soit mise en regard l'évolution de la science romanistique du début du XIX^{ème} siècle. En effet, en 1815, le professeur Hasse de l'Université de Königsberg fit oeuvre de restauration en publiant un ouvrage intitulé *Die Culpa des roemischen Rechts*. A la suite d'autres romanistes, il avait entrepris de démontrer que si le droit romain connaissait bien la faute grave, il ignorait la faute très légère et que par ailleurs, il distinguait entre faute légère *in concreto* et faute légère *in abstracto*⁴⁴. Ses travaux eurent un retentissement considérable dans les États germaniques où le droit romain était appliqué comme droit positif. En France, ses idées furent diffusées par un long compte-rendu d'Hauthuille publié à la Revue Wolowski⁴⁵ et surtout par des professeurs de droit romain comme Du Caurroy⁴⁶. De la sorte des générations d'étudiants en droit apprirent-ils que, selon la nature du contrat, "la faute proprement dite s'apprécie ... tantôt dans un sens relatif d'après les habitudes personnelles de ceux à qui on l'impute, tantôt dans un sens absolu, indépendamment de ces mêmes habitudes"⁴⁷. Le sentiment commun était que le vrai sens des textes romains avait été rétabli et qu'en conséquence les inextricables casuistiques des anciens interprètes étaient vouées à l'oubli. Il paraissait possible de dégager clairement des règles fondées sur la raison et l'équité et tirées de la nature des choses.

C'est ainsi que les conclusions de la science romanistique du XIX^{ème} siècle paraissent avoir retenti directement sur l'interprétation de l'article 1137 C. civ. Des auteurs comme d'Hauthuille⁴⁸, Ledru-Rollin⁴⁹ ou Larombière⁵⁰ soutinrent que l'alinéa 1 de cet article faisait référence à la diligence du bon père de famille et que sa faute s'appréciait *in abstracto*, alors que l'alinéa 2 autorisait à l'estimer *in concreto*, le cas échéant. L'alinéa 1 aurait ainsi fixé le maximum de la diligence requise, l'alinéa 2 le minimum. L'article 1137 aurait demandé à être réécrit de la manière suivante : "dans tous les contrats sans distinction, la diligence est exigée; mais elle s'estime tantôt *in abstracto*, tantôt *in concreto* selon la nature des contrats"⁵¹.

Cette doctrine avait l'inconvénient d'être en contradiction formelle avec l'alinéa 2 qui pose que l'obligation du débiteur "est plus ou moins étendue relativement à certains contrats". Or l'appréciation *in concreto* est indulgence pour le débiteur. Dans le système préconisé, s'il y avait bien un moins, il n'y avait pas de plus. Aussi reçut-il un bien faible écho en doctrine. A cette époque, il était tenu pour constant que la règle édictée par une disposition législative devait constituer un frein à l'imagination⁵².

⁴⁴ Nous nous bornerons à évoquer ici son apport pour l'interprétation de l'article 1137 C. civ. : d'autres points mériteraient d'être évoqués touchant au cumul des actions délictuelles et contractuelles ou encore à la charge de la preuve.

⁴⁵ *Op. cit.*

⁴⁶ *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, tome 2, Paris, 1851, n° 1071-1078, pp. 224-232.

⁴⁷ *Ibid.*, n° 1072, p. 225.

⁴⁸ A. d'Hauthuille, *op. cit.*, pp. 342 et s.

⁴⁹ Ledru-Rollin, *op. cit.*, tome 7, v° Faute, n° 73 et s., pp. 457 et s.

⁵⁰ L. Larombière, *op. cit.*, tome 1 (art. 1101-1146), art. 1137, n° 4, pp. 420-423 (pour l'obligation de donner).

⁵¹ A. d'Hauthuille, *ibid.*, p. 350 ; dans le même sens : Ledru-Rollin, *ibid.*, n° 73-74, p. 457.

⁵² C. Jamin, *op. cit.*, p. 250.

C'est vraisemblablement pour la même raison que l'originale interprétation de Duranton ne fut guère partagée. Pour lui, si l'alinéa 1 paraissait proscrire une gradation des fautes comparable à celle du droit romain, l'alinéa 2 empêchait une telle interprétation : "la première disposition de cet article semble exclure la théorie des interprètes du droit romain, qui, d'après des textes positifs, reconnaissent plusieurs degrés dans les fautes... la seconde disposition de ce même article rappelle implicitement cette théorie... Car, si elle n'a pas la même étendue dans toute espèce de contrat, c'est par cela même reconnaître que le débiteur, dans telle affaire, peut n'être tenu d'une faute dont il eût pu être responsable dans telle autre"⁵³. Si règle générale il y avait, il fallait la rechercher dans l'alinéa 2 : "le véritable principe de la matière se trouve donc non dans la première partie de l'article, mais dans la seconde qui paraît cependant n'être qu'une modification du principe lui-même"⁵⁴. D'après Duranton, hormis le cas où le législateur de 1804 s'est formellement prononcé sur la nature de la faute dont le débiteur doit répondre, il y aurait lieu de suivre les règles du droit romain. En application de ses postulats, Duranton élaborait en recourant au critère de l'utilité toute une casuistique que n'aurait pas désavouée un jurisconsulte d'Ancien Régime⁵⁵. A l'évidence, Duranton ne s'estima pas enchaîné par l'intention du législateur⁵⁶. Il est vrai aussi que fidèle à l'esprit et à la méthode de l'ancien droit, Duranton le fut par nécessité. C'est la conclusion des développements qu'il consacra à la prestation des fautes qui nous révèle le fond de sa pensée. Il y constata que "l'appréciation des fautes est un point laissé à la sagesse du juge"⁵⁷. Aussi jugea-t-il que sa doctrine devait "dans la plupart des cas, servir de guide aux tribunaux, lorsque surtout la loi sera muette ou très obscure sur celui qui leur serait soumis"⁵⁸. Ainsi, comme dans la France monarchique, le droit romain apparaissait-il toujours comme la raison écrite et évitait-il au juge de se rendre coupable du déni de justice prévu à l'article 4 C. civ.⁵⁹.

C'est encore le point de vue de Gislain en 1853. Dans son article publié à Namur et intitulé *Critique de la thèse de MM. Ducaurroy et Hasse sur la prestation des fautes*, il commençait par chercher à démontrer que le droit romain avait connu la faute très légère, puis il dissertait sur le cumul des actions délictuelles et contractuelles⁶⁰. Enfin il s'interrogeait sur ce que l'article 1137 C. civ. laissait subsister. Pour lui, les rédacteurs auraient entendu ne pas "transporter impérativement" les

⁵³ *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 10, Paris, 1830, n°398, pp. 409-410, dans le même sens : n° 408, p. 417-419.

⁵⁴ *Ibid.*, n° 408 *in fine*, p. 419.

⁵⁵ *Ibid.*, n° 411-415, pp. 422-426.

⁵⁶ J. Bonnet, *op. cit.*, tome 1, n° 236, pp. 524-530 jugeait que l'intention du législateur considérée comme source du droit positif constituait l'un des traits distinctifs de l'École.

⁵⁷ *Ibid.*, n° 416, p. 427.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Nous faisons abstraction ici de l'opinion de Duranton selon laquelle le droit romain aurait distingué entre faute grave *in abstracto* et faute grave *in concreto* tout comme il discernait faute légère *in abstracto* et faute légère *in concreto* (*ibid.*, n° 399-407, pp. 410-417). Pour la critique des conceptions de Duranton, voir Troplong, *op. cit.*, Vente, tome 1, n° 388-398, pp. 593-604, L. Larombière, *op. cit.*, tome 1 (art. 1101-1146), art. 1137, n° 8, pp. 429-430, G. Baudry-Lacantinerie et L. Bardé, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 1, Paris, 1906, n° 349, p. 396, note 2.

Sur le sens donné à l'article 4 C. civ. par les rédacteurs : Y.L. Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965, pp. 95-99.

⁶⁰ *Op. cit.*, n° 3-27, pp. 5-13.

anciennes règles dans le nouveau code et ainsi ne pas obliger le juge à les observer. "Ils ont voulu, non pas supprimer la matière, ce qui eût été absurde, mais abandonner aux cours et aux tribunaux le droit de juger d'après leur conscience et en équité"⁶¹. Octroyer un tel office au juge ne l'autoriserait nullement à statuer arbitrairement. Il était invité à puiser les motifs de son dispositif aux sources romaines : "rien dans nos lois ne fait obstacle à ce que les magistrats s'en inspirent pour résoudre les cas particuliers qui leur sont soumis dans la pratique des affaires"⁶².

En définitive, il est clair que pour ces auteurs, tout le droit civil n'était pas dans la loi⁶³. En aucune façon, ils ne concevaient le Code civil comme un système⁶⁴ qui pouvait être interprété indépendamment de son passé. Plutôt que de construire un système cohérent⁶⁵ à partir des multiples articles du Code relatifs à la responsabilité contractuelle⁶⁶, Toullier a préféré partir des *praecepta juris*, tandis que d'autres auteurs se sont attachés à promouvoir les solutions romaines. L'interprétation de Toullier était par trop philosophique pour pouvoir triompher à un moment où la doctrine civiliste française commençait à compter de nombreux "positivistes naissants" qui n'allaient pas tarder à être relayés par des "positivistes convaincus"⁶⁷. Plus difficiles à cerner sont les intentions des interprètes romanisants de l'article 1137 C. civ. Il serait facile de souligner que sans vergogne ils ont forcé l'esprit sinon la lettre des dispositions légales pour sauvegarder les solutions romaines. Il ne paraît pas douteux que l'attachement à la tradition et la commodité ont eu leur part. Néanmoins il faut probablement compléter cette explication. D'une part si l'on admet que la déclaration de la loi et la rationalité de la loi sont deux des thèses essentielles de l'Exégèse⁶⁸, le recours au droit romain réputé raison écrite s'imposait. D'autre part, paradoxalement, tout scrupule légaliste n'était peut-être pas étranger aux partisans de l'interprétation romanisante. En effet elle évitait de reconnaître au juge une trop grande latitude en l'enveloppant dans les rets des solutions romaines. Car, au début du XIX^{ème} siècle et en fait depuis la Révolution, le juge ne devait être que le ministre de la loi et son office devait se limiter à en faire une application mécanique⁶⁹. Sur le plan pratique, malgré les controverses doctorales, la référence au droit romain assurait aux justiciables un minimum de prévisibilité et empêchait que la conscience et l'équité du magistrat ne fussent les arbitres des jugements.

⁶¹ *Ibid.*, n° 28, p. 13.

⁶² *Ibid.*, n° 29, p. 14. Pour sa part, il suggérait un système plutôt original tendant à appliquer l'article 1337 pour la garde et la conservation d'une chose matérielle et pour les actes de gestion et d'administration, d'une part les articles 1146 ou 1382 et s. indifféremment en cas de faute très légère et d'autre part, les articles 1382 et s. en cas de faute légère ou grave (n° 29, p. 13, rapp. n° 26, p. 12).

⁶³ Ph. Rémy, *Eloge de l'Exégèse* précité, p. 123.

⁶⁴ Selon P. Dubouchet, *L'Ecole de l'Exégèse et la science du droit*, *RRJ*, 1986, II, pp. 216-220, ce furent les auteurs de la deuxième génération de l'Ecole qui firent du Code un système en posant les trois postulats de "fermeture", de "complétude" et de "cohérence".

⁶⁵ Ph. Rémy, *Eloge de l'Exégèse* précité, p. 121 où il souligne que les exégètes sont "faiseurs de systèmes".

⁶⁶ Rapp. art. 6 du titre V du Livre préliminaire que comportait le projet de Code civil de la commission du gouvernement : "Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut en combiner et en réunir toute les dispositions" (A. Fenet, *op. cit.*, tome 2, p. 7).

⁶⁷ Sur cette distinction : N. Kanayama, *op. cit.*, pp. 137-151.

⁶⁸ Ph. Rémy, *Eloge de l'Exégèse* précité, p. 122.

⁶⁹ Y.L. Hufteau, *op. cit.*, pp. 26-28, 29 et s.

II. Un renouveau de l'*ars boni et aequi*⁷⁰

"Le juge devant toujours apprécier les circonstances, user de son libre arbitre et prononcer comme juré, l'étendue de la responsabilité d'un contractant ne peut dans aucun cas donner lieu à une question de droit"⁷¹.

En formulant en termes aussi péremptoires son sentiment, Taulier paraît avoir voulu faire oeuvre de provocation et défier les jurisconsultes qui, sous couvert de l'interprétation de l'article 1137 C. civ., entendaient reproduire la séculaire théorie de la prestation des fautes. Pourtant cette retentissante prise de position ne semble pas devoir être vue simplement comme une virulente réaction contre une opinion doctrinale. Elle procédait du renouvellement de la doctrine civiliste à partir des années 1830 - 1840. Comme l'a établi Bonnecase, les nouvelles générations de civilistes affichaient de plus en plus ouvertement une volonté de rupture et la ferme résolution d'innover⁷². Elles se sentaient moins prisonnières de la tradition juridique de l'ancien droit. En conséquence, elles furent plus libres de développer des interprétations novatrices.

Le courant représenté par Taulier visait ni plus ni moins à échapper aux textes du Code civil et à instaurer l'arbitraire du juge au sens propre du terme en affectant de voir en l'article 1137 C. civ. la légitimation de son pouvoir souverain d'appréciation. En vérité, bien peu de civilistes étaient disposés à un tel grand renoncement. Quelques années auparavant, Troplong avait déjà reproché aux tribunaux "de n'avoir amorti la vivacité de la question qu'en étouffant tout ce qui est discussion de système et point de droit, sous la commode interprétation des faits et sous un équitable, mais facile arbitraire"⁷³. A l'exemple des *prudentes* romains⁷⁴, la majeure partie des civilistes cherchaient à concilier observance de la loi et recherche de l'équité et de la justice⁷⁵, une telle préoccupation les amena à consacrer l'article 1137 C. civ. comme légitimant la *prudentia* du juge.

A. La légitimation de l'arbitraire du juge

Adversaire déclaré de la méthode historique, Taulier se refusait par principe à toute référence à l'ancien droit, à la jurisprudence des parlements et du Conseil du roi ou encore au droit romain⁷⁶. La vérité est que son interprétation de l'article 1137 C. civ. semble être tout entière dominée par des considérations pratiques qui l'amènent à s'opposer ardemment à toute tentative d'établir quelque règle en la matière. Il était suivi par Massé et Vergé, -ceux-là mêmes-, qui, pour rendre

⁷⁰ D. I, 1, 1, pr. ("*jus est ars boni et aequi*"). Sur ce point : M. Villey, *Philosophie du droit*, tome 1, Paris, 1978, n° 51 et s., pp. 92 et s.

⁷¹ J.F. Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, Paris, s.d. (entre 1840 et 1848), tome 4, p. 295.

⁷² *Op. cit.*, tome 1, n° 223-224, pp. 522-525.

⁷³ *Op. cit.*, De la Vente, tome 1, n° 361, p. 571.

⁷⁴ Sur l'art des prudents : M. Villey, *op. cit.*, tome 2, Paris, 1982, n° 170 et s., pp. 61 et s.

⁷⁵ C. Jamin, *op. cit.*, pp. 250, 263-264.

⁷⁶ P. Dubouchet, *op. cit.*, pp. 213-214.

plus facile l'accès au *Manuel* de Zachariae avaient cru opportun d'abandonner son plan systématique pour lui substituer l'ordre du Code civil⁷⁷. Pour eux, le *bonus paterfamilias* ne pouvait pas être défini, car il n'existait pas. "Ce texte (l'article 1137 C. civ.) ne dit ce qu'il entend par un bon père de famille et il ne pouvait pas le dire. Un tel titre suppose un ensemble de qualités essentiellement relatives, car toutes les intelligences, toutes les éducations, toutes les situations ne sont pas les mêmes"⁷⁸. Pareillement, il n'était pas possible de caractériser la faute contractuelle, "il n'y a pas de faute qui, considérée en elle-même, abstraction faite des circonstances de lieu, de temps et de personnes, puisse dans le système actuel du Code, être classée d'après des données abstraites et une mesure invariable et absolue... La gravité de la faute, son existence même, est toujours en rapport avec son imputabilité, c'est-à-dire avec les circonstances dans lesquelles elle se produit"⁷⁹. Dès lors, il appartiendrait au juge de statuer d'après les données réelles de l'affaire pour déterminer l'existence et l'importance des fautes, "*in concreto*" écrivaient Massé et Vergé en entendant l'expression dans un sens nouveau. En la matière, "la seule loi, c'est la conscience du juge"⁸⁰. Était-il possible d'être plus oublieux des multiples dispositions du Code relatifs à la question et à partir desquels un esprit systématique n'aurait pas manqué de chercher à dégager des règles de principe ?

En réalité, leur solution n'avait rien de très originale. Sans l'avouer, -mais leur parti pris anti-historique les y autorisait-il ?-, ils s'inspiraient de la doctrine développée par l'avocat au Parlement de Paris Lebrun dans son *Essai sur la prestation des fautes*. Depuis sa publication en 1761, il avait été régulièrement réédité, avait fait l'objet de longs compte-rendus de Pothier et de Blondeau et était souvent cité⁸¹.

Le système de Lebrun était empreint d'individualisme et de relativisme. En effet, il reposait sur les postulats que chaque individu a des capacités différentes, que chacun use de sa liberté différemment et que ces dissemblances doivent réagir sur le droit. A partir de là, il était conduit à soutenir que nul ne pouvait se voir exiger une diligence supérieure à ses capacités. Cela impliquait la proscription de la faute très légère, car obliger quiconque à répondre d'une telle faute aurait

⁷⁷ J. Charmont et A. Chausse, *op. cit.*, p. 156.

⁷⁸ *Op. cit.*, tome 4, pp. 293-294 ; dans le même sens, G. Massé et Ch. Vergé sur Zachariae, *op. cit.*, tome 3, § 548, note 5, p. 400.

⁷⁹ G. Massé et C. Vergé sur Zachariae, *ibid.* La signification du mot imputabilité a évolué au XIX^{ème} siècle. De toute évidence, différents auteurs n'entendaient pas le terme comme l'exigence d'une volonté consciente. Il aurait impliqué qu'il appartenait au juge de rechercher si le débiteur avait pris effectivement toutes les précautions pour mener à bien l'exécution du contrat, s'il avait mis tout son soin à l'accomplissement de ses engagements. Autrement dit, il se serait agi de rechercher s'il avait eu ou non un comportement fautif. Finalement le mot imputabilité aurait dû être pris dans le sens premier du terme inculpation (voir par exemple C.B.M. Toullier, *op. cit.*, tome 6, n° 234 *in fine*, p. 245, Proudhon, *op. cit.*, tome 3, n° 1513, p. 484, Troplong, *op. cit.*, Vente, tome 1, n° 389-390, pp. 596-597).

⁸⁰ *Ibid.* ; dans le même J.F. Taulier, *op. cit.*, p. 294 *in princ.* et p. 295.

⁸¹ Il fut réédité à Paris en 1813. Entre autres, il se trouve également reproduit dans l'édition des *Oeuvres* de Pothier par Bugnet, tome 2, Paris, 1848, pp. 503-526. H. Blondeau en fit un compte-rendu critique à la *Thémis* (voir *Essais sur quelques points de législation ou de jurisprudence*, Paris, 1850, cette compilation d'articles de Blondeau le reproduit sous le titre *Analyse d'un ouvrage intitulé Essai sur la prestation des fautes*, pp. 93-116). Merlin, *op. cit.*, tome 5, Paris, 1812, v° Faute, pp. 106-109 résume la théorie de Lebrun et les critiques de Pothier. Il est couramment fait référence à la thèse de Lebrun, voir entre autres : J.B. Duvergier sur C.B.M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 16, Paris, 1835, n° 279, p. 330-331, note 9, C. Demolombe, *op. cit.*, tome 1, n° 405, pp. 386-387, L. Larombière, *op. cit.*, tome 1 (art. 1101-1146), art. 1137, n° 2, p. 416, Th. Huc, *op. cit.*, tome 7, n° 92, p. 138.

rendu incapables d'observer la loi les hommes manquant de sagacité et de vigilance⁸². Logiquement sa doctrine l'amenait également à repousser une appréciation *in abstracto* de la faute légère ; pour lui, un homme serait diligent, "lorsqu'il fait usage de toute sa prudence, de toute son industrie, de toutes ses lumières"⁸³. A la diligence du *bonus paterfamilias* ainsi redéfinie, il opposait la *diligentia ex suis rebus consueta* (la diligence habituelle dans ses propres affaires). A la différence de la première, il ne s'agirait pas de celle dont un individu pourrait faire preuve compte tenu de ses aptitudes personnelles, mais de celle qu'il prodigue effectivement dans ses propres affaires. Celle-là fonderait la responsabilité de droit commun, celle-ci s'appliquerait aux contrats conférant un droit de propriété sur une chose commune (par exemple dans le contrat de société selon la conception de Lebrun)⁸⁴. L'avocat au Parlement de Paris poursuivait sa démonstration en précisant que de même, un individu pourrait par un acte de volonté libre et conscient se déterminer à respecter une loi ou à enfreindre une loi, de même, le débiteur serait libre de décider ou non de faire preuve de la diligence requise de lui. En conséquence, "on peut distinguer divers degrés dans l'usage que l'on fait de sa capacité"⁸⁵ et selon que les actes de négligence "s'éloignent plus ou moins de leur modèle", la faute serait ou grave ou légère⁸⁶. Pour être influencé par les courants intellectuels de son temps, Lebrun n'en restait pas moins un praticien d'Ancien Régime, aussi concluait-il en répondant par avance à une objection d'ordre pratique qui ne manquerait pas de lui être opposée : "comment le juge pourra-t-il connaître la capacité de chacun ? Comment pourra-t-il se livrer à cette appréciation *in concreto* et le cas échéant, comment fera-t-il pour déterminer quelle diligence chacun apporte à ses propres affaires ?"⁸⁷. Reconnaisant que "le cours de la justice ne peut pas être retardé par de longues informations"⁸⁸, Lebrun estimait qu'il n'y avait qu'une seule ressource : "le juge doit donc se déterminer par les présomptions qui résultent des faits convenus entre les parties ou prouvés par les actes ou munis de vraisemblance. Il est même souvent réduit à se contenter de celles qui naissent de la qualité, de l'âge et du sexe de ceux dont il examine la conduite"⁸⁹. C'était implicitement reconnaître qu'en la matière, le juge était l'arbitre de la solution en recourant à des présomptions de fait.

De toute évidence, les Taulier, Massé et Vergé appartiennent à une famille de pensée dont la particularité n'est pas de recourir systématiquement à cette méthode rationnelle et déductive qui serait l'une des caractéristiques de l'Ecole de l'Exégèse⁹⁰. En matière de responsabilité contractuelle, point de logique juridique et de raisonnements d'une rigueur mathématique, la

⁸² Nos références renvoient à l'édition de Bugnet, *op. cit.*, pp. 503-504 et 508. Au reste, cette prescription aurait été à l'encontre de l'une des règles fondamentales du droit naturel qui impose que les lois générales soient à la portée de tous (*ibid.*, p. 509).

⁸³ *Ibid.*, p. 504.

⁸⁴ *Ibid.*, p.504, voir aussi pp. 524-526.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 505.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Pothier, *op. cit.*, tome 1, Appendice au *Traité des obligations*, p. 500-501.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 508.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Contra* J. Bonnacase, *op. cit.*, tome 1, n° 167, pp. 338-339 qui peint Taulier comme un "juriste délibérément doctrinaire et rationaliste intégral".

conscience du juge suffit. C'est dire que un abîme séparait leur démarche d'une *Begriffsjurisprudenz*. Naturellement, pour dégager des conclusions définitives, il conviendrait d'étudier leur sentiment sur l'interprétation d'autres articles du Code. Toutefois il faut observer que pour éclairer et mettre en oeuvre l'article 1137 C. civ., ils étaient loin d'être les seuls commentateurs de la deuxième génération qui faisaient appel ou s'appuyaient sur des éléments extrinsèques. Il en était de même des plus grands classiques.

B. La consécration de la *prudentia* du juge

Ce furent Proudhon et Troplong qui dessinèrent les linéaments de la théorie qui devait triompher. Eux aussi ne se laissèrent pas enfermés par les articles du Code. Leurs développements les font apparaître comme les héritiers d'une tradition juridique qui plongeait ses racines dans la pensée philosophique gréco-latine et dans les enseignements de l'Ancien et du Nouveau Testament. Aussi ne pouvaient-ils pas ne pas poser le problème de la responsabilité contractuelle (et délictuelle) avec en contre-point celui de la responsabilité morale⁹¹. Pour eux, la responsabilité supposait liberté et conscience et impliquait l'existence d'une gradation des fautes⁹². C'est pourquoi Proudhon reprenait la division tri-partite et estimait que l'article 1137 C. civ. faisait de la faute légère la règle générale⁹³. Il précisait que le juge, en fonction des circonstances, pouvait qualifier la faute⁹⁴ en comparant le comportement du débiteur à trois *personae* de la comédie antique et de la pensée juridique stoïcienne : le dissipateur, l'homme sage et l'avare⁹⁵. Troplong soutenait une thèse très voisine en niant toutefois l'existence de la faute très légère ("aller jusqu'à la faute très légère, c'est parler en stoïcien et non pas en jurisconsulte"⁹⁶). Lui aussi affirmait que la faute de droit commun était la faute *in abstracto*⁹⁷, mais considérait qu'il fallait "prononcer des dommages et intérêts proportionnels à la gravité de la faute"⁹⁸. Transposant en droit civil, une récente innovation du droit pénal de son temps, il écrivait que le juge devait prendre en compte ce qu'il appelait les "circonstances atténuantes"⁹⁹.

⁹¹ Sur les rapports en droit et morale en matière d'obligations, voir M. Villey, Esquisse historique sur le mot responsable dans *La responsabilité à travers les Ages* par M. Boulet-Sautel, G. Cardascia, J.Ph. Lévy, J. Turlan, R. Villers et M. Villey, Paris, 1989, pp.75-88 et J.L. Gazzaniga, *ibid.*, n° 71, pp. 84-88 et n° 102, pp. 102-104.

⁹² Sur les présupposés moraux et leurs traductions juridiques, voir les significatifs développements de Proudhon, *op. cit.*, tome 3, n° 1495-1499, pp. 466-470, n° 1506, pp. 476-477 et n° 1524-1525, pp. 492-501 et de Troplong, *op. cit.*, Vente, tome 1, n° 390, p. 596-957 et n° 395, p. 602. Sur Troplong, "philosophe de l'Ecole de l'Exégèse", voir J. Bonnecase, *op. cit.*, tome 1, n° 165, pp. 333-335 et C. Jamin, *op. cit.*, p. 265.

⁹³ *Ibid.*, n° 1469-1477, pp. 441-449, n° 1497-1499, pp. 468-470, n° 1510, p. 479-480 et n° 1512, p. 481.

⁹⁴ *Ibid.*, n° 1495, pp. 466-467, spécialement n° 1504-1506, pp. 474-477, n° 1517, p. 487, voir également n° 1519-1523, pp. 489-492 où il énumère différentes circonstances réduisant la gravité de la faute.

⁹⁵ *Ibid.*, n° 1496, pp. 467-468. Sur l'influence de la pensée stoïcienne sur le droit romain et ses limites : M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975, pp. 432 et s.

⁹⁶ *Op. cit.*, Vente, tome 1, n° 374, p. 585 ; contre la thèse de Proudhon, voir spécialement, n° 364, p. 577, n° 375-387, pp. 586-593.

⁹⁷ *Ibid.*, n° 363-399, pp. 575-605.

⁹⁸ *Ibid.*, n° 390, p. 597.

⁹⁹ *Ibid.*, n° 395, p. 602.

Les nouvelles générations de civilistes s'engouffrèrent dans la voie tracée par leurs devanciers. La réflexion politique et juridique qui avait été entamée depuis la Restauration sur la question de l'interprétation de la loi par le juge s'était traduite par l'abolition du référé législatif¹⁰⁰ et par la consécration progressive de la jurisprudence¹⁰¹. *A fortiori*, dans l'application du droit aux faits, le pouvoir d'appréciation du juge pouvait-il être reconnu par la doctrine, d'autant plus qu'en pratique, la conviction du juge était plutôt déterminante dans la résolution des litiges. Finalement il est indéniable que l'effort de systématisation entrepris depuis Aubry et Rau¹⁰² porta ses fruits et qu'ils allèrent rationalisation du droit et recherche de solutions pratiques conformes à l'équité¹⁰³. Rompant définitivement avec la division tri-partite du droit romain, ils furent d'avis que l'alinéa 1 de l'article 1137 C. civ. établissait le principe général que le débiteur devait faire preuve de la diligence du bon père de famille (*l'homo diligens et studiosus paterfamilias*) et que sa faute devait être appréciée *in abstracto*. Quant à l'alinéa 2, il était censé introduire des exceptions qui, dans les cas déterminés par la loi, permettaient au juge d'exiger du débiteur une diligence plus ou moins rigoureuse¹⁰⁴. Mais, dans cette dernière hypothèse, le juge n'était pas autorisé à apprécier *in concreto* (au sens classique) la faute du débiteur¹⁰⁵, sauf au bénéfice du dépositaire (art. 1927 C. civ.). Cette restriction signifiait que le débiteur ne pouvait être reçu à prouver que dans l'exécution de son obligation, il avait apporté le soin dont il faisait habituellement preuve dans l'administration de ses affaires¹⁰⁶. De la sorte, après avoir constaté l'existence d'une faute, le juge pouvait-il faire varier le montant des dommages et intérêts dans les hypothèses limitativement énumérés par la loi. Ainsi tout dépendait de la conviction du juge. "Dans ces cas, le juge remplit nécessairement les fonctions du juré, puisqu'en comparant le fait avec les circonstances qui l'ont précédé ou accompagné, et en balançant la faute avec les motifs d'excuse qui peuvent l'atténuer, il ne doit rendre compte de sa décision qu'aux lumières de sa raison et à la droiture de sa conscience, et qu'il n'a d'autre loi à suivre que celle de sa propre conviction, lorsqu'il s'est scrupuleusement appliqué à se former de justes idées du fait et de ses circonstances"¹⁰⁷. Pas plus que le jurisconsulte dans son interprétation des articles du Code civil, le juge dans son office ne se

¹⁰⁰ Y.L. Huftau, *op. cit.*, p. 47 et s.

¹⁰¹ E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, 1985, pp. 68 et s.

¹⁰² N. Kanayama, *op. cit.*, pp. 145-151.

¹⁰³ C. Jamin, *op. cit.*, pp. 263-266.

¹⁰⁴ K.S. Zachariae par G. Massé et Ch. Vergé, *op. cit.*, tome 3, § 548, p. 399, C. Aubry et C. Rau, *op. cit.*, tome 4, § 308, pp. 145-151, J.M. Boileux par F.F. Poncelet, *op. cit.*, tome 3, art. 1137, p. 502 (note 1 spécialement), A.M. Demante par E. Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome 5, n° 54-54 bis, pp. 69-73, V. Marcadé, *op. cit.*, tome 4, n° 507, pp. 439-440, Th. Huc, *op. cit.*, tome 7, n° 93, pp. 139-140, Ch. Beudant, *op. cit.*, tome 8, n° 396-397, pp. 289-291, G. Baudry-Lacantinerie par L. Bardé, *op. cit.*, Obligations, tome 1, n° 347-354, pp. 393-399 et n° 358-359, pp. 403-405.

¹⁰⁵ C. Aubry et C. Rau, *ibid.*, J.M. Boileux par F.F. Poncelet, *ibid.*, p. 502, C. Demolombe, *op. cit.*, n° 411, pp. 391-395, A.M. Demante par E. Colmet de Santerre, *ibid.*, F. Mourlon par Ch. Demangeat, *op. cit.*, tome 2, n° 1120-1121, pp. 584-585, V. Marcadé, *ibid.*, n° 507-507 bis, pp. 439-440, Th. Huc, *op. cit.*, tome 7, n° 93-94, pp. 139-142, rapp. G. Baudry-Lacantinerie par L. Bardé, *op. cit.*, Obligations, tome 1, n° 347-354, pp. 393-399 (avec des nuances).

¹⁰⁶ C. Aubry et C. Rau, *ibid.*, note 30 *in fine*, pp. 150 et 151-152, J.M. Boileux par F.F. Poncelet, *ibid.*, note 1, p. 502, C. Demolombe, *ibid.*, n° 411, p. 394, A.M. Demante par E. Colmet de Santerre, *ibid.*, n° 54, p. 69, F. Mourlon par Ch. Demangeat, *ibid.*, n° 1120, p. 585, V. Marcadé, *ibid.*, n° 507, p. 439.

¹⁰⁷ Proudhon, *op. cit.*, n° 1523, pp. 491-492. Dans le même sens : J.M. Boileux, *ibid.*, note 1, p. 502, A.M. Demante par E. Colmet de Santerre, *ibid.*, n° 54 bis, pp. 70-71, V. Marcadé, *ibid.*, n° 507, p. 439, Th. Huc, *op. cit.*, tome 7, n° 94, p. 141, G. Baudry-Lacantinerie par L. Bardé, *op. cit.*, Obligations, tome 1, n° 346, p. 393 (rapp. n° 357 *in fine*, p. 403).

trouvait prisonnier des dispositions législatives. Qu'il s'agisse de son interprétation ou de son application, la loi pouvait être éclairée ou enrichie par des éléments extrinsèques.

De l'étude de cette controverse doctrinale sur l'article 1137 C. civ., il ressort qu'en l'occurrence, la méthode de l'Ecole dite de l'Exégèse apparaît bien peu... exégétique. Dans toutes ces interprétations, le Code civil ne fut pas nécessairement conçu comme un système. Et force est de constater une nouvelle fois que la doctrine civiliste de la fin du XIX^{ème} siècle - début du XX^{ème} siècle a imposé une représentation particulièrement réductrice de la pensée juridique du XIX^{ème} siècle. Nombre d'auteurs se référaient explicitement au droit naturel, au droit romain, à l'équité et à la morale et n'hésitaient pas à s'en remettre à la conviction du juge. Et il s'en faut de beaucoup que tous ces juristes se découvrent comme les ministres d'une orthodoxie légaliste et étatiste. C'est dire qu'un vaste champ d'investigation devrait être ouvert aux fins de dénombrer et de caractériser les différents courants doctrinaux de cette époque¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Cette recherche sur l'article 1137 C. civ. nous suggère les critères suivants qui sont loin d'être exhaustifs: les démarches empreintes d'esprit de système s'opposant à celles marquées du sceau de l'empirisme, la signification des références historiques (application de la méthode historique, adhésion à l'Ecole historique ou recours à une solution technique utile), l'attraction du légalisme (par exemple, il est significatif que si certains auteurs eurent pour problématique de résoudre la contrariété des alinéas 1 et 2 de l'article 1137 C. civ., d'autres se refusèrent par principe à supposer une contradiction du législateur cf. C. Demolombe, *op. cit.*, tome 1, n° 410, pp. 390-391, A.M. Demante par E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, Paris, 1865, n° 54 bis, p. 70, F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil* par Ch. Demangeat, tome 2, Paris, 1877, n° 1120, p. 584 ; rapp. L. Larombière, *op. cit.*, tome 1 (art. 1101-1146), art. 1137, n° 3, p. 418.