

THÈSE PRÉSENTÉE  
POUR OBTENIR LE GRADE DE  
**DOCTEUR DE**  
**L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

Par **Aurélien DUPEND**

**L'ARGUMENT JUSNATURALISTE EN DROIT PRIVE  
PATRIMONIAL FRANÇAIS**

Sous la direction de : Jean-Marc TRIGEAUD

Soutenue le 20 juin 2014

Membres du jury :

|                          |                                                                  |
|--------------------------|------------------------------------------------------------------|
| M. BLANCHARD, Christophe | Professeur à l'Université d'Angers, <b>rapporteur</b>            |
| M. HAKIM, Nader          | Professeur à l'Université de Bordeaux                            |
| M. RONAN, Raffray        | Professeur à l'Université de Clermont-Ferrand, <b>rapporteur</b> |
| M. TRIGEAUD Jean-Marc    | Professeur à l'Université de Bordeaux                            |

## **L'argument jusnaturaliste en droit privé patrimonial français**

**Résumé :** Les conceptions jusnaturalistes peuvent paraître mineures dans la philosophie et la théorie du droit françaises à la différence de leur présence massive dans un enseignement du droit à l'étranger mais elles n'en ressortent pas moins directement ou indirectement du droit privé en France si l'on en analyse de près certains aspects de la doctrine, de la loi et de la jurisprudence notamment dans le domaine patrimonial des biens et des contrats. Les dialogues de nature philosophique éclairent la polysémie qui s'attache au « jusnaturalisme », au mot « nature » ou à ses équivalents, dénonçant une sorte de structure commune (d'invariant), dans des débats juridiques impliquant les situations les plus pratiques à commencer par le droit de propriété. Il s'agit de montrer dans ce travail qu'il existe donc un argument de type jusnaturaliste sous-jacent à un droit qui n'en a pas toujours conscience. Cette thèse entend par là ne pas séparer l'étude de la doctrine et du droit positif, en sélectionnant les aspects les plus représentatifs et l'ensemble le plus pluraliste des conceptions jusnaturalistes et de leurs antithèses positivistes contemporaines qui servent habituellement à discréditer toute référence à la notion de « nature », comme à ses substituts. Il existe différents modes d'émergence des arguments jusnaturalistes. Une nouvelle lecture du droit positif peut être proposée si l'on veut assumer toutes les exigences, dans leurs dimensions critiques, qui conduisent parfois à des reclassements et qui éclairent sur des relations insoupçonnées à propos d'éléments éloignés.

**Mots clés :** droit naturel, nature, argumentation, critique de théorie du droit, valeur de justice, égalité, équité, ontologie juridique, philosophie du droit, responsabilité contractuelle, qualification, épistémologie juridique, théorie des sources, propriété, nature des choses.

---

## **The natural law argument in french private law**

**Abstract :** The concept of “natural law” may seem minor in French philosophy and French theory of law, unlike their massive presence in legal studies abroad, but they do not stand directly or indirectly under private law in France if analysed in certain aspects of the doctrine of the law and jurisprudence, in particular in the field of heritage property and contracts. In light of the philosophical dialogues which have illuminated the polisemy attached to the term “natural law” or the word “nature” in legal proceedings involving the most practical situations starting with the right to property, it is shown in this work that there is a natural law argument of this type underlying a right that is not always conscious. This thesis does not separate the study of the theory of positive law taken in its most representative aspects and the more pluralistic theories of natural law and the rival views of contemporary positivists which usually tend to reject any reference to or notion of natural law. There are different forms of apparition of natural law arguments. By means of arguments, jurists look at law studies in a new light.

**Keywords :** natural law, nature, argumentation, critical legal studies, value of justice, equality, equity, legal ontology, philosophy of law, contractual liability, qualification, legal epistemology, legal studies, property.

---

**ISCJ**

Institut de Sciences Criminelles et de la Justice  
Centre de philosophie du droit

Université de Bordeaux – PAC Pessac  
16 avenue Léon Duguit – CS 50057 – 33608 PESSAC Cedex



*A mes parents.*

*A Cécile.*



## **REMERCIEMENTS**

*Le travail de la thèse est fait de rencontres humaines et intellectuelles.*

*Je remercie particulièrement M. le Professeur Jean-Marc Trigeaud, pour la qualité de ses conseils et sa disponibilité constante.*

*Je remercie Mathilde Briard, Judicaël Djigumde et Alexandre Zabalza pour leur soutien.*

*Je tiens à remercier Cécile Dupend, Céline Mangematin et Anne-Luz Thébaud pour leur aide précieuse dans la finalisation de cette thèse.*

*Je remercie enfin les membres de la bibliothèque de droit privé qui m'ont permis de travailler dans les meilleures conditions.*



# LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

|                         |                                              |
|-------------------------|----------------------------------------------|
| <b>AJDA</b>             | Actualité juridique de droit administratif   |
| <b>AP</b>               | Assemblée plénière de la Cour de cassation   |
| <b>APD</b>              | Archive de philosophie du droit              |
| <b>B.</b>               | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation  |
| <b>CA</b>               | Cour d'appel                                 |
| <b>CAA</b>              | Cour administrative d'appel                  |
| <b>CC</b>               | Conseil constitutionnel                      |
| <b>CE</b>               | Conseil d'Etat                               |
| <b>CEDH</b>             | Cour européenne des droits de l'homme        |
| <b>Ch. mixte</b>        | Chambre mixte                                |
| <b>Ch. réunies</b>      | Chambres réunies                             |
| <b>Civ.</b>             | Chambre civile de la Cour de cassation       |
| <b>Comp.</b>            | Comparer                                     |
| <b><i>Contra</i></b>    | Contraire                                    |
| <b>Crim.</b>            | Chambre criminelle de la Cour de cassation   |
| <b>D.</b>               | Recueil Dalloz                               |
| <b>D. aff.</b>          | Dalloz Affaires                              |
| <b>Defrénois</b>        | Répertoire du notariat Defrénois             |
| <b>DH</b>               | Dalloz Hebdomadaire                          |
| <b>DP</b>               | Dalloz Périodique                            |
| <b>Dr. et patr.</b>     | Droit et Patrimoine                          |
| <b>Dr. Fam.</b>         | Droit de la Famille                          |
| <b>Dr. Soc.</b>         | Revue Droit social                           |
| <b>Dr. Sociétés</b>     | Revue Droit des sociétés                     |
| <b>Gaz. Pal.</b>        | Gazette du Palais                            |
| <b><i>Infra</i></b>     | Ci-dessous                                   |
| <b>JCP</b>              | Semaine juridique                            |
| <b>JCP E</b>            | Semaine juridique – édition Entreprise       |
| <b>J.-Cl.</b>           | JurisClasseur                                |
| <b>JO</b>               | Journal Officiel                             |
| <b>Journ. Sociétés</b>  | Journal des sociétés civiles et commerciales |
| <b>LPA</b>              | Les Petites Affiches                         |
| <b><i>Loc. cit.</i></b> | <i>Loco citato</i>                           |
| <b>Obs.</b>             | Observations                                 |
| <b><i>Op.cit</i></b>    | <i>Opere citato</i>                          |
| <b>Réf. Préc.</b>       | Référence précitée                           |
| <b>RCA</b>              | Responsabilité civile et assurances          |
| <b>RDC</b>              | Revue des contrats                           |
| <b>Rev. sociétés</b>    | Revue des sociétés                           |



|                     |                                         |
|---------------------|-----------------------------------------|
| <b>RJPF</b>         | Revue juridique Personne et Famille     |
| <b>RJS</b>          | Revue de jurisprudence sociale          |
| <b>RLDA</b>         | Revue Lamy de droit des affaires        |
| <b>RLDC</b>         | Revue Lamy de droit civil               |
| <b>RRJ</b>          | Revue de la Recherche Prospective       |
| <b>RTD civ.</b>     | Revue trimestrielle de droit civil      |
| <b>RTD com.</b>     | Revue trimestrielle de droit commercial |
| <b>Suiv.</b>        | Suivant                                 |
| <b>Spé.</b>         | Spécialement                            |
| <b><i>Supra</i></b> | Ci-dessus                               |
| <b>V°</b>           | <i>Verbo</i>                            |

# SOMMAIRE

## INTRODUCTION

Chapitre liminaire – Eléments philosophiques relatifs au jusnaturalisme

## PREMIERE PARTIE

### **L'ARGUMENT RELATIF A LA NATURE DANS LE DROIT POSITIF PATRIMONIAL**

#### **TITRE 1 – L'AUTORITE DES ARGUMENTS JUSNATURALISTES DANS LES QUALIFICATIONS JURIDIQUES**

Chapitre 1 – Les qualification des choses par la nature des choses

Chapitre 2 – La qualification des concepts selon la nature des choses

#### **TITRE 2 – L'AUTORITE DES ARGUMENTS JUSNATURALISTES DANS LE CONTENU DU DROIT POSITIF**

Chapitre 1 – L'état des situations juridiques déterminées par la nature

Chapitre 2 – La détermination des effets juridiques à partir de la nature

## SECONDE PARTIE

### **L'ARGUMENTAT RELATIF AU *JUS* DANS LE DROIT POSITIF PATRIMONIAL**

#### **TITRE 1 – LA RECHERCHE D'UNE EGALITE**

Chapitre 1 – Le droit positif conditionné par la recherche de l'égalité

Chapitre 2 – Le droit positif conditionnant les comportements vers l'égalité

#### **TITRE 2 – LA RELATIVITE DE L'EGALITE**

Chapitre 1 – Les limites de la primauté de l'égalité

Chapitre 2 – Les variations de la détermination de l'égalité



# INTRODUCTION

1. « Si la métaphysique s'attache à l'étude de l'unité totale ou de la totalité des choses, si donc l'examen doit porter sur le tout, comment déterminer le choix d'un point de départ ? »<sup>1</sup>. Ce constat relatif à la métaphysique s'applique de manière proportionnée au droit naturel parce que l'unité de sa signification ne fait pas obstacle aux multiples voies pour y accéder. En interrogeant le droit naturel à partir de l'homme, des choses, de la nature ou de la justice, on trouve autant de chemins différents pour parvenir à sa compréhension. Or, un point de départ arbitrairement décidé dans l'analyse d'une notion peut conduire à enfermer inconsciemment l'interprète dans les seules réponses que permet ce point de départ, à l'exclusion d'autres solutions plus proches de la vérité. A défaut de connaissance d'un principe inconditionné, il faut s'en remettre à une méthode empirique en étudiant les données concrètes fournies par le droit positif. Il s'agira de garder perpétuellement à vue le droit positif comprenant les règles de droit et ce qui leur donne sens, à savoir la jurisprudence et la doctrine. C'est seulement par cette démarche que pourra être appréciée l'existence d'une unité entre le jusnaturalisme et le droit positif<sup>2</sup>. L'analogie est la clef fondamentale de ce rapport unitaire<sup>3</sup>. La division souvent évoquée du droit naturel et du droit positif résulte d'un mouvement lié, d'une part, à l'éviction critiquable de l'analogie, et d'autre part, à la rupture entre le sens classique attaché aux mots et leur signification contemporaine. L'emploi des mots, même par référence à leur étymologie, ne suffit pas si le mouvement intellectuel s'y arrête immédiatement au motif de ne s'en servir qu'à titre d'illustration sous le mode de la culture générale. Un mot s'enracine dans un univers de sens lui donnant sa portée, son cadre et ses limites<sup>4</sup>. Tel est le cas du vocabulaire lié au droit naturel. L'optimisme est de mise car l'époque actuelle fournit tous les matériaux nécessaires pour exprimer au mieux l'idée de droit naturel. Analogie et retour au sens classique des mots, tel est le leitmotiv qui anime le lien vivant entre droit naturel et droit positif.

---

<sup>1</sup> L. DE RAEYMAEKER, *Philosophie de l'être. Essai de synthèse métaphysique*, éd. Nauwelaerts, Louvain, 3<sup>e</sup> éd., 1970, p.2

<sup>2</sup> G. RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens*, Sirey, 1925, p.11

<sup>3</sup> J.-L. BERGEL, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *RRJ* 1995-4, p.1080

<sup>4</sup> E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 1 et 2, Les éditions de Minuit, 1969

2. **La question de la possibilité d'une interprétation jusnaturaliste.** - Devant la diversité des définitions d'une notion, il convient d'employer une méthode de classification et de catégorisation pour en révéler les idées communes par lesquelles ladite notion pourra être cernée. Il faut cependant rappeler les limites de ce type de démarche puisque l'abstraction qu'elle suscite met en lumière une partie seulement de toute la signification d'une notion telle que celle de « droit naturel ». Cela est d'autant plus vrai lorsque l'on rappelle que la nature est un concept, c'est-à-dire la représentation génériciste d'une idée universelle qui la dépasse<sup>5</sup>. Avant d'approfondir les enjeux de ce nœud complexe, il convient de dégager la légitimité de toute approche jusnaturaliste au sein du droit positif. Est-ce seulement possible de percevoir dans le droit posé par le législateur une influence du droit naturel quand, dans le même temps, d'autres théories se placent en concurrence dans la justification de ces règles de droit<sup>6</sup>, des positions doctrinales et de la jurisprudence ? L'élaboration du Code civil de 1804 illustre cette difficulté à déterminer exactement la part de jusnaturalisme<sup>7</sup>. En faveur d'une incidence du droit naturel, on remarquera les auteurs qui, servant de modèle (Domat<sup>8</sup> et Pothier<sup>9</sup>), sont fortement inspirés par le droit naturel. De même, Portalis, bien que sa conception ne soit pas des plus claires, prétend parfois se fonder sur le droit naturel<sup>10</sup>. Certains articles du code civil expriment directement un principe de droit naturel, à l'image de l'article 1382 du code civil. Cependant, des limites apparaissent à l'intérieur des traités rédigés au cours du 19<sup>e</sup> siècle. L'Ecole de l'Exégèse semble s'en tenir à une lecture littérale du Code postulant d'une certaine manière, au fondement des règles uniquement dans la loi. C'est ainsi qu'ont pu être présentées les œuvres de commentateurs tels que Toullier, Duranton, Valette, Troplong, Aubry et Rau ou encore Demolombe. La réalité n'est pourtant pas aussi figée et l'on trouve à plusieurs reprises des digressions jusnaturalistes chez certains auteurs<sup>11</sup>. Dès lors, et malgré la relativité de l'idée d' « école de l'Exégèse », si peu d'auteurs faisaient références au droit

---

<sup>5</sup> J.-M. TRIGEAUD, « Nature », in Dictionnaire de philosophie politique, ss. dir. P. Raynaud et S. Rials, PUF, 2003

<sup>6</sup> Comp. L. JOSSERAND, « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant, Dalloz, 1939, p.369

<sup>7</sup> N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2002, p.256 et suiv. ; A.-J. ARNAUD, « La référence à l'école du droit naturel moderne : les lectures des auteurs du Code civil français », in La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil, Imprimerie nationale, Centre Georges Pompidou, 1989, p.3-9

<sup>8</sup> D. GILLES, *La pensée juridique de Jean Domat (1625-1696) : du grand siècle au code civil*, ss. dir. de M. Ganzin, thèse Aix-Marseille 3, 2004

<sup>9</sup> R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, 2011

<sup>10</sup> P. MALINVAUD, « La loi dans ses rapports avec le droit naturel et la politique », in Le discours et le Code, Litec, 2004, p.53-54

<sup>11</sup> Pour une approche et une critique de l'Ecole de l'Exégèse, cf. E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil et France depuis 1804*. Présentation de C. Jamin et P. Jestaz, éd. La Mémoire du Droit, 2002

naturel au cours du 19<sup>e</sup> siècle, est-il possible d'entreprendre une nouvelle interprétation du Code civil sans en dénaturer la substance ?

3. **L'argument jusnaturaliste comme présence et comme mode d'analyse.** - La question posée nécessite une distinction préalable tenant au fait d'un dédoublement du thème de l'argumentation jusnaturaliste. D'une part, il s'agit effectivement de relever une présence du droit naturel ; d'autre part, c'est plus précisément l'*argumentation* jusnaturaliste qui est propre à engager une lecture critique des règles de droit édictées par le législateur, en tant qu'elle s'apparenterait à une mesure sur laquelle se réglerait le droit positif. La légitimité d'une telle interprétation se renforce notamment avec l'arrivée d'une nouvelle génération de juristes plus ouverts aux méthodologies nouvelles. R. Saleilles et F. GénY marquent ce passage à une lecture orientée sur le droit positif, tout en gravitant autour de l'histoire, de la sociologie, de l'économie et de la philosophie. D'un côté, R. Saleilles, tout inspiré de la pensée allemande, se rapproche du droit naturel à contenu variable développé par R. Stammler<sup>12</sup>. De l'autre, F. GénY inaugure la libre recherche scientifique et met en avant un droit naturel qualifié d'« irréductible »<sup>13</sup>. Cet élan nouveau est illustré par le titre de la thèse de J. Charmont, intitulée *La renaissance du droit naturel*<sup>14</sup>, dans laquelle l'auteur expose les différents types de droits naturels et conclut en privilégiant un droit naturel à contenu variable, tout en marquant l'évolution de cette conception par rapport à son sens antique. Dans le même esprit, E.-A. Lachaux expose dans sa thèse<sup>15</sup> les tenants majeurs du jusnaturalisme au début du 20<sup>e</sup> siècle. On compte Jouffroy, Vareilles-Sommières, Boistel, Ahrens, Taparelli d'Azeglio, Don Raphaël Rodriguez de Cepéda, A. Valensin, J. Leclercq et G. Renard. Ce dernier est, à notre sens, un représentant majeur d'un authentique droit naturel dans cette période, notamment à partir du moment où il met en avant le rapport entre analogie et droit naturel<sup>16</sup>. Plus récemment, M. Villey, représentant le versant historique de l'approche du droit naturel, connaît une notoriété toujours actuelle<sup>17</sup>. Selon son approche réaliste, il conviait à

---

<sup>12</sup> Saleilles rédige d'ailleurs un article sur le droit naturel, SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p.80-112

<sup>13</sup> F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Sirey, 1921

<sup>14</sup> J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, éd. Coulet et fils, Montpellier, 1910

<sup>15</sup> E.-A. LACHAUX, *Le droit naturel et la doctrine*, thèse ss. dir. G. Renard, Nancy, 1931

<sup>16</sup> G. RENARD, *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939

<sup>17</sup> M.-F. RENOUX-ZAGAME, « Les Carnets de Michel Villey : le droit naturel comme échec avoué », in *La preuve, Droits*, n° 23, 1996, p.115-120 ; A. SERIAUX, « Le droit naturel de Michel Villey », *Revue d'histoire des facultés de droit et de science juridique*, n°6, 1988, p.139 ; G. VANNIER, *Michel Villey et le droit naturel en question*, éd. L'Harmattan, Paris, 1994 ; S. RIALS, *Villey et les idoles : petite introduction à la philosophie du droit de Michel Villey*, PUF, 2000 ; N. CAMPAGNA, *Michel Villey : le droit ou les droits ?*, éd. Michalon,

répudier l'idéalisme : « au *Zurück zu Kant* de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle », on aurait dû préférer cet autre adage : « *Zurück zum Aristoteles !* »<sup>18</sup>. Sans entrer dans toutes les strates du savoir relatif au droit naturel, ces multiples références montrent la présence officielle du droit naturel dans les recherches doctrinales. Certes, le mouvement n'est pas total dans l'approbation d'un droit naturel. Planiol y voit une « notion nuageuse »<sup>19</sup>, tandis que G. Ripert privilégie la morale face au droit naturel. Plus encore, et dans un autre état d'esprit, H. Kelsen et ses disciples s'y attaquent fermement. On conviendra que si la présence du droit naturel est discutable, quoi que nous la tenions pour réelle, l'argumentation jusnaturaliste ne peut souffrir de contestation en tant qu'elle est un *mode interprétatif*, avec ses méthodes et son langage, propre à révéler la structure du droit positif sous un jour nouveau, non réduit à une simple volonté législatrice ou à un *corpus* de règles posées par des contingences économiques voire utilitaires. Encore faut-il prouver en quoi l'argumentation jusnaturaliste transcende ces différentes positions théoriques<sup>20</sup>.

4. **Exposé empirique de la présence jusnaturaliste.** - Plutôt que de partir unilatéralement du droit naturel comme hypothèse et apprécier sa présence, il s'agira de s'engager empiriquement dans une recherche des cas illustrant une présence jusnaturaliste, notamment au sein des règles de droit, de la jurisprudence et de la doctrine<sup>21</sup>, dans le cadre contemporain<sup>22</sup>. Deux voies peuvent être ouvertes successivement en suivant l'expression même de « *jusnaturalisme* ». Le « *jus* » s'entend du droit en référence à la justice exposée par Aristote dans l'*Ethique à Nicomaque*, que Michel Villey reprend : « Ne croyons pas pouvoir tirer le droit de la règle mais, à partir du juste, qui existe (qui est dans les choses : droit naturel), essayons de construire des règles »<sup>23</sup>. La justice étant au cœur du droit naturel, toute manifestation d'égalité présume une présence potentielle du droit naturel (réparation, indemnisation, répartition, attribution). Cette présomption obtiendra le statut de certitude lorsqu'il sera démontré que la justice n'a pas été atteinte accidentellement mais parce qu'elle

---

2004 ; F. JACQUES, *Villey et les icônes*, Dalloz, 2007 ; J.-F. NIORT, P.-Y. QUIVIGER, *Le secret du droit naturel ou Après Villey*, éd. Classique Garnier, Paris, 2012.

<sup>18</sup> M. VILLEY, « Abrégé de droit naturel classique », in *La réforme des études de droit et le droit naturel*, APD, n° 6, Sirey, 1961, p.27

<sup>19</sup> J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p.182

<sup>20</sup> *Infra* n° 44-47

<sup>21</sup> P. PIOVANI, « La philosophie du droit dans le pluralisme des expériences juridiques », in *Qu'est-ce que la philosophie du droit ?*, APD, t. 7, Sirey, 1962, p.26

<sup>22</sup> Nous employons le terme contemporain dans un sens plus restrictif que celui reçu en histoire du droit. La période visée en l'espèce concerne principalement les vingt dernières années.

<sup>23</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 2006, p.105

était ordonnée à une « *nature* »<sup>24</sup>. Si l'idée de justice est plutôt acceptée, tel n'est pas toujours le cas de la *nature*. Derrière ce mot, de nombreux sens se sont concurrencés jusqu'à le réduire à une caricature pour mieux le contester. Il s'agira de redonner au mot « *nature* » un sens authentique.

5. **La présence de la justice présument celle du droit naturel : la réparation.** - La transcendance du droit naturel ne pourra être reconnue que si la justice se retrouve à tous les niveaux et dans tous les domaines du droit, notamment ceux impliquant des réparations, des attributions et des répartitions. Au niveau des réparations, l'article 1382 du Code civil est l'illustration la plus claire d'un principe de justice imposant de rendre à chacun ce qui est le sien. Celui qui a causé un dommage à autrui doit réparer ce dommage<sup>25</sup>. Le principe français est celui d'une réparation intégrale, ce qui implique le refus de faire supporter à la victime du dommage un appauvrissement<sup>26</sup> (parfois en référence à l'équité<sup>27</sup>). En matière contractuelle, l'inexécution, l'exécution partielle ou le retard dans l'exécution d'un contrat, ouvrent le droit au créancier de poursuivre le débiteur afin d'obtenir soit l'exécution forcée, soit une réparation à hauteur du préjudice subi. Tout contrat, civil ou commercial, est concerné par cette égalité. De même, le développement d'un droit protecteur des consommateurs favorise le maintien d'une égalité par des moyens directs ou indirects<sup>28</sup>. L'idée d'égalité traverse les catégories d'acte juridique et de fait juridique<sup>29</sup> puisque la catégorie intermédiaire des quasi-contrats illustre également une nécessité de justice<sup>30</sup>. L'enrichissement sans cause est la qualification la plus emblématique. La répétition de l'indu participe de la même idée. Par ce mécanisme, l'autorité judiciaire refuse de valider un appauvrissement lié corrélativement à un enrichissement. Dans un autre domaine, quoique la qualification de dommage impliquant une réparation soit critiquable, on peut tout de même évoquer l'octroi d'une prestation compensatoire à un conjoint économiquement plus faible. Ce mécanisme légal répond d'un même souci d'égalité.

---

<sup>24</sup> N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2002, p.272

<sup>25</sup> O. LUCAS, « La Convention européenne des Droits de l'Homme et les fondements de la responsabilité civile », *JCP G* 2002, n°6, p.286-290

<sup>26</sup> C. CHARBONNEAU, « La réparation intégrale du dommage, un principe à nuancer », *Revue Lamy Droit Civil*, sept. 2013, n°107, p.19-22

<sup>27</sup> CEDH (2<sup>e</sup> sect.), 25 juin 2013, D. 2013.2139, note O. Sabard

<sup>28</sup> P. CATALA, « Des contrats déséquilibrés », in *Etudes à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, LexisNexis, 2010, p.77-90

<sup>29</sup> C. CAILLE, « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », in *Mél. Aubert, Dalloz*, 2005, p.55-66

<sup>30</sup> D. R. MARTIN, « De la répétition de l'indu », *D.* 1993. Chron., p.167-168



6. **L'exigence de justice à travers l'attribution.** - L'hypothèse des attributions suit une idée commune pour les gains et bénéfices des sociétés. Entre leur capitalisation pour renforcer la société et leur attribution aux associés, il faut choisir (avant la détermination du mode de répartition). Il s'agit de suivre l'intérêt social dont le contenu dépend de critères concrets tels que la santé financière de la société. En cas de difficulté financière de nature à créer un risque important d'insolvabilité, le renforcement des capitaux est nécessaire. Mais si la société détient déjà des capitaux suffisants pour faire face à ses obligations, les associés sont en droit de réclamer l'attribution des gains et bénéfices<sup>31</sup>. En droit du travail, l'attribution d'un salaire en contrepartie d'une prestation se fonde, le plus souvent, sur la valeur économique qu'apporte le salarié<sup>32</sup>. L'attribution de primes d'efficacité valorise le patrimoine des salariés les plus méritants, même si des critères annexes peuvent modifier substantiellement le choix des bénéficiaires et le montant à attribuer. Plus spécifiquement, en droit des biens, le régime des fruits dépend de la bonne ou mauvaise foi entre un possesseur et un propriétaire (art. 549 C.civ.), notamment quand ce dernier est conforté dans son droit et réclame la restitution des fruits<sup>33</sup>.

7. **L'exigence de justice à travers la répartition.** - La répartition des valeurs est un domaine à la fois complexe et stimulant pour l'étude des rapports égalitaires. Sont ainsi concernés, entre autres, le droit des obligations, des régimes matrimoniaux, des successions, des entreprises en difficultés et le droit des sûretés. La justice sera atteinte lorsque la répartition permettra de satisfaire de manière égalitaire toutes les parties en présence. L'étude des articles du Code civil montre que les répartitions se font le plus souvent par moitié lorsque deux parties, titulaires de droits égaux, sont en présence ou par proportion lorsque les parties sont plus nombreuses. Les mécanismes de la fente et de la représentation illustrent ce constat, tout comme la division par deux des biens communs en cas de divorce.

8. **Les protections favorisant la justice dans la répartition.** - L'étude de chacun de ces domaines démontrera que l'ensemble des mécanismes légaux est orienté vers l'effectivité de la justice, à tel point qu'une recherche de règles prônant l'injustice « pure » manquerait de

---

<sup>31</sup> R. DELZANGLES, *Actionnaires et répartition des bénéfices*, thèse, Bordeaux, 1925

<sup>32</sup> Sur la difficile appréciation de la notion de salaire, D. HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire*, préf. G. Vachet, PUAM, 2000

<sup>33</sup> W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, 2012, n°311

matière au sein du droit positif<sup>34</sup>. Parmi les conditions permettant une répartition égalitaire, on compte principalement la détermination des parties, l'assiette à répartir et les modes de calcul. Le législateur a organisé des protections contre les tentatives de contournement des rapports d'égalité. En droit des régimes matrimoniaux, lorsque la communauté s'est enrichie au détriment des biens propres d'un époux ou inversement, la masse appauvrie bénéficiera d'une récompense afin de rééquilibrer les valeurs patrimoniales, sous peine de sanction<sup>35</sup>. En droit des successions, les règles de dévolution sont parfaitement établies mais peuvent perdre leur substance par des libéralités faites du vivant du *de cuius*. Le Code civil prévoit des mécanismes tels que la réduction lorsque la libéralité dépasse le montant de la quotité disponible et porte atteinte à la réserve des héritiers. Le rapport des libéralités renforce le respect des règles de dévolution des biens entre cohéritiers. Le droit des entreprises en difficulté fournit également des exemples car il est le théâtre d'une concurrence entre créanciers. Le débiteur peut tenter d'organiser son insolvabilité en aliénant des biens à des personnes de confiance au détriment des créanciers<sup>36</sup>. A cet effet, le droit positif recourt à l'idée de nullité au cours de la période dite suspecte. Le droit des obligations pose, lui aussi, des règles protectrices, notamment avec la sanction des conditions purement potestatives<sup>37</sup>. On ne compte, dans ces éléments, qu'un échantillon des règles protectrices du droit positif.

9. **Réparation, attribution, répartition et jusnaturalisme.** - Sans la vocation exhaustive d'épuiser tous les cas d'égalité, les exemples fournis montrent la présence diffuse de la justice dans le droit positif. La possibilité d'affirmer que derrière cette recherche de justice se trouve le droit naturel ne sera possible qu'à partir du moment où ces égalités trouveront leur force et leur contenu dans une *nature* sans quoi il ne s'agirait que d'une justice accidentelle. Deux structures argumentatives se positionnent avec, d'une part, la démonstration d'une finalité d'égalité, même nuancée, et d'autre part, la référence à une terminologie liée à la nature. La jonction entre un discours sur l'égalité et un discours sur la nature est le lieu d'expression privilégié du droit naturel.

---

<sup>34</sup> Au sein du Code civil, on trouve des articles acceptant l'inégalité, mais dans ce cas, il faut que la volonté se manifeste. Par exemple, l'article 1581 du Code civil dispose que des époux peuvent convenir d'une *clause de partage inégal*, sous réserve du respect des articles 1387, 1388 et 1389.

<sup>35</sup> M. BRUSORIO-AILLAUD, « Oubli de récompenses : partage complémentaire et responsabilité du notaire », *Lexbas Hebdo – Ed. Privée Gén.*, n°511

<sup>36</sup> D. GRILLET-PONTON, « L'organisation de l'insolvabilité en droit patrimonial de la famille » *D.* 1996, n°39, chr., p.339-342

<sup>37</sup> F. CHENEDE, « Charles Demolombe, la condition potestative », *RDC* 2013/1, p.291-308

10. **L'analogie comme lien entre droit positif et droit naturel.** - L'analogie construit un pont entre les choses sans abolir les frontières qui les séparent<sup>38</sup>. Elle s'applique de manière très large à tous les domaines du droit. Lorsqu'en droit commercial Bourcart et Thaller émettent l'idée de l'application du régime constitutionnel aux sociétés anonymes<sup>39</sup>, ils opèrent un rapprochement entre deux matières différentes, source d'un régime commun, sans supprimer les différences propres à chaque domaine. L'emploi de l'analogie est tellement massif que la détermination de son contour nécessite de reprendre tous les domaines du droit. Sa souplesse explique son utilisation, puisque l'absence de similitude apparente dans les objets de plusieurs règles de droit peut être compensée par l'analogie. Sur un plan pratique, l'analogie permet de bénéficier des recherches avancées au sein d'un domaine comme point d'appui d'une analyse<sup>40</sup>. La difficulté est de maintenir l'analogie dans le cadre de sa nature, d'une part, en lui donnant une portée suffisante pour remplir sa fonction, et d'autre part, en refusant de l'étendre au point de supprimer les différences entre les choses<sup>41</sup>. Sa première vocation lui offre une présence permanente dans les critiques, le second aspect fait peser une méfiance sur un tel procédé. Le terme d'« analogie » n'est pas systématiquement employé mais il est visé à travers des substituts qui le signifient. Les expressions « être à », « de même » et « comme si » sont couramment employées. Par exemple, concernant l'indivision, J. Carbonnier précise que « C'est une modalité qui est au droit de propriété ce qu'est au droit de créance la solidarité active »<sup>42</sup>. Sur le rapport entre droit naturel et droit positif, on soulignera que l'analogie n'outrepasse pas les différences relatives à la nature des choses. L'étude de la nature constitue un moyen d'éviter les excès d'une analogie mal maîtrisée en montrant que certaines différences de nature ne peuvent être réduites.

11. **L'analogie comme lien entre droit positif et droit naturel sous l'angle de l'égalité.**

- L'« être » peut être considéré de trois manières : univoquement, équivoquement ou

---

<sup>38</sup> P. SECRETAN, *L'analogie*, PUF, Que sais-je ?, 1984, p.8

<sup>39</sup> Cité par G. RENARD, *La philosophie de l'Institution*, Sirey, 1939, p.59

<sup>40</sup> G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mél. offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p.129-142 ; G. MITSOPOULOS, « Considérations sur la distinction entre la fiction et l'analogie en droit », *RRJ* 1995-4, p.1039-1042 ; J.-L. BERGEL, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *RRJ* 1995-4, p.1080. D'un point de vue philosophique, E. J. ASHWORTH, *Les théories de l'analogie du XII<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle*, Vrin, 2008 ; B. MONTAGNES, *La doctrine de l'analogie de l'être d'après Saint Thomas d'Aquin*, Cerf, 2008 ; S. BRUNO, *Raisonnement par analogie et conceptualisation*, thèse, Paris, 2001

<sup>41</sup> P. SECRETAN, *L'analogie*, *op. cit.*, p.7 : « L'analogie se caractérise alors par une oscillation, pour elle constitutive, entre la ressemblance qu'elle signifie et la dissemblance qu'elle enjambe sans toutefois la réduire ». Pour un exemple pratique : P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.772-773 : « L'attraction de la notion d'obligation est si forte que les auteurs, après quelques considérations sur les limites de l'analogie entre le contrat et la loi, ne s'intéressent plus qu'aux obligations créées par le contrat »

<sup>42</sup> J. CARBONNIER, *Les biens*, PUF, 19<sup>e</sup> éd. refondue, 2000, p.145, n°79

analogiquement. Si l'on considère que l'« être » est analogique, alors on affirmera sa présence en toute chose, ce qui permet d'énoncer sa transcendance comme principe et son extension comme effet. On peut affirmer que le chat, la souris et l'éléphant *sont*, mais ce constat n'entraîne pas une suppression de leurs différences. L'être est en toute chose, ce qui n'est pas le cas de la justice. On ne peut pas dire d'un chat, d'une souris ou d'un éléphant qu'ils sont justes. Dans un sens patrimonial strict, la justice se limite à des choses médiatisées par des hommes au sein de rapports juridiques. En ce sens précis, la justice apparaît à chaque fois qu'une situation juridique met en jeu des valeurs économiques. La justice transcende ces rapports juridiques sans abolir les différences résultant des divers domaines dans lesquels s'intègrent ces rapports de valeur. La répartition des biens entre cohéritiers dans une succession et celle entre époux dans un divorce n'est pas la même, mais toutes deux participent de la justice. Les différences justifieront un contenu de répartition spécifique à chacun<sup>43</sup>. Marqués du sceau de la justice, les rapports juridiques ne peuvent s'y soustraire sauf à contredire le droit lui-même.

**12. Analogie, justice et instruments juridiques permettant l'égalité.** - On ne saurait, sous prétexte de valoriser les points communs de certains domaines, émousser les différences qui les distinguent. Si la justice transcende les rapports juridiques, le contenu de cette justice ne peut être obtenu par un régime juridique unique. Tel est le cas, par exemple, des règles relatives à l'enrichissement sans cause. Son régime juridique ne peut être étendu démesurément<sup>44</sup>. Un créancier ne pourrait agir sur ce fondement en cas de prescription ou lorsqu'un sous-traitant non agréé ne dispose pas d'une action directe contre le maître d'ouvrage<sup>45</sup>. Plus encore, l'enrichissement sans cause ne pourrait être invoqué pour contourner les règles restrictives de la lésion ou pour contester l'acquisition des fruits par un possesseur de bonne foi contre le véritable propriétaire. Dans le même esprit, le régime juridique de l'abus de droit ne peut être étendu hors du cadre qui lui a été fixé. Cette restriction se retrouve dans la même mesure au sein des rapports égalitaires<sup>46</sup>, puisque les modes de calcul peuvent différer d'un domaine à l'autre sans heurter la justice. Les répartitions, lors d'une succession, ne répondent pas aux mêmes critères que celles d'un

---

<sup>43</sup> J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p.255-272 ; F. ROUVIERE, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p.89-100

<sup>44</sup> P. TERNEYRE, P. BON, « Enrichissement sans cause : caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* », *D.* 1996, som. com., p.51

<sup>45</sup> A. BENABENT, *Les obligations*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2012, n° 495

<sup>46</sup> J. CHARMONT, « L'abus de droit », *RTD civ.* 1902, p.113

divorce ou de codébiteurs solidaires. Le constat se répète pour la répartition des biens lors de la liquidation d'une société. L'étude de la nature permet de mieux encadrer la justice. On retrouve par ce biais la formulation du droit naturel, à savoir une justice en fonction de la nature des choses.

13. **Analogie, ressemblance et généralité.** - Les figures unifiantes posées par le droit possèdent leur lot de ressemblance. Entre la communauté conjugale, la société, l'indivision et la copropriété, on retrouve des points communs. Pour C. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière : « Il y a autant d'opposition que d'analogie entre la communauté et les autres sociétés »<sup>47</sup>. A partir de ces qualifications construites sous le mode de catégories, on peut expliquer l'éminent intérêt de l'analogie. Les catégories du droit sont des réalités déformées et l'analogie les transcende, elle dépasse les limites et la rigidité de toute catégorisation<sup>48</sup>. Elle fait accéder l'esprit à un niveau supérieur de compréhension. Ces catégories remplissent leur rôle dans la majorité des cas, mais certaines situations parasitent la réflexion en ce qu'elles sont susceptibles, soit d'être intégrées dans deux catégories en même temps, soit d'être hors des catégories existantes<sup>49</sup>. De même, la constitution de catégories nouvelles semble illimitée<sup>50</sup>. Les catégories étant construites sur le modèle de la généralité, et s'appliquant à la majorité des cas, l'analogie est l'outil adéquat pour rapprocher certaines situations entre elles afin de solutionner les difficultés. L'insertion d'une chose dépend de la nature même de cette chose. L'analogie permet de mieux cerner la nature et offre une plus grande précision dans la construction de catégories juridiques.

14. **Contenu de la justice et liberté.** - La justice n'est pas prédéterminée comme une image fixe qu'il suffirait de suivre. La connaissance de l'homme se limite à la représentation de la justice d'où la nécessité pratique de procéder, à travers les règles de droit, par conditionnements ponctuels. Le droit positif crée les conditions de réalisation du juste à

---

<sup>47</sup> C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. X, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1937, p.205, n°239 ; cf. également F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, Préf. J. Patarin, LGDJ, 1968, dans lequel l'auteur intitule l'un de ses chapitre : « L'explication des analogies entre l'indivision et la société envisagées sous l'angle de la personne morale ».

<sup>48</sup> Ce rapport entre analogie et catégorie engage les questions de l'intérêt et de la pertinence des catégories. P. ROUBIER, « Délimitations et intérêts de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, APD, Sirey, n° 9, 1964, p.83-85

<sup>49</sup> Ces difficultés nécessitent des analyses à partir d'arguments établis. Cf. C. LEBEN, « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », in *L'argumentation des juristes et ses contraintes*, *Droits*, n° 54, 2012, n°54, p.49-80

<sup>50</sup> Par exemple, C. LAZARUS, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux : une nouvelle catégorie juridique*, Préf. D. Laszlo-Fenouillet, PUAM, 2005

l'intérieur de situations juridiques singularisées. Il contraint les comportements à agir de telle manière sans pour autant attenter à leur liberté. En effet, sous prétexte de justice, on ne saurait retirer toute liberté aux parties. En matière d'actes juridiques, celles-ci veilleront à ce que les termes du contrat favorisent leurs desseins. Dans l'hypothèse contraire, aucun consentement ne sera donné en vertu du principe selon lequel chacun agit dans son intérêt. La liberté s'apprécie notamment dans les clauses ajoutées aux contrats. En principe, n'importe quelle clause peut être insérée dans une convention. Mais certaines clauses, favorisant une partie au détriment d'une autre, seront réputées nulles. Les clauses léonines en sont un exemple<sup>51</sup>. C'est toute la problématique du rapport entre nature et liberté qui se pose. L'habitude a été prise de les opposer puisque la nature renvoie, dans l'esprit contemporain, au déterminisme négateur de la liberté. Ce sont des déformations portant atteinte tant à la notion de nature qu'à celle de liberté. Pour les opposer, il faut les diviser et les séparer, or il n'y a pas de nature sans liberté, ni de liberté sans nature. D'ailleurs, liberté et nature ne sont que des concepts. Ce qui se présente immédiatement et spontanément, c'est l'homme dans sa nature et l'homme libre. Nature et liberté sont singularisées dans l'homme, sans séparation. Seul l'esprit peut les distinguer, et il est trop souvent enclin à les diviser. La justice est une médiation entre la nature des choses et la liberté de l'homme. Il y a une justice en référence à une nature, mais pas de justice prédéterminée (liberté). L'absence de prédétermination d'un contenu d'égalité n'est pas contraire à l'idée de droit naturel.

15. **Justice légale et justice particulière.** - S'il n'existe pas de contenu positif de justice déjà posé par avance dont la valeur serait universelle, il n'en reste pas moins qu'un ordre émerge. Des distinctions transcrivant cet ordre permettent de mieux approcher la justice. Pour la clarté de l'exposé, il faut reprendre les propos d'Aristote au Livre V de l'*Ethique à Nicomaque* : « On considère généralement comme étant injuste à la fois celui qui viole la loi, celui qui prend plus que son dû, et enfin celui qui manque à l'égalité, de sorte que de toute évidence l'homme juste sera à la fois celui qui observe la loi et celui qui respecte l'égalité »<sup>52</sup>. L'égal et le légal, tels sont les deux faces de la justice. La justice légale, ou universelle, est une « vertu complète »<sup>53</sup>. Les individus sont tournés vers la collectivité en fonction du bien

---

<sup>51</sup> Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz 17<sup>e</sup> éd., 2014, n°55 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2011, n°133

<sup>52</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. Par J. Tricot, Vrin, 2007, p.232 (V, 2, 30)

<sup>53</sup> *Ibid.*, p.235 (V, 3, 25)

commun<sup>54</sup>. La nécessité de contribuer aux impôts marque la réception par la collectivité de ce qui lui est dû. La justice particulière n'est pas toute la justice. Elle en est une partie correspondant à l'égalité et se subdivise en justice commutative<sup>55</sup> et en justice distributive<sup>56</sup>. La justice commutative (ou corrective) se concentre uniquement sur une égalité stricte, sans considération d'autres éléments. Le principe de l'article 1382 du code civil illustre l'idée de justice commutative avec son principe de réparation intégrale<sup>57</sup>. Les personnes, considérées abstraitement, sont regardées comme égales entre elles. Quant à la justice distributive, elle est présente lorsqu'une différence de situation justifie une différence de régime. En droit des sociétés, le partage des bénéfices est, en principe, proportionnel aux parts détenues par les associés. En cas d'actif insuffisant d'un débiteur, les créanciers chirographaires seront payés en proportion de leur créance sur le patrimoine du débiteur. La rémunération des salariés, en fonction du mérite est un exemple illustrant parfaitement la justice d'une disproportion. Il résulte de ces exemples que « l'égalité de proportion [...] tient compte de la proportion des personnes entre elles selon leurs dignités respectives et de la proportion de ces dignités aux objets à distribuer »<sup>58</sup>.

16. **Les concurrences à l'idée de justice.** - A côté de la justice, d'autres finalités se concurrencent parce qu'elles possèdent également une légitimité. Cette pluralité de finalités peut conduire à rejeter l'existence du droit naturel. Le contrat cristallise ces finalités différentes, parfois contraires. Ainsi, concernant les contrats à exécution successive, lorsque l'évolution du contexte économique conduit à un déséquilibre entre la prestation et le prix, la question se pose de privilégier la volonté initiale des parties ou de procéder à un rééquilibrage en fonction des nouvelles contraintes économiques survenues<sup>59</sup>. C'est un rapport entre la justice et la sécurité juridique, quoique la présentation soit critiquable dès lors qu'on

---

<sup>54</sup> J. HERVADA, *Introduction critique au droit naturel*, éd. Biere, 1991, p.56 : « Le bien qui revient à la collectivité, qui est proprement sien en tant que collectivité et que ses membres en tant que tels doivent contribuer à obtenir, c'est la bien commun collectif ».

<sup>55</sup> P. DOGNIN, « Echange et « justice » commutative », in Marx et le droit moderne, *APD*, t. 12, 1967, p.12 et suiv.

<sup>56</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, éd. Bière, 1985, p.51 ; J. BRUN, *Aristote et le lycée*, PUF, Que sais-je ?, 1961 ; P. KAISER, « La justice selon Aristote », *RRJ* 1996-2, p.316-317

<sup>57</sup> Ph. BRUN, « Le droit en « principes » : la réparation intégrale en droit du dommage corporel », *Revue Lamy Droit civil*, 2013, NS 110, p.21-23 ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Préf. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002 ; P. JESTAZ, « Les dommages et intérêts en quête d'un fondement », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2013, n°85, p.109-111

<sup>58</sup> A.-J. FAIDHERBE, *La justice distributive*, Sirey, 1934, p.80

<sup>59</sup> R. BOFFA, « Réforme du droit des obligations : un grand pas avant le grand saut », *JCP N* 2013, n°51-52, p.8-9 ; T. TITONE, F. COULON, M. DARY, « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel », *JCP E* 2011, n°23, p.25-30 ; R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, 1974, p.211-230

considère que la sécurité juridique est liée à la justice. Il faut entendre sécurité juridique par stabilité et prévisibilité pour la distinguer de la justice. La notion d'« intérêt » est une autre finalité potentielle<sup>60</sup> à prendre en compte<sup>61</sup>. Une partie peut avoir intérêt à conclure un contrat car celui-ci sera nécessaire à la réalisation de son projet sans pour autant que le prix stipulé soit en rapport avec la valeur du bien transféré ou de la prestation proposée. La disproportion du prix sera, en quelque sorte, effacée au profit de la nécessité et de l'intérêt. En sens inverse, l'intérêt d'une partie pourra être de résilier le contrat<sup>62</sup>. Dans la pratique, ces finalités s'organisent selon une hiérarchie plutôt casuelle par laquelle une finalité s'impose face aux autres en fonction des circonstances. L'argumentation jusnaturaliste, comme principe d'interprétation, tente de remonter aux causes de ces oppositions, qu'elle trouve dans la notion de nature considérée sous le mode de la distinction ou sous le mode de la division. Dès lors que les notions d'intérêt et de sécurité sont considérées comme existantes en soi (division) et non plus seulement au sein des choses (distinction<sup>63</sup>), l'autonomie qu'elles acquièrent entraîne la constitution d'une hiérarchie faisant primer l'une ou l'autre des finalités, alors qu'elles ne répondent pas à ce schéma tant qu'elles sont comprises à travers les choses. En revenant à la nature des choses, c'est-à-dire au droit naturel, on permet de présenter le problème sous un autre angle. A ce titre, l'argumentation jusnaturaliste, en initiant un discours dialectique par lequel l'existence d'une hiérarchie est mise en cause, remplit la mission qui lui a été assignée.

17. **Libéralités et absence de justice.** - La relativité de la recherche de justice s'effrite encore à propos des libéralités. Phénomène original, il marque un dépassement du rapport égalitaire par l'homme vertueux<sup>64</sup> même s'il est parfois ordonné au contournement d'autres règles de droit, comme les principes légaux de dévolution successorale ou l'organisation de l'insolvabilité. Hors de ces cas, on constate une absence d'égalité par défaut de contreprestation lorsqu'une personne transfère un bien ou une valeur à titre gratuit. C'est ce qui confirme le constat d'Aristote dans la distinction entre la justice légale et la justice

---

<sup>60</sup> J. THERON, « De la communauté d'intérêts », *RTD civ.* 2009, p.19

<sup>61</sup> Thème qui engage l'épineux problème du conflit d'intérêts, P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD Com.* 2005, p.1 et suiv. ; D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *D.* 2013, n° 7, p.446-451 ; B. DONDERO, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », *D.* 2012, p.1686

<sup>62</sup> B. LE BARS, « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.* 2002, n° 4, p.381 et suiv.

<sup>63</sup> C. LEMOINE, *La distinction en droit, une approche épistémologique*, thèse, ss. dir. J.-P. Chazal, Lyon, 2009

<sup>64</sup> ARISTOTE, *Ethique...*, *op. cit.*, p.184 (IV, 2, 25) : « Les actions conformes à la vertu sont nobles et accomplies en vue du bien ; l'homme libéral donnera donc en vue du bien ; et il donnera d'une façon correcte, c'est-à-dire à ceux à qui il faut, dans la mesure et au moment convenables, et il obéira aux autres conditions d'une générosité droite ».



particulière. Cette dernière, qui s'attache aux rapports égalitaires, est une partie de la justice. Malgré tout, la justice particulière se retrouve au bout du chemin des libéralités par les mécanismes protecteurs de l'assiette à répartir tels que la réduction dans les successions ainsi que le mode d'exercice de la réduction<sup>65</sup>. En même temps qu'un rapport entre choses, le droit relève d'un lien entre personnes non réductibles au discours égalitaire.

**18. Le droit naturel comme mode d'interprétation critique des qualifications juridiques.** - Si toute une part des réflexions jusnaturalistes porte sur la justice sous ses différents modes d'apparitions dans le droit positif ainsi que son effectivité, l'argumentation jusnaturaliste se retrouve également dans l'analyse des concepts de droit élaborés par les commentateurs. Pour reprendre l'expression de H. Batiffol : les principes du droit sont du droit<sup>66</sup>. Certes, il s'agit de rechercher toute trace, même sédimentaire, du droit naturel dans les règles posées par le législateur à l'intérieur des codes. Mais il faut aller plus loin en prenant appui sur les apports de la jurisprudence et de la doctrine qui donnent aux règles leur cohérence. Un effort systématique caractérise l'ensemble du droit dans la qualification des choses<sup>67</sup>. Le droit des biens cherche ainsi à déterminer la nature des choses pour les intégrer dans des catégories. L'étude de la doctrine montre une activité intense et systématique à chercher la nature. Et lorsqu'une erreur semble apparaître, elle est immédiatement contestée. Les controverses continues sur la nature de la propriété vérifient l'intérêt porté à la question. Les réponses proposées sont souvent déterminées par des présupposés qui conditionnent un nombre restreint et ciblé de possibilités. Il est pertinent de déceler les présupposés afin de les dépasser et de soumettre le questionnement à une approche plus compréhensive, n'incitant pas à l'opposition contre une doctrine établie, mais à la découverte des raisons pour lesquelles différentes positions sont tenables. Ces présupposés tournent, en partie, autour de la notion de « nature ». Dans l'ensemble de la littérature juridique, la recherche de la nature de telle ou telle chose est une constante. Pourtant, peu d'auteurs expliquent préalablement la signification de la « nature ». *L'intérêt d'une étude du droit naturel se révèle notamment par un processus d'interrogation du mot « nature » avant toute tentative de cerner l'objet sur lequel vient se greffer cette nature.* Les contradictions et apories entre les différentes hypothèses sur la nature des choses (propriété, usufruit, servitude, indivision, société, communauté conjugale, etc.) pourront être appréciées sous un angle constructif.

---

<sup>65</sup> S. DEVILLE, M. NICOD, « Réserve héréditaire – réduction des libéralités », Rép. civ. Dalloz, 2012, n°143

<sup>66</sup> H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p.262

<sup>67</sup> A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction : l'exemple du droit international privé*, Bruylant, 2003

19. **Force et faiblesse du droit naturel.** - Le droit naturel tire sa force de l'histoire mais y trouve également ses faiblesses. La longue période où l'idée de droit naturel a dominé les esprits argumente en faveur d'une existence réelle. Les différentes formes de positivisme ont ébranlé la primauté du droit naturel mais non sa valeur et sa présence. La contrepartie d'une étude historique est la mise en abîme d'une évolution du contenu du droit naturel à tel point que cette diversité affecte sa légitimité<sup>68</sup>. Il est vrai que quasiment toutes les doctrines jusnaturalistes ont été soutenues et se sont opposées les unes aux autres, à partir de la même étiquette de droit naturel. Philosophiquement, cette relativité s'explique très bien. Dès lors que la « nature » est interprétée différemment selon les auteurs, le contenu qui en découle divergera dans leurs conclusions<sup>69</sup>. Il s'agira de donner une unité au mot « nature » pour renforcer le droit naturel.

20. **Arguments et argumentation.** La notion d' « argument » est difficile à déterminer. Selon une conception proche de la linguistique, on énoncera l'idée de propositions liées ensemble, tournées vers une démonstration<sup>70</sup>. Certaines formules véhiculent des arguments que l'on peut découvrir notamment par la présence de termes spécifiques tels que : « mais », « toutefois », « cependant », « nonobstant », « sauf », « même si »<sup>71</sup>. La variété des modes d'expression des arguments réduit la possibilité de théoriser leur présence. Il est préférable, dans le cadre de cette étude, de se limiter à une approche casuelle, en appréciant les arguments en eux-mêmes lorsqu'ils se présentent. La motivation des parties ou d'une juridiction, exprimée au sein d'une affaire judiciaire, est un lieu privilégié d'exposition d'arguments juridiques. La validité des arguments énoncés sera ensuite jugée par la doctrine. Les arguments se distinguent de l'argumentation parce que celle-ci est une démarche orientée vers la transmission d'une conviction, la délibération ou la justification<sup>72</sup>. Elle est un mouvement de l'esprit se servant des éléments objectifs que sont les arguments.

21. **Argument juridique et argument jusnaturaliste.** En fonction de la considération accordée au droit positif et au droit naturel, on sépare nettement ou, au contraire, on unit les

---

<sup>68</sup> A. BENABENT, *Les obligations*, op. cit., n°11 : « On sait que le « droit naturel » est extrêmement incertain faute de contenu qui se retrouve en tout temps et en tous lieux ».

<sup>69</sup> *Infra* n° 49

<sup>70</sup> M. DUFOUR, *Argumenter. Cours de logique informelle*, Armand Colin, 2008, p.23 et suiv.

<sup>71</sup> S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Dalloz, 2013, p.16-22

<sup>72</sup> P. OLERON, *L'argumentation*, PUF, Que sais-je ?, 1983, p.106 ; P. BRETON, G. GAUTHIER, *Histoire des théories de l'argumentation*, La Découverte, 2011, p.5 et suiv.

arguments exprimés. L'opinion privilégiant une séparation de ces deux plans conduit à justifier une différence réelle entre les arguments employés par chacun d'eux. L'unité analogique entretenue entre droit positif et droit naturel postule plutôt une communauté dans les arguments. Les arguments jusnaturalistes ne sont pas fondamentalement distincts des arguments du droit positif, si ce n'est qu'ils emploient un vocabulaire spécifique censé exprimer la transcendance d'une approche jusnaturaliste. On compte des arguments relatifs à la nature, à l'essence, à la forme, à la matière, à l'Idée, à l'ordre, à la cause, à l'analogie, au fondement, à l'intention, etc. Au regard de tous ces thèmes argumentatifs procédant d'une interaction, *on parlera d'« argumentation jusnaturaliste » en visant globalement des idées participant de plusieurs thèmes argumentatifs car ceux-ci se distinguent les uns des autres sans nécessairement être séparés selon le mode de la division.* Autrement dit, l'argumentation jusnaturaliste permet de traiter de manière unitaire des arguments jusnaturalistes particuliers que l'esprit est susceptible de séparer. Cette argumentation jusnaturaliste, composée d'arguments tirés de l'ontologie<sup>73</sup>, recoupe le plan du droit positif et met en question la valeur des arguments du droit positif. En privilégiant un intitulé relatif à « l'argument jusnaturaliste », on signifie la nécessité de distinguer chacun d'eux, avant de les lier les uns aux autres pour obtenir une argumentation.

22. **L'argumentation jusnaturaliste et la dialectique.** - La dialectique est l'art de mettre à jour les contradictions<sup>74</sup> au sein d'un discours afin de dépasser les erreurs et limites pour progresser vers la vérité de l'objet mis en cause. Ce procédé ne rejette pas le savoir reçu mais le met en question lorsque l'expérience semble conduire à d'autres voies. En un sens, le recours au droit naturel n'est en rien dogmatique<sup>75</sup>. Il est donc intéressant de savoir dans quelle mesure l'argument jusnaturaliste s'intègre dans - ou mieux, *anime* - le contenu d'un droit positif exprimé par la jurisprudence et reçu par la doctrine ? *Cette question engage l'interrogation relative au rapport entre la possibilité d'une interprétation jusnaturaliste et la présence réelle du droit naturel.* Pourtant cet aspect apparaît doctrinalement secondaire au profit d'un objet premier qui serait la « nature ». Le discours relatif à la nature propose une somme d'arguments visant à exprimer les réductions ou extensions de sens qu'elle est susceptible de subir. Cette thèse se veut être une explicitation de la notion de *nature* afin d'en

---

<sup>73</sup> Quoique l'ontologie puisse faire référence à des courants variés. Voir par ex., pour le courant anglo-saxon, dont nous prenons nos distances, l'article d'Otto PFERSMANN, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, ss. dir. De P. Livet, PUL, L'Harmattan, 2000, p.103 et suiv.

<sup>74</sup> P. FOULQUIE, *La dialectique*, Que sais-je ?, PUF, 1966

<sup>75</sup> A. SERIAUX, *Le droit naturel*, PUF, Que sais-je ?, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p.7

## Introduction

établir une cartographie. La finalité n'est pas celle d'une découverte de la nature des « choses » (qui confinerait à une prétention de vérité). Il s'agit de se servir des choses comme autant d'occasions de mieux délimiter la nature, sans volonté d'exhaustivité. Tout comme les choses du droit, la justice est elle-même comprise à l'image de la nature. La méthode dialectique sera employée pour montrer la présence de mécanismes favorisant l'égalité principalement en droit des obligations, des contrats, des régimes matrimoniaux, des successions (2<sup>e</sup> partie). La finalité de justice est la marque distinctive du jusnaturalisme, mais la présence du droit naturel se double dès lors que le mot « nature » est analysé avant l'objet sur lequel il porte (1<sup>e</sup> partie).



## **CHAPITRE LIMINAIRE. ELEMENTS PHILOSOPHIQUES RELATIFS**

### **AU JUSNATURALISME**

23. **La question première de l'existence du droit naturel.** - L'hypothèse d'une argumentation jusnaturaliste présuppose l'existence même du droit naturel. Il est vrai, pour paraphraser G. Jèze, que personne n'a jamais déjeuné avec le droit naturel. Pourtant, historiquement, le droit naturel s'impose majoritairement comme fondement de la justice. Selon la formule connue de P. Jestaz, « On a trop parlé du droit naturel pour qu'il n'ait pas un fond de réalité »<sup>76</sup>. Son existence n'est pas que conceptuelle, elle est réelle<sup>77</sup>. Il suffit de compter tous les auteurs qui, depuis plus de deux millénaires, ont rédigé des traités consacrés en partie ou entièrement au droit naturel : de Platon et Aristote à Cicéron, de saint Augustin à saint Thomas, en passant par tous les pères grecs et latins de l'Eglise, de Duns Scot et Occam à Suarez, de Grotius à Rousseau, ou encore, de Kant à Hegel<sup>78</sup>. On annonce généralement que le déclin s'est amorcé au cours du 19<sup>e</sup> siècle pour s'affirmer au 20<sup>e</sup> siècle, ce qui n'a nullement empêché la constitution d'une bibliothèque colossale consacrée à la promotion du droit naturel dans cette période. Ces deux derniers siècles ont l'originalité de fournir les critiques les plus violentes en même temps que d'apporter un renouveau du droit naturel par l'imprégnation des philosophies idéalistes nouvelles. D'un côté, le positivisme s'élabore progressivement jusqu'à se détacher complètement du droit naturel pour s'auto-justifier, de l'autre côté, dans le contexte de ce qu'on a pu appeler la troisième scolastique, se dessine un terrain nouveau dans la compréhension du droit naturel. C'est ce qui fait dire que le déclin n'est pas celui du droit naturel mais plutôt celui de son influence dans l'élaboration du contenu du droit positif, désormais concurrencé par d'autres théories.

24. **L'influence du droit naturel dans le droit positif.** - L'appréciation de l'incidence du droit naturel sur le droit positif est variable selon les auteurs. Le principe d'interprétation

---

<sup>76</sup> P. JESTAZ, « L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature », *RTD civ.* 1983, p.233 ; à cette affirmation, Philippe Malinvaud se demande « où se situe cette réalité », in Philippe MALINVAUD, « La loi dans ses rapports avec le droit naturel et la politique », in *Mél. Le discours et le code*, éd. Juris-Classeur, p.57

<sup>77</sup> C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. I, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1934, p.24, n°17 : « quoi qu'on puisse dire, le droit naturel existe ; qu'on lui donne ce nom ou tout autre, il n'importe ».

<sup>78</sup> Pour compléter la liste, cf. entre autres, H. ROMMEN, *Le droit naturel. Histoire – doctrine*, Paris, 1945 ; S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin ; J. CHARMONT, *La renaissance ...*, *op. cit.* ; E.-A. LACHAUX, *Le droit naturel...*, *op. cit.* ; pour la période antérieure à Thomasius, cf. M. VILLEY, *La formation...*, *op. cit.*

jusnaturaliste (en tant que le droit naturel est comme une image servant de canon à une analyse comparative) peut jouer avec plus ou moins d'intensité dans la justification du droit positif. Entre les positions extrêmes d'un positivisme pur et d'un pan-jusnaturalisme se situe la majorité des auteurs qui acceptent le droit naturel dans une mesure proportionnée allant d'une présence à peine visible et occasionnelle à une présence permanente et diffuse confinant quasiment au système. La posture principale est celle de l'acceptation de principes premiers, en nombre restreint, dont l'influence toucherait le droit positif soit directement par une transcription immédiate, soit par la considération des principes entendus comme des foyers de directives<sup>79</sup>, des idées directrices<sup>80</sup>, des constantes<sup>81</sup>. Dans ces termes, on gravite autour de la problématique du contenu du droit naturel, entre les auteurs prolixes dans l'énumération des principes du droit naturel et ceux qui préfèrent s'abstenir de s'aventurer dans le détail. G. Ripert parle d'une « recherche stérile » et F. Gény ne préfère pas entamer une « besogne extrêmement attachante, mais terriblement dure ». Constats critiqués par J. Dabin car : « La besogne n'est dure, précisément, que parce que l'on s'écarte des premiers principes et qu'on prétend chercher le contenu d'un droit naturel juridique qui n'existe pas ! Elle devient aisée, au contraire, si l'on veut bien se tenir sur le terrain de la moralité, et non plus de la 'juridicité' »<sup>82</sup>. Au-delà du langage du contenu sous-tendu dans le cadre d'une *influence factuelle*, on peut décaler la question sous un autre angle, plus substantiel, celui de l'*unité (ontologique)*<sup>83</sup> – i.e. ce qui est relatif à l'être) entre le droit naturel et le droit positif. Plusieurs positions se tiennent, avec, en premier lieu, celle d'une division, adoptée par les positivistes. En ce sens, la séparation est nette et empêche toute influence puisqu'il s'agit de deux droits constitutivement différents, dont l'un (le droit naturel) est considéré comme inexistant. Le fondement du droit n'est pas dans la nature mais dans la volonté, le commandement, l'intérêt, etc. En second lieu, droit naturel et droit positif sont susceptibles d'être vus comme deux droits accolés l'un à l'autre et en relation réciproque. Les principes du droit naturel inspirent le droit positif comme donnée extérieure. Enfin, en troisième lieu, l'unité qui maintient le droit naturel et le droit positif est analogique<sup>84</sup>, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de deux droits séparés selon le mode de la division mais unis analogiquement dans une unité ne faisant apparaître la distinction qu'intentionnellement par celui qui la pense. Autrement dit, ici il n'y

<sup>79</sup> G. RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, Sirey, 1927, p.22

<sup>80</sup> A. COLIN, H. CAPITANT, mis à jour par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Cours élémentaire de droit civil français*, t.I, Paris, 11<sup>e</sup> éd., 1947, p.4

<sup>81</sup> R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. I, Paris, LGDJ, 1942, p.2, n°4

<sup>82</sup> J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, 1929, p.312.

<sup>83</sup> Par l'expression *unité ontologique*, on vise ce qui est au-delà du contingent. Il s'agit de savoir dans quelle mesure il y a un être commun, non une simple similitude mais véritablement une identité.

<sup>84</sup> Sur la définition de l'analogie, cf. P. SECRETAN, *L'analogie*, op. cit., p.7

a pas division mais simplement distinction entre droit naturel et droit positif. Cette position est défendue par les jusnaturalistes, souvent de tendance thomiste et dont G. Renard<sup>85</sup> est un éminent représentant. De tous ces éléments, il résulte une indétermination du rapport exact entre droit naturel et droit positif. La cause se situe d'une part dans les différents modes d'apparition du droit naturel, d'autre part, dans la variété des définitions relativement à la « nature ». C'est ce qui permettra ensuite de distinguer clairement le droit naturel du droit positif.

### § 1. LA NECESSITE D'UNE LECTURE UNITAIRE DE LA NATURE

25. **La limite des classifications des types de droit naturel.** - Il s'agit ici de poser les grandes lignes d'une démonstration visant à révéler l'unité fondamentale du droit naturel derrière la multiplicité de ses figures, dans le but de prouver sa « transcendance » vis-à-vis du droit positif, c'est-à-dire en montrant en quoi il fonde<sup>86</sup> le droit positif à l'exclusion d'autres fondements théoriques. Fort du résultat, il sera possible d'expliquer correctement le rapport du *contenu* du droit positif avec le droit naturel sous l'angle patrimonial. Lorsque l'on veut poser une définition du droit naturel, on est immédiatement arrêté par la diversité des types de droits naturels<sup>87</sup>. Il convient de les classer en fonction d'un élément commun qui caractériserait une pluralité de conceptions. Ainsi, on distingue généralement entre un droit naturel tiré de la nature de l'homme et un droit naturel issu de la nature des choses<sup>88</sup>. Ce dernier faisant référence à une littérature plutôt antique et médiévale, en opposition avec la lecture moderne centrée sur l'homme dans sa dimension rationnelle et psychologique. Cependant, et c'est là toute la difficulté qu'il faut comprendre afin de s'en affranchir, en distinguant ces catégories, on n'apporte rien de suffisant pour établir le sens précis du droit naturel. Pour cela, il faut définir d'un côté la chose et de l'autre l'homme. Or, il n'y a pas de définition unique des choses et de l'homme. La chose peut se définir par sa valeur, sa matérialité ou son utilité. L'homme, quant à lui, peut être qualifié d'animal raisonnable, mais

---

<sup>85</sup> G. RENARD, *Le droit, l'ordre...*, op. cit., p.38 : « En style péripatéticien, nous dirions que, vis-à-vis de la matière du droit positif, savoir la masse de ses données historiques, il représente la forme, εἶδος ; il a pour rôle d'« informer » la matière juridique ».

<sup>86</sup> Sur la notion de fondement, *infra* n° 173

<sup>87</sup> D. GUTMANN, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *Mél. en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p.336

<sup>88</sup> M. VILLEY, *La formation ...*, op. cit., p.381 et suiv.



alors il faut définir ce qu'est la raison. Et si l'on préfère l'expression de « substance individuelle » à celle d'animal, la définition de « substance » soulève également un problème. On éprouve la même difficulté que pour la chose, à savoir qu'il y a plusieurs positions concurrentes dans sa détermination. Autrement dit, il faut certes des concepts abstraits pour définir les choses, mais ces concepts sont eux-mêmes définis par d'autres concepts abstraits et ainsi de suite. Or l'accumulation d'abstrait n'a jamais donné du concret. On s'en rapproche mais on ne l'atteint jamais. Pour découvrir le droit naturel dans son authenticité, il faut voir le concret supportant l'abstrait<sup>89</sup>, l'être derrière l'étant, autrement dit percevoir l'être sous la nature de l'homme, garder à l'esprit l'être sous-jacent aux choses. Maintenir à l'esprit que l'être est inhérent aux hommes et aux choses (qui sont des étants), c'est ne pas oublier que derrière l'abstrait, il y a du concret, que derrière l'apparence, il y a du réel. Dès lors, celui qui approche d'un droit naturel authentique, ce n'est pas, en soi, celui qui part de la nature de l'homme ou de la nature des choses comme fondement, mais bien celui qui partant de l'un ou de l'autre, voit l'être qui est sous-jacent. Comme la présence continue de l'être transcende les hommes et les choses, le point de départ est de peu d'importance car choisissant l'un, l'être invitera à rencontrer l'autre.

### 26. Si l'être unifie les différents types de droits naturels, il pose pourtant un dilemme.

- En unifiant les types de droits naturels autour de l'être, on évince toute relativité au profit de l'unité. Voilà unifiés derrière une même étiquette les divers types de droits naturels. Mais une difficulté de taille surgit. L'être n'est pas représentable pour l'esprit humain. Celui qui tente de se représenter l'Idée d'arbre en général, va rassembler tous les éléments communs aux arbres et va les placer dans un arbre singularisé pour « voir » l'Idée d'arbre. Or, en singularisant l'arbre en général - qui est la seule possibilité pour pouvoir le voir -, on en fait un arbre parmi les autres, qui a de l'être comme les autres. Il ne s'agit pas de l'idée d'arbre<sup>90</sup>. Autrement dit, pour voir « l'être », il faut en faire une chose. Mais dès que l'on en fait une chose, on s'aperçoit que cette chose a de l'être comme toute autre chose, et n'est donc pas l'être en soi. L'être ne peut être ni représenté, ni imaginé, ni perçu<sup>91</sup>. A ce caractère non représentable vient se joindre celui de l'universalité. L'être est universel, ce qui implique une impossibilité de l'abstraire. Pour le comprendre, il faut en revenir au mécanisme de la définition. Il y a définition lorsque l'on pose un genre et une différence (exemple : l'homme

---

<sup>89</sup> Ph. I. ANDRE-VINCENT, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation (en lisant Engisch) », in *L'interprétation dans le droit*, APD, t. 17, Sirey, 1972, p.136

<sup>90</sup> Nous reprenons l'exemple de J. MOREAU, *Réalisme et idéalisme chez Platon*, PUF, 1951, p.8

<sup>91</sup> *Ibid.*

est dans le genre animal mais sa différence spécifique par rapport aux autres animaux est d'avoir une raison, d'où le fait d'être un animal rationnel). Si tous les concepts se prêtent au jeu de la définition, tel n'est pas le cas de l'être, car l'être n'a pas d'autre différence spécifique que lui-même. L'abstraction permet d'enlever une différence pour remonter au genre plus élevé. Si l'être n'a pas d'autre différence spécifique que lui-même, il ne peut être abstrait. Comme aucune abstraction génériciste n'est possible pour l'être, alors l'être ne se situe pas sur le plan de la généralité mais sur celui de l'universalité. L'être est universel.

27. **Universel et général.** - Non représentable et universel, ce sont les deux versants de l'être qui justifient la place du droit naturel par rapport au droit positif. L'universel est la réalité la plus authentique mais en tant que l'être n'est pas représentable, on ne peut atteindre l'universel. Le seul moyen disponible pour se rendre compte de l'être est le passage à la conceptualisation. Or, on se sépare de l'universel pour entrer dans l'abstrait, c'est-à-dire dans le général (si l'universel renvoie à « tous les », le général implique « la plupart de » ; on voit tout de suite l'incidence lorsqu'on pose un principe de portée universelle ou générale). Tel est le dilemme du droit, auquel il ne peut échapper. Dans l'ordre rigoureux des choses, le droit positif est élaboré à partir de représentations plus ou moins abstraites et est soumis à des contraintes pratiques (ignorance de certains faits matériels, d'où la nécessité de constituer des fictions et des présomptions, choix de politique juridique pour compenser des inégalités purement matérielles, etc.). Au-dessus du droit positif, se trouve le droit naturel. Le droit naturel s'intègre également dans le mode de la représentation mais dans son abstraction « la plus faible ». On pourrait dire aussi dans son abstraction « la plus proche » du concret. Elle est la « plus belle » représentation possible, mais ne peut atteindre l'universel<sup>92</sup>. Cela découle de son sens immédiat. La nature vise ce qui est commun entre des choses ou entre des hommes. Or, elle évince par là même la radicale différence qui les sépare (notamment concernant les personnes). Le droit de la personne, entendu métaphysiquement, se situe dans l'universel dès que l'on conçoit la personne comme un universel singulier<sup>93</sup>. En ce sens, la personne n'est pas rationalisée, même si elle est rationalisable comme concept. La différence entre droit de la personne et droit naturel est, en un sens, plus radicale que celle entre droit naturel et droit positif.

---

<sup>92</sup> C'est ce qui explique que le droit naturel n'est pas un droit idéal.

<sup>93</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Justice et hégémonie*, éd. Bière, 2006, p.319-330

28. **Le rapport entre droit naturel et droit positif.** - Droit naturel et droit positif se rejoignent sur la nécessité d'employer des concepts. L'idée de droit n'étant pas représentable en soi, ces concepts servent d'instruments<sup>94</sup> qui sont autant de moyens affectés à la concrétisation de la finalité du droit dont la justice prend une part substantielle, selon son sens antique. La liberté de choix des moyens est restreinte uniquement par la fin à accomplir. Dès lors, le droit positif s'identifie au droit naturel lorsqu'il tend vers la finalité de justice et sous réserve que les moyens mis en œuvre y soient proportionnés en fonction de la nature des choses et de l'homme. Pour déterminer l'existence d'une conformité des moyens à la fin, il faut entrer dans le champ de l'ontologie (de ce qui est relatif à l'être). Sachant que le mot « nature » signifie l'être dans ce qu'il a de « nécessaire » (en opposition avec ce qui est contingent), il suffit d'avoir une conception réduite du mot « nature » pour impliquer une réduction de l'être<sup>95</sup>. De nombreux types de droits naturels résultent d'une telle réduction plus ou moins consciente.

29. **Le rapport entre droit naturel et contenu du droit positif.** - La différence de simple degré entre les deux droits permet d'une part, de les analyser sur un même plan et, d'autre part, d'étendre le champ de comparaison à toutes les règles de droit issues des codes mais également l'ensemble que constituent la jurisprudence et la doctrine. Les premiers acteurs des situations juridiques sont les hommes auxquels font face les choses. Dans les classifications du droit des biens, de nombreuses distinctions sont opérées en fonction de leur « nature ». Du statut juridiquement octroyé naît un régime juridique qui, bien souvent, ne peut être évincé par la simple volonté de contractants. Cette nature des choses rejaillit en droit des contrats spéciaux ou en droit des sûretés puisqu'elle détermine certaines possibilités ou impossibilités liées à la qualification. Les recherches doctrinales sont encore très actives sur certains sujets comme les choses incorporelles dans le cadre de la propriété intellectuelle. Les classifications ont pourtant leurs limites, d'où un débat régulièrement renouvelé. La nature de l'homme constitue un point central dans le droit positif car sa protection est tributaire de la valeur qu'on lui accorde. Certes, l'article 16 du Code civil pose un principe de dignité et l'article 16-1 rappelle que le corps humain n'est pas de l'ordre du patrimonial. Ainsi s'est établie avec le temps une liste de droits dits extra-patrimoniaux excluant l'idée d'une pécuniarité de la personne. Pourtant, le droit à l'image ou le droit à la vie privée prouvent l'existence d'un commerce touchant certaines parties de la personne. Plus complexes encore sont les questions

---

<sup>94</sup> C. ATIAS, « Une crise de légitimité seconde », in *Crises dans le droit, Droits*, n° 4, 1986, p.32

<sup>95</sup> Sur la réduction de l'ontologie, *infra* n° 49

relatives à la bioéthique et au droit de la famille. Cette distinction même entre le patrimonial et l'extra-patrimonial révèle ses limites. La frontière est poreuse car ces catégories sont des représentations d'une idée qui les dépasse et dont elles ne sont qu'un reflet. Sa vocation de catégorie simple et pratique en a fait un outil de premier usage, mais les évolutions récentes prouvent la nécessité d'une critique par rapport à ce qui les dépasse.

30. **L'argument jusnaturaliste en droit privé *patrimonial*.** - La circonscription d'un tel sujet au domaine patrimonial est en quelque sorte biaisée par l'imperfection de la distinction. Mais elle conserve le mérite d'une clarté pour la plupart des domaines considérés. De plus, elle évite (partiellement) la subjectivité humaine au profit de l'objectivité de la chose. Enfin, si l'on considère que cette distinction s'est maintenue avec le temps, le socle est suffisamment solide pour s'y appuyer, au moins dans un premier temps. L'analyse des concepts de « patrimonial » et d' « extra-patrimonial » illustre la présence jusnaturaliste dans tous les concepts du droit puisqu'il sera apte à les critiquer (positivement ou négativement) non selon le mode de l'apparence, mais au sein d'une ontologie par laquelle il pourra juger de la conformité des concepts à leur finalité, dans le respect de la nature des choses et de l'homme. Dès lors que les concepts sont susceptibles d'être appréciés sous le prisme d'une méthode jusnaturaliste, il en va de même de toutes les grandes catégories du droit. Dans tous les cas, il s'agit de nommer correctement les choses. C'est un effort de qualification qui guide tout juriste dans sa démarche. La qualification ne sera correcte que si la nature des choses est perçue à sa juste mesure. Les effets juridiques étant déterminés par la nature, il convient d'éclaircir au mieux la nature des choses dans le respect de la nature de l'homme.

## **§ 2. LES MULTIPLES FORMES D'APPARENCE DU DROIT NATUREL DANS LE DROIT POSITIF**

31. **Les formes d'apparition du droit naturel.** - Pour procéder à une analyse systématique de la présence du droit naturel dans le droit patrimonial français, il faut faire émerger un ou plusieurs dénominateurs communs de façon à en démontrer la récurrence. Dans cette optique, le droit naturel apparaît sous plusieurs formes principales<sup>96</sup>. Tout d'abord,

---

<sup>96</sup> Il s'agit avant tout d'une catégorisation didactique, non absolue, puisque les catégories sont susceptibles de se recouper.

1° sous forme de principes généraux à suivre dans leurs contenus. Parmi les principes premiers, on vise, par exemple, le principe selon lequel il faut rendre à chacun ce qui est le sien ou le principe de ne pas nuire à autrui. C'est la forme la plus connue car la plus représentative. Découlant des principes premiers, 2° les formes légales conditionnant à une recherche d'égalité explicitent la finalité à atteindre comme lieu du jusnaturalisme. La présence d'une recherche d'égalité, voire d'un conditionnement du droit positif vers le juste, n'est pas à démontrer mais plutôt à préciser dans son contenu même. Les droits des régimes matrimoniaux, des procédures collectives ou des successions sont fondés sur le respect d'une certaine égalité. Toujours liés aux premiers principes, le droit naturel apparaît 3° sous la forme d'« idées » telles que la justice, la propriété, la famille, le mariage. Le droit naturel est susceptible d'apparaître comme le « fondement » de ces notions, ce qui implique une présence dans le droit positif qui se centre autour de ces idées. Indirectement rattachés aux principes 4° les droits subjectifs issus des grandes déclarations ont pu être fondés à partir de la nature de l'homme. Ainsi en est-il du droit à la liberté, à la propriété ou à la sûreté. Cette quatrième forme est d'apparition récente dans l'histoire du droit naturel puisqu'elle a nécessité un contexte - philosophique et juridique - centré davantage sur l'homme entendu dans sa subjectivité. S'extrayant des principes pour cibler davantage la nature, le droit naturel apparaît 5° dans la détermination des qualifications du droit. Sous cet angle, c'est le respect de l'identité des choses qui implique l'usage nécessaire de qualifications correctes. La propriété n'est pas l'usufruit, la vente n'est pas un prêt, le consentement n'est pas la capacité. Tous les manuels de droit s'évertuent à déterminer la nature de telle réalité ou de tel concept et les auteurs n'hésitent pas à condamner les fondements erronés. Consécutivement, le droit tient compte des qualifications qui traduisent le statut des choses pour 6° leur appliquer le régime juridique spécifique au regard des finalités à atteindre. A ce niveau, la séparation entre droit naturel et droit positif est marquée car les règles de droit relèvent de la politique législative, laquelle est libre des moyens orientés vers une fin. La nuance est pourtant présente car cette liberté dépend du respect de la nature dans une certaine mesure. Enfin, le jusnaturalisme se comprend plus globalement comme 7° une grille de lecture du droit positif par laquelle il viendrait à critiquer (positivement ou négativement) les solutions choisies. Le jusnaturalisme s'exprime comme une « image » au-delà d'une simple approche logique. Ces sept « présences » du droit naturel ne peuvent se comprendre sans y attacher une autre dimension. A cette présentation horizontale des rapports entre droit naturel et droit positif, se double une

approche verticale par laquelle la remise en question de la compréhension de la *nature* permet de dépasser le domaine théorique et abstrait pour atteindre une dimension plus riche<sup>97</sup>.

32. **1° Une présence dans les premiers principes.** - La précision du droit naturel est souvent en débat. Elle oscille, selon les auteurs, entre une indétermination qui la rend inconsistante et une précision très - trop - rigoureuse laissant peu de place à la liberté radicale de l'homme. Des classifications ont été proposées sur le droit naturel. Ainsi, Javier Hervada distingue entre droits originaires et droits subséquents<sup>98</sup> d'une part, entre droits primaires et droits dérivés<sup>99</sup> d'autre part. L'auteur en déduit, par exemple, le droit à la vie (droit originaire et primaire) et son dérivé le droit de se soigner (droit originaire et dérivé) ou encore le droit à la légitime défense (droit subséquent). Jean Dabin, quant à lui, expose le triple plan du droit naturel à travers le droit naturel social (au sens large), humain, le droit familial et le droit naturel social (au sens strict), politique<sup>100</sup>. A partir de ces distinctions se découvre le premier devoir de l'homme : la justice. Ce premier principe implique de ne pas porter atteinte au droit d'autrui, auquel s'ajoutent les « vertus-annexes » que sont la fidélité à la parole donnée, la véracité, la gratitude et l'équité. De la loi naturelle politique découle un premier devoir « qui est de ne pas enlever aux citoyens l'usage des droits individuels ou collectifs qu'ils tiennent de leur qualité d'homme »<sup>101</sup>, dont la transcription aboutit à un droit à la vie, mais aussi à l'honneur, à certaines libertés et à une certaine propriété<sup>102</sup>. Un deuxième devoir réside dans la répartition équitable des avantages patrimoniaux<sup>103</sup>. Du point de vue du droit naturel familial, des obligations entre enfants et parents existent (justice, amitié, soin de l'éducation physique, intellectuelle, morale et religieuse)<sup>104</sup>. G. Renard distingue thématiquement entre droit de vivre matériellement, intellectuellement, moralement et socialement<sup>105</sup>. On voit une récurrence des objets visés par les auteurs, auxquels on ajoutera le domaine religieux au travers de la littérature chrétienne très présente dans ces études (dans des voies différentes :

---

<sup>97</sup> Pour la définition de la nature, *infra* n° 40

<sup>98</sup> J. HERVADA, *Introduction critique au droit naturel*, éd. Bière, 1991, p.84 : « Nous appelons *droits naturels originaires* ceux qui procèdent de la nature humaine considérée en elle-même et, par conséquent, sont propres à tous les hommes à tout moment de l'histoire humaine. En revanche, sont *droits naturels subséquents* ceux qui proviennent de la nature humaine en relation avec des situations créées par l'homme ».

<sup>99</sup> *Ibid.*, p.85 : « Nous appelons *droits naturels primaires* ces droits qui représentent les biens fondamentaux de la nature humaine et ceux qui correspondent à ces tendances de base ; nous donnons la dénomination de *droits naturels dérivés* à ceux qui sont des manifestations et des dérivations d'un droit primaire ».

<sup>100</sup> J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, Paris, 1929, p.315, n°80

<sup>101</sup> *Ibid.*, p.337, n°87

<sup>102</sup> *Ibid.*, p.337, n°87

<sup>103</sup> *Ibid.*, p.337, n°87

<sup>104</sup> *Ibid.*, p.349, n°90

<sup>105</sup> G. RENARD, *Le droit, l'ordre..., op. cit.*, p.226-227

Castelein<sup>106</sup>, Leclercq<sup>107</sup>, Renard, Ambrosetti<sup>108</sup>, Valensin, Odon Lottin<sup>109</sup>). Concernant le domaine patrimonial, la référence la plus immédiate est celle de la justice : la vertu constante de rendre à chacun ce qui est le sien<sup>110</sup> - on ajoutera dans l'optique du droit naturel - selon la nature des choses et de l'homme. A ce principe, s'agrége facilement la trilogie des préceptes stoïciens : il faut se conserver soi-même, ne léser personne et être fidèle à la parole donnée. On obtient respectivement, par transcription juridique, le droit de propriété, la responsabilité civile et pénale et enfin le droit des contrats<sup>111</sup>. Ce ne sont pas tant les principes premiers qui prêtent à discussion que les conséquences de la méthode déductive par laquelle on parvient à des principes seconds. J. Dabin a critiqué l'extension du contenu du droit naturel<sup>112</sup>. A travers ce qu'il appelle les lois civiles naturelles, « On parvient à rattacher au droit naturel, non seulement l'institution de la propriété privée, bien que « la distinction des possessions ne soit pas imposée par la nature », mais des solutions beaucoup plus contingentes, telles l'institution de la prescription, les dispositions concernant la preuve et autres semblables, destinées à procurer, nonobstant certains sacrifices de la justice parfois »<sup>113</sup>. J. Carbonnier a pu opérer une remarque similaire en excluant les devoirs de charité et les libéralités du droit naturel<sup>114</sup>. L'emploi de la déduction se pose également non cette fois pour déterminer de nouveaux principes mais pour donner des solutions pratiques à des cas particuliers. Ainsi, un principe peut aboutir selon les raisonnements à justifier dans le même temps des positions contraires par l'indétermination qu'il implique, d'où une mise en doute du jusnaturalisme. Par exemple, celui qui détruit un bien meuble déjà vieilli par les années doit-il rembourser la valeur au moment de la destruction ou la valeur nécessaire pour le remplacer par un nouveau bien meuble ? Dans la première hypothèse, le propriétaire du bien détruit sera lésé car le coût d'un

---

<sup>106</sup> A. CASTELEIN, *Droit naturel*, Paris, 1903, p.27 : « Dieu a fait du devoir religieux le premier devoir de l'homme ».

<sup>107</sup> J. LECLERCQ, *Leçons de droit naturel. I. Le fondement du droit et de la société*, Wesmael-Charlier, 4<sup>e</sup> éd., 1957

<sup>108</sup> G. AMBROSETTI, Y a-t-il un droit naturel chrétien ?, in *Dimensions religieuses du droit et notamment l'apport de saint Thomas d'Aquin*, APD, t. 18, Sirey, 1973, p.77 et suiv.

<sup>109</sup> D. ODON LOTTIN, *Le droit naturel chez saint Thomas et ses prédécesseurs*, Ch. Beyaert, 1931

<sup>110</sup> Ulpian

<sup>111</sup> Sur une approche dite des « théories jusnaturalistes du contrat », cf., E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997, p.163 et suiv. : « La plupart des théories modernes du contrat empruntent à une conception beaucoup plus jusnaturaliste que positiviste du droit ».

<sup>112</sup> J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, p.335-337 : « Il est vrai que, souvent, la notion de droit naturel reçoit l'extension au point d'inclure, précisément, ces choses « utiles », étrangères de soi à la catégorie du bien et du juste » ; « Que signifie le droit naturel « nouveau style » ? Un concept tout différent : une règle inventée par l'homme, visant des choses utiles à la vie humaine dans un état social donné. » ; « Sous prétexte de « dérivation » du droit naturel ou, simplement, de « conformité » au droit naturel, les règles du droit positif consacrant des solutions d'utilité sociale sont annexées au droit naturel, comme issues en définitive de la nature raisonnable et sociale de l'homme ».

<sup>113</sup> *Ibid.*, p.336

<sup>114</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF, 21<sup>e</sup> éd., 1998, p.32

bien neuf de remplacement sera probablement plus élevé que la somme qui lui aura été versée en dédommagement ; dans la seconde hypothèse, c'est le débiteur qui ne trouvera pas son compte en devant payer un prix plus élevé que le bien qu'il aura détruit. Le principe selon lequel il faut rendre à chacun ce qui est le sien peut bien être invoqué par l'un ou l'autre, il n'en fournit pas, pour autant, de réponse précise *a priori*.

33. **2° Une présence à travers la tension vers « cela-qui-est-juste ».** - Le droit naturel, quelle que soit la forme qu'il emprunte, demeure obscur en partie. On se demande comment le droit positif peut s'inspirer d'un droit naturel qui ne donne pas de solution définitive. C'est principalement ici que se déroule l'originalité du processus d'influence du droit naturel sur le droit positif. On peut bien parler de « juste », mais si ce « juste » n'est pas précisément déterminé, il n'est d'aucun secours. C'est la raison pour laquelle le droit positif ne peut qu'orienter vers ce qui est juste. C'est sous cet aspect et dans cette limite que le droit positif révèle toute l'influence du droit naturel, comme principe de sa mise en application effective. Le droit positif se justifie comme un « tendre vers ». Ainsi, pour les faits juridiques, l'article 1382 du Code civil dispose que : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». On a bien une recherche d'égalité sans préjuger du contenu de l'égalité. C'est un conditionnement vers le juste. De même, les conditions de formation des actes juridiques (consentement, capacité, cause, objet) permettent de favoriser, *a priori*, une égalité du rapport d'obligations. Les parties au contrat ne donneront leur consentement que s'il en va de leur intérêt ; car dans le cas où le contenu apparaît trop inégalitaire, elles ne donneront pas leur consentement<sup>115</sup>. Et si une partie donne malgré tout son consentement alors qu'un déséquilibre manifeste existe (pour des raisons de dépendance économique<sup>116</sup>, par exemple), des mécanismes légaux seront mis en œuvre pour rectifier ou supprimer le rapport juridique, dans une certaine mesure. Le droit des successions, des régimes matrimoniaux, des sûretés ou des entreprises en difficulté, représentent des modes d'organisation selon un principe d'égalité, de répartition des biens en présence, en fonction d'un actif suffisant ou insuffisant pour tous les ayants cause. Cette tension ne se dirige pas tant vers une justice idéale, constituée dans l'imaginaire des utopies mais vers sa dimension pratique et singularisée dans le rapport juridique entre les parties. C'est la raison

---

<sup>115</sup> J.-F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007, p.281

<sup>116</sup> J.-P. CHAZAL, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.* 2000, p.879



qui pousse à insister vers cela-qui-est-juste<sup>117</sup> (une situation singularisée) plutôt que vers un principe abstrait et *a priori* de justice. Pour atteindre cela-qui-est-juste, le droit positif procède de la même manière que le droit naturel à cette différence qu'il impose une tension par l'extérieur, c'est-à-dire par la loi qui impose des règles contraignantes<sup>118</sup> aux citoyens, tandis que le droit naturel procède d'une « tension » inhérente aux parties. Sous l'angle de cette tension vers cela-qui-est-juste, le droit positif révèle un nombre important de règles de droit ayant cette vocation. Il s'agira, sans établir de listes exhaustives, d'établir les contours de ces règles.

34. **3° L'existence, en soi, de « réalités » d'origine jusnaturaliste.** - Dans la présentation du droit naturel, on avance parfois l'existence, en soi, de réalités innervant le droit positif et trouvant leur origine dans le champ jusnaturaliste. Tel est le cas de la propriété, de la famille, du mariage, de la justice, etc. Ces réalités seraient des images du droit naturel. Ainsi, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) dispose en son article 17, que : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »<sup>119</sup>. Cet article peut être lu à la lumière de l'article 2 de la DDHC : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». On ressent ici l'influence de J. Locke sans aboutir à une absolutisation aussi poussée de la propriété<sup>120</sup>. Mais tous les auteurs de droit naturel n'ont pas tenus un discours similaire, justifiant la propriété par le pouvoir du législateur, ce qui permet d'ailleurs d'éviter les difficultés liées à une interprétation rigide confinant la propriété à être une notion sans limite<sup>121</sup>. Souvent analysé à travers son éventuelle présence dans l'« état de nature », le questionnement sur la source jusnaturaliste de la propriété s'est tari progressivement au profit d'une interrogation sur son rôle économique, notamment dans les déséquilibres qui ont pu en résulter. On retrouve une critique chez J.-J. Rousseau qui accepte la propriété dans le principe mais non dans ses conséquences inégalitaires, jusque chez P.-J. Proudhon avec lequel la critique devient prépondérante (« La propriété, c'est le vol »)<sup>122</sup>. Ce constat d'une existence « naturelle », relative à la propriété, s'apprécie également dans les

---

<sup>117</sup> M. VILLEY, *La formation ...*, op. cit., p.243

<sup>118</sup> A. DE MURALT, *La métaphysique du phénomène*, Vrin, 1985, p.151-152

<sup>119</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis, 2011, p.277

<sup>120</sup> J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p.451

<sup>121</sup> *Ibid.*, p.450

<sup>122</sup> PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ?*, Librairie générale française, 2009. Proudhon abaissera pourtant le niveau de sa critique de la propriété. Cf. J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire...*, op. cit., p.453

autres « réalités » (famille, mariage, justice) dont les points de vue doctrinaux balancent dans un milieu qui se situe entre l'acceptation et le rejet, notamment avec l'influence des études sociologiques, opposant la culture à la nature et relativisant l'étendue de ces réalités. L'exemple récent du mariage (Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013) montre l'actualité de ces démarches de distinctions (ou plutôt de divisions) entre nature et culture - et aussi *personne* devrait-on dire. S'agit-il dès lors de savoir combien il existe de réalités, dont le fondement, l'origine ou la justification, se trouveraient dans le droit naturel ? Poser l'interrogation sous la forme d'une liste, c'est-à-dire d'une quantité de « réalités » censées être « subsistantes », paraît voué à rester une étude veine. De plus, il faudrait antérieurement déterminer exactement ce que signifie la « réalité ». Entre l'affirmation d'une réalité de ces entités et la position contraire qui en ferait des concepts purement instrumentaux, n'ayant d'autre statut que celui d'outil intellectuel, on ne saurait s'avancer sans éclaircir préalablement ce que veut dire « exister ». Or, il faut basculer dans un discours proprement métaphysique qu'il ne s'agit pas d'engager tel quel mais uniquement à travers la notion de « nature »<sup>123</sup>. Une fois le statut de la nature déterminé, il sera possible de se positionner sur l'existence des réalités que sont, entre autres, la propriété, le mariage, la société ou la communauté conjugale.

35. **4° Une présence à travers les droits de l'homme issus des grandes déclarations.** - Si le droit romain privilégiait un droit imprégné de l'image d'un « cosmos » médiatisé par les choses, le droit dit moderne, postérieur à la Révolution française, officialise l'existence des droits de l'homme à partir d'une nature considérée sous de nouvelles marques<sup>124</sup>. Dans les deux cas, il s'agit de droit naturel, pourtant leur compatibilité a pu apparaître précaire, sans susciter une exclusion réciproque, pour peu qu'une lecture plus attentive de la signification de la nature et du droit soit employée comme principe interprétatif<sup>125</sup>. Il est vrai que la portée absolutisante des droits de l'homme<sup>126</sup> conduit à la contradiction. Ainsi, les principes de la

---

<sup>123</sup> *Infra* n° 45-47

<sup>124</sup> M. VILLEY, *La formation ...*, *op. cit.*, p.243 : « Le propre de la doctrine d'Aristote et de saint Thomas [...] c'est de construire la science juridique non pas sur la « nature de l'homme » - comme ce sera le cas pour les modernes -, d'où peut s'inférer cet attribut de l'homme isolé, son pouvoir, son droit subjectif, mais sur la « nature cosmique » : le juriste découvre le droit par l'observation de l'*ordre* inclus dans le *corps social* naturel, d'où ne se peuvent tirer que des rapports, que des proportions, que des conclusions objectives ».

<sup>125</sup> Plus que le déplacement du centre d'intérêt opéré par le droit (nature des choses ou nature de l'homme), ce sont les différentes lectures du terme « nature » qui conduisent à des incompatibilités. Sur les réductions de sens de *nature*, cf. *Infra* n°49. Egalement, concernant la notion de « droit », J.-M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, Studio editoriale di cultura, 1990, p.202 : « La vérité du droit naturel et des droits de l'homme se découvre ici en ce qu'elle est *une* et par là *universelle* ; elle ne saurait fonder un droit contre un autre droit, mais elle détermine le droit ».

<sup>126</sup> J. DABIN, *Théorie générale...*, *op. cit.*, p.323, n°280 : « Des caractères de la nature humaine découlent les caractères du droit naturel. Comme la nature humaine est identique en tous les hommes et qu'elle ne varie pas,

liberté et de l'égalité se contredisent. Si l'on prône le principe de la liberté alors l'égalité ne peut être imposée. Inversement, si l'on privilégie l'égalité, la liberté ne peut être maintenue. Ces deux principes se retrouvent pourtant dans tous les grands textes nationaux et internationaux. Ils sont assimilés au droit naturel mais n'en sont que des déformations. Les attaques contre ce type de droit naturel sont d'autant plus faciles. Cette absoluté est la conséquence de la séparation de l'unité analogique entre l'homme et la chose. Coupé de la chose, l'homme se tourne vers lui-même pour constituer ses lois, lesquelles ne sont plus soumises à la résistance des choses. En s'autonomisant par rapport aux choses, il opère dans le même temps une autonomisation par rapport aux autres individus. La structuration des droits de l'homme ne peut que reprendre les traits de ce schéma, et il reste au droit objectif à organiser tant bien que mal les compatibilités des droits de l'homme entre eux. Le mouvement évolutif de la société poursuivant inexorablement son chemin, conduit aujourd'hui à changer de terminologie pour faire de la nature de l'homme non plus la référence immédiate et première, au profit d'une expression plus englobante, celle de « droits fondamentaux ». J. Rochfeld résume les trois aspects de ce déplacement de vocable, à travers le fondement, la finalité et les conséquences. D'une part, la nature humaine est trop lestée d'incertitudes pour en cerner les contours exploitables sur un plan juridique. Ensuite, l'individualisme libéral conduit à « une forme de privatisation des droits de l'homme ». Enfin, le citoyen est désormais concerné, au même titre que l'Etat, comme « destinataire » des droits fondamentaux<sup>127</sup>. Il n'en reste pas moins que les droits de l'homme conservent encore une place prépondérante, à tel point qu'ils sont souvent considérés comme les éléments prouvant l'incidence du droit naturel au sein du droit positif, quand bien même on affirmerait - probablement à raison - qu'il ne s'agit que d'une « déformation » d'une conception antérieure du droit naturel.

36. **5° Une présence dans la détermination des qualifications.** - Si le sens commun perçoit intuitivement le droit naturel dans des principes généraux ou dans la recherche d'une égalité, l'étude des manuels de droit pose une autre approche par la présence massive du mot « nature ». Voici encore une autre manière de cibler les formes d'apparition du droit naturel. Chaque notion est en premier lieu étudiée à partir de sa définition, elle-même comprise dans le cadre de sa nature. Chaque contrat spécial implique la question préalable de sa nature, dans

---

ses indications ont valeur universelle et immuable, nonobstant la diversité des conditions individuelles, des milieux historiques et géographiques, des civilisations et des cultures. Comme, d'un autre côté, la nature ne peut errer, ses préceptes ont valeur certaine, ne souffrant ni doute ni discussion ».

<sup>127</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions...*, op. cit., 2011, p.172

le but, d'une part de distinguer les contrats les uns des autres, et d'autre part de trouver le régime juridique le plus approprié aux spécificités de chacun des contrats spéciaux. Le mécanisme est le même en droit des sûretés jusque dans les notions les plus récentes au sein du droit positif. Tel est le cas de la fiducie dont la réforme de 2007 a généré nombre d'articles<sup>128</sup>, même si la notion avait déjà fait l'objet d'études approfondies. Plus encore, les thèmes principaux du droit des biens (propriété, usufruit, détention, possession) sont l'occasion de controverses sur leur nature. En somme, l'ensemble des domaines du droit est concerné par la question de la nature. C'est le signe de toute démarche scientifique que de répondre au souci de découvrir l'identité des choses pour les nommer correctement. Il est vrai que le législateur est peu loquace quant aux définitions, celles-ci revenant à la charge de la doctrine ou de la jurisprudence. La recherche de la nature constitue le ciment du droit positif, la structure sur laquelle viennent se greffer les règles de droit à travers les principes, les exceptions et leurs régimes juridiques, le tout dans un ensemble cohérent. Or cette cohérence dépend d'un respect de la logique attachée à l'identité des choses. Se tromper sur la nature d'une chose, c'est lui imposer un régime juridique qui ne lui correspond pas, c'est également la faire entrer en conflit avec la nature des autres choses. L'importance de cet aspect se révèle dans la problématique relative aux doubles natures susceptibles d'être attribuées. Ainsi en est-il de la prestation compensatoire<sup>129</sup>. Or, si une chose a une nature, une identité, elle ne peut en avoir deux, sauf à se contredire. Sous cet aspect, c'est une vision du droit naturel centrée sur l'identité et la non-contradiction. Les qualifications du droit ne pouvant se contredire, elles nécessitent une étude jusnaturaliste pouvant éclairer le cadre de la notion d'identité en faisant prendre conscience de l'abstraction plus ou moins importante que peut revêtir la notion. Si l'on considère une nature très abstraitement, c'est-à-dire avec ce qu'elle a de plus général, on obtient, certes, une identité mais trop large et imprécise pour être exploitable sur un plan juridique. Si la vente est un contrat synallagmatique, on ne peut se contenter de dire que ce contrat-là est synallagmatique sans dire qu'il est une vente. En tant que l'on recherche la nature des choses, on procède à une étude jusnaturaliste quand bien même on n'en n'utiliserait pas les instruments<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> *Supra* n°213

<sup>129</sup> A. SERIAUX, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTD civ.* 1997, n°251, p.53-66

<sup>130</sup> Les instruments que l'on vise sont ceux qui permettent de découvrir au mieux l'identité d'une chose. Ils engagent un vocabulaire tiré de l'ontologique (*i.e.* ce qui est relatif à l'être).

37. **6° Une présence dans l'imputation d'effets juridiques spécifiques.** - Cette étape est la suite logique de la qualification attribuée aux choses. La détermination exacte de la nature, de l'identité des choses, doit être suivie de l'application d'effets juridiques correspondant à cette nature. La détermination de la nature des choses est un processus continu de précision toujours plus avancée. La première étape est de poser le genre le plus vaste et d'y insérer une chose en fonction de ses propriétés. Puis, il s'agit de poser une différence spécifique par laquelle la chose se distingue des autres choses du même genre, sans que cette distinction ne relève de l'accident – c'est-à-dire de ce qui aurait pu être autre. Le processus se poursuit, jusqu'à trouver la dernière différence spécifique, celle en dessous de laquelle il n'y a plus espèce mais chose singulière. Cette méthode permet de poser une définition (qui correspond au genre moins la différence spécifique). L'exemple de l'homme permet de comprendre le mécanisme. L'homme est une chose (entendue au sens large). « Chose » est le genre suprême. Ce qui le distingue des autres choses (sa différence spécifique) est qu'il est un organisme vivant. En tant qu'organisme vivant, on peut le distinguer des végétaux, car il est un animal. Ce qui le distingue des animaux, c'est qu'il est raisonnable. Ne pouvant descendre plus bas dans les différences spécifiques, on en déduit que l'homme est un animal raisonnable. L'intérêt de cette construction est qu'elle permet un parallèle systématique avec les effets juridiques. Ainsi, dans le cadre d'une vente, on dira d'abord qu'il s'agit d'un contrat. On se situe donc dans les règles contractuelles générales (conditions de formation, engagement de la responsabilité, etc). Ce qui distingue la vente d'autres types de contrats, c'est d'être synallagmatique. Les conséquences juridiques résultent de la spécificité de la réciprocité des obligations, lesquelles permettent comme conséquences la résolution pour inexécution ainsi que l'exception d'inexécution par exemple. Sans être absolument nécessaires, elles résultent de la nature de la situation. Si l'on considère que l'effet dépend d'une cause et que cette cause est générée par la spécificité d'une chose - c'est-à-dire sa nature - alors le discours jusnaturaliste a toute sa place dans les modes de raisonnements qui conduisent à privilégier tel ou tel effet. Les politiques législatives peuvent être analysées sous cet angle. Ces dernières restent d'ailleurs essentielles notamment lorsque la nature des choses est incertaine. Le droit positif, en tant que droit d'« action », ne peut suspendre son jugement face à l'indétermination, il doit trancher, non pas tant pour le mieux que pour éviter le pire.

38. **7° Une présence à travers la logique de l'être.** - Le jusnaturalisme se caractérise comme un principe d'interprétation, une grille de lecture propre à opérer une critique (positive

ou négative) de l'état du droit positif<sup>131</sup>. Si tous les modes d'apparition du droit naturel présentés ci-dessus permettent de cibler le droit naturel, c'est ce septième moment qui constitue la base de notre travail, et ceci pour deux raisons principales. D'une part, il permet de ne pas étendre le sujet à une étude du droit naturel sous tous ses aspects mais à prendre racine dans un lieu *stable*, celui de l'ontologie, par lequel on pourra découvrir une permanence dans le droit positif susceptible d'être nommée *droit naturel*. Cette position met en relief une *argumentation* de type jusnaturaliste, avec toutes les spécificités qu'elle est susceptible de comporter, c'est-à-dire avec un langage propre à découvrir l'identité, la nature des choses sous tous ses aspects, et non uniquement dans une perception abstraite. Cette identité des choses implique un langage relatif à l'acte, la puissance, l'essence, l'existence, la matière, la forme, la substance ou encore la subsistance. Ce sont là les aspects principaux de la constitution ontologique des choses. Ils permettent de mieux comprendre les « aspects » des choses et de les intégrer au mieux dans le droit positif. D'autre part, ce septième moment permet d'étendre l'analyse relative à la nature en montrant les différentes lectures dont elle est susceptible d'interprétation. La nature est réelle, et si elle paraît si relative en justifiant tout et son contraire, c'est parce qu'elle peut être comprise de manière plus ou moins abstraite. Nous tenterons de montrer que si le droit positif, la jurisprudence et la doctrine s'évertuent, consciemment ou non, à comprendre la nature dans sa plus grande richesse, les contingences pratiques la réduisent souvent à son expression la plus générale car le droit ne peut suspendre son jugement, en tant que droit d'action, c'est-à-dire tourné vers le réel existant singularisé.

### § 3. L'UNITE DU DROIT NATUREL A TRAVERS L'UNITE DE SENS DU MOT « NATURE »

#### A. LE SENS DU MOT NATURE

39. **La nature dans le Code civil, les articles et les ouvrages de droit.** - Que l'on soit en faveur ou contre le droit naturel, force est de constater l'emploi particulièrement important du mot *nature*, quel que soit le domaine considéré. L'affirmation est encore plus évidente, lorsqu'on tient compte des termes gravitant autour du mot *nature*, tels que « espèce »,

---

<sup>131</sup> S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophique...*, *op. cit.*, p.279 : « [On rétorquera qu'] il n'est nullement nécessaire de désigner ces grilles de référence par l'expression de « droit naturel » dont on sait combien la polysémie et la fluidité ont, dans le mouvement de la pensée, hypothéqué la portée. Mais il n'y a dans cette objection qu'une question de vocabulaire : c'est de la densité axiologique du vocable de « droit naturel » plutôt que de sa forme lexicale que le droit ne peut faire l'économie »

« genre », « substance », « essence ». Si le mot *nature* apparaît à quatre-vingt-dix reprises dans le Code civil, son emploi n'est pas univoque. Plusieurs remarques permettent d'en préciser les significations. En premier lieu, le terme *nature* est utilisé pour préciser l'identité de la chose, souvent dans sa matérialité. Les articles 517 et 527 du Code civil déterminent le statut mobilier ou immobilier des choses en référence à ce qu'elles sont, c'est-à-dire à leur être. Le deuxième sens s'emploie dans le cadre des exécutions, des restitutions, des conservations en nature. On vise la chose existante, concrète et parfois singularisée, en opposition à une équivalence en valeur (art. 738-2 ; 861 ; 862 ; 889 ; 1467 ; 1515 ; 1915 du Code civil). Un troisième sens est susceptible d'assimiler la nature au type, c'est-à-dire comme l'équivalent d'une « catégorie » (art. 1719 ; 1780 ; 1880). Le mot *essence*, parfois considéré comme un équivalent de nature, n'apparaît pas dans le Code civil. Le terme *substance* est présent quatre fois dans le Code civil. La substance, comme la nature, vise l'être de la chose, mais sous un mode distinct<sup>132</sup>. Juridiquement, tandis que la nature s'attache à l'identité de la chose, la substance désigne, selon les interprétations, soit la matière, soit la qualité substantielle (la qualité qui a déterminé le consentement)<sup>133</sup>. Autrement dit, on se penche sur un aspect de l'identité de la chose pour entrer soit dans un objectivisme limité à la matérialité, soit un subjectivisme liant les qualités contingentes et voulues à la substantialité. Enfin, les termes *genre* et *espèce* complètent la liste par une présence importante (d'autant plus lorsque l'on considère que genre et espèce sont interchangeables sous certaines conditions)<sup>134</sup>. Ces termes permettent de représenter l'ordre dans lequel s'inscrivent les choses. L'espèce correspond au niveau où l'essence est la plus déterminée, contrairement au genre qui contient tout de l'espèce mais de manière encore indéterminée<sup>135</sup>.

40. **Définition et signification du concept de *nature*.** - La variabilité du droit naturel découle, en partie, de la polysémie du mot *nature*. G. Gurvitch relève que la nature « est employée pour désigner l'univers (objet des sciences naturelles), le normal opposé au pathologique, l'essence idéale d'une chose, enfin la vie spontanée et inconsciente par

---

<sup>132</sup> Dans un sens thomiste, cf. P. GRENET, *Le thomisme*, PUF, Que sais-je ?, 5<sup>e</sup> éd., 1970, p.15 : « La substance n'est pas un être caché sous les aspects, propriétés, profils, mais l'être même des aspects, propriétés, profils. Aspects, propriétés, profils, ne sont rien, si ce n'est l'être identique et permanent, mais se présentant successivement en différentes manières d'être qui l'affectent réellement ». Comp. M. BASTIT, *La substance. Essai de métaphysique*, Les Presses universitaires de l'IPC, 2012

<sup>133</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, Sirey, 15<sup>e</sup> éd., 2012, n°196

<sup>134</sup> Pour les règles relatives à l'arbre de Porphyre, *infra* n° 129-130

<sup>135</sup> J. BUSQUETS, *Logique et langage : apports de la philosophie médiévale*, Presses universitaires de Bordeaux, 2006

opposition à ce qui est artificiel, réfléchi et voulu »<sup>136</sup>. La nature d'une chose est difficile à définir car elle requiert un effort intellectuel par lequel on enlèverait ce qui est contingent pour ne conserver que ce qui est nécessaire. En d'autres termes, la recherche de la nature, c'est la recherche de l'identité de la chose. Cette identité ne s'arrête pas à la matérialité de la chose ni à sa factualité<sup>137</sup> car elle dépasse l'apparence pour entrer dans son être. Les tentatives pour dénigrer toute référence à la nature ont été nombreuses, notamment en dotant la nature d'une portée bien différente de sa réalité<sup>138</sup>. En droit, le raisonnement n'est pas différent puisqu'il ne s'arrête pas aux apparences, cherchant ce qui est sous-jacent, comme en témoignent les controverses doctrinales sur telle nature ou telle qualification. Pourtant, le cadre de la *nature* n'est pas parfaitement défini. Le vocabulaire juridique de l'Association Capitant soulève les différentes acceptions du mot *nature*. La *nature* est « ce qui définit en Droit une chose (fait, acte, institution, etc.) ; ce qui est de son essence, de sa substance »<sup>139</sup>. Plus spécifiquement, la nature est « ce qui est normalement attaché à un acte juridique et qui répond à son caractère ordinaire ; se distingue en ce sens de l'essence »<sup>140</sup>. Le mot *naturel*, quant à lui est « ce qui est de la nature d'une institution, par opposition à ce qui en est de l'essence ou à ce qui est accidentel ; se dit aujourd'hui encore des obligations accessoires, sous-entendues qui font tacitement partie d'un contrat, sans que les parties aient à en convenir expressément (à la différence des éléments accidentels) mais que les parties pourraient exclure par une clause spéciale (à la différence des éléments essentiels) »<sup>141</sup>. Suivant ces définitions, la nature est d'abord synonyme d'essence, puis distincte de l'essence et enfin opposée à essence. Outre le fait que le mot *nature* est souvent lui-même utilisé pour définir ce qu'est la nature<sup>142</sup>, le rapport entre nature et essence est incertain. On comprend déjà que l'idée de droit naturel est entourée d'une certaine obscurité qui ne facilite pas sa compréhension. Juridiquement, l'essence est « ce qui est inhérent à un acte et dont dépend

<sup>136</sup> G. GURVITCH, « Droit naturel ou droit positif intuitif ? », *APD*, n°3-4, Sirey, 1933, p.56 ; J.-L. SOURIOUX, « La doctrine française et le droit naturel dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle », in *Rev. d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°8, 1989, p.159.

<sup>137</sup> J.-M. TRIGEAUD, « Faut-il juger la nature ? », in *Rev. d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°6, 1989, p.157 : « La danger de toute autre approche, manipulant le sens du vocable « nature » et l'enfermant dans des concepts dianoétiques ou ontiques, ceux des sciences humaines, ceux du droit, est de favoriser avec une surprenante « bonne conscience » un jugement superficiel sur la nature. Un jugement qui ne la regarde plus comme inconditionnée et comme ayant sa fin en elle-même et qui la réduit à des « faits », alors qu'elle s'entend de l'être sous le fait, et en dépit du préjugé objectiviste stigmatisé par la phénoménologie : de l'être indissociable d'un *devoir-être*, du sens inséparable d'une valeur »

<sup>138</sup> A propos de la « naturalistic fallacy », cf. J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, éd. Bière, 1985, p.72

<sup>139</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2011, *V*<sup>o</sup> Nature

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> *Ibid.*, *V*<sup>o</sup> Naturel

<sup>142</sup> *Ibid.*, pour le mot *nature* : « ce qui définit en droit une chose, sa nature juridique » ; pour le mot *naturel* : « ce qui est conforme à la nature » ; « qui est de la nature d'une institution ».



nécessairement soit son existence (sa formation, sa validité), soit son caractère spécifique »<sup>143</sup>. Le mot *nature*, dans les codifications, prend souvent la forme simplifiée d'un matérialisme mais ne s'y limite pas lorsque sa portée évoque l'être même de l'objet qu'elle vise.

41. **Unité et différence entre *nature* et *essence*.** - Cette présentation du rapport unitaire entre nature et essence poursuit un chemin opposé à celui qui règne dans le cadre juridique actuel. Reprenant l'idée de Pothier<sup>144</sup>, la doctrine voit dans l'essence une force qui s'impose à la volonté, tandis que la nature implique la possibilité d'une exclusion par les parties dans leur convention<sup>145</sup>. G. Cornu propose un exemple à propos des servitudes. Théoriquement, le service attaché au fonds dominant « a vocation à durer autant que le fonds »<sup>146</sup>, « la doctrine admet que la perpétuité étant de la nature, non de l'essence de la servitude, la convention pourrait établir une servitude temporaire »<sup>147</sup>. La position de Pothier n'est pas fautive en soi, mais la distinction proposée ne résulte que d'une conséquence accessoire et ne peut, à ce titre, constituer le critère de distinction. Ce critère doit être trouvé dans le principe, non dans les effets. Pour clarifier la distinction, il faut procéder à un découpage ontologique et expliquer les différents modes par lesquels la nature peut être réduite. Ce n'est qu'ensuite qu'il sera possible d'opérer clairement la distinction des notions d'essence et de nature<sup>148</sup>.

42. **Les équivalences au mot *nature*.** - Dans l'emploi des termes, *essence* et *nature* sont souvent confondues. Philosophiquement, l'essence est ce qui est et n'aurait pas pu être autre que ce qu'elle est. Si une chose est autre que ce qu'elle est, elle n'est pas ce qu'elle est, et donc elle n'est pas<sup>149</sup>. L'essence est, par conséquent, immuable, indivisible et nécessaire<sup>150</sup>. Ces caractères font de l'essence le socle d'une science (juridique) possible. Juridiquement, le mécanisme est semblable puisqu'il permet de délimiter les choses entre elles à partir de leur identité, de leur essence. Le droit des biens est un exemple de classification des choses en fonction de leur identité. On trouve cette tendance dans les distinctions entre biens fongibles et corps certains, entre biens consommables et non-consommables, également entre l'homme et l'animal en raison de leur essence. Même les concepts tels que les contrats spéciaux ou les

---

<sup>143</sup> *Ibid.*, V<sup>o</sup> Essence

<sup>144</sup> R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1<sup>e</sup> partie, n<sup>o</sup>7, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, 2011

<sup>145</sup> Pour une présentation de la position doctrinale, cf. N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, préf. E. Loquin, L'Harmattan, 2008, p.55 et suiv.

<sup>146</sup> G. CORNU, *Les biens*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2007, p.225, n<sup>o</sup>92

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> *Infra* n<sup>o</sup> 47-49

<sup>149</sup> Le principe d'identité est sous-jacent ?

<sup>150</sup> On ajoutera « éternelle ».

actes relatifs aux sûretés sont concernés. Une situation factuelle peut être susceptible de plusieurs qualifications et il faudra en revenir à l'essence pour attribuer la dénomination qui lui convient. La force de l'essence s'impose même lorsque les parties ont mal qualifié un contrat. Dans ce cas, le juge peut passer outre la volonté des parties et soumettre le contrat à la qualification qui est la sienne en vertu de son identité. Le droit positif ne peut donc se passer de la notion d'essence. Des précisions s'imposent pour distinguer les deux termes et justifier l'emploi plus fréquent de la notion de nature. Historiquement, on compte plusieurs équivalents d'essence : *quidditas*, *res ipsa*, *forma*, *natura* et hypostase<sup>151</sup>. La nature mérite une attention particulière. Elle se confond avec l'essence lorsqu'on la « considère comme principe d'activité déterminée »<sup>152</sup>, avec un dynamisme propre. Ce langage technique peut sembler difficile d'accès mais il renseigne par la logique qu'il emprunte. Appliquée aux définitions juridiques, la nature trouve une place cohérente au regard de l'essence. Elle se confond avec l'essence quand il s'agit de l'être de la chose mais elle apporte quelque chose de supplémentaire en ce qu'elle tend vers un devoir-être<sup>153</sup>. A partir des définitions proposées ci-dessus, l'usage du mot *nature* mérite une précision dans son étendue. Si les choses corporelles ont une nature et donc une essence, les concepts juridiques n'ont d'essence qu'à raison de leur définition nominale et n'ont pas à proprement parler de *nature*. En effet, on ne saurait affirmer qu'un concept a un dynamisme propre par lequel il tend vers sa fin. Un autre terme peut également être retenu car il permet l'établissement d'un lien avec toute une structure de pensée qui va d'Aristote à saint Thomas et jusqu'à nos jours. Ce terme est le mot *forme*<sup>154</sup>, et il est particulièrement intéressant parce qu'il a fait l'objet de nombreuses études dont les résultats peuvent s'inscrire dans un contexte juridique. La forme se définit comme le principe

---

<sup>151</sup> A. MICHEL, *Dictionnaire de théologie catholique*, tome 5-1, Paris, Letouzey et Ané, 1924, V° « Essence », colonne 833 ; SAINT THOMAS, *Somme théologique*, Cerf, 1984, p.39 : « Le concept de nature, c'est d'abord celui d'essence ».

<sup>152</sup> A. MICHEL, *Dictionnaire...*, tome 5-1, *op. cit.*, V° « Essence », colonne 833 : « Il existe toutefois entre les noms de nature et essence qui désignent la même chose, une distinction logique qui apparaît nettement quand on remonte jusqu'à la substance. Il y a, en effet, deux manières de déterminer le caractère fondamental de la substance d'un être quelconque : on l'envisage soit dans son *existence*, soit dans son *activité*. Sous le 1<sup>er</sup> rapport, on désigne la substance par ce qu'elle a de plus intime et on l'appelle essence, *essentia*, *quidditas*. Sous le 2<sup>nd</sup> rapport, on la considère comme principe d'une activité déterminée et on l'appelle nature, *natura* ».

<sup>153</sup> H. ROMMEN, *Le droit naturel...*, *op. cit.*, p.182-183 : « Le droit « naturel » au sens précis du mot n'est donc possible que sur la base d'une connaissance véritable des essences des choses, car c'est là qu'il trouve sa substance ontologique » ; contra, les positivistes contestent ce passage de l'être au devoir-être, mais une étude plus approfondie démontre que l'être visé est souvent un être factuel, d'où la faiblesse des critiques qui s'y réduisent.

<sup>154</sup> A. MICHEL, *Dictionnaire...*, tome 5-1, *op. cit.*, V° « Essence », colonne 833 : « La nature est ou la forme qui fait qu'un être est ce qu'il est, ou la matière qui est le fond commun où conviennent entre eux les divers êtres que la forme distingue. C'est pourquoi le nom de nature est donné tant à la forme qu'à la matière. Et comme le terme de la génération naturelle est ce qui est produit, c'est-à-dire l'essence de l'espèce qu'exprime la définition, cette essence spécifique reçoit aussi le nom de nature » ; sur les distinctions d'Avicenne et d'Averroès, cf. A. DE LIBERA, C. MICHON, *Le vocabulaire de l'ontologie médiévale*, 1996, Seuil, p.39 et suiv.

déterminant et permanent qui se maintient au-delà des changements que peut subir la matière à laquelle elle est liée. On se rappelle la formule de G. Renard associant le droit naturel et le droit positif par le biais de l'image d'un lien analogique entre la forme et la matière<sup>155</sup>. En ce sens, la forme (le droit naturel) dont le caractère est d'être permanent, informe la matière (le droit positif) dans laquelle elle est singularisée.

### *B. LA « NATURE » COMME POINT COMMUN ENTRE DROIT POSITIF ET DROIT NATUREL*

43. **La nécessité d'une référence à la nature en droit positif.** - On a vu à travers sept moments les rapports qu'entretiennent le droit positif et le droit naturel. Jusque-là, ils apparaissaient disparates et séparés les uns des autres. Ces différents moments sont désormais unis par le biais de la notion de *nature* - *i.e.* d'identité - puisque tous ces moments peuvent être interprétés à sa lumière. Ainsi, 1/ le principe de justice qui est de rendre à chacun ce qui est le sien dépend, dans sa compréhension, de la nature du *sien*, de son identité. Une vision abstraite de la justice n'aura pas la même portée qu'une vision concrète. De même, pour les principes selon lesquels il ne faut léser personne et être fidèle à la parole donnée. Ces principes nécessitent une connaissance de la nature de la lésion<sup>156</sup>, de la fidélité et de la parole. La variabilité des considérations, illustrée par les différentes doctrines, montre que ces concepts peuvent être compris de manière plus ou moins extensive. De la sorte 2/, on a déjà répondu au deuxième cas, celui du conditionnement vers le juste dont la considération dépend de la nature. L'histoire est un bon outil pour montrer la relativité de ces notions (au moins présumée<sup>157</sup>). Tel est le cas 3/ pour la propriété dont les débats doctrinaux montrent qu'elle peut être considérée, selon les interprétations, comme une chose, un bien, un droit, une relation ou une obligation. De même en est-il pour la servitude, le mariage, la société et, de manière générale, toutes les grandes notions du droit. Ici encore, la lecture de la nature peut varier alors que l'objectif de déterminer l'identité est systématiquement le même. La logique se poursuit 4/ concernant les droits de l'homme. Ainsi, on a dit que la liberté et l'égalité absolutisées s'excluaient mutuellement. C'est peut-être que l'absolutisation dénature ces

---

<sup>155</sup> Cf. note 64

<sup>156</sup> H. DE MESMAY, *La nature juridique de la lésion en droit civil français*, thèse, ss. dir. de J. Carbonnier, Paris, 1980

<sup>157</sup> Car la relativité de l'apparence n'empêche pas la permanence de l'essence.

notions. Il s'agit de revenir à leur identité, leur nature réelle pour initier une compatibilité. Et si l'on se trompe dans la nature 5/ - 6/ alors les qualifications ne correspondent plus et les effets juridiques montrent leurs incohérences. Attribuer une essence qui ne correspond pas à l'identité de la chose, c'est dire qu'elle est autre que ce qu'elle est véritablement. Les incohérences naissent de cet écart et ne peuvent que conduire à une faillite du système. L'imputation d'un régime juridique qui ne correspond pas à une chose fait naître un ensemble de difficultés insurmontables. Sous prétexte que l'homme est un animal, on ne pourrait lui imposer le régime juridique des animaux, peu protecteur dans l'ensemble, au regard de sa qualification de chose. Il existe une différence chez l'homme qui conditionne sa spécificité. Le droit positif et le droit naturel sont dans la même position de recherche visant à connaître la chose dans sa nature.

44. **Les lectures de la nature conditionnées par les lectures de l'être.** - On l'a dit, la notion de nature conditionne les interprétations relatives à l'identité des principes, des notions, des finalités, des qualifications et des choses. La compréhension de la nature est un préalable nécessaire avant toute étude d'un objet quelconque. La nature d'une chose est ce qui fait qu'une chose est ce qu'elle est en excluant toutes autres propriétés essentielles dans sa constitution ontologique. Dans cette présentation, le verbe *être* est mis en avant. Par la définition, on voit que la nature est une partie de l'être. Dès lors pour en saisir les contours précis, il faut d'abord s'attacher à analyser la notion d'être. Ce n'est que par ce biais que la nature sera éclairée et qu'elle permettra d'engager la lecture verticale des moments précédemment exposés.

45. **L'indétermination du verbe *être* : approche philosophique.** - De manière unanime, toutes les tentatives de détermination des choses se résoudront par l'utilisation du verbe *être*. On dira que le fonds de commerce *est* une universalité de fait ou *est* une universalité de droit ou *est* un droit de propriété, de même pour la nature de la société et pour toutes les choses qui touchent au droit. L'équivocité du verbe *être* est la cause d'une indétermination constante dans les propos doctrinaux, jurisprudentiels et parlementaires. Le verbe *être* est utilisé de façon systématique, or si, dans un même temps, son sens n'est pas précisé, alors la liberté est presque totale de dire tout et son contraire successivement et sans froisser aucune logique. La spécificité du verbe *être* est de rendre indéterminée la partie de l'être qu'il signifie : l'essence,

l'existence, l'accident, l'étance, etc.<sup>158</sup>. La résultante est soit une inconséquence de la solution du raisonnement, soit une contradiction apparente qui passe pour réelle. Si dans une même phrase, le verbe « être » est employé à plusieurs reprises mais en visant différents aspects de l'être de la chose, alors la cohérence de l'ensemble est rompue. Deux exemples peuvent éclairer le propos. D'une part, prenons un discours utilisant le verbe *être* à plusieurs reprises mais alternativement dans sa portée *essentielle* puis *accidentelle*, alors il faut déterminer le sens du verbe « être » à chaque fois, faute de quoi le raisonnement sera entaché de doute. L'essence vise l'identité de la chose, tandis que l'accident révèle les qualités contingentes d'une chose sans que ces différences n'affectent l'essence de cette chose. Si un raisonnement se fonde sur une partie accidentelle de l'être de la chose et généralise cette position à tous les cas, alors il y aura erreur. D'autre part, prenons cette fois-ci un discours utilisant le verbe *être* à plusieurs reprises mais alternativement dans sa portée *essentielle* puis *existentielle*<sup>159</sup>, alors il faut également déterminer le sens du verbe être à chaque fois. La logique relative à l'essence n'est pas transposable à l'existence<sup>160</sup>. Plus précisément, le champ du possible n'est pas similaire dans les deux domaines. La raison en est que l'essence et l'existence (prises séparément comme deux choses réelles) éclairent et exposent des parts différentes de la chose dans laquelle elles sont incarnées. L'existence, ne visant pas l'identité sous le même mode, n'est pas soumise à la contradiction de la même manière. La notion de temps conditionne la contradiction. Selon le mode de l'existence, pris en un sens existentialiste, une chose ne peut pas se contredire dans le même temps mais peut être « ce qu'elle veut » en des moments séparés.

---

<sup>158</sup> Parmi les manières de dire l'être et la terminologie employée, on compte entre autres : *ousia, ti esti, quo est, ens, entitas, esse, esse essentiae, essentari, species*, étance, substance, essence, existence, accident. Comp. J.-C. BARDOUT, *Penser l'existence. L'existence exposée. Epoque médiévale*, Vrin, 2013

<sup>159</sup> Nous prenons là un exemple particulier car nous divisons pour les besoins de clarté de l'explication alors que seule une distinction nous semble possible. Nous adoptons la position d'une unité analogique des deux idées distinctes que sont l'essence et l'existence. Sur la notion d'existence, quelques précisions sont nécessaires, cf. E. GILSON, *L'être et l'essence*, Vrin, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p.10 : « aucun concept ne représente jamais une chose avec ou sans l'existence, pour la simple raison que l'existence n'est pas représentable par mode de concept. Ceci revient à dire que le concept d'un objet réel ne diffère en rien du concept de ce même objet pensé comme simplement possible : « Quels que soient les prédicats que j'attribue à une chose, et fussent-ils même assez nombreux pour la déterminer complètement, je ne lui ajoute rien, en ajoutant que la chose existe. » Bref, l'existence n'est représentable ni par un concept, ni dans le concept ». Pour notre propos, c'est ce qui explique que l'existence ne soit pas soumise de la même manière que l'essence à la résistance de la chose, à son identité.

<sup>160</sup> Parler de logique et d'existence est contradictoire car cela impliquerait une essentialisation de l'existence. C'est cette tendance qui a pu être critiquée par E. GILSON, *L'être et l'essence, op. cit.*, p.19 : « si l'on conserve le sens français classique des mots « exister » et « existence », qui ne signifient que « le simple et nu être des choses » ou, en d'autres termes, ce par quoi tout réel se distingue du néant, on peut dire sans paradoxe que les existentialismes contemporains ne posent à aucun moment le problème de l'existence, leur objet propre étant une nouvelle essence, celle de l'être en devenir dans le temps ».

46. **L'équivocité du verbe « être » obscurcit et relativise artificiellement toute référence au droit naturel.** - La difficulté de la qualification réside dans l'équivocité du verbe *être*<sup>161</sup>. Les différentes manières de dire l'être<sup>162</sup> - et donc de percevoir la chose - correspondent, pour chacune, à un aspect de l'être entendu dans sa totalité. Les principales sont l'essence, l'accident et l'existence (auxquelles on pourrait adjoindre la substance et la subsistance). L'argument méréologique - de la partie et du tout - est, à ce titre, un instrument efficace pour générer des erreurs dans le principe d'identité et dans les argumentations juridiques<sup>163</sup>. Il permet, en effet, de se placer sur un plan spécifique de lecture (de l'être) de la chose en la faisant passer pour la totalité (de l'être) de cette même chose. Autrement dit, il fait passer l'essence de l'être pour la totalité de l'être, ou bien l'existence, ou bien l'accident etc. Concrètement, transposé en droit positif, cela signifie qu'on ne voit qu'une partie de la chose et qu'on lui applique un régime juridique adapté à cette partie en occultant ses autres aspects. Le bien peut être vu comme fragile, mobile, négociable, pécuniaire, corporel, consommable, non fongible mais par un raisonnement ne respectant pas le principe d'identité, il ne sera plus que mobile, ceci le caractérisant désormais dans sa totalité. Ce mécanisme est d'autant plus efficace et invisible que le verbe « être » est employé indistinctement pour apprécier tel aspect ou tel autre<sup>164</sup>. Cette équivocité du verbe *être* se retrouve parallèlement au niveau de la *nature*. Lorsque l'on évoque le principe qu'il faut rendre à chacun ce qui est le sien, la lecture variable de la nature aboutit à voir dans le « sien » la chose réduite à sa dimension pécuniaire, économique. Au contraire, le « sien » peut référer à la chose, concrètement individualisée, liée

<sup>161</sup> Déjà en grec, on distingue trois manières de dire « être » : *einei*, *gignesthai* et *huparkhein* (ce dernier est de création grecque tandis que les deux autres sont hérités), cf. J. LALLOT, F. ILDEFONSE, *Les Catégories*, Seuil, 2002, p.207

<sup>162</sup> Parmi les manières de dire l'être et la terminologie employée, on compte entre autres : *ousia*, *ti esti*, *quo est*, *ens*, *entitas*, *esse*, *esse essentialia*, *essentiali*, *species*, étance, substance, essence, existence, accident. La traduction du grec au latin a posé des difficultés notamment dans l'effort de Boèce pour traduire l'*ousia* aristotélicienne. Dans le *Contra Eutychen*, Boèce traduit *ousia* par *essentia*. En revanche, dans sa traduction des *Catégories* d'Aristote, il use du terme *substantia* pour qualifier l'*ousia*. En français, on obtient les termes de substance et d'essence, termes qui révèlent immédiatement une différence pour un même terme d'origine. Certes, l'*ousia* aristotélicienne ne se laisse pas traduire avec aisance, mais on finira par distinguer entre essence première et essence seconde. De même, *essentia*, plutôt que d'être traduite par essence aurait mérité l'équivalent d'étance. Sur ces points, cf. J. LALLOT, F. ILDEFONSE, *Les Catégories*, op. cit. ; A. DE LIBERA, C. MICHON, *Le vocabulaire médiéval...*, op. cit. ; E. GILSON, *L'être et l'essence*, op. cit. ; J.-F. COURTINE, *Les catégories de l'être. Etudes de philosophie ancienne et médiévale*, PUF, 2003, p.11 et suiv. ; A. DE MURALT, *Comment dire l'être ? L'invention du discours métaphysique chez Aristote*, Vrin, 1985. Le vocabulaire employé par Aristote reste assez flottant, cf. J. BRUN, *Aristote...*, op. cit., p.39, qui établit les rapports d'équivalence : *to einai* signifie le fait d'être (*esse*), *to on* signifie l'étant, l'individu qui est (*ens*), *tode ti* désigne un individu concret et séparé (*hoc aliquid*), *to ti esti* désigne la quiddité, l'essence du genre, *to ti en einai* désigne la quiddité, l'essence, la nature d'une chose.

<sup>163</sup> *Supra* n°36

<sup>164</sup> THOMAS D'AQUIN, *De ente et essentia*, Téqui, 1999, qui distingue ainsi, dans le verbe *être*, un sens « prédicamental et existentiel » et un sens attributif. Le sens attributif permet d'englober les manières de dire l'être dans le seul mot « est ».

à une personne selon une valeur affective tout autant qu'économique. Les conséquences juridiques ne sont plus les mêmes.

47. **D'une nature « pauvre » à une nature « riche ».** - Devant ce foisonnement d'interprétations possibles, on a l'explication de la variation des interprétations diverses du droit naturel et du droit positif, car l'un n'est que l'image de l'autre. Si l'on reprend la constitution ontologique des choses, on doit procéder par deux étapes révélant chacune l'être sous-jacent<sup>165</sup>. D'une part, devant une chose en perpétuel devenir, on doit percevoir une permanence. Pour cela, il faut se référer autant aux rapports substance - accident et matière - forme. D'autre part, devant la multiplicité des choses, on peut employer les distinctions relatives 1° à l'essence et à l'existence, 2° à l'individuation et à la spécification et 3° à la substance individuelle et à la subsistance. Chaque « aspect » permet de mieux cibler l'identité des choses. La distinction entre substance et accident conduit à évincer les accidents dont la contingence sort du cadre de la nature<sup>166</sup>. La distinction entre matière et forme, quant à elle, répond à une autre question. Une chose peut changer tout en restant la même chose. Tel est le cas des animaux qui naissent, vivent, vieillissent et meurent. Par-là, ils sont ce qu'ils sont sans jamais être vraiment ce qu'ils sont. Pour justifier ce « devenir intrinsèque », on fait appel à la matière qui change et à la forme qui est le substrat doté de la permanence. Ici, on pourrait, par exemple, évincer la matière pour garder la forme en tant qu'elle marque davantage l'identité tandis que la matière relève de l'indéterminé<sup>167</sup>. En vertu des éléments posés, les premières conclusions se dessinent puisque la nature peut être découverte en enlevant les accidents et la matière des choses pour n'obtenir que ce qui relève de l'essence. Il est possible de s'arrêter à ce niveau dans la détermination de la nature. Pourtant, il faut aller plus loin dans les distinctions encore présentes pour parvenir enfin à ce qui sera susceptible d'être une nature authentique à l'opposé d'une nature abstraite et pauvre. Pour cela, la distinction entre essence et existence cristallise le nœud du problème. La possibilité de concevoir l'identité sans

---

<sup>165</sup> Nous reprenons la méthode de Paul Grenet.

<sup>166</sup> Sur deux positions différentes, J. MARITAIN, *Distinguer pour unir. Les degrés du savoir*, Desclée de Brouwer, 6<sup>e</sup> éd., 1932, p.404 ; J. de TONQUEDEC, *La critique de la connaissance*, Paris, Beauchesne, 1929, p.538

<sup>167</sup> Sur ce point, des précisions s'imposent notamment par rapport à la *materia signata* - et uniquement dans le cadre du rapport entre droit naturel et droit positif. Prenons l'exemple de l'homme. Il est un composé de matière et de forme. Si la matière permet à l'homme d'être singularisé, elle lui fait subir une limitation, un affaiblissement, une diminution (Emile Bréhier). Il serait logique de poser que l'identité de l'homme se trouve dans sa forme qui est sa perfection. Or, cette affirmation conduirait à une vision abstraite de l'homme. Il faut donc dire que la nature de l'homme est un composé de matière et de forme. C'est ce qui a poussé les scolastiques à évoquer la *materia signata* comme entité qui individualise la forme.

référence à l'existence a conduit à ne retenir que l'essence<sup>168</sup> dans la détermination de la nature. Cette idée est clairement exprimée par Gilson : « puisque le concept d'une chose réelle ne diffère en rien de celui de la même chose en tant que simplement possible, notre représentation conceptuelle du réel est congénitalement aveugle à l'existence »<sup>169</sup>. Contre cette tendance à l'essentialisme, saint Thomas a insisté sur l'importance de l'existence en affirmant la place prépondérante de l'acte d'exister<sup>170</sup>. Tous ces développements techniques montrent les différentes conceptions possibles de la nature comme simple forme, comme union d'une matière-forme (essence) ou encore comme union analogique d'une essence-existence. La différence au point de vue des effets réside dans l'abstraction pauvre ou riche qui en résulte. Pour prendre l'exemple de l'homme, la première hypothèse implique de le voir comme une âme, la deuxième comme un corps et une âme et la troisième comme une âme et un corps engagés dans l'existence. Certes, la première hypothèse est la plus simple, la plus claire alors que la troisième demande un effort intellectuel plus abouti. Il nous semble que cet effort doit être accepté pour tenir enfin une nature authentique. Dans le cas contraire, selon une vision pauvre de la nature, on tiendrait pour contingent ce qui est essentiel à partir du principe de non-contradiction en tant que méthode fondée sur une subjectivité alors qu'une autre démarche y verrait un élément essentiel. L'identité qui en ressort n'est plus la même car elle intégrera ou non des propriétés avec un fort potentiel d'influence sur les conséquences à déterminer.

### C. LES REDUCTIONS DE LA NOTION DE NATURE

48. **La critique de la conception relativiste du droit naturel.** - Historiquement, le droit naturel se présente comme stable et continu par sa présence mais relatif dans son contenu. Le relativisme se présente et s'explique sous un angle factuel<sup>171</sup>, contingent<sup>172</sup>, technique<sup>173</sup> ou

---

<sup>168</sup> C'est toute la problématique issue de la distinction avicennienne entre l'être et l'essence.

<sup>169</sup> E. GILSON, *L'être et l'essence*, op. cit., p.11

<sup>170</sup> Sur la notion d'*actus*, cf. J.-M. TRIGEAUD, *Personne, droit et existence*, éd. Bière, 2009, p.153

<sup>171</sup> R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. I, Paris, LGDJ, 1942, p.1, n°3

<sup>172</sup> F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t.II, Sirey, 1927, p.13, n°70

<sup>173</sup> L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Plon, 1954, p.171 : « [Aristote] nous dit que tout droit naturel est variable. D'après saint Thomas d'Aquin, cette affirmation doit être interprétée de façon restrictive : les principes du droit naturel, les axiomes d'où dérivent les règles particulières, sont universels et immuables ; ce qui change, ce sont les règles particulières [...]. L'interprétation thomiste est liée à l'idée d'un *habitus* des principes de la vie pratique, que saint Thomas appelle conscience ou plus précisément *syndérèse* ».



historique<sup>174</sup>. Il faut pourtant réfuter l'idée d'un droit naturel *relatif en soi*, dépendant de contingences économiques, sociales, culturelles - autrement dit des contingences factuelles - pour privilégier un droit naturel *relatif à* une ontologie sous-jacente, c'est-à-dire à une lecture de l'être, comme nous venons d'en montrer quelques aspects. On avance souvent l'idée que le droit naturel s'est transformé au cours du temps alors que c'est davantage la perception de la *réalité*, de l'être, qui a changé. Selon une lecture extensive ou, au contraire, réductrice, la considération de l'être en subira les conséquences. Consécutivement, la nature étant une partie de l'être, elle sera affectée par la lecture riche ou pauvre de l'être. C'est pour cette raison qu'avant de s'engager dans la littérature sur le droit naturel, il faut s'attacher à l'ontologie<sup>175</sup>. Toute démonstration de la présence du droit naturel dans le droit positif doit privilégier un droit naturel « riche », profond, fondé sur une nature authentique. Ce n'est qu'ensuite qu'on situera les présences moins immédiates résultant d'une nature plus pauvre. Il faut avant tout montrer les modes par lesquels une nature proche de la réalité s'en éloigne progressivement. Pour ce faire, la distinction des types de réductions est un préalable.

49. **Les différentes réductions de la nature.** - La réduction de la nature conduit à la rendre toujours plus abstraite. Tout d'abord, le phénomène d'essentialisation de l'existence<sup>176</sup> est un mécanisme de réduction de la nature. La réduction de l'exercice à la quiddité<sup>177</sup> (c'est-à-dire à l'essence)<sup>178</sup> relève d'un processus similaire. L'exemple de la personne humaine permet d'éclairer ces deux aspects. La personne ne se réduit ni à une image ni à un concept mais peut être définie comme un animal raisonnable. En s'en tenant strictement à cette essence, on préjuge qu'un contrat sera conforme à l'intérêt des parties qui agissent systématiquement avec raison. Pourtant, le droit positif offre des protections diverses (erreur, dol, violence, incapacité), ce qui signifie qu'il tient compte du fait que cette raison ne se

---

<sup>174</sup> L.-L. CHRISTIANS, F. COPPENS, X. DIJON, P. FAVRAUX, G. FIASSE, J.-M. LONGNEAUX, M. RUOL, *Droit naturel : relancer l'histoire*, Bruylant, 2008, p.17 ; J. HERVADA, *Introduction critique au droit naturel*, éd. Bière, 1991, p.86 : « Alors que les droits primaires sont constants et permanents, les droits dérivés sont sujets à une plus grande variabilité en ce qui concerne leur extension, parce qu'ils dépendent dans une large mesure des conditions historiques ».

<sup>175</sup> E. DE TEJADA voit une transposition de la philosophie première et la désigne comme une ontologie du droit, in J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté...*, op. cit., p.22

<sup>176</sup> E. GILSON, *L'être et l'essence*, op. cit., p.16-17 : « Si l'on conserve le sens français classique des mots « exister » et « existence », qui ne signifient que « le simple et nu être des choses » ou, en d'autres termes, ce par quoi tout réel se distingue du néant, on peut dire sans paradoxe que les existentialismes contemporains ne posent à aucun moment le problème de l'existence, leur objet propre étant une nouvelle essence, celle de l'être en devenir dans le temps ».

<sup>177</sup> A. DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Vrin, 2002, p.94

<sup>178</sup> Nous ne rentrons pas dans le détail de la distinction. Pour une présentation plus complète, cf. C. KONIG-PRALONG, *Etre, essence et contingence*, Les Belles Lettres, 2006, p.31 et suiv.

comporte pas univoquement dans l'existence et à travers les activités humaines. Cependant, lorsque l'on affirme que la personne se concentre dans sa personnalité juridique, on privilégie une approche essentialiste notamment parce que la personnalité, en tant que notion, se comprend à travers l'autorité étatique, qui est elle-même une notion. La personne ne s'apprécie plus par la liberté radicale de son existence mais sur un mode rationnel. La séparation de l'essence et de l'existence, ainsi que celle entre exercice et quiddité trouvent leur source dans la rupture du lien analogique entre la matière et la forme. Ensuite, la centralisation des causes dans la cause formelle est un autre moyen de réduire le sens de la nature. Les choses ont une définition qui se confond avec la cause formelle car la définition signifie la forme de la chose. Or, la réalité de la chose dépend, selon la quadripartition aristotélicienne, des causes matérielle, formelle, efficiente et finale<sup>179</sup>. Dès lors qu'une définition de la chose peut être supportée uniquement par la cause formelle, les autres causes, bien que signifiant la réalité de la chose, peuvent être évincées dans un discours rationnel. La réduction de l'être emporte une réduction de la nature. Enfin, la réification de la nature conduit à une réduction.

**50. Rupture de l'unité analogique et conséquence en théorie du droit.** - La rupture du lien analogique<sup>180</sup> entre essence et existence, au sein d'une chose, nécessite d'abord une configuration dans laquelle essence et existence sont clairement distinguées. Cette séparation trouve ses racines dans une autre question, celle de la suppression du lien analogique entre matière et forme, dont la problématique s'est étendue jusqu'à atteindre le rapport entre essence et existence. Avant ce bouleversement apporté par Duns Scot, les tenants de l'aristotélisme considéraient que toutes les choses du monde étaient composées de forme et de matière. La forme apportait une « figure » à la matière tandis que la matière (sans réduire la matière à une signification matérialiste) permettait à la forme de se singulariser. En ce sens, ces deux éléments ne peuvent être détachés de la chose car ils sont unis analogiquement. Autrement dit, il ne s'agit pas de deux entités simplement accolées l'une à l'autre. Une des conséquences de cette distinction réelle scotiste est que la matière et la forme deviennent des entités par elles-mêmes et peuvent se comprendre dorénavant sans la nécessité de l'autre.

---

<sup>179</sup> M. BASTIT, *Les quatre causes de l'être selon la philosophie première d'Aristote*, éd. Peeters, 2002

<sup>180</sup> P. SECRETAN, *L'analogie*, PUF, Que sais-je ?, 1984, p.8 : « ana- signifie « en haut », « vers en haut », et donne l'idée d'un passage ou d'un dépassement ; voire d'un transcender, lorsqu'il s'agit de passer à un ordre supérieur : de l'animal à l'humain, de l'humain au divin. Et dans la mesure où les frontières qui marquent les limites de ces domaines sont matériellement infranchissables, l'analogie les franchit [...]. La pensée transgresse une limite vers cela à quoi les êtres eux-mêmes n'ont pas accès. L'analogie est un pont par - dessus une frontière – qui ne s'en trouve pas abolit pour autant ; car la différence rationnelle ne détruit pas les différences réelles ».

Posé de la sorte, un nouveau rapport s'engage selon un mode hiérarchique où l'un tente d'accéder à la primauté au détriment de l'autre. Appliquée au rapport entre droit naturel et droit positif, cette logique conduit à dissocier ces deux droits qui étaient initialement liés analogiquement. Dès lors, le droit naturel devient indépendant du droit positif et réciproquement. Chacun est tendu par la volonté de primer sur l'autre. Les conséquences de cette dissociation sont fondamentales car elles imposent une nouvelle logique. D'une part, les relations qu'ils entretiennent se limitent à des interactions extérieures alors que jusque-là elles se situaient sur un plan interne. Concrètement, l'influence du droit naturel ne pouvait pas être écartée par le droit positif sauf à se contredire car il en faisait partie intégrante. Désormais, le droit naturel a une influence, dont la valeur et l'importance ne sont pas plus grandes que toute autre idéologie. D'autre part, dans le système issu de Duns Scot, la justice devient une finalité extrinsèque car détachée de la nature même des règles de droit. Cette nouvelle position de la justice modifie substantiellement le contenu des règles de droit. Une règle de droit non-conforme à la justice ne se contredira plus dans son essence. Elle ira seulement à l'encontre d'une finalité extrinsèque. On évitera d'affirmer que le droit peut librement aller contre la justice. On se contentera de dire qu'étant contestable, la règle de droit ne sera toutefois pas contradictoire car elle respectera l'identité qui est la sienne, reconstituée sur de nouvelles bases ontologiques. D'une certaine manière, le passage s'opère de l'impossible vers l'interdiction. L'intemporalité et l'immobilité de l'impossible sont effacées par la relativité de l'interdit dont la construction est davantage sociale, culturelle et politique, c'est-à-dire contingente. De plus, la justice, en tant que finalité extérieure, pourra être atteinte sans qu'un moyen soit plus noble qu'un autre. C'est toute la problématique de l'emploi de moyens injustes pour arriver à la justice finale.

51. **Réduction de la nature et application au droit positif.** - La possibilité logique de définir l'identité d'une chose par la seule référence à l'essence a conduit de nombreux auteurs à essentialiser à outrance ce qui aurait dû être simplement un point de départ stable. La conséquence est l'exclusivité d'une méthode fondée uniquement sur la non-contradiction de ce que l'on pourrait appeler, avec Duns Scot, l'*esse objectivum*, ou plus tard avec Descartes, les idées claires et distinctes. Cette non-contradiction justifie d'autant mieux un savoir a priori issu des conditions de possibilité de la connaissance. Le maintien de l'union analogique entre l'essence et l'existence fait certes un passage obligé par l'essence pour identifier l'identité et donc la nature, mais cette identité se comprend d'autant mieux qu'elle s'apprécie dans l'ambiance de l'existence dont l'approche diffère de celle de l'essence, permettant par-là

d'éviter la lourdeur de présuppositions inconscientes mais pourtant pleinement assimilées. C'est ce qui justifie le mode descriptif de la phénoménologie ou les romans des existentialistes<sup>181</sup>. La résistance des choses n'est plus seulement intellectuelle, elle éprouve l'homme dans son acte d'être. La nature est mieux assumée. Le même raisonnement touche le rapport entre l'exercice et la quiddité. Sans être plus fondamentale que les autres, cette distinction revêt une portée toute particulière en droit. En effet, l'acceptation du regard qui se pose sur l'exercice, l'activité de la chose, c'est l'acceptation de la résistance que la chose, en son identité, oppose à l'esprit. C'est dans l'activité, l'usage des choses et des concepts que leur nature se comprend vraiment<sup>182</sup>. Sans philosophie de l'exercice, la chose et le concept ne peuvent être vus que dans leur essence statique, c'est-à-dire dans une nature appauvrie où il s'agirait alors davantage de l'essence d'une image que de l'essence d'une chose. Dans le même esprit, la centralisation des causes (matérielle, finale et efficiente) dans la cause formelle se comprend lorsque l'on rapproche la forme de l'essence. Les conséquences sont du même ordre que celles précédemment décrites.

**52. Réification de la nature et application au droit positif.** - Traditionnellement, on pose cinq transcendants. F. Van Steenberghen nous dit : « Ces cinq propriétés ne sont pas des réalités nouvelles, distinctes de l'être qui les possède. Ce sont de nouveaux concepts, qui explicitent et, pour autant, enrichissent le concept d'être. Comme le concept d'être, ils sont analogiques dans leur signification et transcendants dans leur extension. Ils sont convertibles avec le concept d'être et convertibles entre eux (*ens, unum, verum, bonum convertuntur*), c'est-à-dire qu'ils peuvent indifféremment servir de sujet ou de prédicat dans les jugements d'attribution qu'on peut formuler à leur sujet »<sup>183</sup>. Le transcendantal *res* est important par les conséquences qu'il génère dans ses déformations. D'une part, il peut

---

<sup>181</sup> L. COURNARIE, *L'existence*, Armand Colin, 2001, p.19

<sup>182</sup> On peut faire référence aux théories de la connaissance. Cf. A. DE MURALT, *La métaphysique...*, *op. cit.*, p.82 : « La réalité extra-mentale et l'intelligence n'ont pas la même nature. Si l'intelligence veut connaître la réalité, elle le peut si elle transforme la réalité de façon à se la rendre assimilable.

L'intelligence reçoit en elle le connaissable en réduisant d'une certaine manière la chose à sa mesure, en l'appauvrissant, et donc en la connaissant inadéquatement ».

Claude Romano, « Connaître, c'est simplement tenir en soi la forme de l'autre, en la laissant être de l'autre ; donc, c'est – si l'on veut – prendre la forme de l'autre, mais sans devenir soi-même matière pour cette forme ».

<sup>183</sup> F. VAN STEENBERGHEN, *Le thomisme*, PUF, Que sais-je ?, 1983, p.19-20 : « Tout être est indivis, distinct, vrai, bon. Tout indivis est être, distinct, vrai, bon, etc. La négation d'une propriété transcendante équivaut évidemment à la négation de l'être ou au néant : ainsi, le non-intelligible équivaut au non-être, puisque tout être est intelligible en tant qu'être. On voit comment la déduction des propriétés de l'être donne lieu à une série de premiers principes métaphysiques : Tout être est réalité (*res*). Tout être est indivis (*unum*). Tout être est distinct (*aliquid*). Tout être est vrai ou intelligible (*verum*). Tout être est bon ou appétible (*bonum*). Et puisque les transcendants sont convertibles, une nouvelle série de principes peut être formulée : Toute réalité est être, indivise, vraie et bonne. Tout indivis est être, réalité, distinct, vrai et bon. »

conduire à conceptualiser l'être alors que celui-ci ne peut être véritablement signifié que par un *jugement*. Conceptualiser l'être, c'est en faire un objet, tel qu'il peut se présenter face à la connaissance au même titre que tout autre objet donné. C'est lui faire perdre tout son sens. D'autre part, et plus spécifiquement concernant le droit naturel, l'état de nature peut être réifié comme une chose existant par elle-même alors qu'elle n'est qu'un *état* dont la survie dépend de la subsistance de la chose sur laquelle il se greffe<sup>184</sup>.

53. **Approche verticale des formes d'apparence du droit naturel.** - Comme on l'a dit, les formes d'apparition du droit naturel sont multiples<sup>185</sup>, notamment à travers 1° des principes généraux (rendre à chacun ce qui est le sien), 2° des conditionnements vers une finalité (conditions de formation du contrat), 3° l'existence d'entités jusnaturalistes (propriété, usufruit, société) et 4° leur contenu (nature de la propriété, de l'usufruit et de la société). On compte également 5° la validité des qualifications et 6° les effets juridiques qui y sont attachés. Enfin, 7° le droit naturel s'emploie comme principe d'interprétation. Dans tous les cas, le droit positif formule des règles par des concepts dont les termes requièrent des définitions. La nature s'insère dans toute définition par le biais du genre et de la différence. Ainsi, selon que la lecture de la nature sera plus ou moins riche, le sens véhiculé par la définition variera. A la lecture horizontale de la présence du droit naturel se double une approche verticale, d'ordre critique. Plus le droit positif s'écarte d'une lecture riche de la nature en ne reconsidérant pas certains présupposés réducteurs, plus il s'éloigne du droit naturel. Plus encore, toute présentation juridique, historique, théorique ou philosophique de ce qui se cache derrière l'étiquette « droit naturel » sera conforme au droit naturel tant que la nature sera comprise authentiquement. En cas contraire, il ne s'agira que d'un ersatz de droit naturel.

54. **La distinction classique entre nature et essence en droit.** - Les différents modes de réduction de la nature permettent à présent d'éclaircir la distinction entre « nature » et « essence ». La nature est un composé de matière et de forme qui constitue l'essence. Lorsque cette essence est liée à l'existence, on parle alors de nature. Or, il s'avère que tout discours sur l'existence est problématique, d'une part, parce que toute procédure de rationalisation pour mieux la comprendre ne fait que l'éloigner davantage, d'autre part, parce que l'existence fait

---

<sup>184</sup> A. DE MURALT, *L'unité...*, *op. cit.*, p.75: « C'est grâce à la distinction ex natura rei que Suarez peut distinguer un « état de nature pure », c'est-à-dire faire de la nature pure un « état » par soi de la nature, susceptible d'exister par soi, au moins à titre d'hypothèse de potentia absoluta dei ».

<sup>185</sup> *Supra* n° 31

entrer l'essence dans le concret avec tous les accidents qui viennent s'y ajouter. Le rapport entre nature et essence décrit par Pothier est contestable. Dire que ce qui relève de la nature peut être écarté par convention des parties, contrairement à ce qui relève de l'essence, c'est ne tenir compte que des conséquences. L'essence et la nature se confondent pour partie, mais ce qui correspond à l'existence implique des accidents surajoutés ainsi qu'une rationalisation limitée, d'où la croyance en une relativité. Ce que les parties peuvent écarter, c'est la part des accidents qui s'attache à l'existence. Or, réduire la nature à ce que les parties peuvent évincer, c'est la séparer de l'essence à laquelle elle est pourtant absolument liée. Cette différenciation, confinant presque à la division, résulte d'une lecture déjà orientée de la nature. Un ensemble de présupposés opérant par sédimentation obscurcit le sens de la nature, notamment en lui imposant une relativité comme critère distinctif. Il s'agit là d'une interprétation lestée de présupposés. De toute façon, qu'il s'agisse de l'essence ou de la nature, leur perception par l'esprit aboutit à une représentation. Toute représentation étant générale, elle renferme inexorablement une part de relativité.

**55. L'existence d'un droit naturel « régional ».** - En adoptant le langage phénoménologique, on dira que les diverses formes de droit naturel sont ce qu'il est possible d'appeler des « droits naturels régionaux », c'est-à-dire des droits naturels restreints à un domaine, à une thématique, à une logique<sup>186</sup>. On nommera ainsi *droit naturel régional* le droit naturel de Suarez, de Grotius, de Rousseau, de Hegel, de Dabin, de Gény et, en fait, de la majorité des auteurs de droit naturel. La différence est celle de la richesse de l'ontologie sous-jacente qui invite à une lecture plus ou moins riche de l'être, plus ou moins mécaniste. On en revient à la transcendance, à l'analogie, à la réification, à la suppression de l'intentionnalité et à l'équivocité de l'être. On dira, par exemple, qu'une ontologie riche tient compte d'une conception analogique de l'être, d'un lien analogique de ses composés, n'hypostasie pas les choses et maintient l'intentionnalité entre sujet et objet. Une ontologie pauvre, au contraire, fera primer un être univoque, réifié, autonomisé et sans lien analogique (remplacé par un *tertium quid*, i.e. un dénominateur commun extrinsèque). Dans les deux cas, on est face à une ontologie mais la logique est bien différente. Un *droit naturel régional* est celui qui privilégiera tel aspect ou tel autre. La nature n'est plus la même selon les présupposés initiaux et c'est cela qui explique et justifie la diversité des droits naturels. Or, si un courant persévère

---

<sup>186</sup> J.-F. COURTINE, *Inventio analogiae. Métaphysique et ontothéologie*, Vrin, 2005, p.30, dans un sens phénoménologique : « ontologies régionales (matérielles), correspondant aux différentes régions de l'être délimitées par et en fonction de caractéristiques catégoriales spécifiques ».

à dire qu'il y a unité du droit naturel, c'est que finalement, ils sont tous des lectures d'une même chose. Les unes sont profondes et coïncident quasiment avec la nature même des choses, les autres sont superficielles et s'éloignent d'une nature authentique tout en gravitant autour à une certaine distance. Chacune cherche, dans tous les cas, la *nature* dans l'être qui se présente à lui. D'ailleurs, l'essence elle-même peut déjà être qualifiée de régionale car elle n'est qu'une partie de l'être qui la dépasse. C'est ce qu'affirme saint Thomas à propos du phénix dont l'essence n'est pas en acte et dont la définition est nominale<sup>187</sup>. La conclusion en est la distinction entre l'essence et l'être ; ainsi « Il semble qu'il faille poser que l'essence est une autre réalité (*aliud*) que l'être »<sup>188</sup>. De même, lorsque l'on distingue entre la nature des choses et la nature de l'homme, on procède encore selon un droit naturel régional lui-même plus ou moins proche de la nature même. On peut bien parler de la « nature des choses », encore faut-il préciser ce que l'on lit dans *nature* et dans *chose*. A proprement parler, on devrait plutôt évoquer, pour le droit naturel, un « droit selon la nature régionale non réifiée des états des choses-dans-le-monde ». Les versions les plus pauvres sont du droit naturel en un sens, mais véritablement, elles n'en ont que l'étiquette sans le contenu<sup>189</sup>.

**56. Le double rapport analogique du droit naturel et du droit positif.** - La conception d'un droit naturel structuré par la constitution ontologique des choses, laquelle révèle leur permanence et leur singularité, permet de s'appuyer sur cette structure dans l'interprétation tant des différents types de droits naturels univoques que du droit positif<sup>190</sup>. Reprenant la formule d'A. de Muralt : « L'analogie de proportionnalité, forme logique d'universalité non univoque qui affecte tout concept comprenant analogiquement des modes quidditativement autres, implique l'ordre de ses modes multiples à un mode premier, principe formel et mesure de tous ses modes seconds, selon ce qu'Aristote appelle unité logique de ce qui est dit par rapport à un premier, de même les similitudes des proportions définies [...] renvoient à une proportion première, principe d'intelligibilité des proportions secondes »<sup>191</sup>. Ici, la portée ne

---

<sup>187</sup> A. DE LIBERA, C. MICHON, *Le vocabulaire de l'ontologie médiévale*, 1996, Seuil, p.53

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> Pour reprendre une expression de Jean Dabin contre le droit naturel à contenu variable du néokantien Stammler.

<sup>190</sup> Prenant dans son élan la démarche d'André de Muralt sur *l'analyse structurelle des doctrines par la mise en œuvre de l'analogie aristotélicienne*, nous la transposerons dans notre propre domaine, c'est-à-dire le droit. Cf. A. DE MURALT, *L'unité...*, *op. cit.*, p.94 et suiv.

<sup>191</sup> A. DE MURALT, *L'unité...*, *op. cit.*, p.94 ; Pour une définition de l'analogie de proportionnalité propre, cf. J. MARITAIN, *Distinguer pour unir*, *op. cit.*, p.822-823 : « Dans l'analogie de proportionnalité propre, on a affaire à un concept équivoque de soi [...] qui désigne dans chacun des sujets dont on le dit quelque chose qui est notifié par la similitude des relations qu'ont respectivement l'un de ces sujets [...] au terme [...] semblablement désigné en lui par le même concept. Dans ces conditions, l'analogie de proportionnalité propre fait atteindre, selon le

s'encadrera pas dans la philosophie politique mais dans les autres types de droits naturels<sup>192</sup> de manière accessoire et surtout dans le droit positif de manière principale. Droit naturel et droit positif ont la même nécessité de connaître les choses dans leur identité, leur nature, afin de les intégrer dans un discours juridique. Il s'agira de savoir, dans les règles de droit, la jurisprudence et la doctrine, quels sont les présupposés ontologiques définissant les choses. Dans la détermination de la nature de la chose, de ce qu'elle est, on se demandera : A-t-on une conception univoque de l'être de la chose ? Ne vise-t-on que la forme ou la matière-forme ou l'essence-existence ? Et ainsi de suite. Chaque position adoptée par les juristes relevant en dernier ressort d'un mode de lecture inconscient, plus ou moins riche de la chose. Chaque lecture impliquant des effets juridiques spécifiques, on comprend que le droit positif ait une coloration imprimée par des choix qui dépassent le simple cadre positif et nécessitent un saut dans le discours métaphysique.

### *D. LA DIFFERENCIATION ENTRE DROIT POSITIF ET DROIT NATUREL*

**57. Une distinction fondée sur la limite de la connaissance des choses.** - Le droit naturel authentique voit les choses telles qu'elles sont, en tant que nature, dans leur pleine identité et sans réduction de sens. La difficulté réside dans l'impossibilité de connaître la chose en soi. Il y a toujours dans la chose une part d'inconnu irréductible<sup>193</sup>. Cette indétermination touche l'essence de la chose qui ne se présente pas telle quelle au regard du

---

signifié propre du concept, la chose analogiquement connue. Le signifié du concept, qui n'est un que d'une unité de proportionnalité, se trouve alors intrinsèquement et formellement en chacun des analogués ».

<sup>192</sup> Notamment antique, chrétien médiéval, suarezien, ainsi que les thèses contractualistes, les droits de l'homme et les positions contemporaines.

<sup>193</sup> Sur ce point, J. MOREAU, *Réalisme et idéalisme...*, op. cit., p.39 : « L'être-en-soi ne saurait, sans cesser d'être en soi, devenir objet de pensée et s'attribuer à un sujet ; de lui on ne saurait rien dire, sinon qu'il est ; on ne saurait le définir ni comme un ni comme plusieurs » ; A. DE LIBERA, *La querelle des universaux*, Seuil, 1996 : « Dieu, être singulier et simple, intellect par essence, connaît tout non par l'intermédiaire d'une *species* distincte mais par sa propre essence. Dieu voit les choses non en elles-mêmes mais en lui-même, dans la mesure où son essence contient une similitude de tout ce qui est autre que lui » ; « La connaissance de l'homme en cette vie ne peut se faire par la contemplation directe de l'intelligible ; l'union de l'âme et du corps exige un passage par le phantasme. L'assujettissement au sensible n'est pas une marque de finitude, c'est le trait constitutif d'une nature » ; P. GRENET, *Le thomisme*, op. cit., p.37 : « Pour que connaissant et connaissable s'identifient dans un même acte sans se confondre dans un même être, la seule hypothèse possible c'est que le principe déterminant de l'être du connaissable existe dans l'être du connaissant, sans sa matière (Aristote). Saint Thomas fait remarquer que cette formule est insuffisante : en effet, recevoir en soi la forme de l'autre sans sa matière, ce n'est pas propre à la connaissance. Chaque fois qu'un être en puissance subit l'action d'une cause efficiente, il reçoit la forme de l'agent sans recevoir sa matière (l'eau échauffée par le feu prend sa chaleur sans prendre le combustible). [...] Connaître, c'est simplement tenir en soi la forme de l'autre, en la laissant être de l'autre ; donc, c'est – si l'on veut – prendre la forme de l'autre, mais sans devenir soi-même matière pour cette forme ».



juriste. Ce ne sont que les aspects d'une chose dégrossie qui sont visibles. Le travail de réflexion affine la connaissance mais celle-ci reste partielle. C'est cette raison principale qui différencie le droit positif du droit naturel. Dans tous les cas, l'identité de la chose est le but recherché (car définissant la nature, on pose le statut, et on applique le régime juridique adapté) mais le droit positif n'en a qu'une vue tronquée. Le droit naturel n'est donc pas un droit idéal<sup>194</sup>, expression sans véritable sens ; il est un droit respectant la nature des choses selon leur identité pleine et entière. Le droit positif, par souci de cohérence, recherche de la même manière l'identité des choses. Si la première approche est celle qui tire les conséquences de la matérialité d'une chose, c'est parce que cette matérialité oppose une résistance à l'homme et est facilement identifiable. Lorsqu'il s'agit de choses incorporelles, la détermination de la nature est déjà moins évidente. Elle nécessite un travail intellectuel qui dépasse cette matérialité qui fait défaut. C'est, à ce niveau, l'occasion de montrer d'abord que l'être de la chose ne s'arrête pas à sa matérialité, puis de partir de ce constat pour en revenir aux choses corporelles, et affirmer que leur nature, si elle intègre la matérialité, ne s'y limite pas. L'effort doit être constant pour parvenir à cibler clairement et correctement l'identité d'une chose. Or, le droit positif est un droit d'action, il ne peut rester contemplatif face à ce qu'il ne connaît pas ou connaît mal. C'est la raison pour laquelle il emploie des fictions<sup>195</sup>, pose des présupposés, établit des catégories juridiques<sup>196</sup>. Lorsque la vérité d'une chose, d'un concept ou d'un fait contingent lui est inconnue, quel qu'en soit le domaine, il use de moyens détournés nécessaires, renseigne les justiciables de ses choix par sa législation et impose ses décisions par le biais des juridictions. Au fur et à mesure que la clarté vient à lui, par l'apport de la doctrine, des débats parlementaires et des cas d'espèces de la jurisprudence, il affine ses positions car le droit positif doit s'adapter au mieux à la réalité qui l'entoure. La cohérence du droit positif dépend du statut qu'il attribue aux choses.

58. **La formalisation de la nature.** - Pour remédier à la mobilité apparente dans les frontières conceptuelles du droit et à l'impossibilité de connaître les choses dans leur parfaite identité, on a procédé à une formalisation de la nature. Autrement dit, on a rigidifié la nature

---

<sup>194</sup> G. RENARD, *Le droit, l'ordre...*, op. cit., p.134-135 : « La notion d'un droit idéal est parfaitement plausible, seulement, ce n'est pas le droit naturel » ; M. LABORDE-LACOSTE, *Exposé méthodique de droit civil*, t.I, 5<sup>e</sup> éd., 1949, p.39, n°76, qui pose la question sous la forme d'un rapport entre droit positif et droit idéal. Pour une critique de la position de OUDOT, cf. H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p.145-146 ; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, p.271-273

<sup>195</sup> Sur la définition de fiction, cf. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997. On liera sa définition au principe d'identité

<sup>196</sup> J. HERVADA, *Introduction critique au droit naturel*, éd. Biere, 1991, p.164 : « Le droit appartient à l'ordre pratique de la vie humaine et il est objet d'un art ou d'une science pratique ».

pour faciliter l'usage des règles de droit et favoriser une prévisibilité de ces règles. Cette méthode de formalisation consiste, à partir des données de la nature, à les diviser pour les autonomiser sous forme de règles de droit générales, abstraites et impersonnelles. L'exemple des conditions de formation des contrats est éclairant sur ce point. Sous l'angle jusnaturaliste, la réalité s'entendra, par exemple, de l'inclination par nature d'une volonté connaissante vers la chose qui est son bien comme fin<sup>197</sup>. La transposition en droit positif de cette inclination débutera par une division de la volonté, de la capacité (connaissance), de la chose (objet) et de la cause (fin). Une fois ce processus effectué, il s'agira d'apprécier chacune des conditions indépendamment les unes des autres et de se demander successivement : Une volonté est-elle présente ? Une connaissance est-elle présente ? Une chose est-elle présente ? Une cause est-elle présente ? L'existence d'un acte juridique sera effective dès la réunion de ces quatre éléments ; pourtant on a quitté le fond du droit naturel. Ce dernier maintient l'unité de ces notions, ce que ne fait plus directement le droit positif. Les conséquences se situent dans l'émergence d'un décalage par le biais de cette nature formalisée. Selon une caricature radicale, une volonté peut exister mais sans être tendue vers un objet. Ainsi un contrat serait formé même si la volonté portait sur une autre chose, bref même s'il y a confusion, même si la volonté a été donnée par accident. Une telle radicalité n'est pourtant pas acceptable, par la division qu'il produit entre les données de la nature et le droit positif. C'est ce qui conduit ce dernier à poser une volonté non viciée par une erreur. L'article 1110 du Code civil l'indique en disposant que « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ». Le lien entre la volonté et l'objet se retrouve *a posteriori*. On pourrait aller toujours plus loin dans la formalisation puisque l'article 1110 du Code civil précise « la substance même de la chose », ce qui montre que la seule existence de la chose ne suffit pas. A travers la chose, c'est ce qui en fait la substance à travers son essence et les qualités singularisées qu'elle supporte. On retrouve l'idée énoncée par l'inclination de la « chose vue dans son bien ». Pour paraphraser, mais dans un autre langage, la position jusnaturaliste établit une différenciation puisque ce ne sont pas les conditions de formation, en soi, qui permettent l'existence de l'acte juridique mais la réunion de ce qui est sous-jacent à ces conditions. Autrement dit, ces conditions ne sont que l'occasion positivement formelle qui permet de vérifier qu'un certain nombre d'éléments sont réunis, relativement à l'essence du contrat.

---

<sup>197</sup> *Supra* n°271

59. **La formalisation de la nature conduit à démultiplier intensément le nombre des règles de droit.** - On l'a vu brièvement avec le consentement donné au contrat, l'autonomisation de la volonté implique la nécessité de nouvelles règles de droit, formelles elles aussi, pour recréer *a posteriori* le lien rompu propre à l'inclination. L'inclination par nature d'une volonté connaissante vers la chose qui est son bien comme fin suffit, par elle-même à recouvrir toutes les hypothèses envisageables. Le droit positif, lui, doit prévoir les cas (factuels) dans lesquels le consentement peut ne pas correspondre et poser autant de règles de droit que nécessaire. Ainsi, l'erreur, le dol et la violence permettent de couvrir à rebours la résultante d'une division de la volonté d'avec la chose. Ainsi en est-il également de la capacité juridique qui constitue une formalisation de la notion de connaissance. La portion d'intelligence, de connaissance de chaque individu étant variable (et même chez les individus eux-mêmes au cours des différentes périodes de leur vie), il est difficile de déterminer son niveau en cas de litige. Pour compenser cette limite, la notion d'incapacité permet de poser une présomption d'absence de connaissance. Il devient plus évident de répondre à un litige si on sait dans quelle catégorie se situent les parties. Pourtant, un individu qualifié d'incapable peut bénéficier de lucidité, au moins temporairement, tout comme pour les actes juridiques les plus graves, la personne juridiquement capable a pu être dans une situation de nature à réduire son discernement. C'est un exemple de décalage entre les données de la nature et le droit positif. Dans ce cas, le droit positif ne pouvant laisser en l'état une telle situation, doit créer des règles propres à couvrir ces cas particuliers, d'où une augmentation du nombre de règles. La multiplication des règles de droit compense cette rigidité des frontières du droit. Au final, le droit positif tente de retrouver des solutions similaires à celles du droit naturel, mais avec une méthode différente. On comprend également la nécessité d'actualiser toujours plus souvent des règles pour s'adapter au mieux à la réalité : « La loi, c'est une tunique qu'il faut souvent réajuster : elle craque si l'on n'intervient pas à temps »<sup>198</sup>. On ajoutera que, cette tunique étant cintrée autour de la réalité, elle craquera si elle n'est pas correctement ajustée à cette réalité, ou nature.

60. **La formalisation de la réalité est rendue nécessaire pour un droit pratique.** - Le droit positif, tel que posé par le législateur, est conditionné par cette *réalité* qui s'impose à lui. Pourtant, il prend certaines libertés qui l'écartent du droit naturel. La formalisation de la réalité n'est pas pour autant une exclusion du droit naturel ; il s'agit plutôt d'une gravitation

---

<sup>198</sup> G. RENARD, *Le droit, l'ordre..., op. cit.*, p.11

autour du droit naturel. Elle est une acceptation d'une réalité conditionnée par la nature. Mais le droit positif répond à d'autres exigences pratiques relatives à l'exercice du droit. C'est en ce sens que les règles de droit tendent à formaliser de manière quasi-systématique tout ce qui correspond aux données de la nature<sup>199</sup>. L'enjeu, pour le législateur, réside dans l'intérêt d'une telle démarche. Plutôt que d'être soumis à l'indétermination d'une nature parfois difficile à lire dans des situations factuelles complexes, la formalisation permet de simplifier la lecture de la nature et donc la réalité elle-même. La méthode de la formalisation permet de simplifier la réponse du passage du fait au droit. *Les règles de droit sont édictées de manière à répondre par oui ou par non*, selon l'existence ou la non-existence. Les réponses imprécises et intermédiaires sont exclues, et toutes les subtilités de la réalité avec. L'avantage est clair puisque si la forme est valide car exécutée, alors on considèrera qu'elle correspond à la réalité. L'inconvénient se situe dans la croyance que le droit positif épuise la réalité dans sa profondeur.

61. **Validité-vérité et généralité-universalité.** - Ce qui est vrai est nécessairement valide, mais ce qui est valide n'est pas nécessairement vrai. Pour être valide, il suffit qu'un raisonnement respecte les règles logiques à partir d'une hypothèse préalable, indépendamment de la véracité de cette hypothèse. Le droit patrimonial répond, dans sa structure, à la nécessité de la validité sans évincer la vérité pour autant. La subtilité réside dans la primauté de la validité et dans l'acceptation d'une coïncidence seulement accidentelle entre validité et vérité. Le droit naturel ne se contente pas de la validité, car c'est la vérité<sup>200</sup> qu'il vise. L'écueil réside dans l'assimilation de la vérité à la validité. Dans le cadre des argumentations à propos de la structure des règles de droit et également dans leur rapport de conformité avec les nouvelles règles émises, le principe de non-contradiction déplace son champ d'action non pas directement sur les données de nature mais sur les règles formalisées édictées par le législateur. La suite logique de ce constat s'impose sur le rapport entre le général et l'universel. Le général est relatif à ce qui entre abstraitement dans une catégorie tandis que l'universel dépasse le cadre des catégories et des genres. En formalisant la nature, on obtient une vision très abstraite de l'identité d'une chose, assez loin de sa réalité pleine et entière. Cette chose, selon les méthodes habituelles en droit, est inscrite dans une catégorie, un genre qui lui correspond. Par-là, s'élabore une logique de la généralité, laquelle se spécifie par sa

---

<sup>199</sup> Sur le rapport entre fond et forme, E. JEULAND, « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », in *Mél en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.443-453

<sup>200</sup> J. MOREAU, *Vérité et valeur*, éd. Nauwelaerts, 1965 ; A. DE WAELEHENS, *Phénoménologie et vérité*, éd. Nauwelaerts, 3<sup>e</sup> éd., 1969

recherche du maximum quantitatif. Ainsi sont faites les règles de droit qui cherchent à s'imposer au maximum de situations à l'intérieur d'un cadre donné. Le droit naturel s'élabore également autour de la généralité, mais comprise moins abstraitement pour se rapprocher au mieux de la réalité. On ne peut pas dire, à strictement parler, que le droit naturel entre dans l'universel car la nature ne comprend que ce qui est commun au-delà de la pluralité. C'est ce qui explique que l'homme est qualifié d'animal raisonnable ou de substance individuelle raisonnable. Cette définition englobe la communauté partagée par les hommes. Or l'universel, s'il regarde ce qui est commun, ne s'y limite pas et intègre également ce qui relève du Tout-Autre dans la personne. Le droit de la personne est proprement universel<sup>201</sup>. Le droit naturel n'est pas universel même s'il s'en rapproche<sup>202</sup>.

### *E. COMPLEMENTARITE DU DROIT NATUREL ET DU DROIT POSITIF*

62. **Une absence d'opposition entre droit positif et droit naturel.** - L'importance du droit naturel ne réduit pas celle du droit positif. Chacun œuvre pour l'autre, d'un côté en conduisant à l'identité des choses, de l'autre côté, en octroyant une coercition. Il n'y a pas de *pan-jusnaturalisme* ni de *pan-positivisme*<sup>203</sup>, il y a seulement un rapport analogique entre eux. L'un ne se conçoit pas sans l'autre. Suivant G. Renard : « En style péripatéticien, nous dirions que, vis-à-vis de la matière du droit positif, savoir la masse de ces données historiques, il représente la forme, eidos ; il a pour rôle d'« informer » la matière juridique »<sup>204</sup>. La place à accorder à chacun doit être clairement établie<sup>205</sup>. Le droit positif est un droit d'action, or sa connaissance de l'identité des choses est limitée : il en résulte l'usage de conventions propres

---

<sup>201</sup> Cf. J.-M. TRIGEAUD, « Droit naturel », in *Dictionnaire de philosophie politique*, ss. dir. P. Raynaud et S. Rials, PUF, 2003

<sup>202</sup> Il s'en rapproche fortement notamment si ce caractère du Tout-Autre est considéré lui-même comme un élément commun aux hommes. Mais il s'agit là d'une essentialisation du Tout-Autre, d'où sa limite.

<sup>203</sup> A. DUFOUR, « Droit naturel / droit positif », in *Vocabulaire fondamental du droit*, APD, t. 35, Sirey, 1990, p.59 : « Du « tout est droit naturel » du jusnaturalisme chrétien de Domat au cœur du Grand Siècle, il semble que l'on soit passé avec les grandes codifications en droit privé et surtout les déclarations des droits de l'homme en droit public, au « tout est droit positif » des juspositivismes des XIXe-XX siècles. Et de fait n'est-ce pas Bergbohm qui affirmait à la fin du XIXe siècle, en écho aux propos de Bugnet du début du siècle : « Il n'y a du droit que le droit positif » » ; L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Plon, 1954, p.17 : « L'abandon actuel du droit naturel conduit au nihilisme ; bien plus, il s'identifie au nihilisme »

<sup>204</sup> G. RENARD, *Le droit, l'ordre..., op. cit.*, p.38

<sup>205</sup> Ce qui n'est pas toujours évident, N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, LGDJ, 2002, p.281

à pallier ce manque et sanctionnées par l'autorité étatique<sup>206</sup>. Ces conventions ont été l'occasion d'attaques renouvelées contre le droit naturel puisqu'il apparaissait s'effacer devant la volonté arbitraire de l'homme. C'est l'image d'une opposition entre la convention et la nature qui domine encore les esprits, alors que leur collaboration n'est pas du domaine de la contradiction. Dans le régime contractuel, il existe des conditions de formation du contrat, dont l'une des fonctions consiste à opérer un conditionnement vers ce qui est juste<sup>207</sup>. A cela s'ajoute un conditionnement *a posteriori* par des sanctions envisageables en cas d'inégalité avérée<sup>208</sup>. Peu importent les types d'instruments techniques employés, pourvu qu'ils œuvrent vers le but qui leur est assigné et qui s'identifie avec la justice selon une nature. De même, les notions de sociétés civiles ou commerciales, de fonds de commerce, de personnalité morale ou d'institution, ne sont pas des universaux existant dans le monde des idées se confondant avec les concepts du droit naturel. On voit bien là des constructions de l'esprit qui auraient pu être autres que ce qu'elles sont. Pourtant, elles se rattachent au droit naturel dans la finalité qu'elles servent, à savoir gérer, organiser les choses objet du droit, en respectant l'identité même de ces choses. A ce titre, ces notions ont une essence plutôt qu'une nature car leur définition est plus nominale que réelle. D'où il résulte que leur identité ne peut entrer en contradiction avec la nature des choses qui guide le droit naturel. Autrement dit, les moyens ne peuvent contredire la finalité : « Restons avertis qu'il y a quelque danger à poursuivre le but de Socrate avec les moyens de Thrasymaque »<sup>209</sup>. Il n'y a donc pas de *pan-jusnaturalisme*, mais plutôt un droit naturel diffus qui imprègne le droit positif, en le laissant dans sa liberté d'organiser les moyens pour atteindre sa finalité.

---

<sup>206</sup> V. VON CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2<sup>e</sup> éd., Freiburg, 1909, p.225-229, tiré de L.-M. RAYMONDIS, *Contribution à l'étude du droit naturel*, Toulouse, 1947, p.121

<sup>207</sup> La liberté de l'échange des consentements dans la formation des contrats, par exemple, permet de déterminer librement si un contrat est dans son intérêt ou non. On présume qu'il en sortira une égalité.

<sup>208</sup> *Infra* n° 501 et suiv.

<sup>209</sup> L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Plon, 1954, p.19



## PARTIE 1. L'ARGUMENT RELATIF A LA NATURE DANS LE DROIT POSITIF PATRIMONIAL

63. **La double expression du droit naturel.** - Théoriquement, le droit naturel est susceptible de s'affirmer soit comme présence soit comme mode interprétatif de l'état du droit positif. Cette dualité fait naître une difficulté, notamment parce que plusieurs lectures de la nature sont possibles. Si l'on part d'une lecture très abstraite de la nature, une argumentation jusnaturaliste sera toujours possible mais elle n'offrira pas de réponse sur la réalité d'un droit naturel comme source du droit positif. Le fait d'entamer une analyse suivant une certaine conception de la nature relève de l'hypothèse et débouche sur un discours relatif à la validité et non à la vérité. Or, seule la vérité peut générer l'affirmation d'une présence réelle. Ce n'est qu'en partant de la conception la plus exacte possible de la nature qu'il sera possible d'affirmer une présence jusnaturaliste. La solution la plus sûre réside dans une concentration du regard sur la chose concrète et singularisée.

64. **La compréhension du droit naturel peut se faire de manière déductive ou inductive.** - Une première approche, assez classique, présente le droit naturel sous forme de grands principes immuables et universels à partir desquels on déduit un ensemble de conclusions d'abord immédiates puis plus lointaines<sup>210</sup>. Cette méthode déductive, partant d'hypothèses premières, est susceptible d'aboutir à des contradictions. Tel est le cas du rapport entre le principe selon lequel il faut respecter la parole donnée (*pacta sunt servanda*) et la justice comme vertu constante de rendre à chacun ce qui est sien. Dans le cas d'un déséquilibre contractuel<sup>211</sup>, faut-il respecter l'un ou l'autre des principes ? Privilégier la parole donnée conduit à maintenir le contrat en l'état, tandis que la finalité de justice incline à modifier le rapport juridique en vue d'un réajustement. La méthode inductive est un moyen de contourner ces difficultés en partant des choses pour remonter ensuite aux principes. Dans la compréhension du droit naturel, l'induction implique un aspect positif et un aspect négatif

---

<sup>210</sup> *Supra* n°32, not. Hervada, Dabin et Renard.

<sup>211</sup> Sur le rapport entre équilibre contractuel et force obligatoire, L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002, n°70-78



(mais nécessaire et temporaire). D'une part, elle est une alternative à la contradiction des conclusions issues de principes premiers. Elle réinvestit le problème de concurrence de ces hypothèses par un autre terrain, moins conflictuel. Les choses offrent une résistance ressentie par chacun dans le monde de l'expérience. S'il est vrai qu'on peut imaginer que la justice n'existe pas et agir de manière immorale, il est déjà beaucoup moins évident de faire comme si le mur n'était pas un solide et encore moins le traverser. Cette résistance des choses empêche certaines conclusions hâtives, car l'impossibilité pratique est une mesure spontanée pour détecter une contradiction ou, au moins, une erreur. La distinction entre une chose prise concrètement et la même chose prise abstraitement semble plus immédiate dans l'expérience qu'entre un principe considéré abstraitement ou en profondeur. L'accès à un droit naturel authentique, non déshabillé par excès d'abstraction, semble facilité. D'autre part, la référence à la chose comme point de départ présente une difficulté parce que, se coupant des principes premiers, elle rend moins immédiate la présence du droit naturel à celui qui distingue mal la notion, surtout s'il le voit comme un idéal. Celui-ci se demandera en quoi le droit naturel peut se trouver dans une chose. Dire, par exemple, que *la justice est dans la chose*<sup>212</sup>, c'est employer un langage difficilement compréhensible dans une époque traversée par une logique qui divise et autonomise plus qu'elle ne distingue et unie. Il faut accepter dans un premier temps de laisser de côté les grands principes pour s'attacher à la chose. Le lien entre droit naturel et droit positif est établi. Autant l'un que l'autre cherchent à déterminer la nature des choses pour obtenir les qualifications adéquates et appliquer le régime juridique convenable. Le droit positif, soumis à certaines contraintes, doit parfois employer des fictions pour éloigner les incertitudes. Les arguments jusnaturalistes s'efforcent de dépasser l'apparence de la chose pour atteindre son être, dont la qualification dépend. Les arguments jusnaturalistes, par des méthodes renvoyant à l'ontologie, constituent une grille de lecture pertinente<sup>213</sup>.

65. **Chose, qualification et contenu du droit.** - Un autre avantage se fait jour lorsque la chose est prise pour point de départ plutôt qu'un principe. La circonscription du droit naturel à des principes réduit considérablement sa portée puisqu'elle invite à n'étudier que les règles établissant des principes. Le choix de la chose étend la possibilité d'une interprétation jusnaturaliste à l'ensemble du droit. La chose n'exclue pas la possibilité des principes mais

<sup>212</sup> M. VILLEY, *La formation ...*, op. cit., p.78 et suiv.

<sup>213</sup> Cf. la distinction entre la validité et la vérité. La validité porte sur l'élément formel : si on pose une hypothèse et qu'on applique correctement un raisonnement logique, le résultat sera valide indépendamment de la vérité ou de la fausseté de l'hypothèse de départ.

## Partie 1

s'attache également aux qualifications juridiques (titre 1) et aux conséquences qui en découlent (titre 2).



## **TITRE 1. L'AUTORITE DES ARGUMENTS JUSNATURALISTES DANS LES QUALIFICATIONS JURIDIQUES**

66. **Le principe d'identité est la marque de présence de la nature dans les qualifications.** - Le droit organise les rapports juridiques, notamment patrimoniaux. Ces relations patrimoniales impliquent classiquement des personnes, des choses et des droits sur ces choses. La qualification des choses est un axe principal pour le droit positif, ce qui se confirme par les définitions et les catégorisations émanant du législateur et que l'on retrouve au sein des codes. Pour savoir quel régime juridique est applicable, il faut d'abord se demander quel est le bien à la base de la situation juridique : un meuble, un immeuble, un bien corporel ou incorporel. Le régime juridique est déterminé par la nature de la chose. Il s'agit de connaître l'identité, la nature des choses (Chapitre 1). Toute situation juridique centrée autour d'un bien implique également un droit sur ce bien (propriété, usufruit, gage, hypothèque). Il s'agit d'apprécier l'identité de ces droits, parce qu'ils donnent à connaître la relation entretenue avec les choses. Poursuivant la démarche, le constat est le même pour les concepts doctrinaux dont la réalité ne peut être comprise que par une compréhension première de leur identité (Chapitre 2). Que ce soit le législateur, le juge ou la doctrine, tous recherchent l'identité des choses en tentant d'imposer leur autorité<sup>214</sup>. L'arbitraire, dans la qualification, n'est pas de mise puisqu'on ne saurait affirmer valablement qu'une chose n'est pas ce qu'elle est, qu'elle serait autre que ce qu'elle est. Affirmer une telle proposition, ce serait nier le principe d'identité. Le premier argument jusnaturaliste, en un sens, est l'argument de l'identité par lequel une chose est identique à elle-même. Pour découvrir l'essence, il faut repérer ce qu'il y a de commun parmi les choses de même espèce, tout en enlevant ce qui relève du contingent. C'est ainsi que la nature de l'homme est d'être un animal rationnel, car c'est ce qu'il partage en commun avec tous ses semblables. La difficulté vient de ce que toute

---

<sup>214</sup> N. HAKIM, « Le miroir de l'autorité : l'instrumentalisation de l'autorité dans la doctrine contemporaine », *Rev. d'hist. des facultés de droit et de science juridique*, n°27, 2007, p.459-477

formule exprimant l'essence d'une chose nécessite l'emploi du verbe *être* qui est un terme équivoque.

## **CHAPITRE 1. LES QUALIFICATIONS DES CHOSES PAR LA NATURE DES CHOSES**

67. **Le droit naturel ne voit pas tout de la chose, il se contente de sa proportion juridique.** - L'ombre du jusnaturalisme plane sur les qualifications<sup>215</sup>. Le droit naturel vise à découvrir l'essence des choses, c'est-à-dire ce qui se révèle nécessaire, non ce qui est contingent. De toutes les manières de dire l'être, c'est la nature qui importe le plus<sup>216</sup>. Mais le jusnaturalisme ne perçoit pas tout de la chose, elle n'en perçoit la nature qu'à travers l'ontologie régionale du *jus* ou du juridique selon l'extension qu'on octroie à ces deux termes. La composition atomique de la chose n'intéresse guère le juriste. De la nature de la chose, il ne retient que la proportion juridique et exclut ce qui ne ressort pas de son domaine. A l'image des biens qui intéressent le juriste en tant que choses appropriées, la chose est réduite par la restriction de son être à son aspect juridique. C'est déjà, en soi, une réduction de son essence, légitimée par le domaine du droit. L'effort de qualification, opéré par le législateur, la jurisprudence et la doctrine, est orienté non tant vers l'essence que vers l'essence juridique des choses soumises au droit. Si toute qualification est nécessaire (Section 1), des difficultés apparaissent<sup>217</sup> et justifient de vifs débats doctrinaux (Section 2). La nature détermine le régime juridique applicable. Afin d'apprécier la pertinence du régime juridique relatif aux choses, il faut juger du rapport de conformité entre les catégories du droit et la nature des choses. Si les critères sont ordonnés à la nature, le régime juridique sera cohérent. Si, au contraire, les critères s'éloignent trop des données de la nature des choses, le régime juridique sera affecté de ce vice. Les classifications du droit des biens sont liées à la nature mais

---

<sup>215</sup> *Supra* n°31, il s'agit de la cinquième forme d'apparition du droit naturel que nous avons évoqué. Si le droit positif s'occupe de la *nature de la chose* pour la qualifier, le droit naturel procède de la même manière tout en allant plus loin. Le statut de la chose étudiée dépend certes de la chose, mais le droit naturel estime que ce statut dépend également du sens attribué au mot « nature ». Les arguments jusnaturalistes permettent d'aller plus en profondeur en remettant en cause certains présupposés inconscients qui modifient indirectement le sens de la chose.

<sup>216</sup> Mais indirectement, pour percevoir l'essence telle qu'elle est, il est nécessaire de comprendre la chose sous tous ses aspects, ce qui implique une recherche globale avant d'en restreindre la portée à l'essence.

<sup>217</sup> C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *in* Les biens et les choses, *APD*, t.24, Sirey, p.259 et suiv.

souvent, elles s'en distinguent au moins partiellement. Les arguments jusnaturalistes sont l'occasion d'opérer une critique de la validité et de la vérité de ces classifications.

## SECTION 1. LA NECESSITE D'UN RESPECT DE LA NATURE DANS LES QUALIFICATIONS

68. **La qualification des choses.** - Le droit positif tente de qualifier les biens selon leur nature bien que des présupposés viennent modifier les catégories juridiques. Le droit des biens dont l'un des objectifs est de qualifier les choses ne peut pas violer le principe d'identité en imposant arbitrairement qu'une chose est autre que ce qu'elle est sauf à faire passer un aspect de cette chose pour le tout qu'elle est<sup>218</sup>. Il n'empêche que les qualifications du droit des biens à travers, par exemple, les meubles par anticipation ou les immeubles par destinations, usent de subtilités pour nommer les choses. En somme, la détermination de la nature des choses vise à comprendre ce que recouvre cette nature. Classiquement, le Code civil distingue les biens meubles et immeubles (art. 516 C. civ.) et leur octroie une place fondamentale. A côté, on distingue les biens consommables des biens non-consommables (dont on retrouve les traces aux art. 587 et 1874 du C. civ.) ; les biens fongibles et les corps certains ; les biens simples et les biens composés ; les biens de capitalisation et les biens de consommation ; les fruits et les produits etc. Si l'intérêt de ses distinctions se répercute dans leurs effets, une remise en cause de leur statut s'impose car ils ne correspondent, sous un angle jusnaturaliste, qu'à des lectures spécifiques de l'être. Autrement dit, ces qualifications sont générées par des présupposés. Les classifications se construisent principalement sur le plan de la nature même si elles s'en écartent parfois<sup>219</sup> (§ 1). Pour percevoir la nature, il faut la mettre en concurrence avec la notion de qualité dont l'importance se retrouve dans la valeur octroyée aux choses (§ 2).

---

<sup>218</sup> Sur la difficulté de la qualification, F. TERRE, *Le rôle de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, LGDJ, 1957, n° 522 et suiv.

<sup>219</sup> Sur l'incidence de la valeur, J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in Mél. A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991, p.277

## § 1. LA CLASSIFICATION DES CHOSES SELON LA NATURE

### A. LA DISTINCTION CLASSIQUE DES MEUBLES ET DES IMMEUBLES

69. **La détermination des biens meubles et immeubles**<sup>220</sup>. - La présence du droit naturel dans cette distinction sera effective si chacune de ces notions relèvent d'une nature réellement distincte. Au contraire, la démonstration du caractère contingent de cette division conduira à la conclusion inverse, à savoir qu'on est en présence d'une dualité pragmatique et casuelle. Le Code civil, en son article 517 dispose que : « Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent ». La tripartition, par laquelle une chose est déclarée immeuble, apparaît singulièrement originale car elle positionne, de manière complémentaire, la nature avec la finalité et l'objet. Immédiatement, cette concurrence implique des difficultés résultant du caractère totalisant de la nature. Cette dernière caractéristique, parce qu'elle est supposée recouvrir tous les immeubles à elle seule, devrait exclure le bien immeuble à raison de sa destination et de son objet. La nature d'une chose est ce qui fait que la chose est ce qu'elle est et pas autre chose. Elle signifie l'identité de la chose. Si une chose peut être immeuble sans entrer pour autant dans sa nature (ce que dit le Code civil avec les immeubles par destination et les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent), cela implique qu'elle peut être autre que ce qu'elle est. Le principe d'identité est rompu soit par la contradiction, soit par la relativité. Pour justifier la formule du Code civil, deux interprétations sont susceptibles de proportionner la nature, la destination et l'objet en fonction de ce qu'ils sont. Soit le Code civil soutient une *nature* appauvrie qui lui fait perdre sa portée totalisante<sup>221</sup>. Dans ce cas, la nature ne constitue plus qu'une partie, au même titre que les deux autres critères. La distinction représente un *jusnaturalisme* appauvri car la nature elle-même est réduite. Soit la destination et l'objet sont individualisés et autonomisés fictivement. Ils ne seraient, en fait, que des parties de la nature, mises en avant dans un but de clarification. En l'espèce, la première position semble plutôt celle adoptée par le Code civil,

---

<sup>220</sup> Sur la terminologie employée, le mot « nature » apparaît souvent pour justifier cette distinction même s'il ne préjuge pas d'un parti pris *jusnaturaliste* : J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p.10 §9 « Différences de nature » ; G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p.31, qui parle du critère de la mobilité issu de la nature des choses ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2013, n°127 « La nature de la chose » ; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1938, p.84

<sup>221</sup> *Supra* n° 47



même si la deuxième interprétation est plus authentiquement jusnaturaliste<sup>222</sup>, notamment en maintenant la portée totalisante de la nature. Concernant les meubles, l'article 527 dispose que : « Les biens sont meubles par leur nature, ou par les déterminations de la loi ». La formule, de même calibre que pour les immeubles, aboutit à la même conclusion d'une nature appauvrie.

70. **La nature des meubles et des immeubles.** - La réduction du sens de la *nature*, qui résulte des articles 517 et 527, ne conduit pas à rejeter le droit naturel. Il s'agit-là plutôt de l'image d'un droit naturel univoque, que l'on retrouvera régulièrement au sein du droit positif. En l'espèce, la nature est univoque car elle se réduit à sa portion matérielle, physique. Cette réduction à la matérialité explique la nécessité d'une compensation par d'autres critères (destination et objet) pour combler les vides générés par ce mode univoque. Le mécanisme est similaire à celui des principes et des exceptions relevés en droit des obligations. Dès lors que la nature est réduite, qu'elle ne signifie plus toute l'identité de la chose, on doit ajouter de nouveaux critères pour compenser les vides. Traditionnellement, de toutes les choses qualifiées d'immeubles, la terre<sup>223</sup> est la principale illustration de cette nature. En rapport avec l'article 518 du Code civil qui emploie les termes de « fonds de terre » et de « bâtiments », on peut affirmer que l'essence de l'immeuble trouve son sens dans le *fundus*<sup>224</sup>. Lorsqu'un bien est incorporé à ce fonds, il entre dans la catégorie des immeubles. La condition est qu'il ne s'agisse pas de deux choses simplement accolées mais bien de deux choses unies, de manière à n'en faire plus qu'une. La chose principale imprime sa nature à la chose intégrée car une chose ne peut avoir qu'une seule nature. La jurisprudence s'assure de ce lien en imposant une attache dont la rupture doit entamer, détériorer la substance de la chose. Le critère inverse, la mobilité, permet de caractériser les meubles (art. 528 du Code civil). Le meuble est celui qu'on déplace ou qui se déplace par lui-même (les animaux par exemple). Pourtant, le critère de la mobilité est parfois difficile d'emploi car il dépend, en partie, de l'évolution des techniques humaines par lesquels un bien peut être désormais déplacé sans atteinte de sa substance<sup>225</sup>. La difficulté survient également dans la qualification des immeubles par destination. Là, un bien meuble par « nature » devient immeuble soit parce qu'il est placé sur un fonds et sert à son usage, soit parce qu'il est attaché à perpétuelle demeure. On constate un

---

<sup>222</sup> A partir de la constitution ontologique des choses, on comprend les rapports qu'entretiennent la finalité et l'objet dans le cadre de la nature d'une chose.

<sup>223</sup> A. ZABALZA, *La terre et le droit*, Préf. J.-M. Trigeaud, éd. Bière, 2007

<sup>224</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p.156

<sup>225</sup> G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p.31

artifice, une fiction au service de l'exploitation à travers son unité<sup>226</sup>. La problématique est similaire pour les meubles par anticipation puisque, indépendamment d'un événement naturel, c'est la volonté de l'homme qui apparaît, avec la contingence qu'elle implique. D'autres critères ont tenté de caractériser cette différenciation entre meubles et immeubles, notamment l'affectation et la valeur<sup>227</sup>. Ces critères semblent pertinents pour les choses corporelles<sup>228</sup>. Ils ont également été étendus aux choses incorporelles, aux droits, impliquant l'intervention d'autres critères tels que celui de la productivité<sup>229</sup>. Toute référence à la nature devient artificielle puisqu'il ne s'agit plus tant d'un genre commun que d'une classe au contenu disparate répondant à un esprit pragmatique. Cela ne va pas sans difficulté car sans nature authentique, on reste sur le plan du général abstrait, ce qui pose des difficultés dans la détermination de certains biens comme les biens culturels.

71. **La division totalisante entre biens meubles et immeubles.** – D'après le Livre Deuxième du Code civil introduisant les biens, tous les biens sont meubles ou immeubles. La formulation de l'article 516 du Code civil est totalisante, elle constitue la *summa divisio* du droit français des biens. Cet aspect peut faire penser qu'elle recouvre tout ce qu'est la chose puisque toute chose se réduit soit à l'un, soit à l'autre. On nuancera sur ce point. Historiquement, la distinction entre meuble et immeuble n'a pas toujours été aussi fondamentale. Gaius, dans les *Institutes*, présente comme fondamentale la distinction entre les *res in patrimonio* (choses susceptibles d'appropriation privée) et les *res extra patrimonium* (choses non susceptibles d'appropriation privée)<sup>230</sup>. De même, la distinction entre *res Mancipi* et *res nec Mancipi* est également conséquente en droit romain, plus que celle des meubles et immeubles. La conséquence s'en retrouvait dans la *Mancipatio* ou l'*in iure cessio*<sup>231</sup> à travers un formalisme proportionné à l'acte « grave » de l'aliénation<sup>232</sup>. Le statut de distinction première est à relativiser. La critique peut également s'initier dans le sens inverse, c'est-à-dire en partant du contenu de la distinction entre meuble et immeuble pour savoir si certaines

---

<sup>226</sup> *Ibid.*, p.25

<sup>227</sup> G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p.31-32

<sup>228</sup> F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2010, n° 28 : « La classification qui reposait à la base sur un critère physique, trouvait sa justification dans une idée de valeur. Ceci explique précisément que la classification sera étendue aux choses incorporelles, c'est-à-dire aux droits eux-mêmes, de telle sorte que tous les biens se divisèrent désormais en meubles et immeubles. »

<sup>229</sup> *Ibid.*, n° 37

<sup>230</sup> J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2000, p.219

<sup>231</sup> *Ibid.*, p.235 : « L'*in iure cessio* est probablement moins archaïque que la *Mancipatio*. Elle suppose l'existence d'une autorité publique, qui procède à l'attribution de la chose, alors que la *Mancipatio* n'exige que la présence de témoins »

<sup>232</sup> *Ibid.*, p.222 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, Sirey, 1938, p.746-747

entités ne devraient pas se situer sur un autre plan. L'intégration des animaux comme meuble ou comme immeuble par destination en est un exemple. Si, classiquement, les animaux sont considérés comme des choses, c'est au prix d'une inflexion de la réalité, notamment parce que les animaux sont des êtres vivants se mouvant eux-mêmes, ce qui devrait les exclure des choses inertes que sont les meubles et les immeubles<sup>233</sup>. D'ailleurs, le régime juridique des animaux, aussi casuel soit-il, les protège au titre d'êtres vivants. Le même type de problématique se tient pour les biens nouveaux, découverts par la physique et la chimie modernes<sup>234</sup>.

**72. Le régime juridique issu de la distinction entre meuble et immeuble.** - La division totalisante entre les meubles et les immeubles, conduit à adopter le régime juridique correspondant à la catégorie de rattachement. Le régime des biens meubles est déjà plus permissif que celui des immeubles. Ainsi, l'acquisition originaire est possible pour les meubles mais impossible pour les immeubles. Le régime des meubles est également plus souple. Tout d'abord, la prescription acquisitive en cas de possession d'un bien meuble est plus courte. Ensuite, la vente d'un bien meuble n'emporte pas la nécessité d'une publicité pour la rendre opposable, sauf texte spécial. Enfin en cas de gestion de biens par un administrateur, celui-ci dispose de pouvoirs plus étendus concernant les meubles. Mais le régime juridique n'est pas toujours favorable. La lésion ne peut être invoquée s'agissant de meubles, alors qu'un déséquilibre de 7/12<sup>e</sup> est cause d'annulation d'une vente lorsqu'il s'agit d'un immeuble. De même, en se plaçant du côté du débiteur, les règles de saisie, en cas d'inexécution d'une obligation, sont moins protectrices concernant les meubles. Pourtant, devant cette liste de différences, de nombreux cas révèlent un rapprochement entre meubles et immeubles du point de vue de leur régime juridique. Les règles d'immatriculation de certains biens de grandes valeurs en sont une illustration. Cette proximité de régimes trouve sans doute son origine dans l'insuffisance du critère de distinction entre meubles et immeubles.

**73. La valeur comme justification insuffisante du rapport entre meuble et immeuble.**  
- La distinction fondée sur le critère de la valeur a été critiquée. M. Planiol, G. Ripert et C.

---

<sup>233</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p.32 : « [...] en continuant de ranger l'animal parmi les meubles, voire parmi les immeubles, le législateur de 1999 le maintient parmi les biens. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait, contre l'article 516 du Code civil, admettre que les meubles et les immeubles puissent comprendre des choses qui ne sont pas des biens et qu'il soit possible d'être un bien sans être une chose [...], ce qui est exclu, *de lege lata* ».

<sup>234</sup> R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.* 1958, p.1

Beudant en ont relevé le caractère fictif notamment à travers la faiblesse du précepte : *res mobilis, res vilis*<sup>235</sup>. Cette règle, dès le 19<sup>e</sup> siècle, s'est révélée en contradiction avec les faits qui montraient que les biens dits mobiliers constituaient des valeurs toujours plus grandes, dépassant parfois celle des immeubles. Si certains biens meubles peuvent être d'une valeur égale à celle des immeubles, c'est que le critère est contingent, même s'il peut représenter un indice indirect d'une essence sous-jacente<sup>236</sup>. Il ne peut, en tout cas, supporter à lui seul la différence spécifique des meubles et immeubles. Pourtant, la constitution d'effets juridiques à partir de ce critère est particulièrement claire. Le bien immeuble, présumé de grande valeur, nécessitera une protection accrue en réduisant les possibilités d'atteintes par des tiers, des représentants, voire des époux.

**74. La mobilité comme justification insuffisante du rapport entre meuble et immeuble.** – Le critère physique de la mobilité est le premier élément de distinction des meubles et des immeubles<sup>237</sup>. En somme tout est dit : il y a bien prise en considération de la nature des choses, mais cette considération s'étend à l'intérieur d'un cadre : celui du critère physique, autrement dit au sein d'une ontologie régionale<sup>238</sup>, celle de la matérialité, par laquelle ce qui est véritablement réel, c'est ce qui est palpable dans l'expérience. Si dans l'action individuelle ou collective, le bien ne peut pas être déplacé sans en abîmer la substance, alors il s'agit d'un immeuble. Cependant, le caractère de la mobilité est fortement dépendant des capacités humaines à rendre mobile ce qui semble immobile. Le critère devient dès lors contingent, relatif à une cause efficiente extérieure : l'homme<sup>239</sup>. Or l'essence implique le nécessaire et n'accorde au contingent qu'une valeur accessoire, c'est-à-dire comme ce qui aurait pu ne pas être sans toucher à la substance de la chose. C'est le cas pour certaines maisons, par exemple, qui peuvent être déplacées sans être détériorées. Lorsqu'on soutient que la mobilité, découlant de la nature de la chose, est le critère de différenciation, on

<sup>235</sup> C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1938, p.87 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Paris, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 1925, p.701

<sup>236</sup> G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p.32 : « L'adage *res mobilis res vilis* est dénué de valeur absolue ; mais il serait inexact de lui substituer la proposition contraire (d'une équivalence ordinaire entre meubles et immeubles) » ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p.155-156 : « Observer que l'affirmation par l'article 516 du Code civil que tous les biens sont meubles ou immeubles n'est pas conforme à la réalité est devenu un lieu commun. On souligne l'inadaptation de cette proposition à des formes moderne de propriété, comme celle des fluides ou de l'énergie atomique. Voir également R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conceptions et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.* 1958, p.1

<sup>237</sup> G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p.31 ; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1938, p.84

<sup>238</sup> Sur les définitions d'ontologie régionale, cf. F. NEF, *L'objet quelconque. Recherches sur l'ontologie de l'objet*, Vrin, 2001

<sup>239</sup> G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p.31-32

a une vision restreinte de son être. On dira qu'il s'agit d'une ontologie réduite de manière générale, d'une ontologie régionale si on se situe par rapport à son champ d'application, d'une ontologie univoque si on se place par rapport à l'être.

**75. L'affectation comme critère perturbateur du rapport entre meuble et immeuble.**

- L'affectation permet de qualifier de meubles des immeubles et inversement. Est-ce à dire que l'affectation, permettant ce phénomène, contrarie le principe d'identité ? On ne saurait se précipiter dans la réponse qui nécessite de questionner à nouveau le fondement de la distinction. Suivant la doctrine et dans une certaine mesure<sup>240</sup>, la volonté de l'homme est apte à poser comme meuble un immeuble et comme immeuble un meuble. La nature semble exclue en ce sens et laisse sa place à la volonté de celui qui affecte le bien<sup>241</sup>. Ainsi en va-t-il de l'immeuble par destination et du meuble par anticipation. Mais la volonté n'est pas vide, elle est en lien avec la chose et la structure de cette dernière lui oppose une résistance. Autrement dit, la chose doit permettre d'une manière ou d'une autre la qualification finale. Toute chose meuble ne peut devenir immeuble et inversement. Il faut remplir des conditions nécessaires. La nature de la chose reste présente. Ainsi le droit positif impose deux conditions pour les immeubles par destinations : que la chose soit concrètement affectée au bien et que l'immeuble par nature et l'immeuble par destination appartiennent au même propriétaire. Il s'agit là d'éviter une volonté qui déterminerait arbitrairement les choses.

**76. Les limites de la distinction à travers les choses incorporelles.** - Il apparaît que la distinction entre meubles et immeubles n'est pas la résultante d'une lecture jusnaturaliste, malgré l'apparition du mot *nature*. La référence à trois critères cumulatifs (valeur, mobilité, affectation) permet tout de même d'obtenir une distinction utile pour le droit positif. Le constat se poursuit avec le problème des choses incorporelles dont la particularité devrait conduire à des spécificités dans sa détermination. Or, le Code civil rattache ces choses incorporelles aux biens meubles et immeubles, ce qui implique la question de savoir comment ce qui n'a pas de matérialité peut être meuble ou immeuble<sup>242</sup>. Cette question nécessite préalablement un éclaircissement du rapport entre le corporel et l'incorporel.

---

<sup>240</sup> M. MESTROT, « Le rôle de la volonté dans la distinction des biens meubles et immeubles », *RRJ* 1995-3, p.809

<sup>241</sup> Voir cependant *supra* n° 58 pour le rapport de la volonté à la nature

<sup>242</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p.42

*B. LES AUTRES CLASSIFICATIONS DU DROIT DES BIENS*

1. Le corporel et l'incorporel

77. **L'expérience et la conception du corporel et de l'incorporel.** - La distinction n'est pas récente puisque sa thématization est déjà effective à l'époque romaine<sup>243</sup>. La longévité de la distinction, toujours présente et particulièrement vivante de nos jours, présume d'une présence jusnaturaliste, même si une preuve est requise. Plusieurs auteurs ont affirmé un fondement dans la nature des choses (Duranton, Toullier)<sup>244</sup>, ce qui permettait de montrer la nécessité pour la loi de s'y conformer, tout en justifiant l'intérêt de la distinction du point de vue des conséquences juridiques nécessairement impliquées. Il est certain que les pouvoirs de l'homme ne s'exercent pas de la même manière sur la chose corporelle et sur la chose incorporelle. La chose incorporelle n'oppose pas de résistance immédiate dans l'expérience de l'homme. Si ce dernier ne peut que concevoir la chose incorporelle, il peut tout de même faire l'expérience des effets pratiques qui en découlent. C'est le cas lorsqu'on traverse une servitude pour atteindre une propriété enclavée ou lorsqu'on tire des revenus de la commercialisation d'une idée. De plus, l'homme peut matérialiser l'incorporel, c'est-à-dire ajouter une matière à cette forme de façon à pouvoir l'utiliser selon le mode des choses corporelles. Celui qui tient entre ses mains le document justifiant légalement du droit réel sur une idée dont il dispose, peut retrouver ce titre l'expérience des choses corporelles dont il a l'habitude. Mais il ne tiendra, en fait, qu'une représentation matérialisée (sous forme de papier) de cette idée incorporelle. La destruction de ce document n'atteint que sa capacité à prouver un droit qui existe toujours. L'incorporation d'une matière à une forme, par l'homme en tant que cause efficiente, n'implique pas une unité analogique de la matière et de la forme. Ainsi, la destruction de la matière n'implique pas celle de la forme (sauf lorsque l'unité entre matière et forme est devenue indivisible).

78. **L'attraction et l'extension perturbatrice de l'incorporéité.** - Le lieu de la distinction entre le corporel et l'incorporel est un sentier de rupture autant en droit qu'en métaphysique<sup>245</sup>. Que ce soit dans l'un ou dans l'autre, l'incorporéité possède une attraction conceptuelle tellement forte qu'elle attire tout à elle jusqu'à lui donner une portée totalisante

---

<sup>243</sup> J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire...*, op. cit., p.267

<sup>244</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. I, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1854, p.19

<sup>245</sup> Sur la distinction stoïcienne entre les corporels et les incorporels, notamment du point de vue de la causalité, cf. F. ILDEFONSE, *Les stoïciens I*, Les Belles Lettres, 2<sup>e</sup> éd., 2004, p.49-50

dans son extension<sup>246</sup>. Le schéma explicatif, qui exprime cette idée, procède de plusieurs étapes successives. Premièrement, il s'agit de démontrer qu'une chose incorporelle a une essence, une identité (ce qui est le cas par la circonscription - même imparfaite - de l'âme humaine, de l'information, de la vie privée, etc.). Deuxièmement, on en déduit que si une chose peut être identifiée sans référence à une quelconque corporéité, alors une chose corporelle peut, sans doute, être pareillement définie en faisant abstraction de sa matérialité. Ainsi, le phénix a une essence même s'il n'a pas d'existence concrète et corporelle. On peut également reconnaître un cheval dessiné dans un cahier même s'il ne se présente pas concrètement devant moi. Il est possible, sur un plan logique prédéterminé, d'évincer la corporéité dans la définition d'une chose corporelle sans pour autant porter atteinte à son identité - au moins en apparence. Autrement dit, la distinction entre le corporel et l'incorporel, semble ne pas relever la nature des choses parce que la matérialité apparaît comme un accident contingent. Troisièmement, c'est un bouleversement complet de la connaissance qui s'opère. La détermination de l'essence d'une chose, corporelle ou incorporelle, ne s'attache plus à l'expérience contingente mais s'apprécie a priori dans l'esprit. Désormais, l'essence d'une chose sera d'autant mieux découverte qu'elle sera hors du champ contingent de l'expérience. Le principe de non-contradiction prend le relais dans l'analyse et s'applique tant aux choses incorporelles qu'aux choses corporelles, c'est-à-dire de manière totalisante. Tout le droit peut s'interpréter et se comprendre sur la base des raisonnements *a priori*. D'un point de vue jusnaturaliste, le thème de l'incorporéité est une illustration des réductions qu'est susceptible de subir la nature<sup>247</sup>. En l'espèce, la deuxième étape, affirmant que la corporéité n'apporte rien à la définition de la chose, est contestable si on étend le constat à la nature de la chose. Elle résulte d'une réduction de la nature à l'essence, en excluant la dimension existentielle. A partir du moment où l'on affirme l'inutilité de la corporéité dans la définition d'une chose, on estime que le sens de cette chose se situe hors du champ de la matérialité. Le droit positif n'est pas si radical car de nombreuses règles de droit font références à la matérialité des choses avec des implications pratiques importantes (exemple de la rétention). Le droit positif tient compte, au moins dans ce cas, d'une nature non réduite à l'essence.

79. **Le rapport des choses incorporelles et des droits.** - La distinction des choses corporelles et des choses incorporelles a conduit à celle des biens et des droits. Cette notion de *droit*, représentant les choses incorporelles, va s'étendre de manière totalisante, au même titre

---

<sup>246</sup> *Infra* n°360

<sup>247</sup> *Supra* n° 49

que l'incorporéité qu'elle traduit juridiquement, et ce, par le biais de la notion de *bien*. Ce qui intéresse le droit, ce ne sont pas tant les choses que les biens. Les biens sont les choses dont la valeur économique, sous-tendue par leur utilité, est transcriptible dans le domaine du droit. Si la valeur, l'utilité d'une chose corporelle se cristallise dans le droit, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même pour les choses incorporelles. Ce qui importe, c'est davantage le droit sur la chose que la chose elle-même<sup>248</sup>. Désormais, on peut dire qu'un droit plane sur toutes choses matérielles ou immatérielles<sup>249</sup>. La conséquence est importante puisque le pivot logique n'est plus centré sur la chose mais se trouve décalé sur le droit. La réalité n'est plus dans la chose mais dans le droit. C'est ce qui conduit C. Demolombe à préciser que : « Le droit lui-même [...] n'est qu'une abstraction. Le droit lui-même n'est pas un bien, ou du moins il n'est qu'un bien fictif et conventionnel, qui ne peut se comprendre que par son rapport avec la chose corporelle »<sup>250</sup>. Un retour à la chose est donc nécessaire<sup>251</sup>.

80. **Incidence sur la notion de propriété.** - L'extension de la notion de droit à toutes choses s'est doublée d'une identification du droit de propriété avec la chose elle-même. Dès lors que la propriété recouvre toute la chose, elle ne se distingue plus du droit sur cette même chose<sup>252</sup>. Cette identification n'est pas possible avec les autres droits réels car ils ne se confondent pas avec la chose en tant qu'ils n'engagent chacun qu'une part de son utilité<sup>253</sup>. La classification a abouti à rattacher la propriété aux droits corporels et les autres droits réels aux droits incorporels. Or, selon un argument méréologique - *i.e.* de la partie et du tout – il semble difficilement concevable que les parties ne soient pas de la même nature que le tout<sup>254</sup>. Pourtant, c'est bien ce qu'affirme le Code civil en ses articles 526 et 529. On voit là une des conséquences d'un mécanisme d'extension de l'incorporéité suivie d'une assimilation de la chose au droit qui porte sur elle (notamment la propriété).

<sup>248</sup> A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Paris, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 1947 : « Les choses ne sont des biens, c'est-à-dire ne présentent pour nous une valeur économique, qu'à raison des droits dont elles sont l'objet »

<sup>249</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, Sirey, 15<sup>e</sup> éd., 2012, n°4, qui jugent inutile la distinction entre les biens corporels et les biens incorporels, parce qu'ils estiment qu'en droit, tous les biens sont incorporels.

<sup>250</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. I, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1854, p.19

<sup>251</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n°205 : « une même chose peut être l'objet de droits très différents, l'un corporel et l'autre incorporel : une statue est d'abord une chose matérielle, pouvant faire l'objet de droits réels (la propriété par exemple) ; elle est aussi un élément de beauté susceptible d'autres droits (un droit de reproduction, par exemple) ».

<sup>252</sup> A. COLIN, H. CAPITANT, L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, tome I, 2<sup>e</sup> éd., 1945, p.730

<sup>253</sup> *Ibid.*, p.730 : « on ne dira pas : ma maison, pour désigner l'immeuble sur lequel on possède une hypothèque, mon champ, pour désigner la terre sur laquelle on exerce une servitude de passage ».

<sup>254</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. I, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1854, p.21. Sur la critique du rapport entre la propriété et les autres droits réels, cf. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, op. cit., p.263



81. **La nature du droit d'auteur.** - Les débats sont nombreux sur la qualification du droit attaché aux choses incorporelles, notamment concernant les œuvres de l'esprit<sup>255</sup>. On a pu y voir un droit à la clientèle, un droit de créance, une propriété, un droit moral et un droit patrimonial, un droit de la personnalité, voire un droit naturel<sup>256</sup>. Le droit d'auteur a été fondé par une partie de la doctrine sur la propriété. D'ailleurs, elle était considérée comme la propriété la plus intime<sup>257</sup>. Pourtant, cette position a été contestée. Ainsi pour M. Planiol, G. Ripert et M. Picard, « L'idée répugne [...] par sa nature au droit de propriété, qui suppose la possibilité d'une possession exclusive »<sup>258</sup> ; « La possibilité d'une appropriation ne dépend pas des désirs de l'homme, mais de la nature des choses »<sup>259</sup>. Toute cette problématique de l'exclusivité liée à la propriété fait l'objet d'études tendant à démontrer qu'elle perdure par les protections qu'elle permet. Ainsi, on compte le système général de la responsabilité civile délictuelle. Elle n'est pourtant pas suffisante parce qu'elle nécessite une faute dans ses conditions de mise en œuvre. Le dépôt à l'Institut national de la propriété industrielle permet un monopole dont la violation ne nécessitera pas la preuve d'une faute<sup>260</sup>. Le fondement du droit d'auteur dans les droits de la personnalité a également été critiqué. André R. Bertrand fournit trois raisons de contester. D'abord, le cadre des droits de la personnalité ; ensuite leur nature hors commerce et enfin l'objet spécifique du droit d'auteur<sup>261</sup>. L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre patrimonial [...] ». La position française actuelle opte pour une double nature à travers l'existence d'un droit patrimonial et d'un droit moral. L'expression d'une « double » nature est pourtant dérangeante car elle va à l'encontre du principe d'identité auquel s'attache le droit naturel, ce qui cause un certain nombre de difficultés du point de vue du régime juridique<sup>262</sup>.

---

<sup>255</sup> N. BINCTIN, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *Comm. Comm. Elect.*, juin 2006, étude n° 14, p.8-12 ; A. EICHENBAUM-VOLINE, *Le statut des idées en droit des créations immatérielles*, ss. dir. G. Bonet, Paris, 2003

<sup>256</sup> Morillot se fonde sur le droit naturel. Cf. C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2013, n°245

<sup>257</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1952, p.577

<sup>258</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1952, p.578

<sup>259</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1952, p.577

<sup>260</sup> D. R. MARTIN, « Du corporel », *D.* 2004, n°31, chr., p.2285-2287. Sur le caractère exclusif et les biens incorporels, R. LIBCHABER, « Bien », *Rép. civ.* Dalloz, 2009

<sup>261</sup> A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> éd., 2010, p.50

<sup>262</sup> A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> éd., 2010, p.50 et suiv.

82. **Le rapport de la propriété avec les choses incorporelles.** - Classiquement, l'exercice des prérogatives de la propriété se conçoit avec des choses dont la matérialité permet une effectivité dans la protection des droits du titulaire du bien. L'absence de matérialité semble parasiter l'expression entière de la propriété. Pourtant, les caractères absolu, exclusif et perpétuel trouvent à s'appliquer pour les biens incorporels<sup>263</sup>. La jouissance de la « chose » n'est pas restreinte puisque les différentes formes d'appropriation garantissent son utilisation. Ces choses immatérielles, lorsqu'elles sont directement attachées à la personne offrent un usage absolu (exemple de la force de travail). De même, le caractère exclusif ne dépend pas d'un *corpus* puisque la possession d'un bien immatériel est possible, d'où un usage exclusif par rapport aux tiers. Enfin, on ne voit pas pourquoi la perpétuité ne pourrait pas s'appliquer non plus à ce type de choses. Pourtant ce dernier point est contestable car des délais font entrer dans le domaine public certaines œuvres. Le non-usage constitue une autre atteinte à l'intemporalité du droit de propriété. Mais ces limites sont relatives car les attributs de la propriété ne sont pas absolus non plus, la perpétuité comprise.

83. **L'incidence de l'immatérialité dans la construction juridique.** - L'immatérialité modifie les perspectives parce que la détermination de la nature prend souvent pour appui la matérialité qui correspond à la première perception que l'on a de la chose. En analysant la notion d'immatérialité et en la théorisant, on est conduit à élaborer de nouvelles figures explicatives<sup>264</sup>. Pour certains auteurs, la confusion entre les choses incorporelles et les droits incorporels doit être évincée au profit d'une distinction plus claire justifiant un rapprochement nécessaire. Ainsi il conviendrait alors d'intégrer unitairement les propriétés incorporelles dans le Code civil<sup>265</sup>. De même, les droits incorporels seraient rattachés aux biens afin d'éviter le mouvement de confusion qui s'est opéré avec les droits subjectifs<sup>266</sup>. Le système actuellement en vigueur présente l'illustration d'une déformation de la structure juridique sous l'influence d'une immatérialité dont on préfère regarder la différence plutôt que la communauté (de nature) avec les biens.

---

<sup>263</sup> R. LIBCHABER, « Bien », Rép. civ. Dalloz, 2009

<sup>264</sup> R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p.331 ; L. WITTMANN, *Essai d'une théorie des biens incorporels*, thèse ss. dir. M. Bandrac, Paris, 2005

<sup>265</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p.42

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 33

## 2. Les biens consommables et non-consommables

84. **La consommabilité comme propriété de la chose.** - Ce qui permet de découvrir l'essence d'une chose, c'est la compréhension de l'ensemble de ses propriétés dans leur vocation à former un tout. La distinction entre meuble - immeuble se double, entre autre, d'une distinction entre biens consommables et biens non-consommables. Les biens consommables sont ceux qui se consomment par l'usage qu'on en fait<sup>267</sup>. On en retrouve la trace aux articles 587 et 1874 du Code civil. *A priori*, la distinction est totalisante, d'où une possible présence jusnaturaliste s'il est prouvé qu'elle se fonde sur la nature. La réalité factuelle semble contester toute justification jusnaturaliste. Prenons un exemple : Un ébéniste qui utilise du bois, à la fois pour se chauffer et pour fabriquer des meubles, traite la matière comme consommable dans le premier cas, mais comme durable dans le second<sup>268</sup>. C'est ce qui fait dire que « La consommabilité tient en partie à la nature des choses, mais en partie seulement »<sup>269</sup>. La référence jusnaturaliste est sous-jacente, toujours dans le cadre d'une essence partielle de la chose dont on ne voit qu'une partie, révélatrice en cela d'une ontologie régionale marquant son insuffisance quoique sa nécessité dans un même temps. Nécessité car le droit qui est action ne saurait attendre, d'une patience endormie, que l'on découvre ce que recouvre la nature de telle chose singulière ou de telle autre. L'intérêt de la détermination de la consommabilité de la chose ou de sa non consommabilité se retrouve lorsqu'un acte juridique octroie le pouvoir de s'en servir mais impose de restituer la chose.

85. **L'influence des choses consommables et non-consommables.** - La nature physique des choses consommables implique des contraintes, des résistances inhérentes à cette nature. Comme l'usage de la chose consommable en détruit la substance même, les contrats portant sur un usage puis une restitution, impliquent nécessairement que la restitution de la chose remise ne soit pas possible en l'état. On en déduit un rapport original avec la propriété puisque l'*usus* et l'*abusus* sont fondamentalement liés<sup>270</sup>. La restitution ne pourra se faire que par un équivalent<sup>271</sup>. C'est ce qu'affirment les articles 587 et 1892 du Code civil. Le premier article évoque des « choses en même quantité et qualité », le second parle de « même espèce et qualité ». La nature consommable de la chose s'analyse selon le principe d'identité. La chose étant consommable, elle ne peut pas être autre que ce qu'elle est sauf à ne plus être ce

---

<sup>267</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. I, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1854, p.26, sur la confusion entre les choses fongibles et les choses consommables.

<sup>268</sup> Nous reprenons un exemple de R. LIBCHABER, « Biens », Rép. Civ. Dalloz, n°35

<sup>269</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n° 153

<sup>270</sup> *Ibid.*, n° 152

<sup>271</sup> G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p.38

qu'elle est telle qu'elle est. Il y a donc incompatibilité avec le prêt à usage de l'article 1875 dont l'essence réside dans la restitution de la chose prêtée<sup>272</sup>. La raison pour laquelle le prêt à usage ne peut porter sur une chose consommable, c'est, selon un raisonnement jusnaturaliste, parce que l'identité de l'un (la chose) exclue l'identité de l'autre (le type de contrat). Autrement dit, la compatibilité n'est pas possible car elle aboutirait à nier l'essence de l'un d'eux. Le droit positif, conformément à la logique, ne peut aller contre ce principe, et se trouve obligé d'en tirer les conséquences juridiques à travers les effets de droit. Ce mécanisme de compatibilité et d'incompatibilité entre les essences des choses génère des contraintes par laquelle certaines choses sont possibles dans un cadre déterminé tandis que d'autres sont impossibles. Le non-respect de l'essence, par la négation de son identité, ne peut aboutir qu'à des contradictions. En ce sens, le droit positif respecte l'essence des choses pour ne pas se contredire et en revient par la même occasion au droit naturel. Le Code civil en tient d'ailleurs compte à l'article 1878 par lequel il indique que « Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention ». L'usufruit des choses consommables subit le même type de raisonnement puisque ce « quasi-usufruit » impose la restitution d'une chose semblable<sup>273</sup>. En ce sens, le droit positif s'établit en référence au droit naturel car il tient compte de la nature des choses.

**86. Incidence de l'inexistence ou de l'existence physique sur la logique juridique.** - Il existe un lien indéfectiblement concret entre l'existence physique d'une chose et son essence. Certes, on peut penser une chose sans avoir besoin d'un référent singulier en face de soi au moment où la pensée de cette chose s'opère. La mémoire remplit cette fonction d'un souvenir d'une chose qui a pu être antérieurement présente. De même, la conceptualisation permet de visualiser une chose dont on n'a encore vu aucun représentant singulier. C'est la question incidente du « possible » qui se pose et qui entraîne celle de l'apparence, là où la chose concrète rejette les doutes. Cette idée implique que ce qui est possible n'est pas forcément actualisé dans la réalité matérielle qui nous entoure. La forme se maintient parfois sans matière pour la singulariser. Appliquée au droit positif, une même situation peut générer plusieurs interprétations juridiques possibles. Sur le plan théorique des idées, le bien consommable peut être l'objet d'un prêt, mais le plan matériel en limite fondamentalement la portée. La nature des choses ne se limite pas à leur représentation, à une forme mais contient autant la forme que la matière. Le discours jusnaturaliste est sous-jacent.

---

<sup>272</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1998, l'obligation de rendre la chose prêtée est de l'essence du commodat.

<sup>273</sup> P. SIRINELLI, « Le quasi-usufruit », *LPA*, 21 juillet 1993, n°87, p.30-37 et 26 juillet 1993, n°89, p.4-36

### 3. Les biens fongibles et les corps certains

87. **Distinction entre consomptibilité et fongibilité.** - Le caractère d'un bien fongible est son interchangeabilité. Au sens strict du terme, des choses sont fongibles « lorsqu'elles sont rigoureusement équivalentes comme instruments de paiement ou de restitution »<sup>274</sup>. Ici encore la nature de la chose est présente<sup>275</sup>, même si on sait déjà, suivant les propos précédents, qu'il ne s'agit que d'un aspect de la nature de la chose, un aspect réduit mais utile. Cet aspect se situe dans le cadre d'une ontologie régionale dont le caractère physique est déterminant. La volonté joue également un rôle dans la qualification de chose fongible<sup>276</sup> car elle peut faire produire des effets en fonction de son choix. L'arbitraire reste exclu car la nature constitue un cadre dans lequel la volonté s'inscrit librement sans pour autant transgresser ce cadre. La place de la volonté dans la détermination de la fongibilité est l'occasion d'analyses critiques. La volonté a une dimension corrective, car la fongibilité peut être appréciée soit sous sa forme naturelle, physique, soit sous sa forme commerciale. En effet, une même chose est susceptible, parfois, de deux aspects<sup>277</sup>. Approfondissant la notion de fongibilité, P.-Gr. Marly souhaite éviter un monopole de la volonté car l'extension de la fongibilité par la volonté atteint la pertinence de son utilité<sup>278</sup>, tout en conduisant une recherche des intentions. Sous l'angle jusnaturaliste, on peut être tenté d'adopter davantage la position selon laquelle on placerait la nature des choses en priorité face à la volonté. Il faut distinguer. D'une part, si on considère que la fongibilité n'est qu'un aspect de la chose, on s'accordera à dire qu'une même chose peut revêtir plusieurs formes. Dès lors, la volonté n'apparaît pas comme ce qui va permettre de qualifier arbitrairement telle chose mais apparaît comme le choix entre deux ou plusieurs aspects d'une même chose. Autrement dit, on reste dans le giron de la nature de la chose mais au lieu de prendre en compte tel aspect (telle ontologie régionale), la volonté

---

<sup>274</sup> G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p.39

<sup>275</sup> A. LAUDE, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p.307 : « Cette diversité a conduit les juristes, pour en rendre compte, à établir des classifications destinées à regrouper les biens de même nature et à les soumettre à un même juridique » ; « les choses fongibles tirent de leur nature de chose de genre, un élément de supériorité qui les met à l'abri de la disparition ».

<sup>276</sup> W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p.97, n°50 : « Deux choses sont déclarées fongibles lorsque le débiteur peut les fournir indifféremment à son créancier pour sa libération. Il en résulte que la volonté des parties peut soit créer soit écarter la fongibilité, alors qu'elle demeure impuissante quant à la qualification de chose de genre ».

<sup>277</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, op. cit., p.48 : « Une chose n'est pas fongible ou non fongible en elle-même ; elle l'est avec une autre » ; G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p.41, qui distingue entre une fongibilité objective, naturelle et une fongibilité d'appoint, subjective et affective.

<sup>278</sup> P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle. Etude sur la qualification juridique des biens*, Préf. Ph. Delebecque, LGDJ, 2004, p.293-322

décide de prendre tel autre aspect (telle autre ontologie régionale). Ce qui se maintient c'est la chose en son essence identique à elle-même, la volonté n'est qu'une instance de délibération d'une chose qui s'impose à elle. D'autre part, on peut considérer que la nature de la chose est explicitée autant par la chose elle-même que par l'esprit qui est en relation avec elle<sup>279</sup>. Partant de l'unité analogique entre objet et sujet, et sachant que l'intellect est une partie du sujet, alors l'intellect est un élément indirect de détermination de la nature de la chose. Le lien intime entre intellect et volonté permet de relier la volonté à la nature de la chose. La volonté joue un rôle en proportion de l'être qu'elle a dans le sujet. De cette hypothèse, il résulte que le jusnaturalisme n'estime pas que la volonté est opposée à la nature des choses, pourvu que la volonté ne soit pas autonomisée et réifiée.

88. **La qualification des corps certains.** - A côté des choses fongibles, on compte les corps certains dont la particularité est de ne pas être interchangeable. La catégorie ne requière pas absolument que le bien soit unique. Il suffit que le bien soit chargé d'une particularité suffisante qui la rende irremplaçable<sup>280</sup>. Cette particularité individuelle résulte par exemple du lien affectif avec le titulaire du droit sur la chose. Tel est le cas pour le bijou de famille, l'animal de compagnie ou l'objet d'art. Le *sentiment* qui anime le propriétaire et/ou le sens que donne à voir une chose renvoie à un droit naturel concret car ces choses sont rétives à la généralisation, à l'abstraction. On regarde la chose plus que sa catégorie. Ces choses relèvent d'un au-delà du rationnel sans exclure une présentation rationnelle. Le droit tenant compte de l'individualité concrète de ces choses applique un régime juridique adéquat notamment en refusant la possibilité d'une restitution par équivalent.

89. **Effets juridiques liés à la fongibilité.** - On remarquera que la mise en valeur d'une ontologie régionale n'a de sens, au moins en droit, que si des effets peuvent être attachés à cette spécificité. Concernant la fongibilité, plusieurs conséquences principales font surface : la première concerne le transfert de propriété et de risque. Suivant le principe français du transfert immédiat de la propriété au moment de l'échange des consentements, il s'ensuit que la chose, bien que toujours détenue par le vendeur, est la propriété de l'acheteur. Seulement, ce principe ne s'applique que pour les corps certains, non pour les choses non encore individualisées. L'absence de détermination de la chose fait blocage au transfert. Il s'ensuit

---

<sup>279</sup> Pour la limite du domaine conventionnel, P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle. Etude sur la qualification juridique des biens*, Préf. Ph. Delebecque, LGDJ, 2004, p.90-110

<sup>280</sup> G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p.39

que tant que la chose n'est pas individualisée, il n'y a ni transfert de propriété ni transfert des risques. Ceux-ci qui pèsent toujours sur le vendeur. La deuxième conséquence résulte de l'article 1291 du Code civil qui dispose que « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles ». Les choses fongibles sont compatibles avec le mécanisme de la compensation. La troisième conséquence juridique de la qualification de chose de genre s'apprécie du point de vue de leur valeur libératoire. Ce n'est pas la chose singularisée qui importe mais la réunion de propriétés dans n'importe quelle chose du même genre.

#### 4. Les choses dans le commerce et hors du commerce

**90. Définition, fondement et portée de la distinction des choses dans le commerce et hors du commerce.** - En vertu de l'article 1128 du Code civil, les choses considérées comme hors du commerce<sup>281</sup> ne sont pas susceptibles d'être l'objet de conventions. La qualification de chose hors commerce s'interprète comme un tamis par lequel on déterminerait ce qui relève de cette catégorie et ce qui n'en relève pas<sup>282</sup>. L'ordre public et les bonnes mœurs peuvent jouer ce rôle lorsqu'elles traduisent une valeur sacrée, une dignité de la personne<sup>283</sup> ou une protection spécifique. La difficulté apparaît lorsque l'étude de cet ordre public en marque la relativité, laquelle redessine une distinction elle-même relative entre choses dans le commerce et choses hors du commerce. On ne peut donc pas dire que la distinction est d'origine jusnaturaliste. Il faut pourtant nuancer entre les choses visées. Si certaines choses sont soumises à la relativité d'un contexte social, économique ou culturel, d'autres choses sont plus stables, quoique les évolutions récentes entament ce constat. Le corps humain lui-même, pourtant particulièrement protégé, ne jouit plus d'une protection aussi ferme. Ainsi, une convention ayant pour objet des produits du corps humain sera valable dans la mesure où elle sera à titre gratuit et sous couvert d'une finalité thérapeutique<sup>284</sup>. Une autre question, celle de la gestation pour autrui subi les assauts répétés d'autorisations dans certains Etats étrangers

---

<sup>281</sup> Cette catégorie est très hétéroclite. Par exemple, A. DEBET, « Un fichier non déclaré à la CNIL est une chose hors commerce », *JCP G* 2013, n°37, p.1619-1621

<sup>282</sup> G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p.47

<sup>283</sup> B. MATHIEU, « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *D.* 2005, n°25, p.1469 : « Si l'on admet que la dignité humaine est un principe juridique qui repose sur un postulat *jus naturaliste* [...] l'on doit considérer qu'elle implique [...] l'interdiction d'utiliser un être humain comme objet à une fin qui lui est étrangère ».

<sup>284</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, *op. cit.*, n°165

mais d'une interdiction de principe en France<sup>285</sup>. L'article 16-7 du Code civil est clair : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » (L. 29 juillet 1994)<sup>286</sup>. La relativité des positions entre Etats marque le doute sur toute référence à une nature. Le rapport de la personne et de l'extra-commercialité mériterait peut être une redéfinition des termes<sup>287</sup>.

91. **Précision sur l'objet de la nature.** - L'argumentation jusnaturaliste permet de justifier certaines prises de position du droit positif concernant la distinction entre choses dans le commerce et choses hors du commerce. Si le droit naturel n'est pas compris comme ce qui relève de la nature des choses ou de la nature de l'homme mais plutôt dans la nature de la liaison entre l'objet et le sujet, entre la volonté et la chose, alors on perçoit mieux la circonscription casuelle du droit positif. Ce n'est plus tant la chose ou le sujet qui est hors commerce que les modes d'exercices de l'un ou l'autre<sup>288</sup>. Ceci explique les limites du caractère hors commerce touchant le corps humain, ses éléments ou ses produits. De même pour les choses qui, dans certains contextes seulement, sont hors du commerce. L'impossibilité constitutive à être aliénée pourrait être le critère de la chose hors commerce. Appliqué aux individus, on peut dire que la personne est hors commerce pour la partie de ce qu'elle ne peut aliéner. Pour le reste, c'est-à-dire ce qui n'a pas d'incidence sur l'homme dans sa substance, l'aliénation est envisageable en ce qu'elle n'atteint pas l'identité de la personne. Ainsi, l'homme fournit sa force de travail. C'est une aliénation mais non définitive<sup>289</sup>. L'argumentation reste sensible car elle dépend, en fait, du sens du mot « aliénation ». Elle est même dangereuse quand on couple une vision abstraite de l'aliénation à une conception abstraite de la personne. Au-delà de la finalité, du résultat final lui-même, il y a les moyens mis en œuvres pour atteindre ce résultat.

---

<sup>285</sup> Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, aff. Des mères porteuses, Bull. civ. ass. Plén., n°4 ; D. 1991.417, rap. Y. Chartier, n. D. Thouvenin ; JCP G 1991.II.21752, concl. H. Dontenville, n. F. Terré

<sup>286</sup> F. MONEGER, « La gestation pour autrui », RIDC 2010, p.233-244

<sup>287</sup> F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du code civil*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002, p.107, n°132 : « L'usage du concept de chose hors commerce dans la sphère de la personne résulte d'une mésinterprétation des liens existant entre les situations de patrimonialité et de commercialité. Cette mésinterprétation n'est pas toujours « innocente » et s'accompagne d'une volonté farouche d'user du concept d'extracommercialité en matière extrapatrimoniale » ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p.76, n°36 : « Objets de propriété, les éléments originaux de la personne humaine ont vocation au commerce juridique. L'affirmation selon laquelle ces éléments seraient « hors commerce » [...] ne correspond donc pas à la réalité ».

<sup>288</sup> Sur la distinction entre essence et exercice dans la détermination de la nature, cf. supra n°49

<sup>289</sup> On rebondit sur la question du temps.



92. **La fin et le moyen.** - Sous l'angle jusnaturaliste, on dira que les moyens ne doivent pas contredire la nature même de la chose pour atteindre une fin. Autrement dit, l'aliénation ne se situe pas uniquement dans l'état final d'une situation mais aussi dans les moyens engagés. A ce titre, on rappellera qu' « une personne ne doit jamais être traitée comme une chose, que ce soit à titre gratuit ou onéreux »<sup>290</sup>. Cette formule, régulièrement employée, s'accorde avec l'esprit jusnaturaliste selon lequel on doit se servir d'une chose dans la mesure de sa nature<sup>291</sup>. Or, traiter l'homme comme une chose est la résultante d'une assimilation hâtive entre le genre et l'individu. Selon un sens extensif et rationnel du mot chose, on peut considérer la chose comme un genre dont l'une des espèces serait la personne. L'un étant inclus dans l'autre, une assimilation peut se produire au bénéfice de l'application d'un régime juridique propre aux choses, c'est-à-dire moins contraignant et moins protecteur. Le raisonnement jusnaturaliste s'oppose à ce raccourci puisqu'il va à l'encontre de la définition de la personne et, incidemment, de sa nature. Cette définition, marquée par des différences spécifiques qui les distinguent de la chose, conduit à adopter des effets juridiques adaptés à travers des contraintes et des possibilités non envisageables pour les choses en général. Autrement dit, les différences spécifiques mettent en lumière la dignité de la personne et le refus d'un traitement comme une chose, comme un objet : objet de procréation, objet de gestation, objet d'expérimentation. Mais on le rappelle, la nature n'est pas tant dans la chose que dans le rapport entre le sujet et l'objet. Ainsi, la législation sur les expérimentations des produits du corps doit être nuancée, d'où des aménagements acceptés malgré une interdiction de principe.

93. **L'illicéité et les choses hors commerce.** - Présentant les choses hors commerce en fonction du critère de l'ordre public comme élément de détermination, on tombe immédiatement dans un rapport de réciprocité. Or, il faut se garder d'y voir une identité systématique<sup>292</sup>. Si la particularité d'être hors commerce peut avoir pour cause une protection de l'ordre public, ce dernier ne se confond pas avec la qualité d'être hors commerce. Il faut opérer une présentation plus neutre. Ainsi, on peut préciser que : « Sous l'angle objectiviste, la commercialité est dessinée en termes de circulation et d'aptitude des choses à y participer

---

<sup>290</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n°165

<sup>291</sup> Il faut pourtant préciser la limite du droit naturel dont le cadre reste général et n'atteint pas l'universel singulier qu'est la personne, sur ce point, cf. J.-M. TRIGEAUD, *Justice et hégémonie*, éd. Bière, 2006, p.319-330

<sup>292</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, op. cit., p.76, n°36 : « L'illicite est un jugement de valeur formé sur un comportement socialement défectueux et transgressif, alors que la non-commercialité est un fait, une réalité, dont la méconnaissance peut être sanctionnée sans qu'il soit besoin de passer par un tel jugement ».

en fonction de leur statut juridique. Sous l'angle subjectiviste, le « commercialité » participe de la condition de propriétaire »<sup>293</sup>. L'approche objectiviste, partant de la chose semble constituer un fond plus solide quoique la notion d'objectivité devrait être elle-même précisée. Au-delà de l'ordre public, la notion d'impérativité peut s'y adosser pour compléter les mécanismes légaux d'interdiction<sup>294</sup> lorsque l'indétermination de la nature de la chose rend obscure la présence d'un ordre sous-jacent à respecter.

94. **Intérêt de la distinction.** - Les choses hors commerce sont des choses dont une ou plusieurs spécificités impliquent des effets juridiques particuliers et adaptés. Ce sont des choses pour lesquelles aucune convention ne pourra être établie. On limitera les droits et pouvoirs sur ces choses. Il faut comprendre que l'effet juridique tient compte des spécificités de la chose, il n'est pas d'un arbitraire aveugle (ce qui peut être le cas pour l'impérativité). Pour la personne par exemple, l'aliénabilité de son corps entraînerait des conséquences néfastes avec un commerce de l'humain et la perte de ce qui fait son identité. Pour maintenir son identité, il est nécessaire d'empêcher l'établissement d'actes juridiques dont il serait l'objet substantiel. Les choses hors commerce concernent de nombreux cas qui vont des produits dangereux aux personnes<sup>295</sup>. Il reste difficile de distinguer entre une impossibilité liée à la nature des choses et l'interdiction légale justifiée par une époque. Si la notion d'ordre public (avec la notion d'impossibilité sous-jacente) est reliée à la nature de la chose, elle ne se comprend dans le langage moderne que dans une approche générale et souvent abstraite, ce qui déforme sa nature par les réductions qu'elle subit<sup>296</sup>.

## 5. Les fruits et les produits

95. **Une distinction spécifique fondée sur la substance.** - On définit traditionnellement les fruits par le biais de la notion de substance. L'extraction des fruits de la chose ne doit pas lui faire subir de réduction, de diminution, d'altération. Attachée à la substance, l'idée de périodicité complète la spécification des fruits. Ainsi, est fruit « tout ce que la chose produit périodiquement et sans altération de sa substance »<sup>297</sup>. La substance, autre terme pour dire

---

<sup>293</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, op. cit., p.75, n°36

<sup>294</sup> *Infra* n° 219 et suiv.

<sup>295</sup> A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n°33

<sup>296</sup> Sur les modes de réduction de la nature, *supra* n° 49. En tout état de cause, il faut procéder à une analyse de la notion d'analogie et à ses implications pour comprendre véritablement la notion d'ordre public.

<sup>297</sup> F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, op. cit., p.129, n°123 ; G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p.44, n°17 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n°160

l'être<sup>298</sup>, permet de rattacher cette définition par rapport à la notion de nature. La définition des fruits part donc, a priori, de la nature des choses. La définition des produits confirme cette position puisque la substance est le critère de sa spécificité. Le produit est ce qui vient de la chose en entamant sa substance. Si les fruits et les produits sont des choses, leur différence spécifique se situe dans l'existence ou non d'une altération. On a bien une nature qui se dégage<sup>299</sup>.

96. **Précision sur la circonscription de la nature.** - L'application concrète de cette distinction entre fruits et produits est susceptible de critiques. Ainsi, la pierre extraite d'une carrière peut être considérée comme un fruit alors qu'elle épuise le volume de la chose d'où elle est extraite. De même, en est-il lorsque le propriétaire d'un bois décide de l'exploiter selon un schéma de coupe organisé et réglé<sup>300</sup> (on retrouve ces distinctions aux articles 590 à 592 du Code civil). On nuancera ces exemples contestables. L'application défailante d'une définition n'est pas, en soi, susceptible de remettre en cause les fondements eux-mêmes, ainsi que les qualifications, même si elle favorise les questionnements. Le critère distinctif réside dans la nature ainsi que dans le mode d'exploitation, car il y a un « correctif volontaire »<sup>301</sup>. Ce point mérite deux remarques. D'une part, la nature peut se comprendre de manière plus ou moins profonde. Prise strictement, la nature se confond avec l'essence en perdant sa nature dynamique pour être un ensemble de propriétés objectives réunies sous le chef d'une entité se maintenant unitairement par elle-même. En ce sens, la nuance apportée par la modalité d'exploitation prend tout son sens. Prise plus largement, la nature se réapproprie un dynamisme qui lui permet d'intégrer en son sein l'exercice, l'activité de la chose. Ici, on considère que la nature de la chose conditionne la nature des activités, des usages, des emplois de la chose. Ainsi, l'« exploitation des choses » n'est pas exclue de la nature, parce que la manière d'exploiter la chose dépend de la nature de la chose<sup>302</sup>. En ce sens plus large, la référence à la modalité de l'exploitation, comme critère extérieur et supplémentaire, perd de sa pertinence. On retrouve le lien entre la personne et la chose<sup>303</sup>. La nature de la chose ne peut être correcte si elle est considérée comme autonome. Le lien analogique entre objet et sujet postule la nécessité de prendre en compte la nature de l'homme pour mieux expliciter la

<sup>298</sup> Sans oublier que la substance n'est pas tout l'être mais uniquement une manière de dire l'être de la chose.

<sup>299</sup> W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p.17, n°13-2 : « les deux critères présidant à la qualification de fruit, périodicité et absence d'atteinte à la substance de la chose frugifère, sont naturalistes ».

<sup>300</sup> G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p.45, n°17

<sup>301</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n°161

<sup>302</sup> Pour une approche plus complète du sens de « nature », notamment sur le rapport entre essence et existence, *supra* n° 45-46

<sup>303</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n°160

nature des choses. Le critère de l'altération, qui distingue les fruits et les produits, s'avère insuffisant. La distinction entre fruits et produits résulte d'un rapport plus complexe qui se situe dans le lien entre nature de l'homme et nature des choses.

97. **Critique de la nature comme fondement de la distinction.** - Pour W. Dross, « C'est bien davantage une différence de degré que de nature qui sépare ces notions : les frontières sont loin d'être étanches et la volonté de l'homme a son rôle à jouer »<sup>304</sup>. S'il s'agit d'une différence de nature, cela signifie que les fruits sont constitutivement différents des produits en tant qu'espèces mêmes s'ils s'intègrent tous les deux dans le genre commun de « chose ». S'il s'agit d'une différence de degré, alors il s'agit de la même chose prise dans des états intermédiaires différents. Les conséquences du fondement ont une importance logique. La différence de nature justifie une différence dans le régime juridique, ce qui est moins évident pour une simple différence de degré. Il est vrai que le Code civil montre qu'on peut qualifier de fruit ce qui semble davantage être un produit et inversement. En fait, cette distinction traditionnelle vient révéler un aspect important de la nature, à savoir son rapport au temps. Le critère de la périodicité vient jouer comme un élément perturbateur car il insère une considération temporelle dans la qualification de fruit ou de produit. Or le temps, bien qu'établi selon une échelle « humaine » rend poreuses les frontières du droit positif. Toute chose étant vouée à être entamée dans sa substance, il est vrai que le critère de la nature devient quelque peu artificiel. Mais la contingence de la matière ne doit pas discriminer la pertinence de la distinction logique établie par la nature<sup>305</sup>. Il suffit de re-contextualiser la nature dans le cadre d'une volonté tendant vers la chose. Le temps n'est plus une donnée extérieure mais se présente au sein de la chose même, laquelle est l'objet d'une volonté dirigée en fonction de la nature de cette même chose. On en revient à cette nature dynamique mettant en avant la relation de l'homme à la chose, plus que la simple nature de la chose. C'est pour cela que ce qui apparaît comme produit peut être qualifié de fruit. On estimera cependant qu'on force considérablement le trait dans le cadre des carrières de pierre considérées comme des fruits lorsqu'on procède à une extraction organisée et réglée. La

---

<sup>304</sup> W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p.16, n°13. L'auteur nuance tout de même son propos lorsqu'il précise qu'« il semble qu'on puisse s'en tenir au critère naturaliste et faire de l'absence d'atteinte à la substance du fonds le critère discriminant les fruits et les produits », *ibid.*, p.18, n°13-2

<sup>305</sup> Une explication métaphysique consisterait à partir de la distinction entre la matière et la forme dont sont constituées les choses. Si la forme permet de déterminer l'identité de la chose, la matière par laquelle la chose s'engage dans le monde lui impose une indétermination liée au monde physique. Cette indétermination conduit à une distinction plus difficile en pratique. La « corruption » de la matière, pour reprendre le langage de Platon, ne se comprend que dans l'écoulement du temps.

position relative aux arbres de haute futaie (considéré comme des produits) est moins critiquable à ce titre.

98. **Application de la distinction des fruits et des produits.** - Le Code civil, en son article 582 dispose que « l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit ». Logiquement, il ne peut user des produits puisque leur usage implique un acte de propriétaire. L'usufruitier doit rendre la chose au nu-propriétaire sans en avoir atteint la substance<sup>306</sup>. A côté de l'usufruit, la distinction des fruits et des produits trouve son intérêt dans le cadre des possesseurs de bonne foi. Ainsi, selon l'article 549 « le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi. Dans le cas contraire, il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement »<sup>307</sup>.

99. **Le régime des fruits dans les régimes matrimoniaux.** - Dans le cadre de la répartition entre les biens propres et les biens communs, la place des fruits a été incertaine, du fait de positions doctrinales divergentes. En effet, les fruits et produits provenant de biens propres pouvaient intégrer les biens propres eux-mêmes d'où ils étaient issus ou intégrer la catégorie des biens communs. Plus précisément, il faut distinguer plusieurs positions. D'abord celle du législateur de 1965 pour lequel un mécanisme d'équivalence est adopté faisant des fruits issus de biens propres des biens propres eux-mêmes. Cette solution a été critiquée, notamment en ce qu'elle vidait, « la communauté de toute substance »<sup>308</sup>. Il faut dire que la combinaison des articles 1401 et 1403 du Code civil a été contestée dans la contradiction

---

<sup>306</sup> On nuancera avec l'exemple d'une carrière de pierre dont l'extraction est réglée.

<sup>307</sup> G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p.45, n°17 : « On dit que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. Il convient d'entendre : normalement, les fruits sont faits pour être dépensés. Le possesseur de bonne foi est présumé les avoir consommés. Au moins est-il justifié de ne pas les avoir capitalisés » ; p.117, n°48 « de bonne foi, il n'avait aucune raison de capitaliser ces revenus ; il était fondé à en faire ce que l'on fait généralement avec des revenus : les dépenser ».

<sup>308</sup> R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., 2011, p.132, n°143 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n°332 : « Aujourd'hui la controverse s'est évanouie [...]. Son enjeu réel était la conciliation de l'indépendance des époux, spécialement de la femme mariée, avec l'existence d'une communauté affectée aux besoins du ménage, et par conséquent alimentée par les revenus des époux. Par exemple, on avait soutenu que le mari, quand il était administrateur exclusif de la communauté, eut pu exiger de sa femme la remise des revenus de ses propres, si on avait affirmé le caractère comme de ceux-ci dès l'origine. D'un autre côté, priver la communauté de ces revenus, à leur source, aurait conduit à la vider souvent de sa substance ».

qu'elle générerait<sup>309</sup>. C'est ce qui a fait dire à H. Mazeaud que les fruits des biens propres entraient dans la communauté dès lors qu'ils étaient affectés à l'acquisition d'acquêts<sup>310</sup>. La position majoritaire a conduit à voir dans les fruits issus de biens propres des éléments des biens communs, à leur perception<sup>311</sup>, solution confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 31 mars 1992<sup>312</sup>. Une dernière position a tenté de différencier les fruits issus de biens propres selon qu'ils étaient simplement perçus ou économisés. Le critère de l'économie devenait celui du changement de catégorie vers les biens communs<sup>313</sup>.

**100. Approche jusnaturaliste du régime des fruits provenant de biens propres.** - Conformément à son mode d'expression, l'argumentation jusnaturaliste n'apporte pas une solution fixe en soi mais contextualise plutôt des présupposés sous-jacents. Il s'agit de déterminer le régime des fruits par rapport à celui de la chose dont ils proviennent. Différentes hypothèses sont possibles. Les fruits peuvent être considérés 1° comme formant une unité avec la chose dont ils sont issus, a° et être assimilés à la substance de la chose, ou b° être distingués en tant qu'accessoire d'un principal ; 2° comme formant une entité fondamentalement séparée d'avec la chose. Certes, des considérations pratiques entrent en jeu, telles que la dépendance de la femme mariée dans le contexte des lois antérieures à 1965. Il ne faut pas que la règle de droit nie les principes généraux dans lesquels elle s'inscrit. On s'écarte en cela d'une logique uniquement fondée sur la substance de la chose. Ce qu'il faut voir, c'est la position d'une frontière - entre bien propre et bien commun -, laquelle sert à éviter les excès tout en ne restreignant pas les actes de la vie quotidienne. Il y a formalisation protectrice des frontières. Cette catégorisation entre le propre et le commun résulte d'une distinction générale, faisant place à l'arbitraire du législateur ou à celui des époux eux-mêmes choisissant un régime juridique adapté. Bref, les distinctions doctrinales présentées ci-dessus sont en quelques sortes factices car elles divisent là où il faudrait simplement distinguer. Effectivement, on peut apprécier les fruits dans leur indépendance, mais c'est oublier que la nature d'une chose ne se comprend, en fait, que comme nature d'une chose tendue vers une

---

<sup>309</sup> F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2011, p.228, n°292 : « Aucun des articles du Code, ni dans leur rédaction de 1965, ni après les retouches faites par la loi du 23 décembre 1985, n'indique clairement la qualification qu'il convient de donner aux fruits et revenus des biens propres »

<sup>310</sup> H., L. et J. Mazeaud ; M. de Juglart ; Savatier

<sup>311</sup> Patarin et Morin, Marty et Raynaud, Cornu

<sup>312</sup> F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p.232, n°295 ; A. LAMBOLEY, M.-H. LAURENS-LAMBOLEY, *Droit des régimes matrimoniaux*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 2008, p.122, n°213

<sup>313</sup> Sur ce point, cf. Colomer (dont la position se modifie après la loi du 23 décembre 1985). Rémy Cabrillac relève l'incertitude liée à la notion d'économie, R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., 2011, p.133, n°145

fin par une volonté connaissante. Les fruits sont donc guidés par la volonté d'un couple marital, qui, ayant connaissance de la chose et de ses fruits, décide de les affecter vers une fin en conformité avec leur vie et dans le respect de leur liberté radicale. La nature des choses implique souvent une singularisation des choses parce que la nature n'est pas fixe et immuable. D'un point de vue jusnaturaliste, il n'y a pas de vérité sur un statut général des fruits. Les situations au sein des couples sont individuelles.

101. **Le principal et l'accessoire.** - Classiquement, on pose la règle d'un accessoire ordonné au principal. Cette notion trouve d'ailleurs très bien racine dans une logique jusnaturaliste. Encore faut-il distinguer selon le type d'union entre cet accessoire et ce principal. Autrement dit, la nature et le régime seront communs si l'unité entre le principal et l'accessoire est réelle. Pourtant, cette règle ne s'applique pas telle quelle aux fruits dans le cadre des régimes matrimoniaux. Une distinction est tout de même à relever : « Il n'y a jamais eu de difficultés lorsqu'il s'agit d'accroissement spontanés ; au contraire, le droit a évolué lorsqu'il s'agit d'accroissements volontaires »<sup>314</sup>.

## 6. Les choses communes

102. **Définition et portée des choses communes.** - En vertu de l'article 714 du Code civil « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de polices règlent la manière d'en jouir ». Ces choses sont principalement l'eau, l'air, la lumière même si aucune liste légale exhaustive n'est établie<sup>315</sup>. Ce qui caractérise la chose commune c'est l'impossibilité d'une appropriation exclusive. Le critère n'est cependant pas unique puisqu'il se double de l'action du législateur qui peut qualifier de chose commune une chose dont la nature n'y porte pas forcément parce qu'une appréhension personnelle est possible. Dans ce cas, « la puissance publique fait le choix d'affecter certaines choses à l'usage de tous »<sup>316</sup>. C'est ainsi que M.-A. Chardeaux propose un nouveau critère, celui d'une « inappropriabilité organisée par le droit ». Elle le déduit à partir d'un rejet de la nature des choses car « le droit n'est pas la reproduction d'une quelconque norme naturelle. A l'opposé, le droit crée ses propres réalités et, par là même, invente « un autre monde » »<sup>317</sup> et d'ajouter

---

<sup>314</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n°349

<sup>315</sup> A.-S. FOURES-DIOP, « Les choses communes », *Rev. jur. de l'Ouest*, 2011, n°1, p.59-112 et n°2, p.195-235

<sup>316</sup> W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p.572, n°317

<sup>317</sup> M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Préf. G. Loiseau, LGDJ, 2006, p.131

que « la nature des choses n'est pas seulement subjective, elle est entièrement remodelée par le droit »<sup>318</sup>.

103. **Une chose commune éloignée du droit naturel.** - Voici l'exemple d'une catégorie non déterminée fondamentalement par le droit naturel. Certes, la nature peut avoir une incidence<sup>319</sup>, mais ce n'est pas tant la nature de l'air, de l'eau ou de la lumière qui fait qu'elle est commune que la quantité et la constance qu'elle implique<sup>320</sup>. De plus, le cas des choses communes est éclairant dans l'idée que toute réflexion jusnaturaliste ne s'arrête pas à la nature de l'homme ou à la nature des choses mais à la nature du rapport entre la chose et la personne. C'est ce qui explique qu'une même chose puisse être considérée comme une chose commune ou non selon la situation. Les eaux de pluie sont des choses communes le temps de leur chute et tant qu'elles ne sont pas récupérées sur le terrain d'un propriétaire<sup>321</sup>. C'est ce qu'indique l'article 641 du Code civil. Il s'agit dans les deux cas d'une même chose, l'eau, avec une même essence, mais la qualification change et le régime juridique suit. On pourrait poser deux principes d'interprétations pour justifier cette solution. La première explication est celle qui attribue un régime juridique en fonction non tant de la chose que de ses modes d'être, notamment dans l'espace physique qui l'entoure. Une seconde explication tendrait à dire que l'eau, dans sa chute vers le sol est un cas particulier, contingent, alors que sa compréhension devrait se faire dans son rapport avec l'homme. On en revient à dire que la nature de l'eau ne se comprend pas uniquement par elle-même mais dans le contexte du monde plus globalement. Or le moment de sa chute serait un moment de « solitude » qui tendrait à décrire la nature de l'eau par elle-même à partir d'une situation contingente, ce que ne prend pas en compte la nature.

104. **La nature de la lumière.** - On a pu discuter du statut de la lumière comme chose commune. *A priori*, elle n'est pas appropriable par nature et est traditionnellement considérée comme une chose commune. On a pourtant pu soutenir le contraire en distinguant le fait et le

---

<sup>318</sup> M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Préf. G. Loiseau, LGDJ, 2006, p.129

<sup>319</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n°164 : « l'absence d'appropriation peut tenir à la nature même de la chose » ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, p.572, n°317 : « On tient qu'elles sont, en raison de leur nature même, rétives à la propriété privée »

<sup>320</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, op. cit., n°164 : « Les choses communes sont celles qui sont si abondantes que l'usage en est commun à tous les hommes »

<sup>321</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, op. cit., p.213, n°178



droit. Pour M.-A. Chardeaux, « Cette entité, si elle est commune « en fait », n'est pas commune « en droit ». Son inappropriabilité est, en effet, purement « factuelle » »<sup>322</sup>.

## § 2. LA CLASSIFICATION DES CHOSES SELON LA QUALITE

### A. LA DISTINCTION DE LA NATURE ET DE LA QUALITE

#### 1. La portée de la distinction

105. **Qualification et effets.** - Le droit positif répond à un mouvement de détermination de la chose puis d'application d'effets spécifiques en fonction de la chose. C'est en tout cas un aspect d'un processus qui s'avère bien plus complexe parce que les effets se dégagent tant de la nature de la chose que de ses qualités. Si le droit positif se fonde sur la nature des choses, il n'en néglige pas pour autant les qualités des choses<sup>323</sup> et leur rattachement aux personnes<sup>324</sup>. Dès lors, il devient difficile de distinguer entre la nature et les qualités, en regardant uniquement les effets concrets dans le droit positif. La méthode inductive par laquelle on remonte d'un effet à sa cause pose problème car elle ne renseigne pas en soi sur la distinction entre qualité et nature. On a là une difficulté terminologique dans la doctrine juridique qui use du terme « nature » selon une conception parfois excessivement large, englobant même les qualités, et dénaturant consécutivement la notion de nature elle-même. En quelque sorte, si tout est nature, sa spécificité disparaît. C'est la résultante d'une conception univoque de l'être. Le verbe « être », à travers sa conjugaison, rend indéterminé le plan logique sur lequel on se situe<sup>325</sup>. Lorsqu'on dit : « l'homme est un animal rationnel », le verbe *être* signifie l'essence de l'homme. En revanche, dans la phrase : « cet homme est malade », le verbe *être* n'indique pas son essence mais uniquement une qualité actuellement décrite. Pourtant, entre la première proposition et la seconde, on utilise indistinctement la copule *est*. Les discours concernant le droit positif (doctrine, jurisprudence, débats au Parlement) subissent cette indétermination, sans procéder systématiquement aux précisions nécessaires.

---

<sup>322</sup> M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Préf. G. Loiseau, LGDJ, 2006, p.183, n°154

<sup>323</sup> Aristote, en parlant de qualité, vise : l'habitus (*hexis*), la disposition (*diathesis*), la capacité et l'incapacité naturelle, les affections, la figure, la forme. Cf. J. LALLOT, F. ILDEFONSE, *Catégories*, *op. cit.*, p.254 et suiv.

<sup>324</sup> C. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, thèse ss. dir. R. Libchaber, éd. universitaires européennes, 2008

<sup>325</sup> *Supra* n° 45

106. **Intérêt de la distinction.** - L'intérêt de la distinction entre la nature et la qualité réside dans la structure logique des effets à appliquer. Le relativisme, au niveau des effets, touche les qualités de la chose, ce que ne subit pas la nature. On ne saurait aller contre la nature, tandis que les qualités sont variables et contingentes. L'essence nous dit ce qu'est une chose et ce qui fait qu'elle n'est pas autre chose qu'elle-même. La qualité nous dit ce que la chose *peut* être sous telle forme ou telle autre. Le retrait de la qualité n'altère pas la chose en son essence. Le retrait de l'essence retire la chose du monde car elle n'est plus ce qu'elle est. Le droit hiérarchise donc les effets en fonction de cette distinction initiale.

107. **Tentative de distinction entre la nature et la qualité.** - Aristote a posé les bases pour une détermination de la nature et de la qualité en constatant d'abord la difficulté de leur distinction. De plusieurs choses, on peut affirmer d'une part, qu'elles possèdent une nature commune et d'autre part, qu'elles possèdent des qualités communes. L'existence d'un même rapport à la généralité parasite la clarté de la distinction. La démonstration aristotélicienne permet d'exposer ce que l'on nomme la *quadripartition des étants*<sup>326</sup>. Cet outil fondé sur la jonction de deux propositions « se dire de » et « être dans » aboutit à classer l'essence et la qualité. Tandis que l'essence se dit d'un sujet sans être dans un sujet, la qualité est dans un sujet<sup>327</sup>. L'homme n'est pas une qualité car il n'est pas « dans une chose », mais « blanc » est une qualité car cette couleur « est » dans l'homme. D'ailleurs, l'homme peut être « noir » sans influencer sa nature. L'essence possède la caractéristique d'admettre les contraires en son sein sans changer elle-même. Les effets juridiques sont rigoureusement déterminés par la nature de la chose mais seulement relativement pour les qualités. Concernant les qualités de la chose, les effets juridiques dépendent d'une politique législative. Les résultats d'Aristote, adaptés en l'espèce au droit, doivent être nuancés car certaines ombres subsistent<sup>328</sup>. Un autre caractère distingue l'essence de la qualité. L'essence n'admet pas le plus et le moins alors que la qualité le permet. Ainsi, on dira que ceci est plus blanc que cela mais on dira plus difficilement que

---

<sup>326</sup> J. LALLOT, F. ILDEFONSE, *Catégories*, *op. cit.*, p.254 et suiv. : « La distinction entre essence seconde et qualité repose sur le fait que, même si l'expression « le blanc » enveloppe une généralité, cette généralité n'est pas une généralité qui s'analyse en genres et espèces. Il y a bien ce blanc-ci, distinct de ce blanc-là, mais ce blanc-ci et ce blanc-là ne sont pas les espèces du blanc, si ce blanc-ci et ce blanc-là étaient des espèces, elles seraient des essences secondes, et en conséquence se diraient d'un sujet. Or le blanc est dans un sujet. Le fait que la généralité de la qualité ne s'analyse pas en genres et en espèces rejoint la différence qui singularise la qualité par rapport à l'essence : le fait d'admettre le plus et le moins. »

<sup>327</sup> *Ibid.*, p.297

<sup>328</sup> *Ibid.*, p.298 : « Se dire d'un sujet n'est pas défini. Aristote ne précise pas non plus ce qu'il entend par *hupokeimenon*, sujet-substrat » ; de même, sur la critique faite par Duns Scot, cf. G. SONDAG, *Duns Scot*, Vrin, 2005, p.56

celui-ci est plus homme que celui-là<sup>329</sup>. Un allo d'incertitude entoure la qualité car sa réification aboutit à offrir une expression proche de l'essence dans le langage. La qualité « blanc » devient la « blancheur » par réification. L'esprit est soumis à des réticences lorsqu'on l'incite à voir la blancheur dans une chose alors qu'elle semble se maintenir d'elle-même comme une chose. L'arrière-plan de la distinction entre la qualité et l'essence est celui de la paronymie<sup>330</sup>.

108. **L'affectation, la chose et la volonté.** - La volonté joue un rôle essentiel dans la destination des choses<sup>331</sup>. Dans une optique théorique, hypostasiant les notions, deux postulats sont possibles. D'un côté, c'est la volonté autonome, toute puissante qui impose sa marque sur les choses et leur dicte la finalité qui leur convient. Ainsi, l'animal affecté à l'exploitation agricole deviendra immeuble par destination. D'un autre côté, c'est la chose, dans son autonomie également, qui exclue toute influence volontariste et toute qualification autre que celle qu'elle impose actuellement par elle-même. Ces deux voies caractérisent un caractère théorique non conforme à une approche jusnaturaliste. La volonté est une volonté tendue vers une chose. La volonté est proportionnée à la chose, sans pouvoir dépasser sa nature<sup>332</sup>. L'argumentation jusnaturaliste tente de dépasser les contradictions liées à l'alternative entre objectivisme et subjectivisme. Ces deux modes d'appréciation des choses conditionnent les problèmes susceptibles de se poser et impliquent uniquement des solutions conformes aux types de questions. Autrement dit, les réponses sont déjà enfermées par les présupposés sous-jacents aux questions. L'attraction des présupposés empêche la possibilité d'autres solutions pourtant pertinentes. Tel est le cas lorsqu'on considère que la réalité n'est ni dans l'objet ni dans le sujet mais dans la tension entre le sujet et l'objet. A ce titre, la volonté n'est plus toute puissante ou complètement accessoire. La volonté est ordonnée à la nature des choses selon un rapport analogique entre sujet et objet. La volonté ne peut s'extraire des choses. En un sens, le droit naturel est plus permissif que le droit positif. Il n'impose pas des catégories a priori dans lesquelles les choses sont intégrées et comprises. Le droit naturel prend pour point

<sup>329</sup> J. LALLOT, F. ILDEFONSE, *Catégories, op. cit.*, p.254 et suiv. : sur le problème de la justice

<sup>330</sup> *Ibid.*, p.249 : « La distinction des paronymes est à ce titre l'auxiliaire de l'entreprise qui sauvegarde la distinction entre essence et qualité et prend tout son sens dans le contexte de la critique de la participation platonicienne qui hypostasie la qualité en essence. Pour Aristote, blanc vient de la blancheur [...] et l'ordre de cette dérivation objecte à l'essentialisation platonicienne du blanc ». Sur la paronymie, voir également A. DE LIBERA, *La querelle des universaux*, Seuil, 1996, p.59-63

<sup>331</sup> F. TERRE, *Le rôle de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, LGDJ, 1957

<sup>332</sup> R. BOFFA, *La destination de la chose*, Préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, 2008, p.20 ; également p.19-20 : « L'individu ne pourra méconnaître cet objectivisme suggéré à la fois par la nature et la culture des choses » ; p.27 : « La nature de la chose n'exprime pas ce qu'elle était dans la nuit des temps, mais telle qu'elle se présente dans sa substance, au seuil de la décision du sujet de l'affecter ».

de départ la chose, sans préjuger d'un quelconque statut préfabriqué selon des catégories rationnelles déterminées préalablement au cours de délibérations plus ou moins officielles. En même temps, le droit naturel fait preuve d'une grande ambition parce que sa démarche impose un travail sans cesse renouvelé pour déterminer la nature de cette chose-*ci* qui se présente à lui et qui se distingue de cette chose-*là*, probablement très proche mais distincte, ne serait-ce que par la singularité du lien entretenu avec la personne à laquelle la chose se rattache. Quoi qu'il en soit, l'argumentation jusnaturaliste propose une méthode critique originale en partant des choses mêmes<sup>333</sup>. Elle ne se fonde pas sur des concepts pour intégrer les choses. Elle remonte de la perception brute de la chose à la détermination de sa nature. Cette démarche permet de remettre en cause les catégories juridiques en explicitant leurs limites.

## 2. Les choses, les biens et les droits

109. **Le sens particulièrement extensif du mot chose.**- L'utilisation massive du mot chose marque un sens particulièrement extensif de la notion dans le langage courant. Son emploi n'est d'ailleurs pas si évident. Comme le remarque J.-L. Vullierme : « Cette table, cette lampe, ces murs sont des choses ; ce bâtiment aussi est une chose, [...] mais une chose qui à elle seule contient aussi cette table, cette lampe, ces murs ; en sorte qu'une même chose peut être aussi bien un ensemble de choses. Je prends mon stylo. C'est une chose. Je l'ouvre et j'observe qu'il est composé de plusieurs choses : une cartouche, une plume, etc., qui toutes sont déjà des choses parfaitement dignes de ce nom. Or de mon stylo, de ses éléments, de cette pièce où nous nous trouvons présentement, de ce bâtiment qui les comprend toutes, provisoirement ou non, quelle est la plus chose ? Aucune »<sup>334</sup>. Le mot « chose » possède une vocation totalisante. D'un point de vue jusnaturaliste, cette extension est à restreindre avec proportion et prudence. Le fait de tout assimiler à une chose présuppose une réification de certaines données pourtant inaptées à cette qualification. Qualifier un « état », un événement, une situation de chose, c'est leur imposer une modification de sens par intégration dans un statut prédéterminé.

---

<sup>333</sup> G. ROMEYER DHERBEY, *Les choses mêmes*, L'Age d'Homme, 1983

<sup>334</sup> J.-L. VULLIERME, « La chose, (le bien) et la métaphysique », in *Les biens et les choses*, APD, t.24, Sirey, 1979, p.33

110. **La relativité de sens du « bien ».** - La même remarque d'une portée relativement large s'opère pour le terme « bien »<sup>335</sup>. Au-delà même d'une notion large, se greffe un second constat qui est celui d'une frontière mobile. Aucune liste des biens n'existe d'ailleurs<sup>336</sup>. Sous l'angle jusnaturaliste, on comprend que la détermination de ce qu'est un bien ne passe pas par l'étude de la nature de biens indépendants et autonomes mais de biens intégrés dans un monde (juridique) plus vaste, bref de leur tension dans le monde. Classiquement, le bien se définit comme « des choses, matérielles ou non, susceptibles d'appropriation par l'homme »<sup>337</sup>. La définition posée illustre la référence à un genre supérieur (la chose), la position d'une différence spécifique (l'appropriation) et le rapport du bien à l'homme (qui ne se limite pas aux positions objectivistes ou subjectivistes).

111. **Analyse de l'identité des notions.** - La notion d'identité s'adapte spécifiquement à celle du droit naturel par le biais de la nature. Tout l'enjeu d'une argumentation jusnaturaliste, et plus globalement d'une argumentation ontologique, est de déterminer les rapports entre les notions notamment les rapports d'équivalence et d'identité. Déjà, l'existence de trois termes (chose, bien, droit) conduit à y voir la possibilité d'une différenciation. Le statut de la distinction est à préciser. Soit il s'agit d'une même entité sous des modes différents, soit on se trouve face à des notions distinctes par nature. L'intérêt est immédiat car il s'agit de savoir si le régime juridique des choses est identique à celui des biens et à celui des droits. Sans différence spécifique fondamentale, il n'y aurait aucune raison à produire des régimes juridiques différents. On peut aussi procéder par inclusion des espèces dans un genre plus grand à l'image du rapport entre bien et chose. Ainsi G. Loiseau a pu proposer un droit des choses : « Certains types de choses, dont la fonction sociale pose leur rapport à la personne autrement que dans une relation d'appartenance, appellent effectivement une attention particulière, qui ne peut leur être portée qu'en les sortant de la compétition des biens. Pour

---

<sup>335</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions...*, op. cit., p.216. L'auteur pose deux justifications, l'une sociologique, l'autre politique

<sup>336</sup> *Ibid.*, p.217 ; également avec l'utilisation de termes de portée philosophique, M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4, p.1805 : « Qu'est-ce qu'un bien ou plutôt quel est le contenu de la notion de bien ? Il paraît qu'il est difficile d'en donner une définition réelle ou nominale. Toute définition réelle du bien serait impossible si elle se fonde uniquement sur la réalité, parce qu'il n'est pas seulement un donné naturel et parce que son ontologie est mystérieuse. Toute définition nominale du bien serait aussi impossible parce qu'il n'existe aucun critère le désignant. L'impossibilité d'établir une définition tiendrait finalement à ce que la notion de bien est une notion primitive ou un axiome, tant du droit que de l'économie. La notion de bien est effectivement évanescence si l'on a l'ambition d'en donner un contenu philosophique a priori. Cependant, l'ambition peut être différente et consister à lui donner un contenu empirique en fonction de la vision qu'en donne le système juridique ».

<sup>337</sup> M.-L. MATHIEU, *Les biens*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 2013, n°75. On remarque au passage l'emploi systématique du mot « bien » dans les manuels. On trouve une exception avec le manuel de William Dross.

celles-là, un droit des choses devrait être bâti, aux marches du droit des biens, afin de pourvoir à leur protection et leur donner un statut ad hoc prenant en compte leur nature spécifique »<sup>338</sup>.

112. **Identités relatives et existence de différences spécifiques.** - La doctrine accepte la dissociation entre choses, biens et droits tout en remarquant la forte attraction de la notion de droits<sup>339</sup>. Plusieurs possibilités sont envisageables en fonction des présupposés sous-jacents. D'abord, les droits peuvent être vus comme des choses<sup>340</sup>, c'est-à-dire sans détermination particulière. Pourtant, on appelle parfois « chose » ce qui ne relève que du « quelque chose ». En privilégiant « chose » à « quelque chose », on est amené à réifier un simple « quelque chose »<sup>341</sup>. On peut citer l'exemple de la réification d'une créance qui passe du statut de *lien* entre un créancier et un débiteur à celui de *chose*. Il ne s'agit pas d'affirmer que cet exemple est généralisable mais de s'en servir pour illustrer les multiples possibilités quant au statut à attribuer. Le mouvement inverse est également possible. Il s'agit de considérer qu'il n'y a pas de « choses » mais uniquement des « quelques choses ». Pour comprendre la cause de ces obscurités, il faut en revenir à l'indétermination chronique du verbe « être ». Le fait d'exprimer le statut d'une entité en disant que cette entité-là « est », ne suffit pas à distinguer entre la chose et le quelque chose<sup>342</sup>. Ensuite, toutes les choses peuvent être considérées comme des biens, c'est-à-dire d'après le critère de leur utilité. On gagne en netteté mais le risque existe de réduire certaines choses à un statut trop restreint. Enfin, la problématique des droits fait écho, d'une autre manière, à celle entre chose et quelque chose, notamment à travers la distinction entre le corporel et l'incorporel<sup>343</sup>. La compréhension des choses et des biens peut s'entendre sous l'angle des droits qui les font entrer dans le monde juridique. Les choses corporelles ayant leur double comme idées immatérielles, l'incorporel s'étend de manière totalisante à toutes les entités puisqu'il peut les signifier toutes<sup>344</sup>. La nature des choses, des biens et des droits conditionne toute une structure juridique d'où la nécessité de

<sup>338</sup> G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.* 2006, n°44, p.3015

<sup>339</sup> H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de biens », in *Les biens et les choses*, *APD*, t. 24, Sirey, 1979, p.15

<sup>340</sup> J. HENRIOT, « De l'obligation comme chose », in *Les biens et les choses*, *APD*, t. 24, Sirey, 1979, p.235 : « La chose est, sans quoi nul n'en pourrait rien dire »

<sup>341</sup> D'autres transcendants sont envisageables dans leur emploi : *res, bonum, unum*. Sur ce point cf. A. DE MURALT, *Néoplatonisme et aristotélisme dans la métaphysique médiévale*, Vrin, 1995, p.20-51

<sup>342</sup> J. HENRIOT, *op. cit.*, p.235 : « Quand le métaphysicien pose en principe que le néant n'a point de propriété, c'est une propriété (celle de n'en point avoir) qu'il attribue à « quelque chose » dont il croit pouvoir dire « ce que c'est » : à savoir rien ». Dans cette réflexion se mêle une tendance suarezienne par l'*aliquid*, le quelque chose et une démarche consistant à raisonner par analogie négative (le fait de ne pas avoir de propriété commune est en soi une propriété). Il faut donc apprécier cette citation dans le cadre plus vaste des rapports de la transcendance et de l'analogie.

<sup>343</sup> H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de biens », in *APhD*, 1979, p.15

<sup>344</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, *op. cit.*, p.1

s'approcher au mieux de la réalité. Le statut (chose, bien droits) dans lequel sont intégrés les objets est décisif. Il imprime un mode de pensée avec des présupposés plus ou moins justifiés. La difficulté réside dans le caractère sous-jacent de ces présupposés, les excluant de tout discours. En apparence, les mêmes termes sont employés (meubles, immeubles, consommable, chose de genre, corps certain, corporel, incorporel), mais le fonds « culturel » dans lequel ils s'insèrent, peut être très variable. Entre un droit des biens compris selon le réalisme romain ou selon la philosophie kantienne, les mots sont souvent similaires mais leur esprit est fondamentalement différent. L'argumentation jusnaturaliste s'attache autant aux choses qu'à leur statut.

## *B. LA QUALITE COMME FONDEMENT DE LA VALEUR*

### 1. La particularité de certains types de biens

#### a. Les aliments

113. **Définition et portée de la notion d'aliments.** - Les aliments sont reconnus par le droit positif à travers la notion d'obligation alimentaire. Sont qualifiés d'aliments les « choses nécessaires à la vie qu'en vertu d'un devoir de solidarité familiale, celui qui le peut doit fournir à son parent dans le besoin »<sup>345</sup>. La notion d'aliments est plus large que la nourriture puisqu'elle concerne le logement, l'habillement et les frais médicaux. Plus qu'une chose ayant une nature, la notion d'aliments renvoie davantage à une classe dans laquelle sont intégrées toutes les dépenses nécessaires à la vie. Le fait d'accorder un régime juridique spécifique aux aliments ne résulte pas de leur nature mais de situations contextuelles précaires pour certaines personnes. Hors du cadre de la famille, il n'y a pas d'obligation alimentaire, et consécutivement, il n'y a pas de possibilité d'une exécution forcée. Mais lorsqu'une exécution volontaire a lieu, elle est interprétée comme la concrétisation d'un devoir et non comme une intention libérale (obligation naturelle alimentaire)<sup>346</sup>. La qualification d'aliments et ses conséquences juridiques n'impliquent pas, en ce sens, de référence à la nature des choses. La présence jusnaturaliste semble évincée. Pourtant, prenant appui sur d'autres fondements, spécifiquement moraux, la protection de la dignité de la personne peut s'engager selon une lecture jusnaturaliste construite à partir de la nature de l'homme. Ce changement d'axe modifie substantiellement l'idée de droit naturel et justifie une logique restructurée.

---

<sup>345</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Aliments

<sup>346</sup> F. TERRE, D. FENOUILLET, *La famille*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2011, p.32

114. **Aliments et succession.** - Dans le même esprit d'une valeur attachée à la qualité d'une chose, le conjoint survivant dans le besoin peut demander une pension alimentaire sur la succession (art. 767 C.civ.). Plusieurs hypothèses permettent de cibler le sens de cette pension. Elle peut être la continuité du devoir de secours résultant de l'article 212 du Code civil<sup>347</sup>, ou faire référence à un « embryon de réserve »<sup>348</sup>. La nature de la pension alimentaire est considérée comme mixte<sup>349</sup>, ce qui contredit l'idée même de nature. Il faudrait employer le terme de caractère pour le distinguer de la nature. Le caractère alimentaire implique l'idée d'une créance contre la succession plus que d'un droit de succession, tandis que le caractère successoral renvoie à la nécessité d'un état de besoin antérieur au décès<sup>350</sup>.

b. Le logement de famille

115. **L'affectation particulière du logement de famille.** - Le logement de famille n'est pas n'importe quel immeuble, il est celui qui permet de vivre. Tout logement n'est pas concerné. La jurisprudence retient la résidence comme logement de famille mais non le domicile. De même, une maison secondaire ne bénéficie pas du même statut que le logement principal. C'est la traduction de la nécessité d'un logement pour vivre décemment en tant qu'homme et de la contingence d'un logement secondaire. Ici encore, un double principe d'interprétation est possible. Soit on considère l'immeuble dans l'affectation dont il est soumis et dans ce cas, on regarde la qualité, soit on considère que la nature du logement de famille ne s'inscrit pas dans son indépendance mais dans sa relation nécessaire avec l'homme, d'où une potentielle nature. L'analyse des données fait primer le fait que le logement familial ne s'analyse pas en termes de nature des choses mais de qualité.

116. **Implication de la qualification sur le régime juridique.** - En vertu de l'article 215 alinéa 3 : « Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation »<sup>351</sup>. L'effet juridique

---

<sup>347</sup> C. PHILIPPE, « L'article 212 du Code civil : du XXe au XXIe siècle », in Mél. en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p.627-636

<sup>348</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 5<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2012, n°107

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> *Ibid.*

<sup>351</sup> Ce qui interroge sur la notion de « disposer ». Par exemple, R. LE GUIDEDEC, « L'exigence du consentement des époux pour la disposition du logement familial suivant l'article 215, alinéa 3, du code civil », *D.* 1990,



imposé est celui d'une restriction des pouvoirs et des droits de manière à éviter la naissance de situations de nature à mettre dans une situation périlleuse une famille par les actes négligents d'un des époux. A cet effet, le consentement des deux époux est nécessaire pour les actes les plus graves. On compte parmi eux les actes d'aliénation, de renonciation ou encore de constitution d'hypothèque conventionnelle<sup>352</sup>. La force de cette règle est d'autant plus forte qu'elle est d'ordre public. L'article 1751 du Code civil fait écho à l'article 215. Il dispose que « Le droit au bail du local [...], qui sert effectivement à l'habitation de deux époux est, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire, et même si le bail a été conclu avant le mariage, réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ».

117. **Le maintien dans les lieux du conjoint survivant.** - En vertu de l'article 763 du Code civil, le conjoint conserve de plein droit la jouissance de l'habitation principale, pendant une année, ainsi que le mobilier qui le garnit. La qualité de la chose se double du statut du bénéficiaire pour produire et justifier un régime juridique protecteur. L'article 764 offre également une protection par l'octroi d'un droit viager pour l'usage et l'habitation du logement au conjoint survivant. Le thème du logement illustre la relativité attachée à la qualité d'un bien. S'il y a du droit naturel, c'est dans une dimension morale et protectrice des personnes. Cette vision, relativement séduisante, reste difficile d'application car un principe très général de protection de la personne peut connaître des applications très diverses voire divergentes, dès lors que la protection d'une personne conduit à réduire les droits d'une autre personne (un créancier par exemple). Le calcul des intérêts est une tentation constante pour équilibrer les protections bien qu'elle soit parfois dangereuse en fonction du sens donné au mot « intérêt ». Si la thématique du logement doit s'inscrire dans le droit naturel, c'est par la nature de l'homme comprise dans sa dimension existentielle.

#### c. Les bijoux de la famille

118. **La référence légale à la nature pour qualifier les biens et les bijoux de la famille.** - En vertu de l'article 1404 du Code civil : « Forment des propres par leur nature [...] tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne ». Ici encore, un double principe d'interprétation est possible entre la qualité et la nature de la relation entre chose et la personne. Les bijoux peuvent être considérés selon leur nature ou

---

p.310 ; B. VAREILLE, « Régime primaire, logement de la famille : la mise en location du logement de la famille équivaut à un acte de disposition au sens de l'article 215 alinéa 3 du code civil », *RTD civ.* 2001, p.416

<sup>352</sup> A. LAMBOLEY, M.-H. LAURENS-LAMBOLEY, *op. cit.*, p.26, n°46

comme des qualités. La notion de « bijou » nécessite d'abord une définition, ce qui n'est pas rendu facile par l'extrême diversité des choses qualifiées de « bijoux ». Si l'on ajoute le qualificatif bijou de « famille », la nature semble s'échapper complètement de cette problématique sauf si la nature est considérée non dans la chose ni dans l'homme mais dans le rapport qu'ils entretiennent. Si cette considération s'approche probablement davantage de la réalité comme principe d'interprétation, elle rend indifférenciée la nature et la qualité.

119. **Etat de la jurisprudence.** - Une explication de la restitution de bijoux de la famille a été avancée. Le don de l'époux à l'autre époux ne serait qu'une apparence sous laquelle se cacherait simplement un prêt à usage, lequel impliquait une restitution en cas de séparation des époux. C'est ce qui ressort des affaires de *La Rochefoucauld*<sup>353</sup> et *Prioton-Roques*<sup>354</sup>. L'argument doit cependant être expliqué car il peut sembler être une construction a posteriori visant à employer les moyens propres à atteindre le résultat souhaité.

120. **Les biens de famille, la nature de la famille et le droit naturel.** - Pour justifier d'un régime juridique spécifique, on a tenté d'en extraire la nature par méthode inductive. De ce sentiment d'une protection différente des biens de famille, est né le questionnement sur la particularité de ces biens, notamment dans leur nature et leur fondement. La notion de famille elle-même est extensive puisqu'elle est susceptible d'une compréhension plus ou moins large<sup>355</sup>. Une fois de plus, la difficulté des frontières se fait sentir<sup>356</sup>. Sur la nature même de la famille, on a souvent établi un lien avec le droit naturel<sup>357</sup>. Comme le dit J. Carbonnier : « Le droit de la famille ayant ses racines dans la nature biologique (union sexuelle et procréation, naissance et mort, différents âges de la vie), les doctrines traditionalistes concluent qu'il y a en lui une force de droit naturel » et de nuancer « à quoi les évolutionnistes ripostent qu'à notre époque les droits positifs entendent se soumettre la nature et non pas s'y soumettre »<sup>358</sup>. Partant du constat contemporain d'un certain relativisme de la famille (famille traditionnelle,

<sup>353</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 1961, note R. Savatier ; *JCP G* 1961, II, 12352, note A. Ponsard

<sup>354</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1983 ; *Defrénois* 1984, art. 33215, p.182, note A. Breton

<sup>355</sup> J. CARBONNIER, *La famille*, PUF, 18<sup>e</sup> éd. refondue, 1997, p.17-18 ; J.-J. LEMOULAND, « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2005, p.6, n°3 : « Il n'est [...] pas avéré que pour une époque donnée, une définition unique de la famille puisse être proposée », p.7, n°9 : « on peut décrire la famille comme une série de cercles concentriques au contenu éminemment variable ».

<sup>356</sup> J. CARBONNIER, *La famille, op. cit.*, p.29 : « S'il y a un droit de la famille, relève-t-il du droit privé ou du droit public ? Savigny l'avait rattaché au jus publicum, le droit absolu : les familles sont les cellules de base dont la réunion constitue la société, et leur bon ordre importe à l'ordre de l'Etat – sans préjudice d'analogies [...]. Au XX<sup>e</sup> s., la thèse du droit public a plutôt été présentée comme une conséquence – redoutée de la législation interventionniste ».

<sup>357</sup> J. LECLERCQ, *Leçons de droit naturel. 3. La famille*, Namur, Société d'études morales, 4<sup>e</sup> éd., 1958

<sup>358</sup> J. CARBONNIER, *La famille, op. cit.*, p.29

« monoparentale », « homoparentale », « reconstituée »<sup>359</sup>), la nature passe au second degré au profit du sentiment, de l'affection, de la volonté ou encore du ressenti. On tend aujourd'hui à parler de « vie familiale » plutôt que de famille<sup>360</sup>. Ce décalage de langage montre deux aspects, à savoir l'essence et l'existence. La famille peut être prise dans un sens ou dans l'autre. Dans le sens de l'existence, on pourra dériver jusqu'au psychologisme. La réalité de la nature s'apprécie dans le lien analogique de l'essence et de l'existence. L'essence est un élément stable et conceptualisable. L'existence apporte une dimension supplémentaire en même temps qu'une indétermination. Pour savoir si la notion de bijoux de la famille relève du droit naturel, il faut cerner l'idée de famille. Le problème se décale mais ne trouve pas pour autant de solution sûre et certaine. On ne saurait s'aventurer à affirmer une présence jusnaturaliste, là où il n'y aurait que qualité.

**121. L'éviction de l'existence dans la nature.** - Le fait d'user de la méthode de détermination de la nature, conduit à ne conserver qu'une version appauvrie de la famille. La méthode de détermination est celle par laquelle on fait ressortir la nature de la chose. La nature indique ce qui est commun. Ainsi, on dira que la nature de l'homme est d'être un animal raisonnable, ou plus précisément en théologie une substance individuelle raisonnable. Bref, il s'agit de conserver ce qui est permanent et d'évincer le contingent qui touche la chose. Ayant atteint ce qui est permanent et commun, on aboutit à l'essence de la chose, et en l'espèce de la famille. Pourtant, il faut aller plus loin en percevant le dynamisme qui dépasse la simple essence pour aboutir à la nature. Sans cette étape, ce n'est qu'une image de la chose qu'on aperçoit, notamment si le rassemblement des différents types de familles s'est opéré sans distinction de ce qui est nécessaire et de ce qui est contingent. Autrement dit, il ne suffit pas de qualifier sociologiquement telle communauté comme famille pour être en présence d'une famille.

**122. La nature en question des biens de famille.** – R. Demogue s'est attaché à la notion de « propriété familiale »<sup>361</sup> qui justifierait un régime dérogatoire. L'idée a été contestée pour absence de personnalité juridique de la famille. Or, cette personnalité morale constitue le socle de la titularité d'un droit de propriété. R. Savatier a également fait référence à la

---

<sup>359</sup> Avec les contradictions dans les formulations mêmes en fonction de la définition de la famille.

<sup>360</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2011, n°4

<sup>361</sup> R. DEMOGUE, « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », *RTD civ.* 1928, p.27

personnalité juridique de la famille<sup>362</sup>. L'indétermination de la notion de famille ne facilite pourtant pas cette idée<sup>363</sup>. Contestant cette tendance, d'autres auteurs ont préféré parler d'une propriété individuelle grevée d'affectation familiale<sup>364</sup>. La jurisprudence ne va pas forcément dans ce sens en empêchant une appropriation individuelle<sup>365</sup>. Constatant cette impossibilité, F. Zenati-Castaing et T. Revet estiment qu'il s'agit d'une propriété collective, non assimilable à l'indivision, au motif que la chose relève d'un seul droit de propriété dont l'exercice est communautaire<sup>366</sup>.

## 2. La particularité de certains biens individualisés

### a. Unité du patrimoine et chose individualisées

123. **L'incidence de la nature des choses au sein du patrimoine.** - Le patrimoine est cette universalité dans laquelle transitent les choses avec une plus ou moins grande constance. Leur intégration dans un ensemble plus vaste, chapoté par une personnalité juridique imprime une uniformisation des choses. C'est le mécanisme de la fongibilité inhérente au patrimoine. Or, le droit positif établi un ensemble de limites à cette harmonie en faisant suivre un régime commun pour certaines choses dont les propriétés opposent une résistance à l'uniformisation. Le droit des successions est particulièrement concerné par ce phénomène. En effet, dans le cadre d'une répartition successorale, le calcul n'est pas purement mathématique puisque certaines choses y font obstacle à raison de leur nature. On reprend le raisonnement relatif à la nature des choses. L'étude des choses, ciblée sur les choses, en oubliant tout statut sous-jacent, conduit à rendre partiels les résultats des recherches. Le statut, implicitement admis, peut aboutir à une uniformisation du sens des choses. Ainsi, l'attraction opérée par les droits, doublée d'un droit positif structuré autour des droits subjectifs, favorisent une coloration originale du droit positif tel qu'il est reçu. L'argumentation jusnaturaliste permet d'apprécier la nature des choses dans leur singularité en refusant l'« arbitraire » d'un statut. En l'espèce, le rapport du patrimoine aux choses qui le composent marque l'importance de la nature des choses puisque ces dernières résistent à des assimilations purement rationnelles. Néanmoins,

---

<sup>362</sup> R. SAVATIER, « Une personne méconnue, la famille en tant que sujet de droit », *D.* 1939, chron. XIII, p.49 ; RAYNAUD-CHANON, « Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille », *D.* 1987, chron. XLVI, p.264

<sup>363</sup> J. DABIN, « Le problème de la personnalité morale de la famille », *Rev. Du Bull. de l'Académie Royale de Belgique*, t. XXXV, 1949, p.329 et suiv.

<sup>364</sup> S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Préf. R. Nerson, LGDJ, 1976, n°173-174 ; BARBIERI, « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique », *JCP G* 1984. I. 3156, n°24

<sup>365</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n°61

<sup>366</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p.77

il faut rester prudent dans le cas où la singularité de la chose tiendrait à une qualité plutôt qu'à sa nature.

b. La subrogation réelle

124. **Définition et interrogation sur la portée jusnaturaliste éventuelle de la notion de subrogation réelle.** - La subrogation réelle est « la substitution juridique d'un bien à un autre, le bien nouveau [...] prenant la place du bien ancien pour être soumis au même régime que lui »<sup>367</sup>. En principe, on attribue un régime juridique en fonction de la nature d'une chose, d'où l'intérêt des multiples distinctions opérées en droit des biens. Dès lors, le mécanisme qui permet d'appliquer un régime juridique à une chose auquel elle n'était pas destinée va à l'encontre de la logique jusnaturaliste, et même, elle la ruine. Le mécanisme est d'autant plus critique que la subrogation s'avère protectrice des droits des individus<sup>368</sup>. Comment justifier qu'un instrument juridique, *a priori* contraire au droit naturel, puisse agir en faveur des individus, et de l'égalité en général, alors qu'il s'agit d'une des finalités du droit naturel ? La réponse nécessite, une fois de plus, une réinterprétation de la nature qui permettra de montrer que la subrogation réelle n'est pas contraire au droit naturel et constitue même un outils particulièrement efficace du droit positif pour mieux cerner la nature des choses en mettant de côté certains aspects, notamment physiques, de la chose, au profit d'une compréhension plus globale de cette chose.

125. **Nature de la chose objet de la subrogation réelle.** - Comme l'ont dit R. Demogue et M. Planiol, la subrogation réelle n'impose pas à une chose un statut qu'elle n'est capable de soutenir par elle-même<sup>369</sup>. Autrement dit, n'importe quoi ne remplace pas n'importe quoi. Il y a un lien, un angle commun par lequel une chose se substitue à une autre. C'est par et dans cette communauté entre les deux choses que se révèle la nature des choses, au-delà de la simple première impression, souvent physique de la chose telle qu'elle apparaît dans sa résistance corporelle. La nature des choses apparaît d'autant mieux à travers les deux fonctions principales de la subrogation réelle. La première fonction consiste dans la conservation de la valeur d'un bien vers son affectation. La seconde permet d'opérer la

---

<sup>367</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1952 ; comp. H. CAPITANT, Essai sur la subrogation réelle, *RTD civ.* 1919, p.385-387 ; A. HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale, essai d'une théorie générale*, Nancy, 1913

<sup>368</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p.243, n°156 : « Cette technique est précieuse, car, en pérennisant l'assiette des droits, elle pérennise les droits eux-mêmes et assure une sécurité juridique ».

<sup>369</sup> S. GUINCHARD, *L'affectation...*, *op. cit.*, p.312, n°364

restitution de certains biens<sup>370</sup>. Ces deux rôles que remplit la subrogation réelle montrent qu'une chose ne se réduit pas à sa forme corporelle mais doit être comprise plus globalement. Le bien peut être considéré sous différents aspects. Tout d'abord, dans sa matérialité immédiate, dans sa corporéité. On retrouve les distinctions classiques entre meubles et immeubles, biens fongibles et corps certains, biens consommables et non-consommables. Chacune de ces distinctions constituant une spécificité et générant un ensemble de règles particulières et nécessaires. Ensuite, un bien peut être vu non dans sa matérialité mais plutôt dans la valeur pécuniaire, la richesse qu'il supporte. En ce sens, la nature devient beaucoup plus « flexible » puisqu'elle répond à une valeur économique établie selon une échelle monétaire et entre dans l'indifférenciation de la valeur. La valeur pécuniaire aplanit les spécificités de la chose<sup>371</sup>. Elle les rend indifférente les unes aux autres. Dans ce cas, la subrogation réelle est beaucoup plus aisée<sup>372</sup>. Elle l'est également lorsque la chose est considérée dans l'utilité qu'elle est susceptible d'apporter. Cette troisième considération est intermédiaire entre les deux premières, car sans être restreinte par sa matérialité, elle ne peut remplacer toute chose comme une valeur peut en remplacer une autre. Ici, la subrogation réelle ne peut jouer que « si le bien nouveau est suffisant à la réalisation du but poursuivi »<sup>373</sup>.

**126. Nature de la notion de subrogation réelle.** - Les tentatives de détermination de la nature de la subrogation réelle sont nombreuses<sup>374</sup>. C. Aubry et C. Rau ont vu dans la subrogation réelle une fiction<sup>375</sup> dont le fondement se trouve dans la notion de fongibilité au sein d'une universalité de droit<sup>376</sup>. Le raisonnement est critiquable dans l'identité qu'il semble imposer entre subrogation réelle et fongibilité<sup>377</sup>. Dépassant cette théorie, R. Saleilles a

<sup>370</sup> E. SAVAUX, « Subrogation réelle », Rép. Civ. Dalloz, 1998, p.5, n°18

<sup>371</sup> *Infra* n° 356-359

<sup>372</sup> E. SAVAUX, « Subrogation réelle », *op. cit.*, p.5, n°19 : « Lorsqu'un bien n'est pas considéré dans son individualité, dans sa réalité matérielle, mais seulement pour la valeur qu'il représente, et lorsque cette valeur est affectée à la réalisation d'un but particulier, cette affectation explique qu'en cas de disparition du bien, celui qui apparaît en échange et qui constitue sa contre-valeur reçoive la même affectation. En revanche, si le bien est considéré dans son individualité, il ne peut a priori être remplacé par un autre dans un rapport de droit. »

<sup>373</sup> *Ibid.*, p.5, n°22

<sup>374</sup> Pour un aperçu des contradictions de la jurisprudence, J. BONNECASE, *Précis de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., 1935, p.8, n°6-9

<sup>375</sup> Mais les auteurs ne précisent pas fondamentalement le sens qu'ils attribuent au mot « fiction ». Si on reprend la définition de G. Wicker : « constitue une fiction juridique, toute solution de droit compromettant la cohérence du système juridique tel qu'il est mis en forme techniquement par la définition d'un ensemble de concepts juridiques et des relations qui les unissent ». C'est « l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application ».

<sup>376</sup> C. AUBRY, C. RAU, *Droit civil français*, t.9, 6<sup>e</sup> éd., 1953, p.340-341

<sup>377</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p.248, n°158 : La doctrine « dénonce le sophisme qui consiste à lier subrogation réelle et universalité alors qu'il y a là deux techniques différentes. La seconde reposant sur le mécanisme de la fongibilité qui, s'il se rapproche de la subrogation réelle, ne se confond

avancé l'idée d'affectation pour justifier la subrogation réelle, dans laquelle s'engouffrent R. Demogue et M. Planiol, ces derniers supprimant les résidus de fictions encore présents et distinguant plus encore la subrogation de l'universalité<sup>378</sup>. Allant plus loin dans la justification par l'affectation, P. Voirin estime qu'« Il n'y a pas lieu de maintenir la distinction entre les cas de subrogation fondée sur l'idée d'affectation et ceux reposant sur une obligation de restitution »<sup>379</sup>. Cette place accordée à l'affectation ne répond pourtant pas à tous les cas de subrogation réelle, notamment en ce qui concerne la restitution d'une masse de biens sans que ceux-ci ne soient liés à une affectation. C'est le constat reconnu par M. Lauriol<sup>380</sup>. S. Guinchard confirme cette position à laquelle il ajoute que la subrogation réelle n'est pas employée dans tous les cas d'affectation en valeur, contrairement à la position de R. Saleilles<sup>381</sup>. Ces deux auteurs, quoique ne partageant pas la même position, apportent une structure argumentative montrant leur retour à la signification des choses par deux voies qu'il est possible de rapprocher. D'abord, M. Lauriol considère la notion d'affectation comme insuffisante puisqu'elle ne justifie pas tous les cas de subrogation. L'auteur évince l'affectation au profit de l'institution et plus précisément de « l'esprit de l'institution » dans laquelle s'opère la subrogation<sup>382</sup>. Ce point d'appui constitue le socle d'une reconsidération des frontières dans lesquelles la subrogation est possible ou non. Par ce biais, l'auteur relativise la notion de subrogation pour l'inscrire dans un cadre plus large. Mais l'auteur ne pousse pas jusqu'au bout son raisonnement car lorsque l'institution fait défaut, il renvoie à la loi pour justifier la subrogation. Sous une autre forme, S. Guinchard remet en question l'extension de la notion d'affectation pour justifier à rebours le fondement par l'affectation. Cette démarche montre la relativité du sens attribué à l'affectation. Indirectement, on se situe dans une démarche similaire à celle qui met en avant l'institution puisque dans un cas comme dans l'autre, c'est une remise en cause des frontières de la subrogation<sup>383</sup>.

**127. Les applications concrètes de la subrogation réelle.** - La fonction de la subrogation réelle est souvent protectrice des intérêts des parties, notamment parce que la transformation

---

pas avec elle. On souligne avec raison qu'il n'y a pas nécessairement remplacement chaque fois qu'un bien entre dans une universalité ou en sort ».

<sup>378</sup> S. GUINCHARD, *L'affectation...*, *op. cit.*, p.312-313 : « Demogue démontre qu'il n'y a pas de véritables universalités et que, de toute façon, dans ce que les auteurs classiques qualifient d'universalités, la subrogation ne se produit pas vraiment car la notion de remplacement n'a pas à jouer ».

<sup>379</sup> *Ibid.*, p.313

<sup>380</sup> M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Alger, 1952

<sup>381</sup> S. GUINCHARD, *L'affectation...*, *op. cit.*, p.316

<sup>382</sup> *Ibid.*, p.315

<sup>383</sup> F. CHAPUISAT, « Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle », *RTD civ.* 1973, p.643

d'une chose en valeur monétaire supprime son individualité et les droits spécifiques qui peuvent y être attachés. Elle requiert le plus souvent une volonté des parties et l'existence d'un lien entre le bien remplacé et la chose remplaçante. A l'occasion d'une succession, lorsqu'un bien a été antérieurement transmis par donation à un héritier pour une valeur empiétant sur la réserve héréditaire des autres héritiers, le mécanisme de la réduction sert à rééquilibrer les inégalités. La disparition de la chose, non imputable au donataire, implique la suppression de la réduction ou sa réduction à ce qui reste de la chose. Si le bien était assuré, la réduction portera sur l'indemnité reçue par subrogation réelle<sup>384</sup>. Dans le même esprit, l'indemnité obtenue suite à la dégradation ou destruction d'un bien s'intègre automatiquement, et selon le même régime, que le bien remplacé (principalement quant à l'affectation), dans la masse en indivision<sup>385</sup>. Considérée comme une protection, la subrogation ne constitue pas un avantage. Telle est la solution légale (art.1058 C.civ.) concernant les libéralités résiduelles. Dans le cadre des régimes matrimoniaux, la subrogation réelle permet de maintenir dans son statut un bien propre même lorsqu'il est remplacé. Conformément à l'article 1406 alinéa 2 du Code civil les créances et indemnités qui remplacent les propres forment des propres par l'effet de la subrogation réelle.

128. **La position jusnaturaliste sur la nature de la subrogation réelle.** - A propos de la subrogation, les interprétations varient entre une réalité, un concept ou une technique. Deux points de vue se chevauchent quant au droit naturel. D'une part, la chose comprise par le droit positif est une chose juridique, c'est-à-dire dont la compréhension est encadrée par l'ontologie régionale du juridique. De toutes les significations qu'elle véhicule, c'est la dimension juridique qui prédomine dans les analyses. La chose est appréciée comme valeur, d'où la possibilité d'un mécanisme de subrogation réelle. D'autre part, les atteintes et modifications subies par la chose peuvent conduire à affecter les rapports d'égalité pour des raisons contingentes. La subrogation réelle réduit ce risque. Elle fonctionne comme un instrument permettant la mise en œuvre de l'égalité, voire de la justice.

---

<sup>384</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., n°662

<sup>385</sup> *Ibid.*, n°812



## SECTION 2. LA DIFFICULTE D'UN RESPECT DE L'ESSENCE DANS LES QUALIFICATIONS

### § 1. LA NATURE INCERTAINE DES CHOSES CORPORELLES

#### A. L'ENCADREMENT DE LA NATURE

129. **Genre et espèce.** - Le droit positif répond à un schéma récurrent, celui de la découverte de l'essence d'une chose, laquelle est qualifiée<sup>386</sup> puis rattachée à une catégorie au profit de l'imputation d'effets juridiques pour atteindre la finalité souhaitée. Suivent cette logique, le droit positif applique des effets ou un régime juridique en fonction de la spécificité de la chose. Les catégories<sup>387</sup> visées sont des catégories juridiques tout comme la finalité recherchée est une finalité juridique. L'ontologie régionale marque sa présence par la circonscription de la nature à ce qui relève du *jus* ou du juridique, conformément à l'expression même de droit naturel, c'est-à-dire d'un droit selon une nature. Le mécanisme des genres et espèces - des prédicables - fonctionne comme des poupées russes, c'est-à-dire par imbrications, impliquant un système d'inclusion et d'exclusion. Le schéma correspond à ce que l'on appelle communément l'arbre de Porphyre. Avec Porphyre, « Nous arrivons à 5 prédicables : genre, espèce, différence, propre et accident. Ces 5 prédicables constituent les universaux, ou termes généraux qui se rapportent à la nature des choses car c'est par le biais de ces notions que nous avons accès aux objets en exprimant leurs propriétés<sup>388</sup>. Il s'agit donc d'une classification logique. C'est à partir de la classification logique qu'on parvient à une

---

<sup>386</sup> Le problème de la qualification est récurrent car il soulève des problèmes difficiles, notamment l'existence de plusieurs qualifications possibles ou d'absence de qualification déjà existante. Le comparé est riche en enseignements car il confronte des esprits juridiques fondés sur des cultures différentes. De même, la qualification en droit international privé est particulièrement importante. Cf. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n°259-276 ; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n°303-323 ; E. BARTIN, « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1930-I, t.31, Paris, Sirey, p.561-621 ; I. VOULGARIS, « Réflexions sur l'approche comparative de la qualification en droit international privé », in *Mél. en l'honneur de D. Tallon*, Paris, Société de législation comparée, 1999, p.193

<sup>387</sup> J. BRUN, *Aristote...*, *op. cit.*, p.33 : « Les catégories sont les genres les plus généraux de l'Etre, elles sont, non pas des prédicables comme le sont le genre, l'accident, qui eux ont trait à la façon de penser ou de dire les choses, mais elles sont des prédicaments car elles traduisent un élément réellement commun à des individus. »

<sup>388</sup> A. DE LIBERA, C. MICHON, *L'être et l'essence. Le vocabulaire médiéval de l'ontologie*, Seuil, 1996, p.39-40 : « Une essence ou nature, est *ce par quoi (id quod)* un étant est placé dans un genre (animal), et une espèce (homme) ».

classification ontologique et par là même à établir un lien entre une fonction logique (les prédicats des propositions) et les modes d'être de la réalité (ontologique) – c'est-à-dire, ce qui structure le langage et la pensée »<sup>389</sup>.

130. **Structure de l'arbre de Porphyre.** - Le genre est ce qui est commun à plusieurs choses. Aristote, dans les *Topiques* le définit : « Est genre ce qui est prédicable de plusieurs différant par l'espèce, relativement à la question : 'Qu'est-ce que c'est ?' »<sup>390</sup>. Le genre<sup>391</sup> est tout en haut de l'arbre de Porphyre. Il est le genre suprême. En dessous, se placent l'espèce puis l'espèce spécialissime et enfin l'individu<sup>392</sup>. Leur rapport à la généralité n'est pas le même puisque, dans l'arbre de Porphyre, plus on est près de l'individu (*i.e.* de l'essence première) plus il existe de déterminations. Le contrat de vente contient plus de déterminations que l'acte juridique. Inversement, plus on s'en éloigne, moins il y a de déterminations. Le genre apporte moins de précisions que l'espèce spécialissime. Dans le genre, il y a déjà toutes les espèces mais de manière non déterminée. En énonçant le principe, on obtient la formule : plus le concept est général, plus grand est le nombre des entités particulières qu'il intègre (son extension). Et inversement, plus un concept est particulier, plus important est le nombre de ses propriétés (son intension)<sup>393</sup>.

131. **La différence formelle fonde la spécificité de l'effet.** - L'arbre de Porphyre établit une hiérarchie du plus général (le genre) au plus particulier (l'espèce puis l'individu). Suivant

<sup>389</sup> J. BUSQUETS, *Logique et langage : apports de la philosophie médiévale*, Presses universitaires de Bordeaux, 2006, p.34

<sup>390</sup> ARISTOTE, *Topiques*, trad. Brunschwig, Les Belles Lettres, 1967, I, 5, 102a31-32 : « Est genre un attribut qui appartient en leur essence à plusieurs choses spécifiquement différentes » ; trad. Tricot, p.12 : « Le genre est ce qui est attribué essentiellement à des choses multiples et différant spécifiquement entre elles » ; in Pophyre, *Isagoge*, texte grec et latin, traduit par A. de Libera et A.-Ph. Segonds, Vrin, p.98

<sup>391</sup> A. DE MURALT, *La métaphysique...*, *op. cit.*, p.73-74, qui distingue entre le genre selon Aristote et le *genos* platonicien. Pour Aristote le genre « n'a d'existence réelle que dans ses espèces » et « le genre ne fait qu'un avec la différence spécifique pour constituer l'espèce ». Voir également G. SONDAG, *Duns Scot*, Vrin, 2005, p.50

<sup>392</sup> Quelques précisions sont à fournir sur cette hiérarchie. Genre et espèce peuvent être employés indifféremment sauf dans deux cas qui se situent aux extrémités de l'arbre de Porphyre. Le genre suprême est celui pour lequel il n'y a pas de genre au-dessus de lui, il ne saurait donc être appelé espèce. De même, l'espèce pour laquelle il n'y a que des individus en dessous, est appelée espèce spécialissime et ne peut pas être appelée genre. L'espèce est le genre moins la différence spécifique. Entre le genre et l'espèce, la différence est donc formelle alors qu'entre l'espèce et l'individu, la différence n'est plus formelle (sans quoi il s'agirait d'autre chose) mais numérique. Comme le dit Paul GRENET, *Le thomisme*, *op. cit.*, p.80, en exposant la thèse thomiste : « En Socrate, ce qui fait qu'il est homme (= le principe de sa spécification) est distinct de ce qui fait qu'il est cet homme (= le principe de son individuation). Le principe de sa spécification, c'est le déterminant de l'essence qu'il a en commun avec les autres hommes. Le principe de son individuation, c'est ce qui introduit entre lui et les autres hommes une différence qui ne change pas l'essence (= une différence numérique, puisqu'une différence spécifique changerait l'essence) ».

<sup>393</sup> J. BUSQUETS, *Logique et langage : apports de la philosophie médiévale*, Presses universitaires de Bordeaux, 2006, p.54

cela, il s'agit d'imputer des effets plus ou moins généraux en fonction de la plus ou moins grande généralité de l'espèce. L'espèce correspond au genre moins la différence spécifique. Cette différence spécifique constitue le fondement de la spécificité de l'effet qui s'appliquera. A un genre, on appliquera un effet général ; à une espèce, on appliquera un effet plus spécifique ; à une espèce spécialissime, on appliquera un effet particulier<sup>394</sup>.

**132. Application de l'arbre de Porphyre au droit positif.** - Les auteurs, sans forcément développer tout le langage technique de l'arbre de Porphyre, emploient sa logique, impliquant l'idée de hiérarchie du général au particulier. J. Carbonnier nous dit par exemple qu'« il est impliqué dans l'a. 1101 que le contrat est l'espèce d'un genre plus étendu qui est la convention »<sup>395</sup>. Si on reprend la définition selon laquelle le genre est ce qui est commun à plusieurs espèces, on en déduit qu'entre la convention et le contrat, ce qui est commun c'est la manifestation de volonté. La différence formelle qui spécifie le genre en espèce est que pour le contrat, la manifestation de volonté est destinée à créer des obligations. Cet élément est une propriété plus précise que la simple création d'effets de droit quelconques (transfert, extinction)<sup>396</sup>. Du point de vue des effets juridiques, le régime des contrats sera calqué sur celui des conventions car l'espèce est déjà dans le genre mais de manière indéterminée. Cela signifie qu'un même régime sera appliqué pour la part de ce qui leur est commun, et que des particularités plus précises impliqueront des différences de régime issues de la différence formelle entre convention et contrat.

**133. Généralisation de l'arbre de Porphyre au droit positif.** - Les articles 1101 à 1106 du Code civil sont révélateurs des classifications et subdivisions possibles dans la qualification des actes juridiques selon ce qu'ils sont dans leur essence. Tout d'abord, on distingue entre les contrats synallagmatiques<sup>397</sup> et unilatéraux. Leur point commun de rattachement à un genre est le contrat, leur point de divergence réside dans la réciprocité ou non des obligations nées du contrat. On est face à deux espèces de contrats dont les effets juridiques seront ceux relatifs au domaine contractuel avec des spécifications au regard du caractère bilatéral ou non du contrat. L'absence d'interaction dans les contrats unilatéraux conduit à évincer l'exception d'inexécution ainsi que la résolution pour inexécution. Ils ne

---

<sup>394</sup> *Infra* n° 133

<sup>395</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, 21<sup>e</sup> éd. refondue, PUF, 1998, p.47, n°15 ; *contra* C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. VIII, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1936, p.9, n°17

<sup>396</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p.47, n°15

<sup>397</sup> A. SERIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », *in* Mél. Ghestin, LGDJ, 2001, p.777

bénéficient pas de la théorie des risques en cas d'inexécution pour cause de force majeure et ne renvoient pas aux règles particulières de l'article 1325 du Code civil relatives aux nombres d'originaux des contrats<sup>398</sup>. Toutes ses règles sont consécutives à ce qui est propre au contrat synallagmatique. La distinction entre les contrats commutatifs<sup>399</sup> ou aléatoires<sup>400</sup> conduit aux mêmes types de conséquences. L'article 1107 du Code civil confirme ce constat. D'une part, quelle que soit la dénomination du contrat, les règles générales des contrats trouvent à s'appliquer. Que les parties qualifient correctement un contrat ou non, c'est l'essence du contrat qui en déterminera le régime général. L'essence s'impose face à une volonté<sup>401</sup> négatrice de l'identité de ce qui est. D'autre part, l'alinéa 2 dispose que « les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux », justifiant la présence, au plan des effets, d'une distinction de genre et d'espèce. L'emploi du mot « espèce » apparaît même dans le Code civil comme le montre l'article 1874 : « Il y a deux sortes de prêt : celui des choses dont on peut user sans les détruire ; et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. La première espèce s'appelle 'prêt à usage'. La deuxième s'appelle 'prêt de consommation', ou simplement 'prêt' ».

134. **Intérêt de la cohérence globale.** - La force de cette structure logique réside dans la proportion de vérité et de validité inhérente au mécanisme. Est valide ce qui, partant d'une hypothèse, aboutit à un résultat par la bonne application des règles logiques. La hiérarchie entre genres et espèce favorise le respect de l'inclusion et de l'exclusion. La particularité de la validité réside dans le fait que la solution peut être correcte quand bien même l'hypothèse de départ serait fausse, pour peu que le raisonnement soit respectueux des contraintes logiques. La jonction entre les genres, les espèces et l'essence des choses permet de lier la validité à la vérité. La vérité impose une hypothèse de départ qui ne soit pas indifférente. Elle doit nécessairement être vraie<sup>402</sup>. Dès lors, une hypothèse vraie, suivie par un raisonnement valide aboutira à une solution vraie et non seulement valide. La vérité étant d'un accès limité, le recours à l'arbre de Porphyre, en y insérant les choses, permet d'obtenir une cohérence dans le discours juridique du droit positif. L'arbre met à jour les contradictions pour les évincer au profit des solutions admissibles.

---

<sup>398</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.49, n°15

<sup>399</sup> F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, Préf. A. Ghozi, Economica, 2008, n°18

<sup>400</sup> F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983, p.263

<sup>401</sup> Sous la limite du sens à attribuer à la volonté en tant que choix d'un aspect de la nature ou comme absolu.

<sup>402</sup> La vérité réside dans la connaissance proportionnée à ce qui est.

135. **Application de l'arbre de Porphyre aux choses.** - Il existe un ensemble de distinctions récurrentes en droit des biens, fondées sur la nature des choses. Partant du plus général, on évoquera la chose comme genre suprême<sup>403</sup>, c'est-à-dire au-dessus duquel il n'y a pas d'autre genre (il n'est plus possible de trouver un élément commun dont il ne serait qu'une espèce). En dessous des choses, dans l'ontologie régionale du droit, les biens tiennent leur place. La différence spécifique qui permet de passer du genre *chose* à l'espèce *bien* est l'appropriation, l'utilité<sup>404</sup>. Par rapport à la sous-catégorie suivante, le bien devient un genre qui peut se subdiviser selon une nouvelle différence formelle : la corporéité. Ainsi, on obtient des biens corporels et des biens incorporels. De là, deux remarques s'imposent. D'une part, l'ordre des genres et espèces est important puisqu'ils sont dans un rapport d'inclusion. Le fait de placer une espèce au-dessus d'un genre dans l'arbre de Porphyre conduit à dire que celle-ci inclut celle-là, ce qui est faux. La répercussion sur les effets est nette. Ce qui est spécifique à une chose se verra appliquer à quelque chose de plus général. Parfois, l'erreur restera invisible car le résultat final coïncidera non de manière essentielle mais uniquement accidentellement. D'autre part, la suite de la structure pose des difficultés. Par exemple, si on pose la commercialité comme différence formelle, on distinguera entre les biens dans le commerce et les biens hors du commerce. Cependant, la commercialité s'assimile davantage à une propriété de la chose sans revêtir à elle seule l'essentiel de la différence spécifique.

136. **Applications de l'arbre de Porphyre aux effets juridiques tirés de la nature des choses.** - Dans la perspective des effets juridiques, l'intérêt est celui de la cohérence du droit positif. Rappelons que le genre est ce qui est commun à plusieurs choses. Le droit positif, au même titre que les autres sciences, cherchant la cohérence et l'harmonie, va appliquer un même régime juridique aux choses selon le principe : aux mêmes causes, les mêmes effets<sup>405</sup>. L'intérêt de déterminer le genre va résider dans l'application d'un même régime juridique

---

<sup>403</sup> On nuancera tout de même les classifications de type arbitraire, celles qui réifient et hiérarchisent de manière univoque. On est cependant parfois contraint de poser les choses pour mieux les comprendre, quitte à les critiquer. Ainsi, mettre la chose en premier peut justifier la contestation de ceux qui, dans un élan idéaliste, placent l'homme ou l'esprit dans une position originaire. Pour une approche de l'idéalisme, cf. S. GOYARD-FABRE, « La chose juridique dans l'idéalisme moderne », in *Les biens et les choses*, APD, t.24, Sirey, 1979, p.151 : « Le statut philosophique de la chose juridique, c'est-à-dire des biens, fongibles ou consommables, dans l'idéalisme moderne [...], appelle, d'entrée de jeu une remarque : jamais la chose juridique n'apparaît comme un donné de la nature. [...] Une chose juridique n'est pas ce donné-à-portée-de-la-main (*das Vorhandene*), qui, au dire de Heidegger, est une chose naturelle. »

<sup>404</sup> *Supra* n° 130

<sup>405</sup> D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. 1, Préf. H. Muir Watt, PUAM, 2001, p.30 : « Le bien, au sens moral ou religieux du terme, est consubstantiel à la cohérence » ; comp. H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p.441 et s.

commun. On ne saurait établir une liste exhaustive de l'intégration de ce principe tant il est diffus dans le droit positif. Il suffit de constater, dans tous les domaines du droit, la distinction entre le régime général et les régimes spéciaux. Il y a bien recherche d'une cohérence fondée sur les genres et espèces, c'est-à-dire sur la nature des choses, et ce dans l'ontologie régionale du droit. Il ne s'agit de rien d'autre qu'une émanation d'une structure argumentative de type logique et fortement complémentaire d'une approche jusnaturaliste. Consécutivement, on peut affirmer sans se contredire, que des causes différentes produisent des effets différents<sup>406</sup>. C'est ce qui conduit à faire de la différence formelle le point d'appui d'effets juridiques spécifiques. Par exemple, le bien corporel peut être consommable ou fongible, alors que les biens incorporels ne sont pas soumis à ces spécificités. Le régime juridique des biens corporels et incorporels est commun en tant qu'ils sont biens mais diverge en tant qu'ils se spécifient différemment.

**137. La querelle des universaux appliquée aux espèces et genres du droit.** - La querelle des universaux a traversé une grande partie du Moyen-Age. Elle consistait à déterminer le statut des choses qui se disent de plusieurs, à savoir les genres et les espèces. Selon les propos de Porphyre dans l'*Isagoge*, la question est de savoir si les genres et les espèces sont 1° des réalités subsistantes en elles-mêmes ou seulement de simples conceptions de l'esprit, 2° corporels ou incorporels, 3° séparés ou ne subsistent que dans les choses sensibles<sup>407</sup>. Cette problématique s'est promenée tout au long du Moyen-Age avec Amonius, Elias, David et Simplicius puis Avicenne, jusqu'à la confrontation entre les traditions d'Oxford et de Paris. L'arbre de Porphyre ne suffit pas à caractériser une présence jusnaturaliste. Il faut déterminer la signification sous-jacente de la nature qui s'intègre à cet ordre, sans quoi il n'y aurait qu'un rapport de coïncidence contingente. Sans préjuger d'une réponse, c'est par le biais de l'idée d'« être » qu'il est possible d'éclaircir cet aspect.

**138. Le rapport entre l'essence (à travers l'espèce et le genre) et les effets.** - Si l'on reprend la hiérarchie des choses exposées ci-dessus, plusieurs remarques sont nécessaires pour éviter les malentendus. Tout d'abord, la différence spécifique doit revêtir le caractère de la nécessité. Lorsqu'on pose l'appropriation comme différence formelle, on présume qu'elle est nécessaire. Or on en revient à la relativité de la nécessité. Ce qui hier n'était pas

---

<sup>406</sup> En tout cas de manière essentielle. D'un point de vue accidentel, des causes différentes peuvent aboutir à un même effet.

<sup>407</sup> A. DE LIBERA, *La querelle des universaux*, Seuil, 1996 ; voir également dans une approche commune, C. ERISMANN, *L'homme commun. La genèse du réalisme ontologique durant le haut Moyen-Age*, Vrin, 2011

appropriable le devient aujourd'hui<sup>408</sup>. Dans le cadre du droit, l'homme doit tenir compte d'une nécessité en fonction de sa propre mesure. L'appropriation, même si elle est évolutive, revêt suffisamment de nécessité, au regard de l'homme, pour être appréciée comme une différence formelle. Cet état lui confère une pertinence dans l'arbre de Porphyre. A défaut de vérité, il faut se contenter de la validité.

## *B. LA DETERMINATION DE LA NATURE*

### 1. Les êtres vivants

#### a. Le corps humain, ses éléments, ses produits

139. **Distinction entre ce qui relève de la nature et ce qui relève de la personne.** - La nature s'attache aux propriétés communes que possèdent les choses. La personne renvoie également à ce qui est commun mais cette communauté n'absorbe pas la singularité de l'individu en tant que Tout Autre<sup>409</sup>. Selon la nature, l'homme est un animal raisonnable, politique, ou encore capable de rire. On cherche la différence spécifique qui le distingue du genre supérieur qu'est l'animal<sup>410</sup>. Dans les formules du droit positif, on retrouve ces deux aspects. Lorsque le législateur évoque la protection de l'« espèce » humaine, il emploie un langage logique de portée ontologique et rattachable à la nature donc au jusnaturalisme. Il ne faut cependant pas oublier que ces rapports d'identité ont des limites. Le droit positif ne s'y trompe pas. Il ne s'arrête pas à une protection de l'espèce, il ne protège pas uniquement l'« humanité », il protège également les personnes prises dans leur individualité.

140. **La protection juridique de la personne humaine.** - L'article 16 du Code civil pose le principe général de protection de la personne : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Transposé au domaine patrimonial, on obtient l'article 16-1 du Code civil qui dispose que : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit

---

<sup>408</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, op. cit., p.27, n°8

<sup>409</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, éd. Bière, 2001, p.169-200

<sup>410</sup> On remarque que si on qualifie souvent la nature de l'homme comme « animal raisonnable », la théologie préfère employer l'expression de « substance individuelle raisonnable ».

patrimonial »<sup>411</sup>. La liberté et la volonté humaine ne peuvent en décider autrement<sup>412</sup>. Il est traditionnellement soutenu que ce qui relève de la personne est incessible, intransmissible et insaisissable. En cela, le droit des personnes se distingue du droit des biens lesquelles sont cessibles, transmissibles, et saisissables. Pourtant, cette distinction a pu être critiquée par la rigueur qu'elle imposait et sa distance avec les pratiques des individus<sup>413</sup>, qu'elles soient immorales, esthétiques ou altruistes. On pense notamment aux cas de la prostitution, des tatouages ou des dons d'organes. De même, d'un point de vue théorique, les restrictions sont contestables en tant qu'elles ne distinguent pas. Certes, elles ont la vertu de tenir compte de l'unité de la personne, mais c'est oublier que la personne ne s'aliène pas systématiquement dans chacun de ses actes. Sous l'angle jusnaturaliste (non exclusif de la personne), ce qui importe c'est l'identité de la personne. Tant que la personne n'aliène pas son identité, elle continue à être ce qu'elle est. Tel n'est pas le cas de l'acte par lequel l'homme nierait sa propre nature pour satisfaire un quelconque dessein. Ainsi, la volonté d'aboutir à une fin ne doit pas autoriser tous les moyens. L'identité de la personne ne s'analyse pas une fois le résultat atteint, elle s'insère également dans les moyens propres à atteindre la fin désignée. Les principes étant posés, il reste à définir ce qui va à l'encontre de l'identité de la personne c'est-à-dire de sa nature. C'est par la reconsidération du sens des mots et des liens sous-jacents qui les accompagnent que l'on peut découvrir ce qui va à l'encontre de la nature de l'homme<sup>414</sup>.

**141. Les périodes antérieures à la naissance et postérieures à la vie.** - La difficulté éprouvée par le droit positif à poser des frontières, complétée par sa tendance à en poser partout, se retrouve dans la détermination de l'être humain. La protection de l'être humain est d'autant plus importante qu'elle bénéficie de la personnalité juridique, c'est-à-dire de l'aptitude à être titulaire de droits et débiteur d'obligations. La personne est ainsi protégée par un ensemble structuré de droits subjectifs, reconnus et sanctionnés par le droit objectif. Cette personnalité est attribuée à l'enfant né vivant et viable (pourvu des organes nécessaires à la vie). Pourtant, la question se pose de la pertinence de la naissance comme frontière posée par le droit positif. Selon une argumentation jusnaturaliste, cette frontière est critiquable. En effet,

---

<sup>411</sup> J.-G. GALLOUX, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français », *Cahier du droit*, 1989, p.1015

<sup>412</sup> CE, 27 oct. 1995, *D.* 1996. 177, note Lebreton

<sup>413</sup> N. MOLFESSIS, « Le respect de la dignité de la personne humaine en droit civil », in *Le respect de la dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p.107 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n°380

<sup>414</sup> *Supra* n° 49



ce qui implique un régime juridique différent, c'est la différence spécifique. Or, il n'y a pas de différence spécifique entre l'enfant à naître et l'enfant sorti du ventre de la mère. Le moment de la naissance ne modifie pas, en soi, la nature de l'enfant. L'établissement d'une règle à partir d'une donnée contingente est susceptible de critique. Le cas du cadavre est moins problématique. Il n'est plus un être humain au plein sens du terme. Reprenant l'arbre de Porphyre, on compte l'individu tout en bas, puis en remontant, on a l'homme, l'animal et le végétal, les choses vivantes et les choses non vivantes. Le cadavre, étant une chose non vivante, n'est plus à la même place car il ne possède plus la différence spécifique nécessaire. Il devient une chose inerte et bénéficie du régime des biens. Le souvenir de sa différence spécifique, et plus encore de son ancien statut de personne, impose tout de même des particularités dans le régime juridique qui est le sien<sup>415</sup>.

142. **Une protection de l'état de la personne.** - Sous l'angle extra-patrimonial, la protection de la personne emporte celle de son nom, de son image, de sa vie privée, de son honneur ou de ses productions intellectuelles. Ce sont là une partie des émanations de la personne, relevant de son identité. Procédant par catégorisation et justifiant de certaines conséquences juridiques, l'intégration de ces aspects dans la catégorie extra-patrimoniale pose difficulté d'un point de vue jusnaturaliste car le critère pécuniaire de différenciation ne remplit pas parfaitement son rôle<sup>416</sup> d'où une imperfection de la distinction dont les effets juridiques peuvent être substantiels. Une référence à la nature comme critère de rationalisation semble nécessaire même s'il marque lui-même ses limites par rapport à la notion de personne qui la dépasse parce qu'elle ne regarde pas uniquement l'homme dans la limite de ses propriétés communes.

#### b. Les animaux

143. **Le régime juridique incohérent de l'animal.** - La protection de l'animal résulte d'une suite de législation toujours plus intervenante. La loi Grammont de 1850 constitue un premier pas dont le centre de gravitation se trouve davantage du côté de l'homme dès lors

---

<sup>415</sup> L. DUBOUIS, « Autopsie. Licéité du prélèvement d'organe à fin d'autopsie malgré l'opposition du défunt ou de la famille », *RDSS* 2000, p.727 ; J. HAUSER, « La mort en ce jardin ! », *RTD civ.* 2009, p.501 ; G. LOISEAU, « De respectables cadavres : les morts ne s'exposent pas à des fins commerciales », *D.* 2010, p.2750 ; B. EDELMAN, « Entre le corps - objet profane - et le cadavre - objet sacré », *D.* 2010, p.2754

<sup>416</sup> *Infra* n° 147

qu'elle tendait à protéger la « sensibilité humaine » face aux violences faites aux animaux<sup>417</sup>. Son abrogation par le décret du 7 septembre 1959 ouvrait une protection accrue tout comme les lois suivantes. La loi de 1976 lui reconnaît une nature « d'être sensible »<sup>418</sup>. La dissonance qu'entretient le Code civil (art. 524 et 525 du C.civ.) par sa qualification de meuble ou d'immeuble par destination révèle un décalage entre la réalité de l'animal et son statut. Considérer l'animal comme un bien, c'est réduire sa nature en ciblant uniquement sa fonction économique. Il est certain que l'animal ne possède pas la personnalité juridique<sup>419</sup>. Seul le droit objectif le protège. L'étude des règles protectrices des animaux révèle une disparité importante selon les animaux concernés. Entre les espèces protégées, les animaux errants, les animaux nécessaires à certaines personnes (chien d'aveugle) ou les périodes de chasse, leur atteinte n'emportera pas les mêmes conséquences. L'absence de détermination plus précise de leur nature n'y est pas étrangère.

## 2. Les choses en général

144. **La dualité de l'expression de « nature des choses ».** - Lorsqu'on évoque la nature des choses, on s'interroge sur la nature de ce *bien-ci* (une table) ou de ce *bien-là* (une maison) qui sont des choses. On peut étendre la recherche à la nature de la propriété ou de l'usufruit qui sont également compréhensibles par le biais des choses. En ce sens, on engage une étude de la nature des choses par laquelle chacune est découverte dans son identité<sup>420</sup>. Mais on oublie d'étudier la notion de *chose* elle-même, en préjugant que tout est chose. Il existe une présupposition non décelée qui peut structurer d'avance un certain type de réponses et brouiller les pistes quant aux solutions à apporter. La présupposition de la chose emporte l'acceptation implicite d'une stabilité de l'objet visé ne serait-ce que pour en permettre la connaissance. Pourtant les choses subissent une indétermination chronique. Trois approches permettent d'illustrer cette situation<sup>421</sup>. Tout d'abord, les propriétés des choses ne suffisent pas à expliciter la nature car une relativité les enserre. Une chose grandit, vieillit, diminue. Ensuite, le degré d'être porte atteinte à la détermination car la propriété est révélée comme relative. Une grande chose sera petite par rapport à une chose encore plus grande. Enfin, la

---

<sup>417</sup> S. ANTOINE, « Le droit de l'animal : évolution et perspectives », *D.* 1996, p.126 ; R. LIBCHABER, « La souffrance et les droits. A propos d'un statut de l'animal », *D.* 2014, n° 6, p.380

<sup>418</sup> S. ANTOINE, *op. cit.*, p.127

<sup>419</sup> J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, chr., p.205

<sup>420</sup> Sur le lien entre les propriétés d'une chose qui justifient sa qualification, F. TERRE, *Le rôle de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, LGDJ, 1957, n°361-389

<sup>421</sup> V. DESCOMBES, *Le platonisme*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 2007, p.64 et suiv. : nous reprenons la structure et les exemples de l'auteur.

pluralité des propriétés d'une chose implique la difficulté d'en saisir le sens dans une expression simple. La composition de la chose conduit à affirmer sa grandeur mais également d'autres propriétés. Ces trois éléments atténuent toute possibilité de connaître la nature exacte des choses. La chose est en perpétuel devenir<sup>422</sup>. La prise en compte de ses résultats dans le cadre du droit naturel explique en quoi il n'est pas un droit idéal. L'argumentation jusnaturaliste est une méthode propre à mettre à jour ces présupposés du droit.

145. **La connaissance des choses.** - L'indétermination des choses conduit à empêcher toute possibilité d'une connaissance exhaustive et actuelle. Le jugement devient le mode prioritaire d'expression de la nature des choses à partir d'une évaluation des choses selon une mesure. Dès lors que la nature d'une chose n'est pas entièrement accessible, on ne peut « qu'évaluer le degré de sa ressemblance avec un type »<sup>423</sup>.

## § 2. LA NATURE INCERTAINE DES CHOSES INCORPORELLES

### A. LES BIENS ARTISTIQUES, LITTÉRAIRES ET INDUSTRIELS IMMATERIELS

146. **Nuance quant à l'opposition entre nature et culture.** - La littérature relative à l'opposition entre la culture et la nature est prolifique<sup>424</sup>. Pourtant, on ne saurait présenter les choses d'une telle manière, c'est-à-dire en divisant. La distinction semble plus appropriée en ce qu'elle maintient l'unité réelle de ce qui ne se divise qu'intentionnellement (*i.e.* dans l'esprit). La culture se rattache à l'humanité sans pouvoir la séparer de la nature de l'homme. Les productions intellectuelles ou artistiques humaines relèvent autant de la nature que de la culture. Il est certain qu'un discours partant de présupposés tels qu'une réification de la nature

---

<sup>422</sup> J. MOREAU, *Réalisme et idéalisme...*, *op. cit.*, p.52-53 : « Ce que nous appelons feu, l'instant d'après sera devenu de l'air, de l'eau ou de la terre. [...] Pour bien parler, il faudrait dire non pas : *ceci* est du feu, mais ce qui est *tel* est du feu ; non pas ce *sujet*, mais cette *espèce* est du feu. [...] On ne saurait désigner le sujet sensible davantage par les termes de *ceci* ou de *cela*, ou de *quelque chose*. [...] Les termes indéfinis de *ceci* ou de *cela* ne peuvent donc s'appliquer proprement qu'au substrat, absolument déterminé ».

<sup>423</sup> V. DESCOMBES, *Le platonisme*, *op. cit.*, p.22

<sup>424</sup> Pour une approche qui tend à la division, D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, La Découverte, 4<sup>e</sup> éd., 2010, p.6 : « La notion de culture se révèle [...] l'outil adéquat pour en finir avec les explications naturalisantes des comportements humains », « Rien n'est purement naturel chez l'homme ».

et de la culture conduit vraisemblablement à les considérer séparément. Mais il s'agit là d'une déformation critiquable.

147. **Les critères des biens artistiques, littéraires et industriels.** - On a pu lire : « l'originalité constitue l'âme de l'œuvre, la forme étant son corps »<sup>425</sup>. De cette formule résulte deux conditions, l'une liant la chose à une personne, l'autre lui octroyant, dans une certaine mesure, son individualité. La nature de ces biens est difficile à déterminer puisqu'elle requiert, en l'état du droit actuel, « l'empreinte de la personnalité » de l'auteur<sup>426</sup>. Il ne faut pas adopter une démarche psychologisante, c'est-à-dire apprécier l'état d'esprit de celui qui se dit créateur, pour déterminer la part d'originalité. De même, une lecture idéaliste des notions d'originalité et de nouveauté conduirait à étendre démesurément le champ des créations sans pour autant correspondre à une réalité effective. La création doit s'apprécier selon le réalisme du sujet créateur. Pour P.-Y. Gauthier, la création est : « celle qui est relativement nouvelle, par rapport aux œuvres préexistantes du même genre »<sup>427</sup>. L'utilisation du terme *genre*, recadré dans l'arbre de Porphyre permet de montrer ce retour à des choses connues mais dont l'homme-artiste octroie une différence spécifique (attachée à sa personne même) propre à faire naître l'originalité d'une nouvelle nature. Selon le critère de la différence spécifique ouvrant à une nouvelle espèce, on peut déterminer ce qui est original et nouveau. Pourtant, l'étude de la jurisprudence montre que le critère de la différence spécifique ne couvre pas tout ce qui est qualifié d'original. En effet, il peut y avoir originalité dans l'utilisation spécifique d'une chose. Autrement dit, les différents modes d'être d'une chose peuvent générer l'originalité. Les conséquences sont fondamentales car on entre dans une appréciation, non plus de ce qui est nécessaire mais de ce qui est relatif. Relatif à quoi ? Relatif à un contexte casuel. L'appréciation subjective, renvoyant au psychologisme, peut facilement se frayer un chemin comme instrument de détermination de la nouveauté et de l'originalité. Il vaut mieux en rester au réalisme dans la considération de l'originalité. Les tribunaux ont ainsi pu refuser de considérer comme originale une œuvre, alors que celle-ci avait été reconnue comme telle par les parties au contrat<sup>428</sup>. Plus encore, la question des œuvres issues de personnes atteintes d'altérations des facultés mentales est en question. Peut-il y avoir véritablement œuvre dans

---

<sup>425</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2012, p.46 ; sur le rapport entre art et droit naturel, cf. P.-Y. GAUTIER, « L'art et le droit naturel », in *Droit et esthétique*, APD, t. 40, Sirey, 1996, p.207-218

<sup>426</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p.46 ; CJCE 16 juill 2009, « Infopaq », Com, Com. Elec., 2009, n°97, note C. Caron, §45

<sup>427</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p.48, n°36

<sup>428</sup> M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p.120

ce cas ? Le réalisme qui voit l'unité de la personne tendrait à répondre par l'affirmative. Parfois, lorsque l'esprit ne peut s'exprimer dans toutes ses possibilités, c'est le corps, dans son activité vivante qui prend le relais. M. Vivant et J.-M. Bruguère justifient cette position : « Il ne s'agit pas de savoir si la personne est juridiquement capable. Il s'agit de savoir si elle a [...] la capacité de créer au sens de produire ce qui va être reconnu comme une œuvre et en l'occurrence une œuvre d'art. Or tel est bien le cas. L'œuvre en quelque sorte révèle ici l'artiste. Sauf à nier son humanité, on ne saurait prétendre que l'amoindrissement de ses facultés mentales le rend incapable de percevoir le geste qui est le sien »<sup>429</sup>.

148. **Extension et restriction de la portée du concept d'œuvre.** - Le concept d'œuvre est extensif. On peut lui donner une portée plus ou moins grande qui distinguera entre ce qui est une œuvre et ce qui n'en n'est pas une. Cette portée est déterminée par les divers éléments qui le constituent. On peut évoquer l'originalité, la banalité, la nouveauté, la création. La présence de ces éléments, inhérents au concept d'œuvre, permet de dire que telle chose est une œuvre si elle répond à ces critères. Ces éléments sont également des concepts dont l'extension peut être plus ou moins grande. En effet, l'originalité, la banalité, la nouveauté, la création dépendent de présupposés qui établissent leurs domaines. On pourrait continuer ce processus d'inclusion des concepts les uns dans les autres mais il est possible de s'arrêter dès le premier niveau sans risquer une analyse stérile pour autant. En effet, ces concepts (originalité, banalité, nouveauté, création, savoir-faire) prennent tous part dans la définition de l'œuvre mais peuvent être appréciés différemment. Ils n'en prennent pas part indépendamment les uns des autres mais dans les rapports de leur unité.

149. **Les « catégories » des créations.** - Le problème majeur des biens littéraires, artistiques et industriels se situe dans l'établissement des frontières entre ce qui mérite d'être protégé et ce qui ne nécessite pas de protection. Pour les œuvres intellectuelles dont la matérialisation est aisée (par papier), la difficulté réside dans l'appropriation aisée du bien d'autrui. Pour les œuvres vivantes, la détermination est encore plus difficile et son appropriation, de ce fait, est ambiguë. Certaines créations, véritables œuvres, sont exclues des protections du droit d'auteur. Tel est le cas des lois et décisions de justice<sup>430</sup>. D'un point de vue jusnaturaliste, le passage par des catégories est insuffisant et trop abstrait face à la particularité des œuvres. Chaque création doit être regardée en elle-même, quoique des

---

<sup>429</sup> *Ibid.*, p.123-124, n°106

<sup>430</sup> P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2012, p.84, n°71

rattachements soient toujours possibles. Le droit positif, répondant à des contraintes de prévisibilité, doit utiliser ces catégories afin de clarifier le régime de ces créations.

150. **Un régime juridique spécifique.** - Les droits relatifs aux œuvres sont proches des droits réels par le pouvoir qu'ils attribuent au titulaire. Mais on y joint un droit pécuniaire et un droit moral, représentant les parties patrimoniale et extrapatrimoniale de l'œuvre selon un parallélisme avec le sujet de droit. En conséquence, les prérogatives du titulaire seront conditionnées par la destination déterminée par l'auteur. Il s'agit d'un droit retenu<sup>431</sup>. Cette particularité va rejaillir sur le droit de reproduction et le droit de représentation.

### *B. LE FONDS DE COMMERCE ET LA CLIENTELE*

151. **Application aux biens incorporels : le cas du fonds de commerce.** - Au premier regard, les caractéristiques physiques entraînent souvent une conséquence juridique comme le prouve la consomptibilité. Mais la difficulté se révèle particulièrement avec les choses incorporelles. Tel est le cas du fonds de commerce dont la qualification pose le problème de sa validité par rapport à un contenu disparate. Plusieurs théories se distinguent dans la justification de sa nature et expliquent une différence de régime possible<sup>432</sup>. Au-delà de ces aspects, de nouvelles questions se posent notamment avec l'émergence des franchises qui renouvellent le débat.

152. **Le fonds de commerce comme universalité de fait.** - Tout d'abord, la variété du contenu du fonds de commerce (matériel, marchandises, clientèle, droit au bail, nom commercial, enseigne) intégrant des biens corporels et incorporels, ainsi que l'unité globale de ses éléments, a conduit à la thèse de l'universalité de fait<sup>433</sup> au regard de l'affectation commune de ces biens. Cette universalité se distingue des éléments qui la composent et explique la fongibilité de ses éléments<sup>434</sup>. Cependant, il s'agit davantage d'une constatation que d'une explication<sup>435</sup>. L'universalité implique que la nature du fonds de commerce n'est pas identique à la nature des éléments qui la composent : la présence de biens corporels, comme le matériel, tranche avec la qualification de bien mobilier incorporel du fonds. Certes,

---

<sup>431</sup> *Ibid.*, p.256, n°241

<sup>432</sup> J. DERRUPPE, « Fonds de commerce », Rép. com. Dalloz, 1998, p.21, n°153

<sup>433</sup> C'est cette thèse que la jurisprudence a retenue. Comp. J. et E. ESCARRA, J. RAULT, *Principes de droit commercial*, t.1, Sirey, 1934, n°467 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 12<sup>e</sup> éd., 2012, n°160

<sup>434</sup> J. DERRUPPE, « Fonds de commerce », Rép. com. Dalloz, 1998, p.21, n°155

<sup>435</sup> M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p.239, n°299

l'universalité de fait n'est pas une catégorie du droit mais il faut préciser le sens du mot « propre » lorsqu'on dit que le fonds de commerce « ne commande aucun régime propre »<sup>436</sup>. Si on prend le mot « propre » dans le sens qui est le sien au sein des prédicables, on peut justifier des effets juridiques spécifiques à raison de la spécificité de la chose elle-même, en tant que son essence oppose une résistance, vectorisée techniquement par le principe d'identité et la compatibilité entre les espèces et les individus. Autrement dit, il y a bien un régime propre, non au sens d'effets juridiques imputés légalement, mais au sens où le respect de la nature du fonds de commerce et de son identité, nécessite la prise en compte de ce qui le fait être ce qu'il est<sup>437</sup>. Concrètement, la conséquence principale réside, d'une part, à travers l'unité de la notion, dans l'application d'un régime particulier au fonds, distinct de la nature de ses éléments. D'autre part, l'universalité qui se maintient hors des éléments de son contenu permet leur fongibilité.

**153. Le fonds de commerce comme universalité de droit.** - Cette thèse fait intervenir la notion de patrimoine d'affectation, c'est-à-dire un patrimoine distinct et autonome du patrimoine de la personne, principalement concernant les rapports de l'actif et du passif. Valéry a été l'un des tenants de cette thèse<sup>438</sup>. P. Chauveau évoquait aussi cette idée à l'occasion de décisions de justice et en comparaison avec la condition des navires<sup>439</sup>. L'évolution du droit à travers les lois Madelin (1994), Dutreil (2003), LME (2008) et la loi relative à l'EIRL (2010) a vu apparaître progressivement une séparation de certains biens. Cette position est malgré tout contestée<sup>440</sup>.

**154. Le fonds de commerce comme propriété incorporelle.** - L. Vogel voit dans la propriété du fonds de commerce un « droit de clientèle »<sup>441</sup>. Il est vrai que la clientèle est au

---

<sup>436</sup> *Ibid.*

<sup>437</sup> On nuancera l'application d'un régime commun aux éléments composants le fonds de commerce, et qui gardent parfois leur individualité, d'où l'expression d'« universalité relative » employée par O. BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001, p.19, n°30

<sup>438</sup> J. VALÉRY, *Maison de commerce et fonds de commerce*, Paris, Rousseau, 1903

<sup>439</sup> P. CHAUX, « Le fonds de commerce - Patrimoine d'affectation ? Propos sur le contrat de gérance libre », *DH* 1939, n°20, chr. X, p.37

<sup>440</sup> D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 20<sup>e</sup> éd., 2012, n°160 ; L. VOGEL, *Traité de droit des affaires*, t. I, LGDJ, 19<sup>e</sup> éd., 2010, p.396, n°440

<sup>441</sup> L. VOGEL, *Traité de droit des affaires*, t. I, LGDJ, 19<sup>e</sup> éd., 2010, p.398, n°441 : « Le commerçant n'a pas le droit exclusif d'exploiter une clientèle puisqu'il n'a pas de monopole et qu'il est toujours exposé à voir la clientèle se détourner de lui. Mais en fait, il détient des éléments qui lui permettent de compter sur le maintien d'une clientèle et éventuellement sur son développement. Il lui suffit de conserver ces éléments ou de les transmettre pour maintenir ou pour céder la clientèle. »

cœur du fonds de commerce<sup>442</sup>. Il faut préciser la mesure de ce droit en indiquant que le commerçant n'a des droits que sur les éléments qu'il met en œuvre pour réunir sa clientèle et sur la façon dont il les met en œuvre<sup>443</sup>.

155. **Incertitudes sur la nature de la clientèle.** - Si on s'en tient à la formule de G. Ripert « la clientèle c'est le fonds »<sup>444</sup>. L'argumentation de type jusnaturaliste analysera le propos en termes d'identité. Sous cet angle, on nuancera la formule. La loi du 17 mars 1909 relative à la vente du fonds, suivie par la jurisprudence, voit dans la clientèle un des éléments du fonds de commerce. Une deuxième tendance décèle dans la clientèle un « élément consubstantiel au fonds de commerce »<sup>445</sup> (Barret), « un but en vue duquel le fonds est organisé, comme une qualité, comme une résultante... mais jamais comme un élément autonome du fonds de commerce » (Thibierge)<sup>446</sup>. La jurisprudence a eu l'occasion de répondre à un ensemble de questions visant à préciser la nature de la clientèle. Les points problématiques sont nombreux et touchent tout d'abord à l'existence de la clientèle et du fonds de commerce incidemment. A quel moment apparaît la clientèle ? A quel moment disparaît-elle ? La clientèle peut-elle subsister ? Autant de questions dont les réponses découlent de la nature de la clientèle. La jurisprudence impose une clientèle « réelle et certaine »<sup>447</sup>, et ne se contente pas de « potentialité », de « puissance », de « virtualité » ou encore de clientèle « hypothétique ». La terminologie employée est fondamentale en ce qu'elle véhicule l'idée d'une réalité non palpable. Or, cette absence de matérialité, immédiate en tout cas, rend difficile la possibilité d'établir ce qui relève ou non du réel. C'est le problème récurrent du jusnaturalisme que de se soumettre à une réalité<sup>448</sup> qui dépasse l'apparence. Pour ce faire, le langage de l'acte et de la puissance est utilisé en droit naturel<sup>449</sup>. Autrement dit, il s'agit de savoir à partir de quand il y a passage de la puissance à l'acte.

<sup>442</sup> P. CHAUVEAU, *op. cit.*, n°20, chr. X, p.40 : « A la différence d'un bien ordinaire qui se peut conserver longtemps sans être utilisé, le fonds de commerce, dont l'élément essentiel est la clientèle, a besoin d'être constamment exploité, faute de quoi il dépérit et disparaît »

<sup>443</sup> M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p.239, n°300

<sup>444</sup> G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7<sup>e</sup> éd. par Roblot, t.1, 1972, n°526

<sup>445</sup> O. BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001, p.14, n°15

<sup>446</sup> THIBIERGE, Rapport de conclusion au 60<sup>e</sup> Congrès des Notaires de France, Le statut juridique du Fonds de commerce, 1962, p.639 et RTD com. 1962.605 ; J. et E. ESCARRA, J. RAULT, *Principes de droit commercial*, t.1, Sirey, 1934, n°436

<sup>447</sup> Cass. com., 27 février 1973, 2<sup>e</sup> esp., Dalloz, 1974, 283, note J. Derruppé

<sup>448</sup> On utilisera le mot *réalité* en visant l'être de manière générale.

<sup>449</sup> P. GRENET, *Le thomisme*, *op. cit.*, p.29 : « La puissance n'est qu'un réel non-être, puisqu'elle n'est qu'un négateur-récepteur de l'acte. Or ce qui n'est que capable de recevoir un acte ne peut suffire à le faire apparaître. Donc pour que l'acte nouveau apparaisse dans la puissance permanente, il faut l'intervention d'un déterminant extrinsèque (cause efficiente). Mais celui-ci ne passe à l'action que dans la mesure où le résultat futur de son action exerce sur lui une attraction (= cause finale).



156. **L'existence de la clientèle.** - Plusieurs hypothèses divergentes ont permis de situer le moment d'existence de la clientèle. Celle-ci peut exister soit avant l'ouverture, soit au moment de l'ouverture, soit enfin, après l'ouverture. Le choix de l'une ou l'autre solution dépend de la nature de la clientèle. En d'autres termes, l'existence de la clientèle dépend de présupposés sous-jacents touchant directement à la réalité même. Plus généralement que la clientèle, c'est, dans un aspect jusnaturaliste, la nature même de la réalité qui pose question. Adaptée à la *réalité* (i.e. à l'ontologie), la troisième hypothèse - celle d'une existence postérieure à l'ouverture - implique que ce qui est, est tel, par une consécration pratique perceptible. Ce dernier est le critère déterminant. La seconde hypothèse - existence au moment de l'ouverture - implique que l'être est ce qu'il est, en acte, par l'interaction possible entre le commerçant et les clients, sans qu'elle n'ait déjà forcément eut lieu. L'être se situe dès lors dans la possibilité de l'action, déterminée par un « point de départ » conventionnellement posé et objectivement justifié. La première hypothèse - existence antérieure à l'ouverture - toujours adaptée à une ontologie, implique que l'être est ce qu'il est, lorsque les éléments sont présents sans pour autant être actuel.

157. **La réalité de la clientèle dépend de présupposés.** - La notion de *réalité* renvoie, toute proportion gardée, à la distinction des universaux *ante rem*, *in re*, *post rem*<sup>450</sup>. Ce dilemme que l'on a problématisé à l'occasion de la clientèle se trouve dans la totalité du droit positif, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si quelque chose est ou n'est pas. On en retrouve la trace dans l'existence ou l'inexistence d'un acte juridique, d'un fait juridique. On aboutit dans ce cas à engager ou non la responsabilité contractuelle ou délictuelle, d'où l'importance de la détermination de ce qu'on appelle *réalité*. Ce terme est souvent employé à la légère car il tend à signifier arbitrairement une chose pourtant sujette à discussion. Un lien est nécessaire avec les différentes lectures de l'être dont la *réalité* subit l'influence. L'indétermination du verbe *être* est également présente dans le mot *réalité*<sup>451</sup>. On dira que telle chose est réelle sans prendre le soin de préciser la part de *réalité* visée. L'éviction de l'argument méréologique (de la partie et du tout) favorise les raccourcis malencontreux.

158. **Solution de type jusnaturaliste au problème de la clientèle.** - Jurisprudentiellement, les décisions ne facilitent pas l'harmonie. Il a été jugé qu'un seul rapport avec un client ne

---

<sup>450</sup> Sur ce point, A. DE LIBERA, *La querelle des universaux*, Seuil, 1996

<sup>451</sup> *Supra* n° 45-46

constituait pas un élément suffisant de nature à parler de fonds de commerce<sup>452</sup>, ni une exploitation de deux mois et demi<sup>453</sup>. Pourtant, la jurisprudence relative aux stations-service a montré l'existence d'un fonds avant même l'ouverture et donc l'exploitation du fonds<sup>454</sup>. Il résulte de ces décisions que la clientèle est un élément essentiel du fonds de commerce mais insuffisant en soi. La nature de la clientèle est correctement exprimée par J. Derrupé : « Une clientèle ne se conçoit pas sans un support matériel ou intellectuel. Il n'y a pas de clientèle en soi mais par un rapport à un objet fourni ou à un service rendu en un lieu déterminé. Il est particulièrement difficile d'imaginer la clientèle d'un commerçant sans un support objectif minimum »<sup>455</sup>. La nature réside davantage dans le rapport réciproque, dans l'intentionnalité, du sujet et de l'objet que dans une chose hypostasiée. La nature du droit naturel est une nature non réifiée<sup>456</sup>. A proprement parler, on devrait privilégier l'expression « droit selon la nature régionale non réifiée des états des choses-dans-le-monde » plutôt que « droit selon la nature des choses ». La remarque se transpose également pour la nature de l'homme.

159. **Le problème du fonds intégré dans un ensemble plus vaste.** - Si la clientèle doit être réelle et certaine, elle doit être personnelle également<sup>457</sup>. La proximité de deux fonds différents peut entraîner une concurrence et une incertitude dans la détermination de l'appartenance de la clientèle. L'état de dépendance d'un commerce par un autre fonds est susceptible de justifier le refus de la qualification de fonds de commerce. Telle a été la solution d'un arrêt connu relatif à l'exploitation d'un lieu de restauration au sein d'un hippodrome. La Cour de cassation a estimé que la condition d'une clientèle personnelle

<sup>452</sup> Trib. Com. Seine, 21 mai 1941, *Gaz. Pal.* 1941.2.68

<sup>453</sup> Bordeaux, 8 juin 1952, JCP, 1954.II.8118, note Cohen ; *RTD. com.* 1954.593, n°11, obs. Jauffret ; comp. J. DERRUPPE, « Fonds de commerce et clientèle », in *Etudes offertes à Alfred Fouillé*, 1974, p.235

<sup>454</sup> Sur la critique subtile de l'arrêt, cf. J. DERRUPPE, « Fonds de commerce et clientèle », in *Etudes offertes à Alfred Fouillé*, 1974, p.239

<sup>455</sup> J. DERRUPPE, *Fonds de commerce et clientèle*, in *Etudes offertes à Alfred Fouillé*, 1974, p.242 ; également : « Le fonds de commerce n'existe en tant que bien susceptible d'appropriation et de cession qui si la clientèle est maintenue par des éléments corporels ou incorporels eux-mêmes susceptibles d'appropriation ou de cession ».

<sup>456</sup> A. DE MURALT, *L'unité...*, *op. cit.*, p.75 : « La philosophie du droit naturel moderne se veut à la fois a priori et empirique, et les distinctions scotistes qu'elle met en œuvre lui permettent de demeurer dans l'ambiguïté nécessaire à un tel propos. Le fait pourtant qu'elle parle d'un « état » de nature est lourd de sens. La tradition théologique médiévale parle de *natura* et de *status naturae* (*status naturae integrae, lapsae*, etc.), mais pour la théologie thomasiennne les « états » sont les modes d'exercice concret qui affectent la nature, laquelle comme telle n'existe pas et n'est en aucun cas un « état » par elle-même. C'est grâce à la distinction *ex natura rei* que Suarez peut distinguer un « état de nature pure », c'est-à-dire faire de la nature pure un « état » par soi de la nature, susceptible d'exister par soi, au moins à titre d'hypothèse de *potentia absoluta dei*. Il est certain que la philosophie politique de l'état de nature et du droit naturel jusqu'à Rousseau est un écho de cette position scotiste de Suarez ».

<sup>457</sup> R. SAVATIER, « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », in *Mél. Maury*, t. 2, Dalloz-Sirey, 1960, p.559

n'était pas suffisamment caractérisée pour octroyer la qualification de fonds de commerce<sup>458</sup>. La jurisprudence a ensuite affiné sa position en précisant que sur l'ensemble de la clientèle, il importait peu que la clientèle soit prépondérante pourvu que soit maintenue la liberté de l'activité commerciale. Tous ces éléments permettent de mettre en valeur, une fois de plus, l'ontologie sous-jacente car le caractère personnel est déterminé, lui aussi, par des présupposés eux-mêmes conditionnés par les différentes manières de dire l'être. On en comprend la portée lorsqu'on distingue le fonds de commerce, de ses composants, dont la clientèle. Les rattachements de la clientèle à un fonds sont multiples car tant matériels qu'incorporels. Dès lors, quel est l'élément déterminant ?

**160. Les effets juridiques d'un fonds de commerce pris comme universalité de fait. -** Les effets dépendent de la nature juridique du fonds de commerce et de la nature juridique des éléments qui le composent. Certes, l'universalité de fait englobe les choses et leur impose un régime commun, mais les spécificités des choses nuancent ce constat à travers un certain nombre d'exceptions. Alors que les biens différant entre eux par leur nature ont un régime différent, ils vont connaître le régime relatif à la nature du fonds de commerce. Concrètement le privilège du vendeur sera soumis à un régime spécial, le nantissement portera sur l'ensemble des biens et non sur chacun d'eux pris isolément. La constitution d'un usufruit est possible sur le fonds. Mais des limites apparaissent par la décomposition du fonds en éléments incorporels, matériel et marchandises pour l'exercice du privilège du vendeur. De même, le nantissement ne portera pas sur les marchandises. Plus encore, la cession du fonds implique le respect des formalités propres à la spécificité des biens. C'est le cas de l'article 1690 du Code civil qui doit s'appliquer pour les cessions de créance<sup>459</sup>. La signification de cette ambiguïté réside dans la notion même d'universalité de fait. Celle-ci n'a pas la « force » de dissoudre parfaitement les éléments qu'il contient d'où un régime général et commun pour ce qui relève de l'accessoire dans les choses, et un régime plus spécifique pour la part irréductible inhérente aux choses. Le fonds de commerce fonctionne comme un *tertium quid*<sup>460</sup>, un dénominateur commun, mais de faible portée car la part commune qui relie les choses reste relative.

---

<sup>458</sup> Ass. Plén., 24 avril 1970, Dalloz, 1970, 381, note R.L. ; JCP 1970, II, 16489, note B. Boccara

<sup>459</sup> J. DERRUPPE, « Fonds de commerce », Rép. com., Dalloz, 1998, p.21

<sup>460</sup> Sur le *tertium quid* comme « dénominateur commun », cf. A. DE MURALT, *L'unité...*, op. cit., p.15-16 : « La matière est [...] déjà acte entitatif avant d'être acte formel. Engagé dans cette voie, Duns Scot se voit obligé de substituer à la notion de relation transcendantale qui, dans l'aristotélisme, exprime l'unité par soi de la matière à la forme, la notion d'un *tertium quid* formel qui assure l'unité d'ordre des entités dont la distinction réelle fonde selon lui la séparation possible. [...] C'est cette doctrine du *tertium quid* métaphysique qu'élaborera la philosophie moderne de Suarez à Leibniz, pour résoudre le problème de l'union des « deux substances » et qui trouvera sa forme ultime dans la dialectique hégélienne ».

**161. Les effets juridiques d'un fonds de commerce pris comme meuble incorporel. -**

L'effet touche d'abord la possession. Elle n'est pas spécifique au fonds de commerce mais à son incorporéité. L'article 2276 du Code civil dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> qu' « en fait de meubles, la possession vaut titre ». De manière plus complète, la maxime s'écrit : en fait de meubles corporels non immatriculés, la possession de bonne foi vaut titre de propriété<sup>461</sup>. L'article 1141 du Code civil, suite de l'article 2276, subit le même sort par une inapplication. Le fonds de commerce sera acquis par la primauté dans la date, non par celle de la possession<sup>462</sup>.

**162. Aspects théorique et pratique de l'argumentation jusnaturaliste. -**

Pour déterminer la nature des actes du droit commercial, il faut répondre à une question : « Le droit commercial est-il le droit des commerçants ou celui des opérations commerciales ? »<sup>463</sup>. Deux conceptions se concurrencent : objective et subjective. L'une s'engage à partir des actes de commerce, l'autre initie son raisonnement à partir des commerçants. Autrement dit, il s'agit de présupposés, eux-mêmes conditionnés par la conception de la *réalité*. Quelle que soit la chose envisagée, le détour par la nature est systématique dans les ouvrages et les études juridiques. Toutes les thèses s'affrontent afin de cibler au mieux la nature des choses. Les arguments employés autour du droit positif renvoient directement ou indirectement aux arguments jusnaturalistes. Le législateur cherche à déterminer la nature des choses car il ne pourrait élaborer un droit s'opposant frontalement à l'identité des choses. L'argumentation jusnaturaliste va plus loin en interrogeant le mot « nature ». C'est, en quelque sorte, la spécificité qui en fait l'originalité. Cette finalité commune justifie la présence jusnaturaliste. Cependant, la dimension théorique du droit naturel peut sembler éloignée et sans incidence sur des solutions fondées davantage sur le pragmatisme, dès lors que la nature des choses conserve toujours des zones d'ombre. La quadripartition des étants (renvoyant à « se dire de » et à « être dans »), la distinction des universaux *ante rem*, *in re* et *post rem*, la différence problématique entre qualité et nature (distinction difficile entre « blanc » et « blancheur »), sont autant de méthodes argumentatives n'apportant pas de réponses immédiates aux problèmes énoncés. Certes, ces arguments proposent des raisonnements alternatifs, mais leurs limites pratiques semblent insurmontables. Leur véritable intérêt se situe de la remise en cause

---

<sup>461</sup> G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p.306

<sup>462</sup> J. DERRUPPE, « Fonds de commerce », Rép. com., Dalloz, 1998, p.22

<sup>463</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2010, n°1

de la portée des notions juridiques. Les raisonnements juridiques permettent de circonscrire des notions à l'intérieur de frontières établies. Les arguments jusnaturalistes, en critiquant ces frontières, modifient l'appréciation des choses. Si le droit positif semble octroyer une portée trop grande ou trop restreinte à une notion, l'argumentation jusnaturaliste permettra d'en éclairer les causes. Si on prend l'exemple de la jurisprudence, une question récurrente est celle de savoir si elle est une autorité ou une source. Sur ce point, de nombreux arguments favorisent chacune des positions. D'un point de vue jusnaturaliste, il s'agira de poser une question première : le droit existe-t-il par lui-même<sup>464</sup> ou est-il créé par le législateur ? Si le droit préexiste, le juge ne fait que le déclarer. Il est une autorité. Au contraire, si le droit est considéré comme une création du législateur, alors toute action du juge visant à énoncer, sous quelque forme que ce soit, une règle, impliquera un statut de source du droit. Les conséquences sont importantes, non tant dans la formulation des règles de droit, que dans leur interprétation générale. La considération d'un juge comme autorité impliquerait une reconsidération des pouvoirs du juge, de la force de l'échange des volontés entre les parties ou encore de la compatibilité des règles de droit. Ce nouveau paradigme serait l'occasion de remettre en cause ce qui est interdit, d'attribuer une force différente à la volonté, de reprendre les solutions admises en cas de conflits de règles. Une démarche similaire est applicable au statut des choses. Il ne s'agit pas de remettre en cause les catégories dans lesquelles s'insèrent les choses en fonction de leur nature, mais de déterminer si des préjugés interprétatifs conditionnent le sens attribué à ces choses. La dominante actuelle en droit français est un subjectivisme sous-jacent par lequel sont interprétées les choses. Le droit romain, adoptant un réalisme, considéraient les choses selon des terminologies parfois proches des nôtres, mais dans un esprit bien différent. Tout l'intérêt des arguments jusnaturalistes est de déceler ces couches interprétatives implicites.

---

<sup>464</sup> Nous caricaturons la forme de la question. Pour être plus rigoureux, il faudrait préparer la formule en renvoyant à certaines notions : analogie, fondement, réalisme, idéalisme, acte, puissance, etc. Nous évoquerons et préciserons ces thèmes à l'occasion d'autres problématiques.

## **CHAPITRE 2. LA QUALIFICATION DES CONCEPTS SELON LA NATURE DES CHOSES**

163. **La nature entre concept et réalité.** - La recherche de la nature des choses s'opère, en premier lieu, sur les choses matérielles car elles offrent une résistance tant intellectuelle que physique. On a vu qu'elle s'étendait également aux choses incorporelles dont l'absence de matérialité ne constitue pas un obstacle. L'interrogation porte désormais sur les concepts. Les concepts sont construits à partir de choses ou des états des choses<sup>465</sup>. Cette assise dans la réalité exclu l'idée d'une abstraction autonomisée. L'abstraction se constitue sur la base d'une chose ou d'un état existant. Les choses ont une nature par lesquelles on élabore des catégories de rattachement. La pertinence des qualifications nécessite une confrontation avec les arguments jusnaturalistes (Section 1). Mais, à l'image des choses incorporelles, des difficultés surviennent lorsqu'il s'agit de déterminer exactement le sens des concepts juridiques (Section 2).

### **SECTION 1. LA NECESSITE D'UN RESPECT DE LA NATURE DANS LES QUALIFICATIONS**

164. **Le droit et l'organisation des choses.** - Dans les relations entre individus, le savoir portant sur la nature des choses n'est pas suffisant. Il faut le compléter par la connaissance des droits et pouvoirs qui les revêtent. Une argumentation jusnaturaliste peut s'engager sur ces droits et pouvoirs afin d'en établir la nature (§ 1). La complexité des rapports juridiques invite, de surcroît, à engager la même opération concernant les modes d'organisation des choses (§ 2).

---

<sup>465</sup> J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », in *La logique du droit, APD*, t.11, Sirey, 1966, p.50

## § 1. LES DIFFERENTS DROITS DONT LA CHOSE EST L'OBJET

165. **Les droits sur les choses.** - Le premier droit reconnu et valorisé par le droit positif est la propriété. L'histoire n'est pas avare de tentatives d'explicitations de la nature de la propriété. Son corollaire pratique est la possession (A). La réduction des droits s'opère notamment avec les figures de l'usufruit et des servitudes (B).

### A. L'ETENDUE DES DROITS SUR UN BIEN

#### 1. La propriété

166. **Présentation.** - Sans chercher l'exhaustivité d'une constatation de l'état du concept de propriété dans le droit, il s'agit plus spécifiquement de relever les points susceptibles d'alimenter une réflexion jusnaturaliste. A ce titre, l'intérêt réside dans l'expression des formes variées prises par la propriété<sup>466</sup>. Ces formes n'ont pas systématiquement la vertu de la clarté. La propriété existait chez les romains même si elle n'était pas parfaitement thématisée juridiquement dès ses débuts. On retrouve également la propriété dans différentes cultures, même antérieures. L'absence de théorisation de la propriété ne l'a pas empêché d'exister dans la pratique<sup>467</sup>. En droit romain ancien, la propriété est d'abord relative et limitée<sup>468</sup>. Puis elle évolue progressivement vers la propriété quiritaire comme « l'ensemble de tous les pouvoirs que l'on peut avoir sur une chose, le pouvoir total sur une chose »<sup>469</sup>. Cette propriété quiritaire, réservée aux quirites - c'est-à-dire les citoyens romains - ne pouvait porter que sur une chose romaine et ne pouvait être transmise que par le mode romain<sup>470</sup>. La progression territoriale de l'empire romain emporte de nouvelles formes du concept de propriété : prétorienne, pérégrine, provinciale<sup>471</sup>. L'émergence de la religion chrétienne modifie également les perceptions en tournant la propriété vers une finalité transcendante<sup>472</sup>. La période médiévale, constituée par les époques franque et féodale, témoigne d'une éclipse

---

<sup>466</sup> R. GONNARD, *La propriété dans la doctrine et dans l'histoire*, LGDJ, 1943 ; F. TERRE, « Esquisse d'une sociologie du droit de propriété », *Ann. Fac. Droit Lille*, 1966, 417

<sup>467</sup> G. CARDASCIA, « Le concept babylonien de la propriété », *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 1959, p.19

<sup>468</sup> J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire..., op. cit.*, p.304 : La « propriété absolue, selon Max Kaser, ne se laisserait pas constater avant les alentours des années 200 avant J.-C. ».

<sup>469</sup> *Ibid.*, p.312

<sup>470</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, p.67

<sup>471</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens, op. cit.*, n° 405 ; J.-L. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire..., op. cit.*, p.336

<sup>472</sup> F. VALLANÇON, *Domaine et propriété, glose sur la Somme Théologique de Saint-Thomas d'Aquin*, ARNT, 1986

partielle du droit romain. La notion de propriété devient floue par rapport aux autres droits réels et à la possession. Elle ne s'exprime pas de la même manière selon qu'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble. Ces caractères d'absoluité, d'exclusivité et de perpétuité perdent de leur force. La propriété prend une dimension particulière parce qu'elle reconfigure les rapports concurrentiels entre les « ayants droit » avec l'existence de propriétés superposées<sup>473</sup>. Le retour du droit romain permet de gagner en précision dans les distinctions (avec la possession, l'usufruit et les servitudes) mais il doit désormais s'adapter à un contexte factuel nécessitant une conformité aux habitudes prises sous l'instance du droit dit barbare (exemple du dédoublement entre le domaine utile et le direct)<sup>474</sup>. De l'Ancien régime à la Révolution, l'individualisme s'installe progressivement pour s'imposer aux 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles. La formule employée à l'article 544 du Code civil illustre la tension de cette force attribuée à la propriété tout en la restreignant du fait des contraintes pratiques relatives aux gestions de l'espace territorial d'un Etat. Employer l'expression « de la manière la plus absolue » pour montrer l'étendue du droit de jouir et de disposer des choses, c'est, paradoxalement, relativiser ce qui ne peut (doit) pas l'être<sup>475</sup>. Un ensemble de limites au droit de propriété ont été instaurées, ce qui réduit son caractère absolu. De même, la théorie de l'abus de droit est apparue comme un moyen de restreindre tous les usages que permettait, en soi, le droit de propriété. Dans le même esprit, la théorie des actes d'émulation était en place dans le droit savant médiéval et repris dans la jurisprudence italienne à la fin du 19<sup>e</sup> siècle<sup>476</sup>. La propriété, telle que l'expose le Code civil et telle qu'elle peut se comprendre dans l'esprit qui est le sien<sup>477</sup>, est d'influence kantienne<sup>478</sup>. La propriété est « l'expression de la subjectivité au sens le plus philosophiquement transcendantaliste [...]. Le droit de propriété s'est alors chargé de diverses connotations qui tiennent toutes à un pouvoir d'action attribué à la nature de l'homme sous l'aspect de sa raison, et il est l'interprète de la liberté morale qui lui est propre »<sup>479</sup>.

167. **Variations sur la propriété.** - *A priori*, la relativité de la notion de propriété devrait s'effacer devant l'analyse historique du droit naturel. Pourtant, les conceptions varient tout

<sup>473</sup> J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire...*, *op. cit.*, p.398, n°301

<sup>474</sup> *Ibid.*, p.400, n°303

<sup>475</sup> G. CORNU, *Droit des biens*, *op. cit.*, p.71

<sup>476</sup> J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire...*, *op. cit.*, p.444, n°324

<sup>477</sup> P. COSTE-FLORET, *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, Sirey, 1935 ; F. TERRE, « L'évolution du droit de propriété depuis le code civil », in *Destin du droit de propriété*, *Droits*, n° 1, 1985, p.33 et suiv.

<sup>478</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Personne, droit et existence*, éd. Bière, 2009, p.122 : « c'est bien sous l'égide d'un intérêt public rattaché à la personne rationnelle et transcendantale du règne des fins kantien que finalement ce droit de propriété nouveau s'est placé ».

<sup>479</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Personne, droit et existence*, éd. Bière, 2009, p.121



autant selon les auteurs. Plus encore, un auteur peut être interprété de différentes manières et réadapté selon de nouveaux contextes. Tel est le cas de Platon à travers l'exposition de sa pensée dans la *République*. On a pu y voir soit une propriété collective, soit une absence de propriété. Le régime politique élaboré dans *Les Lois* est peut-être déjà moins susceptible de mésinterprétation puisque la communauté est plus affirmée, s'étendant même aux épouses et aux enfants, quoique que Platon semble la destiner aux dieux plutôt qu'aux hommes. C'est ainsi qu'il passe à Magnésie qu'il dote d'un régime de propriété privée<sup>480</sup>. La position platonicienne sera critiquée par Aristote notamment sur la liaison entre l'unité de la cité et la diversité des individus. Le néoplatonicien Proclus, empreint de l'idée d'Un, rejettera la critique aristotélicienne au motif que Platon explique, entre autres, les limites de cette communauté à travers la nécessité d'une diversité des professions en fonction de la diversité des individus<sup>481</sup>. La querelle entre Platon et Aristote trouvera un écho jusqu'au 15<sup>e</sup> siècle, à la fin de l'empire byzantin, dans l'opposition entre Gémiste Pléon (néoplatonicien) et Georges Scholarios (aristotélicien). L'émergence progressive du christianisme a également conduit à modifier les conceptions puisque la propriété devait désormais être rattachée à Dieu. Pour saint Thomas, seul Dieu est propriétaire des choses. Mais en tant qu'il les a fourni aux hommes, ces derniers peuvent en user selon une propriété naturelle<sup>482</sup>. L'homme devant se tourner vers Dieu, la question de la propriété privée et de la propriété collective s'est également posée. En principe, l'usage des choses est collectif notamment pour le surplus qui doit être attribué à ceux étant dans le besoin. Mais saint Thomas évoque une *potestas procurendi et dispensandi*, c'est-à-dire un pouvoir de gérer et de dispenser des choses pour des raisons pratiques de vie quotidienne. C'est dans cette limite que la propriété n'est pas contraire au droit naturel. Pour Duns Scot, la propriété n'est pas tant de l'ordre du droit naturel que de l'ordre de la loi positive. Si la communauté des biens avait cours avant le péché originel<sup>483</sup>, la fin de l'état d'innocence a conduit à la constitution de propriétés réglées dans leur répartition, en conformité avec la position augustinienne, par la loi humaine<sup>484</sup>. La réinterprétation de la nature de la propriété se fait au regard du nouveau contexte formé par l'état de nature dont Hobbes est un représentant. Dans l'état de nature, tout individu pouvait s'approprier toute chose selon les nécessités naturelles et le travail qu'il fournit. L'instabilité

<sup>480</sup> P. GARNSEY, *Penser la propriété : de l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, trad. A. Hasnaoui, Les Belles Lettres, 2013

<sup>481</sup> Peter Garnsey rappelle le principe néoplatonicien que « tout est dans tout mais en chacun selon son mode propre ».

<sup>482</sup> J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire..., op. cit.*

<sup>483</sup> J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 1<sup>e</sup> éd., 2002 : « Au sixième jour de la Création, Dieu avait donné tout en commun à tout le genre humain »

<sup>484</sup> M. VILLEY, *La formation ..., op. cit.*, p.210-211

qui résulte de cet état de nature nécessite le contrat social par lequel la propriété sera entre les mains du prince désigné. Ce dernier concédera la propriété aux individus afin qu'ils puissent en tirer les fruits selon une répartition favorisant la sécurité.

168. **La propriété comme chose ou comme état de chose.** - Etudier la nature de la propriété tend, formulée d'une telle façon, à considérer la propriété comme une chose. Or, c'est un enfermement dans un présupposé. Ce qui fait face à l'homme n'est pas tant la propriété que la *chose appropriée*. Il s'agit davantage d'un état de chose que d'une chose. Toute analyse occultant cet aspect prédétermine, par avance et plus ou moins consciemment, un certain type de réponses à l'exclusion d'autres solutions. Le concept de propriété résulte de la structuration intellectuelle d'une multitude de formes de relations qu'entretiennent les personnes avec les choses. La récurrence d'un mode d'appropriation exclusif fait émerger la propriété. En tant que cette nature est extraite des choses, on dira qu'elle représente l'idée de propriété dans une optique platonicienne, ou qu'elle est conceptualisée dans une approche aristotélicienne. Que l'on opte pour l'une ou l'autre position, peu importe en un sens, pourvu qu'on cible clairement la portée de l'abstraction.

169. **La relativité de la propriété.** - La notion d'abstraction est susceptible d'une intensité variable. Le concept de propriété peut être considéré selon une abstraction forte ou faible. On est conduit à affirmer la relativité de la notion ou de ses caractères<sup>485</sup>. Les études historiques et doctrinales appuient ce constat. Les conceptions jusnaturalistes, qui devraient être unifiées, répondent à la même diversité de positions concurrentes. Cette relativité se justifie de deux manières. D'une part, la définition de la propriété est en cause. D'autre part, les présupposés liés à la nature expliquent ce phénomène. Concernant la définition, c'est sa structure qui commande le raisonnement. Dès lors qu'elle se constitue comme un genre auquel on adjoint une différence spécifique (exemple : la propriété est un droit exclusif), on trouve deux concepts pour définir une chose : le concept signifié par le genre (droit) et le concept signifié par la différence spécifique (exclusif). Le sens de chacun de ces concepts étant à déterminer, il en résulte que la chose à définir (la propriété) dépendra de la signification des concepts qui la constituent. Si l'on tente de définir ce qu'est un *droit* et ce que veut dire *exclusif*, on est entraîné dans un mouvement analogue de définition. La relativité de la propriété s'explique par la portée accordée aux concepts qui la signifient. Selon que l'on incline vers un sens

---

<sup>485</sup> J. BONNECASE, *Précis de droit civil*, t.3, Paris, 1935, p.44, n°58

restreint ou élargit des concepts de la définition, on obtiendra une portée plus ou moins large de la propriété. Il faut cependant préciser que cette relativité porte non sur la propriété elle-même mais sur sa conceptualisation. Rien n'empêche d'affirmer l'unité et la stabilité de la propriété.

170. **Conséquences de la réification de la propriété.** - Comme le genre et la différence sont eux-mêmes porteurs de concepts plus ou moins extensifs, on aboutit à des concepts très variables. Adossée à une réification, on obtient une logique nouvelle par laquelle l'extension du concept de propriété emporte parallèlement la réduction des autres concepts ; ou inversement la réduction du champ de la propriété emporte une extension des autres concepts. Le constat est similaire à propos de son régime juridique. Les illustrations principales se retrouvent dans les caractères absolu, exclusif et perpétuel. Ces caractères ne doivent pas être considérés comme faux mais jugés au regard des présupposés qui les justifient. Dès que le concept est posé et juridiquement reconnu, la propriété devient un paradigme. Certes, l'homme est toujours en rapport avec la chose appropriée mais cette appréhension est désormais recouverte d'une pré-interprétation de la propriété qui guide la chose dans une logique prédéterminée. *La chose n'est plus l'origine d'un savoir mais l'objet par lequel se met en œuvre une structure pré-établie* selon le mode de la non-contradiction. C'est par ce schéma que s'interprètent tant les pouvoirs du propriétaire que les caractères de la propriété. La logique est détachée de la chose, elle lui apparaît comme antérieure, et s'applique invariablement comme une loi physique à l'égale de celles du monde corpusculaire<sup>486</sup>.

171. **Justification métaphysique de la relativité de la propriété.** - La compréhension métaphysique des choses renvoie, dans une optique aristotélicienne, à leur composition hylémorphique. Autrement dit, les choses sont composées de matière et de forme<sup>487</sup>. On peut affirmer que la forme *est*, mais la singularisation de la chose nécessite l'intégration de la forme dans une matière. Si la matière est nécessaire, elle apporte cependant l'inconvénient d'une indétermination. Lorsqu'on étudie une chose appropriée, la forme qu'est la propriété est

---

<sup>486</sup> On renvoie à la question d'une logique objective *a priori*. Sur ce point, on fait référence à la célèbre question de Grotius : « Dieu même n'y peut rien changer [...] comme il [lui] est impossible de faire que deux fois deux ne soient pas quatre », in M. VILLEY, *La formation...*, *op. cit.*, p.539. Voir également J.-F. COURTINE, *Inventio analogiae. Métaphysique et ontothéologie*, Vrin, 2005 ; J.-L. MARION, *Sur la théologie blanche de Descartes*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 1991

<sup>487</sup> G. ROMEYER DHERBEY, *Les choses mêmes*, L'Age d'Homme, 1983, p.197 et suiv.

obscurcie par la chose (la matière) dans laquelle elle se trouve<sup>488</sup>. Pour compléter ce schéma, il faut intégrer la notion d'existence. La chose se compose d'une essence (matière et forme) et d'une existence, selon une union analogique comme pour la matière et la forme. L'existence de la chose appropriée génère également des indéterminations, notamment en rendant moins perceptible la différence entre le nécessaire (qui signifie l'essence) et l'accidentel. Si on ajoute à cette composition les raisonnements relatifs à ce que signifie « être une chose »<sup>489</sup>, on obtient une perception relative de la propriété n'atteignant pas la permanence et la stabilité qu'est censée représenter sa nature.

172. **Approche technique en fonction des caractères de la propriété : l'abstraction.** - Traditionnellement, on présente la propriété, sous l'instance de sa conceptualité, comme absolue, exclusive et perpétuelle. Tout d'abord son caractère absolu donne au propriétaire une liberté de principe. Tant que le législateur n'a pas posé de règle spéciale, il y a autorisation. Le propriétaire est celui qui a un droit sur une chose. La connaissance du régime juridique passe d'abord par la connaissance du droit qui implique ce régime, lequel prend la chose pour objet. *La chose n'est plus la mesure de la propriété. C'est le concept de propriété, tel qu'il est reconnu, qui intègre la chose dans sa logique.* Ce caractère absolu est la résultante de l'abstraction des situations représentant les choses appropriées, pour aboutir au constat que le propriétaire, qui semble être titulaire d'un droit de propriété, est celui qui a un pouvoir absolu sur la chose. En ce sens, l'abstraction poussée a conduit à étendre démesurément la propriété jusqu'à lui donner cette absoluité. Or, la réalité factuelle pratique ne rend pas compte de ce caractère absolu. Il existe, en effet, des restrictions par lesquelles le propriétaire est limité dans sa liberté au regard de sa chose. Ainsi en est-il de la liberté d'inaction lorsque le propriétaire est soumis à l'obligation de ravalier la façade de son immeuble<sup>490</sup>. De même en est-il des servitudes qui grèvent la propriété, qu'elles soient dans l'intérêt privé (pour l'accès à un terrain) ou dans l'intérêt public (pour le réseau électrique)<sup>491</sup>. Face à ces cas, il faut trouver la cause justifiant de ces restrictions et les instruments remplissant cette fonction. Ainsi, le concept d'intérêt général vient limiter le concept de propriété, de même que le concept de liberté peut être réinterprété de manière réduite en lui opposant l'égalité. On entre dans un jeu d'assemblage continu en fonction de l'extension octroyée à chacun des concepts. L'idée est renforcée par le fait que la réification des concepts implique quasiment de les considérer

---

<sup>488</sup> E. BREHIER, *Histoire de la philosophie. I / Antiquité et Moyen Age*, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 1987

<sup>489</sup> *Supra* n° 49

<sup>490</sup> G. CORNU, *Droit des biens*, *op. cit.*, p.71

<sup>491</sup> G. CORNU, *Droit des biens*, *op. cit.*, p.220

comme des « choses existantes ». On obtient une interaction de concepts, pris comme choses, dont l'extension variable est possible parce que la définition des uns dépend de la définition des autres.

173. **La réduction de l'abstraction.** - Pour remédier à ces difficultés de justification, que l'on retrouve autant en droit positif que dans les droits naturels univoques, deux solutions s'ouvrent. Soit il s'agit de partir des concepts en les chargeant à nouveau de plus de réalité que celle qui découlait d'une abstraction trop poussée, soit en revenant à la chose elle-même. La première voie est, en quelque sorte rattachable à celle de Suarez, puisque si le langage aristotélico-thomiste est maintenu (essence, existence, genre, espèce, etc.), il s'intègre désormais dans le mode logique scotiste de la primauté comme fondement. La division opérée par Duns Scot au sein de la chose conduit à une rupture du lien analogique entre matière et forme. Jusque-là, la chose, composée de matière et de forme dans une unité analogique, *était* en vertu d'une cause qui est l'Etre comme Acte pur, à laquelle elle participait<sup>492</sup>. La suppression du lien analogique conduit à une nouvelle logique qui n'est plus celle d'une proportionnalité analogique en fonction d'un premier mais qui est désormais un mode logique de primauté en fonction d'un fondement<sup>493</sup>. Concrètement, on ne se situe plus dans la chose appropriée en tant qu'elle proportionnée analogiquement à un premier à laquelle elle participe. On se situe dans un rapport de type conventionnel qui pose un fondement (la propriété, par exemple) en tant que primat, dont la nouvelle posture constitue le canon par lequel se justifient toutes les règles qui en découlent. Or, la présentation de la propriété comme absolue s'accorde mal avec les limites que le droit positif organise. Ce décalage implique une justification nécessaire qui peut prendre deux visages. La première voie justificative consiste à poser un second fondement qui explique l'existence des limites de la propriété. Mais dans ce cas, on tombe dans une approche pragmatique qui, en un sens, relativise totalement l'idée même de fondement. L'existence d'un autre fondement aboutit à une concurrence de primauté entre ces fondements. La seconde voie justificative consiste à

<sup>492</sup> P. GRENET, *Le thomisme*, op. cit., p.89-93

<sup>493</sup> J.-L. MARION, *Sur la théologie blanche de Descartes*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 1991, p.20 : « Descartes passe de l'analogie au fondement. Si l'univocité n'assure plus au savoir humain de rapport immédiat à l'absolu (par référence ou proportion), l'équivocité absolue de toute mesure menace le savoir humain d'une impertinence absolue qui disqualifierait toute science, même vraie. Il faut donc assurer la science par un absolu ; l'assurer, c'est-à-dire instaurer un rapport de convention, puisque l'analogie seule pouvait permettre au savoir humain de rester, en quelque manière, en continuité avec le savoir divin. Assurer, c'est-à-dire garantir le savoir par une instance extérieure au savoir lui-même. Cette discontinuité fondatrice s'oppose doublement à l'analogie : par la discontinuité, mais aussi par ce qu'elle implique, l'indétermination d'une instance qui reste extérieure au savoir qu'elle rend possible ».

dire que le fondement, ce n'est pas la propriété mais un ensemble de concepts (pouvoir, liberté, exclusivité, etc) formant un *tout* par lesquels les concepts se comprennent entre eux. Dans ce cas, on retrouve la logique par laquelle l'extension d'un concept emporte la réduction des autres à l'intérieur d'un tout. Le relativisme s'installe à nouveau selon ce schéma.

174. **Le retour à la chose dans sa dimension authentique.** - La seconde voie fait un retour à la chose. Elle correspond à cette proportion en fonction d'un premier à laquelle elle participe. Dans cette optique, le point de départ est dans la chose. Elle permet une propriété ou non selon sa nature. Si une table ou une chaise peuvent être l'objet d'un droit de propriété très étendu impliquant une grande liberté, ce ne sera pas le cas de la propriété d'un animal dont la nature (être vivant et organique) est rétive à certaines pratiques telles que la destruction de son bien ou l'usage qu'on en fait (mauvais traitements). Ici, ce n'est pas la propriété qui est fixe et l'objet qui est l'occasion de son application. C'est plutôt la chose qui détermine la proportion de la propriété admissible par rapport à la nature de la chose. Cette approche nécessite un regard particulier selon que la chose est corporelle (inerte ou vivante) ou incorporelle. De plus, le regard sur la chose s'intègre dans un regard plus vaste sur le monde. Autrement dit, la chose n'est pas seule, elle est une chose-dans-le-monde. De cette considération, on justifie par exemple les servitudes en vue d'un intérêt privé en tant qu'elles grèvent un bien parce que ce bien est un bien-à-côté-d'un-autre-bien. La distinction s'est substituée à la division. Dans le même esprit, la servitude en vue d'un bien public (d'un bien commun devrait-on dire) se justifie par l'inscription de la chose dans sa proportion par rapport à un premier ou au moins par rapport à ce qui se place au-dessus, c'est-à-dire la personne. Tous ces constats sont également valables pour le caractère exclusif lié à la propriété tel que l'enseigne la doctrine. Théoriquement, l'exclusivité emporte, pour le propriétaire, un monopole dans l'usage, la jouissance et la disposition des choses. Or des limites existent même si elles semblent plutôt casuelles. On compte, entre autres, le droit de suivre un essaim d'abeilles, le droit de marcher sur le rivage de la mer ou encore le droit de grappiller sur les récoltes déjà faites dont il resterait des fruits non récoltés. Le caractère perpétuel est également représentatif car il ne se maintient que tant que la chose existe. Mais même lorsque la chose n'est pas détruite, l'inaction du véritable propriétaire concurrencée par l'activité concrète d'un possesseur muni d'un titre vicié, peut conduire à la perte du droit de propriété du propriétaire originaire.

175. **Les limites de l'approche jusnaturaliste.** - Un jusnaturalisme authentique ne conteste pas le formalisme des règles du droit positif<sup>494</sup>, ce qu'il conteste, c'est la formalisation de l'*être* lui-même. Le droit positif est soumis à des contraintes spécifiques avec lesquelles il doit composer : nécessité d'une sécurité juridique qui implique une prévisibilité alors que la connaissance limitée de l'homme l'empêche de connaître la chose de manière véritable et totale. Dès lors, la portion de réalité accessible est formalisée afin d'en avoir une représentation nette, même si elle demeure imparfaite et ne cadre pas avec une réalité plus authentique. C'est aussi par le biais de présomptions et de fictions, lorsque la réalité est trop obscure, que le droit positif se distingue du droit naturel. L'établissement de frontières rigides produit certes un décalage avec la réalité mais permet à tout un chacun de connaître le régime juridique exactement applicable, pouvant ainsi anticiper dans ses actes les prescriptions de la loi. Mais cette formalisation du droit ne doit pas conduire à croire que le résultat obtenu par cette formalisation est la réalité elle-même. On aboutit à ce raisonnement lorsqu'on détache le droit positif du droit naturel, notamment en rompant leur unité analogique. Il se produit alors le mécanisme, déjà décrit, par lequel l'un s'autonomise par rapport à l'autre<sup>495</sup>.

176. **La naissance de la propriété sur la tête de son titulaire.** - La titularité d'un droit de propriété provient de diverses sources potentielles : par acquisition originelle (occupation, accession naturelle, acquisition des fruits), transmission, transfert conventionnel, possession. L'acquisition de la propriété se fait généralement par un titre en vertu duquel le droit devient opposable aux autres concurrents éventuels. La loi organise les conditions et l'exécution de ce transfert de propriété. Or, il est possible d'acquérir une propriété sans recours à un titre. Tel est le cas de l'acquisition originaire et de la prescription acquisitive en cas de possession (sans titre et de mauvaise foi, le délai est de trente ans). Cette dualité d'acquisition, par le droit et le fait, pose le problème d'une justification dès lors qu'on tient pour principe positiviste qu'on ne peut passer du fait au droit. Le seul moyen admis est une extension de la notion de loi<sup>496</sup>. Certes, elle ne transmet pas la propriété mais elle légitime des faits de nature à octroyer la propriété. La limite de cette approche réside dans son caractère artificiel puisque tout devient loi jusqu'à réduire la notion de fait à sa plus simple expression. Cette possibilité d'extension de la notion de loi s'explique de la même manière que pour la propriété, c'est-à-dire par une

---

<sup>494</sup> En un sens, le formalisme est une forme prédéterminée accueillant les consentements de manières à objectiver et systématiser les rapports juridiques. Comp. V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Préf. G. Pignarre, LGDJ, 2007, p.171 et suiv.

<sup>495</sup> *Supra* n° 50

<sup>496</sup> Selon un raisonnement relatif à sa définition.

abstraction (en l'espèce, du concept de « loi ») réduite à un élément permanent, vidé de sa matière et de son existence. Le point de vue jusréaliste évince la dualité et structure une position uniforme à partir de l'unité ontologique de la chose.

177. **La justification de la propriété par la loi.** - La loi n'est qu'une couverture qui entoure une réalité sous-jacente selon la nature de la chose (sans que cette réalité ne se réduise à la factualité). Dans ce cas, la propriété s'acquiert universellement parce qu'une réalité sous-jacente est de nature à permettre cette acquisition. La loi, en tant qu'elle légitime ces modes d'acquisition, ne fait que s'investir davantage pour les transferts de propriété parce qu'ils requièrent une formalisation nécessaire afin de protéger les individus. Dans l'acquisition originaire<sup>497</sup>, l'absence de maître originaire n'implique pas de protection spécifique. Dans la possession, l'échelle des délais en fonction de la qualité de la possession suffit également sans nécessité de rajout. L'écoulement du temps agit comme une protection proportionnée. On justifie au passage le fait que la différence entre l'existence d'un titre invalide et l'absence de titre conduise à un simple écart de délai. Ce n'est pas tant le titre qui permet l'acquisition de la propriété que la réalité qui lui est sous-jacente. L'existence d'un titre présume simplement mais fortement de la réalité derrière l'apparence, sous l'instance de la légitimation du droit. Une protection renforcée se fera sentir lorsqu'il s'agira d'un transfert de propriété. Ce dernier implique sa sortie du patrimoine au profit de l'entrée d'une chose de valeur espérée au moins équivalente par le contractant. Dans ce cas, la présence du droit permet de renforcer la sécurité des rapports patrimoniaux entre les individus. Plus encore, la libéralité étant un acte plus grave car il ampute le patrimoine sans contrepartie, la loi renforce davantage les règles pour protéger les parties. Quant à la transmission pour cause de décès, la réalité du décès constitue la mesure de la possibilité de la transmission.

178. **Les troubles résultant de l'exercice de la propriété.** - Ce sont principalement les questions de l'abus de droit et des troubles du voisinage qui sont visés. Différentes théories se concurrencent pour justifier la notion paradoxale d'abus de droit. Comment un droit reconnu à une personne peut-il être l'objet d'un abus alors qu'il est censé détenir une liberté dans son usage, sa disposition et sa jouissance ? En distinguant les plans logiques, l'abus de droit est justifié. La contradiction découle d'une considération abstraite de l'abus et du droit. L'exercice concret de la propriété illustre immédiatement la possibilité d'un abus de droit<sup>498</sup>.

---

<sup>497</sup> F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n°382

<sup>498</sup> G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p.88



D'une part, la réduction de la propriété à une forme abstraite (moins sa matière et son existence) justifie l'apparence d'une contradiction logique. D'autre part, la référence à l'activité (comme écho à l'existence) permet de distinguer le discours embrassant la chose dans sa quiddité (essence) et dans son exercice en vertu de leur union analogique<sup>499</sup>, d'un discours limité à la quiddité. L'instauration d'une argumentation relative à l'activité dés-absolutise la propriété qui est re-proportionnée en fonction de la nature de la chose. Par l'activité, la propriété n'est pas comprise uniquement comme une image fixe. D'autres justifications apparaissent<sup>500</sup> mais elles ne sont possibles que par la structure scolastique première, élaborée à partir du domaine ontologique.

179. **L'étendue des objets susceptibles de propriété.** - Tout ne peut pas être l'objet de propriété. Classiquement, il est admis que les biens et les droits, meubles et immeubles, sont susceptibles de propriété alors que la personne humaine ne peut être « soumise » à une propriété. La séparation organisée au sein du Code civil entre les droits subjectifs de la personne et la propriété des biens est posée. La personne humaine ne peut être vendue (esclavage). L'article 16-1 alinéa 3 du Code civil dispose que « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». L'article 16-5 du Code civil, également d'ordre public, dispose que « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ». Pourtant, certains attributs de la personne humaine peuvent générer une économie à travers un contrat<sup>501</sup> par lequel une partie s'engage à fournir des informations sur sa vie privée ou autorise la publication de photographies en contrepartie d'une rémunération<sup>502</sup>. Le travail intellectuel, à travers la propriété littéraire et artistique ouvre à des rémunérations souvent substantielles. Le commerce du corps reste théoriquement fermé à la commercialisation même si certaines atteintes sont permises (tatouages). L'activité professionnelle implique aussi rémunération en fonction d'une activité. De même, mais l'argument est plus faible, le dommage corporel causé par une personne l'obligera, en tant que débiteur d'une obligation de réparation, à payer une somme à hauteur du préjudice subi par la victime devenue créancière. Toutes ces illustrations constituent des limites à la patrimonialité de la personne. Théoriquement, ces limites se

---

<sup>499</sup> A. DE MURALT, *L'unité...*, *op. cit.*, p.94

<sup>500</sup> Sur la finalité sociale, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n°510-562

<sup>501</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, « Dommage corporel : l'esprit et la lettre dans la réparation des préjudices extrapatrimoniaux », *D.* 1998, p.59 ; J. ANTIPPAS, « Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité », *RTD com.* 2012, p.35

<sup>502</sup> F. POLLAUD-DULLIAN, « Image des biens : du droit exclusif au trouble anormal », *D.* 2012, p.2218

justifient difficilement, alors qu'en pratique elles se conçoivent nettement. Actuellement, la structure juridique est celle d'un refus de patrimonialisation de la personne avec des limites. Une solution opposée permettrait d'inverser la démarche en « patrimonialisant » les « émanations » de la personne susceptibles d'être patrimonialisées, tout en insérant des limites en fonction de la spécificité considérée. F. Zénati-Castaing et T. Revet exposent cette idée qu'ils précisent en remettant en cause quelques présupposés tels que le lien entre pécuniarité, patrimonialité et propriété. La proposition est admissible tant que le sens octroyé à la propriété n'est pas de nature à absorber la personne humaine ou à la réduire. Ces auteurs précisent que : « Le concept des droits de la personnalité a été créé pour traduire l'appropriation en un temps où la catégorie du droit de propriété était rendue inutilisable par son classement dans les droits patrimoniaux »<sup>503</sup> ; « Son avènement est dû au fait qu'il est apparu plus économe de créer une notion nouvelle que de redéfinir les notions de base du droit commun »<sup>504</sup> ; « Les droits de la personnalité sont donc des droits de propriété. Ils le sont parce qu'ils sont exclusivité conquise contre la communauté »<sup>505</sup>.

## 2. La possession

180. **La possession entre fait et droit.** - Théoriquement, selon le positivisme, le fait se distingue fondamentalement du droit. Plus précisément, le passage du fait au droit est contesté en raison d'une pureté du droit dont la construction ne peut souffrir de la relativité factuelle des événements du monde. Aucun principe valide ne saurait être induit de la contingence des faits. La possession apparaît dès lors comme un mécanisme original mieux accepté et justifié par le jusnaturalisme. Le droit naturel ne voit aucune raison, pour certains faits revêtus d'une force suffisante d'obtenir une légitimation par le droit quand elle la tient d'elle-même. N'importe quel fait n'est pas, pour autant, susceptible d'entraîner un droit qui lui correspond. Des auteurs ont clairement formulé le lien entre possession (fait) et propriété (droit) : « la possession conduit à l'acquisition de droits dont elle préfigure l'existence, quand elle ne révèle pas des droits déjà reconnus »<sup>506</sup>. Pour le droit naturel, le fait doit revêtir des qualités propres à permettre son assimilation au droit. Prolongeant cette idée, le droit positif impose

---

<sup>503</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens, op. cit.*, p.31

<sup>504</sup> *Ibid.* Mais l'auteur distingue la *nature* du *particularisme* : « Ces droits ne sont rien d'autre qu'une spécialisation parmi d'autres du régime de la propriété liée au particularisme de son objet. C'est ce particularisme qui explique l'originalité de leur régime et non pas leur nature, qui n'a rien d'exceptionnel ».

<sup>505</sup> *Ibid.*, p.30

<sup>506</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, p.157, n°129 ; les auteurs ajoutent : « Il y a donc quelque artifice à opposer la possession au droit qu'elle représente ».

une possession continue, publique, paisible et non équivoque<sup>507</sup>. En tout cas, la condition première est celle d'une ressemblance, signe d'une réalité commune entre le fait et le droit. Le possesseur doit agir comme un propriétaire à travers le *corpus* et l'*animus*. Le fait et le droit étant des représentations, l'assimilation sera permise lorsque l'un participera de l'idée de l'autre. Sur un plan pratique, d'autres justifications tentent d'expliquer la protection accordée par le droit au fait. La première raison résulte du constat que le possesseur est, la plupart du temps, le véritable propriétaire. La confusion impose l'établissement d'une présomption par laquelle le possesseur doit être protégé contre les atteintes des tiers puisque, a priori, il est le propriétaire. Une seconde raison se trouve dans la théorie de l'apparence ; une troisième dans la fonction probatoire de la possession<sup>508</sup>. Ces justifications, ne relevant pas de la nature, restent au niveau de la relativité.

181. **La définition de la possession par l'exercice.** - Le Code civil définit la possession à l'article 2255 : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». Que l'on prenne la définition donnée par le Code civil ou celles proposées par la doctrine, une constante apparaît avec l'utilisation systématique du verbe « exercer ». En pratique, la possession est une maîtrise physique sur la chose par le possesseur qui va pouvoir exécuter toutes les actions qu'il souhaite. La notion d'« exercice » a tout son intérêt dans une interprétation jusnaturaliste, puisqu'un oubli fréquent tend à l'écarter, voire à le supprimer au profit de la seule essence. La recherche de la nature implique de déterminer la chose qui en est l'objet. L'essence prise seule est une réduction car elle conduit à ne voir que la chose sous son aspect statique. Dans ce cas, l'essence se limite davantage à une image fixe plutôt qu'à une réalité existante et mouvante<sup>509</sup>. La détermination de l'essence requiert une compréhension de l'exercice, de l'activité de la chose ou de l'homme, par laquelle l'essence est d'autant mieux comprise. Appliquée au droit, on aura plus de facilité à admettre que les critères de la possession sont présents dès lors que le possesseur *exerce* sur la chose des actes identiques à ceux d'un propriétaire véritable. Entre le propriétaire et le possesseur, l'essence semble différente, mais l'exercice similaire. La référence à l'exercice à travers la possession, tant par le législateur que par la doctrine, montre une recherche plus approfondie de la signification

---

<sup>507</sup> *Infra* n° 308

<sup>508</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, *op. cit.*, p.157, n°129

<sup>509</sup> Une telle réduction a pu être critiquée chez certains interprètes d'Aristote. Cf. A. DE MURALT, *L'unité...*, *op. cit.*, p.94 : il y a un problème d'interprétation d'Aristote lorsqu'on ne retient d'Aristote que la métaphysique de la substance, ignorant tout de la métaphysique de l'exercice, ou du moins faisant de l'exercice et de l'acte l'accident de la substance, comme la quasi-totalité de la philosophie continentale.

des choses, non limitée à un pur savoir théorique. Sans aller jusqu'à affirmer qu'une intention jusnaturaliste se cache derrière, on peut au moins signaler que l'essence des choses est recherchée sans réduction, même si l'intention semble plus pratique que philosophique. L'idée d'exercice par le possesseur est d'autant plus intéressante qu'elle est un exercice orienté car attaché à un *animus*, c'est-à-dire à un état d'esprit de propriétaire.

**182. Appréciations objective et subjective des éléments constitutifs de la possession.** - *Corpus* et *animus* sont les deux éléments constitutifs permettant de savoir si l'on est en présence d'un possesseur. Classiquement, les deux conditions sont à réunir pour valider le statut de possesseur et permettre la survenance d'effets de droit spécifiques, notamment la prescription acquisitive. Cependant, il a été question de savoir si une seule condition pouvait suffire à caractériser la possession, ce qui a conduit à distinguer les conceptions objectives et subjectives. On présente habituellement la position subjective de Savigny, d'inspiration kantienne et l'approche objective de Ihering, liée philosophiquement à l'hégélianisme<sup>510</sup>. La primauté de l'*animus* comme élément principal de distinction a été défendue par Savigny. Pour cet auteur, le possesseur a un *animus domini*, c'est-à-dire une intention de véritable propriétaire avec tous les pouvoirs qui y sont liés. Le détenteur n'est pas un possesseur car il n'est pas guidé par une intention de propriétaire. Le titre par lequel il détient une chose lui impose une restitution après usage de cette chose ou suite à l'écoulement d'un temps donné. La distinction entre possesseur et détenteur est nette, ce qui permet de cibler la protection possessoire en excluant les détenteurs. Pourtant, des difficultés surviennent dans la qualification de l'état du gagiste, du séquestre, de l'usufruitier et de l'emphytéote puisqu'ils sont possesseurs sans pour autant avoir un *animus domini*<sup>511</sup>. La position de Ihering, fondée sur une approche objective, voit dans le comportement et les actes matériels une émanation physique d'un *animus domini*<sup>512</sup>. L'*animus* perd sa qualité de critère distinctif au profit du *corpus* car l'*animus* du détenteur ne différerait pas fondamentalement de celui du possesseur. Si la possession caractérise l'ensemble des situations, l'ordre social conduit le législateur à priver certaines possessions des effets qui leurs sont inhérents en les qualifiant de détention. Il

---

<sup>510</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, p.150-151 ; mais pour une nuance, cf. J.-M. TRIGEAUD, *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques*. 2, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2002, V<sup>o</sup> « possession », p.2005 : « On retrouve la célèbre définition que Ihering oppose (dans *L'Esprit du droit romain*) à l'idée kantienne et hégélienne de droit subjectif : le droit est un « intérêt juridiquement protégé ». En ce sens, il doit être compris comme « bien, valeur ». La volonté individuelle en est exclue ».

<sup>511</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, p.123 et suiv.

<sup>512</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques*. 2, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2002, V<sup>o</sup> « possession », p.2005 : « Le corpus englobe la position objective comme résultat et la conduite subjective comme cause. Dans cette perspective, l'*animus* est intégré au corpus-conduite ».

règle ainsi les conflits de concurrence de *corpus* sur un même bien<sup>513</sup>. La protection possessoire est élargie dans l'objectivisme car l'*animus* ne distinguant plus le possesseur du détenteur, le *corpus* suffira à générer une protection.

183. **Objectivisme, subjectivisme et jusnaturalisme.** - Cette option entre l'objectivisme et le subjectivisme fonctionne comme une grille de lecture commune à de nombreux concepts juridiques. L'objectivisme, qui part de l'objet, tente d'en dessiner les contours à partir des informations que l'esprit reçoit. La logique issue de l'objectivisme se construit selon les contraintes matérielles et de sens des choses. Le subjectivisme se concentre sur l'esprit en tant que pôle recevant les informations du monde. Dans les deux cas, un passage par l'esprit est nécessaire. Un exemple classique se retrouve dans la notion duale de cause. L'objectivisme juge abstraitement la cause, à travers la contre-prestation qui donne à voir l'existence de l'obligation. Le subjectivisme offre d'autres perspectives en appréciant concrètement la cause, par laquelle il découvre la licéité dans le motif déterminant du contractant. Chaque vision apporte son lot d'informations nécessaires à la validité de l'acte mais ne suffit pas en soi à donner toutes les informations requises. Cette division en objet et sujet relève d'un présupposé ancien. Chez Aristote, les choses sont composées de matière et de forme. Le lien qui uni ces deux éléments est analogique. Ce principe a été remis en cause par Duns Scot pour lequel matière et forme pouvait être considérées comme deux « choses » séparées. La matière « est donc déjà acte entitatif avant d'être acte formel »<sup>514</sup>. On se retrouve désormais en présence de deux choses déterminantes dans la composition des choses. Engagée dans ce présupposé, toute nouvelle recherche conduit inévitablement à poser une hiérarchie entre la matière et la forme dans le but d'expliquer l'ordonnement des choses. La conséquence de cette rupture du lien analogique se retrouve dans le rapport du sujet et de l'objet. Alors que le sujet est lié analogiquement à l'objet, la rupture du lien analogique conduit à séparer en deux unités autonomes des éléments fondamentalement unis. Il devient possible d'élaborer une science soit à partir de l'objet, soit à partir du sujet en fonction de la primauté établie dans la hiérarchie. Le choix entre objectivisme et subjectivisme comme mode d'analyse de la notion de possession peut être critiqué par le biais d'une argumentation jusnaturaliste, c'est-à-dire par un mouvement dialectique centré sur la nature.

---

<sup>513</sup> *Ibid.*, p.2004-2006

<sup>514</sup> A. DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Vrin, 2002, p.15

184. **Etat du droit positif.** - C'est l'*animus domini* qui a eu les faveurs du Code civil français, considéré comme l'élément déterminant, même si un *corpus* reste nécessaire. Ce choix résulte davantage des positions de Pothier et Domat que celle de Savigny<sup>515</sup>. Les effets qui découlent de cette distinction sont malgré tout limités dans une certaine mesure. Se rapprochant de Ihering, la loi du 9 juillet 1975 a étendu, dans l'article 2278 alinéa 2 du Code civil, la protection possessoire au détenteur (anc. art. 2282 al. 2 C.civ.).

185. **La prescription acquisitive.** - La distinction entre meuble et immeuble entraîne un régime particulier. Sans relever d'une véritable différence de nature<sup>516</sup>, et dans le cadre d'une prescription non justifiée par le droit naturel car guidés par des considérations d'ordre pragmatique, les effets qui en découlent relèvent principalement d'une technique juridique. Le droit naturel n'est pourtant pas si éloigné. Le droit positif impose une qualité suffisante pour opérer la prescription. La possession doit être continue, paisible, publique et non équivoque. La réunion de ces conditions cumulatives tend à obtenir une véritable ressemblance avec un propriétaire légitime. Ces qualités ont pour but de déterminer la *réalité* de la possession en montrant que l'attitude du possesseur correspond à la nature de la possession. Il faut distinguer entre le général et l'universel en employant le mécanisme de l'arbre de Porphyre. Chacune de ces quatre notions possède sa propre définition composée d'un genre et d'une différence spécifique, autrement dit, de concepts. Chaque concept employé ayant sa propre extension, celle qui lui sera accordée déterminera la portée du terme qu'elles servent à définir. Autrement dit, lorsqu'on évoque les caractères continu, paisible, public et non équivoque, on se maintient sur le plan de la généralité sans atteindre l'universel. Le droit positif se maintient au plan de la généralité, tout comme le droit naturel d'ailleurs. Les critères légaux permettent une correspondance avec la réalité dans la majorité des cas.

## *B. LA RESTRICTION DES DROITS SUR UN BIEN*

### 1. L'usufruit

186. **Définition et nature de l'usufruit.** - Selon l'article 578 du Code civil : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même,

---

<sup>515</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, op. cit., p.153

<sup>516</sup> *Supra* n°69-71

mais à la charge d'en conserver la substance ». Elle est un droit essentiellement temporaire<sup>517</sup>. La doctrine majoritaire fait de l'usufruit une modalité de la propriété, un démembrement. Elle est un droit réel, d'où la distinction avec la location. La réalité de cette distinction, si elle est maintenue en théorie, connaît des limites dans la pratique, notamment en matière de baux commerciaux<sup>518</sup>. Certaines choses perturbent le régime de l'usufruit. L'usufruit d'une chose consomptible donne à l'usufruitier une maîtrise de propriétaire par jonction de l'*usus* et de l'*abusus*<sup>519</sup>, qui tend à déformer la notion d'usufruit<sup>520</sup>. En tant que démembrement, l'usufruit soulève des interrogations. Le nu-propriétaire devrait conserver l'*abusus* tandis que l'usufruitier aurait l'*usus* et l'*abusus*. Ce constat est erroné<sup>521</sup>. Les faits prouvent que l'usufruitier peut disposer juridiquement du bien<sup>522</sup>. De même, ni l'un ni l'autre ne peuvent disposer de la prérogative la plus haute de l'*abusus*, à savoir détruire le bien<sup>523</sup>. Les attributs d'*usus*, de *fructus* et d'*abusus* ne répondent pas à la distinction des deux droits. Dans la recherche d'une solution, c'est la séparation théorique entre le nu-propriétaire et l'usufruitier qui a été remise en cause. Il y a dans ce constat une meilleure perception de la réalité. La terminologie se modifie en écartant le « démembrement » pour l'idée d'une limitation de la propriété (Carbonnier, Larroumet)<sup>524</sup>. D'autres auteurs renvoient à la notion d'exercice pour éclaircir la nature de l'usufruit<sup>525</sup>. L'usufruit serait une « altération de l'exercice d'un droit patrimonial », provoquant un « exercice concurrent des droits » entre usufruitier et propriétaire<sup>526</sup>.

<sup>517</sup> J. CARBONNIER, *Les biens*, PUF, 19<sup>e</sup> éd., refondue, 2000, p.164, n°92 : « l'a. 578 a eu tort de ne pas insérer ce trait dans sa définition » ; C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, 11<sup>e</sup> éd., 2011, p.177, n°220 : « Il est de la nature de l'usufruit de constituer seulement un intermédiaire [...] entre deux périodes de pleine propriété ».

<sup>518</sup> M.-L. MATHIEU, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n°552

<sup>519</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1980, p.98, n°64

<sup>520</sup> *Ibid.*, n°64 : « se pose la question de savoir s'il n'y a pas un moment où il devient impossible de parler de droit réel, étant donné l'objet auquel l'usufruit s'applique, le cas extrême étant constitué par l'usufruit des créances. Si l'on ne veut pas bouleverser la notion de droit réel elle-même, l'usufruit ne doit-il pas alors être considéré comme un démembrement des droits en général et non plus seulement de la propriété et des droits réels » ; G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p.148-149 : « Aussi bien s'accorde t-on à qualifier quasi-usufruit l'usufruit des choses consomptibles, afin de marquer qu'il ne s'agit pas d'un véritable usufruit mais d'un substitut de l'usufruit *ratione materiae* ».

<sup>521</sup> G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p.154

<sup>522</sup> W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p.153, n°81-1

<sup>523</sup> *Ibid.*

<sup>524</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p.297, n°250

<sup>525</sup> Sur la notion d'exercice et son lien avec le droit naturel, cf. *supra* n°49

<sup>526</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p.297, n°250 : « Cet exercice concurrent des droits permettrait ainsi de comprendre l'usufruit comme la recherche d'un équilibre entre une indépendance des droits réels trop absolue et une indépendance provenant de rapports personnels plus étroits ».

187. **La critique de la position doctrinale concernant l'usufruit.** - Le rapport d'« inclusion » entre l'usufruit et la propriété a été jugé par des auteurs comme un non-sens<sup>527</sup>. Selon une théorie, on pourrait accorder le statut de droit réel à l'usufruit<sup>528</sup> mais refuser d'en faire une partie du droit de propriété qui n'est pas elle-même un droit réel<sup>529</sup>. L'usufruit n'est pas à l'état causal dans la propriété<sup>530</sup> (Masson<sup>531</sup>), idée qui résulte d'une confusion entre le droit de propriété et son objet<sup>532</sup>. Pour ces auteurs : « tous les biens, y compris les droits et les universalités, sont des objets de propriété et peuvent, partant, faire l'objet d'un droit réel dans les limites permises par la loi. Le droit réel n'est pas une fraction de l'objet sur lequel il porte, mais le pouvoir d'un sujet sur un objet »<sup>533</sup>.

## 2. Les servitudes

188. **Définition de la notion de servitude.** - Selon l'article 637 du Code civil, la servitude « est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». Elle est une charge imposée à un immeuble (fonds servant) pour le service d'un immeuble voisin (fonds dominants), qui appartient à un autre propriétaire<sup>534</sup>. La servitude porte atteinte au droit de propriété de celui qui la subit, pour que l'autre propriétaire puisse exercer son propre droit de propriété. Tout comme pour l'usufruit<sup>535</sup>, la position classique - mais contestée - fait de la servitude un droit réel, c'est-à-dire un droit sur une chose.

189. **La nature de la servitude, la présence du droit personnel.** - L'existence d'une parcelle enclavée avec un propriétaire à sa tête et la servitude pesant sur le terrain qui en permet le passage met en rapport deux choses et deux personnes distinctes. La servitude est un rapport entre des choses n'impliquant aucune dette de la part du propriétaire du fonds servant en faveur du propriétaire du fonds dominant. Cette vision traditionnelle de la servitude commande pourtant des précisions issues de la distinction entre droit réel et droit personnel<sup>536</sup>

---

<sup>527</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, op. cit., p.502, n°344

<sup>528</sup> *Ibid.*

<sup>529</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p.267, n°168

<sup>530</sup> P. MASSON, *Rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age*, Dijon, 1933

<sup>531</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, op. cit., p.263, n°166

<sup>532</sup> *Ibid.*, p.503, n°344

<sup>533</sup> *Ibid.*, p.503, n°344

<sup>534</sup> J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., p.246, n°146

<sup>535</sup> J.-B. SEUBE, *Droit des biens*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, p.109, n°311

<sup>536</sup> *Infra* n°235



initée par E. Roguin<sup>537</sup>. Les multiples tentatives visant à réduire, voire effacer soient les droits réels, soient les droits personnels, conduisent à explorer les différentes possibilités. Si l'on considère que les droits personnels traduisent toute la réalité juridique à l'exclusion des droits réels, la qualification de la servitude en droit réel est erronée. Avec M. Planiol, l'obligation passive universelle permet d'expliquer le droit du propriétaire du fonds dominant puisqu'il peut imposer son droit à tous, et chacun doit le respecter. C'est sur le modèle d'un droit personnel exclusif que la nature de l'indivision a été analysée par H. Michas<sup>538</sup>. Dans la même veine que M. Planiol, le propriétaire du fonds servant est tenu d'une obligation d'abstention envers le propriétaire du fonds dominant. Moins extrêmes, les propositions de L. Rigaud<sup>539</sup> et M. Kornprobst<sup>540</sup> mettent en avant l'indivision comme droit réel tout en précisant les relations nécessaires impliquées par les rapports entre les biens. Des obligations de faire peuvent naître afin de satisfaire le propriétaire du fonds dominant dans l'usage légitime de son bien<sup>541</sup>.

190. **Les tentatives de dépassement des distinctions classiques.** - L'attraction de la notion d'obligation a conduit des auteurs à employer la notion d'obligation réelle pour éclaircir la nature de l'indivision. Pour M. de Juglart, l'attitude du débiteur rapproche l'obligation réelle du droit réel ou du droit personnel<sup>542</sup>. En décidant d'abandonner ou de maintenir sa possession, il évite ou se soumet aux obligations imposées par le fonds dominant. L'auteur propose de conserver l'idée d'une obligation réelle plutôt que celle de servitude<sup>543</sup>. Sur une ligne commune, H. Aberkane va jusqu'à assimiler les servitudes aux obligations réelles<sup>544</sup>. A l'image du recours à l'obligation réelle, d'autres hypothèses ont été émises afin de justifier la nature de l'indivision<sup>545</sup>. En excluant la servitude des droits subjectifs, un auteur a évincé les références aux droits réels et personnels pour y voir un droit incorporel en tant que chose incorporelle affectée à un fonds<sup>546</sup>. Cette position a été critiquée par W. Dross. Pour ce

<sup>537</sup> E. ROGUIN, *La règle de droit*, 1889

<sup>538</sup> H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Paris, 1900

<sup>539</sup> L. RIGAUD, *Le droit réel, histoire et théorie. Son origine institutionnelle*, thèse ss. dir. M. Hauriou, Toulouse, 1912

<sup>540</sup> M. KORNPBST, *La notion de servitude en droit privé contemporain*, Préf. J. Radouant, Dalloz, 1937

<sup>541</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n° 318

<sup>542</sup> M. DE JUGLART, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Bordeaux, 1937

<sup>543</sup> *Ibid.*

<sup>544</sup> H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation « propter rem » en droit positif français*, Alger, LGDJ, 1957 ; comp. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n° 322

<sup>545</sup> D. VIGUIER, *Persona ficta. Etude de la nature juridique de l'indivision*, thèse, ss. dir. A. Sériaux, Perpignan, 2008

<sup>546</sup> E. MEILLER, *Contribution à la théorie de la servitude. Une approche objective du service foncier*, thèse ss. dir. de F. Zenati-Castaing, Lyon, 2009 ; comp. W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p.708, n°382-1

dernier, d'une part, les choses incorporelles ne sont pas des droits<sup>547</sup>, et d'autre part, la servitude est « moins une chose en elle-même qu'elle ne désigne une recomposition de l'objet des droits des propriétaires des fonds servants et dominants, ôtant au premier soit une utilité qu'il en avait (servitude non aedificandi) soit simplement l'exclusivité de cette utilité (servitude de passage) »<sup>548</sup>.

**191. Nature de la servitude et dialectique jusnaturaliste.** - La doctrine majoritaire considère la servitude comme un droit réel. L'exposé des diverses théories proposées montre la tendance légitime à rattacher une notion à d'autres notions dont la nature est déjà établie. Or, les catégories de droit réel et droit personnel n'ont pas une nature parfaitement définie. Expliquer la nature de l'indivision par référence au droit réel ou au droit personnel ne peut satisfaire une démarche proprement jusnaturaliste. L'affirmation est d'autant plus vraie que la catégorie des droits intellectuels supprime le caractère absolu de la distinction. La dialectique orientée par le jusnaturalisme est l'occasion d'exposer les hypothèses envisageables, tout en révélant les présupposés sous-jacents. La référence au droit réel vise à faire primer un élément certes fondamental mais qui n'épuise pas toute la signification de la servitude puisque indirectement on trouve des personnes à la tête de ses choses. De plus, étudier la servitude comme une chose procède d'une réification du concept. Certes, la réification donne de la stabilité à la notion mais elle constitue une déformation, sauf à donner au mot « chose » un sens « dynamique ». La servitude n'est pas une chose mais l'état du fonds dominant par rapport à l'état d'un fonds servant. Ces présupposés ne condamnent pas la validité des hypothèses émises mais « seulement » leur vérité. Il ne serait pas illégitime que le droit positif use de l'une quelconque de ces théories tant qu'elles assument consciemment les présupposés qui les déterminent.

## **§ 2. LES STRUCTURES ORGANISATRICES DES GROUPEMENTS CHOSES**

**192. Unité des masses de biens et liens en cas de pluralité de personnes.** - Si le Code civil organise les droits et pouvoirs des personnes sur les choses en fonction de leur nature, il tient également compte des cas de pluralité de personnes en face d'un même bien ou d'une

---

<sup>547</sup> W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, p.708, n°382-1

<sup>548</sup> *Ibid.*

universalité. Il expose ainsi les modes d'appropriation pluraux<sup>549</sup>. La structure commune est celle d'une unité liant plusieurs personnes à plusieurs biens sous le titre de société, de communauté légale, d'indivision ou de copropriété. L'idée d'unité se diversifie dans les représentations. L'étude de la nature de ces figures est nécessaire. Il s'agit notamment d'expliquer les raisons de la difficulté de trouver la nature exacte des choses. Le problème se situe principalement dans le rapport entre l'unité formée par l'ensemble des biens et personnes, et la singularité des personnes et des biens qui constituent cette unité.

## *A. LES STRUCTURES*

### 1. La communauté conjugale

193. **La nature de la communauté conjugale, l'indivision.** Plusieurs types de structures ont été avancés pour découvrir la nature de la communauté conjugale. Certaines propositions ont été rejetées sans difficulté. La volonté de faire de la communauté conjugale la propriété du mari (C. Toullier) n'a pas résisté à la critique, tout comme celle d'une propriété commune (mise en avant par L. Josserand) prise sur le modèle allemand - *Gesammte Hand*, non reconnue en droit français. D'autres propositions ont été davantage débattues car chacun trouvait une légitimité suffisante pour expliquer et justifier des caractéristiques de la communauté conjugale. La plus classique est celle de l'indivision par laquelle les époux seraient copropriétaires des biens communs. Cependant, le régime juridique de l'indivision, par sa précarité, ne permet pas de retranscrire parfaitement l'idée de communauté conjugale. La vocation temporaire de l'indivision se conjugue mal avec la projection du mariage sur le long terme. Malgré tout, l'indivision reste proche de la communauté conjugale. C'est ce qui a conduit à parler d'indivision *sui generis* (A. Colomer) ou d'indivision organisée. Cette dernière expression permet de partir de l'indivision comme base, en structurant davantage les droits des « copropriétaires » pour s'adapter au mieux à la complexité des régimes matrimoniaux. L'idée d'une indivision naissant au jour de la dissolution du mariage est désormais rejetée par la doctrine, notamment parce qu'elle était liée à l'idée d'une propriété antérieure du mari.

194. **La nature de la communauté conjugale, personne morale.** - L'existence de la personnalité morale de la communauté conjugale a toujours été rejetée par la doctrine

---

<sup>549</sup> P. CATALA, « L'indivision », *Defrénois*, 1979, p.6

majoritaire. Certains auteurs (J. Carbonnier<sup>550</sup>, G. Cornu) ont tout de même tenté d'en expliquer l'intérêt. Dépassant la restriction de temporalité de l'indivision, la personnalité morale a vocation à durer le temps de la réalisation de l'objet pour laquelle elle a été créée. L'objet étant la vie commune jusqu'au décès des époux, le mécanisme répond à cette nécessité. De plus, les époux apparaissent comme des représentants de cette personne morale, ce qui explique les pouvoirs octroyés communément à chacun et exclusivement à l'un et l'autre réunis. Pour les actes de la vie courante, chacun des époux peut agir seul en représentation. Les actes plus graves, pouvant affecter substantiellement les biens des époux nécessitent une représentation plus complète afin d'éviter des décisions déraisonnables. Enfin, un argument renforce le renvoi à la personnalité morale sous la stricte limite de son caractère contextuel (voire historique) et déborde sur la notion de société. A l'image d'un associé plus puissant car détenant davantage de parts du capital social que les autres associés, on pouvait interpréter le mariage comme la réunion de deux époux dont l'un revêtait une autorité supérieure (le mari) face au conjoint. L'unité de la personnalité morale ne s'opposait pas à l'existence de pouvoirs supérieurs pour l'un des représentants. La personnalité morale n'était contredite par aucune évolution donnant à la femme des pouvoirs toujours plus grands, jusqu'à l'égalité. Les critiques doctrinales s'opposant à la personnalité morale de la communauté conjugale se sont concentrées sur le fait que la personnalité morale aboutissait à une autonomie par rapport aux époux difficilement conciliable avec la situation matrimoniale. D'un point de vue technique, l'argumentation s'est focalisée sur l'existence d'un passif forcément rattaché à l'un ou l'autre des époux<sup>551</sup>, alors que dans la société, la personne morale soutient, à elle seule, les dettes engagées en son nom, à l'exclusion des associés. Le raisonnement est cependant à nuancer par la distinction du général et de l'universel. D'un point de vue général, effectivement, les dettes pèseront sur la société. Mais les créanciers imposeront la constitution de sûretés personnelles et réelles pour se protéger de l'insolvabilité de la société. Certes, la dette pèse toujours principalement sur la société mais l'insolvabilité gomme cette différence. D'un point de vue universalisant, la frontière entre ce qui relève d'une part des associés et d'autre part de la société personne morale est plus ténue. La suppression des représentations techniques du droit conduit à un tel constat. D'ailleurs, il faut plutôt distinguer selon les sociétés qui peuvent engager la responsabilité conjointe ou solidaire des associés.

---

<sup>550</sup> J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, 1932 ; F. TERRE, « Nature et régime matrimoniaux. Sur la thèse de Jean Carbonnier », in Mél. G. Champenois, Lextenso, 2012, p.795

<sup>551</sup> P. MALAURIE et L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n°40

195. **La nature de la communauté conjugale, société.** - Mode d'organisation d'une pluralité de biens dont les décisions sont prises par des associés, la société donne toute sa mesure notamment en prenant l'image des sociétés de personnes. Des auteurs ont insisté sur le caractère « sociétaire » de la communauté conjugale (Troplong, Duranton, Proudhon). Même si les situations sont différentes, un rapport peut être établi par analogie. Le refus d'accorder la personnalité à la communauté conjugale aboutit à rejeter la comparaison avec la société. Pourtant, deux arguments permettent une référence à la société. D'une part, il existe des sociétés sans personnalité morale, comme le prouve les sociétés en participation. D'autre part, le régime juridique qui structure les sociétés connaît des similitudes avec les régimes matrimoniaux. La multiplicité des régimes matrimoniaux, renforcée par la possibilité de conclure des conventions supplémentaires, rapproche d'autant plus la communauté conjugale.

## 2. La société

196. **La nature de la société, les thèses classiques.** - La définition de la société, posée à l'article 1832 du Code civil indique qu'elle est « instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Pour expliquer la nature de la société, deux thèses se sont affrontées régulièrement au cours des débats doctrinaux. La première thèse trouve dans le contrat le fondement de la société. Au soutien de cette affirmation la définition contient le terme « contrat » et la position de la société dans le Code civil entre deux types de contrats spéciaux donne la faveur à cette position. Des auteurs ont contesté la qualification de contrat au profit de celle d'acte unilatéral collectif (Bertrel, Flour, Aubert, Savaux, Roujou de Boubée, Marty, Raynaud)<sup>552</sup>. La deuxième thèse met en avant le caractère institutionnel de la société. G. Renard<sup>553</sup> et E. Gaillard<sup>554</sup> ont montré la pertinence d'un tel fondement, en procédant par analogie avec l'idée d'institution développée en droit public par M. Hauriou. L'institution permet de justifier la raison des règles d'ordre public ainsi que la distinction entre l'intérêt des associés et celui de la société. Mais elle éprouve des difficultés à justifier le contenu des règles d'ordre public et laisse peu de place à la volonté, pourtant essentielle dans les sociétés.

---

<sup>552</sup> J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », *in* Etudes à la mémoire d'Alain Sayag, Litec, 1997, p.133

<sup>553</sup> G. RENARD, *La théorie de l'institution*, Sirey, 1930

<sup>554</sup> E. GAILLARD, *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Lyon, 1932

197. **L'opposition limitée entre les thèses contractuelle et institutionnelle.** - Entre ces deux thèses, le fossé est important notamment à travers le rapport de la liberté et de l'ordre public. C'est en tout cas ce qui est régulièrement affirmé. Sous l'angle jusnaturaliste, la séparation entre le contractuel et l'institutionnel est moins nette. On ne parlera pas tant de division que de distinction. L'emploi d'un autre langage ouvre le problème de compatibilité par un éclairage plus adapté. Certes le contrat implique la volonté et même la libre volonté des parties dans l'existence et le contenu des règles qui s'imposeront à elles. Mais cette volonté libre n'est pas absolue, sans limite. Toute volonté est tendue vers un objet qui lui impose ses propres contraintes en raison de son essence et de sa finalité. La volonté ne peut changer la nature d'une chose arbitrairement. La possibilité théorique d'une volonté libre absolument dérive de la séparation de la volonté d'avec l'objet visé. Devenue autonome, la volonté n'est plus limitée par autre chose qu'elle-même. Or, cette séparation modifie substantiellement la logique. Alors que les thèses contractuelles et institutionnelles devraient être liées, elles sont désormais autonomisées. Sans contrainte extérieure, elles peuvent désormais acquérir le statut de fondement. Le choix entre le contractualisme et l'institutionnalisme est, en fait, celui d'une préférence accordée à la volonté ou à l'objet. Si on considère que la volonté, par sa liberté, s'impose face aux choses, le contractualisme est la conséquence directe de ce présupposé. Au contraire, si l'on estime que l'objet oppose une résistance non dépassable s'imposant aux individus, alors l'institutionnalisme sera préféré. Pourtant que ce soit l'une ou l'autre option, elles résultent d'une déformation car volonté et objet sont unis analogiquement.

198. **L'étude renouvelée de la nature de la société.** - De nouvelles thèses ont tenté d'éclaircir la nature de la société en dépassant les deux fondements traditionnels. Partant d'une distinction de la société et de l'entreprise, J. Paillusseau estime que la société est assimilée à une technique d'organisation juridique structurant l'entreprise<sup>555</sup>. La nature de la société doit être recherchée à travers sa fonctionnalité. L'idée est intéressante car elle entame la réflexion de manière plus inductive, c'est-à-dire en partant de la « manière » de gérer une entreprise et du régime juridique de la société pour remonter à des lignes unificatrices jusqu'à un principe premier figurant la société. *A priori*, la méthode exclut la nature pour une approche plus pragmatique. Pourtant, dans une certaine mesure, la nature n'est pas étrangère à ce procédé. La réduction de la nature à l'essence conduit à une telle exclusion. Mais, au sein

---

<sup>555</sup> J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Préf. Y. Loussouran, Sirey, 1967

de la nature, on sépare trop souvent l'essence de la chose de son exercice, ou activité<sup>556</sup>. L'exercice de la chose est un élément de la nature. Il ne s'agit pas d'affirmer que la nature se situe, même partiellement, dans les effets, mais de découvrir le dynamisme de la nature à travers la diversité des effets. La technique juridique ne suffit pas à cibler parfaitement la nature de la société car elle manque de spécificité. L'idée de technique juridique est susceptible de s'étendre à de nombreux modes d'organisation des biens. Cette théorie, renouant partiellement avec l'institution, a été contestée par une autre position structurée autour d'une vision renouvelée du contrat. La société serait liée à l'idée d' « agence ». Elle serait construite à partir d'un nœud de contrats plus à même de cerner la complexité des problématiques de la société. Emanation des théories originelles, ces deux nouvelles positions permettent de résoudre les difficultés laissées sans réponses. Pourtant, le champ de leurs limites ne fait que se déplacer dès lors que des présupposés constituent la base des raisonnements. D'autres théories pourraient encore émerger sans difficultés, présentant de nouveaux modèles attrayants, mais ils seraient touchés d'une même limite constitutive en ne remettant pas en cause la division du contrat et de l'institution. Pour pallier à ces inconvénients, des auteurs ont choisi la théorie paradoxale d'une double nature, alors que l'expression est elle-même contradictoire. Plus modestement, et en évitant l'emploi du mot « nature », d'autres auteurs se limitent à affirmer le double caractère contractuel et institutionnel de la société<sup>557</sup>. L'argumentation jusnaturaliste permet de s'attacher à la nature en remettant en cause les concepts initiaux (contrat, institution), plutôt que de les tenir pour acquis par la simple force des choses et du temps. Tel est l'un des intérêts du droit naturel.

199. **La société entre jusnaturalisme et pragmatisme.** - Sur un plan métaphysique, la distinction entre les théories contractuelles et institutionnelles trouve une source dans la rupture du lien analogique entre matière et forme. L'extension de cette division au rapport entre la volonté et la chose produit des effets similaires. La séparation de la matière et de la forme entraîne une nouvelle logique construite sur la hiérarchie où l'une des entités tente de se placer au sommet pour constituer le fondement explicatif de la réalité. La séparation de la volonté et de l'objet conduit à ériger l'un ou l'autre en première place avec la fonction d'expliquer la réalité des choses. Les discours relatifs au choix entre les théories contractuelles et institutionnelles ne peuvent aboutir qu'à certains types de réponses

---

<sup>556</sup> La jurisprudence nuance souvent ce défaut. Ainsi, l'affectio societatis est apprécié concrètement par le constat d'une implication effective des associés, Com. 3 juin 1986, *Rev. des sociétés* 1986. 585, note Y. G.

<sup>557</sup> M. Jeantin, Y. Guyon, Mercadal et Janin, J.-P. Bertrel

prédéterminées par la structure même des questions et à l'exclusion d'autres voies possibles. Il s'agit là d'un plan philosophique aux implications théoriques. Cela signifie que la découverte de présupposés ne s'oppose pas au choix opéré par le droit positif pour signifier les caractéristiques mises en avant (la liberté pour le contrat et l'ordre public pour l'institution). L'esprit pragmatique domine lorsque l'obscurité de certains présupposés empêche la remise en cause de données acceptées. En un sens, la démarche d'un recours à un pragmatisme posant les deux caractères n'est pas fondamentalement critiquable et ne s'oppose pas au droit naturel. Même en remontant et supprimant les présupposés, la nature de la société reste d'une grande difficulté à déterminer. Le droit positif, répondant à l'exigence de rendre le droit, doit arrêter sa réflexion pour fournir des solutions. Le pragmatisme, tout en gardant à l'esprit la force unificatrice et première de la nature, permet de combler les lacunes d'une connaissance limitée. Sans nature, il n'y a pas d'horizon régulateur et la multitude des données peut conduire à des conceptualisations bancales.

### 3. L'indivision

200. **La nature de l'indivision.** - P. Catala donne une définition de l'indivision qui est le « concours de plusieurs droits de même nature sur un même objet, sans qu'il y ait division matérielle des parts »<sup>558</sup>. Chaque indivisaire détient une quote-part du bien. L'indivision a été utilisée par certains auteurs pour éclaircir la nature de la communauté conjugale, de la société et de la copropriété. Pourtant, l'évidence de la nature de l'indivision n'est pas aussi marquée. Plusieurs tentatives ont été proposées mais sont restées infructueuses. L'indivision ne peut être assimilée à un terme ou une condition. L'absence de rétroactivité concernant le terme empêche toute justification de la propriété d'une quote-part du bien par les indivisaires avant le partage. De plus, le partage n'est pas soumis à une condition, puisque l'indivision a vocation à rester temporaire, sans qu'un événement extérieur ne soit requis<sup>559</sup>. Le rapprochement avec la personnalité morale<sup>560</sup> a également été rejeté parce que cette dernière implique une indépendance absente de l'indivision<sup>561</sup>. Il est pourtant vrai que le régime juridique de l'indivision s'en rapproche par certains aspects<sup>562</sup>. On retrouve une forme

---

<sup>558</sup> P. CATALA, « L'indivision », *Defrénois*, 1979, p.6-27

<sup>559</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n° 471

<sup>560</sup> G. SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, LGDJ, 1922

<sup>561</sup> A. SERIAUX, *Successions et libéralités*, Ellipses, 2012, n°186

<sup>562</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p.536 : « La loi de 2006 remet entièrement en cause cette façon de voir puisqu'elle engage nettement l'indivision dans le processus de personnification. Ce diagnostic n'est, pour l'heure, guère partagé par les auteurs, qui voient dans les récentes modifications un



d'intérêt commun, une répartition des bénéfices et pertes, l'existence d'un passif ou encore la réduction de l'unanimité<sup>563</sup>. Dans sa thèse sur la nature juridique de l'indivision, F. Delhay rapproche l'indivision de la société et, par conséquent, de la personnalité morale<sup>564</sup>, même s'il maintient la distinction des notions. L'auteur intitule l'un de ses chapitres : « L'explication des analogies entre l'indivision et la société envisagées sous l'angle de la personne morale »<sup>565</sup>. Le critère distinctif serait celui de la recherche d'un profit par la société mais non dans l'indivision.

201. **L'indivision comme modalité de la propriété.** - La partie majoritaire de la doctrine voit dans l'indivision une modalité communautaire de la propriété individuelle<sup>566</sup>. La nature de l'indivision découlerait ainsi de la nature de la propriété, ce qui déplace plus le problème qu'il ne le résout<sup>567</sup>. Cette conception a été rejetée par F. Zénati-Castaing et T. Revet au motif qu'elle serait une des conséquences de la réification de la propriété<sup>568</sup>. Il est vrai que le propriétaire, censé détenir un droit absolu, exclusif et perpétuel, ne semble pas avoir cette force dans le cas d'un bien indivis. Pour ces auteurs, la propriété n'est pas une chose mais une projection de la personne sur la chose.

202. **La nature de la copropriété.** - La copropriété est marquée par un lien entre des individus sur un même bien<sup>569</sup>. La proximité entre la copropriété et l'indivision conduit nombre d'auteurs à assimiler les deux notions<sup>570</sup>. La difficulté apparaît concernant les immeubles puisque les parties privatives sont reliées par des parties communes. Cette distinction est l'occasion d'un parallélisme fondé sur deux droits réels : un propriétaire pour sa partie privative sera également titulaire d'un droit de copropriété sur les parties communes. Dans cette optique, on en revient à déterminer la nature de la copropriété par la nature de la

---

simple renforcement de l'organisation de la gestion d'une propriété commune qui le demeurerait en la personne des indivisaires (Maurie et Aynès [...] ; Terré et Simler [...] ; Strickler [...] ; Matthieu-Izorche [...]).

<sup>563</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n° 472

<sup>564</sup> F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, Préf. J. Patarin LGDJ, 1968

<sup>565</sup> F. DELHAY. L'auteur reprend le décret du 28 décembre 1957 pour illustrer la ressemblance entre société et indivision : les fonds communs de placement n'ayant pas la personnalité juridique mais étant soumis aux règles des sociétés.

<sup>566</sup> C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, 11<sup>e</sup> éd., 2011, n° 174 : « La modalité est une forme particulière, accidentelle, c'est-à-dire non nécessaire, non essentielle d'un droit, qui par hypothèse, peut en présenter plusieurs, sans se dénaturer. La propriété est le genre dont la propriété indivise est une espèce ».

<sup>567</sup> *Supra* n°197

<sup>568</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p.534

<sup>569</sup> Procédant par analogie, Carbonnier établit un rapprochement avec la solidarité : « la copropriété ou indivision est « une modalité qui est au droit de propriété ce qu'est au droit de créance la solidarité active »<sup>569</sup>.

<sup>570</sup> F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2010, n° 558 : « en définitive, la synonymie s'impose » ; comp. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, p.536

propriété. D'autres positions ont été soutenues, allant jusqu'à réduire au maximum les parties privatives et donnant au propriétaire uniquement un droit de copropriété<sup>571</sup>. Cette position très poussée n'explique plus vraiment les droits individuels des propriétaires<sup>572</sup>. Elle illustre en tout cas un phénomène courant dans la détermination de la nature des choses : la recherche de la nature dans les extrêmes. Parmi les éléments principaux identifiant la nature d'une chose, les diverses théories émises sont tentées de faire primer l'un d'entre eux, souvent dans le but d'exposer plus clairement la spécificité de la notion. La tendance va jusqu'à supprimer les autres éléments considérés comme secondaires. Le mérite est celui de la simplification mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une déformation. L'exemple donné pour les sociétés<sup>573</sup> se retrouve dans tous les cas d'études de la nature des choses.

### *B. LES RAPPORTS ANALOGIQUES*

203. **L'étude de la « nature » avant son objet.** - Il est particulièrement intéressant de constater l'emploi de certaines « structures » pour expliquer la nature des autres. La communauté conjugale peut se définir comme indivision ou société, la société renvoie à l'indivision pour partie, la personnalité fait corps avec la société dans la plupart des cas. Autrement dit, toutes ces notions se déterminent réciproquement sans que la nature de l'une d'entre elles soit parfaitement établie. Toutes les incertitudes relatives à la nature de ces modes d'organisation des biens trouvent une partie de leur origine dans les objets eux-mêmes et l'autre partie dans la détermination de l'idée de « nature ». Or, ce dernier point est, le plus souvent, complètement occulté dans les diverses tentatives d'éclaircissements des notions étudiées. Les limites rencontrées dans la compréhension résultent davantage d'une méconnaissance de la nature plutôt que de l'objet visé. L'étude de la nature apporte son lot de réponses et explique les raisons pour lesquelles d'autres réponses ne peuvent être trouvées car elles ne sont pas accessibles<sup>574</sup>. Le droit positif suit le droit naturel mais trouve sa légitimité à s'en détacher lorsque des contraintes pratiques l'imposent.

204. **L'importance de la cause dans la détermination de la nature.** - L'objet étudié, que ce soit la communauté conjugale, la société, l'indivision ou la copropriété, ne doit pas être apprécié comme un objet autonome. Il faut en revenir aux causes pour lier des notions qu'on

---

<sup>571</sup> M. AZOULAY, *Le droit de copropriété par appartements*, Paris, 1956

<sup>572</sup> J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, op. cit., n° 540

<sup>573</sup> *Supra* n° 196 s.

<sup>574</sup> *Supra* n° 26

veut trop vite autonomiser pour les comprendre plus facilement. Les théories du droit divisent d'où la construction de théories univoques axées sur un fondement unique et autonome. La complexité de la nature ne peut justifier une « autonomisation » de son objet que dans un second temps et dans la conscience maintenue que la chose visée est une entité causée. Bref, le recours à l'autonomie relève de la fiction assumée lorsqu'elle est nécessaire. Par exemple, la cause de la communauté conjugale est dans celle du mariage. L'étude du mariage est un préalable nécessaire. De même, l'étude de la société requiert celles du « contrat » et de l'« institution ». Poursuivant, il faut voir dans le contrat un accord de volonté. Il s'agit alors d'expliquer ce qu'est un « accord » ainsi qu'une « volonté ». La chaîne particulièrement longue qui en résulte aboutit à complexifier démesurément la question de la nature. Si la recherche est nécessaire, le droit positif peut et doit, en attente d'études plus poussées, se contenter des données acquises et représentant au mieux la notion étudiée.

## SECTION 2. LA DIFFICULTE D'UN RESPECT DE LA NATURE DANS LES QUALIFICATIONS

205. **La rigueur des catégories.** - Le droit positif, dans son élaboration, nécessite l'emploi de concepts et de catégories dans le but de structurer et rationaliser les rapports patrimoniaux entre les personnes. Ces concepts et catégories sont des instruments techniques au service des relations patrimoniales. Ils ne sont pas réduits à leur instrumentalisation<sup>575</sup>. La force par laquelle ils s'imposent, révèle une certaine « réalité » dont il faut déterminer les contours. La récurrence d'états de faits ou de situations, provoque la constitution progressive d'abstractions par le biais de concepts et de catégories. L'étude de la nature des choses, à partir d'une argumentation jusnaturaliste, constitue le préalable à une critique possible. Deux difficultés majeures se dressent lors de l'abstraction des situations. D'une part, la relativité tend à nuancer toute référence à la nature puisqu'elle marque une indétermination chronique sans issue. Dès lors que toute expression de la nature est lestée d'une finitude dans sa compréhension, il devient difficile de savoir si une variation, au sein d'une notion, se rattache

---

<sup>575</sup> Parler d'instrumentalisation est toujours délicat. En effet, un même concept est parfois susceptible d'un double statut : substantiel et instrumental. Son caractère substantiel n'empêche pas de s'en servir comme d'un instrument. Le problème survient lorsque le caractère instrumental absorbe la dimension substantielle jusqu'à la faire disparaître. La nature de la « dispense » n'empêche pas de l'exprimer à travers l'idée d'une *atteinte* à la force obligatoire ou d'une *exception* aux règles impératives. Cf. C. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, Préf. de P. Conte, éd. Panthéon Assas, 2010, p.26

à la relativité ou à la finitude de la connaissance. Il s'agit de distinguer le plan de la relativité et l'ordre de la nature des choses (§ 1). D'autre part, les choses s'exposent au regard comme des phénomènes revêtant chacun une apparence. Entre le phénomène tel qu'il se montre et la signification intrinsèque de la chose, un écart se produit. Le droit tente d'atteindre la réalité des choses au-delà de l'apparence qui les habille. Deux choses offrant une même apparence bénéficieront d'une même qualification juridique alors que la réalité de leur signification peut différer fondamentalement. Les implications au niveau des effets juridiques justifient la tentative jurnaturaliste de distanciation entre la nature et l'apparence (§ 2).

## § 1. UNE DIFFICULTE DANS LE DEPASSEMENT DE LA RELATIVITE

### A. LA RELATIVITE DES CONCEPTS

#### 1. La relativité du point de vue de l'existence

##### a. Le patrimoine comme « réalité »

##### α. Eléments généraux

206. **Définition et intérêt du patrimoine.** - Le Code civil ne donne pas de définition du *patrimoine*<sup>576</sup>, et emploie des substituts plus sobres avec *les biens* ou *tous les biens*<sup>577</sup>. Il est communément présenté sous la forme d'une universalité de droit qui lie les créances et les dettes en faisant répondre l'actif du passif ; en cela, on se situe dans le cadre posé par C. Aubry et C. Rau<sup>578</sup>. Le patrimoine, universalité de droit, apparaît autant comme un contenant, une enveloppe<sup>579</sup> que comme un contenu<sup>580</sup>. Il faut distinguer l'universalité de fait de

<sup>576</sup> O. JALLU, *Essai critique sur la continuation de la personne*, Paris, 1902, p.96 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, op. cit., p.3, n°2 ; D. TOMASSIN, dans la préface de la thèse de A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois, 2007, p.V ; R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz, 2011

<sup>577</sup> R. SEVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », in *Les biens et les choses*, APD, t. 24, 1979, p.247 : on en déduit que le patrimoine est « non pas un terme empirique et directement opératoire mais un terme théorique » ; « on caractérise généralement les lois théoriques, qui composent une théorie scientifique, comme comportant des termes non directement observables ou mesurables, au moins dans l'état actuel des processus d'observation et de mesure »

<sup>578</sup> B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Defrénois*, 2009, p.507 ; V. WESTER-OUISSE, « Aubry et Rau et la division du patrimoine », *LPA*, 14 décembre 2009, n°248, p.4 et suiv.

<sup>579</sup> J.-M. BRUGUIERE, A. MAFFRE-BAUGE, « Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ? », *Droit et Patrimoine*, n°133, janv. 2005, p.69 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p.3, n°2

l'universalité de droit<sup>581</sup>. Selon C. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, deux éléments constitutifs caractérisent tous types d'universalités : d'une part, l'universalité est un ensemble de biens (« ce lien diffère suivant chaque universalité ; il n'est pas toujours de même nature »)<sup>582</sup>, d'autre part les éléments sont distincts de l'universalité (« l'identité d'une universalité n'est pas altérée par la modification des biens qui la constituent »)<sup>583</sup>. Le patrimoine a cette particularité de contenir des choses différentes non seulement en degré mais surtout en nature. Plus encore, les mouvements d'entrée et de sortie des choses n'altèrent pas le sens du patrimoine. Ils contribuent même à en préciser la spécificité<sup>584</sup>. Le patrimoine regroupe sous une « unité » des choses dont la nature diffère. Des auteurs ont critiqué la notion de patrimoine telle qu'elle était présentée en fournissant une critique de la notion d'universalité de droit. Ainsi, P. Cazelle estime qu'il n'y a pas de patrimoine mais uniquement des droits patrimoniaux<sup>585</sup> et R. Demogue y voit une conception de l'esprit<sup>586</sup>. Indépendamment du patrimoine, l'universalité de droit a été considérée comme une simple faculté juridique (O. Jallu)<sup>587</sup> voire une notion trop floue, sans portée juridique (J. Mouchet)<sup>588</sup>. Passée cette brise, la doctrine actuelle s'accorde majoritairement sur la qualification d'universalité de droit dont les conséquences sont particulièrement lourdes.

**207. Intérêt de la qualification d'universalité de droit.** - L'intérêt de cette qualification (de la nature en conséquence) réside dans l'application d'un régime commun à des biens qui, de par leur nature différente, devraient supporter un régime juridique différent. L'autre aspect correspond à l'interaction des droits contenus dans le patrimoine. C'est ce qui justifie que l'actif réponde du passif. Concernant l'existence d'effets communs impliqués par des choses regroupées dans une universalité de droit, il faut nuancer. Certaines choses (par leur nature) opposent une résistance suffisamment forte pour justifier un régime au moins partiellement spécifique. Une universalité de fait répond de la même façon par une uniformisation des effets juridiques mais elle ne surmonte pas non plus la spécificité de certains biens. Ainsi, le fonds de commerce unifie l'ensemble des biens qu'il contient et permet, au titre de son statut d'universalité de fait, des opérations différentes de celles qui auraient été nécessaires en

<sup>580</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t.I, Paris, 1891, p.728, n°1205

<sup>581</sup> A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, Préf. R. Libchaber, LGDJ, 2008

<sup>582</sup> C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., p.13-14

<sup>583</sup> *Ibid.*

<sup>584</sup> R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Préf. J. Bonnet, Sirey, 1932, p.305

<sup>585</sup> P. CAZELLE, *De l'idée de continuation de la personne*, Paris, Rousseau, 1907

<sup>586</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911

<sup>587</sup> O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, Paris, 1902

<sup>588</sup> J. MOUCHET, *De la nature juridique du fonds de commerce et de son nantissement*, Paris, 1910

prenant les éléments du contenu indépendamment les uns des autres. De plus, le fonds de commerce ne prend pas la nature de ses propres éléments. Il reste distinct et sa nature s'apprécie comme un bien incorporel<sup>589</sup>. Pourtant l'un comme l'autre subissent les assauts émanés de la nature des choses. Si la loi est considérée comme le critère de distinction<sup>590</sup>, son attraction ne suffit pas à imposer un régime totalement unitaire face aux spécificités de la nature. Le rapport entre les biens et le patrimoine reste à éclaircir parce que la diversité des biens implique une absence d'uniformité. Par exemple, A. Sériaux se positionne en faveur d'une compréhension des « degrés de la patrimonialité » car certains biens « constituent, davantage que d'autres, l'avoir légitime d'une personne. Sans paradoxe, l'on peut dire que participent d'autant plus de la patrimonialité ceux des biens d'une personne qui sont destinés à demeurer plus longtemps en sa possession »<sup>591</sup>.

**208. Patrimoine, subrogation réelle et fongibilité.** - La subrogation réelle est, selon le dictionnaire de l'Association Capitant, est une « fiction de droit par laquelle (dans une universalité) un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités »<sup>592</sup>. On ajoutera que la chose de remplacement subira le même régime juridique que celui établi en fonction de la nature de la chose initiale. Le Code civil en trouve des traces aux articles 855, 1406, 1434 et 1435. Certains auteurs, notamment au 19<sup>e</sup> siècle, ont expliqué le mécanisme de la subrogation réelle, inhérente au patrimoine, par la notion de fongibilité. C. Aubry et C. Rau et E. Paulmier<sup>593</sup> pensent qu'une valeur qui entre dans une universalité juridique est subrogée de plein droit à celle qu'elle y remplace. Ce serait la conséquence de la fongibilité des éléments du patrimoine »<sup>594</sup>. La résistance de la nature de certaines choses a impliqué de nombreuses critiques de cette théorie (R. Gary, M. Planiol, G. Ripert, Picard)<sup>595</sup>.

<sup>589</sup> J. DERUPPE, « Fonds de commerce », Rép. Com., Dalloz, p.21, n°156

<sup>590</sup> F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2010, p.23, n°17

<sup>591</sup> A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p.811

<sup>592</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Subrogation ; sur cette définition, voir la critique de E. SAVAUX, « Subrogation réelle », op. cit., p.2, n°1, qui estime que « directement inspirée des thèses classiques en la matière, ne reflète pas la nature, le domaine et les effets actuels de cette institution ». L'auteur précise que la subrogation réelle constitue, en réalité, une technique permettant la conservation d'un droit dont l'existence est menacée par la disparition du bien sur lequel porte (directement ou indirectement) par le report de ce droit sur un nouveau bien ». Capitant évoque l'impossibilité d'en donner une bonne définition à moins d'employer un « qualificatif très-compréhensif », H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD civ.* 1919, p.385-387

<sup>593</sup> E. PAULMIER, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, G. Jacob, 1882

<sup>594</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1952, p.32

<sup>595</sup> R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Préf. J. Bonnet, Sirey, 1932, p.305. L'auteur critique la justification de ce mécanisme par le biais de la subrogation réelle et privilégie la fongibilité : « Dans les universalités de droit, les éléments se substituent les uns aux autres sans qu'au point de vue juridique rien ne soit changé pour la bonne raison que ces éléments ont été considérés du point de vue de leur caractère économique et non pas dans leur individualité respective. Pourquoi faire intervenir la notion de subrogation

209. **La théorie classique du patrimoine-personnalité.** - Les initiateurs de cette voie, C. Aubry et C. Rau<sup>596</sup>, ont produit une théorie en privilégiant le lien entre la personne juridique et le patrimoine jusqu'à en établir une identité, retransposée à partir de la nature de l'homme elle-même. On ne conçoit plus une personne sans patrimoine ni un patrimoine sans une personne à sa tête. Les critiques issues du caractère nécessaire de cette liaison ont été récurrentes<sup>597</sup>. Ainsi, le G. Cornu, traitant de la proposition selon laquelle toute personne a nécessairement un patrimoine, parle d'une « abstraction désarmante » et d'une « espérance naïve »<sup>598</sup> tandis que A. Sériaux évoque un « appareil pseudo-mystique »<sup>599</sup>. La théorie a été propulsée avec une vigueur telle que le patrimoine a conservé une inertie suffisante pour durer dans le monde juridique. Le droit de gage général, qui permet d'engager tous ses biens présents et à venir, bénéficie, avec un patrimoine conceptualisé a posteriori, d'une assise plus stable. L'unité c'est la simplicité, il est vrai, mais lorsqu'elle contredit la réalité, on n'en sort plus des contradictions. On insistera sur la critique de G. Wicker : « C'est donc un lien direct qui s'établit dans la théorie classique entre l'idée d'identité des personnes humaines et juridiques, et l'affirmation du caractère univoque de la relation de la personne et du patrimoine. Or, cette seconde proposition conduit à multiplier les fictions juridiques, car la théorie classique ne peut parvenir à la justifier techniquement de telle façon qu'elle puisse coïncider avec la réalité du droit »<sup>600</sup>. Trois termes sont à relever : *identité*, *univoque* et *réalité*. Tout d'abord, l'identité de deux entités ne peut être appréciée que sur le même plan (onto-)logique. C'est le contexte d'une univocité, renforcée par une lecture essentialisante de l'être qui conduit à une telle solution. Autrement dit, la théorie fait ressortir davantage une image du patrimoine (par excès d'essentialisation) que sa réalité plus complexe. Lorsqu'on

---

réelle dans la notion de patrimoine ? » ; p.306 : « Ce caractère abstrait qui fait de toute universalité, de fait ou de droit, un tout juridique est dû, répétons-le à la nature propre de la notion de fongibilité » ; M. DE LA GRASSERIE, « Etude sur la fongibilité juridique », RGD, 1911, p.133 et suiv. « C'est grâce à elle qu'un objet s'efface devant l'idée de sa valeur abstraite ».

<sup>596</sup> On lie souvent la pensée d'Aubry et Rau à Kant par le biais de Zachariae. Certains auteurs trouvent des racines plus profondes dans une lecture médiévisite du droit romain sous l'influence du nominalisme (Zenati-Castaing). Quoiqu'il en soit, il faut veiller à assimiler Kant au subjectivisme de Aubry et Rau dans la proportion qui est la leur. D'une part, le subjectivisme kantien doit être apprécié non comme un idéalisme transcendantal (sur ce point cf. A. PHILONENKO, *L'œuvre de Kant. La philosophie critique*, t.1, Vrin, 2003, p.105, qui critique le « phénoménisme subjectif »). D'autre part, il ne faut pas oublier le néokantisme, notamment celui de l'Ecole de Marbourg. Ainsi pour Hermann Cohen, l'homme n'acquiert la personnalité juridique que lorsqu'il devient membre d'une association.

<sup>597</sup> J.-P. VERSCHAVE, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, ARNT, 1985

<sup>598</sup> J. CARBONNIER, *Les biens*, op. cit., p.10, n°5

<sup>599</sup> A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p.802

<sup>600</sup> G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997, p.182

combine l'abstraction d'une nature réifiée et l'essence formalisée d'un patrimoine, on aboutit à une construction théorique très simplifiée, mais qui entraîne (paradoxalement) de nombreuses difficultés. Selon une lecture plus riche et jusnaturaliste du patrimoine et de la personne, on évincera ces présupposés, en rendant possible l'idée d'une pluralité de patrimoines rattachés à une seule personne. La pratique confirme ce point de vue. C'est, en quelque sorte, dans l'*exercice* du fonctionnement du patrimoine que ce concept se comprend d'autant mieux plutôt que comme un principe logique a priori dans lequel le patrimoine serait un objet parmi d'autres. De nombreux assauts ont fragilisé la position classique comme en témoignent les « biens de famille » (1909), la déclaration d'insaisissabilité (2003 et 2008), l'EURL (1985 ; qui est un contournement), les procédures collectives, les successions, jusqu'à l'EIRL<sup>601</sup>.

**210. Justification jusnaturaliste de la conception du patrimoine-personnalité.** - L'élément clef est l'identification du patrimoine à la personne juridique en même temps qu'à la personne<sup>602</sup> ainsi qu'aux conséquences tirées de ce constat, à savoir l'indivisibilité. On ne voit pas en quoi la logique imposerait une telle conséquence sans possibilité d'y déroger. Derrière cette hypothèse, c'est la nature de l'homme qui est en question. L'unité de la personne, issue de sa nature correspond à une nature dévoyée. Elle oublie que la nature ne doit pas être hypostasiée, réifiée au risque de considérer ses *états* non comme des modes d'exercice concret mais comme l'image d'une chose statique<sup>603</sup>. Dans une approche plus positive, la théorie du patrimoine-personnalité a le mérite de révéler l'unité de la personne au-delà des différentes figures qu'elle peut prendre dans ses activités.

**211. La concurrence du patrimoine-affectation.** - Brinz et Bekker apparaissent comme les initiateurs allemands de la théorie du patrimoine-affectation<sup>604</sup>. Le patrimoine n'est plus identifié à la personne juridique mais prend sa dimension autour d'un ensemble de biens partageant une finalité commune. Le but fonctionne comme l'élément unificateur, et se substitue à la personne dans la justification de l'existence d'un patrimoine. La référence à la

---

<sup>601</sup> J.-D. PELLIER, « La nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD com.* 2013, p.45-58

<sup>602</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Personne, droit et existence*, éd. Bière, 2009, p.122

<sup>603</sup> A. DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Vrin, 2002, p.75

<sup>604</sup> Sur la mésinterprétation de la pensée de Brinz, cf. F. BELLIVIER, « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France », in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, ss. la dir. De O. Beaud et de P. Wachsmann., *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série n°1, PUF, 1997



personne n'est cependant pas niée, à moins de tomber dans un excès inverse de la théorie du patrimoine-personnalité. En France, G. Plastara a suivi ce raisonnement d'affectation en raison d'un but commun, tout comme H. Gazin<sup>605</sup> et Speth, chacun établissant des distinctions. Ainsi, Speth distingue entre les patrimoines général, d'affectation et résiduaire. Plus récemment et sous différentes formes, S. Guinchard et G. Wicker ont permis de voir l'absence d'opposition de fond entre l'affectation et la personnalité.

212. **Patrimoine-affectation et arguments jusnaturalistes.** - La réduction de la portée de la volonté dans la possibilité de séparer des patrimoines ne reflète pas toutes les potentialités de la nature humaine. La composition de la nature humaine est une voie pertinente afin d'opérer une critique de l'interdiction du patrimoine-personnalité. La volonté fait partie de la nature humaine. Cette volonté s'exerce en vertu de la liberté des personnes. Il n'existe pas de liberté absolue, de liberté sans objet qui la guiderait. Le refus du patrimoine-affectation, c'est, en quelque sorte, le refus de la liberté de la personne. Dans la théorie du patrimoine-affectation, l'individu est libre de séparer ses biens, mais il est soumis au but dont ces choses sont affectées. Il ne peut affecter une chose à un but contradictoire. Dans la théorie du patrimoine-personnalité, la nature est réduite à une image statique. La théorie du patrimoine-affectation sous-entend une nature humaine comprise dans son exercice et son existence sans pour autant justifier une liberté sans limite car les choses lui donnent son cadre.

213. **La fiducie.** - C'est, entre autres, par la fiducie que la théorie du patrimoine-affectation a pris une place plus importante. L'affection influence les droits du fiduciaire. Ce dernier est titulaire d'un droit de propriété<sup>606</sup> finalisé, ce qui signifie qu'il doit agir en considération d'une fin déterminée en employant des moyens conformes à cette fin. La masse des biens prend le statut d'universalité de droit imposant une interaction entre l'actif et le passif. Mais la séparation des patrimoines n'est pas absolue<sup>607</sup>. L'article 2025 du Code civil dispose qu'en cas d'insuffisance du patrimoine du fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ses créanciers. De plus, une clause limitant l'obligation au passif fiduciaire n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée. Au-delà de l'aspect technique

---

<sup>605</sup> H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Dijon, 1910

<sup>606</sup> F. BARRIERE, « Fiducie », Rép. civ. Dalloz, 2008, n°56

<sup>607</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions...*, op. cit., p.377 ; F. BARRIERE, « Fiducie », Rép. civ. Dalloz, 2008, n°65

du régime juridique de la fiducie<sup>608</sup>, il faut distinguer entre la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté. En instrumentalisant la propriété comme garantie, on lui octroie une fonction nouvelle, orientée vers une dimension financière<sup>609</sup>. Certes, une lacune existait face au *trust*<sup>610</sup> mais ce dernier l'emploie dans un contexte culturel<sup>611</sup> différent avec des mécanismes protecteurs proportionnés à un droit compris d'une autre manière. L'étude de la fiducie montre que sa nature ne dépend pas que d'elle-même parce qu'elle s'intègre dans un univers qui s'impose à elle et dont elle tire sa nature. Autrement dit, la fiducie renvoie autant à un discours technique issu de sa forme qu'à une dimension issue de sa cause finale tournée vers la justice<sup>612</sup>.

β. L'existence du patrimoine

214. **Approche jusnaturaliste concernant l'existence du patrimoine.** - L'étude du patrimoine est vivifiée dès lors qu'il n'est plus pris en soi, comme concept autonome, mais à partir des choses en rapport avec les personnes. Ce qui se présente réellement, c'est le rapport de la chose à la personne ou de la personne à la personne. Même dans l'hypothèse où une personne ne possède aucun bien et n'est débitrice d'aucune dette, le patrimoine est considéré comme quelque chose d'existant, toujours attaché à la personne. Si les choses contenues dans le patrimoine n'ont pas d'incidence sur sa qualification théorique, on peut douter que sa réalité dépende des choses qu'elle contient. Il faut alors se rapprocher de la personne. Mais le raisonnement connaît des limites. Il faudrait, pour ne laisser aucun doute, remettre en cause ce constat d'un maintien du patrimoine en cas d'absence d'actif et de passif. A défaut de réponse immédiate, la nécessité d'une chose pour que le patrimoine existe, reste envisageable. L'idée est d'autant plus intéressante que le patrimoine se donne à voir uniquement lorsqu'il a un contenu. Classiquement, le patrimoine est une émanation de la personne. Il s'agit d'explorer cette hypothèse. Le patrimoine est une image pécuniarisée de la personne. Il est une image partielle car la personne ne s'y réduit pas. Par un processus d'abstraction, la personne est signifiée par le patrimoine pour la part pécuniaire qu'elle représente. Une abstraction consiste à séparer des éléments d'une entité. Le résultat obtenu varie entre le genre le plus éloigné de l'individu ou l'espèce la plus proche. Autrement dit, l'effort d'abstraction permet d'enlever

---

<sup>608</sup> J.-P. DOM, « La fiducie-gestion et le contrat de société », *Rev. sociétés* 2007, p.481 ; S. PRIGENT, « Premiers pas en fiducie dans le code civil », *AJDI* 2007, p.280 ; A. HINFRAY, « La fiducie et le bail commercial en droit français », *AJDI* 2012, p.85

<sup>609</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Personne, droit et existence*, éd. Bière, 2009, p.131

<sup>610</sup> C. LARROUMET, « La fiducie inspirée du trust », *D.* 1990, p.119 ; B. CHAPPUIS, « Trust et fiducie en Suisse », *D.* 2007, p.1648

<sup>611</sup> *Infra* n° 628

<sup>612</sup> *Infra* n° 620 et suiv.

plus ou moins d'éléments allant du spécifique au général. Ces « traits » par lesquels se dessine le patrimoine lui sont particuliers mais peuvent, séparément, relever de la participation à d'autres concepts lorsque certains d'entre eux s'agrègent. La jonction de ces autres concepts est susceptible de permettre d'atteindre un résultat équivalent à celui atteint par le patrimoine. Compris comme instruments, ils suppriment l'existence du patrimoine en justifiant leur propre existence, notamment par l'accomplissement des mêmes fonctions. Mais ces « traits » entretiennent un rapport commun qui peut faire dire que le patrimoine, comme les autres instruments qui le concurrencent<sup>613</sup>, participent d'une unité plus grande, achevée dans la personne, et dont ils ne sont que des représentations. Dès lors que l'Idée se singularise dans les choses et les personnes, elle perd sa qualité d'Idée tout en devenant accessible à l'esprit. Devant la diversité de ces choses, l'abstraction, selon la voie empruntée, peut tirer à elle certains éléments plutôt que d'autres. Ainsi, la construction d'un système théorique privilégiera certaines représentations (celles qui sont les plus proches de l'idée). Cela expliquerait la diversité des représentations possibles, ainsi que leur statut prioritaire par rapport à d'autres représentations qui participeraient de la même idée sous une autre forme. On en revient à la détermination de la nature du patrimoine qui ne se comprendrait, en fait, que dans le cadre de la nature d'une entité plus « grande ». Ainsi, la nature du patrimoine ne serait plus la première question à poser pour avoir une réponse, ni celle relative à son existence. C'est la dialectique de la partie et du tout. On remarque que sans dialectique, on est susceptible de rester enfermé dans les seules voies qu'offre la question. La question : *y a-t-il une existence du patrimoine*, tend à enfermer les réponses dans une alternative entre le oui et le non, alors que d'autres réponses sont envisageables.

b. La personne morale comme « fiction »

α. Éléments généraux

215. **Définition et intérêt de la personnalité morale.** - On désigne sous cet intitulé la « fiction en vertu de laquelle un groupement, un organisme, est considéré comme un sujet de droit en soi, une entité distincte de la personne des membres qui le composent »<sup>614</sup>. A ce titre, elle dispose des droits de la personnalité, possède la capacité juridique et un patrimoine

---

<sup>613</sup> Cf. les voies empruntées par B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse ss. dir. de M. Grimaldi, Paris, 1998 et D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Préf. P. Jestaz, LGDJ, 2003

<sup>614</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Personnalité morale

propre<sup>615</sup>. Sans personnalité morale, l'ensemble des biens affectés à un but serait soumis au régime de l'indivision. Les implications sont nombreuses parmi lesquelles on compte quatre points principaux. Tout d'abord, l'indivision est précaire, chacun pouvant demander le partage ; elle n'est aussi qu'une juxtaposition factuelle de droits indivis d'où la soumission à la loi de l'unanimité ; ensuite chaque créancier peut poursuivre sa créance sur les biens personnels du débiteur ; enfin l'action en justice devrait être exercée par chaque indivisaire<sup>616</sup>. Le régime juridique de la personne morale est avantageux dans le cadre d'une activité économique. Cependant, elle pose des problèmes d'unification théorique à travers les « variétés » d'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, et concernant surtout son autonomie vis-à-vis de ses membres<sup>617</sup>. Sur ce dernier point, les sociétés anonymes par actions fournissent l'exemple le plus caractéristique d'un détachement entre les actionnaires et la personne morale<sup>618</sup>.

**216. Nature de la personnalité morale.** - Contrairement à A. Ponsard, il serait imprudent de dire que les recherches sur la nature de la personnalité morale ont peu d'influence sur le droit positif. Certes, les multiples théories ne favorisent pas l'unité d'une pensée, mais elles constituent autant d'aspects du concept dont la précision du régime juridique nécessite la détermination de l'essence dudit concept<sup>619</sup>. De nombreuses tentatives se sont essayées à une recherche de la nature juridique de la personnalité morale, dont les difficultés ont conduit à parler d'une « extrême malléabilité de la qualification » (G. Wicker)<sup>620</sup>, d'une « plasticité »<sup>621</sup> ou d'une nature « relative »<sup>622</sup> (P. Malaurie), d'une notion « fuyante » (G. Goubeaux)<sup>623</sup> ou encore d'une « abstraction » (J. Moreau)<sup>624</sup>. Des auteurs ont tenté de montrer l'inconsistance

<sup>615</sup> R. RAFFRAY, *La transmission universelle...*, op. cit. ; G. GOUBEUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in Etudes dédiées à René Roblot, LGDJ, 1984, p.210 : « L'autonomie patrimoniale des personnes morales est fort relative. Il faut déjà faire la part des règles propres à certaines d'entre elles, qui permettent aux créanciers de franchir les limites du patrimoine de l'être moral pour atteindre les biens personnels des membres ».

<sup>616</sup> P. MALAURIE, *Les personnes*, Defrénois, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 352

<sup>617</sup> G. WICKER, « Personne morale », Rép. civ. Dalloz, 1998, p.2, n°2

<sup>618</sup> P. MALAURIE, « Nature juridique de la personnalité morale », *Defrénois*, 1990, p.1074

<sup>619</sup> AUBRY et RAU, I, 7<sup>e</sup> éd., par A. Ponsard, Lib. Tech., 1954, n°211, note 2 : au demeurant le rapport établi par l'auteur entre le concept juridique de personnalité et le monde des valeurs à l'exclusion du monde de l'être est, à notre sens contestable. On ne saurait en effet comprendre l'être sans la valeur et inversement.

comp. P. MALAURIE, Nature juridique de la personnalité morale, *Defrénois*, 1990, p.1074

<sup>620</sup> G. WICKER, « Personne morale », Rép. civ. Dalloz, 1998, p.2, n°5

<sup>621</sup> P. MALAURIE, « Nature juridique de la personnalité morale », *Defrénois*, 1990, p.1068

<sup>622</sup> *Ibid.*, p.1074. Cette position est pertinente en ce qu'elle cherche une nature, non en soi, mais par rapport à un objet, c'est-à-dire le groupement.

<sup>623</sup> G. GOUBEUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in Etudes dédiées à René Roblot, LGDJ, 1984, p.199

<sup>624</sup> J. MOREAU, *Droit administratif*, Coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 1989, n°18. On précisera en disant que l'abstraction, qui enlève les accidents d'une « substance », est le moyen pour aboutir à l'essence.

de la notion (G. Jèze qui en conteste la réalité ; M. Planiol qui y voit uniquement la persistance de la propriété collective) voire essayé de lui substituer un équivalent. Ainsi, L. Duguit, rejetant la notion de personnalité morale, lui préfère celle d'acte-règle. La négation de la personnalité morale a pu également passer par une problématique plus vaste : celle du rapport entre patrimoine et sujet. La personnalité morale est ainsi considérée comme un patrimoine d'affectation par lequel les biens se maintiendraient d'eux-mêmes sans référence à une personne morale. Cette théorie, adaptée notamment aux fondations et aux EURL, n'explique pas la possibilité d'acquérir des biens « au-delà de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de leur but ou qui, à l'inverse, peuvent ne pas avoir de biens »<sup>625</sup>. Bien que la théorie de la réalité soit d'origine allemande, deux auteurs allemands importants en ont aussi contesté l'existence : Savigny et Ihering. Pour les partisans de la personnalité morale, différentes théories ont émergé du flot doctrinal. Enfin, sans rejeter la notion de personnalité morale, celle-ci peut être présentée comme relative. Sous un angle jusnaturaliste, la question est de savoir si la personnalité morale est une notion du droit naturel. La réponse est commune aux autres concepts : la personnalité morale a une essence en tant que concept nominal. A ce titre, elle se doit de respecter le principe d'identité qui fait qu'elle est ce qu'elle est. Relativement aux choses qui ont une nature, un respect réciproque de son essence et de leurs natures s'impose pour éviter les contradictions. Reste à comprendre ce que recouvre la nature de la personne morale. La diversité des personnes morales nécessite de rassembler ce qui leur est commun notamment une finalité atteinte par les efforts de personnes physiques agissant en son nom<sup>626</sup>.

**217. La théorie dite de la réalité.** - Cette théorie, dominante actuellement sous l'impulsion initiale de L. Michoud, octroie la personnalité lorsqu'une organisation, suffisamment établie en vue d'intérêts collectifs légitimes distincts, exprime une volonté au-delà de celle de ses membres<sup>627</sup>. La jurisprudence suit cette voie notamment à propos de l'ensemble des créanciers au stade des procédures de faillite ou des syndicats de copropriétaires concernant

---

<sup>625</sup> C. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive... », in *Mél. en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p.123 ; P. MALAURIE, « Nature juridique de la personnalité morale », *Deffrénois*, 1990, p.1072, n°10

<sup>626</sup> J.-P. GRIDEL, « La personne morale en droit français », *RIDC* 1990, p.498

<sup>627</sup> Pour une définition plus complète : « Une tradition semble s'être solidement établie de la concession de la personnalité morale aux groupements dotés d'une structure organisée, pourvus d'organes de délibération et de représentation, ayant à leur disposition des capitaux et revenus à mettre en œuvre pour la réalisation du but prospecté et s'étant révélés à la collectivité par l'accomplissement de formalités de publicité », cité par C. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive... », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p.122

les immeubles divisés par appartements<sup>628</sup>. La jurisprudence, issue de l'arrêt de principe de la 2<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 1954, a permis de structurer des apports législatifs insuffisants<sup>629</sup>. Les juges sont donc aptes à déclarer l'existence d'une personne morale, mais les conditions auxquels ils sont soumis, rendent leur rôle marginal<sup>630</sup> : d'une part, il faut un ensemble d'intérêts collectifs structurés autour d'une organisation ; d'autre part, que la loi n'empêche pas la déclaration de la personnalité morale<sup>631</sup>.

### β. L'existence de la personne morale

218. **La personne morale entre fiction et réalité.** - Dans le cadre d'une société, la personne morale est distincte des associés. Elle détient un patrimoine et est orientée vers son intérêt social. Cette dissociation entre la personne morale et les associés pose problème lorsqu'un conflit naît entre l'intérêt de l'un et celui des autres. Un système de hiérarchie doit être mis en place afin d'éclaircir les priorités en fonction des circonstances. Or cette distinction entre la société et les associés relève d'une fiction, ce qui se répercute sur l'idée de hiérarchie. La personne morale n'existe, au plein sens du terme qu'à travers des personnes physiques. Elle en est une émanation originale, ayant acquis un certain degré d'autonomie, car elle joint plusieurs volontés unies vers un but commun. Elle est la représentation de ces volontés. Mais dès que la personne morale est autonomisée complètement, elle devient une simple fiction, un instrument technique d'organisation juridique. Autrement dit, la possibilité de son existence dépend d'une cause qui lui donne sa réalité. La détermination de la nature de la personne morale nécessite non une étude de la notion en premier lieu, mais un regard sur sa cause. On en revient aux mêmes difficultés que pour le patrimoine, notamment au regard de la diversité des théories allant jusqu'à contester l'intérêt voire l'existence de la notion. Si la personne morale est une abstraction de la personne physique, d'autres abstractions sont possibles à partir d'éléments différents de la personne physique. La personne morale devient purement instrumentale et peut être remplacée par d'autres abstractions, participant toutes d'une Idée qui les dépasse. Le retour aux causes implique une remontée aux principes. Mais le caractère pratique du droit justifie de poser une règle à suivre. Cette règle peut relever d'une fiction. Le simple fait de procéder par fiction n'est pas critiquable dès lors que les contraintes

---

<sup>628</sup> Sur ces points, B. TEYSSIE, *Les personnes*, LexisNexis, 14<sup>e</sup> éd., 2014, n°797-802

<sup>629</sup> C. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive... », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p.127

<sup>630</sup> J.-P. GRIDEL, « La personne morale en droit français », *RIDC* 1990, p.498

<sup>631</sup> *Ibid.*, p.498 ; J. C. MAY, « La société : contrat ou institution ? » in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p.122

pratiques du monde juridique le commandent. Ce qui est nécessaire, c'est la connaissance de la proportion de fiction par rapport à la mesure de ce dont elle est la fiction et qui lui donne ce statut. L'intérêt réside dans le régime juridique. Etant donné que le régime juridique dépend de la nature de la notion visée, la moindre erreur conduit à produire des effets juridiques non conformes à ce qu'ils devraient être. La détermination de la nature de la personne morale, et de son existence, ne doit pas se limiter au concept lui-même sans ses causes. Toute analyse qui évince les causes choisit, en fait, un présupposé qui servira lui-même cause. Elle produit alors un raisonnement sur le plan de la validité, ce qui réduit sa portée car la théorie présentée est d'une égale valeur aux théories élaborées selon d'autres présupposés.

## 2. La relativité du point de vue du contenu : l'ordre public

219. **Pluralité insuffisante des définitions de l'ordre public.** - Pour définir l'ordre public, on fait alternativement appel aux notions de tranquillité et de sécurité, à la force particulière des règles de droit qualifiées d'ordre public ou encore à des valeurs fondamentales qui méritent une protection accrue<sup>632</sup>. Pour M. Planiol, il y a nécessité d'un ordre public lorsque l'intérêt général risquerait de ne pas aboutir par la liberté laissée aux individus de ne pas s'y conformer. Cette définition est cependant moins pertinente aujourd'hui qu'à l'époque de la naissance du Code civil tant les variations dans l'ordre public se sont fait sentir<sup>633</sup>. On a pu dire qu'il existait d'une part un ordre public classique conservateur, judiciaire et négatif, d'autre part, un ordre public contemporain économique, social et professionnel<sup>634</sup>. Pour mieux cerner la notion, est apparue la distinction entre l'ordre public de protection<sup>635</sup> et l'ordre public de direction<sup>636</sup>. Alors que le premier permettrait de protéger l'équilibre d'un contrat, le second serait centré sur un *corpus* de valeurs à protéger. La frontière de la distinction n'est pourtant pas si évidente. Il existe une interaction entre ces deux plans dans la mesure où le social n'est pas divisible de l'économique. On parlera davantage d'une différence de degré que de nature<sup>637</sup>. Derrière ces distinctions théoriques se cachent le débat jusnaturaliste du

---

<sup>632</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V<sup>o</sup> Ordre public ; on a pu dire qu'il s'agissait d'une « notion cadre », in J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001, p.184 ; B. FOVARQUE-COSSON, « L'ordre public », in 1804 – 2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p.473 : « Aucune [définition] ne s'est imposée comme universelle ».

<sup>633</sup> J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. civ. Dalloz, 2004, p.3, n°1

<sup>634</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n° 649

<sup>635</sup> G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in Etudes offertes à Jacques Flour, Defrénois, 1979, p.95-115

<sup>636</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p.390

<sup>637</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., n°650 ; dans le même sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, Sirey, 15<sup>e</sup> éd., 2012, n°297

« contrat social » (Hobbes, Locke, Rousseau) dont l'idée repose sur la place de la contractualisation autant dans la détermination du contenu des règles que dans l'attribution d'une force contraignante<sup>638</sup>.

220. **Approche jusnaturaliste de l'ordre public.** - Compris comme instrument, l'ordre public sert à protéger des valeurs. Son contenu résulte d'une histoire dont les enseignements ont permis de savoir ce qui devait être vraisemblablement protégé même si ce contenu a été mis en cause par des évolutions qui en ont marqué la relativité. Des règles protectrices posent des bornes au-delà desquelles la volonté ne peut s'aventurer. Ainsi, l'article 6 du Code civil dispose qu'on ne peut déroger par conventions aux règles qui intéressent l'ordre public. Deux voies sont permises quant à la présentation de l'ordre public. D'une part, il peut relever de la conjonction de principes supérieurs. Ils constitueraient des modèles par lequel les choses s'ordonneraient. D'autre part, l'ordre public peut s'énoncer à partir des choses, des situations. Il s'agit du rapport entre une logique juridique *a priori* et un contenu déterminé *a posteriori*. Dans les deux cas, ces chemins se confrontent à un même rapport à la généralité, d'où une limite. La seconde voie apporte une détermination supplémentaire lorsque la chose est appréciée dans sa constitution ontologique. Ce n'est pas la chose comme appartenant à un genre qui sera contraire à l'ordre public mais cette chose-ci, individualisée dans son existence<sup>639</sup>. Une chose peut être illicite parce qu'elle participe d'un genre qui l'est mais son existence apporte une différenciation excluant l'illicéité pour un cas particulier. C'est tout l'office du juge de savoir juger de la pertinence des frontières issues des catégories juridiques. La nature de la chose implique la considération de son essence et de son existence. L'approche jusnaturaliste, en nuancant les frontières théoriques du droit positif par un retour aux choses mêmes, illustre l'intérêt de sa démarche. L'argumentation jusnaturaliste double son intérêt en remettant en cause le sens de l'« ordre public » par l'explicitation des présupposés liés à cette notion. L'ordre public renferme des valeurs à travers une certaine conception du monde. L'ordre public est le reflet de l'ordre des choses (de la nature des choses). Or, une lecture réaliste ou subjectiviste de cet ordre conduira à engager des termes souvent identiques, mais revêtant des significations et des portées différentes.

---

<sup>638</sup> G. PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC* janv. 2013, p.251 et suiv.

<sup>639</sup> Le regard sur la chose singularisée emprunte une voie dont l'aboutissement se confond avec l'équité en rapport avec une nature des choses, C. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, Préf. de P. Conte, éd. Panthéon Assas, 2010, p.279



*B. LA RELATIVITE DES CATEGORIES*

221. **Les grandes dualités ont vocation à recouvrir tout le champ du droit.** - La particularité des dualités est qu'elles imposent un choix exclusif entre l'une ou l'autre des options. Une chose sera soit dans le champ patrimonial, soit dans le champ extra-patrimonial. Un droit sera soit réel, soit personnel. L'intérêt découle de la cohérence d'un régime juridique unifié. La difficulté survient lorsque la dualité en question ne correspond pas parfaitement à la *réalité*. Dans ce cas, le principe de départ étant faussé, les déterminations finales subissent le même sort. S'il est vrai que chaque notion est définie en droit, le concept visé en dit davantage que sa simple définition<sup>640</sup>. Les concepts inhérents à une définition indiquent la présence de présupposés nécessaires. Or ces derniers méritent un éclaircissement, seul apte à juger de la pertinence des distinctions posées. Déjà, la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial porte à contestation. On peut en dire autant de celles entre droit réel et droit personnel, entre fait juridique et acte juridique entre institution et contrat.

222. **Critiques du choix des catégories.** - Les distinctions duales fonctionnent comme des catégories. A l'intérieur de ces catégories s'organisent des subdivisions à plusieurs niveaux. Lorsqu'on part de l'individu numériquement distingué, qu'on remonte d'espèces en espèces à partir de l'extraction des différences spécifiques, on parvient au genre le plus élevé. D'une part, les rapports entre les différents niveaux sont cohérents, selon le principe : tout ce qui est dans l'espèce est déjà dans le genre mais de manière indéterminée<sup>641</sup> ; d'autre part, les genres ne communiquent pas entre eux. Certes, on est loin des catégories d'Aristote dont la vocation est de parler des genres suprêmes. Ici, la vocation est celle de genres régionaux, c'est-à-dire restreints au droit. Il n'en reste pas moins que la structure logique fournit une grille de lecture intéressante dans l'étude de l'harmonie globale des grandes notions duales du droit. Lorsque la frontière est incertaine entre deux catégories, le doute s'installe sur la thématisation correcte de l'essence de la catégorie. C'est cet aspect qui permet d'ouvrir une critique sur le fondement d'une argumentation jusnaturaliste à travers notamment le respect du principe d'identité.

---

<sup>640</sup> J. BRUN, *Aristote...*, *op. cit.*, p.37 : « Le concept peut être distingué de la définition. Le concept est l'essence d'une chose dans la pensée ».

<sup>641</sup> A. DE LIBERA, C. MICHON, *L'être et l'essence. Le vocabulaire médiéval...*, *op. cit.*, p.42

1. L'institution et le contrat

a. Eléments relatifs à l'institution

223. **Contours de la notion d'institution.** - En un sens large, l'institution est l'ensemble des « éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale », des « mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité »<sup>642</sup>. Des récurrences permettent de clarifier les contours de la notion. Parmi elles, on compte l'unité de l'institution qui regroupe une multitude de situations factuelles diverses, la cohérence des règles applicables, comprises les unes par rapport aux autres dans leur interdépendance, la permanence de l'institution à travers l'évolution de la société, la force particulière revêtue par les règles comme s'imposant à une volonté même contraire, la finalité inscrite dans l'institution elle-même et qui ordonne l'importance, la valeur et la force des règles. Ces quatre caractères non exhaustifs sous-entendent la référence à une valeur supérieure qui leur donne ces qualités et justifie les spécificités du régime juridique applicable. Celui-ci sera unitaire, cohérent, permanent, contraignant et orienté vers la valeur que l'institution est censée servir, à commencer par la personne. Tous ces aspects permettent de révéler les « avantages » liés à la notion d'institution. Premièrement, l'institution permet « un remembrement rationnel des règles en corrigeant ce que la division du droit en branches pourrait avoir de superficiel ou de trop absolu »<sup>643</sup>. Sous la diversité des règles de droit réparties dans les différents codes, l'institution se maintient au-delà de cette dispersion et véhicule une unité de compréhension nécessaire à la cohérence du droit. Ensuite, elle assure une protection des individus en limitant toute volonté contraire de s'y opposer. Tel est le cas pour les déséquilibres économiques entre des parties. Dans ce cas, une partie faible<sup>644</sup> acceptera de contracter même à son désavantage relatif. La notion d'institution, en limitant la volonté et contredisant d'autant plus l'autonomie de la volonté, est l'exemple d'une réalité qui s'impose à la volonté. Enfin, l'institution a l'avantage de la prévisibilité, d'une part parce que les règles sont plus stables que dans le contenu contrats et, d'autre part, parce que les problèmes d'interprétations sont résolus, non par la recherche d'une volonté commune parfois aléatoire, au profit d'une interprétation fondée sur ce que protège l'institution en tant que valeur permanente. Mais la notion d'institution est susceptible de difficultés d'éclaircissements dans son principe et dans ses

---

<sup>642</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Institution

<sup>643</sup> J. DABIN, *Théorie générale...*, op. cit., p.103, n°89

<sup>644</sup> Sur la qualification, on distinguera entre le faible et le consommateur, expression rationalisée et contextualisée du faible. De même, le faible est une notion plus transversale que le pauvre, comp. S. DION-LOYE, « Le pauvre appréhendé par le droit », *RRJ* 1995-2, p.440

conséquences. Dans son principe, elle peut, à l'image des notions d'incorporel, d'universalité, de propriété et de monnaie, s'étendre de manière démesurée voire totalisante<sup>645</sup>. C'est d'ailleurs une critique récurrente de l'institutionnalisme parce qu'étant partout elle ne marque plus sa spécificité. Cela a une incidence importante au niveau des conséquences. Il faut laisser une place au contractualisme, c'est-à-dire à la volonté engagée dans l'existence sans quoi la rigidité risque de scléroser l'institution.

224. **Le cadre théorique de la notion d'institution.** - Les études concernant la notion d'institution ont été nombreuses notamment à partir du 19<sup>e</sup> siècle. Certes, le mot existe depuis l'antiquité et était même employé dans son opposition au droit naturel par les auteurs jusnaturalistes des 17<sup>e</sup> et 18<sup>e</sup> siècles<sup>646</sup>, mais sa portée prend une nouvelle dimension au sein de l'institutionnalisme à partir de M. Hauriou. Au cœur de la notion d'institution, et quelle que soit la diversité des courants qui s'y rattachent, il y a toujours un fait social vécu. Or, analyser les *faits*, ce n'est jamais que tenter d'analyser la *réalité*. C'est ce qui justifie une approche juridique mais également sociologique. La sociologie s'est détournée de l'approche juridique par laquelle l'institution était étudiée à partir des règles de droit qui la constituait, pour privilégier une approche faisant de l'institution un fait de même valeur que tout autre fait. C'est ce qui conduit par exemple G. Almond et S. Verba à apprécier l'institution comme le résultat de la rencontre de faits plus fondamentaux<sup>647</sup>. Cette relativité s'exprime notamment au moyen d'une relativisation et d'une minimisation des règles de droit<sup>648</sup>. Si la position des juristes maintient la place centrale des règles de droit, les conflits d'interprétations apparaissent principalement au niveau de la compréhension des *faits*. La permanence sous-jacente aux *faits* doit être éclairée afin de cibler s'ils appartiennent à une institution, et en cas de réponse affirmative, à quelle institution. C'est toute la problématique de l'interprétation des faits qui entre en jeu, avec le risque d'un décalage par rapport à leur statut réel. Ces réductions sont de divers ordres : par rupture du lien analogique, essentialisation de l'existence, suppression de l'exercice au profit de la quiddité, primauté d'un transcendant, réification d'un état.

---

<sup>645</sup> *Infra* n°356 et suiv.

<sup>646</sup> J. DABIN, *Théorie générale...*, *op. cit.*, p.21, note 3

<sup>647</sup> D. DULONG, *Sociologie des institutions politiques*, La Découverte, 2012, p.13

<sup>648</sup> *Ibid.*

225. **L'institutionnalisme chez M. Hauriou.** - Pour M. Hauriou<sup>649</sup>, « une organisation sociale devient durable, c'est-à-dire conserve sa forme spécifique, malgré le renouvellement continu de la matière humaine qu'elle contient, lorsqu'elle est instituée, c'est-à-dire lorsque, d'une part, l'idée directrice qui est en elle dès le moment de sa fondation, a pu se subordonner le pouvoir du gouvernement, grâce à des équilibres d'organes et de pouvoir, et lorsque, d'autre part, ce système d'idées et d'équilibres de pouvoirs a été consacré, dans sa forme, par le consentement des membres de l'institution aussi bien que du milieu social »<sup>650</sup>. L'institutionnalisme de M. Hauriou se distingue de l'objectivisme de L. Duguit. Dans sa démarche, M. Hauriou choisit de dépasser les antinomies plutôt que de supprimer un des termes de ces antinomies, comme L. Duguit l'avait fait à travers le rejet des droits subjectifs et ces incidences, sur la propriété par exemple, désormais considérée comme une fonction sociale. L'opposition est nette mais on a pu apprécier certains liens entre les auteurs. Tel est le cas de J. Dabin qui trouve le concept d'institution chez L. Duguit dans la distinction entre « règles juridiques normatives », visant un principe directeur et « règles juridiques constructives ou techniques » mettant en application ces principes directeurs. Pour J. Dabin, « la norme enveloppée de règles constructives : c'est à peu près l'équivalent de l'institution juridique »<sup>651</sup>.

226. **L'institutionnalisme chez G. Renard.** - L'œuvre de G. Renard est continue, progressive, comme en expansion, mais toujours vers une clarification de positions antérieurement parfois incertaines. On trouve, dans l'évolution de sa pensée, comme un esprit augustinien, dépassant ses doutes vers l'établissement final d'une doctrine puissante et solide. Sa théorie de l'institution n'y fait pas exception. Dans un premier temps, elle est présentée dans *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique* (1930), avant d'être précisée, voire rectifiée, dans *La philosophie de l'Institution* (1939). Il s'agit d'abord de considérer son premier ouvrage. La démonstration de G. Renard porte sur le fait que les personnes nouent des relations juridiques qui les lient en fonction de leur statut de sorte que cette position et ce

---

<sup>649</sup> On relève deux positions chez Hauriou concernant l'institution. Nous tenons compte de sa position de 1925. Sur ce point, E. MILLARD, « Les théories italiennes de l'institutionnalisation », in *Contrat ou Institution : enjeu de société*, LGDJ, 2004, p.33 : « Une approche ontologie [...] en 1925, empreinte à la fois d'un incontestable questionnement métaphysique et d'un sociologisme qui a su lire Durkheim : conception métaphorique de l'institution *per se*, dans laquelle l'institution n'est plus dans l'Etat mais qui fait de l'Etat lui-même une institution, une institution comme les autres, une institution parmi d'autres ». Pour une approche normative de l'institution, cf. P. DUBOUCHE, « Pour une théorie normative de l'institution », *RRJ* 1993-3, p.739 s.

<sup>650</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1916, cité par J.-C. BILLIER, A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001, p.228

<sup>651</sup> J. DABIN, *Théorie générale...*, *op. cit.*, p.101, n°87

lien révèlent une institution qui les domine à travers une autorité protectrice<sup>652</sup>. La réalité assumée de l'institution se double de celle déjà affirmée de l'individu. L'auteur établit ensuite un parallèle avec la justice : « il y a une justice qui garantit le droit de la personne humaine vis-à-vis de ses semblables, justice commutative, - une autre qui garantit le droit de l'individu vis-à-vis du corpus social, justice distributive - et une troisième qui détermine le devoir de chacun de contribuer aux fins de la communauté dont il relève, justice générale »<sup>653</sup>. Justice et bien commun sont liés à l'institution<sup>654</sup>. De ce bien commun et de cette justice découle l'idée d'une « vertu de conservation »<sup>655</sup>, d'une permanence de l'institution à travers le flot des événements. L'ensemble se situe dans l'unité du droit naturel. G. Renard pose un ensemble de distinctions entre les thèses institutionnelles et contractuelles. Le contrat peut prendre fin par la simple volonté des parties alors que l'institution, par l'autonomie qu'elle a acquise, échappe à ses fondateurs. Cette autonomie a même une vocation perpétuelle ce qui n'est pas le cas d'un contrat dont la durée est soit indéterminée, soit limitée à un maximum. La relativité du contrat implique une égalité entre les parties selon un rapport qui reste subjectif, tandis que la finalité de l'institution imprime une hiérarchie à respecter en fonction d'une objectivité<sup>656</sup>. Pourtant la différence peut parfois s'estomper entre ce qui relève du contrat et de l'institution parce que ces notions se transforment de manière à se rapprocher l'une de l'autre ; elle « se combinent et s'entrecroisent, et les nuances qui s'ensuivent forment une série continue »<sup>657</sup>. Le contrat d'adhésion en est un exemple<sup>658</sup>. Les éléments de définition de l'institution et sa distinction d'avec le contrat emportent une relecture de toutes les notions du droit. Renard prend l'exemple de la propriété. Une question jusnaturaliste ancienne a été de savoir si la propriété relevait d'une transcendance insérée dans le droit ou si elle découlait de simples rapports conventionnels entre les individus. Sans choisir l'une ou l'autre option, G. Renard réinterprète la question en supprimant la rigidité de la distinction : « à côté de la propriété individuelle, il existe une propriété institutionnelle, c'est-à-dire ordonnée à une fin qui dépasse la personnalité de celui qui la possède »<sup>659</sup>. Cette conception institutionnelle est fondamentale en ce qu'elle permet de voir sous un jour nouveau tous les concepts du droit à l'image de la propriété. Plus encore, au niveau non pas des concepts du droit mais du droit lui-même, la notion d'institution ouvre une nouvelle vue par la remise en cause de ce que G.

<sup>652</sup> G. RENARD, *La théorie de l'institution*, op. cit., p.26 ; J. DABIN, *Théorie générale...*, op. cit., p.21

<sup>653</sup> G. RENARD, *La théorie de l'institution*, op. cit., p.31

<sup>654</sup> *Ibid.*, p.XIV

<sup>655</sup> *Ibid.*, p.31

<sup>656</sup> *Ibid.*, p.364

<sup>657</sup> *Ibid.*, p.410

<sup>658</sup> *Ibid.*, p.424

<sup>659</sup> *Ibid.*, p.374

Renard avait, dans un premier temps, nommé « droit naturel à contenu progressif », dont il tenait la formule pour une expression d'origine thomiste non thématifiée<sup>660</sup>. Désormais, l'expression est évincée au profit d'une conception institutionnelle du droit naturel<sup>661</sup>. Cette évolution relativise les critiques qu'a pu subir Renard (notamment de Felice Battaglia<sup>662</sup> et d'Enrico Di Robilant<sup>663</sup>).

**227. L'institutionnalisme chez G. Renard, approche analogique.** - Dans *La philosophie de l'Institution*, G. Renard réoriente son œuvre à partir de sa compréhension récente de l'analogie<sup>664</sup>, notion qui vient colorer la totalité de ses réflexions. C'est, en quelque sorte, la patine définitive de son œuvre, qui permet de dire que l'effort est arrivé à son terme. Ainsi, le mouvement déjà produit à propos de la propriété s'étend à la notion de personnalité morale. L'analogie permet d'apercevoir des modes multiples de la personnalité morale, non limitée à une catégorisation rigide pré-établie et confinée par la position dominante d'un courant majoritaire. En outre, G. Renard rattache la personnalité morale au bien commun dont elle participe comme à un premier analogué<sup>665</sup>. Le même raisonnement se tient pour la fiducie<sup>666</sup>. Pour G. Renard : « Entre la raison analogique et le concept générique ou spécifique, c'est la différence du souple au rigide, du continu au discontinu, partant, du concret à l'abstrait et, du même coup, du principe des choses et de la racine des idées à leur enveloppement extérieur, et encore de l'intuitif et de l'expérimenté au défini »<sup>667</sup>. C'est, en somme, la distinction de l'universel et du général. L'analogique permet d'échapper tant à la rigidité de l'univocité qu'à la relativité de l'équivocité. En cela, l'analogie dépasse toute autre mesure.

#### b. Le contrat

**228. Définition de l'acte juridique.** - On définit classiquement l'acte juridique comme la manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. La particularité de l'évolution des études de droit a conduit à insister davantage sur le contrat que sur l'acte juridique. Dans

---

<sup>660</sup> *Ibid.*, p.XXVII

<sup>661</sup> G. RENARD, *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939, p.74

<sup>662</sup> F. BATTAGLIA, *La crisi del diritto naturale*, Venezia, La Nuova Italia, 1929

<sup>663</sup> E. DI ROBILANT, *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico*, F. Giappichelli Editore, Torino, 1954, p.64 et suiv.

<sup>664</sup> Pour les définitions proposées : G. RENARD, *La philosophie de l'institution*, *op. cit.*, p.87-88

<sup>665</sup> *Ibid.*, p.84

<sup>666</sup> *Ibid.*, p.61

<sup>667</sup> *Ibid.*, p.74

la pratique, l'espèce a pris le pas sur le genre<sup>668</sup>. L'acte juridique est un genre qui se subdivise en sous-espèces : conventions, contrats, contrats synallagmatiques, vente, cette vente-ci. Toute définition ne prend sa mesure qu'à travers la nature qui la soutient. La nature donne l'identité de cette « chose-là », lui fournissant un cadre et excluant ce qu'elle n'est pas. Selon la méthode inverse, dire ce qu'elle n'est pas, c'est révéler indirectement ce qu'elle est. La distinction entre acte et fait en est une illustration. Mais cette séparation du fait avec l'acte, lorsqu'elle est présumée sans avoir été préalablement mise à la critique, peut enfermer l'interprète dans une forme prédéterminée de réponse parce que le type de question génère une restriction des solutions permises<sup>669</sup>.

229. **Approche jusnaturaliste de l'acte juridique.** - On peut en trouver des traces, par exemple chez G. Renard, par la référence à l'Ordre qu'il insère dans sa définition de l'acte juridique : « L'acte juridique est toute manifestation de volonté qui, par son adaptation à l'Ordre, est apte à produire, dans l'agencement des rapports sociaux, les modifications recherchées par son auteur »<sup>670</sup>. La définition est attrayante car elle rappelle que la liberté des parties n'est pas totale. Il reste que la notion d'Ordre doit être comprise, en l'espèce, selon un mode analogique, non comme un fondement<sup>671</sup>, sans quoi elle n'aurait plus du tout la même portée. Un des points fondamentaux de l'acte correspond à la nécessité du lien qui lie la volonté au but visé. Il y a bien une volonté en tension vers un but. Des auteurs classiques ont insisté sur ce point (Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, Carbonnier). En ce sens, l'objet est lié continuellement au sujet car il vectorise une volonté qui ne peut vouloir « à vide ». C'est un des points de distinctions avec le fait juridique. Il a cependant été reproché, en cas de lecture trop restrictive, que la conséquence serait l'adoption d'une conception psychologique de l'acte juridique avec des effets pervers<sup>672</sup>. On a proposé des solutions au problème. Tel est le cas de E. Gounot<sup>673</sup> par le biais d'une lecture restrictive l'acte juridique et extensive du fait juridique. Une autre approche a semblé plus équilibrée, par laquelle, « il y a acte juridique en

---

<sup>668</sup> R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif*, Préf. Catala, LGDJ, 1990, p.6, n°12 ; comp. J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1971, p.40-46 ; E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat...*, op. cit., p.29, n°16 : « La doctrine contemporaine relève en effet que rationnellement les règles générales devraient être édictées à propos du genre : l'acte juridique, et pas seulement d'une espèce : le contrat ».

<sup>669</sup> M. BASTIT, « Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique », in *L'acte juridique*, *Droits*, n° 7, 1988, p.11-12

<sup>670</sup> G. RENARD, *Le droit, l'ordre...*, op. cit., p.153

<sup>671</sup> J.-L. MARION, *Sur la théologie blanche de Descartes*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 1991, p.20

<sup>672</sup> J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Préf. P. Raynaud, Sirey, 1951 ; comp. C. BRENNER, « Acte », *Rép. civ.* Dalloz, 2013, p.5, n°22

<sup>673</sup> E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, Rousseau, 1912

présence d'une manifestation de volonté tendue vers un effet de droit et nécessaire à sa production, tandis qu'il y a fait juridique dans le cas contraire »<sup>674</sup>.

230. **La nature des contrats.** - L'acte juridique est une manifestation de volonté<sup>675</sup> destinée à produire des effets de droits. A l'intérieur de cette définition, on distingue d'une part, les contrats et, d'autre part, les conventions. Le contrat est inclus dans la convention<sup>676</sup> car elle contient une différence spécifique portant sur l'effet de droit produit. Il ne s'agit pas d'un quelconque effet de droit mais plus précisément d'une obligation<sup>677</sup>. Ceci ne donne que la définition, or la *nature* découle des concepts contenus dans la définition. La nature du contrat dépend de la connaissance préalable de ce qu'est une « manifestation », une « volonté », une « production » et des « effets de droit ». Parallèlement, c'est en ciblant une différence spécifique par rapport à un genre commun que la nature peut apparaître. Ainsi, M. Fabre-Magnan, à l'appui de l'article 1134 du Code civil, estime que la force obligatoire du contrat<sup>678</sup> est de l'essence du contrat. Usant du principe de l'identité par le verbe *être*, l'auteur exprime qu'« un accord non obligatoire ne pourrait pas être juridiquement qualifié de contrat »<sup>679</sup>.

231. **Primauté relative du volontarisme comme fondement des contrats.** - La théorie volontariste, résultant d'une conception kantienne particulière<sup>680</sup>, s'est trouvée être au sommet de l'explication de l'ordre juridique français même si elle a été critiquée fortement. Encore faut-il distinguer son rôle justificatif *a posteriori* de son fondement *a priori*<sup>681</sup>. Souvent absolutisée, tant comme explication que comme fondement, l'autonomie de la volonté est

---

<sup>674</sup> C. BRENNER, « Acte », Rép. civ. Dalloz, 2013, p.6, n°24

<sup>675</sup> J.-L. GAZZANIGA, « Domat et Pothier. Le contrat à la fin du l'ancien régime », in *Le contrat, Droits*, n° 12, 1990, p.39-40

<sup>676</sup> Sur le sens et l'esprit du mot « convention », cf. J.-M. TRIGEAUD, « Convention », in *Vocabulaire fondamental du droit, APD*, t. 35, Sirey, 1990, p.13 et suiv.

<sup>677</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, n°7

comp. J. GHESTIN, « La notion de contrat », in *Le contrat, Droits*, n°12, 1990, p.17-24

<sup>678</sup> Sur la notion de force obligatoire du contrat, cf. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD Civ.*, 1999, p.771 et suiv. ; comp. L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002

<sup>679</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.62-63

<sup>680</sup> J.-M. TRIGEAUD, « Autonomie », *Dictionnaire universel*, p.200 : « le fameux principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle souffre d'un malentendu : l'autonomie désigne l'indépendance dans une perspective individualiste et elle fait apparaître le consentement comme capable d'être directement générateur de droit [...]. Or ces vues sont éloignées du kantisme véritable qui vise la personne dans sa dimension rationnelle et, à travers elle, la société formée par les personnes, fins en soi universelles » ; comp. E. PUTMAN, « Kant et la théorie du contrat », *RRJ* 1996-3, p.687-690

<sup>681</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique, op. cit.*, n°104



cependant entourée, dans le Code civil, d'un large manteau de restrictions<sup>682</sup>. La volonté se donne sa propre loi, à laquelle elle s'oblige par la suite, selon la proportion de l'objet voulu<sup>683</sup> et en fonction de l'ordre public qui s'impose. Du point de vue de l'individu, des présupposés se dégagent à travers une conception abstraite de l'homme dont l'usage de la raison et l'égalité de tous devant la loi permettraient d'agir systématiquement pour son propre bien. On perçoit toute la limite de ces hypothèses plus factuelles et contingentes que nécessaires. Le principe de l'autonomie de la volonté est une déformation de la volonté elle-même. Coupée de l'objet visé, elle valorise l'indépendance du sujet face à l'objet. L'individu n'est plus actif-dans-le-monde, il n'est que posé-dans-le-monde. Le droit naturel, loin de rejeter la volonté, l'apprécie sous une autre forme, par un retour à une conception réaliste. La volonté est liée à l'objet qu'elle vise, dans un rapport analogique.

**232. Les implications de l'autonomie de la volonté.** - Le principe de l'autonomie de la volonté est attrayant car il explique un certain nombre de règles de droit, issues du Code civil, parmi lesquelles on compte entre autres : l'absence d'exigence de formalités en principe ; la liberté contractuelle<sup>684</sup> considérée comme un dérivé de l'autonomie ; l'interprétation des contrats par le juge qui recherche la commune intention des parties, l'impossibilité pour le juge de réviser les contrats de lui-même (*Canal de Craponne*<sup>685</sup>) ; les contrats en cours ne sont soumis qu'à la législation en vigueur au moment de la formation du contrat ; l'effet relatif des contrats, l'intangibilité des contrats<sup>686</sup>. Pourtant, on pourrait réduire la portée justificatrice de chacun des thèmes abordés, voire les contester tous<sup>687</sup>. Il est vrai que l'article 1134 du Code civil contient la formulation « les conventions légalement formées », ce qui remet au centre la loi comme source de la force des contrats, à laquelle la volonté ne vient que s'agréger accessoirement. La volonté n'est plus que l'occasion offerte par la loi de naître comme obligation. L'article 6 du Code civil confirme cette position de primauté de la loi même si son

<sup>682</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, p.51

<sup>683</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.63

<sup>684</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in *Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.83-107 ; G. TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », in *Mél. Louis Baudouin*, 1974, Montréal, p.223 ; B. OPPETIT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p.244 ; F. NIGGEMANN, F. JONGLEZ DE LIGNE, « La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile », *Gaz. Pal.* 2009, n°298-300, p.21-26

<sup>685</sup> Cass., civ., 6 mars 1876, « Canal de Craponne »

<sup>686</sup> G. PAISANT, « Introduction » in *Que reste-t-il du principe de l'intangibilité des contrats ?*, *Dr. et Patrimoine*, n°58, mars 1998, p.42-45 ; C. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Dr. et patrimoine*, n°58, mars 1998, p.56

<sup>687</sup> A. BENABENT, *Les obligations, op. cit.*, n° 56 : les contrats imposés, les contrats imposés avec liberté de choix des contractants, liberté de contracter mais absence de choix du contractant (droits de préemption)

analyse *a contrario* a justifié le principe de liberté contractuelle<sup>688</sup>. L'esprit kelsenien est à l'œuvre, repris en France par G. Rouhette, pour qui la force obligatoire se tire de la norme supérieure, c'est-à-dire la loi<sup>689</sup>. Prenant acte de toutes ses limites, certains auteurs ont préféré employer l'expression de « volontarisme social » pour signifier une faculté d'organiser librement le contenu des prestations, sous réserve du respect du droit objectif<sup>690</sup>.

**233. Objectivation et réification de la volonté.** - Voulant pallier aux limites de l'autonomie de la volonté, la théorie de l'attente légitime tente de dépasser l'incertaine notion d'intention personnelle. J. Carbonnier privilégie une lecture moins psychologique et plus orientée vers la parole, c'est-à-dire la pensée extériorisée<sup>691</sup>. Il ne faut cependant pas établir un nouveau présupposé liant la volonté et la rationalité. Certes, la volonté est rationnelle mais elle est aussi l'expression de ce qui dépasse une rationalisation dont les degrés sont d'ailleurs variables. En liant rationalité et volonté, on pourrait en déduire un peu trop vite que l'autonomie est nécessairement présente, dès lors que la volonté est rationnelle<sup>692</sup>. Cette formule peut sembler juste, mais elle renferme une réduction dans son principe. Dans une approche jusnaturaliste, ce qui se présente, ce n'est pas tant la volonté que la *chose voulue*<sup>693</sup>.

b. La relativité de la dualité

**234. L'insuffisance du critère de la liberté.** - L'institution, tirée des situations factuelles, révèle les valeurs qui la guident. Ces valeurs nécessitent une protection mise en œuvre par le législateur et dont les individus ne peuvent se soustraire. L'ordre public marque la limite au-delà de laquelle la volonté des individus ne peut s'engager. C'est normalement un point de

<sup>688</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., n°105

<sup>689</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, op. cit., p.66 ; Sur une analyse de la position de Rouhette, cf. E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat...*, op. cit.

<sup>690</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., n°110 : « Toutefois, dans cette compréhension nouvelle, la formule même d'autonomie de la volonté devient une référence ambiguë »

<sup>691</sup> F. GORE, Rapport général, in Les modes non formels d'expression de la volonté, Travaux de l'Association H. Capitant, t. XX, Dalloz, 1972, p.9 et s. : « la déclaration de volonté se compose de deux éléments : un élément psychologique interne, la volonté, et un élément externe, l'extériorisation de cette volonté, extériorisation qui permettra à l'élément interne, la volonté, de devenir perceptible à autrui et d'être susceptible de produire des effets de droit » ; comp. Sur le rapport avec la notion de fiction, G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997, p.79, n°74 ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Sirey, 1921, n°203

<sup>692</sup> Pour une démonstration générale, N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1988

<sup>693</sup> G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse, Préf. F. Leduc, Dalloz, 2012, n°218-220. Dans sa description du subjectivisme, l'auteur cite Doneau et Grotius en revenant préalablement à la distinction longuement étudiée par Michel Villey : soit il existe un ordre des choses, soit l'individu est le seul à posséder une réalité. Lorsque nous affirmons que seule la *chose voulue* existe, nous maintenons l'unité de la personne et de l'ordre des choses.

différenciation entre l'institution et le contrat, ce dernier impliquant la liberté. Mais sous l'angle de l'analogie, la distinction entre contrat et institution n'est plus aussi prononcée, puisque ces entités ne sont plus des concepts de valeur égale qu'il s'agirait de coordonner, mais des idées proportionnées en fonction de la chose sur laquelle ils portent. Que ce soit l'institution ou les contrats, il y a toujours une part de liberté et une part de contrainte dont l'origine n'est pas à placer dans le concept mais dans la chose. La nature de la chose oppose une résistance que la liberté ne saurait contredire.

## 2. Le droit réel et le droit personnel

235. **Définition et portée du droit réel.** - Il y a droit réel « lorsqu'une chose se trouve soumise, complètement ou partiellement, au pouvoir d'une personne, en vertu d'un rapport immédiat, opposable à toutes personnes »<sup>694</sup>. Parmi les droits réels, on distingue entre les droits réels principaux et les droits réels accessoires. Les premiers octroient à leur titulaire un pouvoir direct sur la chose, tandis que les seconds, en tant qu'ils ont une fonction de garantie, n'ont pas toujours ce pouvoir direct, surtout lorsqu'il n'y a pas de dépossession du débiteur. Traditionnellement, la propriété est considérée comme le premier des droits réels car elle réunit dans les mains de son titulaire toutes les prérogatives qui y sont assorties, à savoir la disposition, l'usage et la jouissance, et ce, de manière absolue, exclusive et perpétuelle<sup>695</sup>. Les autres droits réels principaux ne font bénéficier leur titulaire que de pouvoirs plus limités. On compte parmi eux l'usufruit (et ses diminutifs : les droits d'usage et le droit d'habitation), le droit de superficie, les servitudes et l'emphytéose. La question s'est posée de savoir si la liste était exhaustive ou si elle était susceptible d'extension. La doctrine semble plutôt opposée à toute extension de nature à affaiblir la propriété « en rendant impossible la constitution de droits susceptibles de la vider de sa substance »<sup>696</sup>. L'intérêt du droit réel s'apprécie au regard de ses effets qui se situent à plusieurs niveaux : opposabilité *erga omnes*, droit de suite, droit de préférence, possession, transmission successorale, abandon, sanction, réparation. A chaque fois, le droit réel apparaît comme protecteur des intérêts de son titulaire.

236. **La notion de droit réel et les choses incorporelles.** - La question s'est posée de savoir si un droit réel, c'est-à-dire un pouvoir immédiat sur une chose, pouvait s'appliquer aux choses incorporelles, qui, matériellement, laissent un doute sur l'existence et la possibilité

---

<sup>694</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1952, p.41, n°36

<sup>695</sup> Voir cependant F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 166 et suiv.

<sup>696</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2013

d'un tel pouvoir immédiat. Des solutions diverses ont été apportées à cette question par les auteurs. Deux positions sont envisageables. La première est de considérer qu'un droit réel est possible sur une chose incorporelle. Comme le disent M. Planiol, G. Ripert « Nous pensons qu'il s'agit là de véritables droits réels soumis à des règles qui dépendent de l'objet sur lequel ils portent. La notion de chose ou de bien est une représentation intellectuelle et nous admettons que la qualité d'objet de droit peut être attribuée à un bien immatériel, pourvu que ce bien soit considéré comme tel économiquement et qu'il soit digne de la protection juridique »<sup>697</sup>. Une seconde position consiste à partir du constat que les effets habituels du droit réel s'adaptent aux choses incorporelles mais non dans toute leur mesure. L'établissement d'une nouvelle catégorie, celle des droits incorporels, permet d'offrir un régime juridique plus adapté.

**237. Définition et portée du droit personnel.** - Dans le cadre du droit personnel, le créancier « ne saurait se faire justice lui-même, mais il doit s'adresser à son débiteur à qui il réclame le paiement de son dû : ici le rapport existe donc entre deux – ou plusieurs personnes ; l'analyse découvre facilement trois éléments : un sujet actif, le créancier ; un sujet passif, le débiteur ; enfin l'objet de la dette ; au lieu que le deuxième élément fait défaut dans le droit réel, lequel porte directement sur la chose qui en constitue l'objet »<sup>698</sup>. L'article 2284 du Code civil dispose que « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir » ; et l'article 2285 de préciser : « Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers ». La notion de droit personnel semble plus complexe à appréhender que celle de droit réel par la diversité quasi-illimitée dont elle fait preuve. Cette diversité implique une variété des obligations qu'elle sous-tend, à savoir les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. De plus, l'obligation peut revêtir différents aspects : obligation pure et simple, solidaire, à terme, sous condition, de moyen, de résultat, etc. Si les habits qui protègent le droit personnel sont plus variés que les droits réels, ils sont moins protecteurs. En vertu de l'article 1165 du Code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». Ainsi, le créancier ne peut imposer son droit qu'à son débiteur, alors que le droit réel offre une opposabilité à l'égard de tous. Le créancier est également démuni contre les actes de disposition ayant entraîné l'aliénation du bien. Son droit se reporte sur la faculté de critiquer l'aliénation par le biais de

---

<sup>697</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1952, p.57, n°50

<sup>698</sup> L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, Sirey, 1938, p.741, n°1333

l'action paulienne<sup>699</sup>. Enfin, la concurrence entre les créanciers d'un débiteur non solvable rend leur position précaire par rapport au titulaire d'un droit réel qui sera privilégié.

238. **La distinction théorique du droit réel et du droit personnel.** - Ces deux droits entrent dans le patrimoine des sujets de droit, lesquels disposent ainsi d'un pouvoir sur une chose (droit réel) et d'un pouvoir contre une personne (droit personnel). La distinction est ancienne<sup>700</sup> quoiqu'elle se présentait dans une structure différente. Si le 20<sup>e</sup> siècle a été l'occasion de nombreuses critiques remettant en cause la réalité de la distinction<sup>701</sup>, celle-ci se maintient comme structure délimitant le type de relation qu'entretiennent les individus et les choses. Les argumentations peuvent être situées sur différents plans permettant de déterminer la pertinence de la distinction. D'une part, si l'une des notions se confond partiellement avec l'autre parce que les frontières qui les séparent ne sont pas étanches, alors on conclura à une facticité de la distinction. D'autre part, la coïncidence du point de vue des effets, peut faire présumer une coïncidence des concepts eux-mêmes. On procède à une confrontation dialectique des notions afin d'en apprécier la rigueur du point de vue de la théorie générale du droit. Mais l'argumentation jusnaturaliste ne s'en tient pas véritablement à ce plan théorique puisqu'elle s'attache au sens sous-jacent véhiculé par les mots. Dès lors que l'on part de l'hypothèse d'une « préexistence » du droit<sup>702</sup> ou de celle d'un droit uniquement constitué par le législateur, les concepts de droit réel et de droit personnel prennent une portée très différente, tout en conservant une même terminologie. L'hypothèse de la « préexistence » du droit ne modifie pas les conséquences attachées au droit réel. Le droit de suite, le droit de préférence et l'opposabilité *erga omnes* sont tout aussi valables. C'est leur portée qui diffère parce qu'ils sont ordonnés à ce droit préexistant. Le passage par une argumentation jusnaturaliste est nécessaire pour « sentir » la culture juridique, au-delà de la simple dimension conceptuelle. Certes, il semble parfois inutile de s'en référer face à des questions techniques, mais elle a la vertu de reformuler les problèmes en refusant certaines solutions juridiques pourtant scientifiquement admises. Un raisonnement juridique chargé de

---

<sup>699</sup> G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p.52

<sup>700</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, 5<sup>e</sup> éd., 2013, n°351 : « Dans un langage qui sent la scolastique et n'est qu'en partie inspiré du droit romain, on qualifie parfois le droit réel de *jus in re* (droit sur la chose) : le droit est pour ainsi dire incarné dans la chose. Par opposition, on qualifie, plus rarement et plus approximativement, le droit personnel (tout au moins certains droits personnels) de *jus ad rem* (droit à la remise de la chose).

<sup>701</sup> F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p.709-717

<sup>702</sup> Plus rigoureusement, il faudrait établir l'objet par rapport auquel le droit préexisterait. Sans entrer dans des détails métaphysiques à travers les controverses sans cesse renouvelées, nous nous en tiendrons à l'hypothèse d'un droit s'imposant à l'homme à l'image d'un ordre transcendant, mais non exprimé par les termes d'antériorité ni de supériorité. L'ordre est lié à l'homme sous le mode de l'unité analogique.

contradiction peut ne pas être considéré comme tel d'un point de vue jusnaturaliste. Or, si des conséquences sont tirées de l'idée d'une contradiction, alors tous les raisonnements suivants seront affectés d'un présupposé contestable dont les implications sont susceptibles d'être substantielles. En ce sens, le droit naturel s'insère dans tous les raisonnements juridiques, même les plus techniques, même ceux qui semblent exclurent le plus vigoureusement le droit naturel.

## **§ 2. UNE DIFFICULTE LIEE A L'APPARENCE : L'APPARENCE DES ACTES JURIDIQUES DONT LES CHOSES SONT L'OBJET**

239. **Droit naturel et qualification.** - De manière systématique, les auteurs tendent à déterminer la nature juridique des actes juridiques afin de leur appliquer le régime juridique qui leur correspond. Cette démarche est similaire à celle qui tente d'apprécier la nature des choses corporelles. Ici, la spécificité réside dans le statut de concept des différents types de contrats. La question est celle de la présence d'un droit naturel dans ce qui semble être un ensemble de constructions conventionnelles.

### *A. LA RECHERCHE DE LA NATURE DES CONTRATS POUR LES QUALIFICATIONS*

240. **La nature des contrats en question.** - L'esprit, analysant la possibilité d'une nature des contrats, est confronté au caractère incorporel et abstrait de la notion de contrat. Le nombre de ces contrats est quasiment infini<sup>703</sup>. On pourrait soutenir qu'il ne s'agit que de déterminations conventionnelles sans référence à une quelconque nature. Deux arguments penchent en faveur d'un langage relatif à la nature. D'une part, de façon très empirique, l'étude des contrats spéciaux ou des sûretés montre la présence systématique du mot nature chaque fois qu'il est question d'en connaître l'identité. D'autre part, il faut distinguer entre le

---

<sup>703</sup> T. TAURAN, « Les distinctions en droit privé », *RRJ* 2000-2, p.489-508 ; C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, 2002, n°16 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p.17 ; F. COLLART-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat (Colloque Lille 2001)*, Dalloz, 2003, p.255 et suiv.

concept de *contrat* et ce *contrat-ci* ou ce *contrat-là*. Le contrat individualisé possède bien une réalité singulière car il n'est pas un autre contrat que lui-même. Il est singularisé notamment dans son lien avec les parties qui l'ont constitué. Ce contrat-ci est concret même s'il appartient à une espèce abstraite. Si l'on reprend la structure des actes juridiques selon l'arbre de Porphyre, on obtiendra une suite du type : acte juridique, convention, contrat, contrat synallagmatique, contrat de vente, ce contrat de vente-ci. Il s'agit de découvrir la nature de ce contrat de vente-ci. Mais lorsqu'on s'attache à déceler la nature des espèces situées au-dessus, on se retrouve dans une situation analogue (bien qu'à une moindre mesure) à celle de la découverte de ce qu'est une chose dans l'expression « nature des choses »<sup>704</sup>.

**241. Les actes juridiques sont des concepts et ont une définition nominale.** - Dans l'optique aristotélicienne, le concept porte sur l'essence d'une chose concrétisée par sa présence en acte et non seulement en puissance. On pourra objecter le concept de chimère (juridique) par exemple, c'est-à-dire la construction d'un concept à partir d'autres concepts. Dans ce cas, on se coupe d'une définition en soi de la chose qui n'existe pas réellement. Mais une définition nominale reste possible : « On pourra donc bien penser les propriétés nécessaires de ce concept construit, mais celles-ci seront la somme des propriétés des concepts non construits puisées dans l'essence des substances actuelles. Ainsi on pourra imaginer des concepts nouveaux et certaines de leurs propriétés, mais on ne pourra en obtenir de définition si ce n'est purement nominale »<sup>705</sup>. Saint Thomas s'accorde sur cette position, à propos du phénix dont l'essence n'est pas en acte, d'où la conclusion que « le concept n'est donc pas formé par abstraction mais bien construit, par une définition nominale »<sup>706</sup>. Indirectement, on rattache la distinction de F. GénY entre le donné et le construit<sup>707</sup>. Elle renvoie à une large littérature relative à la difficulté d'opérer une distinction parfaite, lorsqu'on constate l'entrelacement de ces concepts et des choses.

**242. La définition d'un acte juridique produit l'intention d'une seule essence.** - Il a été montré que les actes juridiques étaient susceptibles d'avoir une essence en tant qu'ils étaient la résultante d'une construction conceptuelle nominale. Il s'agit dès lors de montrer que cette construction aboutit à une unité essentielle du concept. Sur ce point, l'apport d'Avicenne est des plus intéressants. Reprenant l'arbre de Porphyre et les prédicables, Avicenne fournit une

---

<sup>704</sup> *Supra* n° 130

<sup>705</sup> M. BASTIT, *Les quatre causes de l'être selon la philosophie première d'Aristote*, éd. Peeters, 2002, p.13-14

<sup>706</sup> A. DE LIBERA, C. MICHON, *Le vocabulaire médiéval...*, op. cit., p.53

<sup>707</sup> F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1913

explication de l'unité et de la multiplicité de la définition. On rappelle que la définition correspond au genre moins la différence spécifique. Ainsi l'homme est un animal (genre) rationnel (différence spécifique). Analysant cette structure, Avicenne montre la présence de deux natures distinctes (l'animalité et la rationalité) au sein même de la définition, produisant pourtant l'intention (le concept)<sup>708</sup> d'une seule nature « sujette du genre et de la différence, et qui est à la fois intention de la nature signifiée par le genre et intention de la nature signifiée par la différence »<sup>709</sup>. Ce principe s'étend à toutes choses. En effet, toute chose corporelle possède une multitude de propriétés essentielles regroupées dans une idée unitaire. Un contrat peut contenir plusieurs propriétés tout en se maintenant comme une entité unitaire.

**243. Ayant une essence, les actes juridiques doivent respecter la nature des choses.** - Les actes juridiques ont des choses pour objet, dont la nature impose un respect. Sans découler directement du droit naturel, les contrats ne peuvent nier la nature des choses qu'ils servent sauf, une fois de plus, à dire que ces choses sont autres que ce qu'elles sont et donc à les nier. C'est en cela que les actes juridiques sont nécessairement reliés aux choses et ne peuvent ni contredire, ni nier le droit naturel. De plus, comme vecteur des choses, elles participent de l'utilité des choses.

**244. Le principe d'identité appliqué aux types d'actes juridiques.** - Le Code civil, aux articles 1101 et suivants, distingue différents types de contrats : unilatéral, bilatéral, onéreux, à titre gratuit. Ces distinctions peuvent être considérées comme nécessaires car le choix de l'un exclut automatiquement l'autre. Un contrat est soit unilatéral, soit bilatéral, il ne peut être les deux à la fois : « Ce n'est pas une simple différence de degré : il y a dans la coopération de deux volontés une autre nature que dans la volonté solitaire, et dans l'affirmation du nous autre chose qu'un pluriel du je »<sup>710</sup>. Concernant d'autres divisions, un contrat ne peut être à titre onéreux et à titre gratuit dans le même temps. La nécessité qui s'impose est celle de l'essence. Mais l'apparence est parfois trompeuse. La question se pose de la nature juridique

---

<sup>708</sup> Sur les notions d'intention et de concept d'Avicenne à Brentano, cf. A. DE LIBERA, *La querelle des universaux*, Seuil, 1996, p.178-179

<sup>709</sup> A. DE LIBERA, C. MICHON, *Le vocabulaire médiéval...*, op. cit. : « En considérant la nature ainsi définie (l'humanité, la nature de l'animalité rationnelle), la définition est une, il n'y a pas de multiplicité dans l'esprit. Mais si l'on regarde la définition comme composée des intentions du genre et de la différence, en tant que chacune est une intention, alors la définition pose une multiplicité dans l'esprit. Au premier sens, « rationnel » et « animal » ne sont pas tant des parties (au sens de parties intégrales) de la définition que des attributs de la nature définie (parties subjectives) mais, au second sens, ce sont des parties (intégrales) de la définition qui ne lui sont pas attribuables (le concept est bien composé de deux concepts).

<sup>710</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.45



de certains contrats unilatéraux qui deviennent bilatéraux. Ainsi en est-il des contrats par lesquels le propriétaire est dépossédé temporairement de son bien au profit d'un détenteur. Ce sont les cas du dépôt et du commodat pour le droit des contrats spéciaux et du gage pour le droit des sûretés. Si à un moment quelconque dans l'exécution du contrat le débiteur de restitution doit procéder à un paiement pour conserver la substance de la chose des risques qu'elle encourt, une obligation nouvelle née, dont le créancier initial devient débiteur. L'apparence conduit à croire que le contrat unilatéral a changé de nature pour devenir synallagmatique. Or, la doctrine majoritaire refuse cette nouvelle qualification au motif qu'il ne s'agit que d'une créance *accidentelle* issue du hasard, autrement dit, non nécessaire, qui ne relève pas de son essence<sup>711</sup>.

245. **Influence de la qualification sur le régime juridique.** - Le régime juridique répond, dans sa logique, au schéma de l'arbre de Porphyre, fondé sur le principe de la communauté et de l'identité. A ce qui est identique et commun, on appliquera un régime juridique similaire ; à ce qui diffère on appliquera un régime juridique spécifique. Le régime des actes juridiques ne dément pas ce constat. La qualification de genre et d'espèce convient aux actes juridiques, structurés selon un genre et des sous-espèces, pour aboutir au contrat individualisé entre les parties<sup>712</sup>. Le régime général des contrats trouvera à s'appliquer à tous les contrats pour la part du genre avec lequel ils ont une communauté. Puis, une différence spécifique impliquera un régime juridique adapté et commun à tous les contrats qui sont inclus dans cette sous-espèce. Par exemple, des conventions on extirpera le contrat qui est une espèce de la convention<sup>713</sup>, puis on fera de même pour les contrats unilatéraux d'une part et les contrats bilatéraux d'autre part. Concernant ces derniers, l'existence d'une réciprocité comme caractéristique substantielle conduira à permettre la résolution du contrat et l'exception d'inexécution<sup>714</sup>. Elle

---

<sup>711</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.49

<sup>712</sup> Le Code civil use des termes *espèce* et *genre* en ce sens. Art. 1179 : « Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie », art. 1711 : « Ces deux genres de louages se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières », art. 1916 : « Il y a deux espèces de dépôt : le dépôt proprement dits et le séquestre » ; comp. J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.47 : « Le contrat est l'espèce d'un genre plus étendu qui est la convention » ; A. BENABENT, *Les contrats spéciaux...*, op. cit., n°7 : « la poursuite de la spécialisation conduisant à l'apparition au sein de chaque espèce, de différentes variétés ou 'sous-espèces' », « On a pu dire que le droit des contrats spéciaux s'orientait vers un droit des contrats 'très spéciaux' [Collart-Dutilleul et Delebecque], ou plus exactement 'sous-spéciaux' car il s'agit de subdivisions », « C'est la superposition du genre, de l'espèce et de la variété : les lois du genre s'appliquent à l'espèce, sauf dérogation ; et les lois de l'espèce s'appliquent à la variété, sauf dérogation »

<sup>713</sup> Une limite existe pour les actes juridiques non contractuels, cf. J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.54 : « les actes juridiques non contractuels sont tellement différents entre eux que leurs règles propres ne se prêtent pas à la généralisation » ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions...*, op. cit., p.425

<sup>714</sup> C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, thèse ss. dir. J. Ghestin, 1994, p.280-293

justifiera également la théorie des risques et une particularité concernant la preuve (art. 1325 C.civ.). La nature du contrat détermine le champ du possible<sup>715</sup>.

### *B. LE PRINCIPE DE CORRESPONDANCE ENTRE ESSENCE ET QUALIFICATION*

246. **La nécessité d'une qualification exacte.** - La qualification conduit à des effets juridiques spécifiquement établis à partir de la nature des contrats. Toute erreur produirait des conséquences juridiques non adaptées à la situation. L'intérêt pour la qualification est d'autant plus fondamental lorsqu'on constate la possibilité offerte au juge de requalifier un contrat s'il estime que les parties ont commis une erreur (intentionnellement ou non). C'est le signe d'un refus d'une toute-puissance de la volonté face à ce qui s'impose à elle<sup>716</sup>. La volonté n'est cependant pas étrangère à la qualification puisqu'elle joue un rôle nécessaire, du moment qu'elle n'est pas l'instrument d'une fraude<sup>717</sup>. En cherchant de manière systématique l'essence des contrats, on perçoit une influence du droit naturel dans le droit positif. Quelques exemples caractéristiques illustrent cette démarche.

247. **Le contrat de vente.** - En vertu de l'article 1582 du Code civil : « La vente est la convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ». En apparence, la vente se rapproche fortement de l'échange car dans les deux cas, il y a transfert de droit réel entre les parties ce qui peut être considéré comme un élément de sa nature. La différence réside dans l'existence d'une contrepartie sous forme monétaire, ce qui exclut les montages impliquant deux ventes réciproques. Le régime juridique connaît deux particularités pour les contrats d'échange. D'une part, la rescision pour lésion est écartée<sup>718</sup> (art. 1706 C.civ.). D'autre part, l'échange entrave l'exercice du droit de préemption, sauf s'il s'agit justement de se servir du contrat pour dissimuler une vente afin d'éviter une préemption. Se distinguant de l'échange, lorsque la contrepartie se situe dans des parts sociales, on se trouve en présence d'un apport en nature en faveur d'une société. La dation en paiement connaît également des similitudes avec la vente. La dation en paiement est un mécanisme par lequel le créancier est

---

<sup>715</sup> *Infra* n° 380

<sup>716</sup> F. TERRE, *Le rôle de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, LGDJ, 1957 ; Y. STRICKLER, « Nature et culture dans la qualification des biens », in *Mél. en l'honneur du P. Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p.525-532 ; P. JESTAZ, « La qualification en droit civil », in *La qualification, Droits*, n° 18, p.47-50

<sup>717</sup> F. TERRE, « Volonté et qualification », in *Le rôle de la volonté dans le droit*, *APD*, n° 3, Sirey, 1957, p.103

<sup>718</sup> *Contra* A. BENABENT, *Les contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n°474 : « alors pourtant que cette rescision serait techniquement applicable (au lieu d'évaluer le seul bien vendu, il faudrait simplement évaluer les deux biens échangés) ».

satisfait par un bien autre que celui qui était initialement dû par le débiteur. Il faut cependant retrouver la structure de la vente d'où la nécessité d'une dette d'argent et que la dation porte sur un droit réel<sup>719</sup>. Enfin, la vente peut être requalifiée en donation lorsque les parties ont tenté de s'extraire du régime des donations par un acte dont l'apparence est celle d'une vente.

248. **Le prêt à usage.** - Selon l'article 1875 du Code civil, le prêt à usage est « un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ». L'article 1876 précise que la gratuité est de l'essence de ce contrat de prêt. Cette caractéristique ne suffit pas à expliciter toute sa nature. Ainsi, il se distingue du gage car le créancier gagiste n'a pas le droit d'user de la chose, ce qui est l'objet du prêt à usage. La solution est équivalente concernant le contrat de dépôt. Cette notion d'usage permet d'illustrer la différence entre l'essentiel entendu comme nécessaire et le contingent ou l'accidentel. Dans le contrat d'entreprise, l'usage de la chose est possible, ce qui lui donne un statut proche du prêt à usage. Pourtant cet usage est une simple faculté tandis que pour le contrat de prêt, le débiteur a l'obligation de s'en servir en fonction de la destination de la chose<sup>720</sup>.

249. **L'apparence et la qualification.** - Parfois, l'apparence est telle qu'elle constitue un mur dont le franchissement est incertain. Ainsi en est-il de l'obligation naturelle. L'obligation naturelle est l'obligation dont le créancier ne peut imposer d'exécution par la voie judiciaire. L'obligation perdure et l'exécution par le débiteur sera valable d'où l'impossibilité de récupérer la somme sur le fondement du paiement de l'indu<sup>721</sup>. La difficulté se présente notamment en présence de la prescription. Si la prescription éteint un droit, l'obligation disparaît, tandis que si la prescription éteint seulement le droit d'agir en justice, l'obligation demeure sous la forme d'une obligation naturelle. Les deux hypothèses de départ étant possibles théoriquement, il devient difficile de faire primer une solution sur une autre. L'exemple de l'obligation naturelle illustre cette nécessité de dépasser l'apparence afin d'atteindre la nature. Seule la détermination de la nature de la prescription et de l'obligation naturelle est susceptible de faire accéder à un niveau plus élevé que la simple validité.

---

<sup>719</sup> A. BENABENT, *Les contrats spéciaux...*, op. cit., n° 478

<sup>720</sup> A. BENABENT, *Les contrats spéciaux...*, op. cit., n° 624

<sup>721</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2013, n°68

250. **Acte ostensible et contre-lettre.** - L'acte apparent ou ostensible est celui qui est « intentionnellement offert à la connaissance des tiers, le plus souvent pour les tromper ou cacher une réalité »<sup>722</sup>. La terminologie employée relève, une fois de plus, de la nature et plus globalement de l'être dans sa distinction avec l'apparaître. La contre-lettre est l'acte secret, celui qui n'est pas destiné à être connu par les tiers, que les raisons soient licites ou illicites<sup>723</sup>. L'intérêt de la contre-lettre se joue au niveau des effets juridiques de l'acte apparent que l'on souhaite supprimer, modifier ou déplacer. La simulation est susceptible de prendre trois formes reprenant les notions d'existence et de nature. La première est le contrat fictif qui remet en cause l'*existence* de l'acte apparent. La deuxième est le déguisement dont l'intérêt est de maquiller la *nature* réelle de l'acte en une autre nature pour lui faire produire des effets juridiques différents. La troisième est l'interposition de personne, dans laquelle une personne est considérée comme contractant, alors que le contrat secret est au profit ou contre une autre personne<sup>724</sup>. Le régime juridique permet de déterminer quel acte revêt un caractère obligatoire. L'article 1321 du Code civil disposent que « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ». La question n'est pas de savoir si le régime juridique est conforme aux prescriptions du droit naturel. Cela impliquerait une erreur d'analyse si on tenait une vision univoque du droit naturel fondée sur une lecture univoque de la nature. La démarche consiste plutôt à savoir quelle *réalité* est prise en compte par le droit positif. Que ce soit l'acte apparent ou l'acte secret, tous deux ont une existence. A l'égard des parties, c'est l'efficacité de la contre-lettre qui s'impose. Si on tient compte que la volonté connaissante tend vers le contenu de la contre-lettre, la solution est conforme à la réalité (puisque l'acte apparent est, en quelque sorte, atteint d'un manque d'être). Cette réalité tient compte ici de l'essence du contrat mais également de son existence, même cachée. En effet, si elle ne prenait que l'essence, on ne distinguerait pas fondamentalement les deux actes. La volonté connaissante tendue vers son objet est le point de départ de l'existence de la contre-lettre. La difficulté survient principalement pour les tiers<sup>725</sup>. Le Code civil, qui indique que les contre-lettres n'ont pas d'effets sur les tiers, conduit à dire que ces contre-lettres ne peuvent leur être imposées mais qu'ils ont le pouvoir de l'invoquer. Cela implique une autre lecture jusnaturaliste où ce qui a moins de réalité (l'acte apparent) peut être privilégié. Plus précisément, et assez

<sup>722</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Apparent

<sup>723</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF, 21<sup>e</sup> éd. refondue, 1998, p.165, n°84

<sup>724</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.165, n°84

<sup>725</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., p.298, n°389 : « Les seuls tiers dont la situation soit à considérer sont donc les ayants cause à titre particulier et les créanciers chirographaires de l'un ou de l'autre des contractants », à l'exclusion des ayants cause universels et les tiers absolus.

paradoxalement, l'acte apparent a une essence corrompue mais une véritable existence aux yeux des tiers, d'où la possibilité offerte de s'en prévaloir. Dans une situation où l'essence est insusceptible d'offrir une solution satisfaisante, c'est l'existence (mais toujours attachée à une essence) qui emporte la structure du régime juridique. C'est ce qui justifie également qu'un tiers ayant connaissance de l'acte secret ne pourra invoquer l'acte apparent à son profit. Ainsi, pour la Cour de cassation, le tiers complice ne peut se prévaloir de l'acte apparent contre les personnes ayant agi en qualité de prête-nom<sup>726</sup>.

---

<sup>726</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juillet 1992, Bull. civ. III, n°246

## **CONCLUSION DU TITRE**

251. **La chose.** - La place de l'argument jusnaturaliste est essentielle dans la détermination des choses. Par un renversement de perspective ciblant la chose dans un mouvement premier plutôt que le concept qui la signifie, on supprime momentanément des structures logiques préconditionnées. Le statut de l'argument jusnaturaliste lui permet de s'insérer dans un nouveau type de discours sans se couper des arguments du droit positif. Cette concentration du regard dans la chose offre le moyen d'apprécier la chose elle-même en mettant en œuvre une argumentation tirée d'arguments jusnaturalistes précis tels que les couples genre-espèce, général-universel, définition-nature. De même, les caractères de la chose s'établissent à partir de distinctions explicitant sa nature. On appréciera, entre autres, sa dimension substantielle ou relationnelle, active ou passive, vivante ou inerte. L'argument jusnaturaliste apparaît comme nécessaire pour signifier, selon un autre mode, les choses. En refusant un discours théorique, non préalablement remis en cause, l'argumentation jusnaturaliste reformule les problématiques en présentant les choses sans leur lest théorique pour en faire ressortir le sens. Le recours aux sources, dans l'expression du langage, exprime l'idée d'une signification implicite. Ce retour à la chose impose également un passage par la nature de l'homme qui médiatise cette chose. Dans le champ de l'étude des choses, l'argument jusnaturaliste est possible, ce qui constitue le préalable d'une démonstration plus générale de sa présence et de son intérêt. D'une part, les choses ne peuvent accepter un statut contraire à leur nature. D'autre part, les concepts tels que la propriété, la possession, le patrimoine ou le contrat se transcrivent respectivement en chose appropriée, chose possédée, ensemble de choses et ce contrat-ci. En appréciant ces concepts par le prisme des choses présentes, on n'étudie plus une abstraction déformée mais une chose réelle. L'argument jusnaturaliste s'insère dans cette chose. Plus que simplement possible, l'argumentation jusnaturaliste prend tout son sens dans ce cadre. L'argumentation juspositiviste, en acceptant les concepts sans remettre en cause leur statut, propose des raisonnements pertinents mais limités. L'argumentation jusnaturaliste transcende l'argumentation juspositiviste sans la nier. L'étape suivante consiste à apprécier le passage de la qualification à l'effet de droit. En démontrant l'intérêt de la présence de l'argument jusnaturaliste, sa valeur sera d'autant plus explicitée.



## **TITRE 2. L'AUTORITE DES ARGUMENTS JUSNATURALISTES DANS LE CONTENU DU DROIT POSITIF**

252. **Interprétation et présence du droit naturel au sein du droit positif.** - Toute existence nécessite un contenu sans quoi l'existence porterait sur du vide, ce qui n'est pas concevable. Ce contenu implique une unité que l'on va qualifier en fonction de la nature. Une situation juridique n'accédera à l'existence que lorsque son contenu (sa nature), le lui permettra. La nature justifie la naissance et la fin des situations juridiques. Ces dernières ne peuvent accéder à l'existence si leur essence ne les dispose pas à exister. En sens inverse, l'extinction d'une situation juridique n'a lieu que si l'extinction porte sur la nature de la situation. A défaut, il ne peut y avoir qu'extinction d'éléments accessoires et contingents ou apparence d'extinction. Les situations visées sont celles relatives aux actes et faits juridiques (Chapitre 1). Lorsqu'une situation juridique existe, elle constitue le point de départ des effets juridiques qui y sont liés. La nature est également importante quant aux effets juridiques découlant de ses situations juridiques. Il existe un rapport de conformité entre la cause et ses effets. (Chapitre 2). Ces deux champs d'études (existence et effets juridiques) sont susceptibles d'une interprétation jusnaturaliste. l'affirmation d'une présence du droit naturel sera à énoncer sous réserve de ce qu'on entend par « présence ».





## **CHAPITRE 1. L'ETAT DES SITUATIONS JURIDIQUES DETERMINE**

### **PAR LA NATURE**

253. **La naissance et la fin des situations juridiques.** - Sur un plan théorique, la loi peut justifier aussi bien l'existence que la fin d'une situation juridique. Si un contrat existe ou est valide, c'est parce qu'il remplit les conditions légales de formation des contrats. A cette idée on oppose la force créatrice des parties lors de la naissance et de l'extinction d'un acte juridique. Entre ces deux pôles justificatifs, la question est de savoir si l'existence des situations est actualisée par la loi ou par les parties. La solution intermédiaire postulerait une complémentarité de ces deux instances. Les présupposés liés aux conditions de formation des contrats ainsi que ceux relatifs à leur extinction, commandent un retour à la nature des choses afin de déceler les strates accumulées par le droit positif. D'une part, l'existence des situations juridiques est déterminée par des conditions générales à respecter (Section 1). D'autre part, un schéma similaire se reproduit concernant la fin des situations juridiques (Section 2).

### **SECTION 1. L'EXISTENCE DES SITUATIONS JURIDIQUES EN FONCTION DE LA NATURE**

254. **Le passage du fait au droit.** - La position jusnaturaliste n'est pas contraire au passage du fait au droit dès lors que le fait revêt d'une dimension suffisamment caractérisée pour accéder à une légitimation juridique<sup>727</sup>. La question du droit et du non-droit en est une émanation<sup>728</sup>. La rencontre de volontés raisonnables et la présence d'un objet et d'une cause, sont autant de « faits » élevés en conditions de formation des contrats. L'interaction nouvellement présentée des conditions de formation des contrats fournit un apport à une

---

<sup>727</sup> La notion de fait est l'occasion de diverses interprétations. A propos de l'interprétation du fait par le juge, T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, LGDJ, 1988, p.194 et suiv. Dans un sens kantien, C. PEYRON-BONJAN, « De la dialectique de la responsabilité à la dialectique de la morale », *RRJ* 1991-3, p.676. Sur la naturalistic fallacy, J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, éd. Bière, 1985, p.72.

<sup>728</sup> J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », in *Le dépassement du droit*, *APD*, n° 8, Sirey, 1963, p.55-74 ; R. RICCI, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre le droit et le non-droit », in Jean Carbonnier. *L'homme et l'œuvre*, ss. dir. De Raymond Verdier, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p.145-165

théorie générale des contrats<sup>729</sup> (§ 1). De manière plus large, certains faits ne sont pas ignorés par le droit et obtiennent une force juridique par leur seule présence (§ 2). La nature des choses opère une abstraction que le droit accompagne. N'importe quel fait ne peut devenir du droit<sup>730</sup>. Seuls les faits dotés d'une nature suffisamment établie accèderont au statut de situation juridique. Les faits contingents et accidentels ne sont pas susceptibles de générer de tels effets.

## § 1. LES CONDITIONS LEGALES DE FORMATION

### *A. LE CONSENTEMENT, LA CAPACITE ET L'OBJET*

#### 1. Une double approche de la volonté : considérations métaphysiques

255. **Considérations préalables sur le statut de la volonté.** - Tout comme la propriété n'existe que dans la chose appropriée, la volonté n'existe qu'à travers la *chose voulue*. Le refus de réifier la volonté, d'en faire une chose, produit un décalage dans le raisonnement logique. La volonté n'est pas considérée comme un principe premier et absolu qui viserait les choses. Autrement dit, ce n'est pas la volonté qui s'impose à la chose comme un mode pré-logique englobant. La démarche contraire, c'est-à-dire, le fait de cibler la *chose voulue*, implique une analyse de la composition ontologique des choses (matière, forme, existence) par laquelle le statut de la nature pourra être mieux précisé. La résistance de la chose conduit, par exemple, à justifier la limite de la liberté, ce qui est moins évident si l'on part de la volonté comme principe premier.

256. **La portée de la volonté.** - Le droit des obligations s'est constitué sur une lecture particulière de la nature. Deux plans méritent particulièrement l'attention. Ils exposent deux

---

<sup>729</sup> P. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mél. offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p.349 et s. ; M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. dédiés à G. Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p.235 et s. ; B. BERGMANS, « Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé », *RRJ* 1990-3, p. 411 et s. ciblant les méthodes et les raisonnements plutôt qu'une modification des règles de fond ; J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier (Poitiers), 24-25 oct. 1985, PUF ; L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t.2, 1934, p.333-346

<sup>730</sup> C. ATIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chr. 34, p.251-258

tendances par lesquelles on peut expliquer le type de rapports qu'entretiennent la volonté et la chose. La résistance de la chose, issue de sa nature, impose une proportion de connaissance de cette chose. Cette connaissance détermine la « proportion » de la volonté. La volonté n'est pas un concept univoque, elle n'est pas la même dans toutes les situations juridiques et celles-ci naissent en vertu d'une volonté plus ou moins « intense » et exprimée selon des formes multiples. Devant cette équivocité de la volonté, le droit positif préfère formaliser le concept de volonté afin d'en faire un instrument ordonné à la sécurité juridique en référence à une égalité de tous devant la loi. Cette démarche éloigne le droit positif du droit naturel car la formalisation de la volonté correspond à une déformation de sa nature. La considération, par le droit positif, des multiples formes d'expression de la volonté, ainsi que les diverses règles de protection (contre l'erreur, le dol et la violence) illustrent la démarche exprimant l'idée que la volonté s'adapte aux particularités variées des situations juridiques.

**257. Les différentes conceptions de la chose.** - Le premier plan montre que la nature d'une chose peut être comprise différemment selon qu'on s'attarde soit à la forme sans la matière de la chose, soit à l'essence sans l'existence de la chose. Pour mieux comprendre ces notions de matière, forme, essence et existence, on peut évoquer les questions auxquelles elles sont censées répondre. Le rapport matière-forme montre la permanence des choses à travers leur devenir. La nature d'une chose peut être comprise uniquement comme une forme (vision restreinte mais plus « simple » ou « claire ») ou comme composée de matière et de forme (vision déjà plus complète mais plus indéterminée également). Lorsque la volonté porte sur une chose, il faut avant tout déterminer la nature de cette chose pour connaître leur compatibilité et la manière dont ils sont susceptibles de se lier. Si on adopte une vision restreinte ou étendue de la nature de la chose, la compatibilité ne sera pas la même. Afin de cerner au mieux la réalité des choses, il faut se référer à une conception riche de la nature. Quant au rapport entre essence et existence, il montre comment une nature commune est singularisée. Mais pour ce qui nous concerne, si l'essence correspond au composé de matière-forme, l'intérêt de l'existence est de cibler toujours mieux l'identité, la nature des choses (vision pleine et entière mais plus confuse car plus diffuse). L'existence permet l'activité de la chose, à laquelle l'homme est particulièrement réceptif.

258. **Le rapport des volontés à la chose.** - La volonté porte systématiquement sur une chose<sup>731</sup>. La considération de cette chose emportera une approche différente de la *réalité*. Si le droit positif considère que la réalité est attachée à la chose comme essence, il suffira d'une volonté portant sur cette chose comme essence pour que le contrat puisse naître. Si la réalité s'incarne dans une chose comme essence-existence, il ne suffira pas qu'une volonté porte sur une chose comme essence seulement pour que le contrat puisse accéder à l'existence. Dans l'hypothèse de la chose comprise dans son essence (et plus encore, comme idée claire et distincte), le contrat existera dès la rencontre des volontés autour de la chose objet du contrat<sup>732</sup>. Cet état correspond (caricaturalement) à l'idée selon laquelle il faudrait prendre les règles de droit à leur stricte lettre sans aucune considération de leur esprit, c'est-à-dire selon une rigidité totale. Dans l'hypothèse de la chose comprise dans son essence-existence, le contrat existera dès que les volontés rencontrées seront proportionnées à la chose. La différence se situe principalement dans deux situations particulières. Parfois, un contrat ne devrait pas exister parce que les volontés et la chose ne se sont pas rencontrées selon le schéma classique. D'autres fois, un contrat devrait exister même si les conditions classiques ne sont pas remplies si on en a une vision essentialiste (*i.e.* réduite à l'essence). On compte dans ces deux situations tous les cas-limites où une appréciation est nécessaire.

259. **Les situations intermédiaires relatives au rapport entre volontés et choses.** - L'existence juridique n'advient que lorsque les critères légaux sont remplis. En droit des contrats, les obligations ne pourront naître que sous réserve du respect des conditions de formation des actes juridiques. Pourtant, l'étude de situations originales apporte une incertitude. Certaines situations n'accèdent pas à une existence juridique authentique selon les critères légaux mais produisent quand même des effets juridiques. Dans d'autres cas, des situations ne devraient pas accéder à une existence juridique et doivent pourtant supporter un régime juridique. On en déduit que la réalité juridique est une couche supérieure qui s'appuie sur une couche première. Les conditions de formation des contrats sont censées exprimer le passage de cette réalité première à cette réalité seconde (juridique). Or, comme ces conditions ne sont pas parfaites, elles peuvent (dans des cas restreints) qualifier de juridique ce qui ne l'est pas et inversement. Il ne s'agit pas de remettre en cause la distinction entre les actes de

---

<sup>731</sup> P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in Mél. offerts à Jacques Maury, t. 2, Dalloz, Sirey, 1960, p.420

<sup>732</sup> Sous l'angle jusnaturaliste, l'expression montre adéquatement de rapport entre les personnes et la chose : l'objet ciblé par les parties relatif à la chose. Mais pour une critique de l'expression, E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p.89

courtoisie ou d'entraide et les actes proprement juridiques. Le problème se place au niveau des frontières, notamment entre fait et droit. On peut citer les problèmes théoriques rencontrés à l'occasion des vices de consentement, du silence, du contrat entre absents, du délai raisonnable suite à une offre, de la simulation des parties et des contrats d'assistance. Premièrement, un contrat existe dès que les conditions de formation sont remplies. Lorsqu'une condition fait défaut, le contrat est susceptible de nullité. Pourtant, tant que les parties n'agissent pas en nullité, le contrat produit ses effets, quand bien même il serait vicié. Il y a une certaine réalité juridique. Certes, on peut affirmer que le contrat existe, mais il n'est pas contradictoire d'affirmer que le vice devrait empêcher, de soi, la production d'effets juridiques. De toute façon, un contrat vicié ne pourra produire tous les effets classiques d'un contrat valablement formé. Deuxièmement, contrairement à l'expression courante, le droit des contrats refuse l'idée que le silence vaut acceptation. Ce principe souffre d'exceptions qui traduisent l'idée que l'expression d'une volonté peut résulter d'actes pratiques. Dans la reconduction tacite d'un bail ou l'existence de rapport commerciaux constant et de même nature, il n'y a pas d'échange de volonté au sens classique alors que des effets juridiques s'imposeront tout de même<sup>733</sup>. Troisièmement, les hypothèses cherchant à déterminer le moment exact de la rencontre des volontés dans le cas des contrats entre absents, fournissent l'illustration d'une discordance entre la naissance d'obligations et l'échange des consentements. Si la réalité se situe dans la théorie de l'information, alors les décisions de justice privilégiant les théories de l'émission et de la réception conduisent à faire naître des obligations avant la rencontre des volontés. Tout dépend de ce qui est considéré comme la réalité. Inversement, si la réalité s'exprime dans la théorie de la déclaration, et que les juges privilégie les théories de l'émission ou de la réception cela voudra dire que le contrat existera en vertu des règles théoriques mais non d'un point de vue pratique. Quatrièmement, la question de l'offre assortie d'un délai pose le problème général de l'engagement unilatéral<sup>734</sup> de volonté, créateur d'obligations, et le problème spécifique du cas où le pollicitant retire son offre avant la fin du délai. Dans ce cas, si un acceptant donne son consentement, le contrat pourra être formé alors que la volonté de l'offrant n'existait plus. Sur le plan juridique, la fixation d'un délai implique une obligation de la part de l'offrant mais sa volonté réelle n'existe plus. La production d'effets juridiques se fera sans que la réalité du contrat soit

---

<sup>733</sup> Un lien est possible avec la conception de Ihering relativement à la possession. Le *corpus* implique une attitude par laquelle se déduit la volonté comme cause implicite.

<sup>734</sup> J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931 ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Préf. R. Perrot, LGDJ, 1961 ; A. SERIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p.7

absolument véritable. Cinquièmement, la simulation par des contractants implique une volonté réelle sur un acte secret et une « fausse » volonté sur un acte apparent. Or, le régime juridique protecteur des tiers leur permet d'invoquer l'acte apparent comme réel alors que la volonté des contractants n'existait pas réellement sur cet acte. Sixièmement, la convention d'assistance bénévole a pu être qualifiée telle alors que les actes concrets de la personne aidant ne relevaient que d'une entraide hors du cadre du droit. L'affirmation d'une convention d'assistance impose une manifestation de volonté consciente de la création d'obligations. On se trouve dans un cas d'absence de consentement juridique réel produisant des effets juridiques propres aux actes juridiques.

260. **Les conditions de formation du contrat.** - La rencontre des volontés est considérée comme l'élément premier et principal pour créer des obligations<sup>735</sup>. A côté, on compte ceux relatifs à la capacité, à l'objet et à la cause. Les conditions de formation des contrats ne donnent pas en soi l'existence à des obligations. Il s'avère que lorsque ces conditions sont réunies les obligations acquièrent une existence juridique. Pourtant, certaines situations montrent la limite de ces conditions. Selon une formulation de type jusnaturaliste, il faut une *volonté connaissante tendue vers une chose qui est sa fin en tant que bien*. On retrouve dans cette expression les quatre conditions de l'article 1108 du Code civil mais dans un esprit différent. L'unité de la chose est conservée au-delà de ces thématiques conceptuelles. La présentation du Code civil ne maintient pas cette unité car elle suggère implicitement une unité relevant de la causalité efficiente entre choses réelles distinctes les unes des autres. Consentement, capacité et cause prennent désormais le statut de « choses » (par réification) autonomes dont la jonction (et non plus l'union) coïncide avec l'accession à l'existence juridique d'une situation. Mais comme le processus de réification des conditions constitue une modification de la réalité, un décalage se produit. On trouve, par ce raisonnement, une source et une justification des problèmes éprouvés à travers certaines situations particulières<sup>736</sup>.

261. **L'extension de la volonté comme élément de justification.** - Les quatre conditions de formation des contrats ayant un statut réifié, elles se distinguent clairement les unes des autres. La conception analogique refuse de diviser ces conditions au point de leur donner une unité peut être plus proche de la réalité mais difficilement applicable lorsqu'il s'agit de traiter

---

<sup>735</sup> Sur la position allemande, A. RIEG, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes au XIX<sup>e</sup> siècle », in *Le rôle de la volonté dans le droit*, APD, n° 3, Sirey, 1957, p.126

<sup>736</sup> *Supra* n° 259

tous les types de contractants à égalité. Les distinctions du droit positif ont donc un intérêt pratique immédiat. Les conditions de l'article 1108 du Code civil établissent des frontières permettant de les distinguer clairement même si leurs limites peuvent prêter à controverse. La formalisation et la réification du consentement et de la capacité permettent de les dissocier. Pourtant, un lien existe entre la capacité de contracter et le consentement parce que la volonté absorbe partiellement la question de la capacité. Lorsqu'un incapable procède à un acte de disposition, le contrat sera vicié à partir de cette condition, mais il ne serait pas contradictoire sur un plan logique d'affirmer qu'il s'agit d'un vice dans le consentement puisque la liberté n'était pas totale (les facultés mentales altérant la liberté). Le même raisonnement se tient à propos de la cause, notamment concernant la lésion. Au regard des frontières établies par le droit positif, la lésion ne peut constituer un vice de consentement<sup>737</sup>. D'un point de vue jusnaturaliste, le problème ne peut pas être posé de cette manière. Ce qui se présente, c'est la *chose voulue*. Cette chose est déterminée par des causes (matérielle, formelle, efficiente et finale). La volonté ne peut être détachée de la cause. L'invocation de l'un nécessite l'évocation de l'autre.

a. La nature de la volonté

262. **Le contrat vu sous l'instance de l'essence et de l'existence.** - Le droit naturel sous-entend une permanence à travers le devenir des faits du droit positif. Selon un langage ontologique - permettant d'éclairer l'idée de nature -, dans le composé d'essence et d'existence d'une chose, l'essence représente la permanence, c'est-à-dire ce qui reste soi-même à travers le mouvement. Elle est l'image d'une réalité dans ses traits distinctifs. L'existence n'est pas tant ce qui donne une signification (puisque l'existence n'ajoute rien à l'essence) que ce qui donne une réalité *concrète*. Il y a plus de réalité dans un contrat existant que dans un contrat simplement pensé. Cette structure ontologique a son influence en droit patrimonial. Le droit des obligations pose un ensemble de définitions pour les notions centrales telles que celle de contrat. En vertu de l'article 1101 du Code civil : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Cette définition, comme toute définition, pose un genre moins une différence spécifique afin d'aboutir à une espèce, qui elle-même, constitue un genre pour les espèces qui en découlent (contrat de vente, de bail,

---

<sup>737</sup> G. CHANTEPIE, *La lésion*, Préf. G. Viney, LGDJ, 2006, p.187-191 ; B. LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, « La lésion : acte illicite ou vice du consentement ? », in *Mél. en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.521-525



d'entreprise, etc). Il s'agit là de la caractérisation de l'essence. L'article 1108 du Code civil nous précise que « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention ». Cet article renseigne sur les conditions de possibilité de l'existence<sup>738</sup>. Le contrat n'accède à l'existence qu'au moment de la réunion de ces éléments. En ce sens, la nature est suffisamment claire pour emporter des conséquences juridiques si le contrat en vient à exister.

**263. Le contrat vu sous l'instance de l'union analogique de l'essence et de l'existence. -** Sous une seconde approche, la nature du contrat peut être comprise différemment, en réinstallant un nouvel ordre dans les rapports de l'essence et de l'existence sous le mode de leur union analogique<sup>739</sup>. Ici, l'essence représente de la même manière l'identité de la chose dans sa permanence. Ce qui change, c'est l'incidence de l'existence, qui ne vient plus seulement rendre effective l'essence dans le concret mais qui signifie aussi mieux l'essence (justement parce que son introduction dans la réalité lui impose des résistances que l'esprit ne percevait pas nécessairement).

**264. Conséquences issues des présuppositions du rapport entre essence et existence : première hypothèse. -** Dans la première hypothèse (celle d'une essence et d'une existence liées non analogiquement), la simple réunion des conditions de validité du contrat suffit, en soi, à créer une situation juridique et à la rendre effective à l'instant même de la réunion des éléments fondamentaux. Installée « hors » du temps, la nature, comprise comme essence, permet d'établir des frontières fixes. Dans les éléments constitutifs du contrat, la présence d'une volonté et d'un objet (sous réserve de l'existence d'une capacité et d'une cause) suffit à créer la situation juridique et à poser les contours de sa frontière. Les questions sont simples : y a-t-il une volonté et y a-t-il un objet ? Si la réponse est affirmative, le contrat existe ; si la

---

<sup>738</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, p.79 : « L'inexistence [...] n'intervient qu'à propos du consentement. Les autres conditions posées par le texte ne sont le plus souvent que des conditions de validité, non d'existence : si l'une d'elles fait défaut, le contrat sera seulement nul, atteint d'une nullité tantôt absolue, tantôt même simplement relative ».

<sup>739</sup> On peut anticiper sur les liens entre la volonté, la nature des choses, l'ordre et l'analogie. La nature des choses constitue un ordre qui s'impose à la volonté. La volonté s'y ordonne proportionnellement selon un lien analogique. Cet ordre s'analyse en une donnée extérieure appréciée postérieurement par l'analyse de la « résistance » de la nature des choses. C'est ainsi que s'entend le réalisme de la nature des choses. Mais ce réalisme n'exclut pas un a priorisme lié à la nature de l'homme. La lecture réaliste de l'ordre renvoie à la transcendance et au transcendantal, à l'*a priori* et à l'*a posteriori*. Cet ordre permet de clarifier le statut de certaines notions telles que la « condition », thème important car il détermine le moment de l'accès à l'existence d'une situation. Sur ces problématiques, E. FECHNER, *Rechtsphilosophie : Soziologie und Metaphysik des Rechts*, Mohr, 1962 ; W. MAIHOFER, *Realistische Jurisprudenz*, Klostermann, 1971 ; W. MAIHOFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt, 1966 ; H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, W. de Gruyter, 1976 ; A. REINACH, *Les fondements a priori du droit civil*, Vrin, 2004

réponse est négative, le contrat n'existe pas. La volonté, qui ne dépend que d'elle-même dans son essence, n'est pas liée analogiquement à l'objet.

**265. Conséquences issues des présuppositions du rapport entre essence et existence : seconde hypothèse.** - Dans la seconde hypothèse (celle d'une essence et d'une existence liées analogiquement), la simple réunion des conditions de validité du contrat ne suffit pas, en soi, à créer une situation juridique et à la rendre effective à l'instant même de la réunion des éléments fondamentaux. Installée « dans » le temps, la nature, comprise comme le rapport essence-existence, ne permet plus d'établir des frontières fixes. Dans les éléments constitutifs du contrat, la présence d'une volonté d'un côté et d'objet de l'autre (sous réserve de l'existence d'une capacité et d'une cause) ne suffit pas, en soi, à créer la situation juridique ni à poser une frontière. Du point de vue de l'essence, la volonté se suffit à elle-même, mais du point de vue du rapport analogique entre essence et existence, on ne peut véritablement vouloir que ce que l'on connaît. L'existence d'une volonté dépend de la connaissance de la chose objet du consentement<sup>740</sup>. La nature de la volonté, est certes connue par l'essence, mais elle est d'autant mieux comprise par l'existence. Il résulte, selon cette structure interprétative, qu'il peut y avoir une volonté et un objet sans pour autant une élévation à l'existence d'une situation juridique car la volonté n'est « vraie » que par la connaissance de l'objet vers laquelle elle tend. Dans cette hypothèse, on ne considère pas que la volonté est une « idée claire et distincte ». Au contraire, la chose voulue contient une obscurité qu'il faut lever, ce que permet, en partie, la description employée comme moyen d'éclaircir les données de l'existence. Autrement dit, cette position refuse l'univocité de la volonté (et de toute notion du droit positif) au profit de l'équivocité, tout en rappelant que derrière l'équivocité se trouve l'unité analogique qui permet d'éviter tout relativisme. Du point de vue des conséquences juridiques, les conditions de formation du contrat ne sont pas autonomes et divisées, mais en interactions. Il n'y a pas une volonté d'un côté et une chose de l'autre, mais une *chose voulue*.

**266. Différenciations des conséquences réciproques.** - La première hypothèse s'attache au plan de la généralité en cherchant à embrasser *le plus de* situations juridiques, c'est-à-dire un maximum quantitatif. La seconde hypothèse (liaison analogique) vise à atteindre non un maximum mais *toutes* les situations parce qu'il regarde les conditions sous-jacentes du contrat et non seulement leur apparence (qui passe pour leur essence). Dans un calcul d'ordre

---

<sup>740</sup> Les libéralités en sont un exemple. Cf. *infra* n° 598

statistique, la différence entre les deux positions est faible. En principe, le consentement est donné en vertu d'une connaissance que détiennent les parties. On voit mal une partie accepter ce qu'elle ignore. Or il existe une portion de situations dans lesquelles la volonté existe sans véritable connaissance ou sans que l'objet soit pleinement déterminé ou causé. Il s'agit des cas où la frontière est floue parce que les faits n'expriment que difficilement toute leur réalité. Ainsi, sous couvert de la théorie française du consensualisme, la distinction des pourparlers, de l'avant-contrat et du contrat est parfois peu évidente, tout comme le contenu exact du contrat.

b. Le lien entre la volonté et les autres éléments.

267. **La portée de la volonté.** - La volonté est l' « acte de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique, qui comprend un élément psychologique (volonté interne) et un élément d'extériorisation (volonté déclarée) »<sup>741</sup>. La volonté tient une place particulièrement importante en droit des obligations pour deux raisons. D'une part, elle est une des conditions de formation des contrats, d'autre part, la volonté a pu être considérée comme la source principale (sinon unique) de l'obligatorité des contrats. Juridiquement, elle a connu une apogée doctrinale postérieure à son apogée pratique<sup>742</sup>, en justifiant une structure de pensée dont elle était le centre, sous la forme de l'autonomie de la volonté. L'autonomie de la volonté trouve sa thématization systématique à travers le formalisme de Kant. Comme le dit M. Dupuy : « le formalisme signifie [...] l'autonomie puisque l'homme, se confondant comme volonté « pure » avec la raison pratique, se donne à lui-même sa loi ; il n'est donc vraiment libre qu'autant qu'il y conforme ses actions, et n'obéit pas aux divers principes « matériels » et hétéronomes de l'action, tous inconciliables avec la dignité humaine »<sup>743</sup>. On trouve une formulation proche même si moins prononcée à l'article 1134 du Code civil. C'est sous l'angle jusnaturaliste que le volontarisme doit être apprécié. Traditionnellement, on oppose jusnaturalisme et volontarisme puisque l'un implique une réalité donnée et sous-jacente tandis que l'autre s'émancipe de la nature pour se fonder sur lui-même à l'intérieur du positivisme. Pourtant une telle présentation occulte le lien entre la volonté et la nature. En un sens, tout jusnaturalisme est un volontarisme, mais la volonté considérée par le jusnaturalisme a un sens très différent du volontarisme employé dans le positivisme. Reprenant une distinction déjà utilisée précédemment, la volonté se comprend

<sup>741</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V<sup>o</sup> Volonté

<sup>742</sup> V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Préf. J.-Ph. Lévy, PUF, 1980

<sup>743</sup> M. DUPUY, *La philosophie allemande*, PUF, Que sais-je ?, 1972, p.43

sous deux formes, soit sous le rapport essence-existence, soit sous le rapport essence-existence uni analogiquement.

**268. Explication du volontarisme du jusnaturalisme et du positivisme : première hypothèse.** - La première hypothèse est possible en vertu non d'une distinction intentionnelle (dans l'esprit) mais d'une division réelle. Historiquement, on trouve les racines de ce processus chez Duns Scot, lequel supprime l'unité analogique du rapport matière-forme par le biais de la *distinctio formalis a parte rei*<sup>744</sup>. Usant d'un parallélisme, cela conduit à supprimer le lien analogique qui unit le sujet de l'objet, et par extension celui qui unit la volonté à l'objet. Cela ouvre la possibilité d'une volonté « vide », sans objet qui la déterminerait. On se sépare radicalement d'une pensée thomiste qui ne conçoit pas une pensée détachée de son objet. La pensée scotiste conduit à rompre l'intentionnalité sans contradiction. La volonté et l'objet ne peuvent entrer en contact que comme deux choses « autonomes ». Poursuivant son effort intellectuel et sous l'instance de la *distinctio formalis a parte rei*, Duns Scot fait de la matière un « acte déjà entitatif par soi avant d'être un acte formel »<sup>745</sup>. Cela signifie que tout comme la matière devient autonome de l'acte, la volonté devient autonome de l'objet. Les rapports réciproques changent fondamentalement car la suppression de leur union génère un nouveau mode logique, celui de la concurrence et du primat de l'un sur l'autre, à savoir de la volonté sur l'objet et inversement. On justifie par là même les prises de positions modernes entre une toute puissance de la volonté<sup>746</sup> et la résistance des choses face à cette volonté.

**269. Conséquences du volontarisme du juspositivisme.** - Tandis que nombre d'auteurs ont justifié le droit des contrats par l'autonomie de la volonté insistant sur la liberté de contracter, la liberté des formes du contrat ainsi que la liberté de leur contenu (primat de la volonté), d'autres auteurs en ont montré les limites en mettant en avant l'ordre public et la dépendance économique limitant la volonté, mais aussi certains types de contrats (contrats d'adhésion, les contrats dont le contenu est standardisé<sup>747</sup>) voire certains contrats imposés

---

<sup>744</sup> A. DE MURALT, *La métaphysique...*, op. cit., p.169 : « la *distinctio formalis a parte rei* de la métaphysique scotiste attribue à chaque chose pensés selon une notion (*ratio*) distincte une existence possiblement séparée ; elle doue chaque niveau formel dans une même réalité d'une existence propre, si bien qu'il ne sera pas choquant de point de vue d'admettre une même chose existant selon plusieurs existences partielles (Suarez) ».

<sup>745</sup> A. DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Vrin, 2002, p.15

<sup>746</sup> Sur ce point, de la période médiévale jusqu'au début de la Renaissance, on a assisté à des positions de ce type, notamment chez Occam et dans une moindre mesure Scot et Suarez, lesquels tentent de ne pas aboutir à un volontarisme sans limite. Sur ce point, cf. M. BASTIT, *La naissance de la loi moderne*, PUF, 1990, p.325-326

<sup>747</sup> A. BENABENT, *Les obligations*, op. cit., n°25-26

(assurances). Sur un plan technique, l'article 1108 du Code civil se comprend à la lumière de la suppression de l'union analogique. D'une part, la forme - énoncée par tirets dans le Code civil - présente un consentement, une capacité, un objet et une cause comme des éléments séparés qu'il s'agira d'unir pour que le contrat vienne à l'existence. D'autre part, l'emploi du mot *validité* dans le premier alinéa montre le plan sur lequel on se situe désormais. Ce n'est pas tant l'universalité de la vérité qui guide le contrat mais la généralité de sa validité. Pour saisir toute la portée de ces aspects, il faut opérer une comparaison avec un système dont on aurait maintenu la liaison analogique du sujet et de l'objet.

**270. Explication du volontarisme du jurnaturalisme et du positivisme : seconde hypothèse.** - Dans cette seconde hypothèse, la volonté reste unie analogiquement avec l'objet en vertu du principe selon lequel on ne peut penser sans objet et qu'on appelle l'intentionnalité. Ici, la volonté ne peut se détacher de l'objet. Par conséquent, toute concurrence ou primat de l'un sur l'autre est rejeté. Sur un plan logique l'autonomie de la volonté ne peut être qu'exclue puisqu'en contradiction avec le principe même. Poussant le raisonnement, l'analogie déborde le cadre du rapport entre volonté et objet pour justifier également le rapport entre volonté et connaissance. Si l'objet est nécessaire pour qu'il puisse y avoir volonté, de même en est-il de la connaissance car la volonté ne peut se déterminer réellement que si elle connaît. Si la connaissance se détermine par l'objet, alors la vérité elle-même se définit par l'objet. La conséquence de cet aspect est importante car dans une approche qui supprime le lien analogique, on aboutit à une connaissance possible et même vraie sans objet qui la détermine. La logique n'est plus du tout la même car on introduit une logique fondée sur la non-contradiction *a priori*, potentiellement rattachable à un subjectivisme. Autrement dit, la résistance de la chose, dans l'élaboration de la vérité, est évincée, au profit d'une logique « pure ». Le raisonnement continue avec l'unité analogique de la volonté et du bien. La position thomiste montre que l'on veut le bien, ce qui se distingue d'une position supprimant l'unité analogique<sup>748</sup>.

---

<sup>748</sup> A. DE MURALT, *La métaphysique...*, op. cit., p.151-152 : « Avec la possibilité d'un acte moral non finalisé par le bien, l'ordre moral, c'est-à-dire la loi, tend à se substituer au bien pour définir le principe de son acte et le devoir tend à se substituer à l'amour pour définir sa perfection » ; « Cette structure implique de fait une rationalisation de l'acte moral. L'acte moral est réglé exemplairement par une loi universelle qui lui impose une norme rationnelle, incapable aussi bien d'être vécue intérieurement que d'être réalisée absolument en elle-même, restant donc de soi nécessairement extrinsèque » ; « Définie, par une règle extrinsèque, a priori universelle et idéale, l'activité volontaire se réduit formellement à un acte de raison. Elle est encore acte de la volonté, elle n'est plus acte volontaire, elle a perdu la racine de sa liberté ».

271. **Conséquence du volontarisme du jusnaturalisme.** - La formule qui évoque le mieux les éléments ci-dessus, dans le cas de la constitution d'un contrat par l'homme, est : *une volonté connaissante tendue, en vertu de l'inclination de sa nature, vers la chose qui est son bien en tant que fin*. C'est à partir de cette expression que nous pouvons analyser les règles techniques du Code civil, à commencer par l'article 1108 du Code civil. L'union analogique implique l'universalité en prenant en compte *toutes* situations juridiques alors que la division implique la généralité (*le plus de* situations juridiques) par le choix de la partie au détriment du tout. Notre étude tendra à démontrer que la position actuelle du droit positif est celle d'une nature comprise selon le mode de la division mais avec un droit positif élaboré de manière à combler les situations non prises en compte (du fait de la généralité) par un ensemble de règles surajoutées aux principes<sup>749</sup> et également avec des exceptions lorsque les règles débordent le cadre de leur nature (ce qui résulte du primat d'une entité sur l'autre dans le cadre de leur nouvelle concurrence). A ces éléments, qui montrent que la volonté peut être comprise selon des rapports différents avec l'objet, la connaissance et le bien, se double une analyse sur l'identité même de la volonté, de l'objet, de la connaissance et du bien. La volonté, pour être comprise, nécessite une double approche. D'une part, on regarde ce qu'elle est, sa nature. D'autre part, on apprécie son lien avec les autres éléments du monde juridique. Nous en revenons aux deux types de réduction de la nature.

## 2. La lecture de la volonté en droit positif

### a. Les vices de consentement

272. **L'objet juridique du consentement.** - Le consentement donné lors de la constitution d'un contrat n'est pas n'importe quel consentement : il doit porter consciemment sur une obligation juridique, impliquant nécessairement un lien de droit dont l'inexécution est susceptible d'entraîner l'intervention des tribunaux<sup>750</sup>. Il y a tout un pan d'obligations morales ne relevant pas du domaine juridique. Tel est le cas des obligations sur l'honneur<sup>751</sup> ou tout simplement les obligations relatives aux rapports sociaux comme la courtoisie ou les propos qui ne relèvent que de la sympathie. Pourtant la frontière est parfois floue car l'extension ou la

---

<sup>749</sup> Les règles multipliant les strates juridiques sont de différents types. Certaines règles interdisent, limitent ou conditionnent. On rencontre des règles supplétives ou impératives, des exceptions, des tolérances ou des dispenses. Sur ces distinctions, C. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, Préf. de P. Conte, éd. Panthéon Assas, 2010, p.315 et suiv.

<sup>750</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.177

<sup>751</sup> B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Préf. J. Foyer, LGDJ, 1995

réduction du domaine juridique dépend de la lecture de la nature même du *juridique*. La pratique judiciaire montre que le juge n'est pas lié par les déclarations des parties lorsque celles-ci sont en contradiction avec les faits, non dans leur apparence, mais dans leur réalité sous-jacente. La volonté seule ne suffit pas à caractériser le domaine juridique. En sens inverse, la volonté de se lier juridiquement peut être absente et pourtant le juge verra un contrat<sup>752</sup>. C'est le cas de l'assistance bénévole suivie d'un dommage causé pour lequel le juge qualifiera parfois la situation de convention d'assistance<sup>753</sup>. A ce niveau, on perçoit déjà la différence entre le général et l'universel. Les conditions de l'article 1108 du Code civil peuvent être abstraitement réunies sans pour autant qu'un contrat existe réellement; de même un contrat peut exister sans que les conditions légales ne soient remplies. Cela signifie que le Code civil - pour le présent cas - organise les règles de droit en interprétant univoquement les différentes conditions (et notamment la volonté) et se situe dans un discours génériciste par lequel il tente de d'embrasser *un maximum* de situations sans les toucher *toutes*<sup>754</sup>. Mais les limites de cette approche sont compensées par les juges qui s'extirpent d'une lecture univoque pour privilégier une lecture équivoque - par laquelle les choses peuvent signifier plusieurs choses. Il devient possible de toucher les cas que la théorie avait évincés. Encore faudrait-il aller plus loin en invoquant une lecture analogue pour éviter le relativisme de l'équivocité. Les relations familiales sont un exemple illustrant que l'identité du droit se comprend d'autant mieux à travers son existence concrète. La particularité de la famille implique une proportion du droit à ce type de relation, notamment par rapport à la volonté. C'est ce qui justifie qu'un contrat valablement formé ne soit pas considéré dans le giron du droit par les juges, et ce, même si les cas sont rares<sup>755</sup>. La famille, dans son existence concrète, constitue un point de résistance, que l'essence perçoit mal. L'idée est renforcée d'un apport de l'existence dans l'identification toujours plus précise de la nature.

273. **L'erreur sur le consentement, l'erreur-obstacle.** - En vertu de l'article 1110 du Code civil : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle

---

<sup>752</sup> Pour une interprétation au profit de la fiction juridique de la volonté dans le cadre soit d'un comportement particulier, soit lorsqu'il existe un intérêt exclusif d'une partie, cf. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997, p.79 et suiv.

<sup>753</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.179

<sup>754</sup> On précise à nouveau qu'une lecture univoque - qui ne voit qu'un aspect - est partielle parce qu'elle s'arrête à ce qui apparaît sans voir une nature sous-jacente plus riche. Son avantage est de constituer des frontières assez étanches, ce qui aide à la prévisibilité. Son défaut est de ne pas viser toutes les situations, d'où la nécessité du juge dans son effort d'appréciation.

<sup>755</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.178

ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ». Montrant que la réalité du consentement ne dépend pas que d'elle-même, le Code civil rejette la simple apparence pour privilégier la nature effective du consentement dans son rapport au contrat. Le vocabulaire employé par les juristes est celui de l'être. On parlera d'erreur sur la *nature* du contrat, de *réalité* et de *dénaturation* du consentement, d'*identité* de la personne, d'*inexistence* ou de *nullité* du contrat, ou encore de qualités *essentielles*. Le principe est qu'un consentement donné ne doit pas être entaché d'erreur. L'apparence est évincée au profit de la réalité d'un consentement vrai. Encore faut-il déterminer à partir de quand et dans quel cas un consentement est vicié. Pour cela, la jurisprudence et la doctrine se fondent sur une argumentation issue de la nature. Tout d'abord, certaines erreurs (erreur-obstacle) sont telles que le contrat est considéré comme nul voire inexistant. C'est le cas pour l'erreur sur la nature du contrat et pour l'erreur sur l'identité de la chose. L'autonomie d'un consentement existant mais sans lien avec une chose objet du consentement est à rejeter. Les deux formules emploient respectivement les mots *nature* et *identité*. La nature est ce qui fait qu'une chose est ce qu'elle est et non autre chose. La même remarque s'applique à l'identité. En excluant ces deux cas, on ne fait que répondre à une règle logique de non-contradiction par laquelle un consentement ne peut porter sur une chose qui n'est pas ce qu'elle est. *Si l'essence fait défaut par contradiction, elle ne peut être le support d'aucune existence*, d'où la nullité du contrat, voire son inexistence<sup>756</sup>.

274. **L'erreur sur les raisons qui ont conduit à contracter.** - En vertu d'une jurisprudence constante<sup>757</sup>, l'erreur sur la cause est indifférente d'où le maintien du contrat. Du point de vue du droit naturel, l'opposition entre Pufendorf et Barbeyrac montre les deux positions et leurs implications<sup>758</sup>. Pufendorf admet l'erreur sur la cause supprimant la validité du contrat, tandis que Barbeyrac refuse de remettre en cause le contrat au détriment de la sécurité de l'autre partie. Techniquement, la question est complexe car elle invite à connaître l'étendue du champ contractuel. Or ce champ contractuel est susceptible de réductions ou d'extensions en fonction des présupposés qui le guident<sup>759</sup>. Ces présupposés sont souvent présentés par le biais de concepts tels que la sécurité juridique, la stabilité des relations

---

<sup>756</sup> Sur la nullité absolue, la nullité relative ou l'inexistence du contrat en cas d'erreur-obstacle, cf. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., n°326

<sup>757</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 avril 2003, Bull. civ. III, n°82

<sup>758</sup> J.-Ph. LEVY, *Histoire des obligations*, Les Cours du droit, 1995, n°115

<sup>759</sup> S. DRAPIER, *Les contrats imparfaits*, Préf. G. Goubeaux, PUAM, 2001, p.344



juridiques ou l'égalité. Cependant, la limite de cette approche tient au fait que ces mêmes concepts dépendent eux-mêmes de présupposés conditionnés par d'autres concepts, et ainsi de suite en vertu d'une chaîne logique soit infinie, soit se retournant sur elle-même. L'étude du champ contractuel doit être faite à partir du jusnaturalisme dans sa visée ontologique. L'être, en effet, ne peut être expliqué par un autre concept qui le conditionnerait<sup>760</sup>. Il est le fonds commun de toute chose, d'où sa transcendance et son statut de point de départ dans notre analyse. Le champ contractuel est déterminé par le contrat établi entre les parties. Le contrat dépend lui-même de l'objet. Sous cet angle, seuls les éléments relatifs à la chose doivent être pris en compte. Cette vision se centre principalement sur l'essence de la chose. Par exception au principe, l'erreur sur la cause sera admise lorsqu'elle portera sur une qualité substantielle conjointement acceptée par les parties selon un commun accord - entrant par le même coup dans le champ contractuel. La question est de savoir si le juge doit apprécier le contrat tel qu'il se montre selon son essence ou tel qu'il se montre sous le rapport de son essence-existence. Autrement dit, le juge peut-il tirer des conclusions de l'attitude des parties et/ou de leur simple connaissance du caractère substantielle d'une cause sans que celle-ci ne soit explicitement insérée dans le contrat. Il semble que la réponse soit négative<sup>761</sup>. L'extension du champ contractuel nécessiterait de prendre en compte non simplement la chose mais la volonté tendue vers cet objet, ce qui intégrerait l'erreur sur la cause puisque la volonté se serait définie en fonction d'une cause dont la chose est le *medium*. En ce sens, on se situerait dans le cadre de l'équité<sup>762</sup> qui comprend mieux l'identité des choses.

275. **L'erreur viciant le consentement.** - Concernant l'erreur sur la substance, deux approches se concurrencent. L'approche objective identifie la substance à la matière de la chose. Cette conception insiste sur la matière dans le composé matière-forme des choses<sup>763</sup> pour ne garder qu'un aspect de la nature de la chose. L'approche subjective s'identifie à la qualité substantielle en tenant compte de ce qui est pu être déterminant dans le consentement des parties. Cette dernière approche, si elle a la faveur de la jurisprudence et de la doctrine,

---

<sup>760</sup> Sauf à en faire un objet, ce qui le dénaturerait, d'où une impossibilité.

<sup>761</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n°505 : « Une erreur sur les motifs qui n'est pas, en même temps, une erreur sur les qualités substantielles, est inopérante, même si ce motif avait été déterminant pour une partie et connue par l'autre partie, ce qui ne suffit pas à en faire un élément du contrat : il faudrait une volonté comme et exprime des deux parties le faisant entrer dans le champ contractuel »

<sup>762</sup> F. TERRE, « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », in *L'égalité*, *APD*, t.51, Dalloz, 2008, p.21-27

<sup>763</sup> D'une matière matérialiste dirons-nous, ce qui se distingue de la matière aristotélicienne. Cette dernière reste informe tant qu'elle n'est pas liée à une forme. Ici, il s'agit d'une matière autonome (autonomisée).

nécessite une nouvelle subdivision relative à l'interprétation de cette qualité substantielle. D'une part, le contractant peut être regardé *in abstracto*, comme un « homme moyen » conforme à une « norme » communément admise, d'autre part, le consentement du contractant sera apprécié *in concreto* par le juge. Cette distinction, que l'on retrouve dans l'ensemble du droit, correspond aux positions extrêmes justifiées par la matière, la forme, l'essence et l'existence. La forme « n'est intelligible que dans la mesure où l'intelligence la rend actuellement intelligible et en fait son objet adéquat »<sup>764</sup>. La connaissance « suppose l'abstraction qui transforme et réduit la chose à la mesure de l'intelligence »<sup>765</sup>. L'abstraction, c'est la saisie de la forme sans sa matière et hors de son existence. Par exemple, on obtiendra comme définition : l'homme est un animal rationnel. Sa rationalité étant caractérisée, le juge s'en tient à un usage normal de cette raison, d'où une certaine objectivité. Le concret, quant à lui, c'est la chose dans son existence même si l'esprit n'en perçoit pas toute la réalité. L'existence n'étant pas susceptible d'être conceptualisée, seul le jugement issu de la description permet d'en dessiner les contours. C'est justement l'œuvre du juge que d'interpréter souverainement les faits qui lui sont soumis afin d'en déceler la réalité sous-jacente. En un sens, on peut dire qu'entre les analyses *in abstracto* et *in concreto*, c'est le rapport entre la clarté d'une apparence et l'obscurité d'une réalité. Le droit positif étant un droit orienté vers l'action, ne pouvant suspendre son jugement indéfiniment, il privilégie le mode d'appréciation le plus pertinent en fonction du type de situation.

276. **L'erreur sur la personne.** - Dans le cadre d'un contrat, la chose objet de l'obligation est au centre des délibérations entre les parties. L'indépendance de la chose, voire son autonomie est souvent considérée comme le principe. Cependant, le Code civil ne s'y limite pas car il conçoit la situation dans laquelle la chose est singulièrement liée à la personne du contractant. On vise notamment les contrats *intuitu personae*. Lorsque le contrat est établi en considération de la personne, le contractant n'est pas perçu comme une image abstraite mais dans son existence concrète. Le droit tient compte de ce fait en adjoignant un régime spécifique à partir de l'existence. Ainsi, l'erreur sur la personne peut être invoquée pour un contrat *intuitu personae*. La nature de la personne du contractant n'est pas limitée à son essence puisque son existence est déterminante. Les contrats à titre gratuit et certains contrats

---

<sup>764</sup> A. DE MURALT, *La métaphysique...*, op. cit., p.84 ; également, P. GRENET, *Le thomisme*, op. cit., p.37 : « Connaître [...] c'est prendre la forme de l'autre, mais sans devenir matière pour cette forme ».

<sup>765</sup> A. DE MURALT, *La métaphysique...*, op. cit., p.84

à titre onéreux sont également concernés<sup>766</sup>. Dans les contrats à titre onéreux, la personne du débiteur peut être fondamentale ou secondaire selon les circonstances. Le droit positif s'adapte en tenant compte de l'essence par principe afin d'assurer un régime juridique uniforme, mais inclut également l'existence (de la personne) lorsque le cas le requiert. L'approche jusnaturaliste voudrait une considération systématique des personnes et des choses (ciblant autant leur essence que leur existence). Le droit positif fait vœu d'une ambition plus restreinte mais à la mesure de ce dont il est capable d'assumer.

277. **Généralité et universalité.** - La lecture analogique du rapport essence-existence se situe sur le « plan » de l'universel<sup>767</sup>, lequel concerne *toutes* les situations juridiques. Lorsqu'on procède à une suppression de l'analogie et/ou une réduction de la nature à la simple essence ou à la forme, alors on passe sur le plan du général, lequel concerne *un maximum* de situations juridiques. Ce constat justifie que le principe soit accompagné d'une exception. Cet état de fait est applicable à l'ensemble de la logique juridique, contrainte d'élaborer des exceptions (en restreignant ou étendant des principes) pour combler les interstices laissés vacantes par le caractère général du droit positif. Le général ne touchant pas toutes les situations, les exceptions permettent de traiter de ces cas. Dans le même esprit, certaines notions comme l'abus de droit ou l'équité<sup>768</sup> donnent au juge le pouvoir de dépasser la loi pour atteindre certaines zones laissées vides<sup>769</sup>. Le droit naturel, compris dans la profondeur d'une nature authentique, ne conçoit qu'un contenu (quasiment) dénué d'exceptions car il se situe sur le plan de la généralité la plus proche de l'universalité. Le droit positif, qui n'est que l'image univoque du droit naturel, procède par principes et exceptions. Le problème réside dans le fait que le nombre des règles et des exceptions sera toujours plus important car la volonté d'une prévisibilité et d'une fixité des cas non compris dans les principes généraux nécessite toujours plus de règles particulières. C'est l'image présentée par le droit actuel dans son expansion grandissante.

278. **Le dol comme atteinte à l'intégrité du consentement.** - Selon l'article 1116 du Code civil : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par

---

<sup>766</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n°201

<sup>767</sup> Sous réserve de ce que nous avons dit, cf. *infra* (l'universel regarde certes le commun -la nature- mais surtout la différence radicale. Lorsque la nature intègre la différence radicale, la nature se rapproche de l'universel sans pour autant l'atteindre)

<sup>768</sup> Sur les conceptions substantielles et fonctionnelles, C. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, Préf. de P. Conte, éd. Panthéon Assas, 2010, p.257-284 ; Sur le pouvoir limité du juge, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°311

<sup>769</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Éléments d'une philosophie politique*, éd. Bière, 1993, p.55-78

l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contractée ». Le principe rejoint, dans son esprit, l'idée d'un consentement trop altéré pour être réel. Les manœuvres, en tant que mise en scène, n'empêchent pas l'existence d'une volonté mais cette volonté a perdu la racine de sa liberté, elle est volonté sans être un acte volontaire<sup>770</sup>. La volonté ne se concevant pas sans la liberté, voilà justifiée la nullité du contrat. Il faut tout de même remplir des conditions pour qu'il y ait dol, puisqu'aux manœuvres, s'ajoutent son caractère déterminant et son émanation du cocontractant ou d'un représentant (souvent un complice). A ce titre, le dol est un des innombrables exemples d'un principe dont l'existence nécessite l'effectivité de certaines conditions. Si ces conditions sont remplies, alors il y aura dol. Tout dépend de l'interprétation de ces conditions dont le champ peut être plus ou moins étendu selon les présupposés sous-jacents. Il faudra savoir jusqu'où s'étend la notion de « manœuvre », ce qu'est un caractère « déterminant » ou à partir de quand il y a « complicité ». Selon un mode argumentatif relatif à la nature, il est possible de partir, non des déterminations finales du droit positif, mais de la formule de type jusnaturaliste d'une *volonté connaissance tendue, en vertu de l'inclination de sa nature, vers l'objet qui est sa fin en tant que bien*. Dans ce cas, les conditions sont évincées au profit d'un regard plus intuitif<sup>771</sup>, par lequel la simple rupture du lien existant<sup>772</sup> au sein de la formule suffit à découvrir, non tant le dol, que plus globalement un manque de justesse voire de justice. C'est sous cet angle que l'esprit humain se rend compte intuitivement d'une injustice ou d'une justice actuelle, sans même connaître les règles du droit positif. La formule apparaît comme une mesure à laquelle il faut s'ordonner sans que celle-ci n'évince les règles du droit positif dont l'utilité reste pertinente en décomposant ce qu'une formule de type jusnaturaliste ne serait pas apte à opérer en raison d'une indétermination trop marquée. Tels devraient être les rapports entre droit naturel et droit positif.

279. **Le caractère déterminant des manœuvres dans le dol.** - L'univocité, attribuée aux concepts, conditionne un discours génériciste, visant un maximum de situations sans les concerner toutes. Pour éviter cet écueil et étendre davantage les situations prises en compte, le législateur, la jurisprudence et la doctrine proposent des adaptations notamment par une ouverture à l'équivocité. Tel est le cas de la condition de « manœuvre » particulière

---

<sup>770</sup> A. DE MURALT, *L'unité ...*, op. cit., p.33-34

<sup>771</sup> On parlera d'une connaissance noétique.

<sup>772</sup> Cette rupture se perçoit notamment du point de vue de la cause. Sur la causalité réciproque de cause totale remplacée par la causalité concourante de cause partielle, cf. A. DE MURALT, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, E.J. Brill, 1991, p.32-36

impliquant une action positive de la part du cocontractant. La jurisprudence a admis le dol en cas d'acte positif et de mensonge. Le fait de vanter un produit « au-delà » de ses qualités, sans pour autant entrer dans l'exagération n'est pas considéré comme un mensonge (*bonus dolus*). L'image claire et distincte du concept de mensonge laisse place à l'appréciation du juge, lequel se fonde sur l'essence de la notion qu'il identifie d'autant mieux dans la description de son existence au sein du cas litigieux. La sanction de la réticence dolosive (silence sur une information connue et potentiellement importante pour l'autre partie) a mis plus de temps. En tant qu'elle n'est pas une action positive, elle devrait être exclue du dol, ce que fut la position de la Cour de cassation<sup>773</sup>. La solution a finalement été admise sous réserve qu'une partie savait l'importance de l'information pour l'autre et que la partie qui l'ignorait ne pouvait se renseigner par elle-même<sup>774</sup>. On voit la nécessité de créer de nouvelles conditions, dans les conditions elles-mêmes, pour cibler les zones d'ombre issues de l'approche générale du droit positif. Le constat se confirme d'ailleurs lorsque les parties sont liées de manière à nécessiter une obligation de loyauté plus poussée<sup>775</sup>. A ce titre, la loyauté est un concept particulièrement efficace pour toucher les situations à la frontière des conditions univoques du droit positif<sup>776</sup>. De même, l'appréciation du caractère déterminant, comme second critère, renvoie à l'appréciation du juge au-delà de l'univocité des conditions. La manœuvre doit avoir déterminé le consentement du cocontractant, sans quoi on en resterait à la simple tolérance inhérente au commerce. Le dol principal est celui qui a déterminé le consentement sans nécessairement porter sur des qualités substantielles<sup>777</sup>. Dans ce cas, la nullité est encourue. Le dol incident est celui pour lequel la partie aurait quand même contracté mais à des conditions plus avantageuses<sup>778</sup>, d'où la possibilité de l'octroi de dommages et intérêt et non une nullité.

**280. Un dol émanant du cocontractant.** - Les manœuvres d'un tiers sont indifférentes à la validité du contrat quand bien même elles seraient la cause du consentement d'une partie. Le principe se justifie par le refus de faire peser les conséquences de la nullité sur une partie de

---

<sup>773</sup> Cass. civ, 30 mai 1927, *DH* 1927. 416

<sup>774</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n°510 ; sur les cas relatifs aux salariés et aux acheteurs face aux professionnels, cf. A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n°87-1

<sup>775</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.344

<sup>776</sup> Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préf. G. Couturier, LGDJ, 1989

<sup>777</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n°512

<sup>778</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p.99

bonne foi<sup>779</sup>. A ce principe vient se greffer des exceptions pour les actes unilatéraux et pour les libéralités<sup>780</sup>. Pour les actes unilatéraux, le cocontractant fait défaut. Ces limites reprennent, encore une fois, l'idée de généralité résultant de l'univocité de la lecture des choses. A cela s'ajoute la structure même du droit positif dont le centre de gravité est davantage orienté vers le contrat que l'acte juridique. En posant un principe sur la base des contrats et en l'étendant aux actes juridiques, on procède par un schéma inverse qu'il faut éviter<sup>781</sup>. Cette position du droit français, centrée sur le contrat plus que sur l'acte juridique, a fait l'objet de nombreuses études<sup>782</sup>. Selon une approche jusnaturaliste et prenant appui sur l'arbre de Porphyre, le genre *acte juridique* englobe l'espèce *contrat*. La construction théorique, fondée sur le contrat, ne voit donc qu'une partie et non le tout (qu'il ne voit en fait, qu'à rebours).

**281. La violence viciant le consentement.** - L'intégrité du consentement, valable sous réserve de la liberté des contractants, est atteinte par la violence. Trois éléments se succèdent comme autant de conditions à remplir pour obtenir la nullité du contrat. Tout d'abord, il faut une menace « de nature à produire un effet psychologique accentué »<sup>783</sup>. Le Code civil évoque une violence « de nature à faire impression sur une personne raisonnable », ce qui tend à considérer abstraitement l'homme comme simple essence. Mais l'alinéa 2 de l'article 1112 du Code civil précise qu'« on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». L'appréciation de la violence dépend d'une conception plus riche fondée sur le rapport essence-existence. L'idée est renforcée par la prise en compte d'une violence sur l'époux ou l'épouse, les descendants ou les ascendants (art. 1113 du Code civil). Viennent ensuite l'élément intentionnel et l'injustice de la violence. Sur ce dernier point, la menace d'une action en justice n'est pas considérée comme une violence, au moins quand elle est légitime<sup>784</sup>. De manière générale, la violence est comprise de manière équivoque, c'est-à-dire qu'elle n'est pas qu'une simple image figée. Ce qui se présente, ce n'est pas la violence mais

<sup>779</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., n°215 : « Moralement [...] : la nullité étant considérée comme la réparation du préjudice causé par une faute, il ne faut pas la faire supporter par un contractant innocent ; une peine doit être personnelle ».

<sup>780</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n°513

<sup>781</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, op. cit., p.348 : « Le droit français contient une théorie générale du contrat applicable, sous réserve d'adaptation, à tous les actes juridique, et ce à l'inverse d'autres traditions (l'Allemagne par exemple, où le Code a forgé une théorie générale de l'acte juridique). Or précisément, l'exigence relative à l'auteur du dol ne peut s'appliquer dans les actes juridiques unilatéraux où, par hypothèse, il n'y a pas de contractant. Le dol peut alors émaner de n'importe quel tiers ayant, par fraude, conduit à l'adoption de cet acte, ce qui permet de supposer qu'il y avait un intérêt ».

<sup>782</sup> J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1971

<sup>783</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF, 21<sup>e</sup> éd. refondue, 1998, p.100

<sup>784</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.100

le *fait violent*. Mais l'écueil de l'équivocité est la relativité qu'elle entraîne, ce qui n'est pas le cas de l'idée de violence, en l'espèce, qui ne conduit pas à une relativité dans l'appréciation des juges. On voit bien une permanence dans la nature de la notion à travers les différentes formes qu'elle peut revêtir. Cette permanence de l'identité de la notion de violence s'explique parce qu'elle est analogiquement comprise par rapport à une idée qui la transcende, à savoir l'être, lequel se rattache à la justice dans le cadre du droit. Autrement dit, le principe relatif à la violence dans l'intégrité du consentement et les exceptions qui la précisent, sont analogiquement proportionnés à la justice, ce qui détermine et justifie le domaine qui leur est attribué en droit positif. La jurisprudence comme la doctrine permettent d'affiner les proportions.

b. La relativité de la volonté

α) Le renforcement du consentement dans la donation

282. **La relativité de la force du consentement.** - Le consentement semble employé uniformément dans le droit positif. Ainsi, pour les contrats, l'article 1109 du Code civil dispose qu'« Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par l'erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol » (sous réserve d'être sain d'esprit – art. 414-1 du Code civil), et l'article 901 dispose que : « Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence ». La volonté, conditionnée par la liberté, nécessite un contrôle accru dans le cas des libéralités<sup>785</sup>. Comme le disent Aubry et Rau, « La donation exige, de la part du donateur, une liberté d'esprit et de résolution plus entière et plus complète que les contrats intéressés »<sup>786</sup>. Il n'est pas à dire que la liberté doit être absolue, qualificatif excessif et même inconsistant en l'espèce. Historiquement, l'insanité d'esprit pouvait même être invoquée pour les actes exécutés sous la colère, la jalousie ou la haine par l'action *ab irato*. C'est toujours l'idée de la différenciation entre l'acte de volonté et l'acte volontaire qu'il s'agira de démontrer. La preuve du vice du consentement pour insanité d'esprit s'apprécie au regard soit de la cohérence interne du contenu de la libéralité, soit en prouvant l'insanité elle-même<sup>787</sup>. Ainsi, la nature même de l'acte permet de déterminer, *a posteriori*, si la volonté a été donnée

---

<sup>785</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., n°257

<sup>786</sup> C. AUBRY, C. RAU, *Droit civil*, t. X, Librairies Techniques, 6<sup>e</sup> éd., 1954, §651, p.484 ; P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p.153

<sup>787</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2013, n°302

au regard de l'objet de l'acte. Si la libéralité fait l'objet d'une réflexion préalable, c'est également le cas des contrats. Cependant, pour les contrats, la pluralité de parties justifie une négociation sur le contenu, antérieure au consentement. Dans ce cas, le consentement sera donné avec tous les éléments en mains, éléments discutés afin de valoriser les intérêts de chacun. Les contrats d'adhésion sont des contrats sans négociation véritable, on est donc dans une situation différente ayant une incidence sur le consentement donné. La doctrine a proposé un régime spécial pour les contrats d'adhésion, refusée par la jurisprudence au profit d'un contrôle réorienté sur la connaissance ou l'absence de connaissance de certaines clauses<sup>788</sup>. De même en est-il pour les contrats-types<sup>789</sup>. Autrement dit, l'identité, la nature de la volonté ne se comprend vraiment non comme une idée claire et distincte mais comme une essence d'autant plus claire comprise dans l'existence des actes voulus.

β) La force de la volonté dans l'engagement unilatéral

283. **La période antérieure au contrat : offre, pourparlers et avant-contrats.** - La volonté, en même temps qu'elle s'attache à un objet, doit rencontrer une autre volonté dans le cadre des contrats. Telle est la raison d'être de l'offre de contracter attendant une acceptation. Reprenant les mêmes constats que ceux tirés de la volonté, la notion d'offre n'est pas figée dans une image qui la rendrait égale en toute circonstance. L'offre<sup>790</sup>, telle que reconnue par le droit positif doit être précise et ferme, sinon, il ne s'agit que de pourparlers. La précision demandée porte notamment sur les éléments *essentiels* du contrat envisagé. Il ne s'agit pas de n'importe quelle offre mais bien de celle qui permettra la détermination du type de convention, à partir de sa nature. En vertu de l'arbre de Porphyre, la connaissance de l'espèce, en tant qu'essence déterminée, fait connaître le genre qui se situe au-dessus, notamment en droit civil où les catégories sont clairement définies. Pour des contrats *sui generis*, le mécanisme est similaire. La connaissance de la nature représente le point de départ qui rend possible l'offre par détermination de la chose. Cette condition répond à la formule d'une *volonté connaissante tendue vers un objet*. L'objet visé est considéré dans sa nature, non dans sa contingence. On distingue d'autant plus l'offre des pourparlers, lesquels visent à éclaircir la nature des relations à venir, dont le contour n'est pas encore cerné. La validité de l'offre engage une autre condition, celle de la fermeté. Les réserves émises par l'auteur de l'offre, ou

---

<sup>788</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.233

<sup>789</sup> *Ibid.*

<sup>790</sup> G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997, n°112-122



résultant de la *nature* même du contrat éventuel, sont autant de limites à une offre ferme. Tout n'est donc pas offre puisqu'il faut qu'elle revête une « réalité » suffisante, sans quoi elle ne serait que pure volonté repliée sur elle-même. Les conditions posées à travers le droit positif ne font que mettre en avant les éléments essentiels de son identité. Lorsqu'on reprend la formule d'une *volonté connaissante tendue vers son objet qui est son bien en tant que fin*, il en découle nécessairement un objet déterminé en son essence, c'est-à-dire connu, d'où la possibilité d'une volonté libre entendue comme acte volontaire. Ces deux conditions (précis et ferme) ne sont que la transcription « figée » d'une réalité marquant l'identité authentique de l'offre. Leur but est de tracer des frontières visibles aux yeux de tous. La condition d'un consentement non équivoque confirme cet aspect.

284. **La réalité de l'offre à travers son retrait et sa caducité.** - L'offre, tant qu'elle n'est pas acceptée, est un acte juridique unilatéral<sup>791</sup> flottant au milieu des autres offres. La question du délai de l'offre, notamment au regard de son retrait a alimenté les analyses de la doctrine parce qu'elle est conditionnée, dans sa réponse, par l'interrogation plus globale de sa réalité juridique, de sa valeur juridique - l'une déterminant l'autre. L'hypothèse la plus simple est celle d'un délai attaché à l'offre, et au-delà duquel celle-ci vient à disparaître à défaut d'acceptation par un cocontractant. Lorsqu'aucun délai n'est fixé concernant la durée de l'offre, son auteur reste libre d'y mettre fin selon sa volonté. Pourtant, la jurisprudence impose un délai qualifié de raisonnable<sup>792</sup>, à défaut de quoi l'offre serait fictive. Si l'offre doit répondre aux critères de précision, de fermeté et de non-équivocité, selon son essence, la nécessité d'un délai raisonnable relève de l'existence de l'offre. La présente illustration est particulièrement éclairante sur les rapports d'essence-existence. L'identité de la notion d'offre n'intègre pas le délai raisonnable, *qui ne semble rien enlever à sa définition*. La notion d'offre reste identique à elle-même qu'elle dure longtemps ou non. Il n'y a donc pas de nécessité d'un « délai raisonnable ». Pourtant, dans une conception de la nature non restreinte à l'essence mais intégrant l'existence dans un rapport d'unité analogique, la durée s'insère comme un élément fondamental. L'existence de l'offre, à travers l'auteur qui en est la source, n'est pas autre chose que ce qu'elle était en tant qu'essence. Elle est toujours une offre, mais avec une réalité qui dépasse totalement sa simple essence. L'existence permet également de mieux

---

<sup>791</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.70 ; mais, pour des spécifications, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., n° 138 et suiv.

<sup>792</sup> J. MESTRE, « Du maintien de l'offre pendant un délai raisonnable », *RTD civ.* 1993, p.345 ; B. FAGES, « Toute offre non assortie d'un délai précis est nécessairement faite pour un délai raisonnable », *RTD civ.* 2009, p.524

apprécier, *a posteriori*, l'identité de l'offre. Une offre supprimée dans un délai de nature à ne permettre aucune acceptation n'a pas vraiment d'existence puisqu'elle est fictive, ne répondant pas à la finalité de sa propre nature (dont la vocation est d'être acceptée par un cocontractant). Que le présupposé soit relatif à l'essence ou relatif au rapport essence-existence, l'identité de l'offre n'est plus la même - ce qui est valable, par extension à tous concepts.

**285. La place de la volonté dans l'acte unilatéral et les effets juridiques produits.** - La mise en avant des articles 1101 et suivants du Code civil conduit à interpréter les conditions de formation des actes juridiques à partir du seul contrat. De même en est-il pour les obligations qui en découlent. Pourtant, le contrat n'est qu'une espèce du genre plus vaste qu'est l'acte juridique<sup>793</sup>. Celui-ci se divise entre les actes unilatéraux et les actes bilatéraux. La place de la volonté dans l'acte juridique unilatéral est la même en tant que condition de formation de l'acte mais diffère dans sa force ou sa proportion en raison de « *certaines adaptations qu'imposent la nature des choses* »<sup>794</sup>. Certes, les cas de nullités sont les mêmes que pour un contrat classique mais des adaptations sont nécessaires<sup>795</sup>. C'est ce que montre J. Martin de la Moutte au niveau de l'appréciation de l'erreur, laquelle doit être appréciée au regard de ce qui a pu paraître substantiel à l'auteur<sup>796</sup>. De même, le dol n'est pas restreint dans sa validité aux agissements du bénéficiaire (qui de toute façon est un tiers) puisqu'elle conduirait à une suppression systématique du dol pour les actes unilatéraux<sup>797</sup>. Une adaptation serait également nécessaire concernant la cause se réduisant principalement à son aspect subjectif. Ces éléments confirment en tout cas que le concept de volonté n'est ni univoque, ni équivoque mais bien proportionné à la situation dans laquelle elle s'intègre<sup>798</sup>. La réalité, située dans la *chose voulue*, implique une adaptation de la volonté à la chose qu'elle prend pour objet.

**286. La force juridique de l'acte juridique unilatéral.** - Traditionnellement, on considère que l'obligation ne pouvait être la résultante que de cinq sources délimitées : le contrat, le

---

<sup>793</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., n°491 : « Il n'existe pas une théorie générale de l'acte unilatéral, considéré en soi, comme il existe une théorie générale du contrat, abstraction faite des diverses variétés que celui-ci comporte ».

<sup>794</sup> *Ibid.*, n°492

<sup>795</sup> C. BRENNER, « Acte », Rép. civ. Dalloz, 2013, p.21, n°169

<sup>796</sup> J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Préf. P. Raynaud, Sirey, 1951, n°235

<sup>797</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., n°492

<sup>798</sup> *Infra* n°411 pour le lien avec l'ordre des choses.

quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi. Mais la doctrine allemande a impulsé un mouvement de réflexion chez les auteurs français. Parmi les fondements justifiant la force obligatoire de l'acte unilatéral, on trouve surtout l'autonomie de la volonté. Le caractère quasi-absolu de cette notion a vite été contesté au motif que si elle permettait de se lier librement, elle devait également impliquer la possibilité de se délier. A cet argument des auteurs ont répondu que : « L'objection ne repose que sur une analogie abusive, et dont la logique est purement apparente. La liberté susceptible d'être reconnue à chacun est de se lier ou non ; elle n'est pas de se lier et de se délier. En bref : après qu'une personne a librement choisi de s'engager, elle a, du même coup, perdu sa liberté »<sup>799</sup>. Sous un angle jusnaturaliste, l'argument tiré de la possibilité de se lier et de se délier repose sur une lecture essentialisante de la volonté, laquelle serait identique à elle-même dans les deux cas. L'interprétation est donc valide parce qu'elle répond correctement à l'hypothèse de départ d'une essence figée de la volonté mais elle est réductrice. La critique de ces auteurs se détache de cette lecture au profit de l'insertion de l'existence de la volonté, laquelle montre que la situation est différente d'où l'impossibilité d'assimiler le fait de se délier au fait de se lier. Aujourd'hui la force juridique n'est plus guère contestée comme source d'obligation<sup>800</sup>, mais principalement dans le sens de la dette qu'elle fait naître sur la tête de son auteur. Ce n'est pourtant pas à dire qu'une créance s'imposerait au destinataire contre sa volonté<sup>801</sup>. L'intérêt de cette force obligatoire apparaît dans l'irrévocabilité de l'acte dont est soumis l'auteur.

γ) La stipulation pour autrui et la promesse pour autrui

287. **La place de la volonté dans l'imputation d'une créance ou d'une dette.** - Ces deux cas correspondent respectivement à la stipulation pour autrui et à la promesse pour autrui. La possibilité, impulsée par la volonté, de faire peser une dette ou de faire bénéficier une créance sur autrui marque sa force. Pourtant, ces situations, où une volonté seule s'impose, sont à relativiser car il existe des limites. L'article 1119 du Code civil empêche toute démesure d'une volonté unilatérale en disposant qu' « on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ». Analysant d'abord la promesse de porte-fort<sup>802</sup>, la jurisprudence montre bien que le tiers pour lequel on s'est porté fort n'est tenu que lorsqu'il a donné son consentement<sup>803</sup>. En cas de refus de la part du tiers, le contrat n'est pas, et seul

<sup>799</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique, op. cit.*, n°500

<sup>800</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.726

<sup>801</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique, op. cit.*, n°499

<sup>802</sup> Sur l'emploi du terme « néanmoins » dans l'article 1120 du code civil, *Ibid.*, n°463

<sup>803</sup> Com. 25 janv. 1994, Bull. civ. IV, n°34 ; *Defrénois* 1994. 792, obs. Delebecque

celui qui s'est porté fort doit en répondre devant le créancier. En cas d'acceptation, outre l'effet libératoire au profit du porte-fort, le contrat est considéré comme existant à la date où le porte-fort et le cocontractant auront fait rencontrer leur volonté. Cette rétroactivité montre la réalité sous-jacente de la situation. La stipulation pour autrui fait d'un tiers le titulaire d'une créance. Elle est une convention par laquelle l'une des parties fait promettre à l'autre l'accomplissement d'une prestation au profit d'un tiers. Sa nature juridique est discutée entre les théories de l'offre, de la gestion d'affaires et de la création directe du droit ; même s'il est vrai que la difficile catégorisation de la stipulation pour autrui a pu conduire à exprimer l'idée selon laquelle la nature résultait davantage des effets qu'elle est censée produire que du principe qui la sous-tend<sup>804</sup>.

#### δ) La volonté et le transfert de propriété

**Possibilité par la volonté de retarder le transfert de propriété.** - La force de la volonté est importante concernant le transfert de propriété. Le droit français met en avant le principe du consensualisme par lequel le contrat est formé dès le moment de l'échange des consentements. La volonté est donc le point de départ de l'existence d'une situation même si la réalité de la situation ne se réduit pas à la volonté. Les parties à un contrat peuvent, par leur consentement, décaler le moment du transfert de propriété, notamment pour contrer le cas de la destruction du bien resté dans les mains du détenteur, en cas de force majeure. Lorsque la chose objet du contrat est une chose non encore individualisée, le transfert de propriété est retardé au moment de l'individualisation du bien. La règle s'explique mal lorsque la volonté est considérée en soi. Mais le fait de privilégier une approche relative à la *chose voulue*, on comprend mieux que la volonté n'est libre que dans la mesure de la chose. Une chose non encore individualisée ne permet pas d'y attacher une volonté suffisamment précise.

288. **Conséquences sur le plan juridico-logique.** - Ces éléments montrent un principe - le consensualisme - et une multitude d'exceptions. Cette structure, typique des droits modernes, justifie pleinement une analyse jusnaturaliste. Si on identifie mal la nature d'une chose, on lui donne une extension au-delà ou en-deçà de la réalité de son identité. La conséquence se ressent au niveau des effets juridiques établis en fonction de la nature de la chose dont ils organisent la vie juridique. Si la nature d'une chose est comprise trop extensivement, alors les effets juridiques dépasseront le cadre dans lequel ils auraient dû pourtant rester. Il faudra

---

<sup>804</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., n°475

poser une ou plusieurs exceptions pour compenser cette sur-extension de sens de la nature de la chose. Et pour peu que le contenu des exceptions soit lui-même déformé par rapport à la nature réelle des choses qu'il vise, alors il faudra poser une exception à l'exception. Le même raisonnement s'applique si la nature est appréciée restrictivement. Etendant le raisonnement, on ne limitera pas l'incertitude de la nature d'une chose à une extension uniquement ou à une restriction uniquement. La déformation de sens de la nature d'une chose implique généralement une extension de certains aspects de la chose et, en même temps, une restriction de sens sur d'autres parties de cette même chose. Du point de vue juridique, des cas ne seront pas pris en compte alors qu'ils devraient l'être, tandis que d'autres cas seront pris en compte alors qu'ils n'auraient pas dû l'être. Le fait de poser le principe du consensualisme semble donner à la volonté une extension plus importante que ne lui permet sa nature. Le principe posé, situé sur le plan de la généralité et non de l'universalité, vise un maximum de situations sans pouvoir toutes les atteindre. La conséquence est dans l'existence d'un ensemble d'exceptions et de limites au principe.

#### ε) La volonté et la rétroactivité

289. **L'acceptation à caractère rétroactif.** - Lors de la succession, l'héritier dispose d'un choix entre l'acceptation pure et simple, l'acceptation à concurrence de l'actif net et la renonciation. En vertu de l'article 776 du Code civil, l'option a un caractère rétroactif. Il s'agit de savoir si on peut affirmer que la volonté exprimée au bout d'un certain délai existait déjà. C'est une question plus large qui anime l'esprit de ce problème. Tout dépend de ce qu'on appelle la réalité. Si la réalité est considérée comme totalement dépendante de la volonté, alors la rétroactivité ne peut être justifiée. Au contraire, la considération d'une réalité non réduite à la volonté fait entrer en compte d'autres éléments, tels que les circonstances ou le comportement du futur potentiel acceptant. Faire exister rétroactivement une situation juridique, c'est admettre, au moins partiellement, qu'une certaine réalité - imparfaite - existait déjà. Mais il est vrai que la fiction n'est pas loin. Tout dépend, sur un plan technique, des présupposés encadrant ce qu'on appelle la *réalité*.

#### c. Consentement et capacité

290. **La capacité ou la proportion de l'intelligence à ce qui est.** - Juridiquement et à strictement parler, ce n'est pas la « simple » rencontre des volontés qui crée des obligations

juridiques. Encore faut-il que cette volonté se rattache à une capacité de connaître, de comprendre et d'apprécier les choses. C'est ce que dit l'article 1123 du Code civil : « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Si la volonté exprime un consentement en vue d'un intérêt, la condition préalable est la connaissance de ses propres intérêts. Pour cela, il faut ce qu'on appelle une proportion de l'intelligence à ce qui est. A défaut de capacité, la volonté et à plus forte raison l'autonomie de la volonté, n'a pas de sens. L'autonomie ne se comprend qu'à travers la liberté qui la guide. Or, la liberté contractuelle est conditionnée par la capacité de connaître<sup>805</sup>. Autrement dit, on retrouve le schéma par lequel l'intelligence, à travers la chose connue, guide la volonté<sup>806</sup>. Et le droit positif ne peut faire abstraction de ce constat. La différence est que la volonté est ici divisée de la capacité comme deux éléments autonomes. Il s'agit d'une image déformée par rapport à une lecture analogique de la nature de la volonté et de la capacité.

291. **La formalisation de l'incapacité.** - Etablir le niveau de proportion de connaissance d'une personne est relativement périlleux de par la complexité des situations concrètes. Une personne peut, en effet, être soumise à une inconstance dans sa connaissance des choses, de même, certains domaines sont susceptibles de poser problèmes tandis que d'autres se feront sans difficultés majeures. Le législateur a formalisé le domaine de la capacité comme le montre l'article 1124 du Code civil qui dispose que : « Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés ; les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code ». Le législateur a posé des présomptions d'incapacité au regard de constats factuels. On se situe donc au niveau du général et non de l'universel. Certes, le mineur, doté d'une volonté et d'une connaissance, est apte à contracter, mais il est jugé que ces connaissances ne suffisent pas à assurer son autonomie. L'âge de la minorité étant posé légalement, il devient très facile de dire s'il y a incapacité ou non. L'incapacité formalisée est beaucoup plus pratique que la détermination de la proportion d'une connaissance concrète à ce qui est. La contrepartie réside dans le décalage que génère cette image figée de la capacité. En effet, un mineur peut très bien posséder une proportion de connaissance à ce qui est. Bref, son autonomie peut être effective bien avant sa majorité.

---

<sup>805</sup> Sur les discriminations dues à la connaissance, D. BERTHAU, *Le principe d'égalité et le droit des contrats*, Préf. J.-L. Souriaux, LGDJ, 1999, n°200-239

<sup>806</sup> A. DE MURALT, *La métaphysique...*, *op. cit.*, p.58-62

292. **Le sens de la *nature* dans les incapacités de jouissance et d'exercice.** - Le droit positif ne pose pas un seul type d'incapacité ; au contraire, il procède par distinction entre les incapacités d'exercice et les incapacités de jouissance. Cette dissociation montre la tendance du droit positif à se rapprocher de la réalité telle qu'elle se présente dans ses particularités. En distinguant ces deux types d'incapacités, il valide une conception non restreinte de la *nature*. Celle-ci n'est pas vue uniquement comme quiddité (essence), elle est également vue sous l'angle de l'exercice. L'incapacité ne vise pas abstraitement l'image de la personne, elle regarde l'activité de la personne. Il faut ainsi distinguer entre les actes de la vie courante, les actes de conservation et d'administration et les actes de disposition. Autrement dit, c'est la chose vers laquelle s'oriente la volonté de l'incapable qui constitue la mesure des distinctions. Pour les actes de la vie courante, l'incapable ne pourra bénéficier de la nullité que s'il existe une lésion<sup>807</sup>. En vertu de l'article 1305 du Code civil : « La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions ». Les mineurs bénéficient d'une tolérance par laquelle leur liberté peut s'exprimer pour leurs besoins nécessaires, sans que ceux-ci n'aient de conséquences défavorables à leur rencontre. Pour les actes de conservation et d'administration, l'incapable perd sa liberté et nécessite l'action de celui qui est responsable de l'administration légale. Pourtant, même dans ce cas, le mineur qui a contracté ne pourra annuler le contrat que si celui-ci est lésionnaire<sup>808</sup>.

### 3. La force de la volonté

293. **La réalité et la simulation.** - La simulation est le fait consistant à créer un acte juridique apparent qui ne correspond pas à la réalité des choses, soit pour faire croire à l'existence d'une opération imaginaire, soit pour masquer la nature ou le contenu réel de l'opération, soit pour tenir secrète la personnalité d'une ou de plusieurs des parties à l'opération<sup>809</sup>. On trouve trois formes différentes de simulation. Si l'on devait s'en tenir à la nature guidée par la quiddité sans l'exercice, le droit positif donnerait seulement une valeur à l'acte secret, qui est, selon les parties, l'acte réel, celui auquel il donne une validité. Si l'on devait s'en tenir à la nature d'après la connaissance qu'on en a, on s'en tiendrait à l'acte apparent, selon qui est disponible à la connaissance. Pourtant le droit positif ne choisit ni l'une ni l'autre des options. Elle distingue entre les parties et les tiers. En cela, elle montre qu'elle se situe sur le plan de la nature des choses, non seulement dans leur quiddité mais également

---

<sup>807</sup> J.-C. MONTAGNIER, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacité », *JCP G* 1982. I. 3076

<sup>808</sup> A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n°33

<sup>809</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Simulation

dans leur exercice. Ainsi, entre les parties, c'est l'acte secret qui prime. Par contre, à l'égard des tiers, le législateur offre un choix entre l'acte ostensible et l'acte secret.

294. **L'incidence de la distance entre les parties lors de la formation d'un contrat.** - Lors de la rencontre des parties à un contrat, l'échange des consentements marque la naissance de l'acte juridique. Il s'est alors posé la question de savoir quel était le point de départ lorsque chacun des consentements étaient donnés à des moments différents. C'est le cas notamment des contrats par correspondance<sup>810</sup>. Les hypothèses traditionnelles distinguent entre différents moments : la déclaration, l'émission, la réception et l'information. La première hypothèse fait débiter l'acte juridique au moment de la volonté exprimée. Ce sera, concrètement, lors de la rédaction de la lettre par laquelle la partie accepte l'offre. La deuxième hypothèse, cherchant la sécurité juridique, préfère établir le point de départ au moment de l'émission. La troisième hypothèse, toujours selon un principe de sécurité, pose la réception, c'est-à-dire lorsque la lettre est disponible pour le pollicitant. Enfin, la quatrième hypothèse favorise le moment de la prise de connaissance par le pollicitant. Généralement, les thèses de la déclaration et de l'information sont évincées parce qu'elles sont trop incertaines. Pourtant, elles ont un degré de validité égale aux deux autres hypothèses. Tout dépend, en fait, de ce qu'on appelle la réalité et des présupposés qui la déterminent. Pour sortir de la validité et entrer dans la vérité, il faut analyser l'idée de réalité à partir de l'être (de l'ontologie) car l'être présuppose les choses sans être lui-même présupposé. Le langage jusnaturaliste, fondé sur la nature, se justifie comme mode argumentatif à travers l'essence et l'existence. Sans prétendre apporter la vérité, on peut se contenter d'affirmer que la volonté est un élément qui fait naître une situation juridique sans que cette existence ne s'y limite. En l'absence de connaissance de la réalité dans sa vérité, le droit positif, en tant que droit d'action, n'est pas contraire au droit naturel lorsqu'il choisit arbitrairement une option parmi les autres, notamment au regard des contraintes pratiques qui s'imposent à lui. Toute préférence pour une théorie au détriment d'une autre reste cependant limitée tant qu'elle n'accède pas au plan ontologique dans ses justifications.

---

<sup>810</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, Sirey, 15<sup>e</sup> éd., 2012, n°157 : « Pour qu'un contrat soit ainsi qualifié, il suffit que l'acceptation *définitive* soit exprimée en l'absence de l'offrant. Peu importe que les parties aient été en présence auparavant, au moment de l'offre ou au cours des négociations qui ont pu se dérouler dans l'intervalle ».



*B. LA CAUSE*

295. **Définition, sens et portée de la notion de cause.** - Dans le sens commun, la cause renvoie, selon les contextes, à la source, au facteur, à l'origine, au fondement, au motif, à la raison<sup>811</sup>. La polysémie du mot *cause* se retrouve parallèlement dans le domaine juridique<sup>812</sup>, à tel point que sa circonscription et sa fonction<sup>813</sup> sont difficiles en tant qu'elle est une notion incertaine<sup>814</sup>. Le Code civil, sans fournir de définition, en fait une condition *essentielle* de la validité des contrats<sup>815</sup> (art. 1108 du Code civil). L'article 1131 du Code civil précise sa portée en refusant de faire produire des effets à une obligation lorsqu'il n'y a pas de cause ou lorsque la cause est fautive ou illicite. Rattachant la fautive cause à l'absence de cause, la doctrine distingue ce qui relève de l'existence de la cause d'une part, et de la licéité de la cause d'autre part. De cette dualité, une succession de correspondances s'enchaînent. D'un côté, la question de l'existence d'une cause serait appréciée objectivement selon un mode abstrait visant la cause de l'obligation avec la prise en compte de la contrepartie. D'un autre côté, la question de la licéité de la cause serait appréciée subjectivement selon un mode concret rattaché aux motifs déterminants, visant la cause du contrat<sup>816</sup>. Ces deux schémas illustrent le cadre des réflexions doctrinales. Domat (1625 - 1696) a insisté sur le fait que la cause était toujours la même dans les contrats de même type. En un autre langage, on dira, qu'il y a *identité* de cause pour les contrats de même *espèce*<sup>817</sup>. Cette idée, constamment reprise, doit se préciser selon qu'il s'agit de contrats synallagmatiques, de contrats unilatéraux et de contrats à titre gratuit. On comprendra, *a priori*, que si ces contrats sont différents, ils se rattachent à un genre commun, le contrat. Si l'espèce diffère, la cause change également. Pour les contrats synallagmatiques, la cause se situe dans l'obligation de l'autre<sup>818</sup>. Pour les contrats unilatéraux, l'absence d'obligations réciproques impose de rechercher la cause dans ce qui « précède » le contrat ou ce qui est « en avant »<sup>819</sup>. Dans l'ordre de ce qui précède,

<sup>811</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Cause

<sup>812</sup> Ph. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse ss. dir. de B. Audit, Paris, 1993

<sup>813</sup> D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques*, Préf. P. de Vareilles-Sommières, LGDJ, 2005, p.39-69

<sup>814</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, Sirey, 15<sup>e</sup> éd., 2012, n°253. Sur le problème de distinction entre cause et condition, D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques*, Préf. P. de Vareilles-Sommières, LGDJ, 2005, n°860-880 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, ss. dir. de C. Labrusse-Riou, Lille, 1977, p.239

<sup>815</sup> Sur le rapport entre cause et type de contrat du point de vue de la nullité, J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, n° 420-454

<sup>816</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.121 ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, p.80 et suiv.

<sup>817</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n° 614

<sup>818</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.122

<sup>819</sup> *Ibid.*, p.124

l'exemple récurrent est celui du contrat réel dont on peut situer la cause dans la remise de la chose<sup>820</sup>. Dans l'ordre de ce qui suit, la promesse de vente fait apparaître la cause à travers l'espérance de la vente future du bien<sup>821</sup>. Les contrats à titre gratuits, n'impliquant aucunes obligations réciproques non plus, localisent la cause dans l'intention libérale, dans l'*animus donandi*. L'objectivité inhérente à cette approche est déjà quelque peu précaire par la relativité de la détermination d'une contre-prestation réelle, tout comme celle de l'intention dans une donation. A cela, s'ajoute d'une part, la multiplicité des causes : matérielle, formelle, finale et efficiente (et, dans un autre cadre, impulsive, si l'on suit C. Demolombe) rendant toujours plus floue toute compréhension claire et distincte. D'autre part, la subjectivité de l'analyse de la licéité complexifie l'office du juge.

296. **Les formes de contestation de la notion de cause.** - Deux axes principaux caractérisent les remises en question de la cause. Soit la cause a été contestée dans son existence même et incidemment dans sa capacité à justifier certaines situations juridiques, soit elle a été rejetée au profit d'autres concepts plus fonctionnels tels que le but ou l'intérêt<sup>822</sup>. M. Planiol a fourni une argumentation particulièrement structurée pour justifier l'éviction possible de la cause au sein du droit positif. Il a démontré la fausseté des interprétations classiques avant d'expliquer que d'autres concepts déjà présents dans le droit positif étaient susceptibles de s'y substituer (notamment le consentement et l'objet). Pour cela, il faut reprendre la distinction entre les différentes espèces de contrats. Les contrats synallagmatiques sont ceux par lesquels les parties sont engagées réciproquement. Temporalisant la notion de cause par rapport à l'effet qui est sa conséquence, M. Planiol montre que l'existence simultanée de l'une et de l'autre des obligations ne permet pas une justification par la cause et l'effet, sauf à s'enfermer dans un cercle vicieux<sup>823</sup>. Poursuivant, il fait remarquer que pour cette espèce de contrat, la cause de l'une se situe dans l'objet de l'autre et réciproquement, par identification de la cause et de l'objet. Ainsi, l'absence ou l'illicéité de l'objet suffit à révéler l'inexistence du contrat. Pour les contrats unilatéraux, notamment les contrats réels, par lesquels s'impose une remise de la chose, le contrat se justifie par un fait originaire et antérieur à l'obligation. Dans l'hypothèse où aucune remise initiale n'aurait été effectuée, le contrat n'aurait pas d'existence en soi, sans qu'il soit

---

<sup>820</sup> Soit la remise de la chose est une condition de formation du contrat, soit elle est une modalité d'exécution du contrat. Cf. la notion de gage.

<sup>821</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.124

<sup>822</sup> J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006

<sup>823</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., n°256

nécessaire de s'appuyer sur la notion de cause. Enfin, dans les contrats à titre gratuit, où la cause se trouve dans l'intention libérale, elle se confond avec le consentement. Si on tente de distinguer le consentement de la cause, on se trouve dans une posture des plus difficiles par l'obscurité que revêt la cause détachée de toute obligation réciproque. La cause sera toujours existante et toujours licite (au moins en apparence). La critique de M. Planiol concernant la cause a pu paraître vive<sup>824</sup>. Sans contester l'existence de la cause, la doctrine a tenté de la remplacer par des notions plus fonctionnelles afin de gommer l'indétermination de la cause. Mais force est de constater la difficulté d'une telle entreprise. On trouve chez H. Capitant une préférence pour le mot *but* plutôt que celui de *cause*<sup>825</sup>. Le but circonscrit son domaine au futur, voire au présent ce qui exclut ce qui relève des éléments et événements antérieurs au contrat. La notion d'*intérêt* permet également de cibler la cause<sup>826</sup>, surtout dans la subjectivité issue du lien établi avec le consentement. L'intérêt, s'il cible particulièrement l'existence de la cause, s'étend quand même jusqu'à toucher la licéité de la cause.

**297. Les difficultés de détermination de la nature de la cause : objectivisme et subjectivisme.** - La cause peut être comprise de différentes manières, sous le mode de l'existence du contrat ou sur celui de sa licéité, visant respectivement la contreprestation ou le motif déterminant. A ces éléments, s'ajoutent des lectures abstraites ou concrètes et objectives ou subjectives. Ces multiples visages de la cause conduisent à une détermination peu aisée de ce qu'elle est. Pour en rendre compte, la doctrine procède, comme il est habituel en ces domaines, par voie de concept. Le Code civil lui-même, n'offrant pas de définition précise, conditionne ce genre d'interprétation. L'utilisation du concept, concernant la cause, lui donne une unité de signification par unité de nom - au-delà de la diversité de ses apparences - et conduit à une réification de la cause hors des choses. La cause ne se comprend pas dans la chose causée selon un mode inhérent, mais se comprend en soi avant d'être attribuée extérieurement à une chose. L'affirmation du statut conceptuel de la chose conduit à des conséquences logiques spécifiques. La cause peut porter soit sur le sujet pour déterminer le motif qui l'a conduit à contracter, soit sur l'objet afin d'apprécier l'existence réelle du contrat. Il y a dualité dans la notion de cause (d'où la subsistance de son unité uniquement sous le mode nominal). La conséquence se situe sur le plan de la généralité immédiatement impliquée par cette approche. Le choix entre le sujet ou l'objet (chacun vu de manière autonome)

---

<sup>824</sup> *Ibid.*, n°257 : « plutôt que de taxer la théorie classique d'inexactitude, mieux vaudrait lui reprocher [...] de se résumer en une série de vérités d'évidence ».

<sup>825</sup> H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923

<sup>826</sup> J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, p.76

conduit à poser une frontière fixe et figée ne correspondant pas forcément à la réalité d'une unité analogique du sujet et de l'objet. Dès lors, la cause encadre le maximum de situations sans les toucher toutes. Tel est le défaut d'une vision soit objectiviste soit subjectiviste. Le privilège de la cause objective favorise la découverte de l'existence et ne voit pas toute l'étendue des situations relatives à la licéité. Le privilège de la cause subjective favorise l'appréciation de la licéité mais ne rend pas compte de toute l'étendue des situations existantes<sup>827</sup>. On se trouve bien dans la généralité qui s'étend à un maximum de situations sans les toucher toutes. En droit positif, la situation est particulière car l'article 1131 du Code civil vise tant l'existence que la licéité. La jonction de ces deux côtés du miroir permet d'englober les situations qu'une des approches seules ne pourrait opérer. C'est à ce moment que l'on peut croire s'étendre à toutes les situations, d'où l'accès à l'universalité. Or l'addition de deux généralités n'entraîne pas l'universalité.

**298. Les difficultés de détermination de la nature de la cause : extension et réduction du concept de cause.** - Entendue sous le mode conceptuel, la cause entretient des rapports singuliers avec les autres conditions de formation du contrat lorsque ces derniers sont également considérés conceptuellement. L'extension plus ou moins grande de chaque concept est susceptible de rentrer en concurrence, voire en conflit, avec l'extension des autres concepts. En concurrence lorsque deux concepts peuvent aussi bien l'un que l'autre justifier une solution de droit, ce qui suscite un problème de clarté dans le fondement. En conflit lorsqu'un concept permet ce qu'un autre interdit, comme la volonté de contracter sans qu'il n'y ait de cause réelle, par exemple. Ainsi, on peut donner son consentement, et le considérer véritablement comme réel dans un contrat, alors que la contreprestation est quasi inexistante (pour des raisons de dépendance économique, par exemple). Encore faut-il comprendre comment un concept peut être extensible dans le champ qu'il recouvre. Pour expliquer cela, il faut s'en référer au mode d'explication de la nature d'une chose, d'un concept par le biais d'autres concepts. Une définition correspond à l'expression du genre dans lequel se trouve la chose définie auquel on soustrait une différence spécifique. Le genre et la différence spécifique renvoient à des choses qui peuvent elles-mêmes être comprises selon le mode conceptuel. Dès lors, un concept est défini par d'autres concepts. Mais ces derniers, à leur tour, peuvent aussi être définis par d'autres concepts. On tient là une chaîne, soit infinie, soit prenant la forme d'une boucle se terminant sur elle-même. Autrement dit, le sens d'un

---

<sup>827</sup> A propos du rapport entre cause objective et cause subjective, J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, p.213-237

concept, son extension, conditionne l'extension des autres concepts et ainsi de suite. Il s'agit là d'un mode pseudo-jusnaturaliste : jusnaturaliste car il recherche la nature des choses mais « pseudo » car il ne fait pas de référence directe à l'être de la chose, à une ontologie. De cette approche, on en déduit des rapports originaux notamment entre la cause, la volonté et l'objet. C'est ce qui conduit à affirmer que l'autonomie de la volonté suffit à créer l'obligation, sans référence à la cause, ou à dire que, dans les contrats synallagmatiques, la cause d'une partie se situe dans l'objet de l'autre. Il y a réduction du concept de cause dont la fin se trouve dans l'absolutisation de la démarche jusqu'à supprimer toute notion de cause. La théorie de l'acte abstrait est un exemple même s'il est moins absolu qu'il n'y paraît<sup>828</sup>. Le système de l'acte abstrait met en avant la volonté comme source de l'obligation. Le débiteur, dès qu'il s'est engagé, ne peut donc se défaire de son obligation en invoquant l'inexistence ou l'illicéité d'une cause<sup>829</sup>.

**299. Les réponses jusnaturalistes aux difficultés de déterminations de la cause : la réification.** - Toute analyse jusnaturaliste passe, à un moment ou à un autre, par la détermination de ce qui est commun aux choses en vertu du sens même de la nature. La nature vise, en effet, ce qui fait qu'une chose est ce qu'elle est. Pour cela, il faut enlever le contingent pour conserver le nécessaire, c'est-à-dire ce qui revient sans cesse, indépendamment des variations inhérentes au devenir. Ce nécessaire se déduit de ce qui revient perpétuellement à travers les choses d'une même espèce - pour retenir les éléments qui en constituent la communauté de signification. Il en est ainsi de la cause comme donnée déduite des choses que l'on apprécie notamment dans les effets qui en découlent. On dira que la pierre tombe en vertu d'une cause, l'enfant naît en vertu d'une cause, le contrat existe en vertu d'une cause. Ici, deux voies s'ouvrent dans l'interprétation de ces faits. Soit on déduit de cette répétition l'idée de cause, comme chose réifiée en dehors de la chose causée<sup>830</sup>. Soit on déduit de cette répétition l'idée de cause, toujours inhérente à la chose et n'existant jamais hors de la chose. Il n'y a pas, à proprement parler, de cause, mais il y a une chute causée (la pierre), une naissance causée (l'enfant), une volonté causée (contrat). Cette dernière approche

<sup>828</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 604 : « A moins d'être l'œuvre d'un fou, l'obligation implique toujours, en la personne du débiteur, la considération d'un but : l'engagement du débiteur est un moyen de l'atteindre. Toute obligation est donc, en principe, causée. La question est de savoir quelles conséquences le droit attache à l'existence et à la nature de la cause »

<sup>829</sup> Pour les avantages et inconvénients de l'acte abstrait, cf. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, n°605

<sup>830</sup> On retrouve ce raisonnement dans la distinction *ex natura rei* que Suarez emprunte pour « faire de la nature pure un « état » par soi de la nature, susceptible d'exister par soi », in A. DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Vrin, 2002, p.75

ne sépare pas la cause de la chose, ce qui ouvre à une logique assez différente. Le point d'appui n'est pas tant la cause que la chose dans laquelle elle s'insère. L'analyse de la cause passe d'abord par l'analyse de la chose, ce qui est, en quelque sorte, un retournement par rapport à l'autre voie, celle qui sépare la cause de la chose. Partant de la chose, c'est dans sa constitution ontologique que la cause se comprend, notamment à travers sa composition hylémorphique faite de matière (*hylé*) et de forme (*morphé*). La chose est décrite par sa cause matérielle (de quoi est faite la chose) et par sa cause formelle (à quel modèle correspond la chose). A cela, s'ajoutent les causes efficientes et finales. La finalité, en tant qu'elle est ce vers quoi tend la chose, marque le dynamisme de l'essence (constitué par la matière et la forme) et permet à l'essence d'être comprise comme une nature. Enfin, la cause efficiente correspond à l'agent extérieur par laquelle la chose est (ce sera le sculpteur pour la statue). Ce rattachement à la chose permet de justifier, entre autre, l'idée exprimée par H. Capitant d'une cause qui se maintiendrait non seulement au moment de la formation du contrat mais également pendant son existence et jusqu'à l'exécution finale qui l'éteint. En effet, sous l'instance d'une cause comprise de manière réductrice, celle-ci peut être restreinte au moment de la formation sans être pour autant contradictoire. Mais sous l'instance jusnaturaliste, la chose oppose une résistance, par sa nature, qui ne peut être dépassée. La cause se maintient le temps du contrat lui-même<sup>831</sup>. Certes, le droit positif tient compte des choses, mais selon un mode différent, tout comme pour les causes, notamment la cause efficiente, pour justifier la raison d'être du contrat et la cause finale pour apprécier sa licéité. Mais la manière jusnaturaliste de les appréhender est fondamentalement différente en ce sens que situées dans la chose, les causes conservent une unité à l'image de l'unité analogique des composants de la chose. Les explications doctrinales du droit positif se maintiennent, par les divisions opérées, dans une « causalité concourante non réciproque de causes partielles », tandis que le droit naturel relève d'une « causalité réciproque de causes totales »<sup>832</sup>.

**300. Les réponses jusnaturalistes aux difficultés de déterminations de la cause : la tension de la volonté vers l'objet.** - La présentation précédente des quatre causes, rattachées aux choses, se situait sur le plan de l'essence. Pour en percevoir toute la portée, il faut introduire la cause dans l'existence de la chose. L'obligatorité est, par principe, attachée à un contrat existant. Pour qu'un contrat soit obligatoire, il faut qu'il existe, qu'il soit réel.

<sup>831</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.131

<sup>832</sup> A. DE MURALT, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, E. J. Brill, 1991, p.34 et suiv.

L'existence ne peut venir de la chose elle-même mais seulement d'un agent extérieur<sup>833</sup>. En l'espèce, cet agent extérieur, c'est l'homme à travers l'expression combinée de sa volonté<sup>834</sup> et de ses actes et donnant l'existence à un état ne pouvant être thématiqué, jusque-là, que par l'essence. La volonté n'est pas créatrice à partir de rien, elle est plutôt de l'occasion de l'accession d'un contrat à l'existence. L'analyse jusnaturaliste pose ainsi deux propositions. Premièrement, l'existence est non par soi mais par un autre qui la lui donne. Deuxièmement, l'existence n'est pas sans une essence à qui elle donne une réalité. Sans cette dernière idée, la première peut être interprétée selon une approche absolue où la cause efficiente justifie tout. C'est ainsi que l'autonomie de la volonté a pu apparaître comme principe de justification systématique du contenu des contrats, de leur obligatorité, de leur création et de leur fin. Or, c'est réduire la réalité à l'existence en la détachant de l'essence. Le droit naturel ne peut se réduire à cette mesure car il maintient l'unité analogique de l'essence et de l'existence. L'obligatorité ne vient à l'existence que lorsqu'elle se rattache à une essence première et la volonté est l'occasion de donner l'existence à une essence dont la cause est sous-jacente. La formule de *la volonté connaissante tendue, en vertu de l'inclination de la nature, vers la chose qui est son bien en tant que fin* permet d'unir ce rapport entre la volonté et la cause. La cause *efficiente* (la volonté) est liée analogiquement avec la chose (cause *matérielle* et cause *formelle*) vers la *fin* choisie. La liberté de choix d'une fin n'est pas déterminée en fonction d'une autonomie de la chose mais correspond à l'usage de la chose en rapport avec la volonté connaissante qui la guide. Et cette finalité devient juridique lorsque son objet est juridique, dans le cadre régional du droit. L'intérêt de cette démarche philosophique est de révéler le rapport entre d'une part, la généralité du droit positif et de la théorie, et d'autre part, l'universalité visée par le droit naturel sous un angle philosophique<sup>835</sup>. Il ne s'agit pas de se perdre dans les dédales de l'analogie ou du transcendant mais de justifier le décalage entre les deux ordres (positif et naturel). L'intérêt devient perceptible lorsque les raisonnements philosophiques permettent de montrer que les termes sont chargés de significations très différentes en fonction des présupposés. La culture juridique permet de transcrire dans la pratique l'esprit jusnaturaliste.

---

<sup>833</sup> P. GRENET, *Le thomisme, op. cit.*, p.105-106 : « ce qui de soi n'est rien, n'est quelque chose que *par* un autre ; et ce qui de soi n'est pas lié à un autre n'est lié à cet autre que *par* un tiers. Donc le composé d'essence et d'existence n'est pas par soi mais *par* un autre. Cet autre a forcément l'existence »

<sup>834</sup> Pour un rattachement du consensualisme à la cause, V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Préf. G. Pignarre, LGDJ, 2007, p.373 et suiv.

<sup>835</sup> Mais le droit naturel n'atteint pas l'universel. Cf. *supra* n°57

301. **La nécessité d'une cause licite du contrat par respect de la loi.** - L'existence du contrat étant doublement déterminée par la cause (ou plutôt les causes) et la volonté, encore faut-il s'attacher à la position jusnaturaliste vis-à-vis de la licéité. Pour le droit positif, la cause finale, subjective et concrète, permet de connaître le motif déterminant qui a conduit le contractant à s'engager<sup>836</sup>. La cause contraire à la loi, à l'ordre public<sup>837</sup> et aux bonnes mœurs<sup>838</sup> sanctionne le contrat de nullité. Cette vision classique nécessite une compréhension du sens de la loi<sup>839</sup>. Pour cela, il faut en revenir d'abord à l'unité ontologique des choses. L'union analogique de la matière et de la forme au sein de la chose justifie son unité. De même en est-il de l'union du sujet et de l'objet, comme on a pu le voir par la formule de la volonté connaissante tendue vers la chose. Un parallélisme dans le raisonnement justifie également l'union de la volonté et du bien. Lorsque le bien (bien de chacun des contractants) est déterminé, par le biais de la connaissance des éléments essentiels qui entourent le contrat à venir, alors les parties peuvent s'accorder par la rencontre de leur volonté. Pourtant, cette union entre la volonté et le bien a été contestée (comme l'a dit Pascal, on peut connaître le bien et choisir de faire le mal). Reprenant les potentialités de la distinction scotiste, la volonté se sépare du bien d'où la possibilité d'un acte moral non finalisé par le bien. En remplaçant le bien par la loi, il devient possible d'admettre que la volonté soit bonne par le simple respect de la loi, quand bien même la loi ne se finaliserait pas dans le bien. Le changement de perspective est important puisque le bien n'est plus inhérent aux choses, mais est imputé de l'extérieur par une loi<sup>840</sup>. De là, tout dépend de la conception que l'on tient de la loi. Si la loi se définit dans son essence par l'idée de justice, alors la volonté sera soumise à la rationalité d'une loi tournée vers le bien. Si la loi ne se définit pas dans son essence par l'idée de justice, et/ou lui octroyant le même statut que l'utilité ou l'ordre (eux-mêmes non unis analogiquement au bien), alors le contrat peut être sanctionné pour une volonté non forcément injuste, et inversement, il peut ne pas être sanctionné alors que la volonté est tournée vers ce qui n'est pas le bien. La loi du droit positif telle qu'elle est comprise au 20<sup>e</sup> siècle, rationnelle et générale, ne peut accéder à la totalité de l'universel. Mais la lecture de l'article 1133 du

<sup>836</sup> A. WEILL, « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité », in Mél. Marty, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p.1165 ; M. DEFOSSEZ, « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations », *RTD civ.* 1985, p.529, n°23

<sup>837</sup> J. HAUSER, « L'ordre public et les bonnes mœurs », in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p.105

<sup>838</sup> Sur la notion de « mœurs » et ses implications philosophiques, J.-M. TRIGEAUD, *Justice et hégémonie*, éd. Bière, 2006, p.33-46 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°386 et suiv.

<sup>839</sup> La question est souvent en lien avec la force obligatoire, J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1<sup>er</sup> du Code civil », *RTD civ.* 2001, p.265

<sup>840</sup> A. DE MURALT, *La métaphysique...*, *op. cit.*, p.152



Code civil réduit la portée de cette affirmation par la référence aux bonnes mœurs et à l'ordre public, notions pouvant entrer dans les interstices laissés vacants par la loi.

302. **Nuance du jusnaturalisme et position du droit positif sur la cause.** - Le droit positif, est soumis aux contraintes d'une connaissance souvent limitée des faits, mais aussi et surtout à la nécessité de rendre une solution à un litige. Ne pouvant se perdre dans une vision parfois floue d'une compréhension plus élevée du *droit*, le droit positif se contente souvent d'une position générale et fixée (voire figée), facilement déterminée. C'est ainsi que l'approche la plus immédiate est celle par laquelle la question posée est susceptible de deux réponses uniquement : oui ou non ; à l'exclusion des solutions « intermédiaires ». Le juge doit savoir si la cause existe (oui ou non) et si la cause est licite (oui ou non). L'embarras vient lorsque la réponse s'exprime comme un : *oui mais*, ou un *oui dans la mesure où*. Lorsque le contrat révèle une contradiction, l'appréciation du juge résulte de l'essence même de la situation, dans sa portée logique, d'où une réponse affirmative ou négative. Tel est le cas du mandat de courtage matrimonial donné par une femme déjà mariée<sup>841</sup>. Plus problématique est la clause de célibat, dont la jurisprudence impose qu'elle soit d'une portée exceptionnelle, justifiée par d'impérieuses nécessités tirées de la *nature* des fonctions ou de leurs conditions d'exercice<sup>842</sup>. Lorsque le contrat est contraire aux bonnes mœurs, le juge doit apprécier les faits. Ainsi, il a considéré comme nul le contrat de prêt destiné à l'acquisition d'une maison de tolérance<sup>843</sup>. Mais est valide la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère<sup>844</sup>.

### C. LA NULLITE

303. **L'inexistence, la nullité absolue et la nullité relative.** - Lorsqu'une ou plusieurs conditions de formation des actes juridiques font défauts, la nullité les prive d'efficacité. Elle est une sanction « encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond, qui consiste dans l'anéantissement de l'acte »<sup>845</sup>. D'un point de vue théorique, la doctrine se divise sur la question de la catégorie de l'inexistence, à côté de celles de la nullité absolue et de la nullité relative. L'inexistence aurait lieu sans qu'il y ait même apparence de contrat, tandis que la nullité impliquerait un contrat ne remplissant pas toutes les

---

<sup>841</sup> Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1999, *D.* 2000. Somm. 415, obs. Lemouland

<sup>842</sup> Soc. 7 février 1968, *D.* 1968. 429

<sup>843</sup> TGI La Roche-sur-Yon, 2 mai 1995, *D.* 1997. 13, note Vray

<sup>844</sup> Cass. ass. Plén., 29 oct. 2004 : Bull. civ. n°12

<sup>845</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Nullité

conditions légales mais ayant au moins l'apparence du contrat. J. Carbonnier accepte d'intégrer dans la notion d'inexistence - sous réserve du maintien facultatif de cette catégorie - l'absence d'objet, l'absence de cause, la fausse cause<sup>846</sup> et l'absence de forme dans les contrats solennels<sup>847</sup>. L'inexistence s'est vue critiquée par la doctrine au profit de son incorporation dans la nullité absolue notamment parce que la méthode abstractive permettait de l'intégrer sans heurt dans cette catégorie<sup>848</sup>. Pourtant, la question de l'inexistence reste d'actualité dans sa singularité notamment à travers les clauses. Si l'article 1172 du Code civil dispose que « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend », l'article 900 du Code civil indique que « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ». Entre la nullité et le non-écrit, il y a la différence entre le nul et l'inexistant. C'est ce que J. Carbonnier a appelé le « gommage ou caviardage de clause »<sup>849</sup>, faisant le rapprochement avec l'inexistence par l'absence de nécessité d'intervention du juge<sup>850</sup>.

**304. Sur la distinction de la nullité absolue et de la nullité relative.** - Selon un raisonnement logique, la nature de la nullité conditionne le régime juridique applicable. La difficulté réside dans la concurrence entre deux interprétations, l'une classique, l'autre moderne. La considération classique est fondée sur l'approche métaphorique du corps organique soumis aux vicissitudes de l'existence. La nullité, entendue comme état de l'acte<sup>851</sup> ou qualité juridique du contrat<sup>852</sup>, affecte de manière plus ou moins intense la situation juridique. La nullité absolue correspond à une atteinte grave, insusceptible de guérison. La nullité relative, soumise à un mal moins grave, laisse la possibilité d'une guérison de l'acte litigieux. Les conséquences tirées de ce principe organique, fonctionnant selon une échelle de degrés, conduisent à justifier que la nullité absolue puisse être invoquée par toute personne

---

<sup>846</sup> J.-R. BINET, « De la fausse cause », *RTD civ.* 2004, p.655

<sup>847</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p.197. Comp. J. LOYER, *Des actes inexistantes*, thèse, Rennes, 1908

<sup>848</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n°326

<sup>849</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF, 21<sup>e</sup> éd. refondue, 1998, p.196, n°104

<sup>850</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n°326 : sur la raison d'une absence de consécration, les auteurs précisent que « quoiqu'on en ait dit, le recours au juge sera toujours nécessaire dès lors qu'il existe une apparence de contrat suffisante pour permettre à une personne de prétendre à celui-ci, contre l'avis du prétendu cocontractant ».

<sup>851</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.466

<sup>852</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p.202, n°109

ayant un intérêt à voir l'acte litigieux privé d'efficacité<sup>853</sup>. Cette nullité, en tant qu'elle s'applique à un acte vicié au point d'être inexistant, permet au juge de la relever d'office et de la constater - non de la prononcer - sans que les parties ne puissent procéder à une confirmation. On devrait en tirer les mêmes conséquences à propos de la prescription<sup>854</sup> (c'est-à-dire en l'excluant) mais l'article 2224 du Code civil dispose que « Les actions personnelles et mobilières se prescrivent par cinq ans [...] ». Le régime de la nullité relative diffère d'abord au niveau du pouvoir du juge. Ce dernier prononce la nullité d'un acte existant mais non valide, sous la demande des seules personnes que la loi a voulu protéger, principalement la partie lésée. Mais les parties peuvent tout aussi bien confirmer l'acte litigieux.

305. **La théorie contemporaine.** - La doctrine moderne initiée notamment par la thèse de R. Japiot<sup>855</sup>, laisse de côté l'image du corps organique pour privilégier la théorie du « droit de critique ». Le centre de gravité change car, d'une considération de l'acte, on passe à une considération de la personne, celle qui est protégée par la loi. Dès lors, le critère le plus caractéristique pour justifier la division des nullités en deux catégories se situe dans l'atteinte à un intérêt d'ordre public (nullité absolue) ou dans la protection d'une des parties au contrat (nullité relative). Les conséquences de cette nouvelle approche conduisent à des régimes juridiques différents et des justifications réorientées. La nécessité de saisir les tribunaux, que la nullité encourue soit absolue ou relative, rend superficielle, selon certains auteurs, la distinction entre la constatation de la nullité et le prononcé de la nullité par le juge. L'effet déclaratif des jugements embrasse toute décision indépendamment du fait que ce soit une constatation ou un prononcé. Les effets pratiques de la distinction sont donc quasi-inexistants. A cela s'ajoute la compétence d'office du juge, dans la théorie moderne, de procéder à l'annulation de l'acte atteint d'un défaut dans sa constitution au moment de sa formation (sauf cas particulier tel que l'absence de certaines informations lors de la cession d'un fonds de commerce, par exemple). La thèse classique limite le pouvoir du juge selon les cas. Les

---

<sup>853</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.465 : « En réalité, peu de personnes sont véritablement intéressées à la nullité d'un contrat, si bien que la différence essentielle avec la nullité relative réside en ce que, en matière de nullité absolue, les deux parties au contrat peuvent agir en nullité et pas seulement celle des deux qui était protégée par la règle violée ».

<sup>854</sup> Sur la prescription extinctive, cf. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n°326 : « la prescription [...] qui n'est elle-même qu'une confirmation présumée » ; J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p.203, n°109 : « On s'interroge aussi sur la nature de la prescription extinctive de l'a. 1304. Confirmation tacite ? Si oui, elle ne devrait commencer à courir que du jour où l'intéressé a eu connaissance de son droit à faire annuler l'acte. Il en est bien ainsi en général [...]. Mais parfois on s'en écarte et l'on remonte à la date de la conclusion du contrat, parce qu'elle présente plus de certitude »

<sup>855</sup> R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Dijon, 1909

conséquences de la théorie moderne sont ainsi moins rigides<sup>856</sup>. Une autre illustration apparaît avec la confirmation qui ne serait pas exclue, en soi, de la nullité absolue, d'un point de vue théorique<sup>857</sup>. Sur le plan pratique du droit positif, la confirmation peut tout de même conserver son impossibilité en cas de nullité absolue mais sous une autre justification que celle qui fait de l'inexistant le cadre de l'impossibilité logique d'une éventuelle confirmation<sup>858</sup>. La thèse moderne fonde son argumentation non sur l'être et le non-être mais sur la finalité de l'intérêt général<sup>859</sup>.

**306. Approche jusnaturaliste de la nullité entre les théories classique et moderne.** - Partant de la notion de *réalité*, et l'appliquant aux actes juridiques, on est conduit à privilégier l'esprit de la thèse classique, d'ailleurs davantage dans ses références à l'existence, à l'inexistence et à la validité que dans le concept d'acte-organisme. Certes, les conséquences tirées du principe d'une nullité en fonction de l'état de l'acte ont pu être contestées par leur arbitraire. Mais la position moderne, privilégiant la distinction de l'intérêt général et de l'intérêt particulier, entre dans le cercle vicieux de la détermination de la notion d'intérêt, elle-même conditionnée par d'autres principes. C'est toujours le risque d'une rigidité de frontière soumise à compréhension générale et abstraite au détriment de l'universel. De plus, au sein même de la catégorie des intérêts privés, une grande diversité de situations peut faire penser à une catégorie dont l'unité ne résulte que de la nomination de la catégorie<sup>860</sup>. En fait, la théorie moderne est soumise de la même manière au pragmatisme du législateur<sup>861</sup>. Si une critique de l'approche jusnaturaliste est possible, c'est au même titre que la théorie classique de la nullité, c'est-à-dire dans les imprécisions qui en découlent sur un plan pratique. Plus globalement, c'est le rapport entre le droit naturel, non pas idéal, mais proportionné à l'être, et le droit positif, tentant de se proportionner à l'être dans la mesure des contraintes qui lui sont spécifiques. L'intérêt de l'argumentation jusnaturaliste réside, au moins ici, dans la force de son principe d'interprétation, non dépendant de présupposés, et surtout susceptible de fonctionner comme une grille de lecture explicative tant de la théorie classique que de la théorie moderne. L'argumentation jusnaturaliste a au moins le mérite d'explicitier la structure des thèses en présence, notamment celle de R. Japiot. Ce dernier déplace la nullité de l'acte à

---

<sup>856</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.467

<sup>857</sup> *Ibid.*

<sup>858</sup> Sur la nature de la confirmation, cf. J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p.203, n°109 : « Est-il besoin, toutefois, pour l'analyser, de prendre le détour d'une renonciation à l'action en nullité, plutôt que de supposer une opération, *sanatio*, directe [...] ? »

<sup>859</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n°331

<sup>860</sup> *Ibid.*, n°328

<sup>861</sup> Y. PICOD, « Nullité », *Rep. civ. Dalloz*, 2004, p.3, n°5

la violation de la règle de droit. Pour lui, la nullité sanctionne la violation d'une règle de droit ; il faut donc apprécier la nature de la règle de droit plutôt que la nature de la chose<sup>862</sup>. Autrement dit, il ne part pas de la chose comme réalité première mais de la règle de droit comme principe *a priori* sur lequel se règlent les choses. Ce n'est pas la chose qui est atteinte d'un vice mais la règle de droit qui a été violée.

307. **Le statut des conditions de formation des actes juridiques.** - A travers la violation de la règle de droit, on vise les conditions de formation des contrats. Centrer la nullité à partir du non-respect des règles juridiques, c'est déplacer la problématique sur le statut de ces conditions. Si elles sont proportionnées à la finalité qu'elles servent, les comportements des parties doivent être conformes à ces règles et la nullité sera logiquement encourue en cas contraire. Mais si elles ne sont pas proportionnées à la réalité qu'elles sont censées ériger sur le plan juridique, alors un comportement conforme à cette réalité mais non conforme à la règle de droit sera susceptible de nullité. De même, un comportement non conforme à cette réalité mais conforme à la règle de droit ne sera pas sanctionné par la nullité. Sans aller jusque-là, mais en conservant la même approche, le simple fait d'établir une catégorie entre la nullité relative et la nullité absolue - qui relèvent de la généralité - implique la possibilité de sanctionner un comportement litigieux par la nullité absolue (sur le fondement de la loi) alors qu'il devrait relever de la nullité relative (sur le fondement de la « réalité »). Parce qu'elle relève du général, la notion d'ordre public constitue un critère efficace mais limité dans la détermination du type de nullité. Les deux nullités se divisent en deux catégories dont le critère de distinction est un concept général, ce qui signifie que la distinction possède un champ d'application certes étendu mais non totalisant. La nullité n'est à prononcer qu'à partir de cette chose-ci ou cette chose-là, non en tant que la chose appartient à un genre. Cela signifie que la chose à l'origine de la nullité ne doit pas être comprise uniquement dans son essence mais également dans son existence. Cette prise en compte se retrouve dans le problème antérieur aux choix entre la nullité absolue et la nullité relative. La nullité n'est pas celle réduite au principe d'absence ou d'illicéité d'une des conditions de formation des contrats. La nullité vise une réalité sous-jacente. Les conditions telles qu'exprimées à l'article 1108 du Code civil ne suffisent pas, en elles-mêmes pour signifier le principe qu'elles ont pour but d'exprimer. Toutes les conditions de formation des contrats sont alourdis par des

---

<sup>862</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.*, p.202, n°109

règles supplémentaires venant étoffer un nœud de règles par lesquelles toutes les situations sont censées pouvoir être réglées.

## § 2. LES FAITS INSTITUTIONALISES PAR LE DROIT

308. **De la réalité factuelle à la réalité juridique.** - Les tentatives pour supprimer les faits, afin d'obtenir un droit parfaitement pur, sont nombreuses<sup>863</sup>. Leur relativité, leur indétermination, leurs variations justifient une telle volonté. Pourtant, quel que soit le degré d'abstraction, le retour aux choses mêmes est un passage obligé pour le droit positif. On en trouve par exemple la trace dans certains modes d'acquisitions de la propriété ou lors d'une prescription acquisitive. Dans ces cas, on ne tient pas son droit d'un droit précédent mais seulement d'une situation de fait. Certes, on peut toujours faire intervenir la notion de loi comme cadre autorisant ou interdisant ces mécanismes, mais ce serait déplacer le problème sur l'origine de la loi jusqu'à remonter à un principe premier. D'ailleurs cette idée de principe premier permet de comprendre la notion de fait non dans le cadre restrictif de la factualité matérielle et contingente mais dans celui d'une factualité comme image d'une permanence sous-jacente<sup>864</sup>. C'est ce fait-là qui a une incidence dans le droit positif. D'une part, un fait peut devenir un droit et d'autre part, un fait peut influencer le droit. Tel sera le cas d'un contrat dont l'effet relatif restreint la portée d'une obligation aux seules parties sans incidence sur les tiers. Pourtant, l'existence du contrat en lui-même est un état qui existe, avec ses conséquences factuelles sur les tiers.

### *A. LA PRISE EN COMPTE REELLE DU FAIT PAR LE DROIT*

#### 1. L'acquisition originaire de la propriété

309. **Le fait comme moyen d'acquisition originaire de la propriété.** - L'acquisition originaire de la propriété fait naître un droit réel sur une chose sans que ce droit réel ne soit issu d'un propriétaire antérieur. La loi, sans être la source de l'acquisition de la propriété, légitime juridiquement la situation de fait. Dans une société où la propriété individuelle a une

---

<sup>863</sup> On pense à Kelsen, et plus généralement au normativisme.

<sup>864</sup> La distinction entre ce qui relève du fait et ce qui relève du droit est parfois obscure. Par exemple, le moment et le lieu de la rencontre des volontés dans les contrats à distance relevaient classiquement de l'appréciation souveraine des juges du fond. Par la suite, la chambre des requêtes y a vu, par un arrêt du 21 mars 1932, une question de droit privilégiant la théorie de l'émission. Puis la chambre civile, par un arrêt du 21 décembre 1960 est revenue à sa position traditionnelle.

telle importance, la catégorie des biens susceptibles qu'acquisition originaire est restreinte. La quantité étant indifférente à l'essence de la règle de droit, c'est surtout le principe du passage du fait au droit qui est intéressant. Certes, le positivisme peut toujours invoquer l'existence d'une loi validant l'acquisition. Mais l'argument est fallacieux car dans ce cas, tout est loi. Le rapport entre la loi et le fait s'apprécie à partir des choses et des lois qui les régissent. Tout comme la *chose voulue* possède plus de réalité que la *volonté* (ou encore la chose appropriée<sup>865</sup>, la chose causée), ce qui se présente c'est cette loi-ci ou cette loi-là en rapport avec un objet et non la loi en soi. Si on réifie la loi, on est conduit à soumettre les choses aux principes de ces lois. Une sorte de logique objective a priori réglerait les choses. Dans ce cas, la réalité se situe dans ces lois et les faits n'ont pas d'incidence. Si, au contraire, on estime que seules les choses existent réellement, ils deviennent la mesure des lois sans que celles-ci ne puissent les contredire. Cette dernière position ne réifie pas la loi. Elle n'est donc pas une déformation de la réalité par adjonction d'un présupposé (la réification). La composition ontologique des choses permet d'exprimer le degré de « réalité » des faits.

310. **Les degrés de « réalité » des faits.** - Le passage du fait au droit ne doit pas porter à une méprise sur le droit naturel. Il est certain que tout fait quelconque ne conduit pas à un droit. La raison en est dans la détermination à attribuer au mot *fait*<sup>866</sup>. D'un point de vue ontologique, le fait peut être compris de manière plus ou moins réduite, d'où les incompréhensions potentielles. Le fait par lequel on acquiert la propriété est un événement ou une action par lesquels un autre fait se produit (et devient un droit dans certaines conditions). Sans rechercher une approche systématique, on peut échelonner les interprétations principales du *fait*. Tout d'abord, Le fait 1° peut être assimilé à la matière (au sens corpusculaire). Ce sens, très restreint ne suffit pas à devenir propriétaire. Deuxièmement, le fait 2° peut être essentiel ou accidentel. Il est naturel d'évincer tout caractère accidentel, dont la contingence ne permet aucune solution. Ensuite, le fait 3° peut être d'abord matériel, non contingent et ce parce qu'il est guidé par l'intention d'être un premier possesseur d'une chose sans propriétaire. Enfin, le fait 4° peut être matériel (non contingent), intentionnel et généré par une action libre. C'est l'activité<sup>867</sup> dans l'existence qui marque la valeur du *fait*. Le possesseur

---

<sup>865</sup> *Supra* n°168

<sup>866</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Essais de philosophie du droit*, Studio Editoriale di Cultura, 1987, p.264-265

<sup>867</sup> Y. SIMON, *Introduction à l'ontologie du connaître*, Desclée De Brouwer, 1934, p. 45 : « Pour connaître ce qu'est une chose, nous observons son activité. C'est le seul moyen d'investigation dont dispose une intelligence qui ne saisit pas les essences à découvert et d'un regard intuitif, et c'est une voie parfaitement sûre. Car s'il est vrai que l'action soit un acte terminal réellement distinct de l'existence, c'est sur le plan de la nature spécifique, de l'essence graduée ou de la quiddité, qu'elle joue son rôle d'achèvement dernier. L'esprit, par une inférence

cultive son champ tout au long de l'année. Au regard de cette graduation, tout fait ne constitue pas une réalité suffisante pour devenir un droit. Le droit naturel considère certains faits avec plus d'intérêt car ils recèlent en eux les éléments d'une réalité suffisamment affirmée. Si le droit naturel permet le passage du fait au droit, c'est sous cette compréhension du *fait*. La diversité des positions jusnaturalistes sur l'incidence des faits en droit résulte souvent d'une conception univoque de ce qu'est le fait, parallèlement à une lecture univoque de l'être. L'acquisition originaire n'est pas forcément l'exemple le plus explicite car l'absence de propriétaire antérieur peut laisser penser que n'importe quel fait suffit<sup>868</sup>. L'interprétation de la notion de *fait* se comprend davantage dans le cadre de la possession et de la prescription acquisitive car elle justifie les conditions légales de sa validité.

## 2. La prescription acquisitive

311. **La détermination du fait susceptible de devenir un droit.** - En vertu de l'article 2258 du Code civil : « La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ». Du point de vue du droit naturel, les positions doivent être distinguées selon qu'on touche les individus ou les Etats. Pour ces derniers, la possibilité de la prescription acquisitive pouvait permettre la validité d'une annexion, ce qui rend spécifique le problème par son intégration dans la question plus large du droit international<sup>869</sup>. En droit civil, la possession est « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom » (art. 2255 du Code civil)<sup>870</sup>. *Corpus* et *animus* forment les deux pôles constitutifs de la possession<sup>871</sup>. L'usucapion nécessite certaines qualités dans la possession. Faisant échos aux distinctions ontologiques opérées précédemment, il n'est pas anodin que le Code civil impose une possession continue, ininterrompue, paisible, publique et non équivoque<sup>872</sup> (art. 2260 C. civ. ; à l'exclusion des

---

spontanée, conclut des caractères de l'action aux caractères de la nature agissante, et la déduction métaphysique établit le bien fondé de cette inférence ».

<sup>868</sup> G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p.80

<sup>869</sup> *Ibid.*, p.274

<sup>870</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 17 juin 2011, Bull. civ. III, n°106 ; D. 2011. 2598, obs. Forest

<sup>871</sup> Sur les interprétations relatives à la possession, cf. J.-M. TRIGEAUD, *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques*. 2, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2002, V° « possession », p.2004-2006

<sup>872</sup> En donnant au juge la possibilité d'apprécier souverainement les qualités de la possession, on leur permet d'apprécier la réalité de chaque condition dans l'unité (analogique) de l'ordre des choses. Autrement dit, les faits ne sont pas divisés. Civ. 3<sup>e</sup>, 7 mars 1972, Bull. civ. III, n°158. D'ailleurs, les juges du fond peuvent ne pas



actes de pure faculté ou de simple tolérance, art. 2262 C. civ). En un sens, ses qualités, permettant la prescription acquisitive, sont la transposition juridique de la composition ontologique des choses. Le *corpus* représente un pouvoir sur la *matière* de la chose, l'*animus* marque la présence d'une *intention* dans le sujet possesseur. Quant au caractère continu, c'est à travers l'*activité* régulière de la possession qu'il se comprend. Cette activité, dans son *existence*, doit être libre de toute concurrence, ce qui s'apprécie au regard de son caractère paisible et publique. Enfin, le fait équivoque est grevé d'une indétermination improprie à justifier une possession. De plus, la cause finale est importante car il existe autant de faits de possession différents que de droits réels. Il y a une possession à l'image de la propriété, de l'usufruit, de la servitude (en tant que bénéficiaire)<sup>873</sup>. Certes la validité des faits peut dépendre d'autres finalités (pragmatique, politique, sociale), à travers certains critères tels que la bonne foi, le mérite, le caractère intemporel de la propriété ou encore l'utilité<sup>874</sup>. Mais ces critères renseignent davantage sur la validité que sur l'existence.

### 3. La force majeure

312. **La force majeure comme cause d'extinction de l'obligation.** - En vertu de l'article 1148 du Code civil : « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». La force majeure éteint l'obligation car, selon l'expression consacrée, à l'impossible nul n'est tenu. Encore faut-il que la force majeure soit caractérisée. Traditionnellement, trois qualificatifs précisent la notion de force majeure. Celle-ci doit être irrésistible, imprévisible et extérieure. Ces trois critères ont été mis en cause pour savoir d'une part s'ils étaient tous nécessaires et d'autre part, si l'un d'eux primait dans la justification et l'existence de la force majeure. On a pu dire que le caractère irrésistible suffisait à déterminer la force majeure parce qu'il embrasser les autres éléments<sup>875</sup>. La Cour de cassation est venue préciser la définition en précisant qu'est constitutive d'un cas de force majeure la maladie du débiteur (cancer non déclaré au jour de la formation du contrat et suivi du décès), dès lors qu'elle a présenté un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution<sup>876</sup>. Le caractère extérieur est problématique en droit

---

évoquer toutes les conditions, dès lors qu'une contestation n'a pas lieu sur chacune d'elles, Civ. 3<sup>e</sup>, 22 février 1968, Bull. civ. III, n°73

<sup>873</sup> G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p.107

<sup>874</sup> *Ibid.*, p.275

<sup>875</sup> P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Préf. B. Teyssié, LGDJ, 1992

<sup>876</sup> Cass., ass. Plén., 14 avril 2006 : Bull. civ. N°5

de la responsabilité contractuelle. La force majeure, selon ce critère ne peut être invoquée que si l'événement s'est produit « en dehors de la sphère dont le débiteur doit répondre »<sup>877</sup>. Or l'arrêt du 14 avril 2006 présente le cas d'un événement se situant dans la sphère d'un cocontractant. On en déduit que l'irrésistibilité tend à absorber partiellement et circonstantiellement l'extériorité<sup>878</sup>.

**313. La référence à l'impossible dans la force majeure.** - Le droit positif voit dans l'impossible plusieurs types de situations dont l'appréciation est concrète. Ainsi, l'état de guerre n'est pas, en soi, constitutif d'un cas de force majeure<sup>879</sup>. C'est l'impossible concret qui s'impose et non l'impossible abstrait. On relève trois catégories principales : les événements de la nature (prise en un sens écologique), les événements relevant du comportement humain (individuel ou collectif) et les « faits du prince » (résultant de l'activité étatique). L'impossible est parfois relatif, c'est ce qui permet d'ailleurs d'évincer l'article 1148 du Code civil<sup>880</sup> en tant qu'il n'est pas une disposition d'ordre public. Si on ne peut pas prévoir l'imprévisible, on peut prévoir l'imprévisibilité. Inversement, la Cour de cassation a pu admettre que les obstacles rencontrés par un débiteur dans l'exécution de son obligation pouvaient être conventionnellement assimilés à la force majeure prévue à la convention<sup>881</sup>. Au-delà de cette relativité la force majeure apparaît comme une atteinte à la force obligatoire des contrats. Mais elle reste proportionnée à « l'exacte mesure de l'impossibilité »<sup>882</sup>, d'où la distinction entre résolution, résiliation, réduction et suspension<sup>883</sup>. La résolution, dont la cause est dans une force majeure, éteint l'obligation si c'est un contrat unilatéral et les obligations de chaque partie si c'est un contrat synallagmatique (pour les contrats translatif de propriété, le risque pèse sur le créancier). La résiliation concerne les contrats à exécution successive dont les obligations ne s'éteindront que pour l'avenir. La réduction correspond à la situation où l'impossibilité ne porte que sur une partie du contrat. Dans ce cas, il s'agit de savoir si cette partie est détachable ou non. Enfin, lorsque l'impossibilité n'est que temporaire, il y a suspension dans l'exécution du contrat<sup>884</sup>. Mais cette suspension pose des difficultés

---

<sup>877</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.296, n°162

<sup>878</sup> A. BENABENT, *Les obligations*, op. cit., n°335-1

<sup>879</sup> Req. 25 janvier 1922, DP 1922. 1. 71

<sup>880</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, op. cit., p.670 : « c'est ce que l'on appelle une obligation de garantie, plus exigeante encore que l'obligation de résultat ».

<sup>881</sup> Com. 8 juillet 1981, Bull. civ. IV, n°312

<sup>882</sup> A. BENABENT, *Les obligations*, op. cit., n°338

<sup>883</sup> *Ibid.*

<sup>884</sup> Req. 12 décembre 1922, DP 1924. 1. 186. La notion de temps est elle-même considérée concrètement puisqu'une impossibilité temporaire ne conduit qu'à suspendre l'exécution de l'obligation.

notamment au niveau des obligations des parties et de leur interprétation potentielle par le biais de la notion de condition<sup>885</sup>.

314. **Appréciation de la force majeure sous l'angle jusnaturaliste.** - Tout acte juridique a, en principe, une cause. Si on reprend l'idée que la cause est inhérente à la chose, alors l'étude de la cause dépend de la constitution de la chose. La chose est un composé de matière et de forme (essence), sous-tendue par une finalité (nature), déterminée par un agent extérieur (cause efficiente). Tant que les causes subsistent, l'acte juridique conserve son obligatorité. Or la force majeure supprime une ou plusieurs causes, d'où la suppression de la réalité telle qu'elle était et de l'obligatorité qui se maintenait à travers cette cause. Le manque d'être de l'acte affecte son obligatorité. Lorsque le contrat devient impossible à exécuter, il y a une résolution fondée sur la suppression de la cause finale. Lorsqu'une partie à un contrat *intuitu personae* décède, la cause efficiente fait défaut. Lorsque la chose disparaît, ce sont des causes matérielle et formelle qui font défaut. Le manque d'être issu de la force majeure peut également être partiel ou limité dans le temps.

## *B. LA PRISE EN COMPTE INCERTAINE DU FAIT PAR LE DROIT*

### 1. Le contrat de fait et la réalité du contrat

315. **Le point de départ de l'existence du contrat.** L'existence du contrat nécessite la réunion d'un certain nombre d'éléments nécessaires, essentiels, pour que le contrat puisse accéder à l'existence. Sans une essence comme support, l'existence est fictive, non réelle. En droit positif, la volonté a pu être considérée comme l'élément principal, ce qui est vrai, même si sa position est à insérer dans une réalité qui la dépasse. Le début de l'existence des contrats détermine celui des effets juridiques qui y sont attachés. L'existence ne peut être donnée que par une cause efficiente extérieure à elle-même<sup>886</sup>. Dès lors que l'existence est insufflée par un agent extérieur, elle peut être donnée à un moment ou à un autre. Liant la cause efficiente à la volonté, on comprend que cette dernière puisse déterminer librement, et par elle-même, le

---

<sup>885</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.342, n°197: « La suspension du contrat n'est pas exempte de faiblesses congénitales. Le contrat en inaction est difficile à vivre (les contractants sont-ils créanciers/débiteurs sous condition ? Pourraient-ils faire des actes conservatoires ?). Les ressorts psychiques se rouillent dans le temps suspendu, et le contrat qui a l'air de repartir ne sera plus tout à fait le même ».

<sup>886</sup> P. GRENET, *Le thomisme*, op. cit., p.29 : « Pour que l'acte nouveau apparaisse dans la puissance permanente, il faut l'intervention d'un déterminant extrinsèque (cause efficiente) ».

moment opportun, guidée par la raison. Cependant, la relativité de la volonté ne lui permet pas d'aller contre l'essence qu'elle est censée actualiser. C'est ce qui conduit à analyser les situations pour déterminer le moment à partir duquel il y a existence, et donc, juridiquement parlant, obligatorité. Deux hypothèses principales se présentent. La première marque le début de l'existence du contrat au moment de la formation (conception spiritualiste), la seconde au moment des effets juridiques produits (position matérialiste)<sup>887</sup>. On voit là que ces deux hypothèses fonctionnent à partir de présupposés dont l'un attache la réalité à la pensée (et donc à la volonté qui extériorise cette pensée) et l'autre renvoie la réalité à l'actualité (constatable) du fait matériel. L'argumentation jusnaturaliste propose une démarche explicative et alternative par le biais de l'être, seule idée non soumise à des présupposés. Mais il faut préciser le sens et la portée susceptibles de lui « être » attribués. Compris univoquement, la réalité de l'être sera dite uniquement de la matérialité ou uniquement de la volonté ou uniquement de la raison, etc. L'univocité conduit à l'alternative des positions énoncées ci-dessus (positions spiritualistes *ou* matérialistes), où l'une l'emporte sur l'autre. Compris équivoquement, la réalité de l'être sera dite autant de la matérialité que de la volonté ou de la raison, etc. L'équivocité conduit non à faire primer une réalité sur une autre mais à leur attribuer un même degré de réalité (positions spiritualistes *et* matérialistes). Cette voie entraîne la relativité d'un choix et se résout en une pure question de politique juridique. Ces deux conceptions ont en commun de relever de la généralité par réduction de l'être. Si l'être a une vocation universelle, les restrictions de sens qu'on lui impose impliquent qu'il ne vise plus toutes les situations mais la majorité d'entre elles. Dès lors, faire primer une position ou une autre conduit inexorablement, et dans tous les cas, à ne pas embrasser toutes les situations. Appliqué au moment de l'existence du contrat, le spiritualisme montrera ses limites dans certains cas où le matérialisme aurait été plus pertinent et inversement. L'intérêt pratique de la détermination du commencement de l'existence s'appréciera notamment à propos de la loi applicable ou encore du cas de vente d'un bien avec l'argent d'un tiers<sup>888</sup>. Une troisième voie est offerte à travers une compréhension analogique de l'être. Comprise analogiquement, la réalité de l'être sera établie en fonction d'un rapport de proportion, constitué à partir de la nature de la situation. Cette dernière viendra à l'existence par une cause efficiente sous la limite que lui oppose la propre nature de la situation. Ici, la volonté est centrale d'où le privilège de l'existence au moment de la formation, mais elle est également relativisée, d'où

---

<sup>887</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p.43

<sup>888</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p.43 : « Il n'est pas douteux que, conformément aux postulats volontaristes, notre droit, dans l'ensemble, attache plus d'importance à la formation qu'à l'exécution du contrat. Le réalisme de l'autre thèse mériterait, pourtant, attention ».

la possibilité d'un décalage au moment de la production des effets juridiques. Il n'y a donc pas exception à un principe premier univoque mais proportion par rapport à une nature. Quantitativement, la différence entre les positions est faible, mais d'un point de vue logique, la différence est fondamentale. Le droit positif, répondant à des contraintes particulières, a besoin de frontières claires et distinctes dans le cadre d'une prévisibilité et d'une sécurité juridique pour les contractants. Les positions univoque et équivoque, en figeant l'être, conduisent à figer les frontières, d'où un intérêt pratique évident. D'autant plus que les cas sortant du cadre général du volontarisme sont résiduels et susceptibles d'être traités par le biais d'exceptions ou d'extensions.

## 2. La création d'une société

316. **La légitimation des faits par le droit.** - Si le droit est considéré comme une réalité *a priori* dans laquelle les choses sont intégrées, alors c'est lui qui « attribue » une réalité aux choses car il leur donne une intelligibilité. Au contraire, si la réalité se situe dans les choses, alors l'existence des choses ne dépend pas du droit mais seulement leur légitimation lorsque les faits recèlent suffisamment de richesses (ou de critères légaux sur un plan juridique). Ainsi, les contrats naissent des actes des cocontractants. Lorsque ces actes remplissent les conditions légales, le contrat est juridiquement formé. Les effets juridiques s'appliquent sous l'instance du droit. L'existence est légitimée et l'obligatorité est limitée par le droit aux parties elles-mêmes, à l'exclusion des tiers (art. 1165 C.civ.).

317. **L'immatriculation des sociétés.** - L'existence de la société nécessite le cumul de conditions légales appréciées par le juge en cas de contestation. La condition de l'*affectio societatis* illustre l'appréciation de la qualité des faits puisque son appréciation s'effectue au moment de la constitution de la société<sup>889</sup>. La réunion des conditions légales doit être caractérisée par une qualité suffisante. La constitution frauduleuse d'une société ne remplit pas une telle condition et n'est pas opposable aux tiers<sup>890</sup>. L'immatriculation des sociétés leur permet d'obtenir la personnalité juridique en tant que personne morale. En vertu de l'article 1871 du Code civil, la société non immatriculée ne dispose pas de la personnalité juridique. Il y a une distinction entre son existence et sa légitimation. En affirmant que la société en participation est licite, le droit positif révèle le statut du droit. La réalité s'impose au droit

---

<sup>889</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 oct. 1978, Bull. civ. I, n°318

<sup>890</sup> Com. 19 avril 1972, Rev. sociétés, 1973. 81, note Hémard

mais celui-ci détermine la légitimité et peut imposer certains types d'effets juridiques. Si le Code civil avait déclaré illicite la société en participation, cette situation aurait illustré la considération d'un droit comme structure logique *a priori* qui donne l'existence aux choses.

318. **La société créée de fait.** - Le consentement est souvent présenté comme l'élément principal dans la constitution d'une situation juridique (contrat). Or, l'exemple de la société créée de fait montre que la réalité d'une situation juridique ne dépend pas que du consentement. Dès lors que les parties se comportent, même inconsciemment, comme des associés et que tous les éléments constitutifs d'une société sont présents, il y a société, même sans immatriculation. Elle prend le statut de société en participation. La société créée de fait se distingue de la société de fait qui est une société immatriculée mais dont il manquait une condition de validité<sup>891</sup>. Dans ce cas, la réalité de cette société peut perdurer et les statuts continueront à s'imposer aux parties dans l'exercice de leurs droits.

## SECTION 2. LA FIN DES SITUATIONS JURIDIQUES EN FONCTION DE LA NATURE

319. **L'extinction des obligations.** - Classiquement les obligations s'éteignent par exécution, notamment par le paiement. Le sens large que lui accorde le droit a vocation à embrasser tous types d'exécutions. Ce paiement éteint la dette et libère le débiteur de son obligation. L'hypothèse du paiement est conforme à la volonté exprimée lors de la formation du contrat puisque le contrat a eu lieu en vue d'obtenir la satisfaction déterminée lors de l'échange des consentements (§ 1). Dans certains cas, l'extinction de l'obligation ne s'ordonne pas à la volonté initiale des parties. C'est le cas des extinctions sans exécution dont la validité est soumise à des conditions particulières (§ 2).

---

<sup>891</sup> L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Préf. M. Gobert, LGDJ, 1990, p.230

## § 1. L'EXTINCTION CLASSIQUE DE L'OBLIGATION

### A. LE PAIEMENT

320. **L'extinction des obligations.** - En vertu de l'article 1234 du Code civil, les obligations s'éteignent par paiement, novation, remise volontaire, compensation, confusion, perte de la chose, nullité, rescision, par l'effet de la condition résolutoire et par la prescription. S'agissant de l'exécution d'une obligation, il s'agira de donner, faire ou ne pas faire. Le paiement est le mode d'exécution principal permettant d'éteindre l'obligation. Le paiement a un double effet : libératoire et extinctif. D'un point de vue jusnaturaliste, l'exécution correspond au fait d'atteindre la finalité (cause finale) de l'obligation<sup>892</sup>.

321. **La nature du paiement.** - Plusieurs propositions se concurrencent quant à la nature du paiement et se répercutent quant à la preuve. La position classique considère le paiement comme une convention, relevant du genre plus général qu'est l'acte juridique. Le paiement serait une convention par laquelle le débiteur accomplit une obligation envers le créancier. Cette présentation n'est pourtant pas totalement convaincante. Pour A. Bénabent, l'impossible refus par le créancier d'un paiement pur et simple empêche la qualification de convention<sup>893</sup>. Mais il y a tout de même acte juridique<sup>894</sup>. L'auteur évoque une « juxtaposition de deux actes unilatéraux »<sup>895</sup>. Pour N. Catala, le paiement est un fait juridique<sup>896</sup> parce que l'extinction s'opère par la loi, non la volonté des parties. La difficulté de détermination de la nature du paiement justifie des qualifications intermédiaires. Certains auteurs parlent d'« acte juridique de nature particulière »<sup>897</sup>, tandis que d'autres évoquent un « acte complexe, participant de la convention et du fait juridique »<sup>898</sup>. La recherche de la nature des choses est permanente au sein des études doctrinales. Mais tant que le mot « nature » n'est pas lui-même soumis à l'analyse, les raisonnements ne peuvent être que partiels.

---

<sup>892</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.543, n°327 : « Alors que tous les autres modes d'extinction ont un caractère accidentel et imprévu, le paiement est le mode d'extinction normal et désiré de l'obligation : le rapport obligatoire se dissout parce qu'il s'est accompli, parce qu'il a rempli ses fins ».

<sup>893</sup> A. BENABENT, *Les obligations*, op. cit., n°783. L'auteur nuance : « il exige au contraire l'accord du créancier et devient alors une convention lorsqu'il y a paiement partiel ou dation en paiement d'une chose autre que celle qui est due ».

<sup>894</sup> *Ibid.*, n°783 : « Du point de vue de son auteur, le paiement est incontestablement un acte juridique et cette nature justifie que le paiement soit soumis aux conditions de capacité, de consentement et de preuve des actes juridiques. Si l'on se déplace du côté du créancier qui reçoit le paiement, la question est plus délicate ».

<sup>895</sup> *Ibid.*, n°783

<sup>896</sup> N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Préf. Carbonnier, LGDJ, 1961

<sup>897</sup> FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2013, n°101

<sup>898</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n°1075

*B. L'EXECUTION FORCEE*

322. **La coercition du droit.** - D'un côté, la nature des choses impose un principe d'exécution des prestations voulues par les parties. D'un autre côté, la nature de l'homme limite l'exécution forcée en fonction du respect de la personne humaine. La distinction entre obligation de donner, de faire et de ne pas faire ne s'interprète plus radicalement<sup>899</sup>. La dignité humaine est la mesure de l'exécution forcée. Indépendamment du régime de l'exécution, le caractère « forcé » interroge sur l'existence ou non d'une dimension coercitive dans le droit naturel. Il est souvent reproché au droit naturel de ne pas être coercitif, de ne toucher que l'esprit des individus sans contraintes pratiques permettant une application concrète du droit. De là en découlerait son principal défaut, en plus de celui de son indétermination chronique. Cette présentation du droit naturel est à écarter. Certes, le droit naturel vise un contenu mais ce n'est pas un contenu inerte. C'est un contenu réel, qui trouve son application concrète dans les rapports entre les individus. L'unité analogique entretenue entre le droit positif et le droit naturel permet à ce dernier de connaître une application, éventuellement par la contrainte. En un sens, la coercition n'est pas de l'essence du droit naturel, c'est sa réalité au sein des choses dans le monde. Le droit naturel atteint sa perfection, non dans l'esprit de celui qui le pense, mais dans chacun des rapports juridiques singularisés. La coercition, employée par le droit positif devient le moyen adéquat pour parvenir à ce contenu de justice. La contrainte est à comprendre dans leur unité analogique. La matière n'est ni antérieure ni supérieure à la forme et inversement. La matière est nécessaire à la forme pour être individualisée. De même, le droit positif n'est ni antérieur ni supérieur au droit naturel. Le droit positif est nécessaire au droit naturel pour que son contenu soit mis en œuvre. La coercition ne définit pas le droit naturel mais le concrétise lorsque les parties ne satisfont pas volontairement à leurs obligations. La séparation du droit positif et du droit naturel, présupposée dans le positivisme, introduit une logique nouvelle. La coercition change de statut pour devenir un élément caractéristique du droit positif, tout en étant extérieure au droit naturel.

---

<sup>899</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p.85 ; A.-S. COURDIER-CUISINIER, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner », *RTD civ.* 2005, p.521



## § 2. L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION SANS PAIEMENT

### A. EXTINCTION SANS ATTEINTE AU DROIT DU CREANCIER

#### 1. La dation en paiement

323. **Nature incertaine de la dation en paiement.** - La dation en paiement est le mécanisme par lequel le débiteur satisfait le créancier par une autre chose que celle qui avait été prévue lors de la formation du contrat. Sa validité implique un accord par lequel le créancier accepte un autre mode d'exécution, en conformité avec l'article 1243 du Code civil. Cet article est original car il dispose qu'un créancier n'est pas contraint de recevoir une chose autre que celle prévue quand bien même elle serait d'une valeur égale ou plus grande. Le droit positif est donc autant ordonné à la volonté qu'à l'égalité. Les conditions et le régime juridique de la dation en paiement sont déterminés par sa nature. Sur ce point, les hypothèses sont nombreuses sans toutefois parvenir à une solution certaine. La dation en paiement se rapproche à certains égards du paiement, de la novation et de la vente sans s'y fonder complètement. Pris individuellement, ils n'expliquent pas entièrement l'essence de la dation<sup>900</sup>. Le paiement porte sur une autre chose que celle prévue initialement. La vente formée fait naître l'obligation du débiteur, qui existe déjà dans la dation en paiement. Le recours à la vente tend à dissocier une action unique<sup>901</sup>. Attachés ensemble, ils la justifient mais impliquent une nature mixte<sup>902</sup>, ce qui ne convient pas à la notion de nature.

324. **Interprétation et présence jusnaturaliste.** - La dation en paiement révèle, à l'image d'autres notions juridiques, quatre angles possibles par lesquels une argumentation jusnaturaliste s'insère dans le discours juridique à l'occasion d'un même thème. D'une part, la nature juridique de la dation en paiement apparaît comme la première possibilité d'une argumentation jusnaturaliste. Ensuite, ce sont les conditions et le régime juridique (découlant de sa nature juridique) que l'on peut questionner comme autant de moyens ordonnés à une fin. La possibilité de la dation en paiement est soumise à l'existence d'une convention par laquelle le créancier accepte ce nouveau mode d'exécution. L'aliénation d'un bien explique que le

---

<sup>900</sup> D. HIEZ, « La nature juridique de la dation en paiement. Une modification de l'obligation aux fins du paiement », *RTD civ.* 2004, p.199

<sup>901</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2013, n°452

<sup>902</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n°1181 ; A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n°836

débiteur ait la capacité de disposer du bien<sup>903</sup>. Reprenant partiellement le régime de la vente, la lésion est possible concernant les immeubles et le débiteur doit une garantie contre les vices cachés. Proche du paiement, la dation en paiement répond aux mêmes règles en période suspectes, ce qui suppose la possibilité de l'annuler afin de ne pas porter atteinte aux droits d'un créancier en attente de la répartition des biens et valeurs. Il existe bien un rapport entre la nature (même partiellement indéterminée) et son régime juridique. En dernier lieu, un dédoublement justifie une référence tant à la volonté qui guide la dation en paiement qu'à l'égalité qui doit être maintenue. La chose ne se comprend véritablement que par ses causes. En l'espèce la chose implique une cause finale (la justice) mais reste attachée à la volonté des contractants (cause efficiente). La justice ne déborde pas la volonté. L'argumentation jusnaturaliste ne se réduit pas aux rapports d'égalité car, se référant à la chose, elle tient compte de la composition de la chose à travers ses causes dont l'une n'a pas de primauté sur les autres<sup>904</sup>. Si on permettait l'exécution par un autre objet de même valeur, cela signifierait la primauté de la cause finale abstraitement comprise (comme égalité, non comme justice). Comme il n'y a pas causalité concourante de cause partielle mais causalité réciproque de cause totale, aucune cause de la chose ne peut primer. Elles se comprennent à l'égal les unes des autres sans contradiction. La possibilité de procéder à la dation en paiement maintient l'égalité entre les contractants et nécessite l'effectivité d'une volonté tendue vers un autre mode de satisfaction. Suivant ce schéma, il convient d'exprimer le rapport qu'entretiennent les moyens par rapport aux fins, dans cette même approche jusnaturaliste. Le contenu des moyens dépend des causes de la chose.

## 2. La compensation

325. **Le mécanisme de la compensation.** Tout comme pour la dation en paiement, l'argumentation jusnaturaliste a sa place dans la compensation. L'extinction d'obligations par compensation s'opère lorsque deux personnes se trouvent réciproquement débitrices l'une de l'autre. En l'espèce, la chose oppose une résistance (issue de sa cause formelle) puisque la compensation s'opère (de plein droit<sup>905</sup>) même à l'insu des débiteurs (art. 1290 C.civ.). On

---

<sup>903</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le rapport d'obligations*, op. cit., n°450-452

<sup>904</sup> A. DE MURALT, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, E. J. Brill, 1991, p.34 et suiv.

<sup>905</sup> Pour une précision sur l'expression « de plein droit », cf. J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p.561, n°340 : « Dans une constitution de Justinien, il est écrit que la compensation aura lieu désormais ipso jure. [...] Cependant, au XIII<sup>e</sup> s., le glossateur italien Martin Gosia avait interprété cet *ipso jure* en ce sens que la compensation opérait de plein droit, en dehors de la volonté des parties. Et ce contresens historique, transmis d'Alciat à Cujas, puis recueilli par Pothier, est devenu notre art. 1290 ».

notera que le juge ne peut relever la compensation d'office, les parties restant maîtres du mécanisme. Seul un état précis des dettes rend possible la compensation. Cet état est atteint lorsque cinq conditions sont remplies concernant les dettes : disponibilité, réciprocité, liquidité, exigibilité et fongibilité. Négativement, ces caractères excluent certaines dettes de la compensation notamment dans les cas des codébiteurs solidaires, des obligations de faire ou de ne pas faire. De même, l'absence de montant déterminé empêche, en soi, de procéder à la compensation. Ces conditions constituant la structure formelle de la compensation ne portent pas atteinte à la cause finale puisque l'article 1290 du Code civil limite la compensation jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

326. **Les conditions de la compensation.** - La possibilité d'une compensation conventionnelle relativise le statut des conditions imposées<sup>906</sup>. La volonté des parties peut justifier l'éviction d'une condition tout en maintenant les effets de la compensation. Les conditions, censées signifier le degré de réalité à partir duquel la compensation est permise, relèvent de l'abstraction. La volonté, exprimée par une convention, rend plus concrète l'approche de la compensation. Une limite subsiste à travers la disponibilité qui ne peut être évincée. La qualité de la chose (aliments par exemple) s'impose à la volonté. La thématization de règles légale, jurisprudentielle ou doctrinale, sous la qualification uniforme de « condition », n'aplanit pas le statut qui leur est attribué. Chacune des conditions peut relever d'un statut différent en fonction de la nature des choses. La relativité de ces conditions illustre la proximité entre droit naturel et droit positif. On peut penser que le droit positif donne une intelligibilité aux choses en les intégrant dans des catégories puis en appliquant un régime juridique. La compensation conventionnelle est un exemple illustrant la prise en compte de la nature des choses comme donnée première. D'un point de vue jusnaturaliste, le rôle des conditions édictées par le droit positif est spécifique. Ce qui importe, c'est de déterminer le moment de la naissance d'une situation juridique. Chacune des conditions transcrit une part de la réalité. L'addition des différentes conditions permet de présumer que la réalité est actuelle. Mais la réunion de ces conditions ne fait que présumer l'existence de la situation parce que ces conditions sont des formalisations de ces parts de réalités, d'où une déformation. De plus, ces conditions sont séparées les unes des autres alors que la réalité est unitaire. Il ne peut donc y avoir que présomption de réalité de la situation juridique. Le droit positif, soumis à des contraintes pratiques, évince cette idée de présomption afin d'éviter trop

---

<sup>906</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le rapport d'obligations*, op. cit., n°463

d'incertitudes dans les rapports juridiques. La compensation conventionnelle illustre la relativité des conditions, tout en signalant la résistance des choses. La disponibilité en est un exemple.

### 3. La confusion et la novation

327. **Le principe d'égalité maintenu lors de la confusion.** - En vertu de l'article 1300 du Code civil, les obligations s'éteignent lorsque les qualités de créanciers et de débiteurs se fondent dans la même personne. Lorsque la créance est entièrement absorbée par la compensation, l'obligation s'éteint<sup>907</sup>. Une confusion partielle n'entraîne l'extinction que pour la part qui vient s'imputer sur la dette ou la créance. Un cas particulier est à soulever à propos des codébiteurs solidaires dont l'un d'eux devient créancier. En vertu de l'article 1301 al. 3 du Code civil, les codébiteurs ne seront obligés que pour la créance moins la part du codébiteur devenu créancier. La logique formelle coïncide avec la cause finale.

328. **La novation.** - Autre mode d'extinction d'une dette, la novation dépend principalement de la volonté des parties. En créant une nouvelle obligation se substituant à l'ancienne, l'obligation initiale disparaît au profit d'une nouvelle créance<sup>908</sup>. Ce mode original d'extinction d'une obligation complète la variété présentée avec la dation en paiement, la compensation et la confusion. Chacun d'eux ne s'oppose pas au droit naturel. Il existe un principe de liberté des parties (issue de la nature de l'homme) de déterminer le moyen d'éteindre un droit, sous réserve de ne pas outrepasser la résistance imposées par la nature des choses. La structure du régime général des obligations répond au principe de non-contradiction, émanation, sous sa forme abstraite, de l'argument jusnaturaliste relatif au principe d'identité. En cherchant systématiquement des effets à partir des causes des choses, le législateur et la jurisprudence procèdent selon une méthode jusnaturaliste, sous réserve des contraintes pratiques par lesquelles ils limitent le champ du possible par l'introduction de conditions ou de restrictions de certains effets juridiques. En l'espèce, la présence jusnaturaliste s'affirme non comme un contenu à suivre mais comme une limite à ne pas franchir. Cette forme d'expression du droit naturel laisse ouverte la concurrence d'autres fondements. Le droit naturel conserve son statut de mesure parce que les arguments qu'il met en œuvre offrent une grille de lecture critique aux limites édictées par la loi.

---

<sup>907</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., n°1196 : « il s'agit d'une impossibilité d'exécuter ».

<sup>908</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., 1417

*B. EXTINCTION SANS SATISFACTION DU CREANCIER*

329. **La remise de dette.** - La défaillance du débiteur emporte le droit, pour le créancier, d'agir en justice afin de voir sa créance satisfaite. De manière altruiste, il peut aussi remettre volontairement le document original par lequel il tient pour preuve l'existence de son droit. Cette remise de dette au débiteur libère ce dernier de son obligation. L'acte peut s'analyser comme une donation indirecte. Sur le plan formel, l'intérêt exclusif au profit du débiteur fait présumer de son acceptation. De même, le caractère indirect de cette libéralité réduit le formalisme habituellement imposé en la matière. On aurait pu maintenir une exigence rigoureuse de consentement exprès et un formalisme rigoureux<sup>909</sup>. Mais la prise en compte plus concrète de la remise de dette atténue les principes en les proportionnant en fonction de la situation. Sur le plan de la justice, le Code civil évoque le cas d'une remise de dette au profit d'un codébiteur solidaire (art. 1285 C.civ.). Cette remise libère l'ensemble des codébiteurs sauf volonté contraire du créancier. Dans ce cas, les règles d'égalité sont maintenues car les codébiteurs restants devront satisfaire le créancier, déduction faite de la part de celui qui aura bénéficié de la remise de dette.

**La prescription.** - La remise de dette nécessite un acte volontaire et positif du créancier. La prescription libératoire en est le versant passif. La situation de fait justifie l'extinction d'un droit. On pourrait contester la prescription sur le plan du droit naturel en affirmant l'injustice dans le fait de permettre à un débiteur de ne pas exécuter ses obligations au détriment du créancier. Les contraintes pratiques favorisent la mise en place d'un système de prescription. C'est une atteinte au droit naturel mais tant qu'elle est mesurée et contrôlée, elle est admissible au regard des nécessités pratiques du droit positif. La difficulté est surtout celle de la complexité des délais de prescription, notamment par la spécificité de certains domaines, rendant problématique toute appréciation par un créancier profane.

---

<sup>909</sup> S. DRAPIER, *Les contrats imparfaits*, Préf. G. Goubeaux, PUAM, 2001, p.381 et suiv.

## **CHAPITRE 2. LA DETERMINATION DES EFFET JURIDIQUES A**

### **PARTIR DE LA NATURE**

330. **La relativité finalisée des concepts juridiques.** - La relativité est, en quelque sorte l'ennemie de la théorie. Elle justifie tout et n'unifie rien, rendant les solutions juridiques simplement casuelles. Au contraire, prise positivement, cette relativité est une invitation à découvrir l'unité réelle derrière la multiplicité des phénomènes. D'un point de vue jusnaturaliste, on affirmera que les conséquences et effets juridiques qui découlent de la nature des choses sont comme des instruments ordonnés à une fin qui, elle, n'est pas relative. Les conséquences juridiques issues de la nature des choses ne sont pas contingentes, même si un instrument (une règle de droit) peut se substituer à un autre instrument pour mieux atteindre la finalité<sup>910</sup>. Autrement dit, la nature entraîne des conséquences, dont le contenu est soumis à une relativité finalisée, c'est-à-dire est ordonnée à une fin. Ce constat s'attache aussi bien aux concepts juridiques (**Section 1**), qu'aux catégories juridiques (**Section 2**). La finalité permet de relier le droit positif au droit naturel. Le schéma s'obscurcit lorsqu'il devient difficile de discerner entre la formation du contrat et ses effets<sup>911</sup>.

## **SECTION 1. LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DETERMINEES**

### **PAR LA FINALITE**

331. **La relativité finalisée du droit positif.** - La relativité finalisée porte sur deux objets. D'une part, les concepts juridiques ne sont pas équivoques même s'ils génèrent des positions doctrinales parfois divergentes. En tant que concepts, ils sont enfermés dans la généralité mais

---

<sup>910</sup> R. MASPETIOL, « Brèves réflexions sur la règle de droit en tant qu'obstacle ou stimulant du développement économique et social », in *Le droit et la crise universitaire*, *APD*, t.14, Sirey, 1969, p.321 et suiv.

<sup>911</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p.214 : « il [le contrat] achève de se former en produisant effet, en s'exécutant ».

participent d'une idée universelle qui les dépasse. Leur stabilité et la possibilité de leur emploi le requièrent (§ 1). Dans la même ligne, les conséquences et effets juridiques peuvent varier mais restent ordonnés aux concepts juridiques généraux à un second degré et à l'universel à un premier degré (§ 2).

## § 1. LA RELATIVITE FINALISEE DU DROIT POSITIF

332. **La mise en avant d'un concept juridique comme point de départ.** - L'étude des concepts juridiques montre une incertitude chronique de leur signification réelle. Pourtant, un procédé récurrent consiste à se servir d'un concept clef comme point de départ structurant les autres concepts. La propriété remplit parfaitement ce rôle (A) mais il est possible d'étendre l'idée à d'autres concepts juridiques (B).

### A. L'EXEMPLE DE LA PROPRIETE

#### 1. La nature de la propriété

333. **La nature de la propriété.** - La refonte du paradigme de la propriété structure, sous un nouveau mode, le droit patrimonial. La thèse exprimée par F. Zenati-Castaing et T. Revet en est un exemple. Ces auteurs reprennent les apports du droit romain, notamment le fait que la *proprietas* est une qualité de la chose, non un droit<sup>912</sup>, ni une chose<sup>913</sup>. La propriété est « la relation qui s'établit entre une personne et chacun des biens et droits qui lui appartiennent »<sup>914</sup>. Elle est une projection de la personne sur chacun de ses biens et droits<sup>915</sup>. La réification, actuellement présente dans la doctrine majoritaire (en chose, bien ou droit), permet de justifier la perpétuité alors que le droit de propriété est aussi mortel que toute civilisation<sup>916</sup>. Ces auteurs mettent en avant le caractère exclusif de la propriété. Plus qu'un caractère, l'exclusivité constituerait l'essence de la propriété, dont l'opposabilité serait une expression<sup>917</sup>. *Usus, fructus* et *abusus* ne sont pas des attributs de la propriété mais des effets dont la perte n'affecte pas la propriété mais seulement son exercice<sup>918</sup>.

---

<sup>912</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, op. cit., p.132-133

<sup>913</sup> *Ibid.*, p.131, p.264

<sup>914</sup> *Ibid.*, p.78

<sup>915</sup> *Ibid.*

<sup>916</sup> *Ibid.*, p.265

<sup>917</sup> *Ibid.*, p.266

<sup>918</sup> *Ibid.*, p.265

334. **Les présupposés liés à la notion de propriété.** - F. Zénati-Castaing et T. Revet montrent très clairement les présupposés constitués autour de la propriété par lesquels naissent des effets juridiques conditionnés. Le lien étroit entre propriété, patrimonialité et pécuniarité conduit à refuser la possibilité d'une propriété sur les choses non pécuniaires telles que le corps humain, ses éléments, ses produits ou son image. Ces choses ne seraient susceptibles d'aucune propriété, ce qui limite directement toute tentative de transfert de propriété. Les choses incluses dans la catégorie des biens extra-patrimoniaux sont incessibles, intransmissibles, et insaisissables. Cette construction, validée en partie par le Code civil, est illustrée par l'interdiction d'aliéner le corps humain. En excluant le droit de propriété sur les choses non pécuniaires, « non estimables en argent », on ne leur assure pas une protection identique à celle des biens contre les prétentions concurrentes visant à leur porter atteinte. Les droits subjectifs remplissent cette fonction protectrice. C'est la voie subjective qui prime. Pourtant, la voie objective, n'est pas à exclure sur un plan théorique.

335. **L'hypothèse d'une propriété étendue.** - Accepter la propriété de choses non pécuniaires impliquerait pour le propriétaire un *usus*, un *fructus* et un *abusus* sur le bien visé. La question relève également du rapport entretenu avec la commercialité. L'activité professionnelle, en tant que mise à disposition des facultés physiques et intellectuelles, serait une émanation de l'*usus* et du *fructus*. En dépassant le cadre du patrimonial et selon un mode justificatif totalisant (avec les limites que cela comporte), l'acte le plus grave, le suicide, pourrait être rattaché à l'*abusus*, comme faculté de détruire la chose, signe le plus élevé de la propriété. Du point de vue strictement patrimonial, le tableau doit être nuancé dans les limites et dangers auxquels on peut aboutir notamment en cas de dépendance économique. L'argument tendrait effectivement à refuser un droit de propriété sur les choses non pécuniaires pour éviter des dérives. Pourtant, la notion d'inaliénabilité remplit cette mission protectrice. L'inaliénabilité peut être comprise de deux manières, en se positionnant du côté de la propriété ou de la chose. Soit on voit une réduction de la propriété sur le bien par suppression du droit de disposer et de porter atteinte, soit la propriété reste intacte et c'est l'objet qui est impropre à l'aliénabilité<sup>919</sup>. Selon cette interprétation, le corps humain serait inaliénable, mais non l'ensemble du champ de l'image. On justifierait le caractère commercial de certains contrats portant sur l'image.

---

<sup>919</sup> *Ibid.*, p.78



336. **La validité des hypothèses relatives à la propriété.** - Selon que la propriété est une chose, un droit ou un lien, entre une personne et une chose, et qu'elle est rattachée à la pécuniarité, à la commercialité et à la patrimonialité, on obtient de nombreuses possibilités théoriques d'égales validités parce qu'elles sont des hypothèses initiales dont on déduit des résultats et des solutions. La remise en question de ces présupposés fait entrer la problématique de la vérité et relègue la validité au second rang. L'argumentation jusnaturaliste se situe dans le domaine de la *vérité représentée*<sup>920</sup>. Le procédé dialectique, visant à mettre en cause les présupposés inhérents au droit positif, relève d'une démarche jusnaturaliste. Le droit naturel ne conteste pas, en soi, les hypothèses choisies dans la construction du droit positif qui sont nécessaires à toute activité judiciaire. Ce qui importe c'est que l'hypothèse soit la plus proche de la vérité de la nature des choses. Plus l'hypothèse s'éloigne de la nature des choses, plus les décalages avec la réalité se font jour, amenant progressivement des erreurs et des contradictions. Affirmer que la personne n'a qu'une valeur économique, c'est procéder à une réduction de la réalité, dont les conséquences peuvent être particulièrement graves. La nature des choses ne doit pas être l'occasion d'une éviction de la nature de l'homme.

## 2. Variations sur le thème du transfert de propriété

337. **Le pouvoir de création de l'homme.** - Il s'agit ici de montrer que les présupposés sont des déformations de la réalité mais ont un rôle stabilisateur utile lorsque la compréhension de la réalité atteint ses limites. Toute personne est titulaire d'un patrimoine, même si son contenu est vide, car le patrimoine est une universalité de droit dans laquelle se concurrencent un actif et un passif. La vie juridique implique l'apport de biens et valeurs, provenant d'autres patrimoines, renforçant l'actif du patrimoine et de dettes envers d'autres patrimoines également. Le contenu du patrimoine résulte positivement de ce qui est reçu et négativement de ce qui est enlevé. La simplicité du schéma n'est pourtant pas si évidente car d'autres événements peuvent augmenter ou réduire l'actif. C'est le cas de l'extension d'un terrain suite au recul d'un cours d'eau. Les actes créateurs de valeurs constituent aussi un mode d'enrichissement du patrimoine sans nécessité d'une provenance patrimoniale extérieure. Le titulaire d'un patrimoine ne se réduit pas à un pôle émetteur-récepteur, il est

---

<sup>920</sup> *Supra* n°26

créateur. Le droit de la propriété intellectuelle témoigne d'une valorisation toujours accrue des choses incorporelles. Créateur de valeurs, c'est certain, mais on peut aussi dire cause de situations de fait ayant des implications juridiques. La patrimonialisation de la personne<sup>921</sup> tend à réifier la personne non pas en la réduisant aux choses contenues dans son patrimoine mais en préjugant qu'elle n'est qu'un vecteur dans les transferts successifs de valeur. Dans un contrat opérant transfert de propriété, les prestations sont séparées en principe. Chaque partie doit exécuter son obligation qui se distingue de celle du cocontractant. Cette division théorique des prestations doit être nuancée par la pratique qui montre que les rapports contractuels ne peuvent se décrire uniquement par les choses qui en sont l'objet. Derrière les choses se tiennent les parties dont les actions perturbent les relations contractuelles. Dès lors que le rapport contractuel ne se limite pas un objet, c'est-à-dire que le comportement des parties est à prendre en compte, on redessine la question de l'incidence des parties entre elles mais également des tiers à l'acte.

338. **La loi et le fait.** - Les parties sont titulaires de droits sur les choses objet du contrat. Autour du contrat gravitent également un ensemble d'obligations et devoirs en rapport avec le type de liens entre les parties. Plusieurs lectures sont envisageables. Ces obligations et devoirs peuvent être vus soit sous un mode purement juridique, soit comme des faits retranscrits juridiquement. Dans le premier cas, la loi est la source première et unique obligeant les parties. Par un mécanisme de réification, la loyauté, la bonne foi ou encore l'obligation d'information (entre autres) se retrouvent dans le patrimoine sous forme de « créance » pour l'une des parties et de « dette » pour l'autre<sup>922</sup>. Dans le second cas, la bonne foi, la loyauté et l'obligation d'information seront d'abord des faits<sup>923</sup> transcrivant un comportement à tenir, de nature morale, afin que chacun agisse en fonction de la fin assignée et selon les moyens ordonnés à cette fin. Le juridique n'est qu'un vêtement ajouté *a posteriori*. La différence est importante entre ces deux hypothèses. D'un côté, il faut respecter la loi car c'est la loi alors que de l'autre, il faut respecter la loi parce qu'elle est un instrument au profit d'une finalité qui la dépasse. Le respect de la loi pour la loi implique la lettre et l'esprit de la loi pour elle-même, tandis que le respect de la loi pour une finalité extérieure précise le sens de la loi à un niveau supérieur. Le présupposé qui est choisi, influence immédiatement le droit. Le respect de la règle pour la règle implique que la loyauté, la bonne foi et l'obligation d'information

---

<sup>921</sup> A. SERIAUX, « Patrimoine », Rép. civ. Dalloz, 2010

<sup>922</sup> Il y aurait là à étudier les rapports qu'entretiennent l'obligation, le devoir et l'incombance.

<sup>923</sup> Sur la notion de « fait », *supra* n°310

soient en vigueur pour impliquer une sanction. Le respect de la règle pour la finalité qu'elle sert implique que le contrat devra être respecté sans nécessité de poser toutes les règles correspondant à tous les cas imaginables dans les problèmes d'exécution d'un contrat. Ce raisonnement s'applique extensivement aux autres obligations contractuelles. On remarquera que le droit positif impose des obligations générales et précises afin d'englober le champ du possible. L'obligation de bonne foi se place à côté d'obligations plus spécifiques et précises.

339. **La limite du consensualisme dans le transfert de propriété.** - Une règle classique veut qu'on ne peut transférer plus de droits que ce dont on dispose. A cet axiome, il est possible de greffer un autre principe de type kelsénien, celui refusant le passage du fait au droit. Ce principe tend à apprécier uniquement les choses objets du contrat qui appartiennent à l'ordre juridique, plutôt que les actes des titulaires de droits sur ces choses, assimilables à des éléments factuels, sans que la frontière soit imperméable. En joignant ces deux règles, le regard se porte uniquement sur le bien transféré, ce qui simplifie et sécurise les rapports contractuels. On ne peut vendre le bien d'autrui, l'usufruitier ne peut transférer la propriété d'un bien à un tiers, tout comme un associé d'une société ne peut aliéner les parts d'un autre associé sans mandat spécial. Le transfert des droits d'autrui sera sanctionné par la nullité. Pourtant, il existe deux limites légales. D'une part, la vente d'un même bien à deux acheteurs consécutifs par un même vendeur pose la question du propriétaire légitime. Le principe français du consensualisme implique une logique précise. L'échange des consentements emporte immédiatement le transfert de propriété. Le vendeur, même s'il conserve temporairement la chose entre ses mains, n'a plus de droit sur la chose vendue. Seul l'acheteur est titulaire d'un droit réel. Ayant perdu ses droits sur la chose, le vendeur ne peut rien transférer, surtout à un nouvel acheteur se présentant ultérieurement et malgré leur échange de consentement. Pourtant, si le vendeur aliène à nouveau le bien, la loi (art. 1141 C.civ.) donne la légitimité à celui qui est entré le premier en possession, sous réserve de bonne foi. Si le second acheteur est entré le premier en possession, cela signifie que le vendeur a transféré plus de droits qu'il n'en détenait lui-même, en vendant théoriquement le bien d'autrui. D'autre part, le raisonnement est le même pour les biens immobiliers non par le mécanisme de la possession mais par celui de la publicité légale. Concrètement, le législateur a voulu protéger l'acquéreur de bonne foi et privilégier la sécurité.

340. **La modification de l'hypothèse de départ.** - La contestation du principe du refus du passage du fait au droit implique une reconsidération des problématiques. Les principes

constituent des hypothèses de départ dont découlent des déductions<sup>924</sup> revêtues de validité tant qu'elles les respectent. La modification d'une hypothèse génère de nouvelles solutions également valides. L'acceptation du passage du fait au droit permettrait d'obtenir un nombre important de justifications à des exceptions, des règles « arbitraires » voire à des contradictions théoriques : transferts successifs de droits de même nature à deux acquéreurs distincts par un vendeur unique, prescription acquisitive, accession naturelle, ou encore les limites pratiques de l'effet relatif des contrats. Parmi les autres hypothèses envisageables, on peut par exemple apprécier le transfert de propriété à travers la distinction du droit sur la chose et de son exercice. Le transfert n'aurait lieu qu'en cas de conformité du droit avec son exercice (idée parallèle à celle inhérente à l'abus de droit). Il s'agirait de lier l'esprit au fait, la volonté à l'acte. L'exercice du droit étant animé par la volonté, si le vendeur vend à un premier acheteur sans véritable intention, le transfert de propriété n'aura pas lieu parce que l'exercice du droit sera vicié (on en revient au défaut de consentement du droit positif). La limite de l'hypothèse est immédiate. Tant qu'un second acheteur ne s'est pas présenté, le vendeur peut très bien exercer un droit dans la conformité de sa finalité. Dans ce cas, le premier acheteur est le propriétaire légitime. L'exception n'est toujours pas justifiée.

341. **La possibilité théorique d'une remise en cause des présupposés.** - Sur un plan logique, retravaillé autour de nouveaux axiomes moins contraignants (possibilité du passage du fait au droit et acceptation pratique de transférer « plus » de droits qu'on en tient soi-même), on peut énoncer une formule d'égale validité par rapport à celle qui est classique. On ne dira plus qu'on ne peut transférer que les droits dont on dispose, mais plutôt qu'on ne peut transmettre plus de droits qu'on ne peut en créer dans notre interaction avec le monde juridique composé de personnes et de choses. On ajoutera que la formule ne se comprend qu'ordonnée à un principe de justice et de sécurité. Pour reprendre le langage de G. Renard, il y a un *Ordre* à respecter. La reconnaissance de l'influence des faits semble s'accorder davantage avec la « réalité » mais entraîne une conséquence que le droit positif tend à éviter dans sa tendance actuelle : la nécessité d'une appréciation subjective des faits. Le principe refusant de transférer plus de droit que ce que l'on a, trouve sa validité chaque fois que le droit correspond au fait qu'il traduit. Or, le droit est l'expression rationnelle et généralisée du fait. Il existe ainsi un domaine, certes réduit, de cas rendant le principe moins opérant voire

---

<sup>924</sup> A. SERIAUX, « L'enseignement de la philosophie du droit : Quel contenu ? Quelle pédagogie ? », *RRJ* 1996-2, p.326-327

inopérant. D'autres exemples se manifestent notamment concernant les contrats de bail lorsque celui qui donne à bail est titulaire d'un droit d'usufruitier ou d'indivisaire<sup>925</sup>.

342. **Conformité des hypothèses et intérêt de l'argumentation jusnaturaliste.** - Plus qu'une solution, cette distinction, comme d'autres, permettrait de déplacer le problème et de justifier différemment les solutions. Le droit naturel est sous-jacent à ces hypothèses. La finalité à respecter étant la justice, l'hypothèse la meilleure sera celle qui permettra d'atteindre cette finalité. L'argumentation jusnaturaliste, animée par une démarche dialectique, permet de remonter aux présupposés, aux liens inconscients entre les notions pour déterminer le degré de « vérité » des choses, dont la représentation se situe dans leur nature. Plus l'on s'éloigne de la nature des choses, plus le droit positif s'écarte du droit naturel et réduit sa pertinence en s'ouvrant à un décalage d'avec la réalité. Le droit naturel ne s'oppose pas en soi aux présupposés et aux préjugés. Ces derniers remplissent une fonction de simplification, au moins dans l'intention, ou résultent d'une pratique éprouvée par les années. La plupart du temps la nature est perçue au moins partiellement (la simple existence d'une recherche systématique de la nature le confirme) mais des contraintes matérielles s'imposent au droit positif. Ainsi, concernant la règle du passage du fait au droit, la position du droit positif est intermédiaire. Elle le refuse comme principe<sup>926</sup> mais atténue le champ de la règle en permettant l'existence de cas résiduels, par règles légales spéciales.

## 2. Extension aux autres notions juridiques

### a. La notion d'obligation

343. **Définition et nature de l'obligation.** L'obligation est classiquement définie comme un lien de droit entre un créancier et un débiteur, même si tout lien de droit n'est pas une obligation<sup>927</sup>. Justinien voyait déjà dans l'obligation un « *lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer quelque chose conformément au droit de notre cité* »<sup>928</sup>. Les discussions sur la nature de l'obligation sont nombreuses. Elles se rattachent fortement à celles relatives aux droits subjectifs et au droit objectif. Certains auteurs ont tenté de rapprocher l'obligation d'une conception objective. L. Duguitt, par sa contestation

---

<sup>925</sup> A. BENABENT, *Les contrats spéciaux...*, op. cit., n°528

<sup>926</sup> *Infra* n°355

<sup>927</sup> E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p.455

<sup>928</sup> Y. PICOD, « Obligations », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, p.3-4, n°4

originaires des droits subjectifs, voit dans l'obligation une situation juridique équivalente à celle que génère le droit objectif même si l'acte constitutif est lui-même subjectif. R. Saleilles a également tenté d'objectiver la notion d'obligation par le biais de son objet sans renier sa qualité de droit subjectif<sup>929</sup>. L'obligation comme valeur lui permettait d'affirmer la possibilité d'une obligation sans créancier déterminé ayant pour source un engagement unilatéral. D'un point de vue jusnaturaliste, objectivisme et subjectivisme sont des modes univoques de lecture de la nature des choses. Pour connaître la nature de l'obligation, il faut s'élever au-dessus de l'objet et du sujet pour les comprendre dans leur unité.

344. **La structure de l'obligation.** - Le langage conduit à dire que l'obligation possède deux faces, la dette et la créance. La chose étant égale à elle-même, identique dans sa nature, c'est le point de vue du sujet qui imposerait la qualification. Il a pourtant été soutenu que dette et créance auraient une nature distincte. Pour G. Forest, la créance appartient aux droits subjectifs tandis que la dette relèverait de la sphère du normatif<sup>930</sup>. Face à cette affirmation, le droit naturel est plus nuancé. D'une part, la référence aux droits subjectifs ne satisfait pas pleinement car ils n'épuisent pas toute la signification de la créance. D'autre part, le concept de « norme » semble trop général (et orienté) pour spécifier la dette<sup>931</sup>. Une autre distinction est possible. La doctrine allemande a thématiqué un dédoublement de l'obligation en une dette (*Schuld*) et une contrainte (*Haftung*). Sans énoncer la nature de l'obligation, cette distinction a le mérite de renseigner sur sa composition. Dans ce même esprit d'analyse, Mazeaud et Chabas ont décomposé l'obligation en dette, responsabilité et contrainte. L'étude des cas particuliers permet parfois de relativiser certains critères considérés comme essentiels. Tel est le cas de l'obligation naturelle qui peut être justifiée techniquement par l'existence d'une dette sans contrainte. De même, un contrat peut être l'occasion de faire naître une obligation avec une clause limitant la possibilité d'agir en cas d'inexécution. Cette présentation succincte a le mérite d'exposer un faisceau d'indices quant à la nature de l'obligation.

345. **L'obligation au sens large, le devoir et l'incombance.** - Une certaine relativité règne quant à la composition d'un lien de droit singularisé. L'obligation, comprise extensivement, tend à se confondre avec le droit personnel. Au contraire, un sens restreint l'en distingue et nécessite une confrontation avec les significations accordées aux notions de devoir et

---

<sup>929</sup> R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, Paris, Pichon, 1890

<sup>930</sup> G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Préf. F. Leduc, Dalloz, 2012

<sup>931</sup> *Infra* n°366

d'incombance. La définition du devoir est parfois absorbée par celle de l'obligation. Plus souvent, le devoir caractérise des « règles de conduite d'origine légale et de caractère permanent »<sup>932</sup>. On parle de devoir de collaboration, de conseil, de renseignement ou de sincérité. L'incombance, exigence préalable à l'exercice d'un droit, se rapproche du devoir mais s'en distingue par ses caractères adventice et plus momentané<sup>933</sup>. La signification de l'obligation devient particulièrement difficile puisque son extension est susceptible d'être plus ou moins grande. Selon les présupposés implicites, la notion d'obligation prendra un sens conditionnant toute la logique des rapports juridiques puisqu'elle est au carrefour des notions fondamentales du droit. L'obligation fonctionne comme un paradigme. Qu'il s'agisse de la propriété, de l'obligation ou du patrimoine, le droit naturel adopte une position similaire. La notion doit être le plus conforme à la réalité des choses. Plus le décalage est important, plus il faudra de règles pour compenser cet écart. De plus, toute déformation implique l'apparition de contradictions. Pour autant, il est difficile de connaître exactement la nature de la propriété, de l'obligation ou du patrimoine. Ce qui importe n'est pas tant d'atteindre une compréhension parfaite que de connaître la raison de cette impossibilité chronique. Dans un premier temps, la connaissance de cette limite constitue un rappel systématique de l'idée selon laquelle le droit positif s'ordonne à quelque chose qui le dépasse. Les concepts élaborés au sein du droit positif ne sont plus à comprendre selon une autonomie de signification. Il ne s'agit pas de condamner les concepts tels qu'ils sont compris au sein du droit positif. Si la notion d'obligation est interprétée d'un point de vue subjectif, il faut considérer la notion tout en percevant ses limites, qu'elle tire de la lecture subjectiviste. Dans un second temps, il s'agit de déterminer les présupposés d'un mode de lecture (le subjectivisme par exemple), afin de déterminer les causes des présupposés qu'il contient. Si l'obligation est perçue à travers le prisme du subjectivisme, elle contiendra les limites voire les contradictions du subjectivisme lui-même. Dès lors que ces limites et contradictions sont ciblées, le sens acquis en droit positif, de la notion d'obligation, devra être employé en connaissance de ces données. Si elles ne permettent pas de connaître parfaitement la nature des choses, elles sont un instrument de mesure de la forme et du degré d'obscurité pesant sur le concept étudié. En un sens, on mesure, par des moyens indirects, ce qui relève de l'inconnu d'une notion. Poursuivons avec l'exemple du subjectivisme. Dans la philosophie classique aristotélico-thomiste, la matière et la forme d'une chose sont unies analogiquement. Par extension, le sujet et l'objet sont

---

<sup>932</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V<sup>o</sup> Devoir

<sup>933</sup> B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, thèse en cours ss. dir. de L. Sauton-Laguionie, Bordeaux

également unis selon le même mode. La suppression de cette unité conduit à diviser le sujet de l'objet. Chacun devient autonome par rapport à l'autre, ce qui engage une logique nouvelle, notamment fondée sur une hiérarchie du sujet face à l'objet. Le sujet autonomisé est susceptible de dériver vers le subjectivisme, lequel est une lecture de l'ordre du monde à partir du sujet. La logique, conditionnée par le subjectivisme, se retrouvera dans la notion d'obligation si elle est interprétée selon ce mode. Son statut de « notion cardinale » dans le droit impliquera une coloration de l'ensemble du droit positif. Le droit naturel ne critique pas en soi cette position, pourvu que l'interprète conserve à l'esprit les causes des limites de la notion, permettant d'atteindre implicitement une lecture réaliste des choses. Un constat similaire s'impose pour les notions de propriété et de patrimoine.

b. La notion de patrimoine

346. **Patrimoine-personnalité et patrimoine affectation**<sup>934</sup>. - Les présupposés liés à la notion de patrimoine sont nombreux. Son rattachement nécessaire ou contingent à la personne conduit à adopter des régimes juridiques différents principalement par rapport aux créanciers. Soit le patrimoine n'est considéré que dans sa dépendance à une personne. Dans ce cas, chaque personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine. Soit le patrimoine se distingue de la personne et existe tant que subsiste une masse de biens affectés à un but. Une pluralité de patrimoines rattachés à une personne unique devient possible. Le droit positif français a longtemps privilégié la première option comme hypothèse de départ. La théorie du patrimoine-personnalité donne au créancier la possibilité de se payer sur tout le patrimoine du débiteur. La théorie du patrimoine-affectation limite la revendication du créancier aux biens propres à un patrimoine. *A priori*, le patrimoine-personnalité protège davantage le créancier tandis que le patrimoine-affectation favorise le débiteur. Chaque théorie conserve la finalité de justice mais modifie son contenu, ce qui n'est pas incompatible avec le droit naturel, dès lors que les parties au contrat ont donné leur consentement en connaissant les conséquences éventuelles. L'idée de consentement entraîne un retour à la liberté du contenu du contrat. Ainsi, dans le cadre d'un régime construit sur la théorie du patrimoine-affectation, le créancier pourra chercher à renforcer sa créance en demandant à bénéficier d'un droit contre l'ensemble des patrimoines de la personne. La théorie française de la société unipersonnelle permet la création d'une personne morale, titulaire d'un patrimoine, afin de protéger le patrimoine personnel d'une personne physique. L'effet s'approche de celui relatif à la théorie du

---

<sup>934</sup> P. BERLIOZ, « L'affectation au cœur du patrimoine », *RTD civ.* 2011, p.635



patrimoine-affectation puisque les créanciers de la personne morale ne pourront pas poursuivre la personne physique en cas d'insuffisance d'actif. Ici aussi, le créancier peut renforcer son droit par une sûreté personnelle contre la personne physique ou par une sûreté réelle sur un de ses biens personnels.

347. **Hypothèse de départ, justice et respect de la nature des choses.** - Quel que soit le présupposé initial (patrimoine-personnalité, patrimoine-affectation), la justice se maintient comme finalité et pour un contenu relativement proche parce que les parties conservent une liberté permettant de compenser les spécificités découlant des hypothèses premières. Il n'est pourtant pas possible de donner à ces principes une valeur égale par rapport au droit naturel. Les représentations du droit positif, véhiculées par des concepts, doivent être conformes au droit naturel, sans quoi elles s'éloigneront de la nature des choses et de leur réalité. Si une représentation est trop détachée de la réalité, tout principe se fondant sur cette représentation manquera de pertinence dans les effets qu'il produira par manque de cohérence de son champ d'application. Des règles particulières (constituant parfois des fictions) devront être édictées afin de compenser les difficultés résultant d'effets juridiques non pertinents. La possibilité française d'une « société unipersonnelle » relève d'une fiction dont le but est de parvenir à un résultat particulier, à savoir la protection du dirigeant. Il y a là une rupture de cohérence. Le présupposé du patrimoine-personnalité s'éloigne de la nature réelle du patrimoine, d'où il résulte des difficultés majeures à justifier des cas d'autonomie de masses de biens. Ainsi le refus de l'autonomie d'une masse de bien contredit certaines règles de droit telles que l'acceptation à concurrence de l'actif net, le droit de retour légal, la faculté d'abandon du droit maritime, la déclaration d'insaisissabilité et la fiducie. Les hypothèses de départ doivent correspondre au mieux à la nature des choses, sauf pour le droit positif à perdre en pertinence jusqu'à atteindre le contenu de la justice.

348. **Le caractère instrumental des concepts et des effets juridiques.** - La finalité à atteindre dépend d'une construction souvent complexe. Les instruments légaux employés peuvent être ajoutés les uns aux autres pour un résultat censé être meilleur. Ils peuvent également être remplacés par d'autres instruments légaux, d'autres concepts ou effets plus adaptés aux problématiques. Rien n'empêche l'organisation d'un système de substitution des instruments juridiques servant de conditionnement. Le constat s'étend aux règles de droit et aux effets de droit.

*B. LA RELATIVITE FINALISEE DES CONSEQUENCES JURIDIQUES*

1. La relativité finalisée des règles de droit

a. La possibilité de substitution des règles de droit lacunaires

349. **Nuance quant au caractère instrumental des règles de droit.** - On a pu affirmer que les règles de droit étaient des instruments en vue d'une fin à atteindre. En tant qu'instruments, elles peuvent être remplacées par d'autres règles pour un résultat semblable. Il faut cependant nuancer pour ne pas tomber dans un relativisme. C'est un manque de pertinence que de remplacer une règle de droit directement ordonnée au droit naturel. Lorsque le législateur pose une règle dont le contenu se fonde sur une représentation correcte de la nature des choses et vise la justice, il n'y a pas lieu de la supprimer ou de la remplacer. Sans justification d'une contrainte pratique, on aboutirait à prendre des voies plus complexes pour parvenir à une même solution. Toutes les règles de droit ne sont pas atteintes de la même manière. Une règle véhiculant directement un contenu de justice (règle de bonne foi<sup>935</sup>, de respect de l'ordre public, de loyauté, d'égalité) ne se situe pas à un niveau équivalent à celui d'une règle purement technique, compréhensible au sein d'un *corpus* composé d'autres règles et indirectement conforme au droit naturel. Le contenu de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil relatif au respect de la bonne foi n'est pas comparable aux obligations de l'article 1326 du Code civil imposant la signature et la rédaction en chiffre et lettre du montant avec primauté des lettres en cas de différence du montant.

350. **« Droit naturel juridique » et « droit naturel moral ».** - Le droit naturel est principalement un *contenu* déterminé par la représentation des choses. Il est un résultat à atteindre. Lorsque, dans l'ordre patrimonial, le droit positif atteint le contenu de justice, il se conforme au droit naturel au moins en apparence. Pour que le lien soit réel, il ne faut pas que la concordance entre le contenu du droit naturel et le contenu du droit positif soit accidentelle. Si le droit naturel est un contenu, celui-ci requiert des moyens conformes car les moyens sont ordonnés par la fin. La suppression du lien analogique entre moyens et fin, provoque une séparation par laquelle chaque notion prend son autonomie. Elle conduit à accepter qu'une fin puisse être atteinte par d'autres moyens que ceux relatifs à la fin. La considération d'un lien réel entre les moyens et la fin peut conduire à voir le droit naturel dans le contenu de justice mais également dans les règles de droit, et consécutivement à penser qu'il existe un droit

---

<sup>935</sup> G. FLECHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p.341-345

naturel juridique. Une précision est nécessaire quant à cette qualification de « droit naturel juridique », relevée et critiquée par J. Dabin. Pour cet auteur : « Si [donc] il existe un droit naturel, c'est-à-dire moral, dont le juriste doit absolument tenir compte, si l'élaboration du droit positif est soumise à des règles qu'on peut appeler les « lois naturelles de l'ordre juridique », « il n'y a point et il ne saurait y avoir de droit juridique naturel ou objectif, au sens d'une règle donnée en dehors de toute positivité »<sup>936</sup>. La formule est à nuancée en ce sens que J. Dabin reste influencé, dans sa critique, par la lecture suarézienne du droit naturel.

**351. La possibilité de substitution des règles de droit.** - Les règles de droit sont substituables lorsqu'elles n'engagent pas une représentation directe des choses. Ainsi, la bonne foi<sup>937</sup> est un principe général mais il peut être retranscrit dans un langage purement technique en opérant une décomposition de ses éléments caractéristiques. La bonne foi implique que les parties s'échangent mutuellement les informations propres à la bonne conduite du contrat. En créant de nouvelles règles de droit précisant l'objet de l'obligation d'information (jusqu'à englober la période précontractuelle<sup>938</sup>), on fait perdre à l'idée de bonne foi l'une de ses utilités. En étendant le nombre de règles purement techniques, il devient possible de le réduire considérablement. Le principe de bonne foi ne peut être supprimé en soi mais la signification qu'il véhicule est susceptible d'être exprimée par d'autres voies. Lors de la formation d'un contrat, les parties peuvent d'une part insérer des clauses exigeant la remise de certains documents visant à faciliter la connaissance de l'évolution de la situation (coopération<sup>939</sup>, sincérité, véracité). Ensuite, les parties peuvent imposer la tenue d'un « agenda » tenant compte des exécutions successives avec inscription de dates (attitude active dans l'exécution, signe de bonne foi). Enfin, elles peuvent s'imposer réciproquement d'énoncer tous les moyens mis en œuvre dans la réalisation de leurs obligations. Ces règles recouvrent une partie importante du champ de la bonne foi. Mais le principe de bonne foi, énoncé tel quel, reste d'un usage plus pratique, surtout pour les contrats ne relevant pas d'une complexité particulière. Les règles purement techniques peuvent être

<sup>936</sup> J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, Paris, 1929, p.11

<sup>937</sup> G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946, p.75 ; J. MESTRE, « Pour un principe de bonne foi mieux précisé », *RLDC*, mars 2009, n°58, p.9

<sup>938</sup> X. THUNIS, « L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale », in Mél. Michel Cabrillac, Dalloz, Litec, 1999, p.313-321

<sup>939</sup> La coopération, obligation annexe et relative au type de contrat peut devenir l'obligation principale dans le cadre des contrats-coopération. Le moyen qu'est la coopération dans un contrat classique devient une fin, c'est-à-dire change de statut. Cf. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012, n°184 ; également J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, Préf. N. Molfessis, Economica, 2012

remplacées par d'autres règles techniques, voire supprimées lorsque le principe général qui les guide remplit suffisamment son rôle.

b. La limite des substitutions des règles de droit dites lacunaires

352. **L'augmentation du nombre de règles de droit.** - Pour compenser certaines faiblesses dans le conditionnement qu'opère le droit, on peut ajouter de nouvelles règles. L'obligation d'information avec objet spécifique par rapport au principe de bonne foi en est un exemple. Mais la multiplication des règles de droit n'est pas nécessairement liée à l'efficacité. Les règles sont abstraites et générales, or l'ajout d'abstrait à de l'abstrait n'a jamais donné du concret<sup>940</sup>. Toute règle de droit, en tant qu'elle est générale, embrasse un champ d'application non parfaitement calqué sur la réalité. Ces règles nécessitent ainsi des limites ou des extensions par lesquelles elles seront plus conformes à la réalité. Mais ces principes, servant de limite ou d'extension, sont eux-mêmes généraux, d'où la nécessité de poser à nouveau une limite ou une extension. La formation d'un contrat nécessite l'existence d'une volonté. Le principe d'existence d'une volonté réelle est général. Toute erreur vient vicier le consentement. Mais, première limite, l'erreur doit porter sur la substance de la chose (art. 1110 al. 1 C.civ.). Autre limite, il n'y a pas erreur cause de nullité lorsqu'elle porte sur la personne (al. 2). Cette seconde limite contient elle-même une limite concernant les contrats *intuitu personae*. Plus encore, même si l'erreur est cause de nullité, une limite à la limite survient par le mécanisme de la confirmation (art. 1138). L'accumulation de règles générales aboutit progressivement mais partiellement à atteindre les mêmes effets que si les règles atteignaient une dimension conforme à la nature authentique des choses. Plus la règle est proche de la réalité, moins de limites ou d'exceptions seront nécessaires pour compenser les écarts.

353. **Structure du lien entre principe et limite.** - La remarque précédente vaut pour le rapport entre philosophie du droit et théorie du droit. Si la théorie du droit s'attache au plan de la généralité, la philosophie du droit s'attache également à la généralité mais tente de dépasser ces représentations généricistes pour atteindre la dimension universelle des choses, même si elle s'arrête à leur représentation la plus authentique. Lorsqu'un principe théorique est posé, son éloignement de la réalité imposera une construction plus complexe pour combler les

---

<sup>940</sup> L. DE RAEYMAEKER, *Philosophie de l'être. Essai de synthèse métaphysique*, éd. Nauwelaerts, Louvain, 3<sup>e</sup> éd., 1970, p.45

lacunes d'une mauvaise représentation initiale. Pour illustrer le mécanisme du principe et de la limite autant dans le droit positif que dans la doctrine, on peut utiliser le concept d'« autonomie de la volonté ». Le postulat de l'autonomie de la volonté posé par les théoriciens du droit permet de rassembler sous un concept une diversité de règles de droit. Elle constitue alors un fondement et engage des déductions logiques telles que la présence de la volonté dans les conditions de formation des contrats, la portée de l'article 1134 du Code civil donnant force de loi aux conventions et ouvrant la possibilité d'une modification par consentement mutuel. Elle alimente également les règles d'interprétations du contrat en recherchant la commune intention des parties. Elle retrouve sa force dans les contrats à durée indéterminée en permettant à l'une des parties de se dégager du contrat par sa seule volonté (et dans le respect des règles objectives annexes). Sans chercher l'exhaustivité, le principe de l'autonomie de la volonté structure de nombreuses règles de droit<sup>941</sup>. Devant cette présence concrète, la doctrine a pourtant critiqué ce principe parce qu'il s'adaptait mal à un certain nombre de règles de droit liant les parties indépendamment de leur volonté. L'existence de contrats-types, les obligations légales de contracter et les situations impliquant une absence de choix du cocontractant s'accordent mal avec l'autonomie de la volonté. Sur un plan factuel, la dépendance économique réduit la portée de toute autonomie. Face au principe, ces règles de droit et ces données factuelles prennent le statut de limite ou d'exception. L'effort philosophique, par une démarche dialectique, tente de dépasser ses contradictions en décelant leurs causes (au pluriel) puis leur cause première. On en déduit que l'autonomie est une déformation de la réalité qu'il faut conformer en réintégrant l'existence de contraintes extérieures au sujet. Il ne faut pas pour autant postuler le principe inverse d'une toute puissance des faits extérieurs. La vérité est intermédiaire, c'est-à-dire dans le rapport entre sujet et objet. Reprenant le résultat de travaux sur le rapport objet sujet, on parlera soit d'une interaction extérieure soit d'une interaction intérieure (plus précisément, l'intentionnalité). On en revient à une réalité structurée autour de l'unité analogique entre sujet et objet<sup>942</sup>.

354. **Droit naturel et contraintes pratiques du droit positif.** - Parfois, un principe énoncé correctement produit des conséquences problématiques. Dans ce cas, le droit positif préfère employer des présomptions, des fictions ou d'autres mécanismes tels que l'impérativité ou l'interdiction pour atteindre le but choisi avec plus de sûreté. Une fiction peut constituer le

---

<sup>941</sup> G.GUYET, *Le concept d'autonomie dans les obligations privées. Aspects techniques et philosophiques*, thèse ss. dir. de J.-M. Trigeaud, Bordeaux, 2012

<sup>942</sup> *Supra* n°50

« fondement » d'une règle de droit. Si son champ d'application est trop important ou restreint, il sera réduit ou étendu par le biais d'exceptions ou de limites. Dans une volonté de restructurer les règles de droit, le législateur peut très bien partir d'un principe (d'une fiction) opposé et inverser le sens des exceptions pour aboutir à un même contenu au final.

## 2. La relativité finalisée des effets juridiques

### a. Les concepts transformateurs

355. **Le sens de l'expression « concepts transformateurs ».** - Certains concepts possèdent une telle force d'attraction qu'ils colorent la réalité à leur image de manière à imposer une lecture univoque. Ces concepts tendent à englober de manière massive un domaine jusqu'à tout justifier à partir de lui-même. En considérant que les concepts employés par le droit positif sont des instruments ordonnés à la finalité de justice selon la nature des choses, la modification de la structure du droit positif issue de ces « concepts transformateurs » implique d'atteindre la justice par d'autres voies. Ces concepts transformateurs montrent que si la structure du droit est modifiée, elle est toujours et encore ordonnée à un contenu transcendant.

### α) La monnaie

356. **Définition et nature de la monnaie.** - Peu présente dans le Code civil au regard de son importance pratique, la monnaie est pourtant un élément primordial<sup>943</sup> dans la satisfaction des créanciers soit parce que le débiteur a une obligation de somme d'argent envers eux, soit que l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire n'a pas été satisfaite et une somme d'argent sera octroyée suite à l'inexécution d'un contrat<sup>944</sup>. La monnaie peut être vue comme un instrument de paiement, un bien, mais le Code civil ne donne pas sa nature. La monnaie a pour caractéristique d'être à la fois consommable et non-consommable. La monnaie, matérialisée par du papier et du métal, survie à son utilisation. Elle est non-consommable matériellement. Mais son usage implique une « disparition » pour son titulaire, d'où une consommabilité juridique<sup>945</sup>. La nature de la monnaie ne résulte pas vraiment de ce double aspect. La détermination de la nature de la monnaie s'est focalisée sur deux théories : la

<sup>943</sup> G. SOUSI, « La sécurité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 516-519

<sup>944</sup> F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat. Essai sur la notion d'inexécution*, Préf. C. Atias, PUAM, 2005, p.101 et suiv. ; F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Préf. C. Atias, PUAM, 2011, n°14-80

<sup>945</sup> G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p.38

monnaie-signe et la monnaie-marchandise<sup>946</sup>. Quelles que soient les incertitudes relatives à la monnaie, trois fonctions principales la caractérisent à travers le moyen de paiement, l'instrument d'évaluation et l'objet de propriété<sup>947</sup>.

357. **La monnaie comme unité de mesure.** - La particularité de l'argent, c'est qu'il peut tout convertir, au moins économiquement, lorsque le droit pose de barrières. Tout est susceptible de devenir pécuniaire, ce qui modifie le rapport du patrimonial et de l'extra-patrimonial, mais plus encore, de l'indisponibilité de certaines choses. La réparation d'un dommage sert à remettre les choses dans l'état antérieur où elles se trouvaient avant la survenance du dommage. Certains dommages corporels ne sont pas susceptibles de réparation d'où le recours à la somme d'argent comme équivalent de la valeur perdue. L'exemple des dommages moraux est encore plus révélateur. Le droit éprouve régulièrement la fongibilité de la monnaie. La monnaie modifie le rapport aux choses en ciblant une partie seulement de la chose, sa dimension économique. Ce constat résulte du fait que l'essence de la monnaie est d'être un « pouvoir d'achat indifférencié »<sup>948</sup>. Son utilité réside dans sa qualité d' « unité idéale »<sup>949</sup>. L'expression d'*unité idéale* est particulièrement intéressante par rapport à l'idée de justice. La difficulté d'une détermination exacte de la justice est partiellement comblée par la stabilité de la monnaie dont la valeur reste égale à elle-même. La monnaie apparaît comme un instrument pratique et fiable de mesure des valeurs. Elle renforce la possibilité d'atteindre la justice, et donc le droit naturel, même si tout excès n'est pas exclu. Ainsi, la logique de l'offre et de la demande, entre autres, s'adapte mal à la valeur d'une chose. Les biens d'art très prisés, s'échangeant pour des sommes astronomiques, symbolisent l'inadéquation de la chose avec son prix.

358. **La monnaie comme élément englobant.** - La spécificité de la monnaie est cette aptitude à convertir toute chose en valeur pécuniaire même ce qui, théoriquement, n'est pas susceptible d'évaluation en argent. La monnaie possède une forte inertie du point de vue de la construction des théories du droit et, consécutivement, des déductions tirées de ces élaborations. La valeur d'une chose, non réduite à la dimension économique, découle partiellement de sa nature. Cette valeur n'est pas figée, car la chose est engagée dans le monde. C'est ce rapport au monde qui en fixe la « dignité » en quelque sorte. Le droit naturel

---

<sup>946</sup> R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Préf. P. Mayer, LGDJ, 1992, p.2

<sup>947</sup> J. CARBONNIER, *Les biens*, PUF, 19<sup>e</sup> éd. refondue, 2000, n°9

<sup>948</sup> *Ibid.*, n°9

<sup>949</sup> *Ibid.*, n°9

cherche à rendre à chacun le sien, en fonction de la valeur de la chose non réduite à sa portion économique. Le droit positif a pour finalité la justice, mais elle se l'este, pour des raisons pratiques, d'une construction juridique constituée d'une multitude de concepts. Le droit positif, en réduisant la valeur des choses à un mode économique, pose un présupposé, avec son mode de calcul (l'équilibre entre l'offre et la demande). A ce point de départ, on peut adjoindre des hypothèses diverses, complémentaires ou opposées les unes aux autres, par lesquelles la protection des personnes et choses procédera de concepts juridiques différents et avec une efficacité plus ou moins similaire.

359. **La monnaie comme élément perturbateur.** - Une démarche dialectique s'engage. On peut estimer que toute chose ayant une valeur pécuniaire, la propriété n'a plus de limite. Dans ce cas, on engage un présupposé liant totalement pécuniarité et propriété. L'inaliénabilité devient l'instrument conceptuel protecteur des entités qu'il serait improprie d'aliéner tel que la personne humaine. On est en présence d'une *interdiction* parce que l'estimation financière est possible (jeu de l'offre et de la demande extensible à toutes choses) mais refusée. Au contraire, partant du principe que toute chose n'a pas une valeur pécuniaire, la capacité d'aliéner sera exclue pour les entités non estimables en argent. On est en présence d'une *impossibilité*. La différence entre interdiction et impossibilité illustre une modification substantielle de la structure du droit positif. L'impossibilité, tirée de la nature des choses, dure autant de temps que la chose elle-même, tandis que l'interdiction s'inscrit dans une période limitée, indépendante de la chose. L'interdiction dépend de contraintes économiques, sociales et culturelles. L'évolution des sociétés peut justifier la réduction voire la disparition de certaines interdictions, ce qui n'est pas envisageable concernant la notion d'impossibilité. Lorsque les présupposés inhérents au droit positif sont trop éloignés de la nature des choses, on quitte le modèle de l'impossibilité. Le concept d'interdiction prend le relais pour pouvoir atteindre la finalité du droit par d'autres voies. Ainsi, l'inaliénabilité peut être attachée à la chose ou imputée de l'extérieur par une autorité compétente. Soit on restreint les droits, soit c'est la chose qui est improprie à certains actes<sup>950</sup>. Le présupposé initial valide la solution finale. L'existence de concepts n'évince ni la justice, ni le droit naturel. Ils en permettent un accès par des voies différentes. L'éloignement du droit naturel implique une extension des incohérences puisque les interdictions répondent à des critères sociaux plus contingents, ainsi qu'une relativité difficilement compatible avec la stabilité du droit.

---

<sup>950</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, op. cit., p.78



β) L'incorporel

360. **L'extension potentielle de la notion d'incorporité.** - L'expérience saisit bien mieux les choses matérielles qui opposent une résistance palpable et mesurable. Les choses dites incorporelles n'offrent pas de prises similaires. Elles nécessitent une activité intellectuelle par laquelle ces choses sont reconnues comme existante sans matérialité. En un sens, l'emploi du mot « chose » est délicat car il donne à voir le corporel et l'incorporel à partir d'un même paradigme. L'immatérialité est un instrument conceptuel très extensif, car il est capable de tout englober. Les choses matérielles possèdent une réalité, un sens non réductible à leur matérialité. Il suffit alors de trouver un instrument tenant compte non de la chose mais de ce qu'elle représente. La notion de « droits » remplit cette fonction unificatrice. Qu'il s'agisse de choses corporelles ou de choses incorporelles, les droits dont dispose un titulaire seront présentés sous une même forme.

361. **Droits incorporels et choses incorporelles.** - F. Zénati-Castaing et T. Revet proposent de distinguer droits incorporels et choses incorporelles parmi les biens incorporels et de les réintégrer au sein du droit des biens. L'idée de droits incorporels appelle son « double », à savoir les droits corporels. Le droit est censé être corporel ou incorporel en fonction de son objet, constat perturbant d'un point de vue logique<sup>951</sup>. Un droit n'est pas palpable. Seul son objet, ou sa matérialisation scripturale lui donne une matérialité indirecte. Selon ces auteurs : « tous les biens ne sont pas des droits et [qu'] avoir un bien, ce n'est pas nécessairement avoir un droit »<sup>952</sup> ; « la propriété a nécessairement vocation à s'exercer autant sur les biens qui sont des droits que sur ceux qui n'en sont pas »<sup>953</sup>. Les droits incorporels ont une nature très proche et pour le moins compatible avec les droits subjectifs qui les ont absorbé<sup>954</sup>. Quant aux choses incorporelles, faute d'une classification adaptée, elles ont été déplacées dans d'autres codes, notamment celui de la propriété intellectuelle<sup>955</sup>.

362. **L'incorporel comme élément transformateur.** - Avec cette possibilité d'extension à toutes choses, l'immatérialité aplanie les différences parfois constitutives entre des choses de nature différentes<sup>956</sup>. Elle imprime une portée nouvelle et leur font produire des effets

---

<sup>951</sup> *Ibid.*, p.132

<sup>952</sup> *Ibid.*, p.132

<sup>953</sup> *Ibid.*, p.132

<sup>954</sup> *Ibid.*, p.133

<sup>955</sup> *Ibid.*, p.133

<sup>956</sup> V. DESCOMBES, *Le platonisme*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 2007

juridiques en fonction de ce nouvel état acquis. Le droit positif, construit autour de ce paradigme, modifie son regard sur la nature des choses en privilégiant un point de vue partial et partiel. Pourtant, qu'il s'agisse de rapports juridiques concernant des biens corporels, des droits incorporels, des choses incorporelles ou des droits subjectifs, le droit positif organise toujours des rapports d'égalité, quel que soit le statut octroyé aux choses. La justice transcende les concepts<sup>957</sup>. La justice se maintient mais les moyens d'y parvenir se diversifient.

#### γ) Les droits subjectifs

363. **La transcription du monde juridique par les droits subjectifs.** - L'extension croissante des droits subjectifs indique que leurs caractéristiques en font un concept englobant, à l'image de la monnaie et de l'immatériel. La monnaie réduit la valeur des choses à une valeur économique fondée sur un critère extensif, celui de l'offre et de la demande. L'immatériel est une réduction de la réalité des choses à leur « représentation ». Les droits subjectifs apprécient la réalité sous les auspices premiers du sujet et considèrent l'objet secondairement. M. Villey a expliqué les étapes de la naissance et de l'expansion des droits subjectifs<sup>958</sup>, non présents dans l'antiquité et dans la première partie du Moyen Age. En tant qu'éléments modificateurs, les droits subjectifs reconsidèrent la réalité du monde à partir du sujet comme pôle de droits. Du point de vue de la finalité de justice, il n'y a plus transfert de la chose en contrepartie d'une somme mais transfert d'un droit sur la chose. La valeur de la chose se déplaçant sur la valeur du droit, la justice se maintient dans cette refondation conceptuelle.

#### δ) L'institution

364. **Nature de l'institution et effets juridiques.** - Une entité possède une nature et toute atteinte à cette nature, par suppression d'un élément essentiel, provoque une disparition de cette entité. Le carré est un polygone composé de quatre côtés. La suppression d'un côté fera disparaître le carré et il s'agira d'une nouvelle forme appelée triangle qui est d'une nature différente. Hors des figures mathématiques, la nature est plus complexe à déterminer avec exactitude. La nature de l'institution conserve une part d'obscurité. Il faut déceler les propriétés nécessaires et enlever la part des éléments contingents. Cette distinction entre le

---

<sup>957</sup> *Supra* n°345

<sup>958</sup> M. VILLEY, *La formation...*, *op. cit.*, p.220 et suiv.

nécessaire et le contingent est particulièrement importante puisqu'elle engagera la rigueur du régime juridique. Concernant l'institution, deux dérives sont possibles. Soit certaines propriétés sont considérées comme essentielles alors qu'elles ne sont qu'accidentelles et l'accidentel produira, à tort, des effets juridiques. Soit des propriétés sont considérées comme accidentelles, alors qu'elles sont essentielles et on ne leur fait produire aucun effet alors qu'ils seraient nécessaires. Dans tous les cas, une erreur implique une déformation par rapport à la réalité de l'institution, et opère des conséquences juridiques non conformes à ce qu'elles devraient être<sup>959</sup>.

**365. Extension et réduction de l'institution.** - L'institution est une entité dotée d'une autonomie même si elle ne se distingue pas systématiquement des personnes qui la composent et la font « vivre ». L'institution s'impose aux parties qui y sont rattachées, notamment à travers certaines règles de droit revêtues du caractère d'ordre public. Plus la nature de l'institution visée comptera d'éléments essentiels, plus le nombre de règles d'ordre public sera important. Le problème est celui de déterminer les entités qui relèvent de l'institution pour connaître le rapport entre l'ordre public et la liberté de la volonté au sein de ses entités. L'institution possède une autonomie car elle constitue une unité<sup>960</sup>. Cette idée d'unité peut être étendue à de nombreuses entités sans que celles-ci ne puissent véritablement être qualifiées d'institution. C'est la toute la difficulté du problème. Quelles entités possèdent une unité suffisante pour prétendre au statut d'institution ? Dans une démarche extensive, l'institution peut s'étendre démesurément avec pour effet d'étendre les règles d'ordre public. La question se pose pour le mariage, les sociétés ou la propriété. L'impossibilité de déroger au divorce par contrat, certaines règles relatives à la formation, au fonctionnement et à la dissolution des sociétés, ainsi que les restrictions au droit de propriété caractérisent la présence d'un ordre public sous-jacent.

ε) La norme

**366. La portée totalisante de la norme.** - La référence à la norme<sup>961</sup>, à la loi, constitue une méthode pour enlever les spécificités. Tout peut potentiellement venir de la loi, dès lors, les

---

<sup>959</sup> G. RENARD, *La théorie de l'institution*, op. cit.

<sup>960</sup> J. DABIN, *Théorie générale...*, op. cit., p.99 : « Quand le droit est parvenu à un certain degré de perfection, les règles ne se présentent pas comme autant de pièces détachées sans lien les unes avec les autres. Au contraire, elles forment (ou tendent à former) des ensembles organiques que l'on nomme des institutions ».

<sup>961</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996 ; G. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative : une contribution à la théorie de la science*, LGDJ, 1969

spécificités du régime juridiques ne sont plus déterminées par la chose mais par l'autorité légiférante. La norme aplanie toutes les règles en excluant leur contenu comme critère de jugement. A partir de l'instant où une règle devient juridique parce qu'elle est légitimée au sein d'une norme, tout le droit positif peut se réduire à la notion de norme. C'est la norme qui est susceptible de transformer le plus le droit positif jusqu'à supprimer le principe de cohérence des règles de droit dans leur interdépendance. Les autres instruments « transformateurs » colorent le contenu du droit tandis que la norme peut réinventer totalement les règles.

#### ζ) Bilan des concepts transformateurs

367. **Bilan des concepts dits « transformateurs ».** - De la monnaie, à la norme, en passant par l'immatériel, les droits subjectifs et l'institution, on constate une sédimentation progressive des présupposés conceptuels marquant une déformation de la réalité de la nature des choses. Toutes ces lectures univoques des choses, rassemblées ensembles, modifient le contenu des effets juridiques résultant des règles de droit. Deux constats peuvent être tirés. D'une part, un bilan positif apparaît car la justice reste une finalité légitime quelle que soit la construction juridique. D'autre part, un bilan mitigé montre que la nature des choses n'est pas toujours suivie. Mitigé et non négatif car les raisons qui fondent ces déformations sont tantôt justifiées, tantôt injustifiées. Si l'on entend par droit naturel le juste dans les choses, il faut relever que le contenu de la justice, construit à partir de la représentation des choses, subit les conséquences de la déformation de la perception des choses. On en revient au constat établi à l'occasion de la notion d'obligation<sup>962</sup>. Un système juridique est viable tant que les zones d'ombres des concepts sont prises en compte.

#### η) Les tentatives de suppression de la finalité

368. **Cause efficiente et cause finale : approche jusnaturaliste.** - De nombreuses règles de droit sont purement formelles et techniques, détachées de toute finalité. Des raisons philosophiques justifient cet état de fait, légitimées par un but pratique. Dans la philosophie aristotélicienne, les choses sont constituées de matière et de forme. Lorsqu'on supprime le lien analogique entre matière et forme, on obtient une division des deux entités. De nombreuses conséquences sont engagées par une telle démarche. Un résultat similaire se

---

<sup>962</sup> *Supra* n°345

produit pour le couple sujet-objet. Objet et sujet ne sont plus unis mais constituent deux réalités distinctes, presque autonomes. Le sujet peut penser par lui-même, sans viser un objet quelconque, sans requérir un objet qui serait la condition de sa pensée. Le sujet peut connaître sans objet. Le sujet est, en quelque sorte, mû par lui-même. Il n'est plus contradictoire qu'il soit la propre cause de son mouvement. Suivant une trajectoire commune aux couples matière-forme et objet-sujet, la volonté et le bien seront divisés. La volonté, inhérente au sujet, peut être détachée de l'objet, et même du bien comme finalité. Il n'est pas non plus contradictoire de vouloir sans objet, ni de vouloir sans finalité sur laquelle viendrait se terminer la volonté. La conséquence est que la volonté « est cause efficiente par soi de ses actes, indépendamment de toute causalité objective exercée par sa fin »<sup>963</sup>. Autrement dit, la volonté devient la cause de la loi et non plus la finalité. On assiste à une suppression de la finalité (cause finale) pour privilégier la cause efficiente.

369. **L'acte moral non finalisé par le bien.** - Au raisonnement précédent s'ajoute une modification de la signification de l'acte moral, c'est-à-dire de l'acte bon. Le fait de maintenir l'unité analogique entre la volonté et le bien impliquait que seul un acte finalisé par le bien pouvait être un acte moral<sup>964</sup>. La suppression du lien analogique entre la volonté et le bien ouvre la possibilité d'un acte véritablement moral sans avoir le bien pour finalité. La volonté législatrice, non tendue vers un objet, peut constituer sa propre loi. Le respect de cette loi permettra de qualifier l'acte de moral. Tous les éléments sont en place dès qu'on substitue la volonté et le législateur. Les citoyens agiront moralement en respectant la loi posée par le législateur, indépendamment de toute finalité. Tel est le processus permettant de passer de la causalité finale à la causalité efficiente, c'est-à-dire d'une loi structurée autour du bien à une loi purement technique et neutre.

370. **Limite à la suppression de la cause finale.** - L'autonomie qui résulte de la division de l'objet et du sujet conduit à des difficultés dans les tentatives d'explications de certains phénomènes. La division opérée produit une déformation de la lecture des choses. Pour pallier cet écueil, des mouvements tendent à rapprocher de nouveaux l'objet et le sujet en insistant sur leurs interactions réciproques permanentes et continues. Le monde est un ensemble de rapports entre les sujets et des objets dont on ne peut affirmer qu'ils sont autonomes l'un de

---

<sup>963</sup> A. DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Vrin, 2002, p.34

<sup>964</sup> *Ibid.*, p.33

l'autre. C'est là une démarche positive mais limitée lorsque l'interaction est appréciée uniquement sous sa forme matérielle et extérieure. Autrement dit, plutôt que d'unir sujet et objet, on se contente de les adjoindre l'un à l'autre car on a perdu le sens initial de leur unité à travers la notion d'analogie au sein de la chose. Les conséquences juridiques d'un tel phénomène sont importantes dans le droit positif. En liant extérieurement le sujet et l'objet, on peut faire de même pour l'acte moral et le bien, la justice. Certes, la justice constitue encore une fin à respecter, mais elle n'est plus inhérente au droit. Elle est une finalité extérieure à atteindre. Elle n'est plus constitutive de la nature du droit. Une règle de droit sera d'autant plus pertinente si elle est tournée vers la justice mais l'absence de justice n'impliquera pas de contradiction du droit lui-même. Les exemples les plus frappants sont présents au niveau des règles de procédure civile ou pénale. La forme occulte parfois le fond de telle manière qu'une partie victime peut perdre un procès, non parce qu'il a tort, mais simplement parce qu'il n'a pas répondu correctement à certaines règles de pure forme, parfois très complexes<sup>965</sup>.

371. **L'indétermination de la justice.** - Cette éviction de la cause finale, c'est-à-dire de la justice, n'est pas sans fondement. Il y a derrière ce phénomène la volonté affichée de contourner une difficulté. Pour la comprendre, il faut en revenir à la limite de la connaissance de l'universel en prenant l'exemple de l'arbre et en l'étendant à la justice<sup>966</sup>. L'arbre en soi, dans sa dimension universelle, ne peut être connu par l'esprit. En collectant tous les éléments essentiels tirés de la multitude des arbres pour obtenir une idée d'arbre, on est immédiatement conduit à joindre ces caractéristiques dans un arbre qui les contiendrait toutes et à obtenir un arbre nouveau. Mais dans ce cas, il s'agit d'un arbre singularisé comme tous les autres arbres et non l'idée d'arbre en soi. Un résultat similaire atteint la justice, ce qui réduit toute possibilité de la connaître en soi. La justice reste obscure car seule une partie de sa réalité peut être atteinte. Si l'on reprend le schéma selon lequel la réalité est celle d'une volonté tendue vers le bien, on obtient dans le domaine juridique une volonté tendue vers la justice. Or, la justice n'est pas connue en soi. C'est ce qui explique d'ailleurs qu'aucune justice prédéterminée n'existe, que toute recherche de la justice nécessite un raisonnement minimum

---

<sup>965</sup> Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Paradigmes, 2<sup>e</sup> éd., 2008, p.5, n°8 ; P. SIMLER, « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie », in Mél. en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p.753-762

<sup>966</sup> *Supra* n°26

autour des valeurs des choses en présence dans un rapport économique<sup>967</sup>. Cette méconnaissance constitutive favorise la suppression de la cause finale, inconnaissable en soi, au profit d'une causalité efficiente génératrice de règles techniques parfaitement établies et fermes.

372. **L'existence de la justice.** - La limite de la connaissance de la justice doit être nuancée. Le raisonnement tenu relativement à la justice en soi relève du champ de l'essence de la justice. Mais concrètement, la justice est dans la chose, dans le rapport égalitaire d'une relation juridique. La justice inscrite dans la chose se révèle autant dans son essence que dans son existence. Si l'essence de la justice ne permet pas un accès plein et entier, la chose reçoit la justice dans son existence et se révèle à la personne dans un *sentiment* de justice non conceptualisable.

b. Les montages juridiques

373. **La modification des effets juridiques par la constitution de montages.** - La notion de montage juridique suppose « la formation et l'exécution d'actes juridiques particuliers. Ces actes juridiques sont, dans l'esprit des parties, conclus en vue de l'obtention d'un but distinct de celui obtenu par chaque acte envisagé séparément. C'est leur conjonction qui, seule, permet la réalisation de l'opération »<sup>968</sup>. Ces actes relèvent de la liberté, pourvu que leur finalité n'entre pas en contradiction avec l'ordre public. La formalisation des règles de droit modifie le rapport aux montages juridiques. En évinçant les règles relatives à la justice, en les transposant sur un autre terrain, plus formel, on permet une extension des montages juridiques puisqu'il devient plus difficile de prouver un abus.

---

<sup>967</sup> X. LAGARDE, « Qu'est-ce qui est juste ? Propos de juriste », in Mél. en l'honneur du P. Gilles Goubeaux, Dalloz, LGDJ, 2009, p.302

<sup>968</sup> D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1998, p.47 ; R. BLANCHER, « Abus de droit. Montage juridique, preuves, pénalité pour manœuvres frauduleuses », *RTD com.* 1993, p.220

## § 2. LA RELATIVITE DES CATEGORIES JURIDIQUES

### A. LES CATEGORIES JURIDIQUES DU DROIT POSITIF

374. **La construction des catégories.** - Les catégories sont érigées à partir d'une abstraction issue des choses. La chose, dans sa constitution, est le point de départ de l'analyse. La chose ne se comprend qu'à travers ses causes (matérielle, formelle, efficiente et finale). La cause formelle donne une image de la chose et tend, dans un raisonnement rationnel, à absorber les autres causes jusqu'à réduire la chose à cette image formelle. L'abstraction faite à partir de la chose, entendue dans la signification de sa cause formelle, permet d'en dégager l'espèce proche ou le genre le plus éloigné. Lorsque deux choses relèvent du même genre mais se distinguent par une différence spécifique, chacune d'elle est comprise au sein d'une catégorie différente. Une fois que les catégories duales sont établies, il ne s'agit plus de partir de la chose mais de la catégorie. La catégorie, premièrement établie à partir de la factualité et de la signification de la chose, devient le critère par lequel une chose obtient une stature juridique en s'intégrant à une catégorie. Si l'abstraction ne correspond pas à la réalité, un décalage se produit puisqu'une chose sera incluse ou exclue d'une catégorie sans conformité à sa nature.

375. **La généralité des catégories.** - La catégorie est signifiée par un mot, un concept. Ce concept a une définition composée d'un *genre* et d'une *espèce*, autrement dit, de deux concepts. L'extension de la catégorie dépend du sens de ces concepts constitutifs. Les catégories juridiques se limitent au plan de la généralité, embrassant de nombreuses situations relevant d'une communauté sans les intégrer toutes. L'imperfection des catégories juridiques pose problème dès lors qu'elles ne sont plus mises en question et qu'elles deviennent un ordre pré-logique à respecter. Le droit positif compense ces défaillances par le biais d'exceptions et de fictions. De même, le juge conserve, dans l'appréciation de nombreux faits, un pouvoir souverain d'appréciation par lequel il peut affiner le statut à attribuer aux choses.

376. **Les catégories et la justice.** - Le fait d'élaborer, par abstraction, des catégories à partir d'une compréhension limitée à une image formelle de la chose, rend les catégories critiquables en ce qu'elles peuvent enfermer une chose dans un statut. Pourtant, quel que soit le statut attribué à la chose, celle-ci reste égale à elle-même. Elle s'explique toujours à partir des causes matérielle, formelle, efficiente et finale. Même insérée dans une catégorie qui la



réduit à un statut, elle conserve notamment sa cause finale. La cause finale d'une chose, comprise dans sa dimension juridique au sens classique, se situe dans la justice (ou au moins l'égalité). Cela signifie que les rapports juridiques ayant des choses pour objet sont traversés par la justice indépendamment des catégories que le droit positif contient. Les catégories juridiques précisent le statut des choses, organisent les moyens d'atteindre un but en fonction de l'interprétation juridique des situations mais n'altèrent pas la finalité de justice du droit. Les constructions juridiques cherchant à évincer la justice en élaborant des catégories et un langage technique uniquement formaliste ne peuvent échapper au fait que les choses qui entrent dans ces catégories possèdent une cause finale.

### *B. LES CATEGORIES DE THEORIE GENERALE DU DROIT*

377. **L'apport de L. Duguit concernant la notion d' « acte ».** - Dans sa démarche intellectuelle, Duguit s'est attaché aux faits de l'expérience avec une méfiance des concepts abstraits d'où découleraient logiquement des conséquences juridiques. Sa distinction en acte-règle, acte-condition et acte subjectif tente d'unifier, autour de l'acte, le droit privé, le droit public et la loi. L'acte-règle fait naître une situation juridique qualifiée d'objective (loi). L'acte-condition est celui par lequel des parties entrent dans une situation juridique et bénéficient des effets juridiques inhérents au cadre légal imposé. L'acte subjectif est relatif aux personnes à travers le contrat. L. Duguit distingue également entre les règles normatives et les règles constructives. L. Duguit considère que les règles de droit partagent l'idée de finalité avec le droit naturel mais non sous le même mode. Le droit positif cherche, à partir de l'expression empirique des faits sociaux, la solidarité sociale. Le droit naturel est orienté plutôt vers une vision transcendante de la justice. Cette vision est conforme à l'explication métaphysique tournée autour des catégories, de l'abstraction, des choses et de leurs causes.

378. **Les catégories exposées par J. Dabin.** - J. Dabin distingue plusieurs types de règles : de conduite, dispositive, normative, générale, constructive. Le droit est d'abord une norme de conduite, parce qu'il prescrit un comportement auquel il faut s'ordonner. Il ne se réduit pas, comme G. Jèze l'affirme, à des règles de compétence lesquelles permettraient d'octroyer la capacité et la compétence des individus et des autorités en fonction d'une manifestation de

volonté<sup>969</sup>. Pour les règles de compétences, J. Dabin préfère les rattacher aux règles dispositives, c'est-à-dire des règles qui « ne commandent ni ne défendent ; elles définissent des capacités ou des compétences, délimitent des intérêts ou des droits, déterminent les conditions d'ouverture de tel effet de droit ou les effets de droit de telle situation »<sup>970</sup>.

379. **Les catégories et la justice.** - Dans le même ordre de choses que pour les catégories du droit positif, celles développées à l'occasion des explications et justifications théoriques du droit ne peuvent évincer la justice qui les transcende. Elles procèdent d'un même esprit d'abstraction. Au sein du droit positif, les catégories sont découvertes à partir des choses, notamment dans ce qui leur est commun. La composition ontologique des choses, permet de dissocier quatre causes. Il est toujours possible d'élaborer une science juridique à partir de la cause formelle car elle est susceptible d'absorber les autres causes. La logique se construit dès lors sur la non contradiction. Mais comme la cause finale existe toujours réellement dans les choses, la justice transcende les catégories juridiques. Lorsqu'il s'agit d'étudier, non plus les choses du monde mais le droit lui-même, un processus de réduction à sa cause formelle permet d'élaborer une science juridique « pure » orientée vers le principe de non contradiction. Mais là encore, la chose rappelle à chaque instant, par sa présence, la cause finale qui l'anime, donnant à la justice une transcendance dans l'ordre juridique.

## SECTION 2. LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DETERMINEES PAR L'ESSENCE

380. **L'influence de la nature sur les conséquences juridiques.** - Deux pôles servent de point de départ à la preuve d'une présence de la nature dans les « conséquences juridiques ». A l'image de la conclusion dans les syllogismes, on signifie par cette expression les solutions retenues dans les raisonnements, à partir des postulats et des liens logiques. D'une part, on constate le rôle de la nature dans la circonscription des effets juridiques découlant d'un

---

<sup>969</sup> J. DABIN, *Théorie générale...*, *op. cit.*, p.77-78, reprenant la formulation de G. Jèze : « Ceci est vrai du droit privé comme du droit public et administratif. Le droit - droit privé, droit public - s'occupe exclusivement et toujours des manifestations de volonté des individus. »

<sup>970</sup> *Ibid.*, p.82

concept, d'une chose ou d'un contrat. Des conséquences juridiques seront inenvisageables si elles contredisent la nature. Cette dernière apparaît comme la mesure des conséquences juridiques. D'autre part, une seconde considération nuance la première. Si les règles de droit, exprimant et ordonnant les concepts, les choses et les contrats, sont des *données rationalisées d'un ordre antérieur et premier*, les conséquences juridiques ne doivent pas être analysées au regard des règles de droit mais directement de cet ordre. La présence jusnaturaliste sera validée si les conséquences juridiques sont ordonnées à un ordre premier. Ce rapport immédiat permet d'éviter l'affirmation d'une présence jusnaturaliste en cas de conformité des effets juridiques à un concept, une chose ou un contrat, dès lors que ces derniers auraient été mal retranscrits à travers les règles de droit. La démonstration se complique par les contraintes pratiques auxquelles fait face le droit positif. Il peut y avoir une détermination incorrecte de la nature de l'objet, visée sous deux aspects : détermination incorrecte de la nature de la chose et détermination approximative du droit qui signifie la situation juridique (propriété, obligation, patrimoine, etc). Pour les autres causes, on trouve l'influence des concepts « transformateurs »<sup>971</sup>, le détour nécessaire par des fictions (entre autres) dans un but pragmatique, l'emploi de notions indéterminées pourtant au carrefour des systèmes juridiques<sup>972</sup>, ainsi que la relativité de certains effets juridiques par contingences des règles de droit d'ordre purement technique. La nature conditionne les conséquences juridiques ainsi que l'exprime le droit positif (§ 1). Mais si l'on considère que les règles de droit sont une transcription d'un ordre antérieur et premier, les effets juridiques doivent être conformes à cet ordre et non seulement à son contenu retranscrit rationnellement (§ 2).

## § 1. LE LIEN APPARENT ENTRE NATURE ET CONSEQUENCES JURIDIQUES

### A. UNE CONFORMITE DES CONSEQUENCES JURIDIQUES A LA NATURE

#### 1. Le régime juridique des contrats

##### a. Le régime commun des contrats

381. **La justification des différences de régimes juridiques.** - Classiquement, les effets juridiques sont décrits sous forme syllogistique à partir d'un fait auquel on va appliquer des

---

<sup>971</sup> *Supra* n°355

<sup>972</sup> V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991-3, not. p. 761-762 sur la bonne foi

règles de droit pour obtenir la solution voulue. Les distinctions classiques des catégories de contrats illustrent cette méthode. La catégorie des actes à titre gratuit est traitée avec plus de dureté que celle des actes à titre onéreux. L'acte gratuit porte une atteinte directe à l'actif du patrimoine sans contrepartie. Les règles formalistes sont accrues afin de faire prendre conscience à celui qui diminue son patrimoine de la gravité de son acte. Le donateur est également davantage protégé en n'étant pas soumis à une obligation de garantie comme celle qui pèse sur le vendeur. S'étant appauvri, il serait contestable que le bénéficiaire puisse lui reprocher des vices dans la chose. Enfin, le régime de l'action paulienne<sup>973</sup> traite plus durement celui qui a reçu une somme alors que le donateur était également débiteur d'un créancier non satisfait. Le tiers bénéficiaire devra restituer la chose même s'il est de bonne foi. Tous ces effets illustrent la cohérence entre la nature de l'acte visé et les effets juridiques attribués. Un constat similaire est établi à propos des contrats aléatoires et des contrats commutatifs. L'événement incertain inhérent aux contrats aléatoires indique une différence spécifique dont les effets se constatent dans l'exclusion des règles relatives à la lésion, à la protection du consommateur et à l'erreur sur l'objet. Les contrats synallagmatiques, par la réciprocité des obligations des parties, impliqueront la possibilité, sous certaines conditions, d'une exception d'inexécution et d'une résolution. Le droit commun des contrats illustrent le mouvement naturel du principe à sa conséquence juridique.

b. Les contrats spéciaux

382. **Le contrat de vente et la charge des risques.** - De manière systématique, un postulat produira des conséquences juridiques conformes à la nature qui lui est reconnue. Le titulaire du droit réel supporte la charge des risques quand bien même il n'était pas possesseur au moment de la destruction d'un bien. Le statut de propriétaire a pour conséquence de lui faire supporter les atteintes subies par ses biens. L'échange des volontés opérant un transfert immédiat de la propriété, la possibilité d'une livraison ultérieure ouvre la problématique sur un plan pratique. Cette conséquence juridique attachée au statut de propriétaire peut-elle être considérée comme une conséquence tirée de la nature de propriétaire ou de celle de la vente ? Dans une réflexion spontanée, on pourrait juger valable d'élaborer un régime juridique dans lequel le possesseur serait celui qui supporterait la charge des risques. De même, une règle légale pourrait imposer un transfert de propriété retardé au moment de la livraison lorsque la délivrance n'est pas immédiate. Les diverses voies exposées signalent une contingence

---

<sup>973</sup> L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, Préf. G. Wicker, LGDJ, 2008, n° 31 et suiv.

négratrice d'un jusnaturalisme. En faisant peser les risques sur le titulaire du droit réel tout en laissant la possibilité d'aménager conventionnellement un transfert différé, les règles favorisent une clarté du régime juridique tout en permettant une adaptation aux faits. De plus, le propriétaire pourra obtenir des dommages et intérêts s'il est établi que celui qui devait conserver et délivrer la chose n'a pas pris toutes les mesures de sécurité propres à assurer correctement ses obligations. Le régime juridique est conforme à la nature non tant par les règles instrumentales qu'il met en place que par la finalité poursuivie. Privilégier les autres solutions, peut-être plus protectrices, n'en ferait pas des règles « plus » jusnaturalistes. Il s'agirait seulement d'un choix de politique juridique. Il n'en reste pas moins que, quel que soit le postulat choisi, les conséquences obtenues lui sont conformes.

383. **Le contrat de vente.** - La vente est une convention par laquelle l'un des contractants paie un prix en contrepartie de la délivrance d'une chose par l'autre contractant. Le transfert du droit réel justifie des règles de droit concernant la chose. La chose doit être délivrée conformément à ce qui a été conventionnellement prévu. Cette conséquence découle immédiatement de la nature même de la vente. Les règles entourant la protection de l'acheteur sortent du cadre strict de la nature mais lui restent conformes. La garantie contre l'éviction, l'obligation de conformité et la garantie contre les vices cachés s'insèrent dans un cadre préalable tout en précisant les modalités permettant de connaître l'étendue des droits des parties, les conditions pour les invoquer et les moyens de les faire respecter. La finalité guidant ces règles reste la même, ce qui pose problème lorsque des règles techniques viennent la limiter ou la contredire. On interroge par là le rapport entre la fin et les moyens. Théoriquement, les uns sont ordonnés à l'autre. Ainsi, d'un postulat peuvent découler diverses conséquences juridiques variables qui sont autant de moyens dirigés vers une fin.

384. **Obligation de conformité et garantie des vices cachés.** - Les règles techniques seront ordonnées au droit naturel si elles signifient correctement la nature de la chose qu'elles visent. En protégeant le patrimoine de l'acheteur sur le plan de l'intégrité de la chose objet de la vente - autant dans sa spécificité que dans sa destination -, le droit positif ne se limite pas à une vision abstraite de la nature de la chose mais cerne plusieurs dimensions qui la constituent. D'une part, l'obligation de délivrance emporte celle de conformité dont le critère distinctif est la spécificité. Les sanctions envisageables sont l'exécution forcée ou la résolution. D'autre part, la garantie des vices cachés cherche à protéger l'acheteur contre une chose non-conforme à sa destination. Une action rédhibitoire conduira à la résolution de la

vente tandis que l'action estimatoire permettra une réduction du prix à hauteur de la valeur réelle du bien. Plusieurs problèmes apparaissent. Tout d'abord, il s'agit d'apprécier la force d'attraction du droit naturel face à la technique juridique. Ensuite, une lecture extensive de la conformité peut aboutir à absorber la notion de vice caché. Cette nouvelle approche est à éprouver face à la nature de la chose. Enfin, le cumul des règles engage des questions de compatibilité. Si plusieurs voies différentes sont ouvertes afin d'atteindre la satisfaction, avec des conditions et des sanctions différentes, la question d'une présence jusnaturaliste stable est posée.

385. **L'attraction du droit naturel dans les conséquences juridiques.** - La délivrance d'une chose conforme aux attentes des parties relève de la nature même de la vente. Cette finalité est, *a priori*, rattachée au droit naturel. Son non-respect impliquera potentiellement une exécution forcée, une résolution, un rééquilibrage de la valeur du bien voire des dommages et intérêts. Entre ces différentes possibilités, on peut se demander si l'une est plus « jusnaturaliste » que les autres. Pour clarifier les positions, il convient de rappeler que l'essence a la particularité d'accepter les contraires. On dira qu'un corps peut être chaud ou froid, qu'un homme est grand ou petit sans que cela ne porte atteinte à sa nature. Ces éléments ne modifient pas la nature du support dans lequel ils se trouvent. Un contrat de vente portant sur de nombreuses choses a une même nature qu'un contrat de vente portant sur une chose unique. Concernant les conséquences juridiques, le choix d'une solution contraire à une solution antérieurement admise peut s'insérer dans le même genre et dépendre d'une même nature. La modification d'un régime juridique n'est pas nécessairement le signe d'un éloignement ou d'un rapprochement du droit naturel. Entre l'exécution forcée, la résolution, le rééquilibrage du prix et les dommages et intérêts, il persiste cette idée d'égalité dans les prestations en refusant de faire subir une perte à l'un des contractants. L'exécution forcée vise à obtenir la situation telle qu'elle aurait dû être ; la résolution cherche à remettre les parties dans la situation antérieure au contrat ; le rééquilibrage maintient la situation telle quelle avec une compensation. Bien que les situations soient différentes, il y a une ontologie sous-jacente et une conformité systématique à la nature.

386. **L'attraction du droit naturel dans le régime juridique.** - Qu'il s'agisse d'une exécution forcée, d'une résolution ou d'un rééquilibrage, on se maintient dans une conformité au jusnaturalisme. Ce qui importe désormais c'est l'attraction du droit naturel dans la structure du régime juridique des actions permettant d'aboutir à ces sanctions. D'une part,

l'exécution forcée est possible dans la mesure où les parties se sont engagées. Si l'on s'en tient au Code civil, l'article 1142 dispose « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». On en déduit que l'obligation de donner peut se résoudre en exécution forcée. Ces divisions génèrent un régime juridique qu'il s'agit de confronter aux raisonnements du droit naturel. Par définition, il semble difficile d'imposer une obligation forcée pour une obligation de ne pas faire. De même, l'obligation de faire touche l'intégrité de la personne elle-même ce qui justifie de simples dommages et intérêts. Telle était la position classique admise dans le droit positif. Cependant, tenant compte du fait que toute exécution forcée ne porter pas forcément une atteinte à la personne, il a progressivement été admis que des obligations de faire pouvaient justifier une exécution forcée. L'exécution forcée peut ainsi devenir le principe. Entre l'ancien et le nouveau régime, les différences pratiques sont importantes. Dans le régime appliquant le Code civil à la lettre, la nature humaine est vue abstraitement, favorisant une protection plus étendue du débiteur. Ce dernier devra satisfaire abstraitement son obligation par une somme d'argent. Dans le régime postulant l'exécution forcée comme principe, la nature humaine, appréciée plus concrètement, sert de limite protectrice. Le débiteur devra exécuter l'obligation déterminée lors de l'échange de consentements. Cette seconde solution semble plus proche d'une lecture authentique de la nature mais ne condamne pas pour autant la proximité entre le droit naturel et la lecture littérale de l'article 1142 du Code civil car le créancier était satisfait abstraitement par le médium transformateur que constitue l'argent. Un régime n'aurait pas été conforme au droit naturel s'il permettait à l'une des parties de ne pas remplir ses obligations. Le fait d'attribuer le statut de principe ou d'exception à une règle relève de la politique législative. Le fait de restreindre le champ d'une règle ne porte pas atteinte au droit naturel dès lors que la place laissée vacante est occupée par une autre règle compensatrice aboutissant à un résultat similaire ou semblable également ordonnée au droit naturel sous un autre mode.

387. **Une lecture extensive de la notion de conformité.** - L'atteinte à l'intégrité de la chose objet de la vente peut justifier d'invoquer l'obligation de conformité ou la garantie des vices cachés. Cette division découle d'une distinction entre la spécification de la chose et sa destination. On peut s'interroger sur la pertinence d'une telle séparation par rapport au droit naturel. L'avantage réside dans une considération plus concrète en ce qu'elle distingue entre des facettes de la chose à travers son exercice<sup>974</sup>. Cependant, la distinction se situe au sein

---

<sup>974</sup> *Supra* n°49

d'une même chose, ce qui permet sur un plan logique, l'extension de la notion de conformité, de manière à englober la destination de la chose en tenant compte du moment de l'exécution de la vente. Cette position a trouvé un écho doctrinal<sup>975</sup> et même jurisprudentiel<sup>976</sup>, même si la Cour de cassation a uniformisé sa position en maintenant la distinction. La conséquence pratique la plus importante se situait dans l'éviction du « bref délai » - actuellement de 2 ans - limitant la garantie des vices cachés. D'après ce schéma, selon qu'on adopte une vision extensive ou restrictive, on rend possible ou non soit une exécution forcée soit une résolution. Il ne faut pourtant pas assigner cette différence radicale au droit naturel. C'est le délai de deux ans qui vient inverser le raisonnement alors qu'il n'est qu'un élément contingent. Il relève d'une politique juridique établie en fonction de contraintes économiques et sociales. La confusion est souvent opérée entre les règles d'un régime juridique dont les unes sont nécessaires et directement ordonnées à une finalité et les autres, contingentes et contextuelles. L'emploi extensif ou restrictif de la nature de la « chose conforme » peut conduire à moduler les effets juridiques en écartant ou intégrant une autre règle de droit. Dans ce cas, une notion (telle que la conformité) est à double tranchant. Elle peut permettre de compenser des règles techniques trop éloignées de la nature des choses ou servir, au contraire, à contourner des règles ordonnées au droit naturel. Cette seconde hypothèse devrait être réduite au maximum. Ce n'est qu'en gardant à vue la nature des choses et de l'homme que toute dérive peut être écartée.

388. **La pluralité des actions.** - Une atteinte à l'intégrité d'une chose peut produire une coïncidence dans les actions qu'il est possible d'engager. Ainsi, l'acheteur pourra invoquer l'erreur, voire le dol, l'obligation de conformité ou la garantie des vices cachés. Les voies offertes répondent à des conditions différentes et sanctionnent diversement l'atteinte à la chose. La liberté d'agir sur un fondement plutôt qu'un autre est en jeu. Soit la liberté est de mise, soit un ordre est à respecter. Plusieurs justifications sont envisageables. Tout d'abord, la liberté de l'homme peut conduire à une liberté dans le choix de l'action. Ensuite, le spécial dérogeant au général et la présence d'une non-conformité décelée au moment l'emploi de la chose, favoriseraient la garantie des vices cachés puis viendrait l'obligation de conformité et l'erreur. Enfin, l'action peut être conditionnée par le résultat favorisant l'acheteur lésé. Chacun part d'un postulat (la nature de l'homme, la technique juridique, la finalité) et produit

---

<sup>975</sup> P. LE TOURNEAU, « Conformité et garantie dans la vente d'objets mobiliers corporels », *RTD com.* 1980, p.231

<sup>976</sup> Com, 22 mai 1991, Bull. IV, n°176



une solution également valable aux autres. Sous l'angle jusnaturaliste, les restrictions de la liberté de choix peuvent se justifier par une politique juridique, pourvue que la solution finale puisse satisfaire concrètement, ou au moins abstraitement, l'acheteur lésé.

389. **La fixation du prix comme condition de validité des contrats.** - La question de la détermination du prix<sup>977</sup> est l'occasion d'exposer l'emploi du principe de non-contradiction. L'existence de textes spécifiant la nécessité d'un prix légitimait les sanctions de la Cour de cassation. Les contrats non visés par des textes spéciaux étaient, quant à eux, classiquement soumis à l'article 1129 du Code civil. Assimilant le prix à une chose au sens de l'article 1129, on a déduit la condition d'un prix déterminé lors de la formation du contrat. Les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 sont venus nuancer cette condition à l'occasion de litiges concernant des contrats-cadre. La Cour de cassation a posé le principe d'une inapplicabilité de l'article 1129 du Code civil pour la détermination du prix. Désormais, il devient possible de fixer le prix lors de l'exécution du contrat. Elle a également énoncé un principe de contrôle de l'abus d'un cocontractant fixant unilatéralement le prix sans respecter son obligation de bonne foi. Quel que soit le degré de généralisation de cette jurisprudence, une analyse jusnaturaliste montre le respect de la nature dans le régime en vigueur.

390. **Droit naturel et technique juridique.** - Sous l'angle jusnaturaliste, le contrat révèle un ordre antérieur que la volonté des parties retranscrit dans un langage juridique et fait entrer dans un champ contractuel. La détermination du prix au moment de la formation du contrat est une règle favorisant la liberté et la clarté de la volonté dans l'évaluation des prestations en équilibre. Elle ne contredit pas le rapport d'égalité du droit naturel. L'autre principe, par lequel un des contractants peut déterminer unilatéralement le prix lors de son exécution trouble ce rapport d'équilibre que le contrat est censé signifier mais ne conduit pas nécessairement à un déséquilibre. Ce régime juridique reste également conforme au droit naturel car il vise les cas où le prix ne peut être réellement déterminé au jour de la formation du contrat. Les deux solutions participent d'une même nature impliquant un minimum d'équilibre des prestations. L'un s'attache *a priori* à l'égalité et conduit à la nullité en cas d'absence de prix. L'autre procède *a posteriori* et se résout en dommages et intérêts. Il s'agit de deux voies également ordonnées au droit.

---

<sup>977</sup> Que le prix soit déterminé par les parties ou par le juge pour certains contrats spéciaux, la difficulté reste celle d'une détermination exacte, J. BELOT, « La détermination judiciaire du prix dans les contrats », *RRJ* 1982-2, p.365

391. **Les effets juridiques spécifiques selon les types de contrats.** - La preuve d'une présence jusnaturaliste se poursuit en continuant à montrer que les règles de droit sont naturellement ordonnées à des règles premières remplissant la fonction de postulat. La vente implique la délivrance d'une chose et le paiement d'un prix. Si la chose livrée est atteinte dans son intégrité, plusieurs régimes juridiques apparaissent en fonction du type d'atteinte. Il sera contraire à la nature des choses qu'un bien livré, ne correspondant pas à la qualité normalement requise, ne puisse être la cause d'une action judiciaire. De même, les contrats impliquant une détention du bien par une partie, sans transfert de propriété, et avec restitution programmée, ne sauraient supprimer l'obligation de conservation.

## 2. Les limites extérieures aux contrats

392. **La nature des choses.** - Les contrats ayant pour objet un bien doivent tenir compte de la nature du bien. Des conséquences sont à prévoir en cas de bien meuble ou immeuble, de corps certain ou de chose fongible, de bien consommable ou non-consommable. Les contrats n'interagissent pas tous de la même manière avec les choses. La vente d'une chose consommable n'aura pas d'incidence contrairement au prêt de consommation d'une chose consommable. La vente d'un animal ne répond pas aux mêmes règles que la vente d'un bien inerte. La nature des choses oppose une résistance que l'esprit ne peut franchir arbitrairement. Le principe de non-contradiction est l'une des clés du jusnaturalisme.

393. **Nature des choses et non-contradiction.** - Selon que la chose, objet d'un raisonnement de non-contradiction, est comprise dans toute la richesse de sa nature ou de manière réduite, les solutions obtenues ne sont pas les mêmes. Une considération pauvre de la nature de la chose tend à ne tenir compte que de sa dimension rationnelle. De manière générale, il en est ainsi des choses comprises univoquement. Dans un contrat, l'insertion d'une clause doit être en conformité avec l'obligation essentielle du contrat. A défaut la clause sera réputée non écrite. Il est à préciser que l'analyse de la conformité dépend du sens attribué aux termes, c'est-à-dire leur nature. L'arrêt « Chronopost »<sup>978</sup> sanctionne la clause contraire à l'obligation essentielle du contrat. La clause limitative de responsabilité en cas de retard dans la livraison a été jugée non-conforme à l'obligation de célérité. Il apparaît pourtant que plusieurs lectures sont envisageables car la contradiction, justifiant l'absence de cause, est indirecte. L'engagement de la société de transport rapide porte sur une livraison rapide et la

---

<sup>978</sup> Com. 22 oct. 1996

clause ne s'oppose pas à cette obligation. L'affirmation d'un défaut de cause sous-entend une appréciation plus concrète de ce qui est signifié par l'obligation. La cause réduit seulement la responsabilité en cas de retard dans l'exécution. Une perception plus dense de la nature de la chose complexifie la logique de la non-contradiction puisque ce qui apparaît contraire ne l'est plus sur un autre plan.

394. **La nature de l'homme.** - Le Code civil, en son article 16-1 al. 2 et 3 dispose que « Le corps humaine est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Cette règle, s'imposant comme postulat, implique des conséquences naturelles immédiates. L'article 16-2 sanctionne les atteintes au corps humain. L'article 16-3 pose une exception pour les actes médicaux nécessaires. Le principe du refus d'une atteinte au corps est général, non universel, d'où la nécessité de poser une exception afin de faire correspondre, dans la mesure du possible et au niveau des effets, le général et l'universel. Les articles 16-4 à 16-7 tirent aussi les conséquences du postulat. La nature de l'homme écarte la possibilité d'un droit de propriété sur autrui et même sur soi-même. Dans ce dernier cas, la capacité de jouissance vient justifier les actes juridiques et matériels accomplis par les individus. La vente devient impossible en tant que contrat translatif de propriété, tout comme l'échange. Cependant, tout comme pour la nature des choses, le possible et l'impossible peuvent être relativisés. Le droit de la propriété intellectuelle est en l'illustration par la possibilité de monnayer son image, voire sa vie privée.

## *B. UNE CONFORMITE LIMITEE DES CONSEQUENCES JURIDIQUES A LA NATURE*

### 1. Les limites pratiques de détermination des conséquences juridiques

395. **Les difficultés quant à la certitude des conséquences juridiques.** - D'une part, les conséquences juridiques peuvent être difficiles à déterminer lorsque la nature d'une chose est elle-même partiellement obscure. D'autre part, même si la nature semble comprise, au moins dans ses traits principaux, les conséquences peuvent rester incertaines. Il arrive que des effets juridiques soient énoncés sans lien immédiat et direct avec une quelconque nature. Le constat est signifié par la stipulation pour autrui notamment dans son rapport avec l'effet relatif puisqu'un tiers acquiert un droit contre celui qui promet sans intervenir au contrat<sup>979</sup>. Se rattachant à diverses théories produisant des effets juridiques différents, la nature perd son

---

<sup>979</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, op. cit., n°475

influence pour laisser place au pragmatisme contextuel. La difficulté, quant à la détermination des conséquences juridiques d'un principe, peut survenir en cas de changement législatif sur une règle antérieurement considérée comme fixe. Ce cas signifie souvent la pluralité des conséquences possibles, ce qui n'altère pas nécessairement son caractère naturel.

## 2. Les limites théoriques de détermination des conséquences juridiques

396. **La détermination de la nature des contrats innommés.** - Le contrat nommé a une nature reconnue, à partir de laquelle le régime juridique est constitué. Le contrat innomé ne possède pas cette clarté<sup>980</sup> d'où la difficulté de connaître le régime juridique lorsque les parties sont soumises à un litige sans que toutes les précisions aient pu être envisagées. C'est le cas lorsque deux prestations, de natures différentes, sont proposées à l'occasion d'une seule activité. Le contrat d'hôtellerie propose tant une chambre que des services particuliers<sup>981</sup>. Soit la combinaison des régimes juridiques auxquels participe le contrat innommé est compatible, soit ils se contredisent. La qualification de contrat *sui generis* peut intervenir pour marquer la nouveauté d'un contrat non rattachable à des contrats préexistants. Ces contrats permettent souvent d'éprouver la rationalité de contrats courants en montrant leurs limites, et interroge sur la profondeur de la compréhension de leur nature.

## **§ 2. LE LIEN REEL ENTRE NATURE ET CONSEQUENCES JURIDIQUES**

### *A. LA CONFORMITE DES CONSEQUENCES JURIDIQUES AU DROIT NATUREL*

397. **L'exemple de la vente.** - Si l'on s'en tient à la définition de la vente, il s'agit de payer un prix pour l'une des parties et de délivrer la chose pour l'autre. La nature de la vente correspond à l'idée d'un transfert de valeur impliquant un équilibre dans les prestations et l'intégrité de la chose. Ces éléments précisent les vides laissés par la définition. Le législateur a constitué un régime juridique de grande ampleur à partir de ces données. Une définition étant posée, des règles en découlent puis des règles s'ordonnent à ses dernières jusqu'à

---

<sup>980</sup> D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle », *D.* 2000, n° 21, p.331

<sup>981</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n°89

constituer plusieurs strates de règles composant un régime juridique fournit. La question reste ouverte de l'attraction opérée par le droit naturel sur ces règles et en fonction de leur plus ou moins grande proximité avec le principe fondateur tiré de la définition (payer le prix et délivrer la chose). En analysant la conformité des règles déduites de règles premières, on aboutit aux limites de la méthode. La recherche d'une présence jusnaturaliste par ce biais, possède ses vertus mais ne peut aboutir à un savoir solide. Il est nécessaire d'analyser préalablement la structure des lois. Le contenu des lois ne se comprend pas totalement en lui-même. Ce contenu prend toute sa dimension lorsque le statut même de ce qui le supporte (la loi) est précisé.

398. **L'action morale et la loi.** - Le sens de la loi nécessite un retour à la composition des choses en matière et forme. Le sens classique aristotélicien lie analogiquement ces deux éléments au sein des choses. Dans une chose existante, la matière n'est pas antérieure à la forme et réciproquement. Il s'agit d'une distinction, non d'une division. Parallèlement, l'unité analogique touche d'autres couples : acte - puissance ; exercice - quiddité ; volonté - bien ; loi - bien. Ainsi, la loi était analogiquement liée au bien d'où l'impossibilité d'évoquer une loi sans signifier le bien. En ce sens, un acte est moral s'il se conforme au bien que la loi a exprimé. La considération d'une division plutôt qu'une distinction a permis de séparer réellement la matière et la forme, tout comme la loi et le bien. Désormais, une loi conservera son statut d'expression rationalisée du droit même si elle n'est plus tendue vers le bien. Le bien ne devient pas contradictoire par rapport à la loi, il change de position pour devenir une finalité extrinsèque et non plus intrinsèque. C'est désormais le respect de la loi qui rend moral l'acte, même si la loi ne vise pas le bien. Le bon citoyen est celui qui respecte la loi.

399. **L'action morale et la condition du prix dans la vente.** - Dans le cadre des conditions relatives au prix, les parties agiront moralement dès lors qu'elles fixeront un prix lors de la formation du contrat (de même, l'action sera morale par la délivrance de la chose). Lorsque ce postulat est posé, des conséquences en découlent naturellement par la sanction d'une nullité pour absence de prix. En suivant un syllogisme, si le prix est une cause de l'existence du contrat de vente, son absence empêche la survenance de son existence, d'où la nullité. S'en tenant à ce niveau, il est possible d'affirmer une conformité de ces règles au droit naturel même si elle n'est qu'abstraite. L'annulation du contrat empêche l'exécution d'obligations qui n'existent pas d'où l'absence d'appauvrissement des parties. De même, s'il y a déjà eu paiement ou délivrance, les parties sont tenues à restitution.

400. **La raison d'être de la fixation du prix.** - L'existence de cette règle de fixation du prix, dépendant d'une lecture désormais finie de l'article 1129 du Code civil, constitue une atteinte à la liberté. Le droit naturel se contente de viser un contenu, à savoir un prix et une délivrance. Le droit positif ne peut se contenter de ce contenu au regard des contraintes pratiques des rapports économiques humains. D'une part, le juste ne peut pas être connu en soi car on ne perçoit que son image rationalisée et non son Idée<sup>982</sup>. D'autre part, si le droit suscite un ordre antérieur de justice, les forces économiques, politiques et sociales peuvent générer des déséquilibres dans l'économie des rapports contractuels. Des conditionnements deviennent nécessaires par des lois structurant les comportements, d'où une réduction de la liberté<sup>983</sup>.

401. **Le prix comme modalité d'exécution des contrats-cadre.** - Les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 ont modifié les positions en admettant que le prix, dans les contrats-cadre, pouvait être fixé unilatéralement par une partie et postérieurement à la formation du contrat. Si le prix peut toujours être fixé dès la formation, il devient possible de le fixer postérieurement. Les parties agiront moralement en fixant le prix après la formation du contrat, alors qu'il s'agissait d'un « mauvais » acte antérieurement. La sanction encourue en cas d'abus dans la détermination du prix se situe dans des dommages et intérêts pour défaut de bonne foi dans l'exécution du contrat. La somme attribuée permet à l'une des parties de ne pas être appauvrie tout en bénéficiant de la chose objet de la vente. La présence jusnaturaliste est plus concrète. Du point de vue théorique et pratique, la différence est importante, ce qui l'est beaucoup moins sous un angle jusnaturaliste car le contenu relatif à la valeur et à l'intégrité de la chose n'est pas modifié. La voie empruntée est simplement plus libre pour les parties. Il faut préciser les difficultés théoriques. Initialement, le prix constituait une condition de formation du contrat, par une interprétation extensive de l'article 1129 du Code civil. A cela s'ajoutait des textes spéciaux imposant une fixation du prix dès la formation du contrat notamment pour la vente (art. 1591 C.civ.), le louage (art. 1709 C.civ.) ou la rente viagère (art. 1968 C.civ.). Les arrêts de 1995 ont posé le principe de l'abandon de la référence à l'article 1129 du Code civil, d'où le nouveau statut possible de modalité d'exécution dans la détermination du prix. Le spécial dérogeant au général, les articles susvisés devaient s'imposer malgré ce changement d'origine jurisprudentielle. Pourtant, des arrêts sont intervenus en nuancant la nécessité d'un prix lors de la formation d'un contrat, même en

---

<sup>982</sup> *Supra* n°26

<sup>983</sup> *Infra* n°500

présence d'un texte spécial. Certes, les formulations du Code civil permettent des lectures plus larges, légitimant la fixation postérieure d'un prix. Il n'en reste pas moins que la cohérence théorique est approximative. Elle suscite une œuvre doctrinale importante tentant d'apporter une unité au régime juridique du prix. Du point de vue jusnaturaliste, le constat est plus simple parce qu'il découle du statut des règles de droit. Elles sont des restrictions à la liberté visant à conditionner les comportements et n'altèrent pas le contenu jusnaturaliste même si ces règles manquent de cohérence car dans tous les cas, un prix doit survenir et une chose doit être délivrée.

402. **Les critères de conformité au droit naturel.** - Non réduit au régime juridique du prix, le champ de la conformité au droit naturel porte sur toutes les règles de droit, groupées autour de régime juridiques attachées à un concept. La vente est l'occasion de règles antérieures à la naissance du contrat, telles que les obligations d'information ou de conseil, les règles relatives à la formation et à l'exécution des contrats ainsi qu'aux règles correspondant à la phase judiciaire. Au total, ce sont des centaines de règles structurées autour de la vente même si elles sont susceptibles de toucher d'autres situations juridiques. La plupart de ces règles de droit constituent des restrictions à la liberté. Afin d'être valables, elles doivent avoir une cause justifiée. Négativement, on dira qu'elles ne peuvent aller contre la réalité en posant un principe manifestement contraire à la réalité. Autrement dit, elles ne doivent pas contredire la nature des choses ni la nature de l'homme. Une maison n'est pas une chaise et un homme n'est pas qu'une volonté sans corps. Ces évidences sont à respecter impérativement. Pour le reste, la liberté prime. Nature des choses, nature de l'homme et finalité de justice sont les critères d'appréciation de la conformité des règles du droit positif au droit naturel.

403. **Les degrés de conformité au droit naturel.** - La rupture du lien analogique entre loi et bien produit une coupure avec la finalité de justice. Théoriquement, elle devient égale en valeur à n'importe quelle autre finalité. L'esprit du Code civil, tourné vers le refus d'un appauvrissement, marque la présence continue de cette finalité, même si son statut est celui d'une finalité extrinsèque. Toute règle participant à la justice peut être considérée comme conforme, au moins partiellement, au droit naturel. Viennent ensuite la nature de l'homme et la nature des choses. Une pleine conformité correspondra à une compréhension riche de l'homme et des choses. Une faible conformité aura lieu en présence d'une lecture appauvrie de la *nature*. On vise les modes de réduction de la nature par la primauté d'un transcendantal, la centralisation des causes dans la cause formelle, l'éviction de l'existence et de l'exercice

pour ne conserver que l'essence, et la réification de la nature<sup>984</sup>. Une absence de conformité signifiera une violation du principe d'identité par l'affirmation qu'une chose ou qu'un homme n'est pas ce qu'il est. Cela étant posé, on peut par exemple se demander si la proximité avec le droit naturel est plus grande lorsque le prix est une condition de formation du contrat ou une modalité d'exécution. Sur le plan de la finalité de justice, l'un comme l'autre suscitent également un rapport contractuel juste même si une disproportion peut survenir. La nature de l'homme n'intervient pas de manière générale. La nature des choses est également accessoire dans la question du prix. L'indifférence de la nature des choses et de l'homme favorise une extension de la liberté octroyée au législateur. Quoiqu'il en soit, le choix d'une règle constitue la mise en avant d'un postulat à partir duquel certaines solutions seront nécessaires, possibles ou impossibles. Mais cet impossible est relatif au postulat choisi, non au droit naturel. Ce qui est contraire à la logique juridique n'est pas systématiquement contraire au droit naturel. La référence au droit naturel permet de relever la relativité d'une impossibilité et de remettre en cause le postulat initial. On rappelle ainsi la suppression d'une étape. Si la loi est une transcription du droit naturel et que cette loi produit des conséquences juridiques, ces dernières doivent être analysées directement à partir des arguments jusnaturalistes afin d'en apprécier la légitimité.

404. **Les difficultés d'un degré trop faible de conformité au droit naturel.** - La volonté est la tension de l'esprit vers une chose. L'acte de volition caractérise les actes juridiques. Selon la formule de type jusnaturaliste, *la volonté connaissance est tendue, en vertu l'inclination de la nature de l'homme, vers la chose qui est son bien en tant que fin*. L'esprit du Code civil diffère fondamentalement de cette conception concernant la volonté. On n'entrera pas dans un débat relatif au moment de l'apparition de l'autonomie de la volonté<sup>985</sup>. Ce principe n'est pas conforme au droit naturel car il est trop éloigné de la véritable nature de l'homme. La formule jusnaturaliste implique que la connaissance est proportionnée à la chose d'où une limite. L'autonomie de la volonté, énoncée comme fondement, part de l'idée d'une liberté et de la détermination précise de leurs intérêts par les parties. Une vocation d'absolu se cache derrière ce concept. En suivant ce principe d'autonomie de la volonté, plusieurs conséquences juridiques en découlent nécessairement : la liberté de contracter, le choix du contractant, le contenu du contrat. Ces conséquences apparaissent comme nécessaires. Pourtant, de nombreuses exceptions viennent affaiblir ces conséquences. Plus un postulat

---

<sup>984</sup> *Supra* n°49

<sup>985</sup> *Supra* n°166



juridique s'éloigne de la véritable nature de l'homme ou des choses, plus les règles limitant ces conséquences sont nombreuses afin de compenser cette déformation de la réalité.

405. **Problèmes de fondement et de justification.** - On a vu que des règles de droit pouvaient varier sans affecter le droit naturel. L'étude du droit positif implique une recherche théorique visant à structurer les règles de droit à travers une cohérence unitaire. Le statut des règles de droit, en tant que restriction à la liberté orientée vers le conditionnement des comportements, rejaillit sur la question récurrente du fondement et de la justification<sup>986</sup>. Dans un arrêt du 3 juillet 2013, la question s'était posée de savoir si une commission était due à une agence immobilière lors d'une vente à un locataire bénéficiant d'un droit de préemption<sup>987</sup>. La question est intéressante parce que le fondement juridique justifie l'obligation ou non de payer une commission. La Cour de cassation a estimé, au visa de l'article 15 II de la loi du 6 juillet 1989 et de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970, que « le locataire titulaire d'un droit de préemption acceptant l'offre de vente du bien qu'il habite qui n'a pas à être présenté par l'agent immobilier, mandaté par le propriétaire pour rechercher un acquéreur, ne peut se voir imposer le paiement d'une commission renchérissant le prix du bien ». On trouve cependant des solutions différentes - imposant une commission - dans des domaines autres que le logement. Cette différence de traitement impose une attention particulière sur le raisonnement employé. La loi du 2 janvier 1970 justifie le paiement d'une commission par un travail de recherche et de présentation. Plus généralement, on pourrait également invoquer la notion de cause sous réserve d'une divisibilité du prix de vente et du prix de la commission. Dans ces deux cas, aucune commission n'est due en l'espèce. Pourtant l'offre émise comprenait le prix de la commission. L'acceptation de l'offre par le locataire, à travers le droit de préemption, constitue un argument en faveur de l'agence immobilière. De plus, l'arrêt s'inscrivait dans le cas particulier d'une substitution dans les droits d'un tiers acquéreur n'ayant pas respecté le droit de préemption. A ce titre, la substitution peut être considérée soit comme totale soit comme partielle. Dans le premier cas, la commission est intégrée à la substitution. Dans le second cas, elle en est exclue. La diversité des justifications théoriques possibles rend incertaine toute prévisibilité. La solution finale (octroi ou non d'une commission) requiert d'être appréciée directement au regard du droit naturel avant le médium des lois. Selon le principe qu'il faut rendre à chacun ce qui est le sien, l'absence de recherche et de présentation

---

<sup>986</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, éd. Bière, 2001, p.55-72

<sup>987</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 juill. 2013, n° 12-19442, note L. Lauvergnot, *JCP G* 2013, p.1790 ; note B. Vial-Pedroletti, *Revue Loyers et copropriété*, oct. 2013, com. 268, p.16-17

empêche toute commission, ce qui soulève le problème des domaines, extérieurs au logement d'habitation, où la commission est maintenue. Sur un plan logico-juridique, la solution est également valide mais suppose la critique jusnaturaliste comme mesure de la valeur théorique de la solution retenue.

406. **Problème d'extension des notions.** - La définition n'épuise pas toute la signification d'une notion. La nature exprime l'identité d'une chose d'où sa nécessité. Les réductions potentielles du sens de la nature permettent de donner aux choses une extension plus ou moins grande selon la lecture adoptée. Cette extension variable concerne des thèmes aussi variés que la propriété le professionnel ou l'ordre public. L'appartenance à un régime juridique ou son exclusion, conduisent à des conséquences importantes, notamment au niveau patrimonial, du point de vue de la justice. Les règles de droit énoncent des définitions, posent des principes fondateurs et restreignent la liberté d'action contre les déséquilibres entre les forces des parties. La substitution des règles, entendues comme instruments juridiques, est notamment possible concernant les règles limitatives de liberté. Les définitions ne peuvent être modifiées de la sorte puisqu'elles répondent à une certaine stabilité. Reste les principes fondateurs à partir desquels des lois sont déduites. Dans son article 1134, le Code civil impose une obligation de bonne foi dans les contrats. Il s'agit là d'une règle fondatrice, visant un contenu, et ainsi, proche du droit naturel. L'extension ou la réduction de la bonne foi, selon la lecture adoptée, produit des conséquences juridiques telles qu'on a pu, par exemple, le voir dans l'arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 1992 (*Huard*). En l'espèce, un contrat à exécution successive, établi sous certaines conditions, empêchait, par la survenance de nouvelles circonstances économiques (libération des prix de ventes des produits pétroliers au détail), un distributeur agréé de pratiquer des prix concurrentiels. Théoriquement, la volonté exprimée lors de la formation du contrat lie les parties. Toute modification de son contenu ne peut intervenir que par un accord des deux parties. La Cour de cassation a cependant estimé que la société pétrolière n'avait pas exécuté son contrat de bonne foi. On en déduit la nécessité d'une renégociation du contrat. Le conflit entre la force de la volonté et l'incidence de la bonne foi est latent. L'importance de la volonté dans la force obligatoire au sein du Code civil aurait pu faire penser à une primauté, en l'espèce, de la volonté formatrice du contrat. L'extension de la force de la bonne foi a permis une relativisation de la volonté. C'est en modifiant la lecture classique de la nature de la bonne foi que le juge a provoqué une telle décision.

407. **Extension des concepts et universalité.** - Dans l'esprit jusnaturaliste, *la volonté connaissante est tendue, en vertu de l'inclination de la nature de l'homme, vers une chose qui est son bien en tant que fin*. Cette formule est une tentative de rationalisation de l'Idée universelle du droit. Elle signifie par le multiple (pluralité de concepts) une Idée universelle. Autrement dit, la volonté participe autant de l'universel que la connaissance, l'homme ou la chose, dans la proportion de nature de chacun. La volonté est analogiquement liée au bien. Elle s'exprime de « bonne foi ». De même que la bonne foi « contient » forcément un acte volitif qui la rend apparente. En un sens, la formulation jusnaturaliste pourrait très bien être réduite à la l'expression d'une *volonté tendue vers le bien*, dès lors qu'on percevrait la dimension universelle de la volonté, sans qu'il soit besoin d'ajouter les autres termes ne faisant que préciser par le multiple l'Idée du droit. Lorsqu'on sépare le droit positif du droit naturel, ces termes ne sont plus liés à une Idée universelle. Le lien étant rompu, ils deviennent autonomes et peuvent se justifier comme fondement alors qu'ils n'étaient jusque-là que des « intermédiaires » aussi importants soient-ils. Bien que la construction du droit positif s'impose sous de nouvelles fondations, l'unité analogique perdure de manière sous-jacente. On explique ainsi pourquoi l'extension de certaines notions peut compenser, sur un plan vertical, la restriction de sens d'autres notions. Elle les déborde parce que, sur le plan jusnturaliste, elle les contient sous le mode de l'universalité. L'absence de principe général de lésion pourrait très bien être compensée par le concept de cause tel qu'on a pu le voir de 1996 à 2009 dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La bonne foi peut également compenser le refus de l'imprévision<sup>988</sup>. Dans un arrêt du 10 juillet 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé le champ de la bonne foi par rapport à la volonté. Elle a déclaré que « Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenues entre les parties ». Cet arrêt sépare bien la volonté de la bonne foi. La solution se justifie pleinement sur le plan de la validité juridique mais relève d'une séparation radicale de ces deux notions, critiquable d'un point de vue jusnaturaliste. Les faits eux-mêmes soulignent les difficultés de la solution. En l'espèce, une partie ayant acheté les parts d'une société avait invoqué une

---

<sup>988</sup> En suivant la technique juridique, on trouve de nombreux moyens de justifier l'imprévision. Par exemple, la rencontre des volontés lors de la formation d'un contrat fait rarement l'objet d'une délibération exhaustive. Les parties se contentent des points les plus caractéristiques. En faisant de la volonté un état et non une chose, on peut avancer l'idée que l'acceptation de l'imprévision ne portera pas atteinte à la volonté car celle-ci ne se serait pas exprimée sur tous les cas envisageables. La force obligatoire du contrat, issue de la rencontre des volontés est sauvegardée. Cf. A. BRUZIN, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Bordeaux, 1922, p.322 et suiv.

clause de garantie de passif à son avantage, alors qu'elle avait été à l'origine de la dette née antérieurement à la cession des parts mais apparue postérieurement. Une extension de la notion de bonne foi aurait été possible sur le plan logique, comme l'avait permis la Cour d'appel.

## *B. LA NATURE DES CONSEQUENCES JURIDIQUES FACE AU DROIT NATUREL*

### 1. La subjectivisation critiquable de la nature

408. **La multiplication des règles de droit.** - L'observation continue des situations permet de cerner une récurrence dans certains transferts de valeurs. Lorsqu'une chose est transmise contre une somme d'argent, on qualifie ce schéma de vente. La force unifiant la situation au terme qui la signifie permet d'y voir une stabilité suffisante pour y adjoindre un régime juridique. La finalité se situant dans le paiement du prix et la délivrance de la chose dans son intégrité, des règles limitant la liberté en conditionnant les comportements font figure de régime juridique. Lorsqu'une règle possède un champ trop large par rapport à sa mesure, d'autres règles viennent la restreindre. Les règles limitatives de liberté possèdent elles-mêmes un contenu signifié par des mots. Ces mots peuvent être compris de manière très variable selon la lecture qu'on en fait. L'atteinte à la liberté s'en trouve affectée soit dans un sens positif, soit dans un sens négatif. Il s'agit d'apprécier le respect de la liberté des personnes à travers le sens assigné aux restrictions de liberté par les règles de droit. Parler de limite à la liberté contractuelle requiert une compréhension première de ce qu'est un contrat.

409. **La détermination de la nature du contrat entre objectivisme et subjectivisme.** - L'article 1135 et les articles 1156 à 1164 du Code civil renseignent sur les moyens d'interpréter un contrat dont le contenu révélerait des obscurités. La commune intention des parties signifie, avec le plus d'immédiateté, le subjectivisme caractérisant l'interprétation des contrats (art. 1156 C.civ.). L'idée est en conformité avec l'esprit du Code civil, lié à l'autonomie de la volonté. Pourtant, les autres règles spécifiant les techniques d'interprétations favorisent une lecture objectiviste même si l'ensemble du *corpus* n'est pas d'ordre public, ce qui relativise la distinction. La référence à la primauté de la clause produisant des effets, à la conformité des termes au contrat ou encore à l'usage dans le pays où l'acte est passé, souligne la considération objectiviste susceptible de guider l'interprétation de l'acte.

410. **Approche critique de l'objectivisme et du subjectivisme dans les contrats.** - Le rapport entretenu entre ces deux pôles distincts est à nuancer parce que l'existence, tant de l'objectivisme que du subjectivisme, dépend d'une considération première relative à la nature du contrat. Autrement dit, ce qui apparaît au premier abord objectif, perd cette qualité lorsqu'on l'insère dans une lecture idéaliste du Code civil. Deux points distincts permettent de comparer une conception réaliste du contrat et une conception idéaliste. D'une part, on se situe sur la fonction de la volonté. Dans l'idéalisme, la volonté est la source du contrat. Elle justifie sa force obligatoire par sa puissance législative. Le réalisme interprète moins radicalement la volonté en lui attribuant un statut de révélation d'un ordre antérieur premier<sup>989</sup> sur lequel elle fixe un cadre qui constituera le champ contractuel. D'autre part, la volonté comprise par le réalisme n'est pas autonome. Elle est nécessairement liée à un objet auquel elle s'ordonne. La volonté de l'idéalisme est autonome d'où un renversement dans la lecture du contrat. La volonté n'est plus proportionnée à la chose, elle est désormais un pôle rationalisé qui apprécie les choses par rapport à elle-même selon une vision univoque. Le privilège donné par le Code civil à quelques éléments objectifs ne peut occulter en aucune manière le fond idéaliste dans lequel est compris et appliqué le contrat dans l'esprit contemporain. L'affirmation, par l'article 1158 du Code civil, d'une prise en compte de la portée d'un terme dans le sens « qui convient le mieux à la matière du contrat », aboutit à évoquer un élément objectif de conformité au contrat tout en considérant le contrat d'une manière idéaliste. L'objectivisme en est fortement affecté. On trouve des traces récurrentes de cet état, à l'image des clauses abusives. Si l'article L 132-1 du Code de la consommation évoque objectivement un « déséquilibre significatif »<sup>990</sup>, celui-ci porte sur des droits et obligations subjectivement compris. L'objectivisme de l'expression employée est relativisé par les droits subjectifs sur lesquelles elle porte.

411. **Le rôle de la volonté dans l'appréciation des contrats.** - Selon la considération d'un contrat dont la source est soit dans l'ordre des choses, soit dans la volonté des parties, la différence de régime juridique est justifiée au niveau du mode d'interprétation. Si la volonté est une source, alors toute démarche d'interprétation doit rechercher quelle a été la volonté

<sup>989</sup> Sur la notion d'ordre antérieur et premier, cf. H.-A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, « Quelques réflexions sur la nature du droit », *Droits*, 10, 1989, p.81 : « Si la formulation du droit (donc le droit) est expérimentale par excellence, il faut bien avoir présent à l'esprit les couches constitutives de l'expérience qui est « réflexion » ». J.-M. TRIGEAUD, *Justice et hégémonie*, éd. Bière, 2006, p.124 : « ce contrat ne crée rien, il convient de ce qui est antérieurement à lui ». Comp. J. MOREAU, *Réalisme et idéalisme...*, *op. cit.*

<sup>990</sup> L'expression employée est d'origine anglo-saxonne (*significant imbalance*), F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, p.364. Les transpositions dans une langue étrangère sont toujours difficiles car les mots peuvent être entourés d'une signification sous-jacente.

réelle des parties lors de la formation du contrat. Au contraire le statut d'une volonté révélatrice d'un ordre premier conduit à interpréter ce dernier. La participation du droit positif au droit naturel dépend de la conformité de la volonté à l'idée qu'elle représente. La fausse représentation de la volonté détache d'autant plus le droit positif du droit naturel du point de vue des effets juridiques. Si l'idée de volonté, telle qu'elle ressort de l'esprit du Code civil, est proche de la réalité, il sera possible d'affirmer une présence jusnaturaliste. Un éloignement impliquera la solution contraire. L'existence de quatre conditions de formation des contrats privilégie l'idée d'une place centrale de la volonté mais insuffisante en soi à se départir de l'ordre des choses signifié par l'objet et la cause. Le champ du droit, étendu à la jurisprudence voire à la doctrine, illustre toutes les tendances mais montre la relativité de la volonté par rapport à d'autres données extérieures. La multitude des régimes juridiques portant atteinte à l'idée d'une volonté fondatrice (acceptation par le silence<sup>991</sup>, contrat entre absents, clause non-conforme au contenu du contrat, délai raisonnable d'une offre, jurisprudence relative aux contrats d'assistance, conflit de volontés à travers l'effet relatif des contrats) tendent à prouver la prise en compte d'un ordre que la volonté ne peut évincer. De nombreux effets juridiques trouvent leur contenu dans cet ordre.

412. **Illustration par les clauses contractuelles.** - L'ordre évoqué vise, très concrètement, les choses que le droit prend en compte. La résistance issue de leur matière, la signification qui est la leur opérant une différence avec ce que la chose n'est pas, et surtout la valeur qu'elle renferme, constituent l'ordre des choses. Dans un contrat, l'ordre visé dépendra des choses objet du contrat<sup>992</sup>, des volontés qui s'y attachent, de l'ordre public et de manière générale de la situation dans laquelle s'intègre tous ces éléments. L'appréciation du contrat se mesure au niveau de la cohérence entretenue dans le contenu du contrat et les clauses qui lui sont ajoutées. La liberté contractuelle ouvre la possibilité aux parties d'inclure des clauses. Pourtant, les clauses entrant en conflit avec le contenu du contrat seront réputées non écrites quand bien même les parties auraient stipulé le contraire. La volonté ne peut dépasser un ordre des choses s'imposant à elle. Ainsi en est-il par exemple d'une clause stipulant l'absence de lien d'indivisibilité entre deux contrats dont le lien tend pourtant à considérer l'existence de ce type de lien<sup>993</sup>. La Cour de cassation avait estimé que les deux contrats étaient indivisibles malgré une clause explicite excluant l'indivisibilité.

---

<sup>991</sup> Cass. com., 18 janv. 2011, Bull. 2011, IV, n°3

<sup>992</sup> A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005

<sup>993</sup> Cass. com., 15 février 2000, D. 2000, somm. p.364, obs Ph. Delebecque

413. **Le rôle de l'obligation dans le contrat.** - L'article 1101 du Code civil exprime clairement le rapport d'engagement entre plusieurs volontés centrées autour des obligations de donner, de faire et de ne pas faire. Certes, la nature du contrat peut être comprise objectivement, selon un ordre premier, déterminant lors de la formulation des effets juridiques. Mais cet objectivisme est parasité par la transcription systématique des données en termes d'obligations compris comme des droits subjectifs. La transcription de l'ordre premier et antérieur est nécessaire dans l'élaboration des règles de droit. Mais lorsque la transcription n'est pas parfaite, elle modifie la perception de cet ordre des choses. Or, si un raisonnement jurisprudentiel, ou doctrinal, se construit à travers ce qui a été retranscrit, les effets (censés découler de la nature des choses) n'en sont plus qu'une image déformée et réduite. Le passage par le langage des droits et obligations, au sens subjectif, perturbe la référence à la nature dans la détermination des effets juridiques. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1999, un vendeur a vu sa responsabilité engagée pour vice caché sur la chose vendue, alors qu'à aucun moment il n'avait eu une maîtrise matérielle de la chose. L'impossibilité pratique de connaître le vice n'a pas empêché la Cour de cassation de considérer qu'il était censé connaître les vices dont la chose était affectée. Il en résulte que le critère de la garantie repose sur la propriété et non sur le *corpus* de la possession. La logique ne s'est pas construite sur l'ordre des choses mais sur le résultat de la transcription de cet ordre. Le droit réel est la mesure de cette décision, et non le *corpus*. Le résultat, paradoxalement, est plus objectif car ce n'est pas la faute qui importe mais le déséquilibre. La question se répercute sur la distinction entre garantie et responsabilité. En tout état de cause, *la nature du contrat et celle de l'obligation sont les éléments premiers à poser avant d'explicitier le sens des effets juridiques*. Le sens de la notion d'obligation constitue une première face à laquelle s'adjoint une autre manière d'en appréhender l'importance à travers sa fonction totalisante. Si la description de l'ordre des choses est proportionnée à la notion d'obligation comprise comme droit subjectif, à l'exclusion d'autres mécanismes explicatifs, cela signifie que tout l'ordre des choses doit rentrer dans ce paradigme. Or, on peut être tenté de forcer les choses en les introduisant dans un moule qui ne leur est pas conforme en fonction de leur nature. Si toutes les explications, justifications et constructions se fondent sur un concept transcripteur insuffisant, les choses entrent dans une nature qui n'est pas la leur, même si des éléments partiels de communauté sont constatables. Ainsi, n'apprécier que les effets personnels des contrats peut être vu comme réducteur dès lors que des effets réels sont décelés. L'importance de ce constat joue sur la construction du régime juridique en fonction d'une nature.

414. **Obligation naturelle et droit naturel.** - L'obligation naturelle ne permet pas au créancier de contraindre le débiteur à s'exécuter parce que la contrainte fait défaut. L'obligation naturelle apparaît de deux manières. D'une part, une obligation civile a pu se changer en obligation naturelle par la prescription entendue dans le sens d'une extinction du délai pour agir. D'autre part, l'obligation naturelle peut exister indépendamment d'une obligation civile sur laquelle elle se rattacherait. Ainsi en est-il de l'aide apportée à l'ex-époux divorcé ou aux frères et sœurs. L'absence de fondement proprement juridique favorise la mise en avant de l'obligation naturelle comme image représentative d'une présence jusnaturaliste dans le droit positif. Au regard des qualifications, du contenu du droit, des effets juridiques et des rapports d'égalité, l'idée d'obligation naturelle semble plutôt représenter une figure secondaire du droit naturel par rapport à une présence plus massive mais sous des formes moins apparentes. Des hypothèses ont été émises pour décrire l'obligation naturelle. Dans la lignée de Aubry et Rau, l'obligation naturelle a été assimilée à une obligation juridique imparfaite. La conception moderne privilégie une approche morale par référence à un devoir de conscience.

415. **Obligation naturelle et subjectivisme.** - La conception subjective de l'obligation est problématique car elle modifie substantiellement le sens de l'obligation naturelle. Elle donne à penser qu'un lien de droit préexisterait entre les parties, dans le « ciel des idées ». L'écueil réside dans une interrogation manquant sa cible puisque la question devient celle de trouver la source de la force juridique touchant soit l'obligation juridique imparfaite, soit le devoir de conscience. Présentée sous cette forme, l'obligation naturelle est à critiquer. Dans un sens réaliste, l'obligation naturelle vise un ordre antérieur qu'une volonté ou une exécution volontaire, juridiquement légitime, fait entrer dans le champ obligationnel. La volonté déclare un ordre des choses préexistant exprimé juridiquement immédiatement sous une forme subjective qui est la forme pré-logique majeure dans la compréhension actuelle du droit. Autrement dit, le prisme subjectif est le moyen dominant par lequel la réalité peut être interprétée. Sans cette lunette subjective, la réalité perd sa cohérence et ne peut être interprétée, jugée, appréciée.

## 2. Les conséquences tirées d'une nature objective

416. **L'interprétation du contrat par la nature des choses.** - La remise en cause de la nature du contrat par une relativisation de la place de la volonté et de l'obligation, est



l'occasion de redessiner les effets juridiques en partant de la nature des choses comme nouveau postulat censé mieux correspondre à la réalité. Au niveau de l'interprétation, les différences sont peu présentes car la volonté, si elle n'est pas une source, révèle aux parties les prétentions de chacun en fonction d'un ordre antérieur. La recherche de la commune intention des parties se confond principalement avec l'ordre antérieur dans lequel les volontés se sont déterminées.

417. **La lésion selon la nature des choses.** - Un point plus problématique est celui du déséquilibre entre les prestations des parties. Si l'on s'en tient à un ordre premier sur lequel se règle la volonté, la modification du contenu du contrat trouvant sa cause dans un changement dans l'ordre des choses peut justifier un rééquilibrage pendant l'exécution du contrat même s'il n'avait pas été prévu. C'est une différence majeure avec la position classique du Code civil refusant un principe général de lésion<sup>994</sup>. *A priori*, la référence à la nature des choses semble plus proche d'une conception de la cause permettant de rééquilibrer les contrats, à l'image du solidarisme contractuel<sup>995</sup>. Pourtant, il faut nuancer parce que la référence à la nature des choses peut constituer le point d'appui d'inégalités importantes. Soit l'ordre des choses que la volonté révèle est un ordre « égalitaire », ou en tout cas se donne à être égalitaire parce qu'on vise la valeur des choses non limitées au pécuniaire et dont toute personne participe proportionnellement en tant que personne. Dans ce cas, le rééquilibrage contractuel se justifie pleinement. Soit l'ordre des choses est compris sous la forme réduite d'un matérialisme où la force est le signe de l'ordre<sup>996</sup>. En ce sens, les répartitions antérieures constitue l'ordre des choses d'où la justification d'inégalités légitimées. Certes, le contrat pourra être modifié s'il y a lésion mais l'absence d'équilibre lors de la formation du contrat ne sera pas contraire à l'ordre des choses, puisque justement, il y sera conforme.

418. **La bonne foi et la nature des choses.** - Tout comme le contrat, la bonne foi est susceptible d'une interprétation objectiviste ou subjectiviste. De même, la notion d'obligation conditionne son sens et sa portée. La bonne foi, bien qu'évoquée à l'article 1134 du Code civil, c'est-à-dire à l'occasion d'un contrat déjà existant, s'étend sur un domaine plus vaste

---

<sup>994</sup> G. CHANTEPIE, *La lésion*, Préf. G. Viney, LGDJ, 2006, n°495-508

<sup>995</sup> *Infra* n°604

<sup>996</sup> M. BASTIT, « Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique », in *L'acte juridique, Droits*, n° 7, 1988, p.11-12 : « Si l'acte juridique ne prend son sens que par opposition au fait, une telle dichotomie implique un rapport de l'homme à la nature tel que celui mis en place par les stoïciens, et qui, par-delà Descartes, imprègne fortement le langage juridique. Cette opposition ne peut être surmontée que de deux façons : la maîtrise cartésienne de la nature ou l'acquiescement fataliste à l'ordre du logos des stoïciens. L'un ou l'autre domaine, la substance pensante ou l'étendue, doit s'effacer ».

comprenant la phase pré-contractuelle voire post-contractuelle<sup>997</sup>. Avant que la rencontre des volontés n'ait eu lieu et lorsque le contrat est éteint, la bonne foi constitue le fond du tableau que les parties ne sauraient effacer. L'ordre des choses revient à travers ce principe, dont le développement fut progressif au 20<sup>e</sup> siècle et exponentiel à partir des années 1980. La Convention de Vienne du 11 avril 1980 propose d'ailleurs une harmonisation dont la bonne foi tient une bonne place<sup>998</sup>. L'ordre des choses reste à préciser. Initialement l'ordre antérieur et premier des choses n'est pas une collection de droits et d'obligations (de droits subjectifs) flottant dans l'océan de la réalité. Il vise plus modestement, empiriquement et immédiatement la nature des situations sans que celles-ci ne soient déjà retranscrites dans un discours rationalisé. La bonne foi ordonnée à l'ordre des choses n'est pas la bonne foi ordonnée à l'ordre des droits et obligations. Dans cette dernière hypothèse, la bonne foi tend à relever d'une dimension morale. La mauvaise foi subjectivement appréciée vise le comportement non-conforme à la prescription légale. Dans ce fond idéaliste, une conception objective de la bonne foi est envisageable lorsqu'elle vise le déséquilibre des prestations<sup>999</sup>. Mais cet objectivisme ne saurait être assimilé à un réalisme même si les différences sont parfois moins nettes au niveau des conséquences juridiques. La considération d'un contrat dont la source est la volonté, conduit à adopter une vision idéaliste et rationnelle de la bonne foi. Celle-ci devient le respect conforme aux volontés exprimées lors de la formation du contrat. Plus encore, elle cadre avec les obligations des parties comprises comme ce que la loi commande au sujet pour un certain type de contrats. Le respect de la bonne foi devient celui de la règle posée par le législateur ce qui laisse en suspens ce qui n'a pas été prévu et le caractère général, donc incomplet, du champ de ces obligations. La bonne foi est dans le respect de la transcription rationnelle de l'ordre des choses compris à travers l'homme. En ce sens, il devient difficile de justifier l'existence d'une bonne foi avant toute rencontre des volontés, à moins d'une consécration législative ou jurisprudentielle ; quoique que le recours à la jurisprudence trahisse un autre fondement que la volonté. Plus objectivement, selon l'acceptation d'un ordre des choses premier, la bonne foi perçoit une donnée extérieure, la même que celle à laquelle s'ordonne la volonté, permettant son existence avant la rencontre des volontés et après l'extinction du contrat.

---

<sup>997</sup> Certaines jurisprudences permettent de soutenir un principe de bonne foi : A propos d'un contrat de travail, Soc. 6 févr. 2001, n° 98-46.345, Bull. civ. V, n° 43, *JCP* G 2001. II. 10576, note Puigelier ; Civ. 3<sup>e</sup>, 14 sept. 2005, *JCP* G 2005. II. 10173, note G. Loiseau

<sup>998</sup> La Convention de Vienne est l'occasion d'une rencontre entre des droits d'esprit très différents. Le réalisme anglo-saxon se distingue clairement du subjectivisme du droit français.

<sup>999</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juin 1999, n°95-13866, à propos de la mauvaise foi présumée du professionnel dans le cadre de la garantie des vices cachés.

## **CONCLUSION DU TITRE**

419. **Les choses et les effets.** - L'étude des choses et des concepts avait permis de révéler l'originalité de la présence du droit naturel. L'argument jusnaturaliste trouve à s'intégrer dans tous les plis du droit parce qu'il s'attache à la chose. Comme le droit traite des choses et se compose de concepts, il fallait exposer en quoi les concepts pouvaient s'exprimer par le biais des choses. En démontrant que les choses sont le lieu privilégié d'expression des concepts, la force de l'argument jusnaturaliste était vérifiée. Au-delà des qualifications, il s'agissait d'apprécier le droit naturel dans le contenu du droit positif et plus précisément dans le rapport entretenu entre la qualification et l'effet juridique qui s'ensuit. A cette occasion, plusieurs arguments junsaturalistes, de dimension ontologique, ont été exploités. On relève notamment les couples existence / non-existence ; cause / effet ; général / universel ; fait / droit. Chacun d'eux est intimement lié aux autres. La cause, comprise selon le mode de la généralité, produira des effets généraux et non universels. Le discours sur l'existence et la non-existence relève également du rapport du général et de l'universel. L'existence et la fin des situations juridiques permettent un discours juridique critique à partir des concepts théoriques : autonomie de la volonté, liberté, consentement, capacité, cause, objet. L'argumentation jusnaturaliste, en centrant ses efforts sur les choses, interroge les concepts juridiques sous une autre forme. Il ne s'agit plus d'appliquer les couples exposés ci-dessus aux concepts mais aux choses avant leur conceptualisation. Le concept étant second par rapport à la chose, puisqu'il signifie *a posteriori* les choses d'après les propriétés communes qu'elles partagent, l'argument jusnaturaliste est plus originaire. Les concepts ne sont pas pour autant discrédités. Leur intérêt reste justifié par les nécessités pratiques du droit positif. La vertu des arguments jusnaturalistes est de porter un éclairage sur les zones d'ombres du droit. On vise principalement les problèmes de frontières au niveau des qualifications, lesquelles emportent des conséquences substantielles dans les effets, au regard du type de régime juridique à adopter. Le rapport de la qualification aux effets est structuré selon une argumentation technique. L'argument jusnaturaliste, en raison de son statut lié aux choses, double le raisonnement positif en montrant ses limites sans le nier pour autant. Tout en acceptant qu'un concept structure le droit positif de manière à produire certains effets juridiques, les arguments jusnaturalistes permettent de juger ce rapport de cause à effet par la mise en avant des limites et contradictions susceptibles d'apparaître.

## **CONCLUSION DE LA PARTIE**

420. **L'ordre des choses.** - En s'insérant dans les choses, l'argumentation se positionne clairement dans le paysage juridique. Compris de cette manière, c'est-à-dire non comme un droit idéal, sa contestation devient plus difficile. Tant que le droit naturel était fondamentalement distingué du droit positif, il pouvait être critiqué. En l'insérant au cœur du droit positif, comme mode d'argumentation, sa position est légitimée. La notion d'*ordre* permet d'unifier les problématiques relatives aux qualifications et aux effets juridiques. Il ne s'agit pas d'un ordre subjectivisé. Il n'est même pas à théoriser. Cet ordre doit être décrit positivement, ou au moins négativement, parce qu'il est parfois plus facile de dire ce qu'il n'est pas que d'affirmer ce qu'il est. En un sens, il faut le laisser être ce qu'il est sans chercher à le réduire par un discours réducteur. Sa signification renvoie certes à un raisonnement à partir de la nature des choses et la nature de l'homme mais il relève également du mode de l'existence, d'où la difficulté de l'exprimer. C'est dans les choses et les personnes que l'ordre se conçoit. On retourne, une fois de plus, sur ce plan premier qu'est la chose. D'ailleurs, une extension de ce processus peut être appliquée à la notion d'argument. Tout comme la chose est privilégiée par rapport au concept, l'argument jusnaturaliste est privilégié par rapport à l'argumentation. Plus précisément, on vise *cet argument-ci*. En privilégiant l'expression « argument jusnaturaliste » plutôt qu' « argumentation jusnaturaliste », on privilégie non l'argument théorisé mais celui-ci qui se fonde dans la chose. Par exemple, on ne cible pas tant l'argument de l'existence que la valeur de *cet argument-ci* en lien avec l'existence de cette *chose-ci*. L'extension de cette démarche conduit à adopter une méthode similaire à propos de la justice, ou plutôt du juste. Le droit naturel renvoie à la justice à travers le respect d'une égalité. La confirmation de la présence du droit naturel nécessite la preuve d'une recherche systématique et organisée de la justice. La jonction entre les qualifications, les effets juridiques et la justice permettra d'apprécier la force des arguments jusnaturalistes.



## PARTIE 2. L'ARGUMENTAT RELATIF AU *JUS* DANS LE DROIT POSITIF PATRIMONIAL

421. **Nécessité et contingence de l'égalité.** - Considérer que le droit naturel innerve le droit positif, c'est voir un principe d'égalité comme guide des rapports économico-juridiques entre les individus. La constance d'une recherche de l'égalité dans une multitude de domaines juridiques tend à confirmer une interprétation jusnaturaliste. Le passage de l'*argumentation* jusnaturaliste à l'affirmation d'une *présence* jusnaturaliste dépend de la preuve que l'égalité n'est pas atteinte accidentellement<sup>1000</sup>, mais par référence à la nature des choses. L'exposé reste ambigu car cette présence implique la détermination préalable du droit naturel valable parmi la diversité des droits naturels exposés par la doctrine. Les domaines privilégiés d'exploration sont les régimes matrimoniaux, les successions, le droit des sociétés ou le droit des obligations. Chacun de ces champs juridiques structurent des règles selon une égalité à rechercher et à protéger lorsqu'elle subit une atteinte illégitime. L'étude d'un droit naturel considéré comme authentique, car enveloppé par une approche jugée complète de la nature, permet de dessiner les contours des rapports entre droit positif et droit naturel sous l'étiquette minimum d'argumentation ou celle plus aboutie de présence (Titre 1). Le tableau ne doit cependant pas être déformé pour n'y découvrir que ce que l'on s'attend à voir. Le droit naturel n'est pas partout et sous la même forme. Les variations historiques concernant les modes de répartition des biens et l'existence de contrats non déterminés par un principe d'égalité caractérisent les lieux des procès contre le droit naturel. Ces thèmes explorent les cas de relativité de l'égalité, signe d'une sphère étrangère au droit naturel. Sans contester l'idée, l'interprétation jusnaturaliste permet de reformuler le problème sans chercher à l'évincer (Titre 2).

---

<sup>1000</sup> L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002, p.251 et suiv.



## TITRE 1. LA RECHERCHE D'UNE EGALITE

422. **Indétermination du droit naturel et force du droit positif.** - Si le droit naturel n'est pas connu en soi, ni son contenu exact d'ailleurs, la question fondamentale est de savoir comment l'inconnu peut alimenter un contenu juridique ? Les termes du problème requièrent des précisions. Le droit naturel est connu dans la mesure où l'on peut connaître les choses même si on ne peut aller plus loin que les limites de la connaissance. La référence à la sagesse est immédiate<sup>1001</sup>. Tout comme les choses sont connues à la mesure de la proportion de l'intelligence, le droit naturel est soumis au même principe. La transcription des choses en valeur monétaire, complétée par la distinction des égalités commutative et distributive, permet d'élaborer des règles de droit favorisant une justice plus ou moins abstraite<sup>1002</sup>. Le droit positif, uni au droit naturel, met en œuvre la justice par des voies directes ou indirectes. Les mécanismes indirects apparaissent dans la succession de conditionnements variés aboutissant à favoriser la justice et à lutter contre les inégalités. Les modes directs sont ceux qui prédéterminent les structures de répartition (Titre 1). Le rôle du droit positif n'est pas qu'instrumental car il permet au contenu du droit naturel de s'actualiser dans le monde juridique. Les contraintes juridiques imposées des règles de droit coercitives font sortir le droit naturel du simple discours et lui donne une application concrète. (Titre 2). Le droit naturel est une forme qui implique une matière (le droit positif)<sup>1003</sup>. Sans matière, le droit naturel n'aurait pas d'application, pas d'actualité. Sans forme, le droit positif serait un contenu vide de sens.

---

<sup>1001</sup> A. SERIAUX, « Les sources du droit : vision jusnaturaliste », *RRJ* 1990-1, p.168, n°7

<sup>1002</sup> J.-F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007, p.281 et suiv.

<sup>1003</sup> G. RENARD, *Le droit, l'ordre..., op. cit.*, p.38



## **CHAPITRE 1. LE DROIT POSITIF CONDITIONNE PAR LA RECHERCHE DE L'EGALITE**

423. **L'égalité est justifiée par sa présence réelle.** - Le référencement des règles de droit relatives à la recherche d'une égalité permet d'apprécier objectivement leur présence au sein du droit positif. Plutôt que de théoriser le droit naturel dans sa vocation au respect de l'égalité, il s'agit plutôt ici de partir empiriquement des données fournies par les codes pour répertorier et classer les représentations diverses de l'égalité. A cette démarche vient se greffer un apport second et fondamental de jonction du principe d'égalité avec la rectitude aux données de la nature des choses et de l'homme. La détermination de la présence jusnaturaliste comme vecteur de signification plutôt que tout autre fondement est une difficulté majeure. Le droit naturel peut être éprouvé en distinguant deux situations, sans chercher à y voir une portée absolue de celles-ci. D'une part, il s'agit de comprendre le processus d'égalité dans les situations simples, c'est-à-dire lorsque un créancier et un débiteur sont en présence. Plus précisément, ce sont les situations dans lesquelles la pluralité de créanciers ou de débiteurs ne conduit pas à doubler les questions par celles relatives à des répartitions éventuelles, proportionnelles ou non (Section 1). D'autre part, ce sont les situations « complexes » qui seront envisagées afin d'exposer les modes de répartition, notamment en cas d'actif suffisant ou d'actif insuffisant (Section 2).

### **SECTION 1. LE PRINCIPE D'UNE EGALITE**

424. **La tension entre l'égalité et la liberté.** - La présence de règles de droit conditionnant les attitudes vers l'égalité doit s'interpréter au regard d'une liberté maintenue dans les rapports économiques, sous peine de justifier une tyrannie égalitaire<sup>1004</sup>. Il en résulte une impossibilité d'imposer une égalité, qui de toute façon n'est pas préétablie sous un mode

---

<sup>1004</sup> L'égalité ne doit pas être absolutisée. Sur ce point, M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in Mél. en hommage à A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991, p.31 ; R. NEMEUEDEU, « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle », *RTD com.* 2008, p.241

rationnel et anticipé. Le seul mode acceptable est celui qui maintient une liberté de principe dans les rapports économiques (§ 1) avec une compatibilité des règles protégeant les individus contre les inégalités (§ 2). Le droit positif protège l'égalité par un conditionnement *a priori* et sanctionne l'inégalité *a posteriori*.

## **§ 1. L'INCITATION AU RESPECT DES CONDITIONS FAVORABLES A L'EGALITE**

425. **Les moyens de pression favorables au respect de l'égalité.** - Le lieu privilégié de démonstration des conditions permettant l'égalité est celui des conditions de formations requises pour la validité des contrats. Il a été démontré l'importance de chacune des conditions sous la lumière de la nature en tant que ces conditions sont les images déformées et extrinsèques d'une réalité sous-jacente et intrinsèque. Le principe d'égalité vient parfaire le schéma en permettant à ces conditions de trouver une seconde justification qui parachève l'intérêt qu'elles peuvent susciter. L'égalité transcende les concepts formels employés par le droit positif.

426. **Le consentement comme condition principale pour une égalité réelle.** - La portée du consentement dépend du cadre dans lequel on l'inscrit. Si des conditions économiques défavorables sont susceptibles de vicier le consentement donné, par des contraintes matérielles immédiates imposées à une partie à un contrat, l'individu, en tant que personne, dispose et disposera toujours d'une liberté radicale de dire « non ». On peut cependant renverser la formule en disant que la liberté radicale n'évince pas les dépendances économiques favorisant des consentements hâtifs et peu mesurés. L'inclination première du futur contractant est de s'orienter instinctivement vers son intérêt personnel. De la sorte, on peut subsumer un intérêt réel et un véritable avantage à en retirer, à partir de la simple existence d'un consentement. *A priori*, une partie donne son consentement lorsqu'il y va de son intérêt. L'échange des consentements correspond à la rencontre de deux intérêts dont la satisfaction permet d'évoquer une justice dans leur rapport juridique. La volonté libre est un instrument efficace pour parvenir à l'égalité dans les situations juridiques. Mais lorsque le contrat consenti est la résultante d'une liberté altérée (le plus souvent économiquement, mais pas seulement), la valeur du consentement n'est plus aussi élevée.

427. **Liberté et volonté.** - Le Code civil impose principalement l'existence d'un consentement sans se soucier fondamentalement, d'un point de vue théorique, d'une liberté sous-jacente. Certes, le consentement doit être libre mais la définition et la nature de la liberté manquent, ce qui se répercute sur le sens même de la volonté. Selon les positions, on affirmera par exemple que cette absence de précision de la nature de la liberté renforce le Code civil en évitant toutes problématiques confuses et sans réponses fixées. L'approche inverse, critiquant l'absence de détermination de la liberté, illustre la nécessité d'une unité conceptuelle pour éviter le relativisme. D'un point de vue jusnaturaliste, on évincera le concept abstrait de « liberté » pour privilégier la « personne libre ». La liberté ne doit pas être la mesure des choses mais plutôt être mesurée en vertu de la nature des choses. L'effet le plus immédiat consiste à justifier l'impossibilité d'une liberté absolue car toute liberté est limitée par la nature de la chose dans laquelle elle se trouve. Il reste que le droit positif ne pose pas de définition, préférant laisser le juge apprécier les situations concrètes. La liberté de déterminer le contenu d'un rapport juridique n'est pas une atteinte au droit naturel parce que la justice n'est pas prédéterminée. Elle repose autant sur un rapport mathématique que sur une considération personnelle, de portée plus intuitive. La justice n'est pas séparée de la liberté car toutes deux s'assimilent dans une même chose. Elles ne sont pas deux finalités extrinsèques concurrentes et positionnées selon un mode hiérarchique de supériorité, mais participent intrinsèquement de l'unité de la chose. La liberté laissée par le droit positif aux contractants ne constitue pas un refus du droit naturel. Plutôt que d'engager une réflexion sur le concept abstrait de liberté, il faut privilégier la réalité que constitue l'*homme libre*. Ainsi, le droit naturel s'affirme à travers une argumentation relative à la composition ontologique de l'homme (essence - existence). Partant de la nature de l'homme, par le biais de son être, on refond la problématique par une remise en cause des présupposés conceptuels ; mais sans pour autant abandonner les représentations conceptuelles nécessaires.

428. **La validité du consentement.** - Juridiquement, la liberté est présumée dans les rapports économiques et le consentement ne peut être remis en cause que dans certains cas prédéfinis. La liberté est donc protégée indirectement par l'exclusion de l'erreur, du dol et de la violence. Ces trois éléments correspondent à une représentation génériciste d'un universel sous-jacent (la liberté) mais non saisissable par l'esprit. Le passage par la généralité la rend accessible dans le règlement concret des rapports juridiques entre les parties à un contrat. La liberté est jugée, non directement en elle-même comme idée, mais par les atteintes potentielles

les plus représentatives qu'elle peut subir. Ces trois notions représentent typiquement la succession et l'accumulation de principes généraux tendant à englober un nombre maximum de situations pour approcher autant que faire se peut - mais uniquement sous un aspect quantitatif - l'universalité d'une réalité qui s'impose par participation. Cette méthode ne parviendra jamais à atteindre et protéger le consentement dans sa signification universelle. L'addition de concepts successifs les uns aux autres ne correspond qu'à une addition d'abstrait à de l'abstrait, sans parvenir au concret<sup>1005</sup>. Cependant, ce passage dans la généralité rend applicable et plus certain le consentement donné. Il évite les questionnements infinis sur le statut de l'homme au sein du monde, de la portée de sa liberté face aux contraintes qui s'imposent à lui. Mais d'un autre côté, oublier, comme on le fait trop souvent, que le consentement n'atteint sa perfection que dans la liberté, c'est oublier que derrière les règles générales, il y a une réalité qui dépasse ces abstractions, que derrière ces idées « claires et distinctes », il y a un rapport analogique à un principe premier. Une fois de plus, le droit positif interagit avec le droit naturel, et le rend actuel, en tentant de procéder par les conceptualisations les moins abstraites.

429. **Consentement et égalité.** - Poursuivant sur la même ligne argumentative, le rapport entre consentement et égalité suit un raisonnement similaire. L'idée d'égalité étant inaccessible dans son universalité, l'homme la conçoit selon un mode rationnel et génériciste. A l'image de l'erreur, du dol et de la violence, le consentement apparaît comme un instrument propre à aboutir à une égalité, dans un contrat synallagmatique par exemple. S'il y a consentement à un contrat, il y aura généralement un équilibre dans les prestations des parties. Le fait pour les parties de donner réciproquement leur consentement, présume qu'*a priori*, elles y trouvent chacune leur intérêt particulier. L'expression de « rencontre des volontés » illustre parfaitement cet intérêt réciproque issu du contrat. Les constructions juridiques du droit positif étant particulièrement abouties, ces règles suffiront dans la plupart des cas, même si elles ne peuvent atteindre une universalité, c'est-à-dire une totalité (des situations). Au consentement viennent s'ajouter la capacité, l'objet et la cause répondant au même mécanisme d'accumulation de concepts généraux pour recouvrir le maximum de situations au bénéfice d'une égalité.

---

<sup>1005</sup> L. DE RAEYMAEKER, *Philosophie de l'être. Essai de synthèse métaphysique*, éd. Nauwelaerts, Louvain, 3<sup>e</sup> éd., 1970, p.45 : « on peut ajouter indéfiniment des concepts à des concepts, de l'abstrait à de l'abstrait, sans jamais obtenir une connaissance exhaustive du concret individuel, c'est-à-dire du réel ».

430. **La capacité comme deuxième condition pour une égalité réelle.** - L'exigence d'une capacité, comme condition nécessaire à la validité du contrat, nécessite un ensemble de précisions permettant de cerner un mécanisme structuré selon une formalisation d'un type assez original. Visant la protection des incapables, le droit positif cherche à ne pas lui faire subir de perte patrimoniale et sanctionne plus facilement les inégalités qu'il peut subir issues d'un discernement affaibli et d'une liberté non constitutive d'un consentement réel. La condition de capacité apparaît comme un instrument protecteur de la partie faible, pendant la formation du contrat. Le droit positif s'ordonne au droit naturel en s'attaquant aux causes des éventuelles inégalités à venir. Sur le plan du possible, il serait envisageable de supprimer cette condition et de ne sanctionner les inégalités qu'*a posteriori*. Il ne faut cependant pas réduire la condition de capacité à un instrument potentiellement substituable par une autre règle de droit. Cela est d'autant plus vrai si l'on reprend la formule d'une *volonté connaissance tendue, en vertu de l'inclination de la nature, vers la chose*. L'unité analogique signifiée par cette expression entre la volonté et la chose implique la connaissance de la nature de la chose. En effet, on ne peut vouloir que ce que l'on connaît ; connaissance qui porte principalement sur ce qu'est la chose (sa nature), non ses éléments accidentels et relatifs. L'absence de connaissance emporte la rupture du lien et empêche la volonté de se porter véritablement sur la chose. Sans volonté réelle, due à une connaissance (capacité) défaillante, l'accession d'un contrat à l'existence est refusée. La difficulté se révèle dans la détermination de l'étendue des défaillances que peut connaître une personne. L'activité de l'esprit n'est pas uniforme et constante. Elle connaît plutôt des variations par lesquelles soit elle parvient à s'émanciper de ses faiblesses pendant certaines périodes, soit au contraire elle se fragilise par un élan perdu. Le moment de la conclusion du contrat, qui dépend de l'accord des volontés, est l'instant où la clarté de l'esprit doit s'exprimer. Or, il est toujours difficile de percevoir et de prouver le niveau de « conscience » et de clarté d'esprit d'une personne. Considérant le problème, le droit positif pose, en premier lieu, un principe de capacité présumée (art. 1123 du code civil) mais, établi en second lieu des catégories qui sont autant de présomptions d'incapacité de certaines personnes visées. Or, il s'agit de catégories abstraites à vocation pratique et protectrice. Il est donc des situations où un incapable peut posséder un discernement réel tout en étant considéré comme dénué de discernement suffisant pour le type d'acte conclu.

431. **L'universel, le droit naturel et le droit positif.** - La distinction entre droit naturel et droit positif s'illustre clairement, notamment par rapport à l'universel. Si l'universel tient compte de la réalité, le droit naturel s'en tient aux représentations de la connaissance les plus

proches possibles de l'universel, et le droit positif réside dans des représentations soumises aux contingences et aux contraintes pratiques. Juridiquement, une position universelle ne saurait se limiter à des catégories. Le droit naturel accepte les catégories, en tentant d'atteindre la plus « belle » représentation, c'est-à-dire la plus proche de la réalité. Le droit positif établit des catégories concernant les statuts (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice) et les actes (actes de la vie courante, acte de disposition, de gestion) et fait produire des effets juridiques en fonction des catégories dans laquelle s'insère une situation. Une absence de correspondance peut donc se produire. L'expression de l'universel ne peut passer par un principe puisqu'il n'est pas accessible. Le droit naturel, construit sur une représentation conforme aux choses, sera connu à travers un principe porteur d'une signification suffisamment riche pour trouver à s'appliquer à l'ensemble des situations. Le droit positif devra produire plusieurs principes pour embrasser tous les cas. La généralité des principes s'accompagnera d'exceptions, voire d'exceptions aux exceptions pour tenir compte des cas non pris en considération par les principes généraux. Plus un principe est construit sur une représentation éloignée de la réalité, plus le nombre de principes et d'exceptions à vocation compensatrice seront nécessaires. Ce constat s'étend à tous les principes du droit. Ainsi, le consentement est requis pour le contrat mais il est accompagné des concepts représentatifs que sont l'erreur, le dol et la violence, chacun ayant un régime constitué de conditions et d'exceptions.

432. **L'abstraction des catégories des incapacités.** - Pour pallier à ces inconvénients qui créent un décalage entre la réalité vécue et la fiction juridique, une série de mécanismes rectificateurs entrent en jeu. En principe, l'absence de capacité entraîne la nullité du contrat pour défaut de présence des éléments constitutifs. Mais certains contrats revêtiront une force juridique produisant des effets même si un incapable en est l'auteur. Il s'agit des actes de la vie courante, des actes d'administration et des actes de disposition. Le représentant du mineur, ou le majeur qui était mineur au moment de la conclusion du contrat, pourra tout de même agir en nullité pour défaut de capacité. Il s'agit là d'une démarche classique. Mais la particularité réside dans l'article 1125 qui dispose que : « Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté ». Selon une interprétation jusnaturaliste, ce qui importe c'est davantage la vérité de la situation sous-jacente que la validité de la situation apparente. Le refus de sanctionner une irrégularité de la part d'une seule partie déterminée (l'incapable) justifie l'idée que la formalisation de l'article 1108 et la catégorisation de l'article 1124 du code civil s'effacent devant la réalité. On obtient

un contrat irrégulier sans être nul, ouvrant un droit d'action en nullité à l'incapable et fermant cette action au contractant capable. Le souci de protection commande ce régime juridique en favorisant l'incapable. La question se pose de savoir pourquoi la représentation du concept d'incapacité s'éloigne de la réalité. L'argumentation jusnaturaliste permet d'expliquer cet état de fait. La nature de l'incapacité s'exprime par un genre et une différence spécifique. Genre et différence ont également le statut de concepts, eux-mêmes susceptibles de définition. L'incapacité possède une portée variable en fonction des présupposés contenus dans les termes de sa définition. Lorsque le droit positif pose un principe de protection des incapables, l'indétermination de ce qu'est l'incapacité enferme le principe dans la généralité, ne touchant pas toutes les situations ou ayant, au contraire, un champ d'application trop vaste. Les conséquences, du point de vue des effets juridiques, sont du même ordre. D'où la nécessité d'une appréciation des juges. Etudier le droit naturel, c'est aborder l'incapacité non dans sa définition à partir d'autres concepts, mais par l'ontologie afin d'évincer les présupposés. Il s'agit d'en revenir à la *personne capable* ou à la *personne incapable* et d'analyser sa composition ontologique. Sans procéder de cette manière, le droit positif tente tout de même de se rapprocher des représentations du droit naturel. La distinction entre capacité d'exercice et capacité de jouissance montre que le droit positif ne tient pas compte d'une image pauvre de la capacité. Il tente d'atteindre une représentation la plus correcte possible. Cette tentative révèle, si ce n'est une présence jusnaturaliste, au moins une interprétation jusnaturaliste.

433. **La protection de l'incapable contre la lésion.** - Lorsque le contrat est lésionnaire au détriment de l'incapable, celui-ci peut agir en nullité. Mais si le contrat est lésionnaire à l'encontre du contractant capable, ce dernier ne pourra agir en nullité, selon la règle de principe posée pour tout contractant (sauf règles contraires) et dont les incapables font figure d'exception. On en déduirait facilement que le principe d'égalité ne transcende pas ces règles. Il s'agit là d'un mécanisme de protection renforçant particulièrement une partie contre toute atteinte à son encontre. Le droit positif, au regard des contraintes pratiques, peut (sur)protéger une catégorie de personnes afin de dissuader toute tentative contre leurs intérêts patrimoniaux. On entre dans des choix de politique législative.

434. **L'objet comme troisième condition pour une égalité réelle.** - La condition de l'objet dans la formation des contrats joue également un rôle propre à conditionner les comportements vers l'égalité du rapport juridique. Si cette condition s'interprète comme un instrument juridique, elle ne s'y limite pas, tout comme pour la condition de capacité. La

volonté ne peut pas être tendue à vide, elle requiert une chose. La chose voulue s'élève comme le point de mesure de la détermination de l'égalité à partir d'une valeur monétaire. L'absence de chose conduirait à enlever toute évaluation. Or la justice, dans sa réalité universelle, n'est éclaircit que par un jugement, c'est-à-dire une évaluation. Sans chose, point de justice. La formation d'un contrat implique que la chose soit déterminée ou déterminable. Cette condition rejoint la volonté à laquelle elle est liée parce que ce qui se présente c'est la *chose voulue*. Dire qu'elle doit être déterminée ou déterminable, c'est révéler la nature de la chose. La connaissance de la chose voulue permet d'en déterminer la valeur, au profit d'une appréciation de la justice. En principe, la chose doit exister mais les contrats aléatoires réduisent la portée de ce principe, ce qui ne pose pas de problème car le contrat aléatoire est délié de l'égalité. Les contrats peuvent avoir des choses futures pour objet. Le danger impliqué par la limite de l'évaluation exacte du bien a conduit le législateur à limiter ce type de contrats, notamment par le biais de règles spéciales (cas, limité aujourd'hui, des pactes sur succession future).

**435. La cause comme quatrième condition pour une égalité réelle.** - La cause du contrat permet de déterminer tant l'existence que la licéité. Elle ouvre également la possibilité au juge d'apprécier l'équilibre général du contrat. L'absence de contrepartie préjuge d'un déséquilibre qu'il faut contrôler. La cause objective apparaît comme un « instrument d'équité »<sup>1006</sup>, « un instrument de justice commutative »<sup>1007</sup>. Cette fonction vise les rapports d'une partie économiquement forte face à une partie faible. La cause implique une contrepartie, un contrepoids dans le rapport d'obligations. Sans cette contrepartie, la cause n'existe pas. Dans le cas d'une contrepartie insuffisante, le problème devient difficile au regard de la compétence du juge<sup>1008</sup>. En effet, le juge n'a pas la compétence de vérifier l'égalité qui a été déterminée antérieurement par les parties au risque de réformer un contrat. Ainsi, à partir de l'argument que la cause fait défaut en ce qu'elle n'est pas réelle, la possibilité est ouverte, pour le juge, de sanctionner le contrat. L'appréciation de la cause relève du jugement par lequel l'égalité est considérée comme présente ou absente par rapport à une mesure première, c'est-à-dire l'idée de justice.

---

<sup>1006</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *L'acte juridique, op. cit.*, p.226

<sup>1007</sup> J.-P. CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle. A propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G* 1998, n° 29, p.1316 ; également, J.-M. GUEGEN, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999. chr., p.352

<sup>1008</sup> En l'absence de texte, le juge ne peut annuler un contrat quand bien même le prix serait excessif (Com., 9 octobre 1990) ou même lésion (Com., 21 avril 1980).



## § 2. LES MECANISMES EN FAVEUR DE L'EGALITE

436. **Le caractère transversal de l'égalité.** - L'expression du droit naturel trouve une voie dans le discours sur la justice. La présence transversale de la justice dans les différents domaines du droit constitue l'indice préalable d'une présence jusnaturaliste, même dans la version abstraite qu'est l'égalité. La permanence de l'égalité au sein des régimes des contrats, des quasi-contrats et des délits, prouve sa présence transversale (A). Elle s'étend également pour les domaines touchant la personne dans son affectivité et les choses dans leur objectivité (B). L'ensemble des règles de droit offre l'image d'une transcendance de l'égalité, conforme, au moins dans ces effets, au droit naturel. Sans rechercher l'exhaustivité, il s'agit de présenter les figures principales, au carrefour du droit, favorisant l'égalité.

### *A. LA RECHERCHE DE L'EGALITE : LES ACTES ET LES FAITS*

#### 1. Les contrats et les délits

437. **Similarité des principes en matières délictuelle et contractuelle**<sup>1009</sup>. - Dans le domaine des actes juridiques, toute obligation contractée impose soit une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire de la part du débiteur (art. 1136 C. civ.). L'inexécution<sup>1010</sup>, le retard ou la mauvaise exécution d'une obligation par le débiteur entraîne le droit pour le créancier d'agir en justice afin d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation ou des dommages et intérêts à hauteur du préjudice subi. Se distinguant de l'exécution forcée, l'action en réparation permet au créancier d'être satisfait par l'équivalent que constitue la somme monétaire attribuée par la décision de justice. Le principe de l'octroi de dommages et intérêts, s'il est posé à l'article 1142 du Code civil, doit être complété par l'article 1149 du Code civil, lequel dispose que « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé [...] »<sup>1011</sup>. L'action du créancier n'a pas pour but un enrichissement fondé sur la défaillance du débiteur. Concernant les faits juridiques, la survenance d'un délit engage la responsabilité de celui qui a causé le dommage. En une formule, l'article 1382 du Code civil indique que « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». La

<sup>1009</sup> Sur l'unité des responsabilités, H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 1965

<sup>1010</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p.223-238

<sup>1011</sup> L'article 1150 a également son intérêt en précisant que les dommages et intérêts correspondent à ce qui a été possible de prévoir raisonnablement à partir des indications et de l'esprit du contrat.

ligne de conduite adoptée par la Cour de cassation, en conformité avec ce principe, consiste à rappeler que le propre de la responsabilité civile est de « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime [...] dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »<sup>1012</sup>. Le critère fondamental est celui de l'objectivité du dommage, mesuré économiquement<sup>1013</sup>. On constate une unité dans la démarche du législateur, lequel tente de remettre le créancier dans une situation similaire à celle où il n'aurait pas eu à subir de dommage, sans pour autant sanctionner le débiteur dans une proportion qui dépasserait le dommage occasionné. Cette volonté d'identité de situations est à relativiser car la survenance du dommage, et ce qui l'entoure, entraîne des conséquences qu'il n'est pas toujours possible de supprimer par des mécanismes légaux préétabli, sauf à complexifier outre mesure le droit positif.

**438. La relativité d'une situation identique à la situation antérieure.** - En matière contractuelle, aucune difficulté ne se présente véritablement lorsqu'il s'agit d'une obligation de donner portant sur une chose de genre existant en grand nombre puisque son remplacement, par le biais des dommages et intérêts attribués<sup>1014</sup>, n'impliquera pas d'impossibilité pratique en soi de se procurer le bien voulu. Il en est de même pour une obligation de faire lorsque l'objet de cette obligation est susceptible d'une réalisation de même qualité par n'importe quel professionnel de niveau équivalent<sup>1015</sup>. La situation est plus précaire lorsque le contrat porte sur un corps certain dont la rareté fait obstacle à tout remplacement possible. A ce niveau, la monnaie est atteinte dans sa capacité à représenter toute valeur. Elle marque sa limite face aux valeurs non économiques. D'ailleurs, certains biens, même facilement remplaçables, peuvent tout à fait revêtir une dimension affective<sup>1016</sup> pour leur titulaire d'où l'insatisfaction d'un équivalent monétaire. La difficulté est sensiblement la même pour les contrats *intuitu personae* ou pour les obligations de ne pas faire. Il s'agit là d'une limite du jusnaturaliste médiatisé par la justice entendue comme vertu constante de rendre à chacun ce qui est le sien. D'une part, la vertu, mouvement moral

<sup>1012</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 28 octobre 1954, Cie générale française des Tramways c. Braun, *JCP* 1955. I. 8765, note R. Savatier

<sup>1013</sup> Sur la question de la faute, cf. F. TERRE, « Propos sur la responsabilité civile », in *La responsabilité*, *APD*, t. 22, Sirey, 1977, p.37 et suiv.

<sup>1014</sup> Sur la distinction et les limites entre réparation et exécution forcée, cf. A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n°403-1

<sup>1015</sup> La catégorie des professionnels est soumise aux mêmes difficultés que toutes catégories, à savoir un accès au général et non à l'universel. Sur une critique de la notion, G. PAISANT, « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, *Economica*, 1998, p.17 et suiv.

<sup>1016</sup> Pour une lecture réaliste de l'affectivité, distinguée de la lecture psychologique, cf. M. BRIARD, *L'élément affectif en droit de la responsabilité*, thèse en cours ss. dir. de J.-M. Trigeaud, Bordeaux

éprouvé intérieurement par le sujet, se transforme en règle impérative imposée extérieurement par une autorité. D'autre part, le « sien », en tant qu'il est remplacé par un équivalent monétaire (sauf le cas d'une exécution forcée) vise davantage une égalité qu'une justice. Sous cette forme, l'égalité est une représentation abstraite et mathématisée de la justice. La dimension totalisante de la monnaie tend à embrasser toutes les situations jusqu'à être suffisamment intégrée pour susciter chez les interprètes la tentation de s'en servir comme canon d'une argumentation. Pour la monnaie, la force attractive est telle que même si une chose est rare et non évaluée en argent, elle sera toujours susceptible d'une rationalisation économique par le mécanisme de l'offre et de la demande aboutissant à la détermination d'une valeur monétaire. L'exemple le plus pertinent concerne les personnes. Celles-ci ne sont pas en principe susceptibles d'être évaluables en argent. Pourtant, la rationalisation économique des droits extra-patrimoniaux illustre une pratique contraire. En matière délictuelle, le constat est similaire puisque le dommage peut concerner un corps certain rare ou une personne. Dans le cas des dommages corporels subis par une personne, conduisant par exemple à une incapacité physique, l'estimation financière du dommage se résume à une abstraction en valeur tentant de répondre aux nouveaux besoins concrets issus du handicap. Cette satisfaction concrète est le versant positif de la monnaie. En effet, la monnaie en tant que valeur, peut générer l'action concrète des individus qui la perçoivent. Cette récurrence de l'égalité confirme que le principe jusnaturaliste de justice est un mode interprétatif pertinent dans la réparation du dommage aussi bien pour les contrats que pour les délits. La prise en compte, plus qu'occasionnelle, de la nature de la chose ou de l'homme dans les mécanismes de réparations tend à faire à voir une présence du droit naturel, même si la valeur monétaire réduit le constat.

**439. Sur le rapport de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle.**

- La question s'est posée de savoir si la responsabilité<sup>1017</sup> contractuelle venait réparer un dommage ou constituait plutôt un mode d'exécution par équivalent économique - lié à une inexécution préalable du contrat - permettant au débiteur de se libérer de son obligation. Privilégiant cette seconde hypothèse, certains auteurs évincent la notion de « responsabilité contractuelle » au motif qu'elle serait fautive<sup>1018</sup>. Pour P. Le Tourneau, l'octroi de dommages

---

<sup>1017</sup> L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, PUF, 1947

<sup>1018</sup> P. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p.323 : « le code envisage [...] les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat comme un mode de paiement forcé de l'obligation (l'effet de l'engagement contracté), non comme la réparation d'un dommage injustement causé (la sanction d'un délit) »

et intérêts ne résultent pas d'une responsabilité contractuelle (considérée comme concept inexistant) mais seulement d'une « défaillance contractuelle »<sup>1019</sup>. L'auteur expose une série d'arguments au profit de sa démonstration<sup>1020</sup>. Tout d'abord, la notion apparaît comme historiquement fautive. Le code civil ne fait pas mention d'une telle responsabilité, et sa considération résulte principalement d'interprétations faites à partir de la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Ensuite, l'obligation légale issue de la non-exécution trouve sa source dans le contrat lui-même et non dans l'inexécution. Il ne peut donc y avoir réparation mais seulement exécution par équivalent. Enfin, on retiendra (parmi d'autres arguments) que l'inexécution n'entraîne pas la naissance d'une nouvelle obligation comme c'est le cas en matière délictuelle. Pour les contrats, il s'agit toujours de la même obligation dont il faut trouver un « remède »<sup>1021</sup>. L'absence de concept relatif à la responsabilité contractuelle implique une impossibilité d'adapter un régime juridique identique. Dès lors, les conditions nécessaires pour la responsabilité délictuelle (fait générateur, dommage, lien de causalité) ne sont pas requises en matière d'inexécution contractuelle. Le mécanisme adopté s'intègre dans une lecture objectiviste par laquelle seule l'inexécution contractuelle justifie la possibilité de l'octroi de dommages et intérêts. Cependant, cette lecture n'apparaît pas majoritaire. La plupart des manuels de droit font référence, même de façon nuancée, à la terminologie de la responsabilité contractuelle<sup>1022</sup>.

**440. L'interaction entre théorie et justice.** - Sans s'avancer sur la vérité que contiendrait cette théorie, on peut, plus modestement, prendre l'occasion d'évoquer le rapport entre la diversité des théories juridiques potentielles pour un domaine et leur rapport avec la justice, ou au moins, l'égalité. La diversité des théories s'explique, sous l'angle jusnaturaliste, par le sens et la portée des représentations qui en constituent les points de départ. Soient les représentations sont différentes, d'où la diversité de fondements concurrents pour justifier une réalité donnée et des conséquences juridiques différentes. Soient les représentations sont les mêmes, mais les théories adoptent des visions plus ou moins extensives de leur signification,

<sup>1019</sup> P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9<sup>e</sup> éd., 2012, p.384, n°807

<sup>1020</sup> *Ibid.*, p.382 et suiv.

<sup>1021</sup> P. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, n°3, p.323

<sup>1022</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Contrat...*, *op. cit.*, p.665 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°559 : « diverses conséquences attachées à la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle ne sont pas convaincantes. Reste que, débarrassée de ces effets injustifiés, la distinction semble bien correspondre à la réalité des choses, sinon à la réalité des mots » ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil. Obligations*, t. II / 1<sup>er</sup> vol., Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 1998, p.384, n°390 et suiv. ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. II / 1<sup>e</sup> vol., Sirey, 1962, p.330 ; A. BENABENT, *Les obligations*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2012, n°404

d'où une variété dans les conséquences juridiques. Pourtant, que ce soit une conception de la « défaillance contractuelle » ou de la « responsabilité contractuelle », la justice apparaît dans les deux cas, dans l'unité de sa signification. Elle transcende les théories du droit. Selon une approche jusnaturaliste, il existe une vérité à laquelle il faut se conformer. Cette vérité étant non accessible, seules des représentations de la vérité en offrent une image. Or, ces représentations nécessitent des définitions. On revient à la difficulté de détermination de la nature des choses par le genre et l'espèce qui sont eux-mêmes des concepts à définir. Mais dans tous les cas, ces représentations sont ordonnées à la (transcendance de la) vérité. Puisque que l'essence du droit se situe dans la justice, alors la vérité du droit s'incarne dans la justice. Les théories juridiques sont elles-mêmes ordonnées à la justice, c'est-à-dire à la vérité du droit. Procédant par représentation, à travers des concepts juridiques, les théories juridiques prospèrent sur le plan de la validité en espérant atteindre la vérité. Elles ne pourront l'atteindre qu'en remettant en cause les présupposés liés à leurs représentations. La valeur d'une théorie ne s'apprécie pas à sa validité mais à sa proportion de vérité. On justifie par là même l'existence de nombreuses théories juridiques distinctes, mais unitaires dans l'idée (transcendante) de justice qu'elles véhiculent<sup>1023</sup>. En privilégiant certaines représentations, certains concepts juridiques jugés plus adaptés à certains types de situations, ce sont les moyens de parvenir à la justice qui changent, les conditions pour y accéder. Ainsi, la théorie de la « défaillance contractuelle » refusera de recourir aux conditions de la responsabilité délictuelle (fait générateur, dommage et lien de causalité) en ciblant sur l'inexécution.

441. **Unité et dualité de nature de la responsabilité civile.** - Classiquement, on a privilégié l'idée d'une dualité entre les deux responsabilités. Elles ne partageraient pas la même nature ce qui expliquerait et justifierait des différences dans le régime juridique. C'est à cette hypothèse que se rattache l'idée d'une exécution par équivalent plutôt que d'une réparation. A cela, s'ajoute la distinction relative à la source des dommages et intérêts. Pour la responsabilité contractuelle, le contrat en est la source immédiate, tandis que pour la responsabilité délictuelle, le fondement est légal<sup>1024</sup>. La thèse unitaire met en avant les points communs par lesquels on rattache les deux responsabilités montrant que leur communauté est plus de nature que de degré. En ce sens, la responsabilité contractuelle serait une

---

<sup>1023</sup> Pour une approche similaire concernant les catégories de théorie générale du droit, cf. J. DABIN, *Théorie générale...*, op. cit., 1969

<sup>1024</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n°174 : « les deux responsabilités ont leur source première dans une défaillance de conduite et elles se fondent, l'une et l'autre, sur le devoir général et légal de ne pas nuire à autrui. Mais leur source immédiate n'est pas la même : l'élément additionnel, que constitue le contrat, spécialise ce devoir en engendrant des obligations particulières et déterminées ».

particularisation de la responsabilité délictuelle. L'intérêt de la question de la nature réside dans le régime juridique. Soit la nature est identique et le régime doit suivre ce caractère identique, soit la nature diffère et le régime diffère lui aussi. Reprenant l'arbre de Porphyre - lequel illustre le mécanisme de distinction des notions par le fait de poser une différence par rapport à un genre commun - on peut justifier, par ce biais, les différences de régimes pour une communauté de notions selon un certain degré d'abstraction. Pour apprécier ces différences, il faut exposer pragmatiquement les mécanismes légaux.

**442. La spécificité du régime juridique de la responsabilité contractuelle.** - Reprenant la structure de la responsabilité délictuelle comme image comparative, on distingue trois critères : le fait générateur, le dommage et le lien de causalité. La responsabilité délictuelle affirme la nécessité d'une faute, ce qui se rapproche de l'inexécution du débiteur envers le créancier. Dans les deux cas, la responsabilité émane d'un manquement même si l'un est déterminé par les termes du contrat alors que l'autre a une origine légale. Il n'y a pas de symétrie parfaite entre les notions<sup>1025</sup>. Le régime juridique diffère quant à la preuve à fournir par le créancier. L'inexécution, en soi, suffit, sans qu'il soit nécessaire de prouver une faute de la part du débiteur. Le principe est toutefois à nuancer pour les obligations de moyens<sup>1026</sup>. Dans ce cas, le créancier doit apporter la preuve que le débiteur n'a pas fourni tous les efforts nécessaires (on parlera de soins et de diligences) à l'exécution de son obligation. Le créancier devra également apporter une preuve, en cas de retard, de la réalité du préjudice qu'il aurait subi, sauf si le retard porte sur une créance de somme d'argent. Dans ce dernier cas, le dommage est présumé car il résulte du bénéfice qu'aurait pu obtenir le créancier en faisant fructifier la somme s'il l'avait eu en possession. On perçoit le lien entre l'inexécution, la preuve et le dommage. Le dommage est une condition nécessaire pour l'attribution des dommages et intérêts dans la responsabilité délictuelle. La jurisprudence semble adopter une solution similaire pour les contrats, imposant l'existence d'un dommage et non la simple inexécution<sup>1027</sup>. Pourtant, l'article 1142 du Code civil ne fait pas mention d'un dommage, ce qui est confirmé et même renforcé par l'article 1145 du Code civil qui dispose que : « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention ». Le dommage constitue majoritairement un élément nécessaire dans l'obtention de dommages et intérêts. Les mêmes règles se retrouvent dans la

---

<sup>1025</sup> J. CARBONNIER, *Les biens. Les obligations*, PUF, 1<sup>er</sup> éd Quadrige, 2004, p.2190, n°1072

<sup>1026</sup> C'est par la distinction entre obligation de résultat et obligation de moyen qu'est dépassée l'antinomie « apparente » entre les articles 1137 et 1147 du code civil.

<sup>1027</sup> Cass. req., 5 mars 1913 ; comp. C. RADE, *Droit à réparation*, JCl, Fasc. 170, 1999, p.4, n°6

caractérisation du dommage qui doit être certain, direct et personnel<sup>1028</sup>. Une différence importante vient pourtant se greffer au regard de la particularité que constitue le contrat. Celui-ci étant la résultante d'un accord de volonté constitutif de l'obligation, les parties se sont mises d'accord sur l'étendue des obligations de chacun. Le contenu du contrat et le type de contrat constituent les frontières délimitant son champ et déterminent par là même les dommages qu'il est raisonnablement possible de prévoir. La responsabilité contractuelle ne déborde pas ce cadre d'où une limite dans les contours du dommage, notamment par rapport à une responsabilité délictuelle dont le principe reste celui de la réparation intégrale. Encore ne faut-il pas s'y tromper. Ce n'est pas le montant des dommages et intérêts prévu pour la réparation que vise l'article 1150 du Code civil mais la prévision des éléments constitutifs du dommage<sup>1029</sup>, et ce, au moment de la conclusion du contrat. L'encadrement des dommages et intérêts ouvre d'ailleurs la question des clauses limitatives<sup>1030</sup> ou exonératoires de la responsabilité du débiteur. L'absence d'interdiction en matière contractuelle se différencie nettement de la responsabilité délictuelle qui interdit ce type d'acte. Cependant, ces clauses peuvent être réputées non écrites lorsqu'elles entrent en contradiction avec le contrat même sur lequel elles portent<sup>1031</sup>. Le principe du paiement des dommages et intérêts s'impose donc, même en cas de volonté contraire prévue au contrat, selon un principe de cohérence qui s'agrège à un principe de justice. Il ne serait pas pertinent de séparer ces principes dans la recherche d'un fondement unique. La justice implique en soi une cohérence, et la cohérence est « vide » si elle n'est pas dirigée vers un bien qui la dépasse. A ces différences d'avec la responsabilité délictuelle, viennent s'ajouter d'autres illustrations telles que la protection des incapables, la compétence des tribunaux et la prescription extinctive<sup>1032</sup>.

443. **Portée du débat sous l'angle jusnaturaliste.** - En un sens, le débat doctrinal n'empêche pas le rapport d'égalité de s'affirmer dans les différentes hypothèses émises. Qu'il s'agisse d'une responsabilité contractuelle ou non, qu'il y ait réparation d'un dommage ou exécution par équivalent, la position jusnaturaliste se maintient car, hors du champ d'une formalisation du droit positif, elle vise un sous-jacent à travers *ce qui est dû* par le débiteur au créancier. Sur le plan du droit naturel, les éléments principaux à connaître sont la cause de la

<sup>1028</sup> C. RADE, « Droit à réparation », JCl, Fasc. 170, 1999

<sup>1029</sup> Com., 4 mars 1965, *D.* 1965. 449 ; *JCP* 1965. II. 14219, note R. Rodière

<sup>1030</sup> D. MAZEAUD, « Les clauses limitatives de réparation », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, p.155

<sup>1031</sup> Com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, Bull. Civ. IV, n°261, *D.* 1997. 121, note Sériaux ; *JCP G* 1997. II. 22881, note D. Cohen ; *Deffrénois* 1997. 333, obs D. Mazeaud

<sup>1032</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n°176

dette et la valeur de la dette pour que le créancier soit satisfait en cas de défaillance du débiteur au regard de l'inexécution de l'obligation. Le sentiment de justice perçue par la partie qui attend l'exécution de l'obligation dépasse toute thématization et représentation dans un langage proprement juridique<sup>1033</sup>. Si cette idée de justice transcende la relation juridique, elle nécessite tout de même l'apport d'un langage constitutif de frontières conceptuelles par lesquelles le créancier connaît les moyens concrets orientés vers la satisfaction de sa créance. L'unité analogique du droit naturel et du droit positif commande leur interaction<sup>1034</sup> et ce d'autant mieux si on reprend le rapport entretenu entre les notions de représentation, de fondement et d'analogie. La démarche vise à éclaircir les présupposés sous-jacents par lesquels est éprouvée la question de l'existence de la responsabilité contractuelle à travers sa dimension ontologique. Le constat d'une inexistence du concept de responsabilité contractuelle s'apprécie d'abord en comparaison avec la responsabilité délictuelle, notamment par une étude systématique des données juridiques relatives à chacune. Mais ce constat met aussi en jeu les termes employés pour distinguer les deux situations (responsabilité, contrat, délit). Plus encore, c'est à travers la notion d'*existence* que se comprennent tous les liens logiques. Le *rapport juridique* ne doit pas être compris uniquement dans son essence à travers un discours rationnel. C'est le *rapport juridique existant* qui met en œuvre la justice dans toute sa dimension. L'expression de ce rapport juridique existant permet de réduire les distinctions théoriques qui semblent relever de l'essence dans les raisonnements simplement rationnels. La révélation de l'existence s'imprime dans une lecture de la nature comprise comme rapport analogique de l'essence et de l'existence.

**444. Etude structurelle de l'octroi des dommages et intérêts.** - La détermination du montant des dommages et intérêts peut s'avérer particulièrement délicate. Pour éviter tout abus, et en respectant le principe d'un refus d'un enrichissement par une partie, le Code civil pose des limites. L'inexécution du débiteur ne doit pas être l'occasion d'un enrichissement du créancier à ses dépens. Le cadre est circonscrit par l'article 1149 du Code civil qui dispose que les dommages et intérêts comprennent la perte subie et le gain manqué. L'incidence du domaine contractuel se situe dans la limitation des dommages et intérêts à ce qui pouvait être

---

<sup>1033</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Essais de philosophie du droit*, Studi Editoriale Di Cultura, 1987, p.272 : « ce que manifeste surtout une telle connaissance, c'est l'élan de l'intuition qui incorpore en elle autant d'éléments affectifs et sensibles que rationnels, en dépit des efforts du rationalisme pour en relativiser les expressions typiques ».

<sup>1034</sup> Il est certain que l'indétermination du droit naturel (due à une limite des connaissances et plus précisément à une impossibilité constitutive de « saisir » l'universel autrement que comme une représentation rationalisée et donc abstraite et générale) nécessite l'appui du droit positif.



raisonnablement prévisible lors du contrat. Cette règle ne porte pas sur un montant mais sur les composants du contrat. De même, le domaine contractuel implique la possibilité de prévoir une certaine somme (ce qui le distingue de la responsabilité délictuelle). Dans ce cas, la partie défaillante doit s'exécuter même si elle estime que le montant dépasse le dommage véritablement subi par le créancier. Réciproquement, le créancier insatisfait ne pourra réclamer une somme plus élevée quand bien même le dommage subi serait plus élevé. Cette possibilité d'une prévision d'un montant de dommages et intérêts, engage le risque d'une disproportion notamment au détriment de la partie économiquement plus faible. Le principe, qui serait un moyen de déroger à l'égalité et exclurait par là même toute référence jusnaturaliste, est cependant compensé par la possibilité ouverte au juge de combattre la peine « manifestement excessive ou dérisoire ». Le pouvoir du juge se renforce d'autant plus qu'il peut agir d'office. Le Code civil tient compte de l'égalité, liant celle-ci à la liberté. Cette jonction permet de comprendre que l'égalité n'est pas une donnée préétablie ni absolue qu'il s'agit de suivre. Elle se combine et se détermine par l'acte libre des parties. Lorsque cette liberté radicale est écartée par une dépendance (économique), le juge peut agir *a posteriori* comme rectificateur d'une inégalité. Plutôt que de choisir une interdiction de principe comme en matière délictuelle, le législateur permet de saisir d'autant mieux le juste par la liberté laissée aux parties. Dans la succession des limites, l'article 1153 du Code civil poursuit la même démarche en permettant au créancier de réclamer des dommages et intérêts soumis aux intérêts au taux légal en cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent.

445. **La défaillance fautive du débiteur.** - Le principe du refus d'enrichissement d'une partie se précise nettement lorsque le débiteur défaillant a eu une « attitude » de nature à provoquer l'inexécution. Le dol du débiteur conduit à spécifier les règles d'égalité. Ainsi, toute manœuvre frauduleuse de sa part (située dans l'exécution, non lors de la formation du contrat) évince la limite des dommages et intérêts déterminée par ce qui était prévisible lors du contrat. Mais pour ne pas ouvrir la possibilité à un enrichissement même en cas de dol, le législateur lie le montant des dommages et intérêts à « ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention » (art. 1151 C.civ.). Dans le même esprit, l'article 1153 du Code civil permet au créancier de réclamer des dommages et intérêts distincts, de nature moratoire, en cas de mauvaise foi du débiteur.

446. **Le droit naturel comme canon du droit positif.** - Toutes ces règles permettent d'illustrer parfaitement la présence du droit naturel comme mesure de la structure des règles

du droit positif. Tous les éléments sont présents : un principe premier de liberté et une nécessité d'égalité comme finalité. A cela s'ajoute le refus d'une inégalité même en cas de manœuvre de la part d'une partie, selon une lecture objectiviste. Plus encore, la succession d'articles posant des règles avec leurs limites permet d'identifier des idées claires et distinctes comme représentations d'une justice non représentable autrement que dans une situation singularisée.

447. **Les dommages et intérêts à travers l'exécution forcée.** - Entre exécution forcée et dommages et intérêts, il n'y a parfois qu'un pas. Il est certain que l'octroi de dommages et intérêts au profit du créancier permet de le satisfaire par un équivalent sous forme monétaire. Mais son but premier se confond dans la finalité du contrat lui-même, à savoir son exécution. Il est juste que le créancier soit satisfait selon les termes du contrat ; il sera égalitaire que le créancier soit dédommagé en cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard dans l'exécution. Le créancier peut imposer au débiteur le paiement de la somme employée à la destruction du bien fait en contravention de l'engagement (art. 1143 C.civ.). Si le principe d'un refus de l'enrichissement d'une partie et de l'appauvrissement corrélatif de l'autre se maintient, il n'impose pas pour autant qu'une partie (le créancier) subisse une perte du fait de la mauvaise exécution d'une obligation. Le débiteur sera appauvri parce qu'il doit répondre de ses actes défaillants. En l'absence d'exécution, le créancier pourra également faire exécuter l'obligation par un tiers tout en soumettant le débiteur au paiement des dépens.

448. **Les obligations naturelles.** - Traditionnellement, l'obligation naturelle est présentée à travers l'originalité d'une absence de sanction en cas d'inexécution. Cet état s'explique par le biais du dédoublement de l'obligation en « *debitum* » et « *obligatio* »<sup>1035</sup>. Le premier correspond à la dette tandis que le second fait référence à la contrainte par laquelle la dette vient à être exécutée. Dans l'obligation civile, les deux éléments sont unis alors qu'ils sont séparés dans l'obligation naturelle<sup>1036</sup>. Deux courants ont tenté de justifier la notion d'obligation naturelle. Une première conception, de tendance objective, postule la préexistence de l'obligation dans le patrimoine avant son exécution. Elle ne serait qu'une obligation dont aucune action ne serait adjointe. La différence entre les deux obligations serait de degré et non de nature<sup>1037</sup>. Une seconde conception plus morale permet d'étendre le champ

---

<sup>1035</sup> G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p.51

<sup>1036</sup> A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2014, n°179

<sup>1037</sup> R. BOUT, « Obligation naturelle », *Rép. civ. Dalloz*, 2008, p.3, n°16

de l'obligation naturelle à des cas non pris en compte dans la conception classique. Le mécanisme de justification par la morale n'est pas difficile car, en un sens, elle est capable de transformer toutes les données en termes de rectitude de comportement par rapport à une règle posée et jugée moralement bonne. Ainsi, elle intègre toutes les situations objectives extérieures, mais elle permet également de toucher les consciences. Le champ d'application plus vaste favorise son utilisation et donc son intérêt. Pourtant, l'obligation naturelle peut se lire autrement qu'à travers le devoir moral<sup>1038</sup>.

449. **Approche jusnaturaliste de l'obligation naturelle.** - L'analyse de l'obligation naturelle est peu évidente car son inexistence n'impliquerait pas forcément de levée de bouclier de la part de la doctrine, notamment parce qu'elle peut apparaître comme non nécessaire et par conséquent, peu utile. Son caractère contingent serait un frein à la pertinence d'une analyse élaborée. Pourtant, elle constitue un exemple stimulant parce qu'elle permet d'illustrer le rapport entre droit et fait. Selon la théorie positiviste, aucun passage du droit au fait n'est possible. Certes, le droit tient compte des faits mais ils ne sont que l'occasion de la mise en œuvre d'un droit déjà structuré selon des formules a priori et émanant d'une autorité compétente. Tel n'est pas la position jusnaturaliste qui lie le fait et le droit. Cette liaison est possible car, contrairement au positivisme, le fait n'est pas compris dans sa réduction la plus abstraite. La conception classique, reprise des romains par Domat, semble plus pertinente car elle ne sépare pas l'obligation civile de l'obligation naturelle. Quand on valorise le fait (revêtant une qualité suffisante), on renvoie à la chose elle-même sur laquelle vient se greffer une obligation qui se proportionne à cette chose. Il ne s'agit donc pas de déterminer la « nature » de l'obligation naturelle, puis de donner un sens aux choses en fonction de cette nature prenant le statut de catégorie juridique signifiant les choses. En étudiant directement la chose, on contourne le subjectivisme de la notion d'obligation ainsi que les réductions potentielles de la nature.

## 2. Les quasi-contrats

450. **Le fondement de la notion de quasi-contrat.** En vertu de l'article 1370 du Code civil, certains engagements peuvent se former<sup>1039</sup> sans convention pour support. Tel est le cas particulier des quasi-contrats que le Code civil définit comme « Les faits purement volontaires

---

<sup>1038</sup> J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Préf. J. Maury, LGDJ, 1955

<sup>1039</sup> A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE, *La force contraignante du rapport d'obligation*, Préf. P. Delebecque, PUAM, 2004, p ; 111-121

de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties » (art. 1371). De la lecture des articles 1370 à 1381 du Code civil, on retient principalement l'idée d'une recherche d'égalité à travers le refus d'un enrichissement injustifié. Tel est le cas du maître, dont l'affaire a été gérée, qui doit rembourser les dépenses utiles ou nécessaires (art.1375) ou celui qui a reçu une somme indûment et doit la restituer (art.1376). Le constat est pourtant à préciser car il est des situations impliquant un quasi-contrat mais dans lesquelles on trouve une perte non contrebalancée par un profit<sup>1040</sup>. La présence jusnaturaliste sous l'instance de l'égalité est à démontrer. La terminologie même de quasi-contrat pose problème puisque l'emploi du terme « quasi » implique un « comme si » qui obscurcit la nature de la notion<sup>1041</sup>. Le recours historique est d'ailleurs lui-même assez problématique en ce que certaines interprétations ont pu modifier le concept<sup>1042</sup>.

a) La gestion d'affaires

451. **Etat général de la notion de gestion d'affaires.** - La gestion d'affaires est « l'acte par lequel une personne, le gérant d'affaires, s'immisce dans les affaires d'une autre, le maître de l'affaire, encore nommé géré, sans avoir reçu mandat de celle-ci et pour lui rendre service »<sup>1043</sup>. C'est dans une comparaison immédiate avec le mandat que se précise la gestion d'affaires. Le rapport de similitude entre ces mécanismes conduit à une communauté dans le régime juridique pour la part de ce qui est commun mais justifie d'une différence de régime pour la part de différence qui les sépare. La différence spécifique majeure (et non accidentelle) réside dans le fait que le mandat est conclu par l'accord de volonté tandis que dans la gestion d'affaires, aucun échange de consentement n'a eu lieu. La différence spécifique se situe dans la notion de consentement. Avant d'analyser l'incidence sur le régime juridique, il convient d'abord d'étudier les éléments constitutifs de la gestion pour autrui. Ces éléments permettent d'illustrer le rapport entretenu entre le droit positif et le droit naturel. A l'image de nombreux auteurs procédant de la même démarche mais avec des termes

<sup>1040</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le fait juridique*, Sirey, 14<sup>e</sup> éd., 2011, p.3, n°2

<sup>1041</sup> L'emploi du terme « quasi » implique en quelque sorte une nature « intermédiaire », ce qui contredit le principe d'identité qui veut qu'une chose n'ait qu'une nature et déterminée.

<sup>1042</sup> P. LE TOURNEAU, « Quasi-contrat », *Rép. civ.* Dalloz, 2008, p.2, n°5 : « Les obligations quasi contractuelles revinrent sur le devant de la scène, bien que Pothier n'ait pas su leur trouver un fondement unique : il retint une pluralité d'explications selon chaque quasi-contrat. Cependant, le grand juriste Orléanais, à la suite d'Heineccius, commit une confusion : il appliqua les expressions romaines aux *sources* d'où naissent les obligations, et non plus aux *effets*. Il opéra ainsi une véritable transposition d'une terminologie technique ».

<sup>1043</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n°1031

différents, on peut reprendre la formulation de G. Marty et P. Raynaud : « dégager cette notion revient à préciser les conditions d'existence de la gestion d'affaires ce qui permettra de vérifier le bien-fondé de la nature juridique qui lui a été reconnue »<sup>1044</sup>. D'un point de vue jusnaturaliste, l'existence d'une situation ne résulte pas en soi d'une réunion de conditions simplement formelle permettant sa survenance. L'exigence de conditions prédéterminées résulte d'une rationalisation conceptuelle. Il s'agit du dilemme majeur entre l'être non représentable mais universel et l'être accessible à l'esprit par une rationalisation qui en fait un concept, mais le limite dès lors à la généralité<sup>1045</sup>. Le travail d'élaboration de ces conditions résulte d'une délimitation par des concepts encadrant le plus rigoureusement possible l'extension de la gestion pour autrui. Ce n'est pas tant qu'il y aurait une Idée de gestion pour autrui - dans le ciel platonicien - mais il y a une Idée de justice dont la réalisation, au sein de cas particuliers, nécessite le passage par des concepts correctement qualifiés. Le droit naturel ne procède pas autrement. Ce qui le distingue du droit positif, c'est que ce dernier procède par la formalisation des conditions qui permettent l'existence. Cette formalisation a l'avantage de la sécurité puisque l'existence ou la non existence dépend simplement de la réunion des conditions prérequis. On en revient aux jugements simples : « oui » les conditions sont réunies, ou « non » les conditions ne sont pas réunies. Pour le droit naturel, ce qui importe, ce n'est pas tant les conditions choisies pour élever une situation potentielle à l'existence, que leur conformité à l'idée de justice entendue comme finalité non représentable en soi, mais uniquement dans le rapport juridique (et économique) juste et singularisé<sup>1046</sup>. Chaque condition doit participer de la justice et de la réalité qui a sa raison d'être. Lorsque le droit positif oublie la justice, il élève la représentation au niveau de la réalité, lui donnant un statut qu'elle n'a pas. Le passage par les conditions est donc commun au droit positif et au droit naturel. Ce qui les distingue, c'est l'ontologie qui sert de modèle au droit naturel pour apprécier la conformité de ces conditions à la finalité désignée.

**452. Les conditions relatives à la gestion pour autrui.** - Parmi toutes les règles à respecter, il convient de distinguer entre les conditions relatives au gérant, au maître puis celles concernant l'acte lui-même. Cette division tient compte des deux sujets en présence et du fait volontaire objectivement établi. La représentation respecte, *a priori*, la réalité qu'elle décrit.

---

<sup>1044</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. II / 1<sup>er</sup> vol., Sirey, 1962, p.301-302, n°338

<sup>1045</sup> Cf. introduction

<sup>1046</sup> Tout ceci justifie l'expression de « conditionnement vers » le juste singularisé. La justice n'étant pas représentable, seul un conditionnement est possible.

453. **Les conditions relatives au gérant.** - Trois éléments déterminants peuvent être mis en avant dans la qualification de gestion d'affaires. La première condition réside dans l'intention, pour le gérant, d'accomplir des actes d'administration. L'article 1372 du Code civil emploie le terme « volontairement ». L'absence d'intention ou l'erreur de celui qui pensait agir pour lui-même<sup>1047</sup> ne peuvent être source d'une gestion d'affaires. La jurisprudence avait pourtant, à une époque, réduit la portée de cette condition dans certains cas<sup>1048</sup>. Cette intention doit également être spontanée, ce qui revient indirectement à éliminer toute obligation contractuelle antérieure (mandat) et toute obligation légale (tutelle)<sup>1049</sup>. Le principe est valable pour les obligations alimentaires, les obligations d'assistance et même pour les obligations naturelles<sup>1050</sup>. Une deuxième condition se situe dans l'altruisme. L'intention du gérant doit trouver sa finalité dans un acte altruiste par lequel les intérêts du maître seront préservés. La doctrine rappelle que cet altruisme n'est pas absolu en ce qu'il serait totalement désintéressé de la part du gérant<sup>1051</sup>. La gestion d'affaires a également lieu lorsque le gérant a agi dans l'intérêt du maître en même temps que son propre intérêt<sup>1052</sup>. Devant la multiplicité des actes altruistes, plusieurs degrés se distinguent entre altruisme ordinaire, tempéré et sublimé<sup>1053</sup>. La capacité constitue la troisième condition nécessaire pour que la gestion d'affaires soit valide<sup>1054</sup>. Pourtant, des distinctions permettent d'énoncer les cas limités où la capacité est requise. Le principe est plutôt celui d'une indifférence de la capacité<sup>1055</sup>.

454. **Les conditions relatives au maître.** - La capacité du maître ne pose pas de difficulté car on estime que ce n'est pas sa volonté qui crée l'obligation mais l'acte utile accompli, d'où l'indifférence de sa capacité. C'est davantage la nature de la chose accomplie qu'une logique *a priori* de la capacité qui s'impose. L'article 1372 du Code civil précise que la gestion d'affaires peut se faire à la connaissance du maître. La ratification du maître des actes

---

<sup>1047</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le fait juridique, op. cit.*, p.10, n°6

<sup>1048</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n°1040

<sup>1049</sup> J. CARBONNIER, *Les biens. Les obligations*, PUF, 1<sup>er</sup> éd. Quadrige, 2004, p.2421, n°1214

<sup>1050</sup> A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006, p.102 : « L'exécution d'une obligation naturelle est, elle aussi, incompatible avec la gestion d'affaires. [...] En revanche, l'immixtion récupère sa spontanéité lorsqu'une personne en fait davantage que ce à quoi elle est tenue en vertu du droit positif ou du droit naturel ».

<sup>1051</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n°1028

<sup>1052</sup> H., L. et J., MAZEAUD, *Leçons de droit civil. Obligations*, t. II / 1<sup>er</sup> vol., Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 1965, p.809, n°675

<sup>1053</sup> P. LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », *Rép. civ.* Dalloz, 2008, p.5, n°11 et suiv.

<sup>1054</sup> J. CARBONNIER, *Les biens. Les obligations*, PUF, 1<sup>er</sup> éd. Quadrige, 2004, p.2421, n°1214

<sup>1055</sup> H., L. et J., MAZEAUD, *Leçons de droit civil. Obligations*, t. II / 1<sup>er</sup> vol., Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 1965, p.809, n°676

exécutés par le gérant transforme rétroactivement la gestion d'affaires en mandat<sup>1056</sup>. Le maître peut avoir également refusé toute immixtion dans la gestion de ses biens. Dans ce cas, le gérant engage sa responsabilité délictuelle s'il ne respecte pas sa volonté. Il en résulte qu'un acte illégitime (car non voulu par le maître), même utile, engendra la responsabilité du gérant<sup>1057</sup>.

**455. Les conditions relatives à l'acte.** - Les actes du gérant doivent être utiles pour le maître sans quoi la qualification de gestion d'affaires ne pourrait être maintenue<sup>1058</sup>. L'inopportunité de l'acte supprime toute possibilité, pour le gérant, de percevoir l'équivalent des biens et valeurs qu'il a pu engager sur la chose d'autrui. L'utilité de l'acte s'apprécie au moment de sa réalisation, non ultérieurement. Cette idée, toute logique, peut emporter d'importantes conséquences. C'est le cas classique de la toiture que le gérant a fait réparer par une entreprise pour protéger l'immeuble, lequel vient à être détruit peu de temps après par un incendie. Dans ce cas, le maître doit exécuter son obligation de remboursement quand bien même son bien a disparu. Sur un plan logique, la solution se justifie car l'incendie survient fortuitement. Cette contingence ne touche pas la relation juridique entre gérant et maître.

**456. Bilan de la gestion d'affaires.** - Pour résumer, on se trouve avec une condition d'altruisme limitée, une condition de capacité en discussion. Chacun de ces concepts impliquent d'autres concepts dans un système où ils se définissent mutuellement et où l'extension ou la réduction de l'un entraîne l'extension ou la réduction des autres. On voit bien que les contours de ces conditions n'épousent pas parfaitement la réalité, d'où la constitution d'un ensemble de mécanismes d'ajustement. Ce constat s'accompagne d'une lecture « souple » ou « rigide » par les juridictions et la Cour de cassation en particulier. Il n'en demeure pas moins qu'un principe de justice guide la gestion d'affaires.

**457. Régime juridique de la gestion d'affaires.** - La proximité entre la gestion d'affaires et le mandant implique une communauté de régime juridique dans les obligations pesant sur le gérant et sur le maître. On retrouve la logique de l'arbre de Porphyre par laquelle le régime sera similaire pour la part de ce qui relève du genre commun entre gestion d'affaires et

---

<sup>1056</sup> Mais G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. II / 1<sup>er</sup> vol., Sirey, 1962, p.308, n°346 : « il paraît plus juste d'y voir un acte juridique unilatéral, doté d'effets originaux ».

<sup>1057</sup> A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n°462-1 : « même s'il s'agit d'un acte opportun, on ne rend pas service à autrui contre son gré ».

<sup>1058</sup> Certains auteurs ont avancé l'idée qu'il fallait privilégier la nécessité de l'acte plutôt que la simple utilité. (P. Esmein, *Traité pratique*, t.VI, n°726)

mandat mais le régime différera en fonction de la différence spécifique qui les distingue. Cette différence réside principalement dans l'absence d'échange de consentement entraînant un refus de rémunération. Le gérant n'aura le droit qu'à une indemnisation à hauteur des biens et valeurs avancés dans sa gestion sans espérer d'enrichissement, quand bien même sa gestion aura permis au maître une perte beaucoup plus importante que les sommes engagées dans la gestion. Un autre élément de différenciation peut être trouvé dans la faute du gérant lors de l'exécution de la gestion, dont l'appréciation par le juge se fera sur des bases moins sévères en réponse à un geste initial principalement altruiste. Quant aux règles communes, on compte à la charge du gérant l'obligation de continuer une gestion complète et l'obligation d'apporter tous les soins d'un bon père de famille. Le maître devra rembourser les sommes avancées et même indemniser le gérant qui aurait subi un dommage à l'occasion de la gestion (ce qui réduit parfois considérablement l'intérêt de la gestion d'affaires, voire la rend inutile et coûteuse pour le gérant).

b) La répétition de l'indu

458. **La répétition de l'indu.** - En vertu de l'article 1376 du Code civil : « Celui qui a reçu par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ». Différentes hypothèses permettent de distinguer les situations. Dans un premier cas, un débiteur fictif peut être en rapport avec un créancier également fictif. C'est ce qu'on nomme l'indu objectif car il n'y a aucune dette ni créance. Dans un deuxième cas, un véritable débiteur remplit son obligation envers un créancier fictif. Dans un troisième cas, un débiteur fictif remplit une obligation envers un créancier véritable. Ces deux derniers cas correspondent à l'indu subjectif car il existe au moins une dette ou une créance. Quelle que soit la situation, le principe d'un refus d'enrichissement corrélatif à un appauvrissement est maintenu. Celui qui aura bénéficié d'un bien devra le restituer. Il existe cependant des limites. La première résulte de la situation où un non débiteur a exécuté une obligation envers un véritable créancier. Le créancier devra restituer la chose sauf si le titre qu'il détenait, et qui justifiait la dette, a été détruit. Il s'agit là d'un exemple de différenciation entre droit positif et droit naturel. Alors que le droit naturel imposerait une restitution, le droit positif est contraint par les événements de la vie pratique et, en l'espèce, la destruction probable d'un titre (d'une preuve) dès qu'un créancier a été satisfait.



459. **Les différentes hypothèses de fondements de la répétition de l'indu.** - Trois fondements se concurrencent dans la justification de la répétition de l'indu. La première hypothèse est établie en référence à l'article 1235 du Code civil qui dispose que « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition ». Ce principe trouverait son régime juridique aux articles 1376 à 1381 du Code civil pour le cas de l'enrichissement sans cause et correspondrait au remboursement d'un prêt (quasi-prêt)<sup>1059</sup>. Une deuxième hypothèse se centre sur le critère de l'absence de cause<sup>1060</sup>. Dès lors que le paiement est un acte juridique<sup>1061</sup>, l'absence de cause emporte la nullité du paiement. Une troisième hypothèse lie la répétition de l'indu à l'enrichissement sans cause. En un sens, chaque justification a une part de vérité. Mais, dès lors qu'on parle de fondement, et que celui-ci est signifié par un terme ou une expression, on tombe dans l'idée claire et distincte qui est la résultante d'une représentation dont la faiblesse est d'être déterminé par les concepts qui l'entoure sans référence à l'être qui le dépasse. L'extension de l'un entraîne la réduction des autres comme un jeu d'emboîtement. Il y a donc relativité du fondement, qu'il faut rattacher à la notion d'être pour dépasser cette contingence sans la nier pour autant. Le fondement n'est pourtant pas à rejeter en soi par le droit positif, car la représentation est nécessaire. Tout comme pour les catégories juridiques ou les régimes juridiques, la justice transcende ces hypothèses juridiques purement techniques. Il est certain que l'indétermination de la justice suscite la volonté d'emprunter d'autres voies plus balisées<sup>1062</sup>.

#### c) L'enrichissement sans cause

460. **Le principe d'égalité à travers l'enrichissement sans cause.** - Initiée par l'arrêt du 15 juin 1892 (*Boudier c/ Patureau-Miran*), l'enrichissement sans cause s'est imposé comme principe de justice et même d'équité si l'on reprend la terminologie employée dans la

<sup>1059</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n°1041

<sup>1060</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n°1041 : « la répétition de l'indu s'étendrait ainsi aux restitutions consécutives à une nullité ou à une résolution d'un contrat qui a été exécuté, où, là aussi, un paiement a été fait sans cause ». Mais ces auteurs critiquent l'analyse.

<sup>1061</sup> Sur le paiement, la doctrine hésite entre l'acte juridique, la convention, le fait juridique et une nature intermédiaire entre l'acte et le fait juridique.

<sup>1062</sup> J.-L. MARION, *Sur la théologie blanche de Descartes*, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 1991, p.20 : « Descartes passe de l'analogie au fondement [...]. L'équivocité absolue de toute mesure menace le savoir humain d'une impertinence absolue qui disqualifierait toute science, même vraie. Il faut donc assurer la science par un absolu ; l'assurer, c'est-à-dire instaurer un rapport de convention, puisque l'analogie seule pouvait permettre au savoir humain de rester, en quelque manière, en continuité avec le savoir divin. Assurer, c'est-à-dire garantir le savoir par une instance extérieure au savoir lui-même. Cette discontinuité fondatrice s'oppose doublement à l'analogie : par la discontinuité, mais aussi par ce qu'elle implique, l'indétermination d'une instance qui reste extérieure au savoir qu'elle rend possible ».

décision. Son application est conditionnée par les critères d'appauvrissement d'une partie et d'enrichissement corrélatif de l'autre. Une des difficultés réside en partie dans la détermination de la notion de profit. Dès lors que le patrimoine est renforcé d'une valeur réelle supplémentaire, le profit est acquis. La réciproque n'est pas systématiquement vérifiée puisque lorsque le profit ne se situe pas dans un apport réel parfaitement déterminé, cela ne signifie pas qu'aucun avantage aurait pu résulter de l'action d'une partie<sup>1063</sup>. A première vue, l'enrichissement sans cause pose bien un principe d'égalité ou plutôt de refus d'une inégalité. De plus, ce principe de justice, qui est celui de rendre à chacun ce qui est le sien, se retrouve dans certaines parties du Code civil telles que les articles 555, 1433 et 1437 (respectivement pour le problème de conflit de propriété en cas de construction sur le terrain d'autrui et celui des récompenses en matière de régimes matrimoniaux). La doctrine elle-même n'hésite pas à parler, si ce n'est de droit naturel<sup>1064</sup>, au moins de justice. Pourtant, la question se complique dès lors que l'étude des règles patrimoniales présente un certain nombre de cas dans lesquels celui qui s'est enrichi n'a pas à indemniser celui qui s'est appauvri. C'est le refus de principe de la lésion en droit français (sauf certaines exceptions) touchant tant les acheteurs que les vendeurs d'immeubles et de meubles. Le bien vendu à un prix excessif ou sous-évalué ne conduit pas à la nullité du contrat, d'une part, et surtout il n'ouvre pas à une action d'enrichissement sans cause, d'autre part. De même en est-il d'un commerçant qui, s'installant, conduit à diminuer mécaniquement la clientèle des commerces adjacents<sup>1065</sup>.

**461. La limite de l'extension de l'enrichissement sans cause.** - L'enrichissement sans cause est susceptible d'une portée tellement large qu'il peut embrasser de nombreux domaines tels que l'ensemble des contrats ou les autres quasi-contrats. Certes, la justice transcende toutes ces situations juridiques, mais elle n'évince pas la résistance issue de la nature des choses. Concernant les contrats, l'extension de l'enrichissement sans cause aboutirait à remettre en question tous les déséquilibres contractuels, outrepassant les limites actuelles de la cause dans sa fonction de protection contre les déséquilibres. La spécificité du contrat réside dans la liberté des parties qui contractent. Cette liberté est une partie de la justice qu'il ne s'agit pas de remettre en cause en cas d'inégalité (faiblement) disproportionnée. La nature des contrats est rétive à toute assimilation gommant ses différences spécifiques. L'importance de la volonté et de la liberté empêche la communauté de régime juridique avec l'enrichissement

---

<sup>1063</sup> J. RENARD, « L'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne », *RTD civ.* 1920, p.247

<sup>1064</sup> A. ROUAST, « L'enrichissement sans cause », *RTD civ.* 1922, p.93

<sup>1065</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le fait juridique*, Sirey, 14<sup>e</sup> éd., 2011, p.39, n°33

sans cause. Pour comprendre le mécanisme, il faut évoquer la chose objet du contrat à travers ses causes. La cause finale (la justice) n'est supérieure ni à la cause formelle (structure du contrat), ni à la cause efficiente (la volonté). Au sein de la chose, ces causes ne sont pas divisées et ne s'ordonnent pas selon une hiérarchie faisant primer l'une par rapport aux autres. Il y a causalité réciproques de causes totales et non causalité concourante non réciproque de causes partielles<sup>1066</sup>. Il en résulte que la justice ne peut évincer la volonté ni la structure du contrat. La nature du contrat, révélée par ses causes, justifie un régime juridique spécifique. Le même raisonnement s'opère concernant le rapport entre l'enrichissement sans cause et les autres quasi-contrats.

462. **Justification jusnaturaliste du fondement du quasi-contrat.** - La recherche théorique sur les fondements possibles des quasi-contrats permet d'éclaircir la position des concepts représentatifs par rapports au sens analogique qui les sous-tend et dont ils sont la traduction. Parmi les positions, on s'est référé à un contrat fictif, à une obligation légale, à l'équité ou encore à la morale. Le contrat fictif peut être évincé comme fondement car il n'est qu'un « artifice de présentation *a posteriori* »<sup>1067</sup>. La justification par l'obligation légale a pu être avancée, pourtant elle reste relativement faible en ce que la légalité n'apporte aucune spécificité dans l'explication des quasi-contrats. Elle se retrouve indifféremment dans toutes les grandes catégories du droit, de sorte que sa généralité constitue la marque d'une application sans limite mais avec l'absence constitutive de toute différenciation. La légalité est une notion qui permet de tout convertir et n'apporte rien en soi<sup>1068</sup>. L'argument de l'équité semble se rapprocher davantage d'une position jusnaturalite, tout comme la morale d'ailleurs. La critique de la légalité se retrouve symétriquement pour la moralité puisque cette dernière peut convertir tout à partir d'elle-même. En ciblant la subjectivité de la personne, on passe du plan des choses au plan de l'esprit tel qu'il perçoit le monde à partir de lui-même. C'est par ce point d'ancrage que se reconstitue le monde selon des critères qui correspondent aux conditions de possibilité de l'esprit humain, établis *a priori* et constituant une grille de lecture et de compréhension du monde. Autrement dit, la transcription en termes de comportement à tenir selon une rectitude est aisée. Quant à la question du fondement, on peut postuler, selon une argumentation jusnaturaliste, qu'il n'y a pas de fondement en tant que point de départ univoque et extérieur à la chose. Il semble que le quasi-contrat vise une égalité strictement

<sup>1066</sup> A. DE MURALT, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, E. J. Brill, 1991, p.34 et suiv.

<sup>1067</sup> P. LE TOURNEAU, « Quasi-contrat », *Rép. civ. Dalloz*, 2008, p.4, n°20

<sup>1068</sup> En ce sens, tout peut se lire sous le prisme de la légalité. On ne se situe pas pour autant sur le même plan que les transcendants par lesquels l'être se convertit (*res, aliquid, unum, verum, bonum*)

comprise au sein compréhension ontologique des choses et notamment de l'acte causal par lequel le déséquilibre a pu se produire.

### 3. La réparation du dommage issu de la responsabilité délictuelle

463. **Réparation et peine privée.** - Le principe de la responsabilité délictuelle est celui de la réparation intégrale visant à remettre la situation dans l'état antérieur à la survenance du dommage dans la mesure du possible. La réparation empêche en principe un enrichissement de la victime, sinon il s'agit d'une peine privée, relevant d'un autre domaine<sup>1069</sup>. La mise en œuvre de la justice commutative éclaire la présence du droit naturel. Est-ce à dire que ce qui relève de la peine sort du cadre du droit naturel ? Une réponse négative s'impose. La question de la peine n'est pas extérieure au droit naturel, bien au contraire. Mais elle suscite d'autres justifications concurrentes, notamment morales. La détermination de la peine implique une analyse de la rectitude du comportement au regard des règles posées.

## *B. LA RECHERCHE DE L'EGALITE : LES PERSONNES ET LES CHOSES*

### 1. La réparation du dommage en cas de divorce

464. **Les dommages et intérêts en réparation des conséquences d'une particulière gravité.** - L'article 266 du Code civil permet à un époux, lors du divorce, de demander des dommages et intérêts en « réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage ». La relation entretenue entre l'article 266 et l'article 1382 du Code civil semble être celle du rapport entre le particulier et le général. Tandis que l'un cible uniquement la réparation causée par la rupture du mariage, l'autre résulte de toutes autres circonstances<sup>1070</sup>. En un sens, la vocation de l'article 1382 à englober toutes situations donne à croire que l'article 266 pourrait s'y fondre jusqu'à se poser la question de son abrogation<sup>1071</sup>. Appréciant le rapport analogique entre les articles 266 et 1382, tout en imaginant la suppression de l'un et le maintien de l'autre, on pourrait se demander, comme le font J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, si l'article 1147 du Code civil ne serait pas plus opportun<sup>1072</sup>. D'un point de vue jusnaturaliste, l'éminente finalité de justice vise à rendre à

---

<sup>1069</sup> A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2014, n°165

<sup>1070</sup> F. TERRE, D. FENOUILLET, *La famille*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2011, p.259, n°299

<sup>1071</sup> F. OUDIN, « Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ? », *RJPF* 2006, n° 2, p.6-9

<sup>1072</sup> J. HAUSER, P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Effets du divorce », *JCl.*, Fasc. 230, p.36, n°129

chacun ce qui est le sien, quel que soit le statut du rapport juridique (contractuel, institutionnel ou délictuel). Mais la solution juste n'évince pas par elle-même les nécessités de cohérence liées aux situations vécues et transposées juridiquement. Autrement dit, la cause d'où les dommages et intérêts tiennent leur source conditionne les moyens à employer. Ainsi, lorsque l'article 266 est exclu du champ, l'article 1382 ne pourra le remplacer que pour les dommages distincts de la dissolution du mariage<sup>1073</sup>.

465. **L'objectivité nuancée de la responsabilité engagée en cas de divorce.** - Dans le cadre de l'article 266, on remarque une objectivité poussée puisque même sans faute, des dommages et intérêts peuvent être octroyés. Le seul fait de la dissolution suffit, pourvu que l'on compte un préjudice. Le préjudice est autant matériel que moral. Le préjudice matériel n'est pas toujours totalement absorbé par la prestation compensatoire dont le montant est limité au regard des ressources de l'un et des besoins de l'autre<sup>1074</sup>. L'engagement de la responsabilité par l'article 266 tend à réparer intégralement le dommage sans tenir compte des ressources du débiteur. Le préjudice moral est plus directement ciblé par les dommages et intérêts. L'objectivité du préjudice est cependant limitée car la notion de « gravité » renvoie à l'appréciation subjective des juges du fond. La particularité de l'article 266 réside dans son champ d'application limité au divorce pour faute aux torts exclusifs dans tous les cas, et au divorce pour altération définitive du lien conjugal (si le défendeur n'a pas lui-même formé une demande reconventionnelle). Si un rapprochement est établi avec l'article 1382, cette restriction du champ de la responsabilité constitue un point important de différenciation. La nature de la relation et l'affectivité liant les époux est à prendre en compte car elles déterminent l'étendue d'un préjudice, surtout moral. Ce qui se présente, c'est ce préjudice-ci touchant cette personne-là. On ne peut exclure cet état de fait. La recherche d'une égalité, dans la réparation du préjudice, doit prendre en compte cette situation même si cette subjectivité est transformée en objectivité monétaire. Quoi qu'il en soit, l'existence d'un régime distinct de l'article 1382 du Code civil provient d'une cause. Cette cause, selon le droit naturel, se situe dans la nature du domaine visé, à savoir la réparation des dommages en cas de liens affectifs particuliers entre des personnes.

---

<sup>1073</sup> *Ibid.*

<sup>1074</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2011, p.303, n°730

2. Le droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose

466. **La construction sur le terrain d'un propriétaire avec les biens d'un autre propriétaire.** - Le droit patrimonial renvoie systématiquement à l'égalité quel que soit le domaine envisagé. Les responsabilités contractuelles et délictuelles, complétées par les quasi-contrats, illustrent le caractère transcendant de la justice. Le droit naturel a toute sa place au sein du droit positif. Les litiges relatifs à la propriété complètent la démonstration de la présence d'une argumentation jusnaturaliste sous-jacente. Théoriquement, le propriétaire des biens employés par l'autre devrait pouvoir récupérer ses biens. Or, l'article 554 du Code civil résout différemment la difficulté en empêchant le propriétaire lésé de récupérer ses biens. Le propriétaire du sol, nouveau possesseur des biens intégrés, doit exécuter une obligation dont le montant est égal à la valeur des biens incorporés. La règle ne pose donc pas de possibilité d'un enrichissement pour celui qui a été spolié dans ses biens. Le Code civil ouvre également droit à des dommages et intérêts à son profit, afin de ne pas le pénaliser en considérant qu'un équivalent monétaire n'est pas toujours suffisant, par exemple au regard de la vétusté des biens. La règle d'une somme représentant la valeur de remplacement des biens doit être prise en compte. La solution de ce conflit se trouve dans le rapport du principal à l'accessoire. C'est bien le propriétaire du fonds qui est prioritaire dans le règlement du conflit car il détient le bien principal. La nature du bien (meuble, immeuble) est prise en compte dans la détermination de la solution. On nuancera cependant la différence de « nature » entre meuble et immeuble, bien que le Code civil y fasse référence<sup>1075</sup>.

467. **La construction sur le terrain d'autrui.** - Dans la situation où un tiers a construit avec ses biens sur le terrain d'autrui, plusieurs possibilités s'offrent au propriétaire du fonds selon que le tiers est de bonne foi ou de mauvaise foi. Sa liberté est d'autant plus grande que la mauvaise foi est prouvée. Dans ce cas, le propriétaire du fonds pourra, soit conserver la propriété des biens construits sous réserve d'un remboursement au tiers, soit demander l'enlèvement des biens litigieux. La destruction est à la charge du tiers dans sa totalité et des dommages et intérêts sont susceptibles d'être octroyés pour compenser les dommages qui en résulteraient. Le principe est celui d'un retour à la situation antérieure sans que le propriétaire du fonds ne soit sanctionné pécuniairement d'une manière ou d'une autre. Le refus d'un appauvrissement se situe dans la droite ligne de la philosophie du Code civil. Tel est également la justification de la règle laissant le choix des conditions du remboursement

---

<sup>1075</sup> *Supra* n°69

lorsque le propriétaire décide de conserver la substance de la chose. L'alternative porte sur un montant égal aux coûts des matériaux<sup>1076</sup> ou alors à la plus-value réalisée par le fonds. Le mode de calcul, laissé à la liberté du propriétaire du fonds permet d'éviter un appauvrissement mais empêche, dans une mesure raisonnable, un enrichissement de sa part. Cependant, la bonne foi du tiers atténue les conséquences de ses actes. Le droit protège le possesseur qui a acquis des biens sans avoir connaissance du vice dont le titre translatif de propriété était affecté. Le propriétaire du fonds doit conserver le bien à charge d'en rembourser le montant au tiers. Le choix entre les deux montants reste maintenu, peu importe la bonne ou mauvaise foi. L'article 555 du Code civil n'évoque cependant que la possibilité d'une plus-value, ce qui laisse en suspens le problème généré lorsque le bien vient à dévaloriser le fonds sur lequel il est construit. Sur cette question et conformément à la lettre du texte, la jurisprudence n'impose pas de dommages, à la charge du constructeur, résultant de la moins-value d'encombrement. La solution est justifiée sur le plan légal mais mériterait peut-être un apport législatif.

468. **L'union totale formée à partir de deux biens meubles.** - Lorsque la différenciation entre les biens est claire, la logique du principal et de l'accessoire ne pose pas de difficulté majeure dans son application. Il en va différemment lorsque deux propriétaires de biens meubles sont en concurrence. Dans ce cas, aucun bien principal ne semble se détacher par nature. Le Code civil, dans la résolution du conflit parle d'« équité naturelle » (art. 565 C.civ.) et propose au juge un ensemble de principes pour les cas non prévus contractuellement par les parties. La liberté accordée aux parties est probablement le moyen le plus propre à concrétiser une équité au regard des circonstances et des parties. Elle est le principe, et l'équité naturelle, qui doit guider le juge, n'est présente que lorsqu'une convention n'a pas matérialisé l'accord libre des parties.

469. **La gestion des concurrences portant sur des biens unis.** - Lorsque deux choses distinctes sont unies de manière à ce qu'une nouvelle chose apparaisse, le règlement du conflit entre les propriétaires concurrents se résout par la détermination de la partie principale et de la partie accessoire. Le propriétaire du bien principal sera conforté dans son droit sur le bien intégré au sien, à charge de rembourser le propriétaire lésé. Une solution analogue est envisagée lorsqu'un artisan a transformé les biens d'autrui pour en produire un nouveau. Dans

---

<sup>1076</sup> Article 555 du Code civil : « [...] soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'œuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages ».

ce cas, le propriétaire pourra récupérer son bien et devra rembourser la main d'œuvre. Mais par exception, lorsque le coût de la main d'œuvre excède de beaucoup les biens, alors l'artisan peut conserver la chose en remboursant le prix des biens au propriétaire. Le principe d'un refus d'enrichissement accompagné d'un refus d'appauvrissement guide également le règlement de ce type de conflit.

**470. Le droit d'accession des choses mobilières comme illustration de l'idée d'unité.** - Le Code civil pose des catégories censées représenter ce qui relève du principal et de l'accessoire. Est considéré comme accessoire ce qui est en complément de la partie principale, ainsi que les biens d'ornements et d'usages accompagnant le bien principal. Cette catégorie se structure autour d'idées « claires et distinctes », ce qui ne rend pas compte précisément de l'étendue de la catégorie. Sous un angle jusnaturaliste critique, on dira que l'absence de détermination précise de ce que signifient un « complément », un « ornement » et un « usage », marque toute la limite de cette catégorie. Le sens que véhicule chacun des termes ne peut se comprendre qu'à travers une ontologie. Certes, le langage employé, orienté par un esprit pratique, s'élabore selon une conception matérielle de l'unité. De plus, il ne s'agit là que de directives ou plutôt d'orientations pour le juge. Mais la matérialité n'est elle-même qu'une partie de la réalité de la chose. La relativité de la catégorie est d'ailleurs visible, d'une part, lorsqu'aucun bien ne semble être l'accessoire de l'autre, d'autre part, lorsque la valeur de l'accessoire dépasse largement celle du principal.

## **SECTION 2. DES STRUCTURES DE REPARTITION EGALITAIRES**

**471. Du conditionnement vers l'égalité à l'égalité.** - On l'a vu, les conditions de formation des contrats favorisent l'émergence du juste tout en respectant la liberté des parties contractantes. Cette liberté, parfois surplombée par une dépendance économique, rend aléatoire toute justice. Pour remédier à ce problème, des règles viennent sanctionner *a posteriori* certains déséquilibres. Quant à la sanction de l'inexécution contractuelle, elle vise à fournir un équivalent monétaire au créancier. Le principe est encore plus fort dans le cadre de la responsabilité délictuelle qui impose une réparation intégrale. Au-delà de ces domaines,



d'autres situations se présentent pour lesquelles le législateur a adopté un système dont l'esprit est égalitaire. Ces situations relèvent principalement des régimes matrimoniaux, des successions et des sûretés. Elles répondent toutes à un principe de répartition (§ 2). Ces situations particulières sont parfois modifiées parce que des liens spécifiques unissent les parties d'où la nécessité d'en montrer la structure en ciblant les règles générales du droit des obligations (§ 1).

### § 1. L'ENGAGEMENT AUX DETTES

472. **La proportionnalité dans la justice distributive.** - La justice commutative consiste à rendre une chose ou une valeur égale à celle que l'on a reçue. Cette justice se retrouve notamment dans les mécanismes de réparation résultant de l'engagement de la responsabilité. La justice distributive répond à un autre type d'égalité, fondé sur le mérite selon Aristote. Sauf à considérer le mérite de manière très extensive, il faut plutôt admettre l'existence d'autres fondements comme la qualité du droit détenu ou la faiblesse économique de certaines catégories de personnes. Ces causes justifiant une adaptation de l'égalité doivent être ordonnées à une juste mesure. On ne saurait favoriser quelqu'un pour des raisons discutables voire immorales<sup>1077</sup>.

473. **Le règlement des dettes en cas de pluralité d'ayants cause.** - Lorsqu'un débiteur est obligé envers un créancier, aucune difficulté n'apparaît. Lorsqu'un même créancier détient des créances contre plusieurs débiteurs, la situation est équivalente car chacun ne possède qu'un lien avec le créancier. La difficulté survient au moment où plusieurs débiteurs sont conjointement ou solidairement tenus d'une dette envers le créancier. Du point de vue de l'égalité, il faut distinguer entre le créancier et les débiteurs. Le créancier recevra, théoriquement, la part qui lui revient à raison du titre qu'il possède. Pour les débiteurs, la situation diffère car il s'agit de savoir dans quelle portion de la dette chacun devra répondre. *A priori*, le principe de justice réclame une répartition égalitaire de la dette, d'où un langage jusnaturaliste possible. Mais derrière cette égalité de principe, la réalité des situations

---

<sup>1077</sup> A.-J. FAIDHERBE, *La justice distributive*, Sirey, 1934, p. 113 : « L'acceptation des personnes est le plus important des péchés opposé à la justice distributive. On la définit : « l'injustice, par laquelle, dans la distribution des biens communs en vertu de la justice, on ne considère pas la proportion des mérites ou des capacités de ceux à qui on les donne, mais d'autres éléments qui ne s'y rapportent pas » (B.-H. MERKELBACH, *Summa Theologiae Moralis*, p. 645) ».

personnelles des débiteurs, ainsi que la nature des biens dus, peuvent conduire à modifier les équilibres. Un jeu de technique juridique s'engage afin de connaître le lien qui unit le créancier aux débiteurs et les liens qu'entretiennent les débiteurs entre eux. Tentant de résoudre les concurrences entre débiteurs, le droit positif élabore un système qu'il s'agira d'apprécier d'une part, en cas de pluralité de débiteurs, et d'autre part, en présence d'une pluralité de créanciers.

474. **Pluralité de débiteurs, engagement conjoint et engagement solidaire.** - Lorsque le créancier a plusieurs débiteurs, chaque débiteur est engagé uniquement en vertu du lien qui l'unit au créancier et ne peut être concerné par les autres dettes en vertu du principe de l'effet relatif des contrats. La question de la répartition du montant des dettes n'intervient que lorsque les débiteurs sont tous unis en vertu d'un même lien de droit. Le mécanisme de la solidarité illustre l'unité que forment les débiteurs face à un créancier unique. La solidarité se distingue de l'obligation *in solidum* dont le fondement repose davantage sur l'idée que les débiteurs sont chacun responsables pour l'entier dommage causé, alors que la solidarité est justifiée par la protection contre l'insolvabilité du débiteur potentiellement défaillant.

475. **Le mode de répartition en cas de codébiteurs solidaires.** - L'intérêt de la solidarité réside principalement dans la possibilité offerte au créancier d'agir contre l'un quelconque des débiteurs pour l'ensemble du montant de la créance (absence de bénéfice de division). Il évite la multiplication des poursuites en fonction du nombre de débiteurs. L'exécution de l'obligation par l'un des débiteurs éteint la créance. Elle libère tous les débiteurs de leurs obligations envers le créancier. Dans cette hypothèse, un seul des débiteurs a payé, ce qui serait une preuve d'inégalité si le droit légitimait ce défaut d'exécution des autres codébiteurs. Telle n'est pas la position du Code civil qui permet au débiteur ayant exécuté l'obligation de se retourner contre les autres codébiteurs. Ces derniers ne seront pas à nouveaux poursuivis pour le tout, mais seulement pour la part de chacun d'entre eux. Aucun enrichissement ou appauvrissement, hors de la nécessité d'exécution de l'obligation, n'est consacré, bien au contraire. Le Code civil poursuit cette finalité d'égalité par la mise en avant de cas pouvant faire naître un doute dans le mode de répartition. Le créancier devenu héritier de son débiteur devra soustraire la part de celui-ci dans la somme demandée aux autres codébiteurs. La situation inverse aboutit à une solution similaire car le débiteur héritier du créancier deviendra lui-même le nouveau créancier mais la créance sera réduite à hauteur de la part qu'il devait en

tant qu'ancien débiteur. Selon l'article 1209 du Code civil, la « confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier ». Selon le même principe, un créancier renonçant à sa créance vis-à-vis d'un seul débiteur devra soustraire la part de celui-ci dans le montant de l'obligation qu'il réclame aux débiteurs restants. Enfin, la destruction de la chose alors qu'elle était sous la garde d'un des débiteurs rend les débiteurs obligés envers le prix de la chose sans être obligés par les dommages et intérêts qui pourraient en résulter. L'unité des codébiteurs n'est pas absolue, elle est un avantage accordé au créancier tout en maintenant une égalité entre codébiteurs.

**476. Les limites de l'égalité dans la répartition du montant de la dette.** - L'avantage de la solidarité pour le créancier réside également dans la protection efficace contre l'insolvabilité d'un ou plusieurs débiteurs. Sauf le cas où tous les débiteurs sont insolvable, le créancier sera satisfait par le paiement. La situation des débiteurs est plus précaire car leurs dettes respectives seront rééchelonnées proportionnellement dès lors que l'insolvabilité d'un débiteur sera constatée. La protection du créancier commande cette contrainte inégalitaire. De même en est-il des exceptions qu'une partie peut invoquer, qu'elle soit relative à la nature de l'obligation, qu'elle soit personnelle ou communes aux débiteurs.

**477. L'égalité dans le régime des sûretés personnelles.** - La sûreté personnelle « consiste dans l'adjonction à l'obligation principale d'un engagement pris par un garant permettant au bénéficiaire d'agir contre celui-ci »<sup>1078</sup>. Le cautionnement, qui en est une espèce, se rapproche par certains aspects du régime de la solidarité<sup>1079</sup>. Plus que le régime juridique, le mode de répartition de la dette reprend le principe de la répartition proportionnée. Entre le créancier, le débiteur et la ou les cautions, plusieurs situations sont envisageables avec, pour chacune d'elles, un ensemble de liens de droit ouvrant à des régimes différents. La première hypothèse la plus simple est celle qui met en présence un créancier, un débiteur et une caution. L'inexécution de son obligation par le débiteur ouvre le droit au créancier de réclamer son dû en justice, lorsque la dette devient exigible. Le créancier doit d'abord agir contre le débiteur, à moins qu'il n'ait évincé le bénéfice de discussion dans l'acte conclu. Si ce dernier est insolvable, le créancier se retournera contre la caution auprès duquel il obtiendra satisfaction (sauf à découvrir également son insolvabilité). La caution aura une créance envers le débiteur qu'il pourra invoquer en justice en espérant que le débiteur aura retrouvé une meilleure

---

<sup>1078</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 7<sup>e</sup> éd., 2013, n°100

<sup>1079</sup> P. ANCEL, *Droit des sûretés*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2011, n°46

fortune. Lorsque plusieurs cautions solidaires garantissent la dette du débiteur, la garantie du créancier est renforcée. Trois figures se distinguent dans les rapports qu'entretiennent le débiteur et les cautions. D'une part, la solidarité peut concerner uniquement les cautions, sans le débiteur. D'autre part, la solidarité peut lier le débiteur avec toutes les cautions. Enfin, la solidarité liera le débiteur avec chacune des cautions, sans que les cautions ne soient obligées ensemble<sup>1080</sup>. Le choix du créancier relève d'une liberté en accord avec les débiteurs. Quelle que soit l'option, le principe d'égalité s'applique.

**478. Les obligations contractées par les époux pendant le mariage.** - Avant d'être confrontés aux créances des tiers, les époux sont soumis à des charges et obligations, dont l'inexécution par l'un des époux rend l'autre époux créancier. L'article 214 du Code civil dispose que les époux doivent contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés, sauf convention contraire. Le principe d'égalité vise certes un principe de justice, mais il dépend également des contraintes matérielles immédiates des époux dont les revenus de l'un peuvent ne pas suffire à répondre à la moitié des charges. Cette raison explique le principe de proportionnalité par lequel les époux assument ces charges. En conséquence, même si l'un des époux peut seul assumer toute les charges afférentes à la vie de la famille, il pourra agir dans le but d'imposer à l'autre époux une participation à hauteur de ses moyens disponibles, sans même devoir prouver qu'il peut exécuter lui-même toutes les obligations. De même, le juge pourra tenir compte des revenus d'un époux qui sont antérieurs à sa tentative de réduire ses ressources dans le but de ne pas contribuer autant qu'il le doit aux charges du mariage<sup>1081</sup>. Le principe d'égalité est sévèrement contrôlé par le juge. La notion de charges du mariage est une idée claire et distincte permettant de thématiser sous une seule expression un ensemble d'obligations non parfaitement définissables car elles relèvent d'un choix de vie. En tant que représentation d'une idée universelle, elle ne peut se maintenir qu'au niveau général. Cette généralité en marque la limite. Tel est moins le cas de l'obligation de secours dont l'immédiateté rend l'esprit plus perceptif à un sentiment qui dépasse la justice. L'obligation de secours des époux répond à une logique plus pressante que celle de la recherche d'un équilibre égalitaire. Il s'agit d'une finalité d'aide immédiate au conjoint, non perçu comme un débiteur soumis à une obligation, mais comme une personne support d'une dignité. En arrière-plan, transparaît le triptyque du droit naturel. L'*égalité* dans les rapports juridiques est la marque du droit naturel. Cette égalité s'ordonne à un ordre des choses

---

<sup>1080</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés...*, *op. cit.*, n°146

<sup>1081</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 nov. 1984

signifié par la *nature des choses*. Cette nature des choses est précisée par ce qui la transcende, à savoir la *nature de l'homme*.

479. **La particularité de l'obligation alimentaire.** - Comme le devoir de secours, l'obligation alimentaire dépasse également le simple cadre d'une égalité entre personnes. C'est ce qui explique que les règles concernant les coobligés diffèrent du régime de la solidarité. Il existe, en effet, des priorités assimilables à une quasi-hiérarchie. Certes, le principe est celui d'une absence de distinction entre les coobligés, tous devant contribuer personnellement à l'obligation alimentaire<sup>1082</sup>. Mais la jurisprudence a dégagé une hiérarchie dans laquelle le conjoint fait figure de premier obligé au regard de son lien affectif officialisé et renforcé par le mariage. En cas de pluralité de coobligés, l'époux créancier devra agir en premier lieu contre son conjoint car l'autonomie et l'indivisibilité du ménage impose d'obtenir les aliments de son conjoint<sup>1083</sup>. De plus, le conjoint est également le premier concerné pour les obligations de secours dont l'importance prime l'obligation alimentaire. L'époux créancier devra donc d'abord agir, s'il y a lieu, contre son époux en vertu de son obligation de secours, avant d'agir contre les autres débiteurs sur le fondement de l'obligation alimentaire. Hors de cette hiérarchie, les règles d'égalité s'imposent à nouveaux, soumises à la proportion en vertu des facultés de chacun, même s'il ne s'agit pas du régime de la solidarité<sup>1084</sup>. Cherchant le juste concret dans le rapport juridique, il a été jugé que le débiteur qui s'était acquitté de la dette pouvait agir contre les autres coobligés pour la part contributive qu'elle aurait payé en excédant<sup>1085</sup>. Si la justice impose un traitement égalitaire des débiteurs, elle ne constitue jamais qu'une part de la finalité du droit. Elle est une finalité intrinsèque au même titre que la finalité altruiste en vertu du lien entretenu avec la personne. En somme, la force concrète de la personne dépasse la transcription abstraite de la justice en égalité de prestations. Entre le régime légal de la solidarité et le régime plus jurisprudentiel de l'obligation alimentaire, on se trouve dans un rapport d'égalité pour le premier et d'équité pour second car ce dernier prend en considération la qualité des personnes. Ce sont deux modes de répartition, également empreint de justice et tout aussi valable l'un que l'autre.

480. **Le rapport des époux face aux créanciers.** - L'unité que forment les époux, dans le régime général, n'est pas totale. Autrement dit, l'un et l'autre ne seront pas systématiquement

---

<sup>1082</sup> Civ. 2 janv. 1999, "Epoux Giraud", GAJC, 12<sup>e</sup> éd., n°56-57 (I)

<sup>1083</sup> Douai, 28 juillet 1953, *D.* 1954. 477, note R. Savatier

<sup>1084</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 fév. 1991, *D.* 1993. Somm. 126, obs. Everaert

<sup>1085</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1974, « Epoux Gerfaud », *D.* 1975. 482, note Magnin

obligés pour la totalité de leurs biens propres et des biens communs. Des limites régulatrices protègent un époux contre la malchance ou l'imprudence de l'autre. Concernant la dette personnelle d'un époux, le créancier pourra se faire payer sur les propres de l'époux et les biens communs, sans pouvoir espérer obtenir une assiette plus importante par les biens propres de l'autre époux. Ce principe général connaît des restrictions telles que les biens communs contre le cautionnement et l'emprunt (art. 1415 C.civ.). En sens inverse, la garantie du créancier sera plus forte à propos des actes impliquant la solidarité. Comment justifier une union maritale n'aboutissant pas à une union parfaite impliquant une solidarité systématique ? Certes, le mariage unit les époux de manière originale, mais chacun d'eux conserve sa liberté radicale d'engager ou non ses biens à travers l'exercice de sa volonté libre.

**481. Le rapport des époux face aux créanciers : le passif au moment de la dissolution de la communauté.** - La dissolution de la communauté n'exclut pas la survenance de dettes non exigibles antérieurement ou restées insatisfaites par les époux vis-à-vis du créancier. Le principe retenu pour l'obligation à la dette, est celui d'une poursuite de chacun des époux pour la totalité de la dette entrée en communauté. Mais deux limites précisent la règle en limitant d'une part, les dettes pour moitié de l'obligation entrée en communauté du chef du conjoint, et d'autre part, en ne tenant le conjoint que pour la moitié jusqu'à concurrence de son émolument. Le bénéfice d'émolument est l'« avantage qui consiste pour un époux, après dissolution de la communauté et sous certaines conditions, à n'être tenu que pour la part d'actif qu'il recueille dans la communauté, pour la fraction des dettes nées du chef de son conjoint pour laquelle il peut être poursuivi »<sup>1086</sup>. Cette référence à la moitié se retrouve pour la contribution des époux aux dettes. L'article 1485 du Code civil rappelle que les époux contribuent pour moitié aux dettes de communauté. L'exécution totale par l'un des époux alors qu'il n'est obligé que pour la moitié éteint l'obligation du créancier, mais ouvre le droit d'agir contre l'époux pour l'excédent. De même en est-il pour l'époux qui a subi une hypothèque sur un bien reçu lors du partage. Il aura droit à un recours pour la moitié de la dette.

**482. Les dettes exigibles dans le cadre d'une succession ouverte.** - Le créancier du défunt est dans une situation moins confortable qu'avec des débiteurs-époux car l'absence de solidarité entre les héritiers l'oblige à agir en justice contre chacun d'eux. Le principe est

---

<sup>1086</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Emolument (bénéfice d')

rappelé par la jurisprudence qui précise que si la dette est solidaire entre les débiteurs, les héritiers ne sont pas solidaires et ne sont soumis qu'en fonction de leurs parts respectives<sup>1087</sup>. Le créancier ne pourra recueillir auprès de chacun des héritiers que le montant proportionnel aux droits reçus par eux (la moitié, le tiers, etc.). La justice distributive commande le mode de répartition. Pourtant, d'autres justifications sont envisageables<sup>1088</sup>. La différence s'apprécie surtout au regard du rapport des libéralités, du recel et du legs à titre particulier<sup>1089</sup>. Le mode de répartition imposé ne tiendra pas compte des réductions éventuelles compensant l'octroi antérieur d'une libéralité à l'un des héritiers. Le recel de l'un des héritiers emporte une privation des biens recelés, mais cette partie non acquise ne jouera pas sur la part de la dette. Enfin, l'acte altruiste de l'*ab intestat* consistant en un legs à titre particulier, favorisera le légataire dont la dette ne tiendra pas compte de cet ajout du défunt. Le principe de proportion en vertu de l'actif successoral connaît deux limites. La première concerne d'une part, les actions des créanciers sur les biens indivis avant l'indivision et d'autre part, les créances issues de la gestion et de la conservation des biens indivis. Pour l'un comme pour l'autre, le prélèvement sera effectué avant le partage. La seconde vise la dette hypothécaire ou indivisible.

483. **La concurrence des créanciers.** - La succession peut être le théâtre d'un conflit entre deux catégories de créanciers : ceux du défunt et ceux des héritiers. La faiblesse d'un débiteur et la force patrimoniale de l'autre attisent les convoitises de créanciers qui, en d'autres circonstances auraient vu leur créance non satisfaite. Deux cas se présentent. Dans le premier, le patrimoine du défunt est constitué d'un actif suffisamment fort pour satisfaire ses propres créanciers, mais serait insuffisant pour répondre en plus des obligations des créanciers de l'héritier. Dans le même temps, l'héritier ne disposerait pas d'un actif suffisant au bénéfice de ses propres créanciers. Les créanciers du défunt ont intérêt à être payé avant les créanciers de l'héritier. La seconde hypothèse inverse les données puisque ce sont les créanciers de l'héritier qui auraient intérêt à être payé avant. L'article 878 du code civil règle le problème en ouvrant la possibilité aux créanciers du défunt à être privilégiés sur l'actif successoral et les créanciers personnels de l'héritier de faire la même opération sur ses biens hors succession.

---

<sup>1087</sup> Civ. 2 janv. 1924, *DP* 1924. 1. 14 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 1988, Bull. civ. I, n°362

<sup>1088</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2012, n°866 : « Ce principe écarte d'autres méthodes qui auraient pu résulter d'autres textes. La division... par parts successorales, que paraît impliquer l'article 873 ; ... au prorata de l'émolument effectif, que paraissent impliquer les articles 870 et 871 »

<sup>1089</sup> *Ibid.*, n°866

## § 2. LES FORMES DE REPARTITION

### A. LE PRINCIPE EGALITAIRE

484. **La question d'un fondement jurnaturaliste dans le droit des successions.** - Le droit des successions peut se fonder sur le droit naturel de diverses manières : comme principe directif, comme droit subjectif ou encore dans sa finalité de justice. L'ambiguïté du statut jurnaturaliste en droit des successions est très clairement relevé par A. Duranton : « Quoique ce mode de transmission des biens ait évidemment son principe et son fondement dans le droit naturel, puisque rien ne saurait être plus juste et plus raisonnable que la substitution des enfants aux droits de leur père et mère après sa mort, néanmoins il est peu de matières sur lesquelles le droit particulier de chaque peuple ait établi des règles plus variées, et même quelquefois plus contradictoires »<sup>1090</sup>. Sous l'angle des droits subjectifs, un lien est envisageable avec le droit naturel par le biais du droit de propriété<sup>1091</sup>. Si l'on considère que le droit de propriété est un droit naturel et sachant que la transmission des biens est une des conditions de sa perpétuité, alors le jurnaturalisme pèse sur le droit des successions. Pourtant, si l'on affirme une influence jurnaturaliste dans le droit des successions, comment justifier une telle relativité, au cours de l'histoire, des modes de répartition des biens ? Poser le problème de telle manière, c'est pourtant déjà orienter le type de réponse à fournir parce qu'elle préjuge d'une certaine fixité de la justice<sup>1092</sup>.

485. **La justice est analogique dans sa signification et transcendante dans son extension.** - A défaut d'être juste, le mode de répartition des biens est égalitaire (comme représentation abstraite du juste). Les choses sont composées d'essence et d'existence. Lorsqu'on recherche le rapport juste dans une situation juridique, il faut comprendre l'essence de la situation par le biais des choses qui en sont l'objet. L'élaboration conceptuelle qui procède par induction, selon un mode dialectique, permet de cerner l'essence des choses. Mais leur existence ne répond pas au processus de rationalisation. La détermination de la justice est donc partielle, d'où la difficulté d'agir selon l'équité qui impose une compréhension plus approfondie de la justice. Le passage de la justice à l'égalité, par

---

<sup>1090</sup> A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t.IV, 1828, Paris, p.19, n°16

<sup>1091</sup> C. JUBAULT, *Les successions. Les libéralités*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p.3

<sup>1092</sup> Sur le lien entre justice et liberté, cf. au-dessus



abstraction, permet de poser des frontières stables et objectives. De tous les éléments déterminant le contenu de la justice, la méthode de l'abstraction conduit à évincer certains critères trop difficiles à juger et à prendre en compte. Seuls les critères considérés comme fondamentaux sont conservés. Ces critères tirent leur force de leur objectivité quasi-mathématique puisque le principe général est celui de la répartition égalitaire<sup>1093</sup>. Si la justice est unitaire, son abstraction sous forme d'égalité implique la prise en considération de critères privilégiant certaines personnes ou justifiant de proportions relatives.

### *B. LES PERSONNES PRIORITAIRES*

486. **Les priorités privilégiant certaines catégories de bénéficiaires.** - Les modes de répartition en vigueur diffèrent selon les domaines considérés. Le droit des successions met en concurrence des héritiers qui pourront profiter, pour certains, d'un apport patrimonial supplémentaire, sauf à accepter une succession grevée d'un passif supérieur à l'actif. Le droit des sûretés revêt un caractère plus grave car il met en concurrence plusieurs créanciers d'un même débiteur. L'existence d'un mécanisme privilégiant certains créanciers est de nature à épuiser l'actif du débiteur avant que tous les créanciers ne soient satisfaits. Un problème similaire se pose pour les entreprises en difficulté.

#### 1. Le droit des successions

487. **Les priorités dans le droit des successions.** - La présence d'un seul héritier ne pose pas de difficulté puisqu'il recueillera la succession sans risquer aucune concurrence. La situation est plus sensible lorsqu'une pluralité de successibles se présente. Le droit des successions fonctionne sur le principe de l'égalité mais il emploie des méthodes par lesquels certains successibles sont privilégiés à l'exclusion des autres<sup>1094</sup>. Cette concurrence met en lumière des intérêts opposés entre l'alliance et la parenté, entre les ascendants et les descendants, entre les collatéraux. Quatre principes peuvent être mis en avant : le classement par ordre, la priorité par proximité de degré, la représentation et la fente. Ces règles tentent de traiter les successibles de manière égalitaire en référence à des critères objectifs.

---

<sup>1093</sup> Sous réserve des priorités, cf.

<sup>1094</sup> D. GUEVEL, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p.68-69

488. **Contenu des principes et incidences sur la répartition.** Le premier principe, celui de l'ordre, pose des catégories de successibles, prioritaires dans la répartition du patrimoine du défunt. Les descendants du *de cuius* constituent le premier ordre (art. 734 C.civ.). Ils se répartiront la totalité des biens à l'exclusion des autres ordres, même si ces derniers sont de même degré voire d'un degré plus proche. Toute justification de cette priorité nécessite un renvoi aux études sociologiques et anthropologiques permettant une approche comparative des différents modes de répartition et de priorité. L'emploi de catégories de personnes prouve la conception abstraite de l'égalité recherchée. Il s'agit de représentations réduites à la généralité du statut et non à l'universalité des personnes.

489. **Le mécanisme de rééquilibrage de la représentation.** - En vertu de l'article 751 du Code civil, la représentation est « une fiction juridique qui a pour effet d'appeler à la succession les représentants aux droits du représenté ». La représentation requiert deux conditions sans quoi elle ne trouvera pas à s'appliquer. Le *de cuius* doit avoir au moins deux descendants ou deux frères et sœurs et seul un descendant peut en bénéficier. D'autres règles formelles excluent le mécanisme de la représentation : lorsqu'on est en présence de dispositions testamentaires, pour les collatéraux privilégiés et pour les ascendants. La représentation perturbe le système de répartition. Si le *de cuius* avait deux enfants déjà décédés mais dont le premier avait eu lui-même un enfant et le second avait eu deux enfants, les petits-enfants viennent à la succession par représentation de leurs parents. Deux modes de calcul sont envisageables : soit chacun des trois petits-enfants reçoit un tiers de la succession, soit on divise fictivement par parents en deux parts égales, puis on divise à nouveau au degré inférieur et on obtient la moitié de la succession pour l'enfant unique d'un côté, et un quart pour chacun des deux autres petits-enfants. D'un point de vue jusnaturaliste, il est possible de trouver une justification de ce choix en tenant compte de la distinction entre le nécessaire et le contingent. Le décès d'un des enfants du *de cuius* ou d'un frère ou d'une sœur, relève de la contingence. Certes, la vie de chacun s'arrête nécessairement mais le moment de la mort est contingent. L'absence de mécanisme de représentation tendrait à consacrer des effets juridiques sur ce qui n'est que contingent, c'est-à-dire en dehors des principes classiques de logique. De même, le choix du nombre d'enfants par l'un des enfants du *de cuius* conduirait également à tenir compte d'un critère contingent. Cette méthode réduirait la part d'une souche au profit d'une autre.

490. **Le mécanisme de la fente.** - En vertu de l'article 747 du Code civil : « Lorsque la succession est dévolue à des ascendants, elle se divise par moitié entre ceux de la branche paternelle et ceux de la branche maternelle ». L'idée d'égalité impliquée par la division par moitié est présente de la même manière que pour la représentation. Comme elle, le mécanisme prime la proximité et l'égalité en degré. Mais, son régime est distinct en ce que la fente ne peut servir qu'une fois, alors que la représentation fonctionne sans limite. Un cas particulier est également à relever concernant le conjoint survivant. Sa présence perturbera le mécanisme en reportant le montant dû à une ligne défailante vers le conjoint. Point de droit naturel dans ce cas, tant la règle est contingente.

491. **Le conjoint survivant.** - La position du conjoint survivant est un particulière car le lien qui l'unit au *de cuius* est celui de l'alliance, non de la parenté. L'absence de descendants, d'ascendants ou de collatéraux rend la solution simple puisque le conjoint survivant pourra récupérer l'ensemble du patrimoine du *de cuius*. La difficulté survient lorsqu'il existe une concurrence avec d'autres héritiers. La situation du conjoint survivant est la moins favorable en présence d'enfants du *de cuius*. Il n'aura droit qu'à un quart en pleine propriété ou trois quart en usufruit. En l'absence de descendants du *de cuius*, mais avec des ascendants, le conjoint survivant obtient la moitié de la succession et même les trois quart lorsque qu'un des ascendant est déjà décédé.

## 2. Le droit des sûretés

492. **Les priorités de principe octroyées en droit des sûretés.** - Le patrimoine du débiteur constitue le gage commun des créanciers<sup>1095</sup>. L'article 2285 du Code civil dispose que « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». La distinction entre titulaires de droits personnels et de droits réels justifie une différence de traitement au bénéfice des seconds. Le créancier peut bénéficier d'un privilège marqué par la qualité particulière de sa créance. Les créanciers privilégiés seront primés sur les créanciers chirographaires. Lorsque plusieurs créanciers chirographaires sont en concurrence, ils sont payés à proportion de la valeur de leur créance. Lorsque plusieurs créanciers privilégiés sont en concurrence, deux voies s'ouvrent dans la distribution de l'actif

---

<sup>1095</sup> M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in Mél. en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, 1991, p.31-39

du débiteur. Soit on procède à une logique similaire à celle des créanciers chirographaires en répartissant proportionnellement les paiements, soit on établit un classement au sein même des créanciers privilégiés. Le législateur retient les deux solutions en structurant un classement à l'intérieur duquel certains créanciers privilégiés auront le même rang<sup>1096</sup>.

493. **La primauté des privilèges mobiliers.** - Ces privilèges sont énoncés à l'article 2331 du Code civil. Chaque privilège trouve sa justification dans une cause qui la légitime mais ces causes ont un statut variable. Elles peuvent trouver leur fondement sur une échelle allant d'une réflexion purement pragmatique à une référence sociale. Du point de vue du social, voire de la dignité de la personne, le privilège des salariés leur permet d'être prioritaires dans la répartition des biens du patrimoine. Plus encore, en cas de procédures collectives, le privilège devient un superprivilège qui les protège en leur octroyant une place favorable dans la hiérarchie à côté de créanciers simplement privilégiés. Dans le même esprit, le privilège des frais funéraires augmente la garantie faite aux sociétés de pompe funèbre d'être payées, d'où une réticence moins grande à accepter la conclusion de certains contrats avec des familles en difficulté financière. Le privilège des frais de la dernière maladie permet aux médecins et personnels de santé d'être satisfaits en priorité également que les soins aient abouti à la guérison ou non. L'expansion des mécanismes protecteurs de la sécurité sociale a réduit considérablement la portée de ce privilège. La situation du débiteur n'est pas toujours perdue d'avance. Des apports correctement injectés dans l'actif permettent parfois de maintenir la valeur d'un patrimoine. Tel est le cas du privilège des frais de justice, du privilège de *new money* ou encore du privilège des créances nées postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Ce dernier privilège donne la possibilité à l'entreprise en difficulté de sortir de sa situation économiquement difficile en profitant d'apports nouveaux pour investir ou payer les fournisseurs dans le but de pérenniser sa viabilité présente et future. L'avantage est la chance pour tous les créanciers de voir la société en mesure de répondre de toutes ses dettes en revenant à meilleure fortune. Le privilège de conservation (privilège spécial) joue un rôle semblable en favorisant le créancier qui aura permis d'éviter une perte de valeur d'une chose ou d'un ensemble de choses. Le privilège des frais de justice permet au créancier, par une action en justice, de conserver les biens du débiteur et d'éviter une perte de valeur. Le bénéfice se répercute sur le gage commun des créanciers. Tous ses privilèges ont une cause favorisant la primauté des créanciers titulaires de ces privilèges.

---

<sup>1096</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés.... op. cit.*, n°608

494. **Le classement des privilèges généraux mobiliers.** - La multiplicité des privilèges obscurcie leur hiérarchie. En présence de créanciers titulaires de privilèges, il s'agit de savoir lesquels seront préférés sur le patrimoine du débiteur. On notera une référence à l'égalité au sein de l'article 2326 du Code civil qui impose aux créanciers, disposant de privilèges de mêmes valeurs, d'être payés par concurrence. La distinction entre les privilèges généraux et les privilèges spéciaux structure la hiérarchie. En vertu de l'article 2331 du Code civil, l'ordre des privilèges implique successivement les frais de justice, les frais funéraires, les frais de dernière maladie, les privilèges des salariés, les fournitures de subsistances, les créances des victimes d'accident, des ouvriers et employés par les caisses de compensation et des autres organismes agréés et les créances des caisses de compensation et des autres organismes agréés. L'analyse rationnelle des causes et fondements de l'ordre hiérarchique en vigueur est des plus aléatoire. Certes, l'article 2325 du Code civil indique que la préférence est déterminée par la qualité du privilège. Il apparaît que cette qualité soit davantage d'ordre formel que liée à une valeur intrinsèque. La présence d'autres articles évoquant des privilèges complexifie encore l'ordre prédéterminé. L'article 1327 du Code civil met en avant le privilège du trésor public qui ne peut être préjudiciable à des droits acquis par des tiers antérieurement. Cette règle a fait l'objet d'une précision par un arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1925. La Cour a estimé que la priorité ne doit pas être classée par rapport à la date de sa constitution, mais simplement que le privilège du Trésor public ne portera pas atteinte à la non-rétroactivité des règles protégeant les droits acquis avant leur promulgation<sup>1097</sup>. Au regard des textes relatifs aux privilèges du Trésor public, leur position vient après celle des frais de justice et avant les autres privilèges énoncés à l'article 2331 du Code civil (hors du cadre des procédures collectives)<sup>1098</sup>.

495. **Le classement des privilèges spéciaux.** - Parmi les privilèges spéciaux, on compte celui du bailleur d'immeuble, le privilège du vendeur de meuble, le privilège du conservateur, les privilèges fondés sur l'idée de gage tacite et sur l'idée de mise en valeur dans le patrimoine du débiteur. Le classement des privilèges spéciaux ne répond pas non plus à la simplicité. Le titulaire du privilège de conservation est le mieux traité car il prime tous les autres tant que les actes de conservation de la chose sont postérieurs aux autres privilèges. Cependant, une limite restreint cette première place. Lorsque les frais engagés à l'occasion de

---

<sup>1097</sup> Civ. 27 juill. 1925, *DP* 1927. 1. 110, réquis. Lescouvé

<sup>1098</sup> P. ANCEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°269

la conservation de la chose sont antérieurs à l'entrée de cette chose dans l'immeuble loué par le bailleur, le privilège de ce dernier prime le conservateur. Le bailleur d'immeuble sera lui-même évincé de sa première place, au profit du privilège du vendeur de meuble, lorsqu'il aura eu connaissance du privilège du vendeur. A part ces particularités, l'article 2332-3 de Code civil règle l'ordre exact des privilèges spéciaux.

496. **L'ordonnancement des privilèges généraux et spéciaux.** - En vertu de l'article 2332-1 du Code civil, les privilèges spéciaux s'imposent aux privilèges généraux. A ce principe, viennent se greffer quelques exceptions. Le privilège des frais de justice primera les privilèges spéciaux, tout comme le superprivilège des salariés. Les privilèges fiscaux primeront également les privilèges spéciaux dans une certaine mesure mais pourront eux-mêmes être primés par le privilège du conservateur<sup>1099</sup>.

497. **La primauté du spécial sur le général.** - Cette règle classique s'interprète, d'un point de vue logique, par le biais de l'arbre de Porphyre. La compréhension des choses s'entend d'abord d'une première vue par laquelle on détermine le genre le plus général, puis, affinant le regard, on parvient à connaître successivement le genre, l'espèce et l'espèce spécialissime (celle en dessous de laquelle il n'y a que des individus singuliers). Tout ce qu'il y a dans l'espèce est déjà dans le genre, mais de manière indéterminée. La précision dont fait preuve l'espèce permet de la faire primer.

498. **La chose entre les mains du rétenteur.** - Le droit positif vise à traiter également les titulaires de droit, tout en favorisant ceux dont la qualité du droit justifie une priorité. Parfois, les contraintes pratiques perturbent les constructions intellectuelles. La rétention offre, à celui qui détient la chose, un pouvoir matériel immédiat particulièrement avantageux car protecteur, notamment contre les titulaires de droits habituellement privilégiés. On a pu dire que le rétenteur était un « gêneur »<sup>1100</sup> et qu'il tenait entre ses mains un « droit sauvage »<sup>1101</sup>.

499. **Droit naturel et catégories juridiques.** - Sans affirmer que le droit de rétention fait partie du *corpus* du droit naturel, il est possible d'appliquer la logique jusnaturaliste pour exposer le problème de sa nature. Souvent, la considération de la nature (de la propriété, de la

---

<sup>1099</sup> P. ANCEL, *Droit des sûretés*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2011, n°276

<sup>1100</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés*, *op. cit.*, n°431

<sup>1101</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés*, *op. cit.*, n°435

société, du mariage, etc.) trouve son intérêt dans les conséquences logiques et nécessaires qu'elle implique. L'unité de sa compréhension conduit à l'élaboration d'un régime juridique unitaire, cohérent et compatible avec le droit positif. La diversité des situations où l'on rencontre la rétention permet de dégager les éléments communs récurrents. La nature d'une chose s'élabore progressivement au sein d'une catégorie signifiée par la structure de la notion. Le passage par les catégories précise la notion dans sa position comparative avec les autres notions puisqu'il éclaire les points essentiels de différenciation. Or, les catégories, prises dans leur autonomie, sont des représentations univoques des choses. L'intégration d'une notion dans une catégorie confère à cette notion les limites qui sont celles de la catégorie. Elle enferme leur sens et les contraint à adopter une position qui ne leur correspond pas absolument. Si la catégorie est utile, il n'empêche que sa place s'intègre dans une compréhension plus profonde, faisant place à l'analogie. Selon un mode analogique, les frontières des catégories perdent leur caractère imperméable pour permettre aux choses, aux notions d'être transcendées par l'idée dont on a qu'une représentation. Dès lors, le constat d'échec dans la détermination d'une nature doit être ciblé dans sa cause pour ne pas déconsidérer la nature alors que c'est la catégorie réduite qui devrait être relativisée. Il y a effectivement « vain débat »<sup>1102</sup> lorsqu'on ne perçoit que la catégorie en soi, comme connaissance ultime de la totalité de la signification de la chose. En effet, les limites de la catégorie de rattachement conduisent à imposer des effets juridiques dont la cohérence est partielle parce que la cohérence même de la catégorie est incertaine. La force du droit positif, c'est de ne pas s'arrêter, comme le fait le droit naturel, dès qu'une indétermination apparaît. Mais oublier l'argumentation jusnaturaliste sous-jacente, c'est tomber dans un excès inverse tout aussi critiquable.

---

<sup>1102</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, op. cit.*, n°453

## **CHAPITRE 2. LE DROIT POSITIF CONDITIONNANT LES** **COMPORTEMENTS VERS L'EGALITE**

500. **Les causes de l'inégalité.** La réalité des choses s'apprécie au regard des causes qui les font être ce qu'elles sont. Pour lutter contre les inégalités des rapports entre individus, les moyens employés doivent être ordonnés à la cause de leur survenance pour être pertinents. Mais ces moyens ne doivent pas contredire les fins qu'ils servent. Ainsi, la liberté est un élément essentiel dans la formation des contrats. Réduire cette liberté pour parvenir à une meilleure égalité irait à l'encontre de la liberté radicale de la personne. Parmi toutes les catégories envisageables, on peut distinguer entre les situations impliquant un « excès » de liberté<sup>1103</sup> et celles résultant d'un « excès » de pouvoir. Les premières ne peuvent restreindre la liberté, il faut donc laisser libres les parties et procéder par des sanctions *a posteriori* en cas d'inégalité. Les secondes peuvent restreindre les pouvoirs dès lors qu'ils permettent d'agir à la place d'autrui. En limitant les pouvoirs, on réduit la possibilité de la survenance d'inégalités. Encore faut-il maintenir une pertinence des pouvoirs octroyés, sans quoi le système sera trop alourdi pour être pratique et efficace<sup>1104</sup> (Section 1). La diversité des situations impose un constat simple : certains actes ne relèvent pas de l'excès mais conduisent à soustraire des biens ou des valeurs d'une masse à partager entre plusieurs personnes. Le respect de l'égalité nécessite une protection de l'assiette à répartir (Section 2). La finalité de justice étant posée, le droit positif est orienté vers son effectivité.

---

<sup>1103</sup> V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Préf. J.-Ph. Lévy, PUF, 1980, p.133

<sup>1104</sup> J. LEONNET, « Ethique des affaires et droits des contrats », *D. aff.* 1995/3, p.57



## SECTION 1. LA LUTTE CONTRE LES EXCES AU PROFIT DE L'EGALITE

### § 1. LA REFERENCE A LA PROPORTION

#### *A. LA PROTECTION CONTRE LES DISPROPORTIONS*

501. **Les différentes mesures de la proportion.** - L'idée de proportion s'exprime tout au long du Code civil sous un mode original. Elle n'est ni définie, ni prise comme une finalité, mais elle est protégée par divers mécanismes. La référence à la proportion se distingue de la justice simplement commutative où les rapports sont ceux de l'identité de valeurs ou de biens<sup>1105</sup>. Avec la proportion, on entre dans une logique plus complexe par laquelle la justice se situera encore dans l'égalité mais où l'« inégalité » de situations entraînera une « inégalité » de valeurs. Tel est le cas du salaire reçu en contrepartie d'un travail effectué, dont le montant est établi selon le mérite. A temps de travail égal, un salarié pourra percevoir un salaire plus important parce que ses compétences le justifient. Ce qui importe principalement, c'est la détermination du critère essentiel constituant la mesure de cette égalité proportionnée<sup>1106</sup>. Le choix d'un point d'appui accessoire, secondaire, empêchera l'égalité d'atteindre la justice. Sans établir une liste exhaustive des critères déterminants, on peut cibler quelques éléments récurrents. La proportion peut se structurer autour du double critère des ressources d'une partie et des besoins de l'autre. Au sein du couple marié, le montant de l'obligation alimentaire, celui des charges du mariage, de l'entretien et de l'éducation des enfants, est conditionné par cette dualité de contraintes pratiques. On ne pourrait imposer une obligation alimentaire à l'un des époux en rendant son passif supérieur à son actif, de manière à le rendre lui-même dans une situation précaire. Un autre critère, celui du temps, permet de proportionner les sommes. Dès lors que l'usage d'un bien est permis en échange d'une rémunération à intervalles réguliers, les restrictions subies dans l'usage de la chose peuvent conduire à réduire proportionnellement la rémunération. C'est le cas de la rente viagère acquise en fonction du nombre de jours que le propriétaire a vécu (art. 1980 C.civ.) ou

---

<sup>1105</sup> S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000 ; F. TERRE, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 2009, n° 25, p.52-57 ; D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *in* Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit français ?, *LPA*, n°117, 30 sept. 1998, n°14, p.16 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 9<sup>e</sup> éd., 2010, n°332-336

<sup>1106</sup> Ce critère signifié par un mot, représentera un concept de portée générale donc plus ou moins extensible.

l'acquisition des fruits selon la durée d'un usufruit<sup>1107</sup>. Dans le sens d'une réduction, l'article 1724 du code civil permet au locataire de diminuer le loyer en cas de limitation d'usage d'une partie du bien loué pour une durée supérieure à quarante jours. Après les critères relatifs aux personnes et au temps, celui de la valeur constitue un troisième pôle important, ciblé autour du fonctionnement des sociétés.

502. **La justice distributive.** - La proportion est l'autre nom de la justice distributive. L'envers de la proportion est la disproportion. Elle est l'excès à combattre pour atteindre le juste milieu. Certes, le terme manque de présence dans le Code civil, mais il s'exprime à de nombreuses reprises dans la jurisprudence, notamment à propos des clauses insérées dans les contrats. On trouve cette idée de disproportion dans les différentes formes de la lésion dont la sanction est dans la nullité de l'acte litigieux.

503. **La lésion.** - La lésion apparaît lorsqu'un défaut d'équivalence rend les prestations des parties déséquilibrées. Le Code civil ne contient pas de théorie générale de la lésion. Le législateur a privilégié des règles casuelles ciblant certains cas précis. La portée restreinte de la lésion est illustrée par l'article 1118 du Code civil limitant son domaine à certaines personnes et à certains contrats. L'exemple de la vente d'immeuble est intéressant car il démontre son caractère casuel en ne faisant bénéficier que le vendeur de la lésion et pour une proportion prédéterminée. L'ordre public empêche qu'une volonté contraire écarte l'interdiction de la lésion. La logique se comprend d'autant mieux pour les incapables ou les mandats de protection future puisque la faiblesse des parties peut expliquer la possibilité de la lésion par manque de clarté dans la détermination de leur propre intérêt.

#### *B. LA PROTECTION CONTRE LES CLAUSES DANGEREUSES*

504. **L'ambiguïté des clauses au sein des contrats.** - La possibilité de la clause est l'occasion de la liberté. Les clauses offrent une souplesse au sein de la théorie générale des contrats<sup>1108</sup>, propre à répondre à la variété des situations juridiques. Il s'agit bien d'un « acte juridique ayant pour objet soit d'en préciser les éléments soit de l'assujettir à un régime

---

<sup>1107</sup> Le champ reste limité : Com. 23 oct. 1990, *D.* 1991. 173, note Reinhard (à propos de la distribution des dividendes et de leur existence juridique).

<sup>1108</sup> Sur l'existence d'une telle théorie et ses limites, cf. E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997

spécial, parfois même dérogatoire au droit commun »<sup>1109</sup>. Dès lors, cette liberté d'user des clauses peut conduire à un régime juridique spécifique et dérogatoire. Cet état de fait contient en germe la possibilité d'une argumentation jusnaturaliste parce qu'elle impose de déterminer les contours de cette liberté qui ne saurait être considérée comme totale. D'une part, elle ne peut aller fondamentalement contre la justice, d'autre part, elle doit être cohérente avec l'obligation et les choses qui en sont l'objet. C'est à partir de la nature du contrat que s'apprécie toute compatibilité. Le droit positif, tel qu'il apparaît, expose l'existence de différentes manières pour atteindre une finalité, toutes orientées vers le juste. Lorsque la règle de droit est supplétive, on peut, dans une certaine mesure, parvenir au juste par le biais de voies autres que celles que donne le droit positif. Le droit positif est une forme qui tente, par les règles édictées, de conduire au juste selon une nature, en imposant soit un chemin impératif lorsque l'objet le requiert, soit un chemin libre lorsque l'objet de l'obligation le permet. La modification du régime juridique, par l'introduction d'une clause, connaît des limites. En effet, certaines règles sont impératives et ne peuvent faire l'objet de conventions contraires. L'expérience en est faite que le Code civil contient des règles impératives. Ainsi, l'article 1231 dispose que « Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ». Juridiquement, la raison se rapporte à une protection du plus faible<sup>1110</sup> qui serait conduit à contracter sans que l'acte juridique ne soit « équilibré ».

505. **L'excès par le biais de la clause.** - La problématique porte principalement sur la clause abusive. Celle-ci est sanctionnée lorsqu'il en résulte non pas un simple avantage à l'une des parties mais un « avantage excessif », un « déséquilibre significatif »<sup>1111</sup>. Pour H. Bricks, « *Certaines clauses imposent à une parties des obligations qui ne sont justifiées par aucune réciprocité véritable. Une clause est abusive lorsqu'elle est stipulée dans l'intérêt exclusif de l'un des contractants sans contrepartie équivalente pour l'autre* »<sup>1112</sup>. Une fois de plus c'est une question de valeur qui se pose pour déterminer un éventuel caractère excessif ou significatif. La jurisprudence montre qu'il n'est pas toujours aisé de déceler l'abusif.

<sup>1109</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V<sup>o</sup> Clause

<sup>1110</sup> S. DION-LOYE, « Le pauvre appréhendé par le droit », *RRJ* 1995-2, p.433 et suiv.

<sup>1111</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V<sup>o</sup> Clause abusive ; X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? - Etude pratique », *JCP G* 2006, n° 6, p.251-259 ; A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Préf. P. Simler, LGDJ, 2001

<sup>1112</sup> H. BRICKS, *Les clauses abusives*, Préf. J. Calais-Auloy, LGDJ, 1982

506. **Clause abusive et nullité.** - En droit positif, la question de l'étendue de la nullité d'une clause à l'acte juridique dans lequel elle s'insère, se résout à l'aide d'une distinction selon le type de contrat. L'article 900 du Code civil dispose que « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ». Dans ce cas le contrat se maintient et la clause est annulée<sup>1113</sup>. Au contraire, pour les contrats à titre onéreux, l'article 1172 étend la nullité à la convention (« Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend »). Devant cette distinction formelle s'est ajoutée une distinction substantielle<sup>1114</sup>. Ce qui importe c'est le caractère déterminant qui s'interprète<sup>1115</sup> principalement par rapport à son caractère séparable en soi et à la volonté des parties. Ce caractère déterminant vise la substance même de la clause et de l'acte juridique<sup>1116</sup> dans lequel il s'intègre mettant en avant l'obligation essentielle qui en découle. Autrement dit, la nature intime de la clause a influé sur la solution. L'arrêt dit « Chronopost »<sup>1117</sup> est à ce point révélateur<sup>1118</sup>.

507. **Clause et liberté.** - La clause a pour finalité de s'adapter<sup>1119</sup> le mieux aux faits sans pour autant donner à la partie forte un moyen de contrôle sur la partie faible. Le Code civil contient plusieurs références visant la nécessité de respecter un certain équilibre dans les

<sup>1113</sup> Cass. civ., 19 octobre 1910, *DP* 1911. 1. 463 : si, aux termes de l'article 900, les conditions impossibles ou contraires aux lois sont, dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, réputées non écrites, elles peuvent entraîner la nullité de la donation ou du legs, mais il n'en est ainsi qu'autant qu'elles ont été la cause impulsive et déterminante de la libéralité

<sup>1114</sup> On pourrait également dire que devant la nullité des contrats s'est ajoutée une prise en compte de la nature de la chose. Cela permet de ne pas réduire la nature des choses à une seule partie de l'ensemble contractuel, d'où une perception plus authentique de la situation. Ici, la volonté est intégrée à la réflexion : nature de l'homme et nature des choses, dans une certaine limite, se combinent.

Cette distinction pourrait trouver un écho dans la sanction en modulant la nullité selon les situations : « une décision peu sûre en a déduit que la demande en nullité partielle serait alors irrecevable, Cass. com., 15 juillet 1992, *Bull. civ.* IV, n°280

<sup>1115</sup> Le juge est malgré tout privé de son appréciation lorsque les parties ont précisé le sens de la clause ou lorsque le législateur répute une clause non écrite. Sur ce dernier point : S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, Economica, 2006 ; R. BAILLOD, « A propos des clauses réputées non écrites », in *Mél. dédiés à L. Boyer*, Presse Universitaires de Toulouse, 1996, p.15 s. ; COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, n° 28-29, p.315

<sup>1116</sup> A. BENABENT, *Les obligations, op. cit.*, n°423 : « la clause ne peut pas porter sur l'obligation essentielle du contrat, car ce serait le vider de sa substance : le vendeur ne peut pas se dispenser de fournir la chose vendue, le loueur la chose louée [...] »

<sup>1117</sup> Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 2 décembre 1997, *Defrénois* 1998. 342, obs. D. Mazeaud. Sur les évolutions, cf. D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *D.* 2010, n°28, p.1832 et suiv.

<sup>1118</sup> Même si la solution est antérieure. Avant 1978 : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 mai 1969, *D.* 1969. 653 : annulation de clauses qui aboutissaient à l'ineffectivité des obligations essentielles

<sup>1119</sup> R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p.1 et suiv.

obligations de chacune des parties notamment concernant les clauses pénales<sup>1120</sup>. Comme on l'a dit, le droit positif émet des règles impératives et supplétives. Elles ont pour but de créer les conditions de possibilités de réalisation du juste tout en laissant une marge de liberté pour s'adapter à la diversité des situations. Malgré cette orientation incitative vers le juste - dont l'actualisation d'une justice est d'autant plus forte qu'elle résulte d'une liberté authentique -, il arrive que le débiteur n'exécute pas son obligation. L'article 1152, dans son premier alinéa, indique que les dommages et intérêts doivent correspondre à ceux prévus lors de la formation du contrat : la somme ne doit être ni « plus forte, ni moindre ». Il s'agit, pour le débiteur, de respecter son engagement en cas de défaillance. La somme correspondant aux dommages et intérêts, consentie initialement par le débiteur correspond en principe à une somme juste. En tout cas on peut le présumer puisque les parties se sont mises d'accord et ont donné leur consentement. Néanmoins, la pratique montre que cette certitude de justice n'est qu'une présomption qui ne correspond pas nécessairement à la réalité. En effet, pour des raisons de faiblesse ou de manque de connaissance, une partie peut se méprendre sur les conséquences de son acte sans pour autant remplir les conditions d'une erreur cause de nullité du contrat. Le législateur a donc, par deux réformes<sup>1121</sup>, aménagé l'alinéa 2 pour permettre de rendre possible un rééquilibrage plus proche de la réalité. Pour cela différents mécanismes sont envisageables. Il s'agit de parvenir au juste par une forme qui respecte au mieux la justice, bref d'accorder la fin et les moyens. Tout d'abord, un des mécanismes réside dans l'élargissement de la compétence du juge qui peut désormais « modérer ou augmenter la peine ». Cela renforce la potentialité de se rapprocher de dommages et intérêts correspondant davantage à ce qui est juste. Ensuite, le juge est compétent d'office, ce qui le conforte dans sa position de contrôle de l'estimation initiale. Mais la fonction du juge est cantonnée à ce qui est manifestement excessif ou dérisoire. L'effet est double en ce qu'il touche autant le créancier que le débiteur. On pourrait croire que le débiteur est la partie systématiquement faible mais la réalité montre parfois que tout n'est pas à son désavantage. On est bien dans le cadre d'une double protection pour éviter les excès quels que soient les parties considérées. Ainsi, tout est mis en œuvre pour permettre de s'adapter à l'évolution de la situation sans pour autant y perdre en sécurité juridique. Enfin, il est indiqué que « Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ». La structure de l'article 1152 apparaît solide puisqu'elle empêche les parties de s'en extraire pour éviter toute immixtion extérieure. Faisant écho à l'article

---

<sup>1120</sup> Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n°347: « constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée ». Comp. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Préf. F. Chabas, LGDJ, 1992

<sup>1121</sup> Loi n°85-1097 du 11 octobre 1985 et loi n°75-597 du 9 juillet 1975

1152, l'article 1231 du Code civil avance dans la recherche de la correspondance entre le montant fixé par la clause pénale et la réalité. En effet, l'exécution partielle de l'obligation par le débiteur permet de diminuer la peine « à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier »<sup>1122</sup>. De plus, le législateur précise que toute stipulation contraire est réputée non écrite.

508. **Clause et protection légale.** - Avec l'évolution juridique des clauses abusives, on remarque une tendance constante à se rapprocher, le plus possible, du juste. La loi du 10 janvier 1978<sup>1123</sup>, aujourd'hui abrogée, a été suivie de la loi du 5 janvier 1988<sup>1124</sup>. Par suite, la Cour de cassation a ouvert la possibilité pour le juge de déclarer nulle une clause abusive même sans texte<sup>1125</sup>. Le processus est celui qui vise à sanctionner les clauses abusives en tant qu'elles ne correspondent pas au juste. Sous l'impulsion communautaire<sup>1126</sup>, la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 a établi une liste de clauses « qui peuvent être regardées comme abusives ». Cependant, le demandeur reste tenu de démontrer le caractère abusif. La valeur de cette liste de clause reste faible en ce que la charge de la preuve ne change pas. De plus, le juge n'est pas tenu par la liste qui n'est qu'indicative et partielle. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 conduit à un rapprochement, dans l'essence de la clause, avec les critères du code de la consommation notamment sur l'idée de « déséquilibre significatif ». Mais elle va au-delà en sanctionnant les attitudes<sup>1127</sup>. Les articles L. 442-6, I, 2 et 4 énoncent que la responsabilité est engagée par le fait, pour l'auteur « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties » ; « d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant

---

<sup>1122</sup> Par le juge et pouvant se faire d'office (Mais pas n'importe quel juge : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> février 2003 : « il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés de procéder à la diminution prévue à l'article 1231 »).

<sup>1123</sup> P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 12<sup>e</sup> éd., 2012, n°315 : « dans son ensemble, le problème posé par les clauses abusives ne pouvait être réglé que par le législateur, soit comme un élément de l'ordre public économique de protection, soit comme une extension de la notion de violence à l'abus de situation, à la violence économique ».

<sup>1124</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 754 : « dont l'article 6 (C. cons., art. 421-6) confère aux associations de consommateurs agréées le droit de demander aux tribunaux d'ordonner la suppression des clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs ; le juge sort alors de son rôle habituel ; sa décision a presque la valeur d'un arrêt de règlement ».

<sup>1125</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 1991, Lorthioir, Bull. civ. I, n°153 ; D. 1991.449, som., 320, obs. Crit. J.-L. Aubert ; *JCP G*, 1991. II. 21763, n. G. Paisant

<sup>1126</sup> Directive du 5 avril 1993

<sup>1127</sup> Ce qui fait écho à l'hypothèse précédente, de tendance idéaliste, basée sur la nature de l'homme, qui cherche à sanctionner les tentatives d'éviction de l'équilibre entre les parties.

pas des obligations d'achat et de vente ». De manière systématique, on recherche le juste, que le droit positif tente d'atteindre à travers des formes différentes, plus ou moins pertinentes car plus ou moins en accord avec l'essence même du juste. L'argument jusnaturaliste est présent sous différentes formes, qui, laissant penser à un manque de rigueur apparent, correspond peut être davantage à une prise en compte très empirique de la diversité sous laquelle apparaissent les faits sociaux. Plus récemment, un décret en date du 18 mars 2009<sup>1128</sup> a distingué les clauses grises et les clauses noires<sup>1129</sup>. Les clauses noires sont celles qui sont présumées abusives de manière irréfutable et dès lors interdites<sup>1130</sup>. Les clauses grises sont présumées abusives « sauf au professionnel à rapporter la preuve du contraire »<sup>1131</sup>.

**509. Les clauses visant à donner un avantage substantiel et unilatéral.** - La multitude des situations juridiques renferme la possibilité d'insérer des clauses non conformes à un principe de justice. Par exemple, le contrat de mariage est l'occasion donnée à chacun des époux de protéger des biens précis ou des masses de biens. L'introduction d'une clause peut avantager l'un des époux. Tel est le cas de la clause imposant à un époux de verser la totalité de ses revenus à l'autre époux. La nullité est encourue parce qu'elle entre en contradiction avec l'article 223 du Code civil par lequel les époux bénéficient d'une liberté dans la perception et la disposition des gains d'une activité professionnelle. Le même esprit règne pour les clauses supprimant la contribution aux charges du mariage. En droit des sociétés, on trouve ce type d'avantage unilatéral dans la clause léonine. L'interdiction résulte de la lecture de l'article 1844-1 du Code civil qui dispose que « La stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ». L'interdiction de cette clause n'empêche pas la renonciation à des bénéfices lors de la clôture d'un exercice<sup>1132</sup>.

---

<sup>1128</sup> Décret n°2009-302

<sup>1129</sup> Sur ce point : G. PAISANT, « Le décret portant listes noire et grise de clause abusives – Décret du 18 mars 2009 », *JCP G* 2009, 116 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et « grises » », *JCP G* 2009, n° 14, p.5-8 ; G. NOTTE, « Liste des clauses abusives », *Contrats concurrence, consommation*, avril 2009, p.2-3 ; D. LEGAIS, « Décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », *RTD com.* 2009, p.424

<sup>1130</sup> Article R 132-1 du code de la consommation

<sup>1131</sup> Article R 132-2 du code de la consommation

<sup>1132</sup> Com. 13 févr. 1996, Bull. civ. IV, n°53 : l'art. 1844-1 al. 2, ne fait pas obstacle à ce que les bénéfices distribuables d'un exercice clos soient répartis sous forme de dividendes conformément aux renonciations exprimées par certains associés en assemblée générale.

510. **L'incidence de la généralité de la clause d'un point de vue jusnaturaliste.** - L'étendue importante de l'usage des clauses se calque sur la dimension transcendante de la liberté. Autant de liberté, autant de clauses. De manière assez paradoxale, l'existence d'une clause octroyant un pouvoir unilatéral ou un déséquilibre substantiel, n'est pas systématiquement source d'injustice dans le sens où les parties peuvent exécuter le contrat sans que la clause n'ait pu prendre effet parce que les conditions n'étaient pas remplies. Dans ce cas, la clause n'aura eu aucune incidence patrimoniale sur les parties. Cela signifie - selon un mode jusnaturaliste doublé d'ontologie - que la clause peut être jugée dans son essence seule ou dans son existence (incluant l'essence). Si la clause est appréciée selon l'essence, elle implique un mode rationnel par lequel on appréciera sa conformité à la nature du contrat (selon le principe de non contradiction) et son atteinte éventuelle à l'égalité. La considération de la clause comme essence existante modifie le raisonnement en ajoutant une indétermination. Une clause peut théoriquement donner un pouvoir à une partie mais si la partie ne s'en sert pas, l'absence de mise en œuvre de la clause conduira à la rendre inefficace, d'où, *a priori*, une absence d'inégalité qui trouverait son origine dans la clause. Il est certain que le droit positif ne peut accepter que des parties à un contrat prennent un tel risque d'où une construction logique privilégiant le plan de l'essence en réputant non écrites les clauses illicites. Mais il s'agit d'une réduction que le droit naturel permet d'éclaircir. Le droit positif conditionne la survenance du droit naturel dans la mesure des contraintes qui s'imposent à lui.

## § 2. LES EXCES DE POUVOIR

511. **Le refus de l'excès par le droit naturel.** - Le droit naturel s'accomplit dans la justice. Les rapports juridiques qui s'en éloignent subissent autant d'écart avec le droit naturel. Cette distanciation s'opère par le défaut et l'excès. L'excès et le défaut ne se déterminent pas par eux-mêmes. Leur sens et leur contenu respectifs dépendent d'une donnée qui en constitue la mesure. Cette juste mesure à atteindre est comprise rationnellement et perçue à travers le sentiment de justice. Le droit positif a mis en place un ensemble de règles de droit réduisant les excès qui peuvent survenir dans les rapports entre les parties. Ces règles sont construites à partir d'un modèle qui s'impose à elles. Sans la mesure première que constitue le droit naturel, la notion de juste mesure serait équivoque et soumise la relativité des appréciations. L'unité de l'idée de justice favorise la cohérence des règles de droit. Le droit positif apparaît



comme la structure nécessaire pour permettre l'actualisation du droit naturel sous sa forme de justice. L'étude empirique des différentes formes d'excès et les règles de droit protectrices éclairent la possibilité d'une interprétation jusnaturaliste. Dès lors que l'idée de justice n'est pas connue dans la perfection de ce qu'elle est, le droit positif se construit à partir de concepts juridiques qui sont élevés au rang de principes généraux touchant les majorités des situations. La limite du champ de ces principes postule la nécessité de les combiner avec des exceptions pour englober les cas non prévus. Or, ces exceptions relèvent également du mode général, d'où le passage soit par des exceptions aux exceptions, soit par des règles particulières. Plus les concepts, qui sont à l'origine des règles, seront proches de la réalité, moins de strates supplémentaires de règles de droit seront nécessaires et plus il y aura proximité avec le droit naturel dont la structure est constituée sur des représentations les moins abstraites possibles. Il s'agit d'en mesurer l'incidence par rapport à la notion d'excès.

#### *A. APPROCHE DE L'EXCES*

##### 1. L'excès

512. **Définition de l'excès.** - Le terme « excès » vient de *excedere* qui signifie « sortir de ». Ceci implique un cadre, des frontières, hors desquels il ne faut sortir, ou une mesure à laquelle il faut s'ordonner<sup>1133</sup>. La notion d'excès se rapproche, dans le langage courant, de la disproportion. Selon D. Bakouche, une différence de domaine distinguerait les notions. La disproportion porterait davantage sur la justice commutative, tandis que l'excès aurait un domaine plus large<sup>1134</sup>. Une différence de degré toucherait également les notions puisque l'excès ne se caractérise pas uniquement par un déséquilibre, une inégalité. L'excès implique la démesure manifeste<sup>1135</sup>. Selon une approche jusnaturaliste, il faut en revenir aux définitions de l'excès et de la disproportion afin d'apprécier les concepts qui les signifient et connaître leur extension. La découverte des présupposés recouvrant les notions permettrait de clarifier leurs champs respectifs.

513. **L'indétermination de l'excès.** - Si le droit implique la justice dans son essence, et justifie qu'on rende à chacun ce qui est le sien, l'excès vient perturber cette finalité de

---

<sup>1133</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Excès

<sup>1134</sup> D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, Préf. Michelle Gobert, LGDJ, 2005, p.77-78, n°74

<sup>1135</sup> *Ibid.*, p.107, n°108

justice<sup>1136</sup>. L'excès doit être réduit de façon à ce que les situations juridiques restent dans la juste mesure. Le relativisme n'est pas de mise car il saperait toute notion d'excès. Effectivement, l'excès de l'un serait la juste mesure de l'autre d'où l'impossibilité de toute contestation recevable. Une mesure, communément acceptée, est requise pour délimiter ce qui relève de l'excès ou non. La question de l'excès, c'est celle de son fondement puis de son encadrement possible au sein du droit positif. On retrouve là toute la dynamique de l'universel et du général, des règles de principes et des règles d'exceptions, des principes généraux et des règles formelles. Il s'agit d'analyser comparativement l'approche technicienne du droit positif et l'approche jusnaturaliste pour apprécier les méthodes employées par chacune. Dans le cadre du droit positif, voire d'une théorie générale de l'excès, celui-ci est défini comme une démesure, une outrance, comme ce qui dépasse les bornes. Elle implique la connaissance préalable de la juste mesure, qui pourtant reste indéterminée en soi, ce qui rend difficile la mise en œuvre pratique d'un principe général. Les démarches empirique et pragmatique permettent d'adopter des règles de droit ciblées d'où une certaine pertinence. L'élaboration d'une théorie générale se trouve confrontée à la difficulté d'une réglementation casuelle qui obscurcit la détermination de lignes communes aux règles édictées. La recherche d'un fondement aboutit à la découverte d'une multitude de fondements d'ordres juridique, économique, social et politique.

514. **Excès et jusnaturalisme.** - Dans le cadre du droit naturel, le point de départ est dans l'idée d'excès. L'idée universelle d'excès n'étant pas accessible, seule la situation en état d'excès parvient à l'esprit sous la forme de la singularité et à partir de laquelle peut se construire une généralité. Autrement dit, la saisie de la notion implique une perte partielle de sa réalité. L'excès ne se donne à l'homme que par représentation d'où une distanciation de la notion de fondement avec les théories générales du droit. Le fondement de l'excès est lui-même une représentation, soumis à l'ordre du général et non de l'universel. Ce décalage a toute son importance dans l'élaboration des règles de droit. Parmi les moyens disponibles visant à sanctionner les excès, une alternative permet de choisir entre un principe général et des règles particulières. Chaque instrument a ses avantages et ses défauts. Le principe général, par son indétermination, le rend très (trop) malléable pour assurer une sécurité juridique à

---

<sup>1136</sup> *Ibid.*, p.2 : « Dès lors en effet que l'on considère que l'aspiration à la juste mesure est inscrite dans la définition même du droit, la prise en compte de l'excès, parce qu'elle lui est consubstantielle, devrait s'identifier au droit lui-même. Autrement dit, quitte même à forcer un peu le trait, il n'est pas interdit de croire, de façon presque intuitive, que le droit est l'ensemble des moyens destinés à prévenir et, le cas échéant, à corriger l'excès ».

travers une égalité de tous devant la loi. Mais il permet une vaste extension de son domaine d'application. Les règles particulières formalisées assurent la rigueur d'une application précise (source de sécurité), mais dans un champ plus limité. Cependant, dans l'un comme dans l'autre, l'excès n'est compris que dans sa généralité. Le principe abstrait, considéré comme existant par réification, ne peut atteindre le concret. La position du droit naturel ne consiste pas dans un refus d'un principe général mais dans son autonomisation. Tout principe général participe d'une idée universelle qui le dépasse. Certes, le droit naturel n'est pas dans l'idée inaccessible, il est dans le mode de la représentation. Mais il est dans la représentation la moins abstraite possible en respectant la nature non réduite des choses. En droit positif actuel, il n'existe pas de principe général luttant contre les excès<sup>1137</sup>. Seules des règles formelles particulières sont ordonnées à cette fin. Or, ces règles sont formalisées, c'est-à-dire qu'elles sont des « images » déformées de la nature du juste et de l'excès. Par rapport à l'idée de l'excès ou de justice, les règles formelles sont en décalage puisqu'elles vont s'étendre au-delà de l'idée pour partie, et/ou se réduire en deçà de l'idée pour une autre partie. Cela implique la nécessité de combler ces extensions et ces réductions par des exceptions propres à parvenir, selon un nœud de règles, à la situation la plus proche de l'universalité, tout en conservant la sécurité des règles formalisées pour lesquelles un jugement par oui ou non est suffisant. Il reste que ce mécanisme, assez efficace, démultiplie considérablement le nombre des règles de droit. On explique par là le phénomène d'expansion législative.

## 2. Approche de l'analogie

515. **Les conditions d'application de l'analogie et ses limites.** - Pour reprendre les propos de G. Cornu : « Le règne de l'analogie est le règne même de l'équité. Qu'elle soit considérée, en chacun, comme un « instinct profond de notre nature » ou, plus objectivement, comme une exigence de l'égalité, l'équité commande de traiter semblablement des choses semblables. Elle l'ordonne sous le condition de l'identité de raison »<sup>1138</sup>. La similitude entre différentes situations juridiques justifie l'application de règles communes relativement aux modes créateurs ou extinctifs d'obligations, à la production d'effets juridiques. Tout l'intérêt de l'analyse se porte sur la notion de similitude dont le support doit être la réalité et non la simple apparence. La détermination de la réalité d'une chose ou d'une situation nécessite une décomposition (ontologique). La similitude ne porte pas sur la contingence d'une situation

---

<sup>1137</sup> Pour une volonté contraire, cf. D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, Préf. Michelle Gobert, LGDJ, 2005

<sup>1138</sup> G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mél. Offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p.137

puisqu'elle manque de la permanence nécessaire à l'application de l'analogie. Ce qui importe c'est ce qui ne relève pas de la contingence, à savoir l'essence. L'essence est composée d'une matière par laquelle une forme informante vient à être singularisée. A ce schéma s'ajoute l'existence ouvrant l'essence au monde concret. Ces éléments (essence - existence) relèvent de la nature. L'étude de la nature permet de « mesurer » la similitude entre les choses en évitant l'application de règles communes à des situations dont la seule apparence est commune<sup>1139</sup>. La difficulté de l'analogie ressort de la connaissance limitée des choses elles-mêmes. D'une part, la matière impose une indétermination à la forme qu'elle singularise. D'autre part, l'existence, non exprimable sous le mode conceptuel (sauf à l'essentialiser), rend difficile et limite les informations que toute rationalisation permet.

516. **Le « sain » et le « juste » sont analogiques.** - L'analogie est un pont entre des choses dissemblables, même par nature<sup>1140</sup>. Selon un exemple classique, « sain » peut se dire autant du corps humain que du climat ou du remède. La santé est liée, par analogie, au climat alors qu'elle est fondamentalement différente par nature. Aristote a étendue l'analogie de la physique à l'éthique. Tenant l'idée que l'acte vertueux est l'acte situé entre le défaut et l'excès, cette idée de juste milieu<sup>1141</sup> peut être étendue à de nombreux domaines, par nature différents, mais aptes à recueillir cette analogie<sup>1142</sup>. Comme le dit P. Secrétan : « Alors que l'*épikēia* grecque signifie essentiellement un correctif de ce que la loi a de trop général et donc de trop rigide, l'*aequitas* des juristes latins est une égalité de traitement juridique dans des cas matériellement inégaux, mais précisément assimilable par analogie, et par ailleurs analogisés par l'application d'une même règle de droit »<sup>1143</sup>. Une même règle de droit peut s'appliquer à des cas différents par nature mais reliés par un même analogué.

517. **Application au droit positif de l'analogie.** - L'application de l'idée de juste milieu entre le défaut et l'excès se retrouve dans tous les domaines du droit positif. L'acte

<sup>1139</sup> J.-L. BERGEL, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *RRJ* 1995-4, p. 1079

<sup>1140</sup> P. SECRETAN, *L'analogie*, *op. cit.*, p.7

<sup>1141</sup> S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000, p.34, n°47 : la justice commutative n'est pas nécessairement la moyenne arithmétique de deux prétentions inconciliables. Il faut se défier de la formule langagière du « juste milieu », car le milieu n'est pas nécessairement le point de justice. Le juste loyer ne coïncide pas forcément avec le chiffre situé à égale distance de deux propositions respectives du bailleur et du preneur ».

<sup>1142</sup> P. SECRETAN, *L'analogie*, *op. cit.*, p.25 : « Or, dans la mesure où cette juste mesure est elle-même la mesure de la justice et que, par ailleurs, la justice est une vertu spécifiquement sociale [...], c'est proprement dans les formes sociales de la justice commutative ou distributive que se proportionnent des rapports moralement qualifiables ».

<sup>1143</sup> *Ibid.*, p.26

juste sera le contrat formé entre le défaut de liberté et l'excès de liberté ; l'acte juste sera le remboursement de dommages et intérêts entre le défaut de paiement et l'excès de paiement (entendu comme somme disproportionnée). La protection raisonnable et juste sera celle permettant la liberté tout en réduisant les risques d'engagements trop lourds de l'actif de l'incapable. La garantie juste sera celle proportionnée à la dette du débiteur et aux moyens financiers de la caution. Le juste se retrouve dans tous les interstices du droit, et il ne pourrait en être autrement, sauf à sortir du droit. En faisant du juste une notion univoque, on la cristallise dans une image ne rendant pas compte de sa nature d'être non prédéterminée. Une science du juste est possible mais détachée de la réalité, elle devient caricaturale. L'écueil opposé est de voir dans le juste une notion équivoque, qui confine à la relativité en fonction d'une mesure changeante aléatoirement. En ce sens, le juste perd toute sa substance, ce qui rend impossible toute constitution d'une science de la justice. Dans le cadre strict du droit, le juste est analogique dans sa signification juridique et transcendant dans son extension juridique. La formalisation des règles de droit conduit à créer des règles purement techniques d'organisations des rapports entre individus.

518. **L'Idée de justice.** - La justice est une idée inaccessible en soi pour l'homme. Le seul moyen de la connaître, au moins en partie, est de percevoir les représentations concrétisées de la justice et même plus encore avec l'injustice. Le juste n'est pas connu en soi mais il est perceptible lorsqu'il se singularise dans une situation, dont la représentation est possible. Un travail de l'esprit permet de dégager le juste d'abord comme genre, puis sous le mode de l'analogie. Le préréflexif est ce qui saisit le mieux le juste car il ne se concentre pas uniquement sur l'aspect rationnel du juste. Cette indétermination n'est pas inhérente au juste, elle se situe plutôt dans l'individu limité dans sa connaissance des choses. L'affirmation se retrouve du point de vue de l'excès.

519. **L'analogie d'attribution et l'analogie de proportionnalité.** - Parmi les analogies, on compte l'analogie d'attribution, l'analogie de proportionnalité impropre (la métaphore) et l'analogie de proportionnalité propre. Seule la première et la dernière intéressent le droit dans sa dimension technique. L'analogie présentée par les qualificatifs « sain » et « juste » illustre l'analogie d'attribution. C'est un rapport entre des choses. Mais comme ces choses sont connues sous le mode de la représentation, elles ne sont pas connues en soi, d'où la limite de ce type d'analogie. Il faut trouver un mode analogique permettant d'opérer un lien entre ce qui est connu et ce qui n'est ni connu ni connaissable, mais correspond à la perfection de la

chose en soi. L'analogie de proportionnalité, en tant que rapport de proportions et non plus de choses, crée un lien entre le connu et l'inconnaissable. L'être, au regard de sa dimension universelle, considéré dans sa plénitude, devient la *mesure* de toute chose, quand bien même il reste inaccessible en soi. Chaque situation contient de l'être mais manque de la perfection de la plénitude de l'être. D'ailleurs, dans la conception antique, le mal, c'est l'absence d'être. C'est dans la composition de l'être que pourront s'apprécier les situations juridiques. A ce stade, la situation devra être « quelque chose » (*aliquid*) pour constituer un appui premier. Elle devra être vraie et bonne, selon la convertibilité des transcendants. L'analogie de proportionnalité doit cependant être complétée par l'analogie d'attribution<sup>1144</sup>. L'analogie de proportionnalité, employée seule, conduit à voir l'être comme le tout autre non accessible, et donc inexploitable. L'analogie d'attribution implique de dire que l'être est l'Un, mais cette identité s'opère sous le mode de la représentation conceptuelle génériciste, c'est-à-dire réductrice. Il faut donc lier les deux analogies pour exploiter l'être au sein des situations du monde, et plus précisément dans les situations juridiques. Ainsi, la situation juste sera celle où il y aura le maximum d'être.

520. **Les réductions de l'être.** - La référence à l'analogie permet de relier le juste - et donc l'excès - à l'être, tout comme l'étant est susceptible d'être rattaché à l'Etre. La mesure de l'excès s'établit par rapport aux autres concepts dans un premier temps, puis en fonction de sa nature dans un deuxième temps, et enfin, selon son Idée. Ce processus relève de la dialectique par laquelle l'excès est compris d'autant mieux à chaque niveau, notamment par le biais de l'analogie. L'intérêt de l'analogie réside dans sa capacité à dépasser les catégories dont les frontières parfois arbitraires constituent des contraintes non fondamentalement vérifiées dans leur pertinence. Ainsi en est-il de la catégorie des professionnels dont la protection est, par principe, moindre que celle du consommateur au regard des connaissances spécifiques et de l'expérience acquise dans l'exercice de la profession<sup>1145</sup>. Or, un consommateur, très averti d'un domaine, peut très bien dépasser en connaissance un professionnel sur certains aspects de son domaine. C'est ce qui explique que des définitions variables du consommateur soient éprouvées dans la doctrine. Une définition plus large réduirait immédiatement l'efficacité<sup>1146</sup>

<sup>1144</sup> P. SECRETAN, *L'analogie, op. cit.*, p.42

<sup>1145</sup> J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2006. Ces auteurs parlent d'une supériorité des professionnels par la nature des choses.

<sup>1146</sup> M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Préf. M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, 2006, n°6-52

de la législation protectrice<sup>1147</sup>. La jurisprudence tend d'ailleurs à retenir une conception large du professionnel et réduite du consommateur. Le constat s'étend aux grandes catégories du droit.

521. **Analogie, fondement, représentation et formalisation.** - Le droit positif n'a pas élaboré de principe relatif à l'excès, préférant une approche empirique en fonction des domaines considérés. L'excès peut se produire au sein d'un contrat par un déséquilibre des prestations, une condition purement potestative, une clause abusive. Dans le rapport de personnes liées juridiquement, l'une d'entre elles peut également s'engager excessivement faisant courir un risque sur les biens de l'autre partie (époux, mandataire). Chacun de ces domaines implique la réunion de conditions particulières afin de mettre d'être en droit de dénoncer l'acte litigieux. A ce titre, un lien analogique peut unir ces domaines. L'analogie crée un pont sans abolir les frontières<sup>1148</sup>. La différence de régime juridique n'empêche pas l'existence d'un lien permettant de considérer sous un même rapport des domaines différents. Chaque domaine pose des principes en fonction de représentations. Ces représentations sont exprimées par des concepts (clause, déséquilibre, pouvoir) dont la structure de la définition relève l'existence de présupposés justifiant de l'extension plus ou moins grande du principe. Le législateur construit un ensemble de règles comme autant d'instruments propres à conditionner les comportements, tout en maintenant un niveau, le plus élevé possible, de liberté. Par la nécessité de respecter des conditions de formations d'actes juridiques, en sanctionnant toute inexécution ou mauvaise exécution, en posant des présomptions et, plus généralement des fictions, en précisant les pouvoirs de chacun et les contrôles du juge, le législateur pose des règles dans le but de servir la finalité voulue, le tout dans une cohérence d'ensemble avec les autres règles de droit. On l'a dit, les règles de droit s'ordonnent à partir des concepts initiaux. La signification de ces concepts emporte une résistance par laquelle un système de compatibilité et d'incompatibilité s'élabore. Autrement dit, le principe de non contradiction structure les types d'exceptions, de fictions, de conditions qui vont l'entourer. Plus le concept signifié par le principe est éloigné de la réalité, plus le nombre d'exceptions, de fictions et de conditions devra être important. Chaque domaine (clause, mandat, époux, associés d'une société) dispose de règles (principes, exceptions, fictions, conditions, dispense) ordonnées à l'idée générale qui sous-tend le domaine considéré. Selon le principe de non

---

<sup>1147</sup> D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, Préf. Michelle Gobert, LGDJ, 2005, p.282, n°308 ; le même type de problème dans les rapports des professionnels entre eux avec une distinction selon que les professionnels sont de la même spécialité ou non.

<sup>1148</sup> P. SECRETAN, *L'analogie*, *op. cit.*, p.8

contradiction, suivi de raisonnements déductifs et inductifs, on aboutit à des régimes juridiques spécifiques en raison des représentations qui en sont les points de départ. Mais dans tous les cas, ces règles participent d'une idée qui les dépasse (la justice) et les transcende (l'être). La notion d'excès traverse ces domaines juridiques parce qu'elle est ordonnée à la justice et relève de l'être.

### *B. LA FORCE DES PARTIES*

**522. Le champ d'application de la nullité de la condition potestative.** - La justice s'accorde mal avec l'excès. L'existence d'une trop grande différence dans les forces économiques peut conduire à des disproportions. En tentant de réduire les conséquences de ces situations, le droit positif essaye de maintenir une protection propre à légitimer la présence de la justice et du droit naturel. La condition potestative est « celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher » (art. 1170 C.civ.). L'article 1174 du Code civil sanctionne par la nullité l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. L'évolution du traitement de la condition potestative au 19<sup>e</sup> siècle illustre le phénomène de démultiplication des règles pour embrasser tout le champ voulu. Partant d'un principe premier, une suite d'exceptions se fait jour puis une exception à l'exception. L'ensemble permet d'approcher au mieux de l'universel à partir de règles abstraites (sans pouvoir y parvenir car la somme de l'abstrait ne peut aboutir à l'universel)<sup>1149</sup>. Une première distinction souligne la différence entre la condition purement potestative (résultant de la volonté seule) et la condition simplement potestative (résultant d'un fait dépendant de la volonté). On estime généralement que si la condition est purement potestative, le consentement donné fait défaut. Comme le dit Pothier : « l'obligation étant juris vinculum..., rien n'est plus contraire à sa nature que de la faire dépendre de la pure volonté de celui qu'on supposerait la contracter ; et par conséquent une telle condition ne suspend pas, mais détruit l'obligation qui pèche en ce cas par le défaut de lien »<sup>1150</sup>. En fonction de cette différence, la nullité ne toucherait que les obligations contractées sous l'empire d'une condition purement potestative. Deux autres cas permettent d'éviter la nullité. D'une part, l'article 1174 ne trouverait pas non plus à s'appliquer lorsque la condition

---

<sup>1149</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n°1223 : « Ces distinctions et sous-distinctions, et les critères correspondants, ont l'apparence de l'objectivité. Ils sont, en réalité, suffisamment flous pour justifier toutes les solutions d'opportunité et d'équité ».

<sup>1150</sup> J.-J. TAISNE, « Contrats et obligation », fasc. 40 à 43, JCl, p.7, n°30



potestative est une condition résolutoire (alors que la condition suspensive purement potestative conduit à la nullité)<sup>1151</sup>. D'autre part, l'existence d'une condition, même purement potestative, ne serait pas susceptible de sanction au sein des contrats synallagmatiques puisque l'invocation de la condition par le débiteur impliquerait la suppression de sa propre créance. Précisant le domaine de la nullité, la doctrine a été amenée à distinguer entre les actes à titres gratuits et les actes à titres onéreux. S'agissant des premiers, la nullité est requise même en cas de condition simplement potestative, tel qu'il ressort de l'article 944 du Code civil.

**523. L'analyse actuelle de la condition potestative.** - Toutes ces règles s'expliquent autant d'un point de vue technique (défaut de consentement) que d'un point de vue moral (maîtrise trop prononcée d'une partie sur le contrat)<sup>1152</sup>. On pourrait également voir, dans l'article 1174, une règle dont la finalité serait de conditionner les comportements en évitant les excès de pouvoir d'une partie sur le fondement de la justice commutative. Les justifications de la morale et de la technicité ne sont que des interprétations secondaires : la morale car elle est une transcription subjective englobant de la justice dans la conscience des individus ; la technique car elle est une logique issue de la formalisation de règles de droit qui ne sont que des moyens affectés à une fin. La règle de l'article 1174 montre d'ailleurs le sens de sa généralité et son écart avec l'universalité parce que selon une considération objective des situations, on peut relever une condition potestative sans que celle-ci ne conduise nécessairement à un abus<sup>1153</sup>. On retrouve la distinction entre un jugement selon l'essence de la condition potestative et son existence actualisée. Devant les distinctions élaborées au 19<sup>e</sup> siècle, la doctrine a tenté de rationaliser les règles de détermination de la nullité. Désormais, sont supprimées les distinctions entre actes à titre gratuit et actes à titre onéreux, contrats unilatéraux et synallagmatiques, conditions purement potestative et simplement potestative<sup>1154</sup>. Il est certain que la distinction du purement et du simplement potestatif était critiquable par son caractère artificiel<sup>1155</sup>. Deux critères permettent d'éclaircir les nouvelles données. Premièrement, si le débiteur peut ne pas répondre de sa dette avec l'avantage de ne

<sup>1151</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2013, n°295

<sup>1152</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n°296

<sup>1153</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n°1310 : « Peut-être après les arrêts de l'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995 relatifs à l'indétermination du prix, la jurisprudence aura-t-elle une conception plus étroite de la condition potestative, ne l'interdisant que lorsqu'elle présente un caractère abusif ».

<sup>1154</sup> Mais la distinction se trouve encore, cf. Toulouse, 4 oct. 2004, *in* J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2013, n°298

<sup>1155</sup> J.-J. TAISNE, « Contrats et obligation », fasc. 40 à 43, JCl, p.8, n°36

subir aucun préjudice, la condition potestative sera nulle. Dans ce cas, la condition résolutoire potestative peut être sanctionnée, ce qui n'était pas le cas en vertu des interprétations précédentes. Deuxièmement, l'absence de possibilité de contrôler les actes du débiteur, notamment par un contrôle judiciaire, aboutira à déclarer nulle la condition potestative<sup>1156</sup>.

524. **L'expression de la puissance par l'abus de majorité.** - Les associés d'une société sont, en principe, tous orientés vers la prospérité de leur entreprise. Chacun est soumis au respect de l'intérêt social qui le guide dans ses décisions. Lors des votes, des abus peuvent avoir lieu lorsque des associés majoritaires s'unissent pour favoriser un intérêt personnel. La jurisprudence condamne ses abus de majorité. Selon une « philosophie mesurée »<sup>1157</sup>, les associés ne peuvent abuser des pouvoirs dont ils sont titulaires dans l'exercice du vote. La Cour de cassation, par un arrêt du 18 avril 1861, estime qu'il y a abus de majorité dès lors que les associés majoritaires ont validé une décision contraire à l'intérêt social et dans le but de leur profiter à l'exclusion des associés minoritaires<sup>1158</sup>. Ces conditions cumulatives permettent de cibler au mieux les cas où l'abus de majorité est réel et non simplement accidentel. Une seule condition impliquerait une extension de la possibilité de l'abus de majorité. L'ajout d'une seconde condition tend, au contraire, à réduire l'existence d'un abus de majorité. L'imprécision de la seconde condition nécessite de la considérer comme une idée générale recouvrant tant le but exclusif, l'avantage obtenu des uns et le préjudice des autres<sup>1159</sup>. Il s'agit là, classiquement, d'une multiplication des critères visant à correspondre au mieux à la détermination de l'abus. Mais le statut génériciste de ces conditions les condamne à l'insuffisance chronique. C'est toujours la question de l'excès qui reste en suspens. Le problème se retrouve lors de la répartition des dividendes. Lorsque les associés majoritaires décident de ne pas en distribuer (alors qu'eux-mêmes peuvent percevoir des salaires dus à leur statut de dirigeant, par exemple), ils ne remplissent pas véritablement la finalité de la société dont la vocation n'est pas l'accumulation pure et simple de richesse<sup>1160</sup>. Devant ces comportements, la jurisprudence sanctionne les associés pour abus de majorité. La doctrine semble pencher pour la rupture d'égalité comme signe d'un abus de majorité. Pourtant, la difficulté n'est que déplacée parce que la notion d'égalité peut être comprise plus ou moins abstraitement. L'égalité est l'autre mot de la juste mesure entre l'excès et le défaut.

<sup>1156</sup> J.-J. TAISNE, « Contrats et obligation », fasc. 40 à 43, JCl, p.9, n°41

<sup>1157</sup> P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2012, p.96, n°156

<sup>1158</sup> Cass. com. 18 avril 1961, Bull. civ. III, n°175

<sup>1159</sup> P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p.97, n°157

<sup>1160</sup> M. COZIAN, A. VIANDER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 26<sup>e</sup> éd., 2013, n°409

525. **Abus de minorité et abus d'égalité.** - L'abus peut être de majorité mais également de minorité, voire d'égalité. L'abus de minorité est plus étonnant mais se justifie parfaitement. Il n'est pas nécessaire que les associés minoritaires favorisent un intérêt personnel. L'abus est constitué lorsque le blocage systématique les favorise indirectement en supprimant toute action des associés majoritaires. Cette hypothèse illustre une rupture d'égalité<sup>1161</sup> entre les associés indépendamment de la recherche d'un intérêt personnel<sup>1162</sup>. Encore faut-il déterminer le cadre précis et l'extension de la notion d'intérêt. L'abus d'égalité représente le cas de deux associés détenant chacun la moitié du capital social. L'unanimité étant requise, l'un des associés peut bloquer toute initiative de l'autre associé en faveur ou contre l'intérêt social de l'entreprise. En effet, une opposition systématique n'est pas nécessairement révélatrice d'un abus d'égalité<sup>1163</sup>. Dans ce cas, le juge pourra soit condamner l'associé à des dommages et intérêts, soit dissoudre la société pour absence d'affectio societatis. Qu'il s'agisse de majorité, de minorité ou d'égalité, l'abus constitue un excès par rapport à une juste mesure. Une interprétation jusnaturaliste devient possible, notamment en rapport avec la nature de l'intérêt social.

### C. LA REPRESENTATION

#### 1. La protection contre les excès liés à la représentation

526. **Le mécanisme du mandat.** - En vertu de l'article 1984 du Code civil, le mandat est « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». L'action de *faire* résulte d'actes accomplis pour autrui. Le pouvoir dont use le mandataire ne se conçoit que s'il est indépendant, sans quoi il s'agirait d'un contrat de travail. Or l'idée d'indépendance, déterminée par la notion complexe de liberté, est difficile à encadrer dans des frontières fixes<sup>1164</sup>. Cette liberté n'est pourtant pas totale, elle est déterminée par la finalité exprimée par le mandant. La liberté d'action du mandataire est d'autant plus importante que les actes accomplis sont réputés être ceux du mandant, dont le mandataire n'est qu'un intermédiaire. La délimitation des compétences est posée à l'article 1988 du code civil en fonction de la gravité de l'acte. Les actes généraux du mandat sont les

---

<sup>1161</sup> M. DE JUGLART, B. IPPOLITO, E. DU PONTAVICE, J. DUPICHOT, *Traité de droit commercial. 2. Les sociétés*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 1982

<sup>1162</sup> D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2010, n°801

<sup>1163</sup> M. COZIAN, A. VIANDER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n°408

<sup>1164</sup> A. BENABENT, *Les contrats spéciaux...*, *op. cit.*, n°913 : « l'application pratique de ce critère est souvent délicate car les deux fonctions peuvent en fait se rapprocher dans leurs conditions d'exercice ».

actes de gestion puisqu'ils découlent naturellement de la raison d'être du mandat. Pour les actes d'aliénation et d'hypothèque, un accord exprès du mandant doit exister. D'un point de vue jusnaturaliste, cette catégorie est une représentation pratique propre à aboutir à la finalité de justice en évitant les excès. Pourtant, certains actes d'aliénation de faible valeur peuvent être moins graves en termes d'incidence patrimoniale que des actes de gestion de grande ampleur. Tel est le cas si l'un porte sur l'aliénation d'un bien meuble de faible valeur et l'autre sur un immeuble de grande valeur, dont la gestion nécessite un engagement financier conséquent (le raisonnement pourrait se poursuivre d'ailleurs en précisant que le bien meuble visé ne pourrait pas être un corps certain). Les catégories (acte d'aliénation, acte de disposition) du droit positif sont des représentations générales orientées vers un universel qu'elles ne peuvent atteindre.

**527. La défaillance du mandataire dans l'exécution des actes.** - La responsabilité du mandataire peut être engagée dans quatre cas : l'inexécution, le dol, la faute et l'excès de pouvoir. Répondant à la logique du droit des obligations, l'inexécution constitue une défaillance du débiteur de nature à engager sa responsabilité. Il devra répondre des dommages prévisibles qui auront résulté de l'inexécution des actes prévus lors du contrat. La solution est la même pour le dol et la faute, sous la précision de l'absence de nullité des actes conclus avec les tiers. Concernant la faute, son appréciation dépend du caractère gratuit ou onéreux du mandat. L'altruisme dont fait preuve le mandataire justifie une application moins rigoureuse de la responsabilité. On peut se demander sur quoi se fonde cette règle atténuant la responsabilité. La difficulté réside déjà dans le fait qu'elle aurait pu ne pas exister sans qu'on en réclame prestement l'édiction. Le droit, parfois sévère dans ces solutions, pourrait se passer de cette règle, et ce, avec d'autant plus de force que tout mandataire, dès lors qu'il s'est engagé, doit apporter tout le sérieux et la diligence possible qui ne sont pas ceux de l'amateur (sans quoi il ne fallait pas s'engager). Le plan ontologique est en mesure de préciser la place de cette règle. Plusieurs degrés de fautes (de la moins grave à la plus lourde) permettent de prendre en compte la variété des situations. La gratuité est un des éléments à considérer parce qu'elle fait entrer l'appréciation de la faute dans le concret à partir d'un critère précis et facile à déterminer. L'entrée dans le concret, c'est l'ouverture à l'existence par laquelle la nature des choses est comprise dans sa plus profonde dimension, même si une indétermination reste attachée à l'existence. Le comportement du mandataire ne sera pas le même s'il reçoit un salaire. Pourtant, d'un point de vue strictement logique, la gratuité n'est pas liée nécessairement au sérieux du mandataire. La règle d'atténuation de la responsabilité est une

règle de portée générale dont l'intérêt majeur et réel réside dans l'appréciation concrète qu'elle incite à suivre. Mais de toute façon, la mesure de la faute n'a pas d'incidence sur le montant des sommes à verser.

528. **La défaillance du mandataire par suite d'un excès de pouvoir.** - Lorsque le mandataire excède les pouvoirs qui lui sont conférés par le mandant, il doit en répondre. Le premier cas vise l'absence totale de mandat. Le mandataire fictif représente le mandant sans que ce dernier n'ait conclu de contrat de mandat. Dans cette hypothèse, les actes du mandataire, exécutés avec les tiers, sont nuls. Le tiers pourra engager la responsabilité du mandataire fictif afin d'obtenir les dommages et intérêts qui auront résulté du préjudice issu de la nullité de l'acte. Le second cas est celui de l'abus de pouvoir qui se présente sous deux formes principales : le dépassement de pouvoir (fait d'aller au-delà du pouvoir conféré) et le détournement de pouvoir (actes exécutés en vue d'un intérêt personnel)<sup>1165</sup>. Ici aussi les actes effectués seront nuls par défaut de consentement du mandant. L'abus de pouvoir, cause de nullité pour défaut d'une condition de formation du contrat, ne sera pas sanctionné s'il est prouvé l'existence d'un mandat apparent. Pour cela, il faut remplir deux conditions cumulatives, à savoir, d'une part, un mandat apparent appréciable en fonction de l'attitude du mandataire s'étant comporté comme un véritable mandataire et, d'autre part, une croyance légitime teintée de bonne foi de la part du tiers. La règle est sévère car elle lie juridiquement le supposé mandant au tiers alors qu'il n'a donné aucun consentement à l'acte conclu. Les critères dégagés par la jurisprudence sont très flous et circonstanciels puisque des faits relativement proches ont pu faire l'objet de solutions différentes<sup>1166</sup>. Les critères ne se situent pas tant dans l'acte ou dans les parties<sup>1167</sup> que dans la justification de l'erreur du tiers. Une erreur trop évidente ne suffira pas à invoquer la théorie du mandat apparent. Le tiers devra principalement démontrer l'absence de raisons suffisantes pour procéder à un contrôle approfondi de la réalité du mandat au regard d'une apparence qui pouvait raisonnablement tromper toute personne d'un niveau de vigilance propre à l'objet de l'acte. La théorie de l'apparence ne relève pas du droit naturel. Elle est une fiction juridique créée dans le but de ne pas faire peser sur un tiers de bonne foi toutes les conséquences d'une situation apparente. Si le droit naturel et le droit positif ne diffèrent qu'en degré et non en nature, leur distinction fondamentale se concentre sur deux points. Le premier est une lecture des choses la moins

---

<sup>1165</sup> D. VAUX, Rapport français, L'abus de pouvoirs ou de fonctions, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXVIII, 1977, p.82

<sup>1166</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2012, n° 583

<sup>1167</sup> *Ibid.*, n° 579

abstraite possible pour le droit naturel, la seconde est la création de fictions par le droit positif pour combler les difficultés insurmontables d'une connaissance limitée des choses. C'est ce point qu'illustre la théorie de l'apparence, au même titre que toute autre fiction juridique.

529. **Le mandat à effet posthume.** - Innovation de la loi du 23 juin 2006, le mandat à effet posthume donne le pouvoir au mandataire d'organiser et gérer les biens du *de cuius* pour le compte et dans l'intérêt des héritiers. Distinct de la fiducie, malgré une certaine proximité dans son esprit<sup>1168</sup>, ce mandat écarte les héritiers de leur saisine. Le recours au mandat à effet posthume trouve sa source dans différentes causes. Le défunt peut chercher à apaiser une succession qui s'annonce difficile parce que les futurs héritiers sont en conflit. De même, la minorité des héritiers ou l'absence d'un savoir technique suffisant contribuent justifier ce choix<sup>1169</sup>. Le régime juridique du mandat à effet posthume est commun à celui du mandat classique (art. 812-1-4 et 813 du C.civ.) sauf pour la part spécifique de la nature du mandat à effet posthume<sup>1170</sup> engageant des spécificités dans le régime<sup>1171</sup>. Le Code civil structure les pouvoirs du mandataire en fonction de la finalité à respecter (l'intérêt des héritiers) et des contraintes pratiques issus de la succession. Le renforcement de sa légitimité impose que le mandat réponde d'un « intérêt sérieux et légitime », qu'il revête une forme authentique et qu'il soit accepté par le mandataire avant le décès du mandant (art. 812-1-1 C.civ.). Ce sont des conditions préalables tendant à imposer une rigueur favorable à la bonne conduite du contrat.

530. **Les différents modes de gestion des biens avant la liquidation.** - Le mandataire à effet posthume se distingue de l'exécuteur testamentaire. Le lien entre le défunt et le mandataire est contractuel ce qui n'est pas le cas avec l'exécuteur testamentaire. Ce dernier n'a fait qu'accepter, après la mort du *de cuius*, un acte inclut dans le testament. L'exécuteur testamentaire n'est pas habilité, en principe, à entrer en possession, il n'a qu'une détention des biens principalement mobilière et temporaire<sup>1172</sup>. Mais, le testateur peut l'autoriser à prendre possession du mobilier de la succession et à le vendre pour acquitter les legs particuliers (art. 1030 C. civ.). Ses pouvoirs augmentent en l'absence d'héritier réservataire acceptant puisque les immeubles pourront être gérés par l'exécuteur testamentaire. Il pourra également payer les

---

<sup>1168</sup> D. GUEVEL, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., p.198, n°426

<sup>1169</sup> C. JUBAULT, *Les successions. Les libéralités*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p.112, n°143.2

<sup>1170</sup> On retrouve la logique de l'arbre de Porphyre.

<sup>1171</sup> C. JUBAULT, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p.113, n°143.3

<sup>1172</sup> G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. IV, Paris, LGDJ, 1959, p.711, n°2236

dettes et les charges, attribuer et partager les biens restants. A ce niveau, le testateur fait bénéficier l'exécuteur testamentaire de la saisine pour une durée légale de deux ans<sup>1173</sup>.

531. **La gratuité de principe de l'exécuteur testamentaire.** - L'exécuteur testamentaire agit gratuitement, sauf disposition spéciale du testateur attribuant une somme « eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus » (art. 1033-1 C.civ.). Il y a un principe de justice plus que d'égalité car l'exécuteur testamentaire peut librement refuser la mission ou accepter en sachant qu'il ne bénéficiera pas d'une rémunération. L'article 1034 du Code civil précise que les frais seront supportés par la succession, d'où l'absence d'appauvrissement de l'exécuteur testamentaire.

532. **L'ordre public, l'impérativité et le droit naturel.** - Les auteurs du 19<sup>e</sup> siècle voyaient dans la saisine un principe d'ordre public<sup>1174</sup>. Si l'ordre public vise une valeur qu'il s'agit de respecter, la volonté ne peut aller contre cette valeur protégée. Dans une optique jusnaturaliste, l'ordre public<sup>1175</sup> est une valeur représentant une idée inaccessible. L'ordre public représente ce que doit protéger l'Etat et qui le dépasse, sans que cet ordre public ne se fonde dans l'Etat. La volonté doit être tendue vers le respect de l'ordre public en tant que valeur. A défaut, le droit positif impose extérieurement un respect à l'ordre public par la contrainte. L'impérativité fonctionne sur un modèle logique différent. Elle est davantage formelle car elle cherche à empêcher la volonté de modifier l'ordonnement juridique, sans référence à une valeur supérieure. L'impérativité est d'un usage essentiellement pratique. Elle trouve son utilité, entre autre, dans la lutte contre les excès. En posant un principe protecteur, limitant les possibilités d'excès, le droit positif entend faire respecter une juste mesure par les parties. Cependant, un concept est toujours inhérent à la formulation d'un principe impératif. L'extension plus ou moins grande du concept emporte une variabilité de la règle impérative. De même, les atteintes à la liberté doivent être correctement proportionnées car la juste mesure en dépend.

---

<sup>1173</sup> P. VOIRIN, G. GOUBEUX, *Régimes matrimoniaux. Successions – Libéralités*, 27<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, p.368, n°823

<sup>1174</sup> M. LABORDE-LACOSTE, *Exposé méthodique de droit civil*, tome 3<sup>e</sup>, Sirey, 1948, p.311, n°645 « sont héritiers saisis, les seuls successibles déterminés par la loi et, d'autre part, le de cujus ne peut ni les en priver, ni modifier les caractères, les conditions, les effets de la saisine »

<sup>1175</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Eléments d'une philosophie politique*, éd. Bière, 1993, p.125-138

2) La protection par la représentation

533. **Les pouvoirs des époux au sein du mariage.** - En principe, les époux ont des pouvoirs égaux. Encore faut-il en préciser le domaine. Chacun peut gérer, administrer et disposer de ces biens propres en toute liberté. Les époux peuvent engager, par leurs actes, les biens communs. Ainsi en est-il lorsqu'ils procèdent aux dépenses nécessaires à l'entretien du ménage. Ces dépenses seront opposables à l'autre époux. Mais les sommes engagées ne doivent pas être « manifestement excessives ». Le pouvoir d'engager les biens communs est restreint concernant les droits portant sur le logement de famille, les actes de disposition à titre gratuit sur des biens provenant de la communauté, certains actes d'aliénation portant sur des choses particulières (droits réels immobiliers, fonds de commerce, droits sociaux), ou encore des actes concernant des baux de fonds ruraux ou d'immeubles à usage commercial.

534. **La protection de l'intérêt commun des époux.** - Lorsque les parties sont juridiquement liées de manière à ce que les actes de l'un se répercutent sur les biens communs, le comportement de chacun des époux doit être en conformité avec l'intérêt commun. De plus, certains actes, par leur gravité, requièrent le consentement des deux époux. La difficulté survient lorsqu'un acte nécessaire est refusé par l'autre conjoint. S'il est en pleine possession de ses moyens, les raisons qui le poussent à son choix peuvent être raisonnables. Mais lorsque la qualité de sa volonté est affectée par des troubles, la détermination des actes nécessaires devient elle-même problématique. L'article 219 du Code civil permet à un époux, quel que soit le régime matrimonial, de représenter le conjoint hors d'état de manifester sa volonté. La même cause peut justifier une autorisation de justice pour conclure des actes pour lesquels le consentement du conjoint serait nécessaire (art. 217 C.civ.). La différence entre l'autorisation de justice et la représentation apparaît nettement dans les effets. L'autorisation de justice rend opposable les actes effectués par l'autre époux sans que celui dont le consentement a fait défaut n'y soit obligé personnellement. Le mécanisme de la représentation est moins favorable puisque le représenté est personnellement engagé par les actes conclus par le représentant. La présence d'un conjoint dans un état de nature à affecter sa volonté, suscite la question d'une protection par le régime des incapables plutôt que par un texte relatif aux droits et devoirs des époux. Par un arrêt du 9 novembre 1981, la Cour de cassation est venue préciser la portée de l'article 219 en indiquant que la possibilité d'un placement sous le régime de la tutelle n'impose pas forcément ce régime dès



lors que l'article 219 du Code civil remplit cette mission<sup>1176</sup>. Comparativement avec le droit des incapables, la représentation judiciaire par le conjoint marié est moins formaliste tout en maintenant un niveau suffisant de protection. Le mariage peut être considéré comme la « meilleure protection des époux »<sup>1177</sup>. La Cour de cassation, par un arrêt du 18 février 1981 a achevé sa démarche en validant l'emploi de l'article 219 alors même que l'époux était déjà sous un régime de curatelle<sup>1178</sup>. La sanction d'un dépassement de pouvoir d'un époux consiste à annuler l'acte litigieux (art. 1427 C.civ.) dans les deux ans de la prise de connaissance par l'autre époux.

**535. La représentation de l'incapable.** - La limitation de la capacité d'exercice vise à protéger les personnes dont la liberté est affectée par des troubles d'intensité plus ou moins grande. La protection des intérêts des incapables nécessite la présence d'une personne chargée de s'assurer que les actes de l'incapable ne sont pas de nature à porter une atteinte non légitime à sa position patrimoniale. Il faut donc déterminer les pouvoirs de l'incapable lui-même, ceux du représentant, des parents, du conseil de famille ou encore du juge. L'enchevêtrement complexe des règles formelles touche un ensemble de domaines fondamentaux, en cherchant à embrasser le maximum d'hypothèses. Ainsi, les pouvoirs du représentant du majeur protégé seront encadrés pour les actes graves (aliénation de biens), pour les actes purement personnels du représenté, dans le droit de recevoir une succession ou de la refuser, pour l'ouverture de compte, etc. A cela, s'ajoutent les contrôles effectués par le conseil de famille ou par le juge pour éviter les abus et les excès. Au-delà de ces règles précises, gravitent d'autres règles dont la vocation plus générale dans leur portée permet de prendre en compte des situations non prévisibles en imposant un comportement précis du représentant.

**536. La structure des pouvoirs du tuteur.** - L'article 496 du Code civil dispose que : « Le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine. Il est tenu d'apporter, dans celle-ci, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée ». La particularité et le caractère restrictif des règles formelles doit s'accompagner de règles générales pour tenir compte des cas non prévisibles. Il serait tout à fait envisageable d'élaborer de nouvelles règles de droit formalisées, très

---

<sup>1176</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1981, *JCP* 1982. II. 19808, note Prévault

<sup>1177</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 116

<sup>1178</sup> Civ. 18 février 1981, *JCP N* 1981, II, p. 155, note Ph. Rémy

restreintes et en grand nombre pour préciser la formule « soins prudents, diligents et avisés ». Ces termes généraux peuvent être appréciés selon une intensité différente par le juge en fonction des spécificités des situations. Or la recherche d'une égalité de tous devant la loi supporte mal les interprétations divergentes. La règle formalisée traite chaque personne de la même manière, abstraitement, selon la catégorie dans laquelle on classe les situations. La formule « soins prudents et diligents » est déjà structurée par un nœud de règles. Ainsi, l'obligation d'établir un compte annuel de gestion permet un contrôle et motive le tuteur dans la justesse des actes effectués. Pour éviter les abus, le tuteur doit requérir les autorisations nécessaires auprès du conseil de famille. Pourtant, on peut estimer que la restriction de leurs pouvoirs porte parfois atteinte à leur dignité. De toutes les situations mettant en jeu un pouvoir (mandat, succession, mariage, incapacité), on retrouve une récurrence du droit positif à trouver un équilibre cherchant à éviter des excès et des dérives tout en protégeant la liberté de chacun. Le droit naturel trouve sa place dans ces divers raisonnements.

## SECTION 2. LA PROTECTION DE L'ASSIETTE AU PROFIT DE L'EGALITE

537. **La protection et la détermination de l'assiette à répartir.** - La répartition égalitaire n'atteint la justice que sous deux conditions. D'une part, l'assiette du montant à attribuer à chacun doit être correctement déterminée pour ne pas parasiter la répartition avant même qu'elle soit effectuée. C'est le problème relatif à la définition de la justice entendue comme vertu constante de rendre à chacun de sien. L'étendue du « sien » conditionnera le contenu final de la répartition<sup>1179</sup>. L'existence de règles de répartition sera sans effet si le montant à répartir a été atteint antérieurement à la répartition (§ 1). D'autre part, l'égalité revêt l'habit de la justice lorsqu'elle s'ouvre au concret. La répartition des valeurs impliquera l'égalité mais non forcément la justice. A cet effet, les attributions en nature ou les attributions préférentielles parachèvent la justice parce qu'elles ne réduisent pas une chose à sa valeur économique (§ 2). La justice étant au cœur de ces mécanismes, l'argumentation jusnaturaliste tient une place de choix dans la justification des règles de droit. La recherche d'égalité est

---

<sup>1179</sup> J. HERVADA, *Introduction critique au droit naturel*, éd. Bière, 1991, p.23-24

constante, à tous les niveaux clefs du droit positif : droit des obligations (contrats et les délits, n°437-449 ; quasi-contrats, n°450-462 ; cas de pluralité de débiteurs, n°474 ; clauses, n°504-510), droit des biens (n°466-470), droit des sûretés (n°492-499), droit des régimes matrimoniaux (n°464-465, 478-481), droit des successions (n°482-485, 487-491). La force de nombreuses règles serait réduite si aucune protection de l'assiette à répartir ne s'imposait.

## § 1. LES REDUCTIONS ET LES AJOUTS MODIFIANT L'ASSIETTE

### A. LES DOMAINES

#### 1. Les régimes matrimoniaux

538. **Le contrôle de l'assiette antérieurement à la répartition.** - Au cours de la vie d'un couple, d'une famille ou d'une société, de nombreux transferts de propriété ont lieu, portant sur des biens de faible valeur ou de grande valeur. Ces déplacements successifs sont susceptibles de conduire à diminuer l'actif d'un patrimoine. Si des mécanismes de répartitions égalitaires existent, ils perdent beaucoup de leur intérêt dès lors qu'il est facile de réduire la valeur totale à répartir en privilégiant, antérieurement au partage, soit un tiers, soit un futur bénéficiaire. De même, le travail fournit par une partie, augmentant la valeur des biens communs, mérite d'être considéré dans le partage sauf à enrichir l'autre partie sans cause légitime et réelle.

539. **Les récompenses dans les régimes matrimoniaux.** - La récompense est une indemnité attribuée à un époux lorsque ce qui est de l'ordre de ses biens propres a bénéficié à la communauté. Les biens propres reviennent entièrement à leur titulaire et les biens communs sont divisés par deux. La valeur entrée en communauté, alors qu'elle relève des propres d'un époux, constitue un déséquilibre à rattraper. Généralement, plus la période de vie commune est longue, plus les occasions d'enrichissement de la communauté se sont présentées, concernant des valeurs importantes ou faibles. On peut se demander si le droit naturel doit avoir un esprit « boutiquier »<sup>1180</sup>, c'est-à-dire prendre en compte toutes les valeurs, si infimes soient-elles, ou tenir compte uniquement des sommes et biens importants.

---

<sup>1180</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 607

Certes, la perfection du droit naturel ne sera atteinte que dans la justice égalitaire parfaitement maîtrisée, mais l'esprit pratique du droit positif contraint souvent à relativiser les ambitions. Si l'effort pour déterminer les parts exactes demande plus d'investissement que ce que les parties en tireront comme bénéfices, il faut s'en tenir au bien, pour éviter un mieux se transformant en pire.

**540. Domaine de la théorie des récompenses.** - La circulation des biens et valeurs au sein du mariage postule la présence de trois voies envisageables. Les mouvements peuvent se faire des propres à la communauté, de la communauté aux propres, des propres de l'un des époux aux propres de l'autre. Ce dernier cas, plus rare, répond à un régime différent, celui des créances entre époux. L'existence de créances et de dettes impose préalablement des titulaires ayant la personnalité juridique, ce qui est le cas des époux, mais non de la communauté conjugale<sup>1181</sup>. Les mouvements patrimoniaux entre les propres des époux ne peuvent donner lieu à récompenses. D'ailleurs, les créances entre époux doivent être satisfaites dès leur exigibilité, même s'il est possible de différer tout paiement au moment de la dissolution du mariage. Les récompenses, quant à elles, ne sont octroyées que lors de la liquidation du régime matrimonial. De plus, en vertu de l'article 1479 al. 1<sup>er</sup> du Code civil, les « créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre ne donnent pas lieu à prélèvement et ne portent intérêt que du jour de la sommation »<sup>1182</sup>. Le Code civil règle les mouvements entre les propres et la masse commune en soulignant les deux situations possibles. L'article 1433 du Code civil impose une récompense à l'époux appauvri au bénéfice de communauté. L'article 1337 vise la communauté appauvrie au bénéfice d'un époux. Les causes justifiant le transfert des biens d'une masse à une autre sont trop nombreuses pour inciter à l'élaboration d'une liste exhaustive. Il est cependant des cas particuliers à préciser. Ainsi, aucune récompense ne sera due lorsque la communauté se sera enrichie par le biais d'un époux sans l'appauvrir pour autant. Le cas est illustré par une assurance contractée à l'occasion d'un prêt, par un époux, dont la mise en œuvre profite à la communauté<sup>1183</sup>. Une autre hypothèse s'est également faite jour à propos des rentes viagères. De même, lorsque les biens de la communauté servent à financer, pour partie, l'acquisition d'un bien au profit des propres d'un époux, il faut distinguer selon que l'apport de la communauté est majoritaire ou minoritaire.

---

<sup>1181</sup> I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le pacs*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, p.345, n°528

<sup>1182</sup> Pour une limite, cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 2000, Bull. civ. I, n°306, *Defrénois* 2002. 37508, obs. Champenois

<sup>1183</sup> Civ. 1<sup>er</sup> déc. 1987, *JCP* 1989. II. 21338, note P. Simler : Le remboursement par le biais d'une assurance-invalidité d'une dette d'emprunt incombant à la communauté ne donne pas lieu à récompense au profit de l'époux sur la tête duquel l'assurance a été contractée.

541. **Les classifications des gains et salaires.** - Quoi qu'il en soit, la distinction entre la masse commune et les biens propres constitue le cœur du système. La classification des biens, en fonction de la cause de leur survenance, résulte d'une science technique approfondie mais non exempte de rigidité. La question des gains et salaires est un exemple d'une classification ne découlant pas forcément d'une vérité première prédéterminée. Avant la loi de 1985 et plus précisément de la jurisprudence du 8 février 1978<sup>1184</sup>, le statut des gains et salaires suscitait des interprétations différentes, notamment sur la cohérence des articles 1401 et 1403 du Code civil. Reprenant la pensée du législateur, H. Mazeaud précise que les gains, salaires et fruits tombent dans la communauté dès lors qu'ils sont employés à l'acquisition d'un bien nouveau (même si l'article 1403 ne l'exige pas)<sup>1185</sup>. Or ce point, s'il ne pose pas de difficulté pour l'achat d'un immeuble devient plus problématique pour l'acquisition d'une créance<sup>1186</sup>. Cette position pose problème dans la considération même de la notion de communauté dans laquelle un époux pourrait mener un train de vie supérieur à son conjoint durant la période pendant laquelle ses gains et revenus seraient supérieurs et non capitalisés<sup>1187</sup>. L'interprétation avancée par A. Colomer favorisait l'influence de l'article 1401 en faisant des gains et salaires des biens appartenant à la masse de la communauté<sup>1188</sup>. Par un arrêt de 1978, la Cour de cassation a estimé que les gains et salaires relevaient des biens communs.

542. **Les limites de la classification.** - D'un point de vue jusnaturaliste, on peut s'interroger sur la pertinence d'un tel choix. Les deux approches se justifient tout autant, et on pourrait sûrement en explorer d'autres à partir de distinctions tendant à cerner toujours mieux la variété et la réalité des situations vécues par les époux. La division entre les propres et la masse commune subit la limite de toute classification de ce type. Elle pose des frontières générales et même conventionnelles en l'espèce, d'où un ordre de validité plus que de vérité. La détermination d'une répartition juste, en rendant récompense à chacun, devient aléatoire. Elle s'ordonne en fonction de considérations certes techniques, mais contingentes. Elles ont cependant la vertu de la clarté une fois la position consolidée par la loi. Le problème se pose à nouveau pour les fruits et les revenus provenant de biens propres. Selon une première hypothèse, ils peuvent entrer directement en communauté s'ils ne sont pas employés à

---

<sup>1184</sup> Cass. 8 fév. 1978, *Defrénois* 1978, art. 31764, n°39, obs. G. Champenois

<sup>1185</sup> H. MAZEAUD, « La communauté réduite au bon vouloir de chacun des époux », *D.* 1965, chr. XIII, p.91 et suiv.

<sup>1186</sup> *Ibid.*, p.92 (cas des salaires versés sur un compte en banque)

<sup>1187</sup> *Ibid.*, p.93

<sup>1188</sup> A. LAMBOLEY, M.-H. LAURENS-LAMBOLEY, *op. cit.*, p.121, n°212

acquérir un bien nouveau, selon une formulation analogue à celle employée par H. Mazeaud concernant les gains et salaires des propres. Une autre possibilité fait des fruits et revenus des biens communs dès leur perception par leur titulaire. Une troisième possibilité, présentée par A. Colomer, donne vocation aux fruits et revenus de devenir communs pendant le cours du régime. Ils ne resteraient propres qu'au moment de leur perception et deviendraient communs dès l'économie faite, sans qu'un transfert de propriété ne soit nécessaire<sup>1189</sup>. Cette dernière thèse a été retenue par la jurisprudence jusqu'à la loi de 1985. Désormais, la volonté plus affirmée du législateur apporte une clarté supplémentaire en cherchant à coordonner sous un régime plus unitaire les classifications<sup>1190</sup>. La nature des revenus de biens propres a été précisée à l'occasion d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 31 mars 1992<sup>1191</sup>, même si l'accueil de la décision a pu être mitigé. Selon la Cour de cassation, « La communauté, à laquelle sont affectés les fruits et revenus des biens propres, doit supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens »<sup>1192</sup>. Pour justifier cette solution en contradiction avec la loi de 1965, G. Morin estime qu'« il faut considérer que la jouissance des biens propres a un titulaire et un bénéficiaire : le titulaire, c'est l'époux auquel les biens appartiennent, qui a qualité pour encaisser les revenus ; et le bénéficiaire, c'est la communauté, au profit de laquelle les revenus doivent être utilisés »<sup>1193</sup>. Relevant la difficulté de l'arrêt, G. Champenois voit dans ce raisonnement de la Cour, selon laquelle les revenus des propres sont affectés à la communauté, une dualité puisque, d'une part les revenus sont communs et d'autre part, la communauté a la jouissance des biens propres des époux<sup>1194</sup>. Il est important de déterminer la « nature » propre ou commune des gains, salaires, fruits et revenus de biens propres. Mais dans tous les cas, certains actes ne sont pas pris en compte alors qu'ils contribuent pour beaucoup à la santé économique des propres des époux ainsi que de la masse commune. Tel est le cas de l'investissement humain direct ou indirect d'un époux améliorant les conditions de travail de l'autre époux, ou favorisant les décisions bénéfiques. Ces considérations, faisant référence à l'existence même de l'union sont difficilement calculables. Le droit positif se contente de procéder à des catégories abstraites pour rationaliser le mécanisme des récompenses. On ne saurait lui reprocher d'être pragmatique ; il n'empêche que la

<sup>1189</sup> A. COLOMER, « La suppression du droit de jouissance de la communauté sur les biens propres des époux, ou : le danger d'innover », *D.* 1966, chr. VI, p.25

<sup>1190</sup> A. LAMBOLEY, M.-H. LAURENS-LAMBOLEY, *op. cit.*, p.123, n°213

<sup>1191</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1992, *Defrénois* 1992, n°35348, note G. Champenois

<sup>1192</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1992

<sup>1193</sup> G. MORIN, « Qui, de la communauté ou des époux doit supporter les charges usufruituaires des biens propres ? », *in* *Mél. Offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p.264

<sup>1194</sup> G. CHAMPENOIS, « Jurisprudence », *Defrénois*, 1992, n° 35348, p.1130

qualification de « nature » dépasse peut être la mesure au regard du caractère particulièrement conventionnel d'une telle classification.

543. **L'évaluation des récompenses.** - L'enrichissement de la communauté ou d'un époux et l'appauvrissement corrélatif de l'autre peut être très éloigné de la liquidation du régime matrimonial. Cette durée conduit à poser le problème de la prise de valeur d'un bien ou d'une somme par les fluctuations monétaires. Le Code civil distingue entre le montant de la dépense effectuée et le montant du profit qui en aura résulté. La récompense sera, en principe, de la somme la plus faible entre les deux. Fidèle à l'esprit du code civil, la généralité de cette solution ne suffit pourtant pas à maintenir la justice dans tous les cas. Ainsi, des exceptions viennent renforcer l'idée de justice en limitant le principe. La chose acquise peut perdre de la valeur au cours du mariage. En principe, la partie appauvrie n'aura droit qu'à la valeur du profit subsistant. Il subira une perte sans pouvoir prétendre être satisfait de la totalité du prix initial. Or, l'auteur de la dépense a pu être contraint d'agir de la sorte (dépenses dans l'intérêt de la famille, actes de conservation d'un bien). L'existence d'une dépense nécessaire comme cause de l'achat permet à celui qui s'est appauvri de réclamer une somme à hauteur de la valeur initiale de la chose. Par cette règle, le Code civil implique l'idée d'une justice comme finalité intrinsèque au droit sans être exclusive de la présence d'autres tendances intrinsèques (la nécessité) relatives à l'existence de la situation. En d'autres termes, c'est un langage de causes. Il y a causalité réciproque de causes totales plutôt que causalité concourante non réciproque de causes partielles<sup>1195</sup>. L'universalité impose la prise en compte de tous les éléments (de toutes les causes) même si, souvent et à juste titre, le droit positif est tenté de choisir les éléments semblant être les plus déterminants. L'article 1469 du Code civil présente une structure de règles générales, tendues dans la mesure du possible vers l'universalité. La structure de cet article, selon ce principe, pourrait être étoffée pour s'adapter encore mieux en adjoignant une nouvelle exception à l'exception de la nécessité. Imaginons une situation dans laquelle la dépense faite au profit d'une masse a été payée en fonction d'un prix plus élevé que sa valeur réelle sans pour autant remplir les conditions de la lésion. La partie appauvrie, même si elle n'a pas agi de la manière la plus économique, pourra prétendre récupérer la somme entièrement engagée dès lors que le contrat s'est révélé nécessaire. La création d'une nouvelle limite pour réduire cet écueil se justifierait dans sa légitimité. Il n'est cependant pas enviable de multiplier indéfiniment les règles.

---

<sup>1195</sup> A. DE MURALT, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, E. J. Brill, 1991, p.34 et suiv.

544. **L'exception relative au profit existant.** - Une autre exception légale apparaît à l'article 1469 alinéa 3 du Code civil. Il précise le cas des sommes employées à acquérir, à conserver ou à améliorer, dont le bénéficiaire devra récompense à l'appauvri à hauteur du profit subsistant. Le montant précis inclus les dépenses afférentes aux actes conclus (le coût des actes, la publicité, l'enregistrement)<sup>1196</sup>. Cette extension est validée par l'idée que le montant qui a profité à l'autre masse concerne non uniquement le prix mais l'ensemble des frais annexes rendus nécessaires pour la réalisation de l'acquisition, de la conservation ou de l'amélioration. Il faut tout de même distinguer selon que l'appauvri a contribué pour la totalité ou pour partie l'acquisition du bien au profit de l'autre masse<sup>1197</sup>. Des précisions sont nécessaires selon qu'une masse a contribué totalement ou partiellement à l'enrichissement de l'autre masse de biens et que le bien est dans la masse du bénéficiaire lors de la liquidation. Pour les dépenses d'acquisition dont l'apport a exclusivement permis d'acquérir le bien, la récompense sera égale à la valeur du bien au jour de la liquidation même si sa valeur a augmenté. Lorsque l'apport est partiel, la récompense sera calculée en fonction de la proportion de l'apport par rapport au prix de la chose. L'augmentation du prix imposera une augmentation proportionnelle de la récompense. Quant aux dépenses d'amélioration et de conservation, le calcul des récompenses a été posé par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 novembre 2004 : « Lorsque des deniers de la communauté ont servi au paiement de la totalité des dépenses de plantations de vignes sur un terrain propre, la récompense est exactement déterminée par la différence entre la valeur actuelle du terrain planté de vigne et la valeur du terrain nu »<sup>1198</sup>. Un autre mode de calcul eut été possible en tenant compte de la plus-value apportée et en reportant proportionnellement celle-ci à la valeur du bien au jour de la liquidation<sup>1199</sup>.

545. **L'article 1469 révèle un dernier intérêt déductible des interactions des alinéas entre eux.** - Lorsque les actes d'acquisition, d'amélioration et de conservation sont nécessaires, ils recourent la règle énoncée à l'alinéa 2. L'alinéa 2 et l'alinéa 3 posent chacun un minimum. Lorsque la dépense relève cumulativement des deux alinéas, alors le principe est l'inverse de celui de l'alinéa 1. La récompense due sera la plus forte des deux sommes entre le profit subsistant et la dépense effectuée<sup>1200</sup>. Cette jonction des alinéas entre eux

<sup>1196</sup> I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p.354, n°541

<sup>1197</sup> R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., 2011, p.258-259

<sup>1198</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 nov. 1984 ; comp. R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux, op. cit.*, p.259

<sup>1199</sup> R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux, op. cit.*, p.259

<sup>1200</sup> I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p.355, n°542



montre la transcendance de la justice dont l'extension se retrouve en toute règle de droit ou au moins dans tout nœud de règles de droit<sup>1201</sup>. De la même manière, la notion de nécessité se conditionne la signification et la portée des alinéas 2 et 3. Cette nécessité transcende les règles de droit tout comme la justice. Il en résulte que son extension est toute aussi importante. Le rapport entre justice et nécessité requière un retour aux choses mêmes. Dans la constitution ontologique des choses, dans sa version thomiste, la matière est unie analogiquement à la forme. Par suite de l'évolution de la pensée, on a progressivement supprimé cette union analogique pour voir, désormais, une matière et une forme comme deux entités réelles non unies analogiquement. La conséquence logique de cette nouvelle position est la possibilité offerte d'établir une hiérarchie entre la matière et la forme, ce qui n'était pas possible selon la position classique. L'un des deux termes devient ainsi le « fondement » structurant les données du monde comme principe d'interprétation. Un rapport équivalent peut être analysé entre la justice et la nécessité. La justice ne doit pas être séparée ni la nécessité. Leur division entraînerait la possibilité logique de faire primer l'un sur l'autre, avec toutes les conséquences prévisibles. Certains types de droit naturels, univoques, privilégient l'un des deux au fondement de leurs justifications. On en revient à la distinction entre la causalité réciproque de causes totales et la causalité concourante non réciproque de causes partielles<sup>1202</sup>. Le droit naturel justifie un retour aux choses afin d'éviter la réification de concepts tels que la justice ou la nécessité.

546. **Le règlement des récompenses.** - Pour satisfaire les époux dans le partage égalitaire, un compte de récompenses est établi au nom de chacun d'eux. Le paiement des récompenses ne se fait qu'en fonction du solde final et n'a lieu que lors de la liquidation du régime matrimonial. Le compte faisant état des circulations des valeurs est indivisible. L'époux appauvri ne peut donc en réclamer le paiement antérieurement, tout comme ses créanciers procédant par voie oblique. De même, la prescription ne commence qu'à partir de la liquidation<sup>1203</sup>. Deux situations sont à distinguer selon que le solde, au moment de la liquidation, est positif en faveur de la communauté ou de l'un des époux. En vertu de l'article 1470 du Code civil, si le compte présente « un solde en faveur de la communauté, l'époux en rapporte le montant à la masse commune ». Lorsque le solde révèle que la récompense est due à la communauté, l'époux peut régler le compte en moins prenant ou par prélèvement, c'est-à-

---

<sup>1201</sup> Les règles de droit faisant référence implicitement ou explicitement entre elles, c'est le « système qu'elle forme qui implique parfois la justice, plus que la singularité de chaque règle ».

<sup>1202</sup> A. DE MURALT, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, E. J. Brill, 1991, p.34 et suiv.

<sup>1203</sup> R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, op. cit., p.261

dire selon deux techniques dont le résultat final sera le même. Le mécanisme du moins prenant augmente la masse commune à partager de la récompense qui lui est due. Chaque époux obtient la moitié dans le premier temps du calcul, puis on soustrait la récompense de la part de l'époux qui avait été bénéficiaire. Le mécanisme du règlement par prélèvement, favorable en cas partage par tirage au sort<sup>1204</sup>, donne la possibilité à l'époux à qui est due la récompense, de la prélever sur la masse commune avant la division par moitié. Les deux options permettent à l'époux qui doit récompense de ne pas appauvrir son actif pour payer alors qu'il recevra sa part sur le montant restant de la communauté. Cependant, lorsque la part théorique de l'époux qui a été enrichi est inférieure à la récompense qu'il doit, le choix entre moins prenant et prélèvement disparaît. L'époux devra payer sa dette<sup>1205</sup>. L'autre hypothèse postule l'existence d'un solde au profit d'un époux. L'article 1470 offre également deux possibilités puisque que l'époux aura « le choix ou d'en exiger le paiement ou de prélever des biens communs jusqu'à due concurrence ». L'originalité de l'article 1471 alinéa 2 réside dans le hasard à qui elle donne le « pouvoir » de déterminer celui des deux époux qui recevra un bien en cas de concurrence de volonté d'appropriation.

547. **La nature juridique des prélèvements.** - Le prélèvement est l' « opération par laquelle un copartageant prend pour lui, avant tout partage dans la masse indivise, un bien en nature ou une somme d'argent, soit à titre de préciput et hors part, soit moyennant indemnité<sup>1206</sup>, soit pour se payer de ce qui lui est dû »<sup>1207</sup>. La nature du prélèvement relève soit du droit réel soit du droit personnel. Ce choix commande le régime juridique applicable, puisqu'il s'agit de savoir si un créancier sera privilégié par rapport aux autres. Si le prélèvement est un droit de propriété, l'époux titulaire d'un droit réel sera prioritaire par rapport aux créanciers chirographaires. Si le prélèvement est un droit de créance contre la communauté, l'époux titulaire de ce droit sera traité comme n'importe quel autre créancier chirographaire. La solution a été tranchée par le législateur pour lequel les prélèvements en biens communs constituent une opération de partage. L'époux n'est pas préféré aux créanciers concurrents de la communauté sauf en cas d'hypothèque légale (art. 1474 C.civ.).

---

<sup>1204</sup> R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, op. cit., p.262

<sup>1205</sup> *Ibid.*, p.262, n°292

<sup>1206</sup> C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, Préf. A. Sériaux, LGDJ, 2007

<sup>1207</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Prélèvement

548. **Fondement et pratique de la théorie des récompenses.** - La référence à l'équité est majoritaire pour justifier l'idée du mécanisme de la récompense<sup>1208</sup>. Mais il s'agit là d'un fondement structuré autour de l'idée de finalité qui n'apporte pas d'indication précise sur le régime juridique à adopter. A cet effet, d'autres fondements ont été énoncés en partant de notions plus techniques. On a rapproché cette théorie des récompenses de la subrogation réelle<sup>1209</sup>, de l'enrichissement injuste<sup>1210</sup>, du principe de révocabilité des donations entre époux ou encore du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales<sup>1211</sup>. La théorie de l'enrichissement sans cause présente un attrait réel dans la justification des récompenses puisque l'enrichissement de l'un est corrélativement lié à l'appauvrissement de l'autre<sup>1212</sup>.

## 2. Le droit des successions

549. **L'option de l'héritier.** L'article 768 du Code civil offre la possibilité à tout héritier d'exercer sa faculté d'opter en acceptant une succession purement et simplement, en acceptant à concurrence de l'actif net ou en la refusant. Le choix opéré modifie substantiellement les valeurs à répartir, principalement en cas de pluralité d'héritiers et de créanciers. La liberté que requière l'option, et la protection nécessaire qui s'y adjoint, fait de la faculté d'opter un droit attaché à la personne<sup>1213</sup>. Un liquidateur judiciaire ne peut se substituer à l'héritier renonçant<sup>1214</sup>. Le choix de l'un des héritiers est essentiel car il se répercute sur les créances et dettes susceptibles d'entrer dans le patrimoine de chacun des autres héritiers. L'encadrement plus strict du régime relatif à l'option par rapport à d'autres domaines du droit positif se justifie<sup>1215</sup>. Ce n'est pas à dire que le principe d'égalité change mais que les risques spécifiques qui sont liés à l'option imposent un conditionnement plus pesant pour éviter des conséquences juridiques défavorables à certains héritiers par défaut de connaissance suffisante des mécanismes légaux. L'article 507-1 du Code civil illustre cette idée en limitant les pouvoirs du tuteur lorsque la personne protégée est héritière. Le tuteur ne peut accepter une succession qu'à concurrence de l'actif net, c'est-à-dire en ayant la certitude légale qu'aucun passif ne viendra porter atteinte au patrimoine de la personne protégée. Dans les

---

<sup>1208</sup> M. LABORDE-LACOSTE, *Exposé méthodique de droit civil*, tome 3<sup>e</sup>, Sirey, 1948, p.130, n°277

<sup>1209</sup> L. JOSSERAND, *Cours de droit civil*, t. III, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1940, p.168, n°286

<sup>1210</sup> M. LABORDE-LACOSTE, *Exposé...*, tome 3<sup>e</sup>, *op. cit.*, p.130, n°277

<sup>1211</sup> G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. IV, Paris, LGDJ, 1959, p.293, n°889

<sup>1212</sup> F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, p.498, n°642

<sup>1213</sup> A. SERIAUX, « Successions. L'option de l'héritier », fasc. 20, JCl., 2007, p.4, n°4 ; P. VOIRIN, G. GOUBEUX, *Successions - Libéralités*, *op. cit.*, p.204, n°411

<sup>1214</sup> Cass. com. 3 mai 2006, *Dr. Famille* 2006, n°134, obs. B. Beignier

<sup>1215</sup> A. SERIAUX, *op. cit.*, p.4, n°4

deux autres cas (acceptation pure et simple, renonciation), une autorisation préalable est requise du conseil de famille et à défaut du juge. Toute décision implique une volonté connaissante, sous-tendue par une liberté, pour atteindre la finalité souhaitée. L'incapable étant atteint dans sa connaissance des choses et par conséquent dans sa liberté, le droit positif compense cette limite par le recours à d'autres volontés connaissantes.

550. **Le décès opère le transfert du patrimoine sur la tête des héritiers.** - D'un point de vue technique, le consentement donné par un héritier pour recueillir la succession n'a pas vocation à être translatif de propriété comme en droit des contrats. La transmission des biens a lieu immédiatement au moment du décès par l'effet de la loi<sup>1216</sup>. La place du consentement se comprend à travers la distinction classique entre la succession à la personne et la succession aux biens<sup>1217</sup>. Le modèle français est celui de la succession à la personne, dont l'acceptation pure et simple représente parfaitement ce principe à travers la continuité qu'elle maintient. La loi du 23 juin 2006 a réduit les écarts en se rapprochant un peu plus du système de la succession aux biens<sup>1218</sup>. Le droit romain distinguait, d'une part, les héritiers nécessaires à qui la succession était échue de plein droit et, d'autre part, les héritiers externes, bénéficiant de la possibilité d'accepter ou de répudier la succession<sup>1219</sup>. Prenant appui sur cette liberté de choix offerte aux héritiers externes, et l'étendant au système de la succession à la personne, le droit français permettait à tout héritier, quel qu'il soit, d'accepter ou de refuser une succession<sup>1220</sup>. L'évolution, par rapport au droit romain, est claire<sup>1221</sup>. Elle se comprend par la volonté de ne pas faire peser sur un héritier des dettes sans qu'il en soit la cause, et sans qu'il ne puisse y échapper. L'ancien article 775 du Code civil précisait bien que « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue »<sup>1222</sup>. Entre l'unité familiale et la singularité de la personne de l'héritier, le droit naturel ne saurait privilégier une approche au détriment d'une autre. La primauté de l'un sur l'autre découle de présupposés sur la notion d'unité.

---

<sup>1216</sup> C. DEMOLOMBE, *Traité des successions*, t. 2<sup>e</sup>, Paris, 1857, p.342-343

<sup>1217</sup> L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. III, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1940, p.558-561

<sup>1218</sup> A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n°408

<sup>1219</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil. Successions*. PUF, 2012, p.168

<sup>1220</sup> *Ibid.*, p.168-169 : « L'application à la matière successorale de la technique de l'abandon libératoire provoque la perte de la propriété de la succession et, donc, de la qualité d'héritier, ce que le droit romain n'est jamais parvenu à admettre ».

<sup>1221</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., p.129, n°271 : « Renoncer eût été un manquement grave à la piété et aux obligations du culte domestique ».

<sup>1222</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1956, p.385, n°241

551. **L'acceptation pure et simple.** - L'acceptation est « l'adhésion que l'appelé donne aux suites légales que la transmission entraîne pour lui »<sup>1223</sup>. L'acceptation expresse est légitimée par un acte authentique ou sous seing privé. L'acceptation peut également être tacite « quand le successible saisi fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'il n'aurait droit de faire qu'en qualité d'héritier acceptant » (art. 782 C.civ.). On retrouve, par analogie, une idée commune à la conception objective de la possession chez Ihering, dans la mesure où l'intention se déduit des actes accomplis qui ne prennent sens qu'à travers elle<sup>1224</sup>. C'est une acceptation des diverses formes que peut prendre la volonté. Mais l'absence de consentement officialisé requiert toute la prudence nécessaire afin de ne pas présumer un consentement fictif. L'existence de contraintes nécessaires et immédiates favorise l'action d'héritiers uniquement tournée vers la protection des biens, sans vocation à accepter la succession. La distinction classique des actes de disposition, conservatoires et d'administration remplit ce rôle. Les actes conservatoires ne présument pas d'une intention d'accepter la succession. La détermination exacte de ce type d'actes étant problématique, l'article 784 alinéa 4 du Code civil vient préciser un certain nombre d'actions n'impliquant pas acceptation en soi. Une solution similaire s'applique aux actes conservatoires<sup>1225</sup>. Ce sont donc les actes dispositions, c'est-à-dire les actes de véritables propriétaires qui permettent de déduire une acceptation. Il existe toutefois deux limites. La première concerne les actes de disposition considérés par le Code civil comme des actes conservatoires dont ils appliqueront le régime juridique (frais funéraires et de dernière maladie, impôts dus par le défunt, loyers). La seconde limite n'implique pas d'acceptation lorsque les actes de dispositions sont exécutés avec autorisation du juge et dans l'intérêt de la succession. Il est intéressant de relever l'évolution du droit au regard de l'ancienne formulation. Sous l'empire de l'ancien article 796 du code civil, le terme « intérêt » n'apparaît pas. Seuls les biens susceptibles de dé périr ou dispendieux à conserver sont visés. La notion d'« intérêt » élargit le champ d'application mais il insère dans le même temps une indétermination. Il s'agit d'une autre forme de conditionnement, moins précis mais contrôlé par le juge pour compenser cette carence. De manière générale, la distinction et la validité des consentements expresses et tacites sont plus proches de la prise en compte de la totalité de la réalité. Si elle ne jugeait valable que le

<sup>1223</sup> C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. V bis, Paris, Rousseau, 1936, 2<sup>e</sup> éd., p.113, n°485

<sup>1224</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques*. 2, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2002, V° « possession », p. 2005

<sup>1225</sup> Sur la poursuite d'action en justice, cf. la critique de F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil. Successions*, op. cit., p.175, n°77 : « La jurisprudence va même jusqu'à admettre que reprendre une action en défense qu'avait exercée le défunt ne vaut pas adition d'hérédité, ce qui est curieux car on ne voit pas comment il est possible de reprendre une instance sans le faire en qualité d'héritier ».

consentement officiel au détriment de l'acceptation tacite, elle laisserait de côté les cas où le consentement existe mais n'est pas thématiquement traité autrement que dans des actes. La contrepartie est la multiplication des règles spécifiques tendant à coïncider au mieux entre la volonté et les actes.

552. **La faculté de décharge.** - L'un des apports majeurs de la loi du 23 juin 2006 est l'occasion d'insister sur la notion de connaissance dans l'appréciation de la force de la volonté. L'article 786 alinéas 2 et 3 du Code civil dispose que l'héritier peut être déchargé de tout ou partie d'une dette issue de la succession dès lors qu'il existait des « motifs légitimes d'ignorer » son importance au moment de son acceptation, et impliquant une atteinte particulièrement grave à son patrimoine personnel. La légitimité et la validité de l'acceptation dépendent du niveau de connaissance de l'acceptant. Or, il serait dangereux de trop étendre la faculté de décharge, dont les répercussions sont importantes pour les créanciers du *de cuius*. La méconnaissance des dettes ne doit pas résulter d'une passivité de l'héritier mais d'une ignorance de nature à tromper une personne active dans sa recherche des informations relatives aux dettes de la succession. Cet article précise la signification de la connaissance dans la formule de la volonté connaissante tendue, selon l'inclination de la nature, vers la chose qui est son bien en tant que fin. La personne doit créer, ou au moins favoriser, les conditions de possibilité lui permettant de connaître avec la plus grande précision possible les informations nécessaires à sa prise de décision.

553. **L'approche jusnaturaliste du mécanisme de la décharge.** - D'un point de vue jusnaturaliste, la solution se justifie pleinement car la justice est de l'essence du droit. Mais la justice n'étant accessible que comme concept et non comme idée, seuls des conditionnements peuvent être mis en place. Ces conditionnements sont des instruments et prennent la forme de moyens en vue d'une fin. Tous les moyens ne sont pas bons pour parvenir à cette justice, ils doivent être ordonnés à la fin qui les guide. Ces moyens ne doivent pas entamer l'égalité des uns (les créanciers) au profit des autres (les héritiers). Un auteur a pu parler à juste titre de « risques d'injustices ou à des résultats aléatoires et décevants »<sup>1226</sup>. Il est vrai que plus les ambitions de justice sont grandes, plus les risques encourus sont importants. Le concept de justice étant indéterminé dans la connaissance que l'on peut en avoir, sa recherche implique la possibilité d'erreurs.

---

<sup>1226</sup> V. BREMOND, « Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires successionis* », *JCP N* 2006, p.2083, n°11

554. **Succession à la personne et aux biens.** - En l'espèce, il s'agit de l'acceptation d'une succession dans un système qui s'organise selon la continuité de la personne par laquelle le patrimoine du *de cuius* se transporte immédiatement sur la tête des héritiers, mais où la succession aux biens prend une place dans le paysage juridique français, et où les patrimoines peuvent être séparés dans une certaine mesure. Bref, cette égalité posée par le Code civil s'intègre dans une construction globale plus ou moins cohérente. La singularité du processus de la succession et de l'acceptation se répercute sur la question relative à la nature du mécanisme de la décharge. Si quelques notions sont proches de la décharge, aucune ne l'absorbe pour lui donner sa nature, que ce soit la révocation ou la rescision<sup>1227</sup>.

555. **La renonciation.** - La renonciation réclame un acte écrit et précis par lequel l'héritier abandonne ses droits sur la succession. L'opposabilité aux tiers dépend de cette publicité faite devant le tribunal (art. 804 C.civ.). En l'absence de publicité, la renonciation peut avoir lieu sous d'autres formes, tout en étant valide mais inopposable aux tiers<sup>1228</sup>. Le législateur, souhaitant éviter les successions vacantes, a laissé une faculté de rétractation au profit de l'héritier, sous réserve du respect des formes<sup>1229</sup>. Encore faut-il déterminer jusqu'à quand la rétractation est possible (prescription, acceptation d'un autre héritier, Etat envoyé en possession, acceptation pure et simple)<sup>1230</sup>. Les effets de la renonciation sont paradoxaux puisqu'ils excluent l'héritier du patrimoine du *de cuius* mais ne supprime pas tous les liens tels que la défense du nom ou de la mémoire du défunt<sup>1231</sup>. Ce droit est l'expression du lien familial qui ne peut être évincé. Une confirmation se trouve à l'article 806 du Code civil imposant au renonçant de payer les frais funéraires à proportion de ses moyens.

556. **L'acceptation à concurrence de l'actif net.** - Anciennement appelée acceptation sous bénéfice d'inventaire, il s'agit ici de protéger les héritiers contre leur ignorance de l'état exact des finances du *de cuius*. L'acceptation à concurrence de l'actif net, en tant qu'acte solennel<sup>1232</sup>, requiert une déclaration au greffe et une publication. Un inventaire est établi visant à mesurer et estimer l'actif et le passif du patrimoine du *de cuius*. Le mécanisme de l'acceptation à concurrence de l'actif net sépare le patrimoine du *de cuius* de celui de l'héritier. Les créanciers successoraux pourront être payés sur les actifs de ce patrimoine.

---

<sup>1227</sup> *Ibid.*, p.2082, n°6

<sup>1228</sup> A. SERIAUX, *Successions et libéralités*, op. cit., p.179, n°139

<sup>1229</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., p.131, n°275

<sup>1230</sup> A. SERIAUX, *Successions et libéralités*, op. cit., p.181, n°141

<sup>1231</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., p.132, n°278

<sup>1232</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil. Successions*, op. cit., p.180

L'héritier ne sera tenu qu'à hauteur de l'actif reçu. L'héritier acceptant à concurrence de l'actif net ne bénéficie que d'une possibilité limitée s'il veut opter selon un autre mode. Il ne pourra qu'accepter purement et simplement, non renoncer à la succession<sup>1233</sup>. Tirant les conséquences d'une absence de confusion des patrimoines, le Code civil donne à l'héritier le droit de conserver ses créances contre le défunt. Cette séparation entraîne l'impossibilité d'une compensation ou d'une confusion entre les patrimoines. L'héritier entrera en concurrence avec d'éventuels créanciers, soit à égalité (gage général commun), soit en priorité (titularité d'une sûreté)<sup>1234</sup>.

**557. L'incidence du recel dans l'acceptation de la succession.** - Le recel successoral est la fraude au partage par laquelle l'un des coindivisaires détourne sciemment au préjudice des autres une valeur de la succession qu'il soustrait au partage en vue de se l'approprier<sup>1235</sup>. La sanction du receleur est la suppression de la liberté d'option. L'auteur de la fraude est censé avoir accepté purement et simplement la succession. Cette conséquence grave justifie un contrôle poussé de l'intention véritable de celui qui a soustrait un bien ou un droit du *de cujus*. L'intention délictuelle doit être réelle, ce qui n'est pas le cas d'une donation non déclarée ou déguisée<sup>1236</sup>. Seules certaines catégories de personnes peuvent être considérées comme receleur. Il s'agit des héritiers et légataire universel. De même, il n'y aura pas de qualification de recel si un héritier unique tente de mettre hors de vue du créancier certains biens de la succession.

**L'incidence du recel dans l'acceptation de la succession.** - Outre la présomption légale d'acceptation pure et simple, la conséquence du recel se situe dans la perte, par le receleur, de ses droits sur les biens recelés. Contrairement à la politique générale du Code civil, cette sanction ne se contente pas de rétablir les équilibres patrimoniaux perdus mais atteint véritablement le receleur en réduisant sa part dans la succession. Souvent, l'attitude d'une partie peut le conduire à perdre des avantages comme les fruits d'un bien en cas de mauvaise foi par exemple. Mais le recel est plus qu'une mauvaise foi. La particularité du recel, en tant qu'acte grave pour les autres cohéritiers, se confronte avec le maintien ou non de l'entière réserve. Les biens recelés doivent être restitués aux autres cohéritiers tels qu'ils ont été

---

<sup>1233</sup> *Ibid.*, p.18 : « Cette interdiction est logique d'un point de vue théorique puisque la renonciation est une technique de la succession à la personne, alors qu'en acceptant à concurrence de l'actif net, l'héritier a choisi un régime de succession aux biens ».

<sup>1234</sup> A. SERIAUX, *Successions et libéralités*, op. cit., p.175, n°133

<sup>1235</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Recel

<sup>1236</sup> A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n°331



pris dans la succession. Dès lors, les biens achetés par le receleur avec les sommes d'argent prises dans la succession ne serviront pas d'objet de restitution. Seule une somme d'argent devra être restituée. Inversement, si les biens recelés ont été aliénés, la restitution se fera de l'équivalent de la valeur du bien, non du montant du prix de sa vente<sup>1237</sup>. On pourrait tout aussi bien appliquer, par analogie, les règles de l'article 1469 du Code civil en posant un mécanisme privilégiant le prix le plus élevé. Le prix de la restitution serait la somme la plus haute entre le prix de vente et la valeur réelle du bien. Le receleur n'y trouverait aucun enrichissement de la sorte dans le cas où il parviendrait à vendre le bien à un prix supérieur à sa valeur. Depuis la loi de 2006, le recel de personne est également envisagé. Il consiste à ne pas révéler voire à cacher l'existence même d'un autre héritier. Mathématiquement, la division du patrimoine du *de cuius* sera favorable au receleur puisqu'il les parts seront plus importantes. Il y a bien tentative de modifier les rapports d'égalité entre cohéritiers. La sanction encourue par le receleur consiste en une réduction de sa part. Cette part est déterminée par le montant égal à ce qui serait revenu en plus au receleur si le cohéritier n'avait pas été pris en compte. Que ce soit dans le cadre d'un recel de biens ou de personne, le repentir du receleur le fera échapper à l'ensemble de ces sanctions. Il n'échappera à toute sanction que si, ayant commis un recel, il restituera les biens avant toute action en justice.

558. **Le droit naturel et la réserve héréditaire.** - La loi limite les pouvoirs du défunt sur ses propres biens. La réserve tend à remplir une fonction protectrice des héritiers en leur octroyant une part de la succession que le *de cuius* ne pourra modifier, même par convention<sup>1238</sup>. La part laissée à sa libre disposition (quotité disponible) varie en fonction du nombre d'héritiers dits réservataires. On ne saurait affirmer la présence du droit naturel dans la réserve, mais une fois un système de répartition mis en place, des règles d'égalité doivent être respectées. On touche là une idée essentielle liée au droit naturel, dans son rapport avec la politique législative. Dans le « monde des idées », on ne compte pas de règles préétablies par lesquelles on connaîtrait par avance et avec certitude les bénéficiaires et les parts à attribuer. Il est évident que les bénéficiaires sont déterminés selon des critères plutôt culturels en fonction d'une époque tout comme les proportions légales (1/2, 1/3, 1/4). Mais ce qui importe, c'est que, dès lors qu'un ordre de répartition est imposé par la loi, même de portée casuelle, il faut respecter un principe d'égalité. En un sens, l'organisation volontaire d'un système juridique,

---

<sup>1237</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., p.112, n°222 ; comp. sur la distinction entre le recel et la dissimulation d'effets successoraux, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 juill. 1992, *Defrénois* 1993, art. 35578, note G. Champenois.

<sup>1238</sup> D. PERNEY, *La nature juridique de la réserve héréditaire*, thèse ss. dir. P. Jullien, Nice, 1976

quelques soient les choix qu'il opère, est transcendé par une justice qui vient réinvestir les règles pratiques édictées. Le conventionnel, même œuvre de liberté, ne se dédouane pas d'un cadre égalitaire. Une argumentation jusnaturaliste est en mesure de justifier la compatibilité entre les choix de politique juridique et la justice. Pour cela, il faut distinguer entre le général et l'universel. La volonté du législateur se situe au niveau du général sans pouvoir atteindre l'universel. La volonté ne s'exerce qu'à partir d'une liberté et d'une connaissance. Ne pouvant connaître la chose en soi, l'homme est limité à la connaissance du général. Sur le plan rationnel, il n'y a qu'un accès à la réalité par le biais d'une représentation plus ou moins réductrice sans jamais toucher la réalité pleine et entière des choses (dont la justice). La limite de la connaissance emporte consécutivement une restriction de l'exercice de la volonté au général. Les choix de politique juridique, relevant de la volonté du législateur, subissent cette portée génériciste.

**559. Justification métaphysique de la transcendance de la justice.** - Concernant l'être, dans sa vocation universelle, toute définition est impossible. Définir, c'est poser un genre et lui adjoindre une différence spécifique. Or, l'être n'a d'autre différence que lui-même, d'où l'impossibilité d'une définition. L'être est simple, sans composition. Il est partout et en toute chose. L'extension de l'être étant illimitée, il est transcendant<sup>1239</sup>. Par conséquent, quels que soient les choix de politique juridique du législateur, les règles qui en résulteront auront de l'être et participeront d'un universel qui les dépasse. C'est selon ce modèle que la justice peut transcender l'ensemble d'un droit positif structuré par la généralité. A cela, on peut objecter deux arguments : d'une part, certaines législations ne sont pas tournées vers la justice et favorisent même l'injustice ; d'autre part, aucune législation n'est parfaitement juste. A la première interrogation, on rappellera simplement la conception classique qui veut qu'un droit injuste ne peut être qualifié de droit. La justice étant de l'essence du droit, s'il n'y a aucune justice, alors il n'y a pas de droit<sup>1240</sup>. La seconde question, relative à une présence fermement ou faiblement affirmée de la justice, montre les limites de l'être dans sa conceptualisation. Des réductions peuvent déformer l'idée d'être<sup>1241</sup>. La justice ayant de l'être, si celui-ci est réduit, alors la justice sera elle-même réduite et déformée. Tout comme le droit positif, le droit naturel ne se situe pas au niveau de l'universel mais au niveau de la représentation. Un

---

<sup>1239</sup> H. PASQUA, *Introduction à l'Introduction à la lecture de « Etre et temps » de Martin Heidegger*, L'Age d'Homme, 1993

<sup>1240</sup> On ne vise pas les règles de droit indépendantes les unes des autres mais les structures qu'elles constituent. En cas contraire, les règles de droit purement formelles et techniques sans référence à la justice sont nombreuses.

<sup>1241</sup> *Supra* n°49

droit naturel authentique procède par des représentations les moins réductrices. Le droit positif tente de s'en approcher. Il en résulte que d'autres systèmes sont possibles où la liberté du *de cuius* est entière dans la détermination des parts à attribuer à chacun. Mais à y regarder de plus près, même dans les pays étrangers, la liberté n'est jamais vraiment totale. Elle s'accompagne souvent de mécanismes légaux protecteurs des héritiers<sup>1242</sup>. Le droit des successions, à travers l'option de l'héritier, la décharge, le recel ou la réserve héréditaire montre tous les points de rattachement à une protection des répartitions, c'est-à-dire à une recherche de justice.

560. **L'incidence de la loi de 2006 sur la réserve.** - Quatre éléments<sup>1243</sup> sont à retenir pour apprécier le rapport entre la transcendance de l'égalité et les choix pratiques (voire pragmatiques) du législateur. La valeur du système dépend en premier lieu des personnes désignées comme réservataires. La loi du 2006 a porté un coup certain en supprimant, d'un côté, les ascendants de ce bénéfice et en favorisant, de l'autre, le conjoint survivant (art. 914-1 C.civ.). Sur ce point, on ne constate pas de transcendance de la justice. Pour apprécier la justification, il faut rappeler les positions classiques. D'une part, la valeur que produisait une personne au sein d'une famille s'intégrait, au moins symboliquement, dans le « patrimoine familial », d'où l'importance de la réserve comme protection contre la sortie des biens hors de la famille. Le lien intergénérationnel servait de canon en privilégiant les ascendants ou les descendants en l'absence de progéniture. La réserve légitime se centrait sur l'idée d'assistance due aux membres proches<sup>1244</sup>. Cette dernière voie a progressivement été privilégiée. Elle ne va pas sans critique<sup>1245</sup> puisqu'elle décompose un peu plus l'idée de famille. Tout dépend, une fois de plus, de l'unité de la famille face à la liberté radicale de la personne. On peut ajouter qu'il n'existe plus de distinction entre les biens (propre et acquêts). Rien n'interdirait d'ailleurs au législateur de constituer des catégories de biens en leur appliquant un régime spécifique incluant ou excluant la réserve. Les règles techniques peuvent toujours s'amonceler sans faire perdre l'idée sous-jacente d'une justice, ou du moins d'une égalité.

---

<sup>1242</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2012, p.310, n°606

<sup>1243</sup> *Ibid.*, p.312, n°612

<sup>1244</sup> P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Régimes matrimoniaux. Successions – libéralités*, LGDJ, 27<sup>e</sup> éd., 2012, p.301, n°652

<sup>1245</sup> P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, n°26, p.57 : « on cause une blessure profonde au lien parental originel, au lien fondateur de l'identité individuelle ».

561. **La réserve entre nature et valeur.** - La loi de 2006, bien que maintenant l'expression « part des biens et droits successoraux » à l'article 912 du Code civil, a privilégié une réserve en valeur et non plus une réserve en nature comme l'avait décidé la jurisprudence (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars, 1991)<sup>1246</sup>. La modification se répercute au moment de la réduction, en cas de libéralité dépassant la quotité disponible, qui sera désormais établie en valeur et non plus en nature. A ce principe, l'article 924-4 pose une limite, en cas d'insolvabilité du débiteur de l'indemnité en réduction, ouvrant une action contre le tiers détenteur d'un immeuble faisant partie des libéralités et aliéné par le gratifié. Sur ce point, l'argumentation jusnaturaliste tiendra compte, dans sa critique, de la distinction entre l'égalité et la justice.

562. **Une atteinte à l'ordre public et une divergence de mode de calcul.** Un troisième point d'évolution concerne l'ordre public désormais réduit par l'article 929 du Code civil. Un héritier réservataire peut renoncer, par avance, à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. La nouvelle règle s'entoure de protections formelles au regard du risque encouru par un renonçant peu conscient des conséquences pratiques de son acte. Deux idées sont à préciser. D'une part, la renonciation est susceptible d'être interprétée comme une libéralité indirecte faite au bénéficiaire. Contre cette lecture potentielle, l'article 930-1 du Code civil refuse la qualification de libéralité, quelles que soient ses modalités<sup>1247</sup>. D'autre part, la renonciation à la réduction n'implique pas une renonciation à la réserve. La volonté des parties ne saurait attenter à l'impérativité de la réserve hors du strict cadre fixé. L'héritier présomptif renonce uniquement à l'action en réduction. Lorsque des libéralités ont été faites sans préjudice de la réserve de l'héritier, les droits de ce dernier ne sont pas affectés. Par contre les libéralités, ayant pour conséquence de réduire la réserve, sont problématiques. Cette nouveauté législative entraîne une suite de calculs complexes en fonction des situations. Le cas le plus simple est celui où un héritier seul renonce à toute action en réduction contre le bénéficiaire d'une libéralité. Sa réserve pourra être entamée, voire même absorbée entièrement par la libéralité. L'hypothèse d'une pluralité d'héritiers renonçant totalement pour certains et partiellement pour d'autres complique le mécanisme, notamment lorsque la libéralité dépasse la quotité disponible. L'interprétation de l'article 930-2 du Code civil est

---

<sup>1246</sup> A. SERIAUX, *Successions et libéralités*, op. cit., p.130, n°98 ; comp. P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., p.313, n°615 : « Cette affirmation n'avait pas été faite en 1804 alors qu'elle aurait traduit la réalité ; elle est étrange en 2006 alors que la loi a fait presque complètement disparaître la réduction en nature et reculer le caractère d'ordre public de la réserve. La réduction se faisant désormais, en principe, en valeur, la réserve tend à être plutôt une créance contre la succession, bien plus qu'une part de la succession ».

<sup>1247</sup> Sur le mouvement général le rejet des requalifications en libéralité, cf. C. BRENNER, « Quotité disponible et réduction », Art. 929 à 930-5, fasc. 30, 2008, p.30, n°54

l'objet de lectures divergentes selon que la volonté des héritiers est interprétée comme une renonciation à l'action en réduction ou comme une renonciation à opposer leur réserve. Le mode de calcul, selon l'une ou l'autre voie, conduit à modifier les résultats en faveur ou en défaveur de celui qui a reçu une libéralité supérieure à la quotité disponible dont disposait le *de cujus*. En principe, la libéralité s'impute sur la quotité disponible. Si cette dernière n'est pas suffisante, la libéralité s'imputera sur la réserve des cohéritiers. Le calcul dépendra également de l'étendue de la renonciation (partielle ou totale) des cohéritiers. Un exemple permettra de comparer les modes de calcul<sup>1248</sup>. Dans une succession, le patrimoine du *de cujus* représente une valeur de 100. Une libéralité de 200 a été faite à un tiers. Deux descendants viennent à la succession dont l'un renonce totalement (Pierre) à la réduction et l'autre renonce à hauteur du quart de sa réserve (Paul). La réserve de chacun est de 100. La libéralité octroyée de son vivant par le *de cujus* dépasse la quotité disponible pour une valeur de 100. Il s'agit de savoir si le bénéficiaire de la libéralité devra une somme ou non à chacun des héritiers, et selon quel montant. Hors des cas de renonciation anticipée, le bénéficiaire de la libéralité devra payer 50 à chacun des héritiers.

**563. Exposition des deux hypothèses.** - Dans une première hypothèse, défavorable au bénéficiaire de la libéralité, la renonciation porte sur l'action en réduction. La somme dépassant la quotité disponible vient s'imputer sur la réserve des cohéritiers. Pierre ayant renoncé totalement à l'action, le bénéficiaire de la libéralité ne lui devra rien (donc Pierre obtiendra 50 au final). Paul n'a accepté qu'une renonciation partielle du quart de sa réserve et n'obtiendra que 25 (donc Paul obtiendra 75 au final). Le bénéficiaire de la libéralité lui devra 25. Dans une seconde hypothèse, les héritiers renoncent à opposer leur réserve. La somme dépassant la quotité disponible vient également s'imputer sur la réserve des cohéritiers. Concernant Pierre l'imputation sera à hauteur de 100 (la totalité de la réserve), et de 25 pour Paul (quart de la réserve). L'ensemble donne une valeur de 125, ce qui excède la fraction de la donation à exécuter par le bénéficiaire de la libéralité (100). Pierre et Paul vont supporter cette charge proportionnellement en passant de 125 à un plafond de 100. Le résultat obtenu est une imputation de 80 pour Pierre et de 20 pour Paul. La solution finale avantage le bénéficiaire de la libéralité qui n'aura aucune somme à verser. La réserve de chacun étant de 100, Pierre obtiendra 20 (100 - 80) et Paul obtiendra 80 (100 - 20).

---

<sup>1248</sup> Nous reprenons l'exemple très clair de Claude Brenner : *Ibid.*, p.31, n°58 (exemple 14).

**La justification du mode de calcul.** - La position relative à la renonciation à l'action en réduction est soutenue par C. Brenner<sup>1249</sup>. Pour cet auteur : « Cette action appartenant individuellement à chaque réservataire à proportion de ses droits dans la réserve globale, cela implique [...] que la renonciation anticipée ne puisse en principe soustraire la libéralité à la réduction que dans cette proportion »<sup>1250</sup>. Une autre interprétation a été proposée par N. Levillain qui estime que l'héritier renonce à « invoquer une atteinte à sa réserve »<sup>1251</sup>. L'auteur, prenant appui sur une appréciation globale et non individuelle, estime que c'est toute la fraction réductible qui s'impute sur la réserve<sup>1252</sup>. Cette position serait plus proche de l'esprit du législateur mais favoriserait l'iniquité lorsque les héritiers décideraient de renoncer dans des proportions différentes<sup>1253</sup>. Dans sa critique des arguments justifiant une renonciation à opposer la réserve, C. Brenner expose deux arguments principaux<sup>1254</sup>. D'une part, l'article 930-3, 2°, employant la formule « à ses droits réservataires » se limite à l'objet même de l'article sans extrapolation possible. D'autre part, le but poursuivi par le législateur ne valide en rien une renonciation à opposer la réserve. Dès lors que la liberté est donnée de renoncer par anticipation, l'extension de cette liberté dépend de la volonté des héritiers renonçant, sous réserve des « desseins » et « pressions excessives » du *de cujus*. Au final, entre les deux interprétations, il faut en revenir, à défaut de jurisprudence, aux conseils du notaire, expliquant les mécanismes de calcul, ou au moins les différentes solutions, afin que les héritiers renonçant connaissent toute l'étendue de leur choix.

564. **Approche jusnaturaliste de la controverse.** - On reproche souvent au droit naturel son éloignement des aspects techniques immédiats au profit de la valorisation de principes supérieurs dont les applications peuvent être soumises à toutes les variations dans la pratique. Pourtant, dans le même temps, on double les critiques lorsque le droit naturel entre dans des détails de pure technique juridique. L'exemple de la renonciation anticipée de réduction avec cohéritiers renonçant (soit partiellement, soit totalement) permet d'illustrer la présence de la justice à chaque niveau du droit positif. Cette controverse est également l'occasion de montrer, au niveau technique, la place que prennent respectivement la justice et la cohérence des règles entre elles. *A priori*, il s'agit de choisir entre l'une et l'autre des solutions

<sup>1249</sup> *Ibid.*, p.30, n°55

<sup>1250</sup> *Ibid.*, p.30, n°55

<sup>1251</sup> N. LEVILLAIN, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, p.1944, n°16 ; cette position est reprise par M.-C. FORGEARD, R. CRONE, B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 juin 2006. Commentaire & formules*, Defrénois, 2007, p.156, note 38

<sup>1252</sup> *Ibid.*, p.1944, n°16

<sup>1253</sup> *Ibid.*, p.1944, n°16

<sup>1254</sup> C. BRENNER, *op. cit.*, p.31, n°57

proposées. Pourtant, il faut contester ce pseudo-choix en tant que la forme de la question, sa présentation et sa formulation conditionnent le type de réponse à fournir parce qu'elle est structurée par des présupposés.

565. **La modification possible du disponible.** - Le nombre de cohéritiers joue immédiatement sur la répartition et les sommes attribuées. Jusqu'en 2006, la renonciation par un héritier de la succession n'était pas prise en compte dans le calcul du disponible. Désormais, l'article 913 alinéa 2 du Code civil cible les enfants renonçant qui ne seront plus comptés parmi le nombre d'enfants du *de cuius* dans la détermination de la quotité disponible, sauf s'il est représenté. La liberté du défunt s'accroît mécaniquement, même si des mécanismes existaient pour parvenir à des résultats similaires<sup>1255</sup>.

566. **Les éléments inclus et exclus dans la masse.** - La détermination de la quotité disponible et de la réserve dépend des biens inclus et exclus du calcul de la masse. Le point de départ est la somme des biens présents au jour du décès du *de cuius*. Qu'ils aient fait l'objet d'un legs ou d'une institution contractuelle, ils sont compris dans la masse totale<sup>1256</sup>. D'autres biens sont exclus de la masse : les droits viagers, le capital d'une assurance-vie<sup>1257</sup>. Dans les biens inclus on compte ceux dont le *de cuius* n'est plus titulaire au jour de son décès parce qu'il a procédé à une donation, à l'exclusion de certains biens. Plusieurs articles évincent certains biens de la masse globale. L'article 852 du Code civil n'impose pas (sauf volonté contraire du disposant) le rapport concernant les frais de nourriture, d'entretien, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, les frais de noces et les présents d'usage. L'article 928 du Code civil exclut les fruits perçus antérieurement au décès. Ils ne seront dus qu'en cas d'exécution en nature de la réduction et à partir du jour du décès du donateur. La succession de ces éléments donne l'impression d'une liste casuelle.

567. **L'exécution de la réduction.** - Le Code civil de 1804 privilégiait la réduction en nature selon l'idée que les réservataires devaient récupérer les biens familiaux pour éviter les dilutions dans les mains des tiers. Deux lois ont étendu la réduction en valeur (décret-loi de 1938 et loi de 1971). La réduction en nature restait le principe pour les libéralités faites aux

---

<sup>1255</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., p.312, n°612

<sup>1256</sup> A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, op. cit., n° 513

<sup>1257</sup> *Ibid.*

non-successibles<sup>1258</sup>, en faveur de la protection des biens familiaux. La loi de 2006 fait de la réduction en nature une exception. Plus précisément, on compte deux cas de réduction en nature. D'une part, le bénéficiaire peut restituer le bien en nature par sa propre volonté. La justification n'est donc plus dans la famille mais dans la liberté d'exécution du bénéficiaire. D'autre part, l'insolvabilité du gratifié liée au fait que le bien a été aliéné, permet aux héritiers de demander une restitution en nature. Dans ce cas, le tiers acquéreur prend un risque à acquérir un bien obtenu par donation par le vendeur. La différence entre la réduction en nature et la réduction en valeur reprend celle entre le concret et l'abstrait. Deux égalités se côtoient mais selon une dimension plus ou moins profonde. On dira que cette loi s'éloigne d'un droit naturel authentique pour lequel l'être ne doit pas être réduit. Le passage de la nature à la valeur est un mécanisme de réduction. Mais il faut dire que la loi s'intègre dans un contexte où la famille perd progressivement la valeur qu'elle pouvait revêtir antérieurement.

568. **Le droit de retour.** - Le principe de répartition d'une succession se fonde sur la nature et la valeur des biens. Des successions particulières, dites anormales privilègent plutôt une répartition en fonction de l'origine des biens<sup>1259</sup>. L'activation du droit de retour permet de faire échapper la chose aux règles successorales ordinaires pour revenir au donataire lui-même ou à ses descendants<sup>1260</sup>. Rompant l'unité du patrimoine, le droit de retour a connu une modification de son champ d'application par réduction principalement, mais également par extension (loi de 2001) au profit des frères et sœurs<sup>1261</sup>. Une condition importante l'affaiblit car il faut que la chose existe en nature au moment de la succession. La solution se comprend puisque c'est davantage la chose que sa valeur qui est recherchée par le donataire. On nuancera tout de même ce constat au regard du lot de subtilités issu de la volonté des parties ou de la complexité des situations<sup>1262</sup>. Le droit de retour légal concerne le décès de l'adopté simple ne laissant ni conjoint ni descendants (art. 368-1 C.civ.). L'adoptant pourra récupérer les donations effectuées antérieurement. Le deuxième cas concerne un défunt sans conjoint survivant. Les ascendants pourront reprendre les donations effectuées. Cette règle, quoique restrictive dans ses modalités (notamment lorsqu'ils sont en concours avec des collatéraux privilégiés)<sup>1263</sup>, permet de compenser, certes faiblement, la disparition de leur statut

<sup>1258</sup> *Ibid.*, n° 537

<sup>1259</sup> D. GUEVEL, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p.121, n°232

<sup>1260</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association *op. cit.*, V<sup>o</sup> Droit de retour

<sup>1261</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, *op. cit.*, p.74, n°121

<sup>1262</sup> C. BLANCHARD, « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère », *Defrénois*, 2009, p.2047

<sup>1263</sup> D. GUEVEL, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, p.124, n°237



d'héritiers réservataires issue de la loi de 2006. Le troisième cas de retour légal concerne les collatéraux privilégiés en présence du conjoint survivant du *de cuius* et en l'absence de descendants et d'ascendants. Ainsi les frères et sœurs récupéreront les biens transmis par donation de la part des ascendants. D'un point de vue jusnaturaliste, la liste établissant ces trois cas semble casuelle. La présence d'un droit de retour conventionnel nuance le propos puisque les parties peuvent organiser elles-mêmes un droit de retour. Les différents mécanismes énoncés indiquent l'absence de justice prédéterminée ou figée. Le contenu de l'assiette à répartir, les mécanismes de protection, ainsi que le rôle de la volonté semblent relativiser toute idée d'égalité. Le droit naturel n'est pas évincé, il s'exprime dans un second temps, lorsque les conditions d'égalités ont été fixées, c'est-à-dire à l'intérieur des règles abstraites édictées par le législateur. Un rapprochement est à opérer avec le cautionnement.

569. **La protection de l'engagement de la caution.** - L'idée de proportionnalité de l'engagement de la caution vise à éviter la constitution de sûretés personnelles dont le montant dépasse démesurément les capacités financières de celui qui s'engage<sup>1264</sup>. D'un côté, le créancier n'y trouvera pas son compte même en épuisant tout l'actif de la caution. De l'autre côté, la caution subira une situation particulièrement délicate sans en avoir voulu l'ensemble des conséquences<sup>1265</sup>. Cette protection par le juge appréciant la proportionnalité d'un engagement est souvent évoquée au sein de la doctrine mais elle fait face à la liberté des conventions<sup>1266</sup>. Comme pour l'ensemble du droit, des instruments sont à la portée du législateur pour retranscrire, par des mécanismes techniques déjà éprouvés, un principe général de proportionnalité. Tel est le cas de l'abus de droit ou de la responsabilité civile précontractuelle<sup>1267</sup>. Mais la spécificité de ces instruments ne s'applique pas avec perfection au problème du cautionnement. Que ce soit pour le droit des successions, des régimes matrimoniaux ou des sûretés, le législateur dispose d'instruments protecteurs divers qui sont autant de moyens variés aboutissant à une même finalité. Le droit naturel ne se situe pas dans ces moyens. Le droit naturel est dans le *rapport juridique juste*. A ce titre, les arguments jusnaturalistes servent de mesure critique des moyens employés par le droit positif.

---

<sup>1264</sup> Com. 23 juin 1998, Bull. civ. IV, n°208 : un établissement de crédit doit avertir de l'absence de viabilité d'une exploitation hôtelière. Comp. Com. 27 mars 2012, D. 2012. 1117 : une banque doit avoir un comportement actif dans la vérification de la viabilité d'une opération à partir du contrôle des prévisions comptables.

<sup>1265</sup> Sur la distinction avec la mise en garde, D. LEGEAIS, « Devoir de mise en garde et proportionnalité », *RTD com.* 2013, p.122

<sup>1266</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés...*, *op. cit.*, n°18

<sup>1267</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés...*, *op. cit.*, n°18

*B. LES DOMMAGES-INTERETS ET LA RESTITUTION*

570. **Principe.** - En matière contractuelle, une partie pourra obtenir réparation de son préjudice à hauteur de ce qui a pu être prévu par les parties. En matière délictuelle, la réparation s'étend à l'ensemble du dommage subi. Le montant de l'assiette dépend du point de départ pris en compte dans le calcul de la valeur du préjudice, de la chose et des intérêts. On remarquera un principe de justice constant dans la détermination des valeurs, avec une variation liée à l'incidence de la bonne foi. Très empiriquement, le législateur impose au juge d'apprécier la chose de manière concrète. Le domaine contractuel pose le problème épineux des restitutions en cas de nullité d'un contrat dont certaines obligations ont déjà été exécutées. Deux situations sont à distinguer en fonction de la possibilité ou non de restituer les choses. Lorsque la chose peut être restituée, il faut apprécier l'état qualitatif, voire quantitatif de cette chose. Toute dégradation est à la charge du détenteur qui devra rendre la chose et la somme correspondant au montant de la détérioration du bien. Les conséquences de la force majeure ont pu être appréciées variablement selon la jurisprudence, admettant que la charge ne pesait pas sur le détenteur<sup>1268</sup>. En principe, le propriétaire doit supporter la charge des risques. Même en cas de refus de restituer le bien, la mise en demeure permet de renverser la charge des risques. Inversement, le détenteur ayant procédé à des améliorations de nature à augmenter le prix de la chose obtiendra une compensation de l'autre partie quand bien même ce dernier aurait préféré récupérer son bien tel qu'il l'avait délivré. Toutes ces règles illustrent la prise en compte concrète de la chose, plutôt qu'un principe général abstrait.

571. **L'impossibilité d'une restitution en nature.** - La nullité d'un contrat permet à chaque titulaire de droit réel de récupérer la chose. La disparition de la chose supprime le droit réel. Le titulaire du droit réel pourra obtenir en priorité la valeur représentée par la chose. La valeur est celle du jour de la formation du contrat. Une autre possibilité aurait pu être retenue, telle que le moment où les parties se sont rendues compte de la nullité. Mais cette dernière hypothèse manque de précision et de rigueur. Le moment de la rencontre des volontés opèrent transfert de propriété. Il est naturel que la valeur corresponde à ce moment, autant au regard de la question de l'existence des droits que par rapport à la justice. Dans un souci de protection de la partie faible qu'est l'incapable, le législateur a édicté une règle contraire à une égalité stricte. La nullité résultant de l'incapacité produit des effets sévères au détriment du bénéficiaire de la restitution. L'incapable ne devra restituer que ce qu'il lui reste

---

<sup>1268</sup> Com., 21 juil. 1975

(art. 1312 C.civ.). Dans le même esprit, le contrat annulé en raison d'un objet ou cause immorale ne pourra conduire à restitution. Si l'on s'en tient à l'idée que l'égalité doit être maintenue pour constater une conformité au droit naturel, on remarque en l'espèce un conditionnement opéré par le législateur afin de contraindre, par la sanction, les comportements des contractants<sup>1269</sup>.

572. **Les intérêts.** - Le calcul du montant des sommes servant à réparer un dommage est déterminé souverainement par les juges du fond. Il s'agit de ne pas faire subir à un créancier une perte tout en refusant de l'enrichir à l'occasion de la réparation du préjudice. Le législateur a tenu compte du fait que le temps pendant lequel une somme était due à un créancier produisait des intérêts au bénéfice du débiteur. Le calcul des intérêts permet d'éviter un enrichissement du débiteur au détriment du créancier. Plusieurs questions se succèdent afin d'éclaircir le régime des intérêts : le calcul des intérêts, le point de départ des intérêts et l'influence de la bonne foi. Le principe relatif au montant des intérêts est celui du calcul du taux légal, sauf règles dérogatoires. Entre un propriétaire particulièrement performant faisant croître substantiellement ses bénéfices et un propriétaire passif, le législateur a choisi la situation du juste milieu. Un droit naturel authentique, tenant compte concrètement des personnes, adapterait le taux en fonction de circonstances particulières. La complexité d'un tel régime conduit le droit positif à une voie plus simple et immédiate, tout en permettant au débiteur de connaître exactement la somme qu'il devra payer. Les intérêts peuvent varier en fonction du moment à partir duquel ils commencent à courir. Le principe est celui de la sommation par le créancier (articles 1153, 1479, 1904 [...] du Code civil). Par exception, une loi peut faire démarrer les intérêts de plein droit. Selon un raisonnement strict, le principe d'égalité devrait théoriquement privilégier un point de départ de plein droit puisqu'il permettrait au créancier de récupérer la somme prévisible qu'il aurait eu s'il l'avait fait fructifier lui-même. Certaines situations, de par leur nature, impliquent un moment particulier (jour du mariage, dissolution, liquidation, jour de la vente). L'existence ou la non-existence d'un état (situation vécue par les parties) justifie cette adaptation aux faits. Les thèmes relatifs à l'existence et l'inexistence justifient une lecture jusnaturaliste.

573. **La bonne foi.** - L'égalité stricte empêche toute considération du comportement des parties. La nature des choses se contente des prestations selon la valeur qui leur est attribuée.

---

<sup>1269</sup> Sur la règle *nemo auditur*, cf. P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1970 ; comp., A. BENABENT, *Les obligations*, op. cit., n° 233

En tenant compte de la nature de l'homme, le contenu jurnaturaliste se modifie en nuancant les solutions admises jusque-là. Tel est le cas, par exemple, du possesseur de bonne foi dont le véritable propriétaire récupère le bien mais non les fruits produits pendant la possession. Concernant les intérêts, le Code civil donne une illustration de la considération de la nature de l'homme à l'article 1378 qui dispose que : « S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement ». L'article 1153 du Code civil indique que les intérêts ne sont dus qu'au jour de la sommation, sauf si la loi les fait courir de plein droit. La jurisprudence en a déduit que la bonne foi faisait courir les intérêts à partir de la sommation<sup>1270</sup>, non du jour du paiement. L'appréciation concrète des juges est précisée à l'occasion d'une bonne foi au jour du paiement indu mais qui disparaîtrait avant la sommation du créancier. En ce cas, les intérêts sont comptabilisés à partir du moment où la bonne foi a disparue<sup>1271</sup>.

## § 2. LA DEVOLUTION DES BIENS

574. **Egalité, justice et justesse.** - L'égalité se concentre dans un domaine d'appréciation principalement mathématique en fonction des valeurs économiques. La justice va plus loin car elle est le versant concret de l'égalité. Toute répartition fondée sur des principes mathématiques assure une sécurité dans la répartition, car toutes les parties sont traitées selon un même ordre de valeur. Mais le droit naturel ne peut se contenter d'une telle abstraction dont certaines solutions conduiraient à des effets contre-productifs. La justice favorise le dépassement de l'égalité. Elle le fait d'autant mieux qu'elle intègre l'idée de justesse dans la répartition. C'est le cas typique de la transmission successorale d'une société aux cohéritiers. Le droit positif permettra à l'un des héritiers de poursuivre l'activité plutôt que d'imposer un démantèlement pour fournir à chacun sa part égalitaire.

575. **Les attributions préférentielles.** - La répartition imposée par la loi s'effectue à partir de l'évaluation de la valeur de chacun des biens en présence. Il suffit de diviser par le nombre de bénéficiaires. La réalité pratique du partage est cependant plus technique car les parts attribuées à chacun ne trouvent pas systématiquement une correspondance avec la division

---

<sup>1270</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 12 février 1985, Bull. civ. III, n°30

<sup>1271</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mars 2005, Bull. civ. I, n°152

matérielle des biens. A cet effet, des préférences sont accordées à certains héritiers afin de rationaliser le partage. L'attribution préférentielle peut s'imposer au juge ou être librement déterminée par les parties. Elle est de droit pour le conjoint survivant concernant le local d'habitation. De même, l'exploitation agricole peut justifier une attribution préférentielle. L'attribution préférentielle conventionnellement admise par les parties permet de conformer la volonté en fonction de la finalité des biens. La concurrence de volonté sur un même bien ouvre au juge la nécessité d'apprécier la priorité à donner à l'un des attributaires. Le juge se fonde sur les « intérêts en présence » (art. 832-3 C.civ.). La jurisprudence a écarté l'idée d'une priorité en fonction de l'ordre de demandes<sup>1272</sup>. Le terrain n'est pas celui du formalisme mais du caractère concret d'une situation. Cet aspect apparaît davantage encore lorsque le juge refuse à un bénéficiaire une attribution préférentielle au motif que son statut personnel l'empêche d'exercer les fonctions nécessaires à l'exploitation du bien<sup>1273</sup>. La jurisprudence met en pratique le principe jusnaturaliste d'une unité analogique entre la volonté et la finalité de la chose. La primauté revient à celui qui répond à ce schéma face au bénéficiaire dont la volonté est distincte de la chose.

**576. Attribution préférentielle et valeur de la chose.** - L'existence d'un lot d'une valeur supérieure à la part d'un bénéficiaire est compensée par une soulte maintenant la proportion entre les bénéficiaires. La liberté laissée aux parties ne porte pas atteinte au principe d'égalité du Code civil. L'exigence d'une soulte laisse place à la question de son statut notamment en cas d'insolvabilité du bénéficiaire de l'attribution préférentielle. Par un arrêt du 15 octobre 1976, la Cour d'appel de Riom estimait que l'attributaire devait être sanctionné par la déchéance du bénéfice de l'attribution préférentielle, dès lors que la soulte n'était pas payée dans le délai énoncé. La Cour de cassation a cassé cet arrêt en précisant que le Code civil ne prévoyait aucune cause de déchéance de ce droit<sup>1274</sup>. Sur un plan théorique, les solutions se valent. Certes, la Cour de cassation refuse la naissance jurisprudentielle d'une nouvelle cause de déchéance d'un droit que seul le législateur est habilité à édicter, mais le caractère facultatif de l'attribution préférentielle en l'espèce, ainsi que la nécessité d'un paiement comptant, auraient permis de valider la décision de la Cour d'appel. On est en présence d'un cas particulier où la formalisation intensive du droit, portant une ombre sur les questions de justice et d'égalité, permet de justifier autant une solution que l'autre. Le champ de la validité

---

<sup>1272</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 1971, Bull. civ. I, n°78

<sup>1273</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 avr. 1995, Bull. civ. I, n°174

<sup>1274</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 1975, *JCP* 1976. II. 18403, note Dagot

montre ses limites et la possibilité, voire la nécessité, de se référer à une argumentation jusnaturaliste pour obtenir une solution plus légitime. En relativisant le statut formel de la notion de soulte, on peut autant la qualifier de condition que d'obligation. Il faut donc la comprendre au regard de l'ensemble de la situation qu'elle est censée servir et déterminer son statut en conséquence. Son statut est déterminé, au moins partiellement par la finalité.



## **CONCLUSION DU TITRE**

577. **Conditionnement vers le juste.** - L'étude des règles de droit rappelle systématiquement le principe d'égalité (commutative ou distributive). L'argument jusnaturaliste présent en l'espèce est celui relatif à la cause finale. Celle-ci est au cœur de la chose. Mais le principe de justice s'interprète de différentes manières selon le sol qui le fonde. Si la justice est une finalité extérieure, elle est en concurrence avec d'autres finalités. Un choix hiérarchique s'engage dans les priorités à établir. Prise dans la chose, la justice s'attache à l'ordre de la chose. Elle ne se comprend que relativement à l'ordre des choses, conformément au fait que la cause finale n'est qu'une cause au sein de la chose. La nature de l'homme précise la justice en donnant un caractère plus concret à travers la singularité des attributions et des répartitions. L'ordre des choses, sur lequel s'ordonne la justice, ne se conçoit pas sans la personne, médiatrice des choses. Elle justifie la liberté de principe qui régit les rapports entre les individus. Mais les forces économiques pouvant être disproportionnées, le législateur est venu poser des règles restrictives à cette liberté afin de compenser sur le plan juridique des déséquilibres apparaissant sur le plan économique. S'en tenant aux concepts juridiques et au passage de la qualification aux effets de droit, la présence d'une argumentation jusnaturaliste pouvait presque suffire. Mais ces thèmes ne sont liés au droit naturel qu'à travers un principe de justice lié à la nature de l'homme. Or le mode d'expression le plus adéquat à l'homme n'est pas tant celui de l'essence autour d'un discours raisonnable, que celui de l'existence qui caractérise une dimension non limitée à des arguments rationalisées.





## TITRE 2. LA RELATIVITE DE L'EGALITE

578. **La présence limitée de l'égalité.** - Le lien entourant la justice et le droit naturel n'est pas absolu dans la mesure où tous les rapports juridiques n'impliquent pas une égalité systématique. Des situations s'opposent même à cette idée, à l'image des contrats à titre gratuit ou des contrats aléatoires. L'équilibre des rapports contractuels est absent sans qu'une injustice naisse consécutivement. Hors de ce champ spécifique, on l'a vu, les contrats et les rapports institutionnels semblent imposer, par divers moyens, un principe d'égalité. Cependant, l'absence de connaissance en soi de ce qui est juste explique les difficultés pour atteindre cet objectif de justice dans les situations pour lesquelles elle est pourtant une finalité essentielle, même si non exclusive. La notion d'égalité produit des solutions différentes selon une approche concrète ou abstraite, distributive ou commutative. De cette relativité a été tiré le fonds d'une critique anti-jusnaturaliste en soulignant une variabilité contingente dans les contrats, dans le choix des régimes matrimoniaux, ou encore dans la variation des lois depuis 1804 en droit des successions. Face à ce constat, on ne peut que s'incliner dès lors qu'on attend du droit naturel des réponses prédéfinies. On relève ici la conception critiquable d'un droit naturel considéré comme idéal. La nécessité de la justice est à relativiser puisqu'il existe des limites au champ de l'égalité dans les rapports juridiques (Chapitre 1), mais non à contester car elle conserve son rôle de finalité à respecter, autant par les parties que par le législateur (Chapitre 2).



## **CHAPITRE 1. LES LIMITES DE LA PRIMAUTE DE L'EGALITE**

579. **La limite de la justice comme finalité.** - La nature de certains contrats s'oppose en soi à la rigueur des rapports égalitaires. La liberté radicale des personnes réduit la portée de la justice lorsqu'elle s'érige dans une dimension qui dépasse un simple rapport d'équilibre. L'exemple le plus immédiat se trouve dans les libéralités. La nature de l'homme modifie la rigueur de la nature des choses sans l'évincer. Ainsi, cette originalité ne peut pas pour autant être instrumentalisée en vue de perturber la pérennité de situations juridiques annexes. Derrière cet exemple majeur se trouve une multitude de cas relativisant l'idée de justice. Certains actes ne posent pas de difficultés majeures parce qu'ils ne portent pas atteinte au patrimoine. Ce sont les contrats à titre gratuit impliquant une obligation de faire. D'autres actes, affectant gravement le contenu du patrimoine, nécessitent un encadrement plus protecteur. Entre les deux, se situe les contrats aléatoires, avec l'espérance d'un gain substantiel mais l'acceptation d'une perte sans contrepartie. La relativité de la justice est légitimée. Elle est évincée au profit de finalités plus immédiates propres à des situations spécifiques (Section 1). La relativité de l'égalité s'exprime également dans sa concurrence avec d'autres finalités. Il s'agit ici des cas dans lesquels l'égalité est en confrontation avec d'autres principes d'égale légitimité sur un plan théorique. Les débats relatifs au solidarisme contractuel illustrent ces tensions qu'il s'agit d'apprécier au regard des arguments jusnaturalistes<sup>1275</sup> (Section 2).

### **SECTION 1. LA RELATIVE INDIFFERENCE DE L'EGALITE**

---

<sup>1275</sup> Pour une conception séparant le droit naturel des problématiques des libéralités, J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p.32

## § 1. L'INDIFFERENCE D'UNE CONTREPARTIE

### *A. LES ACTES PORTANT ATTEINTE AU PATRIMOINE*

#### 1. Les libéralités

580. **Préalable quant aux arguments jusnaturalistes.** Jusqu'ici les arguments jusnaturalistes ont été exposés indépendamment les uns des autres. Avant d'analyser la notion de libéralité, il convient d'unir brièvement dans un même paragraphe les étapes contenant les arguments jusnaturalistes systématiquement présents dans toutes réflexions<sup>1276</sup>, afin de disposer d'un horizon global du processus. Les formes d'apparition du droit naturel sont multiples. On trouve une présence à travers des principes généraux, dans la recherche d'une justice, dans des idées telles que la justice, la propriété, le mariage ou la famille, dans les droits de l'homme, dans les qualifications juridiques et dans les effets juridiques. Concernant les libéralités, il ne s'agit pas de rendre à chacun ce qui est le sien car la gratuité rend indifférente cette règle. Un autre principe trouve davantage sa place, celui de la liberté (de conclure un acte juridique et de disposer de ses biens). La nature de l'homme, et plus encore, la personne sous-jacente le justifie. Les règles relatives aux libéralités sont composées de mots correspondant à des notions. Ces concepts ne peuvent être connus parfaitement parce que leur Idée n'est pas accessible. L'esprit se contente d'une représentation de ces choses. Il en résulte que la conception que l'on se fait d'une chose peut être réduite inconsciemment. Toute chose ayant une nature, la réduction de sens de la « nature » conduira à affecter également la chose. Plusieurs réductions de la nature sont possibles : la suppression de l'analogie, l'absorption de l'existence dans l'essence, de l'exercice dans la quiddité, des causes matérielle, efficiente et finale dans la cause formelle, la réification des états ou l'emploi d'un transcendant univoque. En l'espèce, les concepts de gratuité, volonté, contrat (entre autres) peuvent véhiculer des sens très variables en fonction de la profondeur de compréhension de la « nature »<sup>1277</sup>. Les implications sont importantes concernant les régimes juridiques puisque le sens plus ou moins abstrait d'une notion justifiera des solutions très variées. La déduction et l'induction, la non-contradiction, la complémentarité, la compatibilité, le possible et l'impossible, fourniront des résultats valides dès lors qu'ils seront

---

<sup>1276</sup> Nous renvoyons plus loin pour compléter.

<sup>1277</sup> En revenant aux formes d'apparition du droit naturel exposées précédemment, on comprend qu'une même formule peut justifier diverses solutions très variables. On décrédibilise ainsi le droit naturel sans percevoir le sens des mots.

convenablement appliqués à un concept servant d'hypothèse de départ. Le plan est celui de la validité, non de la vérité. Il suffit de changer le sens de l'hypothèse première pour modifier les déterminations finales. Une fois obtenue une connaissance satisfaisante de la chose, le droit positif procède souvent à une formalisation afin de la rendre utilisable et pratique dans son application. Ainsi, le principe de liberté étant posé - selon une conceptualisation orientée de la notion de liberté - on pourra déduire des conséquences juridiques de ce principe. Cependant, le principe étant trop large et d'application pratique incertaine, le droit positif conditionne les comportements en restreignant la liberté afin de compenser les inégalités de force dans les rapports entre les personnes. On trouve une justification aux règles sur les incapables par exemple. Le régime juridique des libéralités, en plus de tenir compte de la liberté (trouvant sa source dans la nature de l'homme, et même plus dans la personne), est également soumis au respect de la nature des choses. Aliéner sa propre personne n'est pas admis (sauf quelques exceptions pour certains éléments et produits du corps), tout comme aliéner une chose imaginaire n'est pas possible. Mais tout ceci est incomplet si on n'y rattache pas la notion d'ordre des choses qui est dans l'ombre de chacune des étapes mentionnées.

581. **Libéralité et gratuité.** - Reprenant le schéma précédent, la nature de l'homme implique un principe de liberté. Cette liberté s'étend jusqu'à disposer gratuitement d'un bien ou d'un droit. La libéralité est : « L'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne [...] » (art. 893 C.civ.). L'Idée de gratuité n'étant pas connaissable en soi, on se contente de son concept. *A priori*, on pourrait penser qu'il n'y a aucune incertitude dans la notion de gratuité et que son Idée est atteinte. Dans la plupart des cas, la gratuité est facile à déterminer, mais il existe des cas-limites dans lesquels le doute s'installe car la situation rend équivoque la gratuité. La renonciation à un droit, l'existence d'un intérêt moral, les libéralités rémunératoires ainsi que les cadeaux d'usages présentent des difficultés d'appréciation. Plusieurs lectures de la notion de « gratuité » sont envisageables, avec un degré d'abstraction variable. En imposant un enrichissement du bénéficiaire et un appauvrissement du disposant, la jurisprudence exclut une conception purement abstraite de la gratuité réduite à un appauvrissement déclaré. L'absence d'appauvrissement dans les faits ainsi qu'un enrichissement fictif ne peuvent constituer une libéralité. La nature des choses est au centre de la qualification. Un enrichissement grevé d'une charge vidant la libéralité de sa substance ne pourra justifier une telle qualification. Les choses sont appréciées concrètement.

582. **Volonté et libéralité.** - Comme tout contrat, surtout à titre gratuit, le consentement du disposant est requis. De la même manière que pour la gratuité, l'idée de volonté n'est pas accessible. Son concept permet une circonscription de la notion. Ce qui se présente réellement, c'est la chose voulue. Le fait d'abstraire la volition de la chose donne à la volonté un statut d'indépendance, modifiant sa signification. En quelque sorte, on fait d'un « état » une « chose ». La volonté est susceptible de réductions par rapport à son sens le plus abouti. En tant que concept elle se situe sur le plan de la validité, non de la vérité. Notion clef, la volonté constitue une hypothèse de départ justifiant de nombreuses règles de droit. Le sens attribué au concept fondateur justifie une orientation du contenu d'un régime juridique et détermine de cette manière le champ du possible et de l'impossible, la complémentarité des règles et leur compatibilité. Le fait d'adopter une modification du concept fondateur conduit à une restructuration des conséquences juridiques. Un concept pourra être apprécié de manière objective ou subjective. Toutes les théories juridiques justificatrices sont permises, d'où un constat de relativité. A cela s'ajoute les difficultés liées aux cas-limites car soumis à une indétermination chronique. Il est parfois difficile de déterminer l'existence d'une intention libérale et d'une gratuité lorsqu'il s'agit d'une renonciation à un droit, d'un intérêt moral, d'une libéralité rémunératoire ou d'un cadeau d'usage.

583. **Volonté, nature des choses et libéralité.** - L'analyse jusnaturaliste tentant de remonter au sens profond d'un concept impose une lecture nouvelle des régimes juridiques. Il faut aller plus loin en se référant à un ordre des choses. La volonté ne crée pas les choses, l'intelligence les reçoit et la volonté délibère. La volonté est déclarative plus que constitutive. On retrouve l'unité analogique entre volonté et chose. Dans l'hypothèse d'une volonté constitutive, le régime juridique en découle naturellement, mais dans celle d'une volonté déclarative, le régime juridique est à apprécier par rapport à l'ordre des choses dont la volonté est un médium<sup>1278</sup>. Les terminologies relatives à la volonté et aux termes employés pour signifier les règles de droit des régimes juridiques sont les mêmes, mais leurs significations profondes changent foncièrement. La volonté nécessaire à la validité de la libéralité est une volonté particulière puisqu'un *animus donandi* doit être présent. En considérant la volonté comme constitutive, liée à une autonomie du disposant, il n'y a pas de raison, autre que pragmatique, d'imposer un contrôle plus soutenu de cette volonté. Au contraire, une volonté déclarative d'un ordre des choses s'expose à varier en fonction de cet ordre et

---

<sup>1278</sup> C'est la question en arrière-plan de la distinction entre droit et non-droit, ainsi que celle du droit souple. Sur ce point, C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p.599

proportionnellement à celui-ci. Si l'acte voulu dépend d'une liberté radicale, et que la liberté conditionne la volonté, alors la volonté doit être proportionnée à cet ordre des choses<sup>1279</sup>. L'*animus donandi* se justifie. De même, les vices du consentement sont appréciés plus largement dans les libéralités.

584. **Ordre, analogie et libéralité.** - La référence à un ordre premier possède des avantages et des défauts. D'une part, l'ordre suscite des réflexions renouvelées sur le sens d'un concept, à partir d'une méthode jusnaturaliste. A titre d'exemple, le fait de considérer inconsciemment la volonté comme constitutive empêche de remettre ce présupposé en question. Les analyses se déplacent presque en totalité sur les variations contingentes qu'on peut en avoir, qui ne sont que secondaires. On s'interrogera sur sa dimension objective ou subjective par exemple, dualité récurrente dans l'appréciation des concepts juridiques, mais insuffisante pour cerner véritablement son sens. Cette distinction présuppose une séparation du lien analogique entre l'objet et le sujet. Cette division conduit à poser un objet d'un côté et un sujet de l'autre. La logique se modifie puisque désormais toute solution passe par un processus de hiérarchisation arbitraire de l'un sur l'autre. Les solutions découvertes sont implicitement affectées par le sens pré-orienté du concept. La mise en avant d'un ordre des choses nécessite de considérer, non la volonté en elle-même, mais dans son rapport avec cet ordre des choses. D'autre part, l'ordre premier ne se donne pas à connaître parfaitement. Il paraît alors difficile de s'en servir comme référence, ce qui altère son attractivité. Cette carence, que ne peut supporter un droit positif à vocation pratique, peut être compensée par divers mécanismes ne niant pas l'ordre premier mais prenant acte de la limite de sa connaissance. Le formalisme constitue un des moyens à la disposition du législateur.

585. **Formalisme, liberté et libéralité.** - Ne pouvant déterminer si la volonté est proportionnellement ordonnée à l'acte voulu, selon l'ordre des choses, la condition d'une formalité évince l'incertitude de la proportionnalité au profit d'une lecture univoque de la volonté, plus pratique dans son application. Dans le champ des donations, l'article 931 du Code civil dispose que : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ». Cette limitation de la liberté par l'obligation de formalités est renforcée par le caractère d'ordre

---

<sup>1279</sup> C. AUBRY, C. RAU, *Droit civil*, t. X, Librairies Techniques, 6<sup>e</sup> éd., 1954, p. 484 : « La donation exige, de la part du donateur, une liberté d'esprit et de résolution plus entière et plus complète que les contrats intéressés », repris de P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., p.154, n°302



public de l'article 931<sup>1280</sup>. Cependant une exception, au domaine relativement large, évince l'exigence de formalité. Le don manuel, sans formalité, est permis sans encourir la nullité. La condition à respecter est la dépossession<sup>1281</sup>, signe extériorisé de l'intention libérale. La limitation de la liberté se retrouve également dans les legs puisque les testaments sont soumis à des formalités sous peine de nullité (art. 1001 C.civ.). Les tribunaux ont progressivement assoupli les règles de solennité en s'adaptant à la diversité des modes d'expressions et des supports employés par le testateur. La nature des choses commande ces adaptations et les limites peuvent varier en octroyant plus de liberté<sup>1282</sup> ou en la réduisant. Ces limites à la liberté sont autant de moyens ordonnés à une fin qu'elles servent.

586. **La condition de la capacité dans les libéralités.** - La liberté constitue un principe jusnaturaliste. Cette liberté n'est pas absolue, elle est à proportionner à l'ordre des choses. La contingence des faits produit des déséquilibres entre les forces intellectuelles, économiques et sociales. Afin de compenser ces situations, le droit se fonde sur la liberté qu'il restreint dans le cadre précis du domaine qu'il vise, à savoir les libéralités en l'espèce. La libéralité nécessite une volonté ; cette volonté, selon une formule jusnaturaliste, doit être connaissante et tendue vers la chose qui est sa fin. L'incapacité du disposant porte une atteinte potentielle à la connaissance des choses. La connaissance est toujours connaissance de quelque chose, elle est liée à l'ordre des choses. Les limites doivent être proportionnées à l'ordre des choses. Mais comme l'ordre ne peut être connu avec précision, le droit procède par limitations, variables quant à leur intensité. Le mineur non émancipé ne peut consentir par principe. On pose un principe contraire au droit naturel. Cette restriction étant forte, des règles viennent l'assouplir, telles que la possibilité d'offrir gratuitement des cadeaux d'usage. De plus, le mineur non émancipé de plus de seize ans peut disposer, par testament, de la moitié de ces biens et droits aliénables. Ces règles purement techniques semblent fondamentalement éloignées de tout droit naturel. Ce sont pourtant des restrictions du contenu du droit naturel pour des besoins pratiques, mêmes si elles sont contingentes.

587. **Limites relatives aux bénéficiaires.** - Dans sa démarche de conditionner le principe jusnaturaliste de liberté, le législateur a pu mettre des limites du côté des bénéficiaires. Les animaux sont exclus du bénéfice des libéralités en fonction de leur nature. Les personnes

---

<sup>1280</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 1967, *D.* 1967. 584, note Breton

<sup>1281</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1960, *D.* 1960. 702, note Voirin

<sup>1282</sup> B. BEIGNIER, « Acheter la réforme des libéralités : la forme des testaments », *Droit de la Famille*, 2011, p.1-2

morales peuvent recevoir des libéralités même si la personnalité juridique n'est pas toujours suffisante pour en devenir bénéficiaire. A ces règles techniques peuvent se greffer des règles supplémentaires. Ainsi, les associations devront, suivant leur droit à la libéralité consentie, la déclarer à la préfecture et respecter un délai d'attente ouvrant la possibilité d'une éventuelle opposition. Ces étages consécutifs de règles peuvent poser problème lorsqu'une règle, comprise dans son autonomie - c'est-à-dire détachée de l'ordre qui la cause - fonde d'autres règles. Dans ce cas, ces dernières peuvent être déformées à tel point qu'elles s'éloignent fondamentalement de l'ordre des choses. Par ce biais négateur du droit naturel, il devient possible de le réduire à sa plus faible portion, tout en parvenant à justifier la règle énoncée.

588. **Limites relatives aux bénéficiaires et ordre des choses.** - La libéralité étant un contrat, le bénéficiaire doit l'accepter. Il est théoriquement impossible de disposer d'une libéralité envers une personne inexistante. Pourtant, la pratique montre un assouplissement dans la considération des personnes. L'enfant déjà conçu (au jour du décès du testateur ou au jour de la donation) peut bénéficier d'une libéralité sous la double condition qu'il naisse vivant et viable. La solution se justifie car l'ordre des choses n'attend pas une légitimation légale du statut d'un enfant qui existe déjà réellement. Si l'enfant n'est pas conçu, un testament faisant bénéficier un enfant conçu est possible mais non une donation. Toutes ces limites au principe jusréaliste de liberté (en l'espèce, de disposer de ses biens) peuvent être contournées par le biais de libéralités au profit de personnes déterminées, assorties de charges ouvrant aux personnes exclues les avantages dont ils ne pouvaient disposer selon une voie directe. Le régime juridique relatif aux bénéficiaires présentés ci-dessus, se justifie par des règles théoriques premières à respecter. Le contrat nécessitant la volonté des parties pour se former, l'inexistence d'une personne empêche l'inexistence de la libéralité. En prenant appui sur l'ordre des choses et sur l'idée d'une volonté déclarative et non plus constitutive, toutes les solutions apparaissent naturelles, même sans la présence immédiate de l'autre partie. La nature humaine, dans sa liberté, n'est pas limitée dans sa capacité à faire planer une libéralité le temps que le bénéficiaire, en puissance ou en acte, soit en mesure de la recevoir. La question d'une libéralité au profit d'une personne indéterminée est moins évidente, dans la mesure où la volonté est censée être immédiatement liée à son objet. L'absence d'existence à un moment donné n'empêche pas de connaître précisément la personne potentiellement concernée, tandis que l'indétermination en soi ne donne pas cet avantage. La situation classique reste, dans tous les cas, celle de deux personnes existantes. Le raisonnement juridique est soumis à des concepts (la personnalité juridique notamment), d'où la nécessité

de construire des mécanismes (libéralité avec charge ; rétroactivité de la personnalité) afin de contourner valablement les impossibilités théoriques et aboutir à un résultat proche de celui d'une liberté étendue.

589. **Limites relatives aux substitutions.** - Les restrictions à la liberté du disposant se sont étendues à propos des substitutions. La question a été de savoir si on pouvait transmettre ses biens à une personne, à charge pour elle de la transmettre ensuite à un tiers désigné. D'un point de vue jusnaturaliste, la liberté n'empêche pas ce mécanisme<sup>1283</sup>. Suivant la théorie juridique, le constat inverse s'imposait au regard de difficultés techniques. Postulant un principe d'inaliénabilité temporaire, il devient difficile d'admettre que la personne intermédiaire ne puisse bénéficier d'une plénitude de droits jusqu'à la mort du disposant. Un raisonnement similaire explique le problème d'une suspension de l'attribution des biens<sup>1284</sup>. Si, légalement, l'article 896 du Code civil disposait que : « Les substitutions sont prohibées », la pratique adoucissait la règle sous réserve du respect de conditions relatives au disposant, à l'appelé et aux biens. Ainsi été permises certaines substitutions (legs de *residuo*, technique de la charge, legs précatif). Depuis la loi de 2006, l'article 896 du Code civil dispose que : « La disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi ». Sans poser un principe de liberté, la nouvelle législation opère une ouverture notamment pour les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles. Il est intéressant de remarquer en quoi l'ordre des choses peut servir de référent critique dans la construction d'une théorie du droit.

590. **Rejet d'une conception univoque de l'ordre.** - Dès le départ, on a posé un ordre des choses déterminant le champ du possible et du devoir être, puis un principe jusnaturaliste de liberté de la personne dans la mesure de cet ordre. Les règles de droit traduisent cette liberté tout en la restreignant afin de s'adapter aux contingences des rapports entre les individus. La multitude de lectures de la notion d' « ordre » favorise les interprétations diverses dont les présupposés guident les conséquences. Si l'ordre est compris univoquement, il tend à prendre le statut de fondement<sup>1285</sup>. Dans ces conditions, l'analogie cède au fondement quant au statut

---

<sup>1283</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., p.377, n°779 : « L'aspiration à la substitution successorale est de la nature humaine ».

<sup>1284</sup> D. GUEVEL, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., p.135, n°265

<sup>1285</sup> J.-L. MARION, *Sur la théologie blanche de Descartes*, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 1991, p.20 : « Le fondement conjugue, comme l'analogie, le savoir avec l'inconnu mais en un mode radicalement différent. Le passage de l'un à l'autre caractérise sans doute la naissance de la modernité : clôture de l'analogie comme la médiation du

du droit naturel lui-même. Son rapport au droit positif change de nature. Les champs du possible et du devoir-être s'imposent de manière extrinsèque comme des données (des fondements) extérieures au droit positif. Détaché du droit positif comme toute autre finalité extrinsèque, une description relativiste du droit naturel est susceptible d'être employée. Si l'on ajoute des réductions de la notion d' « ordre » par réification, par essentialisation de l'existence ou par absorption des causes matérielle, finale et efficiente dans la cause finale, on obtient une déformation importante du droit naturel. Il devient une image figée à suivre jusqu'à faire apparaître l'arbitraire. Le rapport entretenu entre le contenu du droit naturel et celui du droit positif change radicalement. Les termes employés restent les mêmes, mais le sens qu'ils véhiculent est fondamentalement différent. Apprécier la notion de liberté en soi, comme image claire et distincte, est bien différent d'une liberté analogiquement liée à l'ordre des choses.

## 2. Les atteintes à la propriété

591. **La destruction et le déguerpissement.** - Certains actes ne sont pas conclus dans une intention libérale car ils ne cherchent pas à enrichir un tiers. Le propriétaire peut exercer l'acte le plus grave à savoir la destruction de son bien. Acte égoïste, mais parfois nécessaire, sa liberté lui permet d'agir selon ses désirs. Tel est le sens d'une propriété que l'on voudrait absolue. Autant dans les libéralités que dans le déguerpissement ou l'abandon, la nature humaine illustre une liberté au sein de l'ordre des choses. Mais si la liberté est considérée analogiquement dans son lien à l'ordre, alors elle ne peut être totale. L'ordre des choses surgit pour la proportionner. Ainsi, les animaux bénéficient d'un régime juridique (relativement) protecteur en raison de leur nature d'êtres sensibles. Ils ne peuvent être « détruits » sans respecter son statut. Le propriétaire, dispose également de la possibilité d'abandonner son bien, sous réserve de respecter des procédures concernant des biens spécifiques (voiture), voire dangereux. Dans ces deux cas, son patrimoine est réduit sans contrepartie. On remarque que le mineur ou le majeur protégé seront limités dans leur autonomie s'ils souhaitent aliéner leur bien, mais qu'ils restent libres de le détruire. L'enrichissement du tiers, à l'occasion d'une libéralité, justifie cette restriction parce qu'il devient tentant pour lui de procéder à certaines manœuvres, même légales, afin d'en bénéficier.

---

savoir et de l'absolu par l'inconnu, ouverture de la recherche du fondement, comme rapport sans médiation ni continuité du savoir à l'absolu. Cette transition, plus que tout autre, Descartes l'accomplit ».

### 3. L'inaction du créancier

592. **L'absence d'action visant à recouvrer ses créances.** Le titulaire d'un droit sur la chose est libre d'exercer ses droits et pouvoirs par des libéralités ou par un abandon de la chose. L'absence de contreprestation peut également résulter d'une passivité face à débiteur défaillant mais solvable. Alors qu'aucune prescription ne pourrait produire ses effets et que la dette est exigible, le refus d'exercer une action en justice conduit à ne pas obtenir de contreprestation à une obligation qu'il avait pourtant exécutée. La nature de l'homme commande cette liberté, mais l'ordre des choses n'est jamais loin. Plusieurs situations limitent le cadre de cette liberté. C'est notamment le cas lorsque le créancier inactif ne dispose pas assez d'actif pour satisfaire ses propres créanciers. Ces derniers pourront agir directement par une action oblique. En cas de décès du créancier inactif, rien n'empêchera ses héritiers d'agir en exécution forcée, tout comme dans l'hypothèse de l'absence. Cette inactivité du créancier apparaît uniquement comme accidentelle, non nécessaire. Elle est ce qui peut se produire sans être ce qui doit se produire.

## *B. LES CONTRATS A TITRE GRATUIT*

### 1. Le prêt à usage

593. **La gratuité du prêt à usage.** - En vertu de l'article 1875 du Code civil : « Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ». L'article 1876 du Code civil précise le caractère gratuit du prêt. Son régime juridique, faiblement protecteur, fournit un contentieux fortement orienté vers une requalification en bail lorsque des sommes ont été payées par l'emprunteur. L'occasion est donnée au juge d'apprécier l'ordre des choses, et plus précisément, leur cause. Le simple fait, pour l'emprunteur, d'engager des sommes, ne suffit pas à opérer une requalification. Le fait de verser irrégulièrement des sommes au prêteur, à l'occasion d'un prêt à usage d'un immeuble, ne suffit pas à requalifier le contrat<sup>1286</sup>. De même, le paiement d'impôts pesant normalement sur le prêteur ne constitue pas un paiement suffisamment caractérisé dans sa cause pour justifier une modification du type de contrat<sup>1287</sup>.

---

<sup>1286</sup> Versailles, 7 mai 1998, BICC 1<sup>er</sup> déc. 1998, n°1327

<sup>1287</sup> Com. 12 mai 1959, Bull. civ. III, n°201

594. **La gratuité ne réduit pas les obligations de l'emprunteur.** - La différence entre le dépôt et le prêt à usage se situe dans la possibilité, pour l'emprunteur, d'utiliser la chose conformément à sa nature ou à ce qui a été conventionnellement conclu. La chose peut subir des dégradations voire une destruction. L'ordre des choses, même à propos d'un contrat à titre gratuit, impose un équilibre. La destruction de la chose sera à la charge de l'emprunteur s'il emploie la chose à un autre usage que celui qui a été prévu. L'article 1882 du Code civil dispose que : « Si la chose prêtée périclite par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre ». L'appréciation de la situation est concrète, non abstraite. En effet, la chose n'est pas uniquement prise en compte. Le comportement de l'emprunteur, cause partielle du choix de l'objet détruit, concourt à faire peser sur lui la responsabilité de cette destruction. Ces divers articles (art. 1881 à 1887 C.civ.) tiennent compte d'un principe de justice - rendre à chacun le sien - qu'ils appliquent dans le cadre spécifique du prêt à usage.

595. **La gratuité ne réduit pas les obligations du prêteur.** - Le prêt s'éteint lorsque le délai conventionnellement prévu est arrivé à terme ou lorsque la finalité de l'usage a disparu. L'existence d'un délai doit être respectée par le prêteur qui ne pourra forcer l'emprunteur à lui restituer la chose. La gratuité de l'acte n'est pas une cause justifiant une réduction de ses obligations. L'absence d'un délai impose de limiter le prêt à usage à la destination pour laquelle il a été établi. Une difficulté surgit lorsque cet usage est permanent, comme c'est le cas du prêt d'un immeuble d'habitation. Classiquement, les contrats sans durée déterminée donnent lieu à une rupture unilatérale. La question s'est posée de savoir si on devait interpréter un usage comme très long (jusqu'au décès de l'emprunteur) ou comme indéterminé. D'un point de vue factuel, on ne peut distinguer. La jurisprudence a été hésitante pendant une période allant de 1996 à 2004. Elle a d'abord cassé un arrêt de la Cour d'appel qui avait permis la résiliation unilatérale. Selon la Cour de cassation, le prêt à usage devait durer aussi longtemps que l'usage défini. Dans cette conception, le délai était considéré comme limité mais avec une longue durée. Puis la Cour de cassation, par un arrêt du 3 février 2004, a considéré qu'il s'agissait d'une durée indéterminée, avec possibilité de résiliation unilatérale<sup>1288</sup>. L'intérêt de ces arrêts se situe dans les conséquences d'une solution au profit d'une autre. Considérer que le délai est déterminé (même s'il est long), c'est imposer au

---

<sup>1288</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 février 2004, Bull. civ. I, n°34 ; D. 2004. 903, note Noblot

prêteur un régime juridique plus strict que s'il était bailleur alors même qu'il ne bénéficierait d'aucune contrepartie. Plus encore, il s'appauvrit en ne pouvant, à aucun moment, récupérer son bien pour le faire fructifier.

596. **Argumentation jusnaturaliste et argumentation de théorie du droit.** - Selon l'ordre des choses, c'est par le biais de la justice que ce problème pourrait s'énoncer. Tel n'est pas le cas avec une approche de théorie du droit. Le raisonnement se déplace sur l'interprétation des termes et expressions employés dans les règles de droit. D'un côté, l'article 1875 du Code civil énonce que le preneur doit rendre la chose après s'en être servi. La restitution est de l'essence du prêt à usage, ce que confirme la jurisprudence<sup>1289</sup>. D'un autre côté, l'article 1888 du Code civil précise qu'en l'absence de délai, le prêt dure autant de temps que l'usage. Entre ces deux concepts (restitution et usage) une confrontation s'opère. Il ne s'agit pas de se référer à la justice mais aux textes légaux. Soit on fait primer la restitution au profit du prêteur qui pourra mettre fin unilatéralement au contrat ; soit la notion d'usage s'impose et ouvre un débat sur la preuve de cet usage. Il s'agira de savoir si l'usage doit être compris économiquement, affectivement et si la situation matérielle de l'emprunteur a une incidence. L'interprétation univoque des notions conduit à les placer sur un même plan. La solution finale dépend de la primauté de l'une sur l'autre. Or, aucune des deux notions ne s'impose sur l'autre si elles sont comprises univoquement. Il faut dépasser cette lecture, ce qui conduit à un ordre des choses. Cet ordre ne se réduit pas aux règles, il intègre l'idée de justice, d'où la primauté de la restitution sans quoi le prêteur serait appauvri. La pure technique juridique marque ses limites et sa dépendance à un ordre des choses.

## 2. Le mandat

597. **La représentation par le mandat.** - L'article 1986 du Code civil dispose que, par principe et sauf convention contraire, le mandat est gratuit, même si les parties peuvent décider d'une rémunération<sup>1290</sup>. Ce caractère n'est pas exclusif de dépenses de la part du mandataire pour faire face à ses obligations. L'article 1999 du Code civil impose au mandant de rembourser les avances et frais. La gratuité ne doit pas conduire à l'appauvrissement. Le mandataire peut également espérer être indemnisé pour des pertes subies dans sa gestion. Il pourra obtenir une indemnisation à hauteur du dommage subi. Mais la règle n'étant pas

<sup>1289</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1998, Bull. civ. I, n°312 ; *RTD civ.* 1999. 128, obs. Gautier

<sup>1290</sup> Pour les présomptions, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 oct. 1958, Bull. Civ. II, n°653, p.430 : le mandat est présumé salarié en faveur des personnes dont la profession est de s'occuper des affaires d'autrui.

d'ordre public, un simple forfait peut être octroyé s'il a été prévu, ce qui implique une possible absence d'équilibre. Le mandat est représentatif d'une volonté du législateur. La liberté d'agir de manière altruiste est maintenue pour les parties mais une protection est organisée pour veiller à l'intégrité du patrimoine de celui qui agit à titre gratuit. La volonté radicale du mandataire peut s'exprimer par un refus d'agir en justice si le mandant ne l'indemnise pas pour les sommes versées au titre de l'exercice du mandat. Mais un régime protecteur reste à sa disposition.

## § 2. L'INDETERMINATION DE LA CONTREPARTIE LES CONTRATS ALEATOIRES

### A. LES CONTRATS ALEATOIRES

598. **L'indétermination d'une contrepartie.** - On a vu l'indifférence d'une contrepartie à l'occasion d'actes particuliers voire d'inaction. *A priori* contraires à l'ordre des choses tourné vers les rapports équilibrés, ces actes sont justifiés par la nature de l'homme porteuse de sa liberté. Il ne s'agit pas pour autant de concevoir univoquement la liberté de manière à l'absolutiser, soit pour évincer la nature des choses, soit pour établir un rapport hiérarchique entre l'un et l'autre. Les parties peuvent convenir que, dans le prêt à usage, l'emprunteur sera tenu de payer pour bénéficier du droit personnel à utiliser la chose. On est alors en présence d'un contrat de bail. La liberté est conservée mais elle ne peut s'imposer arbitrairement à l'ordre des qualifications. Il en est de même des mandats à titre onéreux, souvent exécutés par des professionnels. La gratuité n'est pas de l'essence du mandat, il n'y a donc pas de changement de qualification. Selon ces schémas, on distingue clairement entre les situations où l'égalité est une finalité déterminante et celles où l'égalité n'est qu'accessoire. Tout se complique lorsque l'équilibre contractuel dépend du hasard.

599. **Aléa et droit naturel.** - L'aléa est un « élément de hasard, d'incertitude qui introduit, dans l'économie d'une opération, une chance de gain ou de perte<sup>1291</sup> pour les intéressés et qui est de l'essence de certains contrats ». Cette définition marque la difficulté de prévoir le

---

<sup>1291</sup> L. WILLIATTE-PELLITTERI, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables*, Préf. F. Dekeuwer-Défossez, LGDJ, 2009, n°730 et suiv.



moindre équilibre dans les prestations des parties, non par accident, mais par essence<sup>1292</sup>. On ne vise donc pas les cas de force majeure, de décès, d'insolvabilité du débiteur ou tout autre événement contingent. L'existence et la validité des contrats aléatoires mettent à mal le droit naturel si on le comprend selon une conception univoque. La vision analogique, au contraire, montre que l'égalité n'est pas un absolu, tout comme la liberté ne l'est pas. L'ordre des choses les ordonne, tout en étant réciproquement ordonné par eux. Les uns ne sont ni antérieurs ni supérieurs hiérarchiquement aux autres. Il devient concevable d'énoncer que les contrats aléatoires ne sortent pas du champ du droit naturel. L'éviction d'une cause finale orientée vers l'égalité, au sein des contrats aléatoire, reporte l'argumentation jusnaturaliste sur la nature des choses objet du contrat.

600. **Les contrats aléatoires.** - Le Code civil manque de rigueur notamment lorsqu'on opère une comparaison entre les articles 1104 et 1964 du Code civil. Chacun d'entre eux ne parvient pas à encadrer parfaitement la notion<sup>1293</sup>. La jurisprudence relève que l'aléa rend impossible toute appréciation de l'équilibre contractuel au moment de la formation du contrat. Cet état de fait semble incompatible avec l'idée d'une volonté connaissante tendue vers la chose. S'il existe un aléa, la volonté risque d'être trop indéterminée pour revêtir une qualité suffisante en tant que condition de formation du contrat. Certes, une incertitude sur la survenance de l'événement est caractérisée mais l'aléa est connu en tant qu'aléa. Les parties savent qu'elles ne connaissent pas le moment et même la possibilité de l'événement potentiel. Elles ont les moyens de déterminer le degré d'incertitude.

601. **Aléa et protection juridique.** - Pour produire tous ses effets, l'aléa doit exister réellement. Ce n'est pas le cas lorsqu'une des personnes dispose des moyens d'incliner le soi-disant hasard. A défaut d'un pouvoir d'action sur cet aléa, la connaissance unilatérale d'un élément décisif par une partie permet à l'autre d'invoquer un vice de consentement pour erreur (distinct de l'erreur sur l'objet de l'aléa). La notion d'aléa est, dans une certaine mesure, relative. Des modèles mathématiques permettent de réduire les incertitudes quant à la survenance d'un événement. De même, la capacité individuelle à analyser les données factuelles qui se présentent ne met pas systématiquement les parties dans un équilibre de force. A ce titre, le droit positif protège la partie dite faible contre les pseudo-aléas.

---

<sup>1292</sup> A. BENABENT, *Les contrats spéciaux...*, op. cit., n°1300. Pour une position différente, F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et commutatifs », *RTD civ.* 1983, p.263

<sup>1293</sup> A. BENABENT, *Les contrats spéciaux...*, op. cit., n°1311

Cependant, une interdiction des contrats aléatoires, pour réduire les excès, serait contraire au principe de liberté inhérent à la nature de l'homme. Il est tout autant libre de prendre des risques juridiques que des risques matériels.

*B. LES CONTRATS DE JEU ET DE PARI*

602. **Une absence d'équilibre non protégée.** - La considération négative du législateur par rapport à cette catégorie de contrat justifie la rigueur et la sévérité des articles 1965 et 1967 du Code civil. Le premier refuse au créancier d'agir en justice pour l'exécution d'une dette. Le second n'accorde pas la possibilité d'invoquer la répétition de l'indu à celui qui a payé suite à un jeu ou un pari. Or, comme l'un tend à nier la dette d'un créancier et l'autre valide cette existence si un paiement a été effectué, la cohérence semble affectée. L'apparente contradiction de ces articles a été l'occasion d'exposer des justifications diverses : obligation naturelle, contrat « hors » du droit, règle selon laquelle on ne peut invoquer sa propre turpitude. *A priori*, une vision morale du droit naturel, centrée sur la nature de l'homme, se rapproche de l'adage *nemo auditur*. Sachant qu'il ne faut pas nuire à autrui et que ce type de contrats contient un fort potentiel de risque, la volonté libre et délibérée de prendre un risque ne peut s'accompagner d'une protection. Le problème réside alors dans la présence d'exceptions prévues à l'article 1966 du Code civil. Le législateur autorise une action en justice concernant certaines activités. Ces ouvertures relèvent du contingent, ce qui semble être de même pour les articles 1965 et 1967. Le droit naturel, centré sur le nécessaire, semble évincé. Pourtant, il est présent de manière « négative » comme frontière à ne pas dépasser. Il sera possible de permettre une action en justice sous réserve d'un régime juridique approprié. En postulant la liberté des parties, des règles restrictives peuvent constituer un régime juridique de manière à protéger les contractants contre les excès. La forme et l'ordre de ses limitations peuvent être variés mais sont communément ordonnés au juste milieu abstrait voire concret. De même, la répétition de l'indu pourrait être autorisée. Mais la frontière que constitue implicitement le droit naturel imposerait un régime particulier de la répétition de l'indu, au regard du risque initialement accepté par les parties.

*C. LE CONTRAT DE RENTE VIAGERE*

603. **La protection du crédientier.** - La rente viagère peut être constituée à titre onéreux ou à titre gratuit. Lorsqu'elle est à titre onéreux, le débiteur s'engage à payer une somme

périodiquement jusqu'au décès du créancier. A cette issue, le débiteur obtiendra un droit réel sur la chose déterminée contractuellement. Un tel contrat dépend d'un aléa original, à savoir le décès du créancier. Les tentations provoquées par cet aléa nécessitent des limitations. L'article 1975 du Code civil rend nul le contrat de rente viagère formé avec une personne dont la maladie a conduit à son décès dans les vingt jours. Le délai fixé légalement est purement casuel. La rigidité de cet article est nuancée par la jurisprudence pour qui un décès postérieur aux vingt jours peut conduire à une nullité du contrat lorsque le contractant débiteur avait connaissance du décès imminent du créancier. Cette connaissance affecte la validité de l'aléa. La frontière implicite constituée par le droit naturel impose une critique d'un tel délai. D'autres critères plus pertinents permettraient un contrôle plus insistant.

## SECTION 2. LA FORCE RELATIVE DE L'EGALITE

### § 1. INDIVIDUALISME CONTRACTUEL ET SOLIDARISME CONTRACTUEL

#### *A. LE CONTRAT PROTECTEUR DE L'EQUILIBRE CONTRACTUEL*

##### 1. Le solidarisme contractuel

604. **Solidarisme contractuel et intérêt des contractants.** - L'évocation du vocabulaire de la « solidarité » dépasse le strict cadre du droit. La notion de solidarité est largement étudiée : autant en sociologie, qu'en économie ou en théologie. Les expressions littéraires ou cinématographiques confirment une attention particulière à un thème majeur de l'humanité. Les définitions proposées pour en délimiter les contours sont nombreuses. On y rattache surtout les idées de communauté d'intérêts et de devoir moral. Prise largement et sur l'ensemble de la période du Code civil, on remarque un développement progressif de réglementations visant à protéger les intérêts de groupes de personnes. Le droit du travail est l'exemple caractéristique. La finalité est de rééquilibrer les forces entre les parties à un contrat afin qu'un contractant ne soit pas en mesure d'imposer des conditions désavantageuses à l'autre contractant. Le libéralisme et le solidarisme s'opposent dans leur conception des rapports économiques. Pour le premier, la liberté de chacun doit être préservée. Si chacun est

libre de poursuivre ses intérêts propres sans restriction, et sachant qu'on ne contracte que dans son intérêt, un équilibre général se forme dans les rapports entre les contractants. Pour le second, la liberté conduit à produire des déséquilibres dans les forces économiques qu'il faut redresser afin de favoriser le respect des intérêts de chacun. En modifiant la perception du contrat, c'est-à-dire en privilégiant l'idée d'une communauté d'intérêts, le solidarisme tente de renouveler les théories au niveau de la formation et de l'exécution des contrats.

605. **La critique de l'autonomie de la volonté.** - La rencontre des volontés de deux ou plusieurs contractants génère des effets juridiques ciblés en fonction des accords intervenus suite aux délibérations des parties. La force obligatoire tire toute sa force de la volonté de parties ayant acceptées de se lier réciproquement ou non. Dans cet esprit, la volonté est constitutive car elle produit la situation juridique. En fonction des interprétations, la présence de l'autonomie de la volonté est diversement appréciée. Pour certains auteurs, elle est considérée comme déjà existante dès 1804, car les termes employés dans le Code civil revêtaient une signification propre à inciter à une telle lecture. Schématiquement, le monde est un chaos de données qui prend sens par l'esprit qui les pense. L'esprit produit la rationalité du monde, elle lui donne un sens. La volonté, parachève l'esprit par la formation de contrats. Par extension, la liberté sera telle parce que l'esprit conçoit, selon sa rationalité, l'essence même de la liberté. Pour d'autres auteurs, la présence de l'autonomie de la volonté est plus tardive, se substituant à une conception où la force du contrat résulte de la loi. Elle ne prend son envol que vers la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Il faut cependant rappeler que Kant appartient à une lignée (Occam, Luther, Wolff) dont les idées ont déjà imprégnées l'esprit ambiant. Quel que soit le moment d'expression naissant de l'autonomie de la volonté, elle se distingue du solidarisme contractuel pour lequel la volonté n'est pas constitutive de la force obligatoire<sup>1294</sup>. Cette relativisation de la volonté bouleverse le régime juridique des contrats, notamment la bonne foi et les pouvoirs des juges du fond.

606. **Critique quant à l'existence du solidarisme contractuel.** - Tout d'abord, les difficultés pratiques qu'engendre le solidarisme contractuel en font une notion controversée<sup>1295</sup>. Si la vocation de justice peut être louable, son application ne doit pas

---

<sup>1294</sup> C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p.447

<sup>1295</sup> Sur un état de la situation doctrinale, cf. Y. LEQUETTE, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in Mél. en l'honneur du P. J. Hauser, Dalloz,

conduire à des conséquences contre-productives. En ouvrant la possibilité d'une modification du contrat, on force les parties à exécuter des obligations qu'elles n'ont pas forcément choisies. La prévisibilité juridique est amoindrie. Le solidarisme s'en trouve rejeté pour cette raison. Ensuite, la présence jurisprudentielle de cette théorie est contestée. La faible quantité de décisions prouverait le caractère presque fictif de la notion. Enfin, on a pu également affirmer que le solidarisme contractuel se distinguait de la solidarité<sup>1296</sup>. D'une part, la solidarité implique la communauté, ce que ne peut reproduire le contrat, sinon sous une forme superficielle<sup>1297</sup>. D'autre part, en prônant le respect de la justice commutative, le solidarisme s'écarterait de la solidarité dont l'élément déterminant serait plutôt le déséquilibre notamment par le don ou des transferts redistributifs<sup>1298</sup>.

607. **L'obligation d'information.** - Comment, à partir d'un principe général de justice, est-il possible de parvenir à une transcription juridique conforme au but à atteindre ? Le solidarisme contractuel cible ses efforts sur plusieurs points essentiels : l'information des parties, la cause, la bonne foi et les pouvoirs du juge. Autrement dit, il s'attarde sur chaque moment de la vie du contrat, à savoir sa formation, son exécution et sa sanction. L'information est l'une des causes d'un consentement proportionné à la valeur de l'objet du contrat. L'utilisation de l'article 1134 du Code civil, pour justifier un principe général d'information a permis, d'étendre considérablement le champ de cette obligation. L'article 1602 du Code civil ainsi que les dispositions du Code de la consommation, imposant au vendeur d'expliquer ce à quoi il s'oblige, renforcent la protection de la partie dite faible. La connaissance favorise une meilleure mesure des intérêts des parties. Pourtant, il est parfois difficile de trouver l'équilibre entre l'obligation d'informer, voire de renseigner pour une partie et le devoir de s'informer pour l'autre. La tendance actuelle favorise unilatéralement le consommateur face au professionnel. La situation n'en est pas moins incertaine concernant les particuliers entre eux ou les professionnels entre eux. Dans une affaire, une société souhaitant exploiter un pub s'opposait à un entrepreneur. La société avait confié les travaux d'aménagement à l'entrepreneur et avait parallèlement demandé à une société d'acoustique une étude sur les solutions à apporter contre les nuisances sonores. Les résultats de l'étude exposait un ensemble de travaux d'un prix dépassant les prévisions de la société. Cette

---

2012, p.879-903 ; D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in Mél. en l'honneur du P. J. Hauser, Dalloz, 2012, p.905-926

<sup>1296</sup> M. MIGNOT, « Le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004-4, p.2158-2160

<sup>1297</sup> *Ibid.*, p.2159

<sup>1298</sup> *Ibid.*, p.2159

dernière a rompu unilatéralement le contrat en mettant fin au paiement dus à l'entrepreneur. Par un arrêt du 22 septembre 2004, la Cour d'appel de Paris a jugé que le maître de l'ouvrage aurait dû informer l'entrepreneur sur les contraintes particulières d'isolation acoustique. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel au motif qu'il appartenait à l'entrepreneur de se renseigner sur la finalité des travaux<sup>1299</sup>. Dans une telle situation, la mise en avant de l'obligation d'information par le solidarisme contractuel est délicate. Entre deux professionnels, imposer une obligation d'information à l'un sans considérer l'absence de renseignement antérieur par l'autre, relève d'un choix arbitraire. Théoriquement, la bonne foi se partage entre les parties. De nombreuses situations montrent l'intérêt de l'obligation d'information mais également ses limites.

608. **La cause du contrat.** - La cause est susceptible de lectures variables offrant une portée plus ou moins grande<sup>1300</sup>. En fondant ses décisions sur la cause pour rééquilibrer des contrats, la Cour de cassation l'a instrumentalisée à des fins qu'elle n'était pas censé servir dans sa conception classique. L'esprit du Code civil se centre sur la volonté en présumant qu'un contrat ne sera conclu que si les parties trouvent chacune leur intérêt. L'absence de principe général de lésion ainsi que le refus de l'imprévision<sup>1301</sup> favorisent cette lecture. Quelques décisions ont pourtant validé une approche favorable au solidarisme contractuel. D'un point de vue théorique, la cause doit exister réellement. Une cause peut parfois exister mais être tellement faible qu'elle apparaît comme fictive. Une cause jugée insuffisante sera assimilée à un défaut de cause. Le fond du problème est de déterminer à partir de quel moment la cause est suffisante. Dans le célèbre arrêt « Point Club Vidéo »<sup>1302</sup>, la Cour de cassation a estimé que le contrat était nul pour défaut de cause au regard de l'absence de contrepartie réelle. Techniquement, la Cour de cassation tord la notion de cause. Il existe bien, d'une part, une obligation de mettre des cassettes vidéo à disposition et, d'autre part, une obligation de payer des loyers au bailleur. C'est en tenant compte des motifs des parties relatifs à l'économie du contrat et en les transposant sur le plan de la cause objective, que la Cour de cassation est parvenue à une telle solution. Par un arrêt de la chambre du commerciale du 27 mars 2007, la Cour de cassation a réitéré son raisonnement sur la cause, sans toutefois l'appliquer au cas d'espèce au motif que le commerçant, souhaitant étendre son commerce par un service de location de vidéos, était censé connaître les risques et l'absence

---

<sup>1299</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 15 février 2006, n°04-19757

<sup>1300</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> partie

<sup>1301</sup> Cass., civ., 6 mars 1876, « Canal de Craponne »

<sup>1302</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 1996

de viabilité d'un tel projet. La parenthèse solidariste s'est récemment refermée (pour l'instant) par un arrêt de la chambre commerciale, en date du 9 juin 2009. Toujours à propos de location de vidéos, la Cour de cassation a rappelé le sens de la cause objective, à savoir que dans un contrat synallagmatique, l'obligation d'un contractant a pour corollaire l'obligation de l'autre<sup>1303</sup>.

609. **La bonne foi.** - Norme comportementale à tenir dans tous les contrats, la bonne foi est présente dans le Code civil depuis ses origines mais n'a bénéficié d'une véritable portée que depuis une trentaine d'année. Le solidarisme contractuel tente d'éviter une conception du contrat tournée vers l'opposition des intérêts pour privilégier une communauté d'intérêts. Sans vocation totalisante, il est vrai que de nombreux contrats nécessitent une interaction entre les parties permettant à chacune de satisfaire au mieux ses obligations. Par quelques arrêts, la jurisprudence a étendu le cadre classique de la notion de bonne foi de manière à effectuer un contrôle dans l'équilibre des prestations. Dans un arrêt du 3 novembre 1992 (« Huard »), la Cour de cassation sanctionne une société pétrolière pour n'avoir pas exécuté de bonne foi un contrat. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat à exécution successive conclu avec un distributeur agréé. Suite à une évolution législative libéralisant les prix des produits pétroliers, le distributeur agréé s'est retrouvé dans une situation ne lui permettant pas d'exercer des prix concurrentiels. Sur le fond, la force obligatoire du contrat, parfaitement valide, aurait dû conduire au rejet des prétentions du distributeur agréé qui s'était engagé. Une lecture implicite de la formulation de la Cour de cassation invite à penser que la société pétrolière aurait dû accepter une renégociation du contrat, ce qui étend particulièrement le domaine de la bonne foi.

610. **La bonne foi et le pouvoir unilatéral de détermination du prix.** - Par une série de quatre arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995<sup>1304</sup>, la Cour de cassation a énoncé deux principes à l'occasion de problèmes relatifs aux contrats-cadre. D'une part, l'article 1129 du Code civil ne constitue plus le fondement permettant d'affirmer que le prix est une condition de formation du contrat. Le prix peut être considéré comme une modalité d'exécution. D'autre part, la détermination unilatérale du prix par l'une des parties est soumise à l'obligation de bonne foi. L'existence d'un abus sera sanctionnée par des dommages et intérêts. Le contrôle par la bonne foi a permis à la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 24 octobre 2000, de

---

<sup>1303</sup> Com. 9 juin 2009, *RTD civ.* 2009, p.719, obs. Fages

<sup>1304</sup> AP, 1<sup>er</sup> déc. 1995

sanctionner, par des dommages et intérêts<sup>1305</sup>, une banque pour non-respect de son obligation dans le cadre de la location d'un coffre-fort. Plus encore, la Cour d'appel a relevé le manque de justification de l'augmentation du prix par la banque, en tout cas, par rapport à l'importance de l'augmentation subie par le débiteur<sup>1306</sup>. Conforme à l'idée de solidarisme contractuel, cette solution a été cassée par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 juin 2004<sup>1307</sup>. La Cour relève des données importantes permettant d'apprécier tous les éléments susceptibles d'être pris en compte. Le débiteur payeur avait été informé du changement de politique des prix six mois à l'avance, ce qui lui permettait d'agir librement en rompant unilatéralement le contrat pour conclure une location de coffre-fort dans un établissement concurrent s'il le souhaitait. Autrement dit, la liberté du débiteur était respectée.

611. **Oppositions doctrinales.** - Cette solution, contraire à l'esprit solidariste, contente certains auteurs<sup>1308</sup>. D'un point de vue théorique, les deux solutions sont également valables car elles respectent toutes les deux un principe du droit, à savoir la liberté et la bonne foi. Il y a là un constat à faire sur la portée de la théorie. Dès lors que l'hypothèse de départ est acceptée, il suffit que les conséquences la respectent pour être juridiquement valides. On se contente pourtant de rester sur le plan du général et non celui de l'universel. La primauté de la liberté permet de fournir des solutions pertinentes à un grand nombre d'affaires sans les solutionner toutes. Un constat similaire s'opère concernant la bonne foi. La difficulté réside dans le fait que ces deux principes peuvent s'opposer. Dans ce cas, la tendance naturelle est de justifier de la supériorité hiérarchique de l'un sur l'autre, seule méthode possible parce que la problématique est posée de telle manière que seule quelques réponses prédéterminées sont permises par la structure de la question. Quoi qu'il en soit, les deux structures argumentatives possèdent chacune leur pertinence. En faveur de la liberté contractuelle, il est vrai que le contrat de location de coffre-fort était, en l'espèce, à durée indéterminée. La rupture unilatérale du contrat est admise autant pour la banque que pour la cliente. Dans ce type de contrat, la liberté des parties est plus prononcée. Dès lors que l'autre contractant n'est pas absolument lié, la banque reste libre d'augmenter ses prix. Dans l'optique du solidarisme contractuel, l'argument de la justification de l'augmentation du prix est pertinent. Il en revient

---

<sup>1305</sup> Sur l'incidence de la différence de qualification entre dommages et intérêt, d'une part, et réduction du prix d'autre part, cf. X. DELPECH, « Conditions de fixation du loyer d'une location de coffre-fort », *D.* 2001, n°3, p.303

<sup>1306</sup> CA Paris, 15<sup>e</sup> ch. A, 24 oct. 2000, *D.* 2001, n°40, p. 3236, note D. Mazeaud

<sup>1307</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, *D.* 2005, n°27, p.1828s.

<sup>1308</sup> *Contrats, conc., consomm.*, 2004, comm. n°151, obs. L. Leveneur ; *Droit et Patrimoine*, nov. 2004, n°566, obs. Chauvel



non tant à l'abus qu'à la cause de l'abus. Si la forte augmentation est justifiée objectivement, elle devient légitime. Mais l'absence de justification laisse planer le doute quant à un acte arbitraire de la part de celui qui dispose du pouvoir de déterminer le prix. Cette obligation de motivation ne parvient pas à percer dans la jurisprudence contemporaine. Certes, dans un arrêt du 2 juillet 2002, la Cour de cassation avait tenu compte des motivations, mais les faits démontrent le caractère casuel de cette décision. En effet, cette obligation découlait des termes mêmes des stipulations établies entre les parties<sup>1309</sup>.

612. **La restriction de la notion de bonne foi.** - La généralité de la notion de bonne foi en fait un instrument très pratique pour le législateur, les juges et la doctrine. Les arrêts permettant de circonscrire la bonne foi sont rares. En apportant une précision sur cette notion par un arrêt du 10 juillet 2007, la Cour de cassation fournit à la doctrine la matière pour de nombreux commentaires<sup>1310</sup>. En l'espèce, l'actionnaire d'une société, exerçant les fonctions de président du conseil d'administration, a acquis les parts des autres actionnaires. Une clause de garantie de passif est stipulée. Postérieurement à la cession apparaît une dette fiscale trouvant son origine avant la cession. La Cour d'appel a vu dans la manœuvre de l'acquéreur une atteinte à la bonne foi car il ne pouvait, par sa qualité, ignorer l'état des comptes. Il ne pouvait donc se prévaloir de sa créance. La Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif que « Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Au premier abord, la solution peut surprendre car le contractant protégé est celui qui a été de mauvaise foi. Pourtant la doctrine a plutôt encouragé la solution, même si les termes employés (prérogative contractuelle, substance des droits et obligations) ont pu être critiqués. Il est certain qu'en faisant produire ses effets à la clause de garantie de passif, malgré un comportement fautif, la sécurité contractuelle est protégée. Le risque d'une remise en cause systématique est écarté<sup>1311</sup>. L'autre argument relève du statut de la bonne foi. Celle-ci vise un comportement sanctionnable lorsqu'il est déloyal, non par une éviction du droit acquis par le créancier mais par une réparation. La décision de la Cour de cassation reste en conformité avec l'état actuel du droit positif, limitant les pouvoirs du juge et circonscrivant la place de la

---

<sup>1309</sup> Com. 2 juil. 2002, *D.* 2003, n°2, p.93-95, note D. Mazeaud

<sup>1310</sup> Com., 10 juillet 2007, *D.* 2007, n°40, p.2839, note P. Stoffel-Munck et p.2844, note P.-Y. Gautier ; *Deffrénois*, n°20, 2007, p.1454, note E. Savaux ; *JCP G*, n°38, 19 sept. 2007, p.23, note D. Houtcieff

<sup>1311</sup> Com., 10 juillet 2007, *D.* 2007, n°40, p.2841, note P. Stoffel-Munck

bonne foi<sup>1312</sup> face à la force obligatoire des contrats. Une vision jusnaturaliste nuancerait la structure théorique du droit pour apprécier la situation dans sa globalité, c'est-à-dire en vérifiant que le dommage causé par la mauvaise foi soit réparé.

613. **La critique du solidarisme contractuel.** - Parmi les thèmes majeurs du solidarisme, l'obligation d'information ne semble pas porter difficulté, bien au contraire. Elle renforce la liberté qui peut s'exprimer d'autant mieux que l'objet convoité est clairement connu dans tous ses aspects<sup>1313</sup>. La notion de cause est déjà plus problématique parce que son extension potentielle ouvre jusqu'à la possibilité d'en faire un instrument d'équilibre contractuel. La philosophie du Code civil exprime un rejet. Certes, l'idée est plaisante parce qu'elle effleure le sentiment de justice que chacun éprouve. Cependant, c'est l'ensemble de la situation qu'il faut apprécier, c'est-à-dire voir si les conséquences d'un principe si vertueux n'aurait pas des conséquences contre-productives en déplaçant le problème, voire en ouvrant des difficultés supplémentaires. Sans préjuger d'une telle conséquence concernant le solidarisme contractuel, la position intermédiaire et pratique - ou du moins pragmatique - d'un juste milieu suffit souvent à éviter de tomber dans un extrême. Quant à la bonne foi, elle ne favorise pas la prévisibilité au regard des difficultés rencontrées pour l'encadrer. L'idée d'intérêts non opposés mais rapprochés, laisse ouverte la question de la distinction et de l'écart de degré (ou de nature) entre le contrat et la société<sup>1314</sup>. Certains contrats pourront effectivement connaître des intérêts interdépendants, d'où la nécessité d'une collaboration et d'une bonne foi, mais le domaine ne peut toucher l'ensemble des contrats<sup>1315</sup>, puisqu'il arrive qu'un contractant soit imposé à un autre sans véritable liberté de choix. Différentes interprétations sont possibles pour justifier l'exécution des obligations par les parties, détenant chacune une part de vérité. On peut estimer, soit que la menace, de l'inexécution par une partie suite à une inexécution par l'autre partie, force les contractants à remplir au mieux leurs obligations respectives, soit que le respect par chacun de ses obligations relève d'un conditionnement social, soit que l'idée de justice anime la bonne volonté dans l'exécution d'un contrat. Enfin, le domaine des pouvoirs du juge soulève le problème immédiat de son extension. Encore une fois, on déplace les problèmes sans la certitude d'obtenir de meilleures solutions. Entre l'approche *a priori* par

---

<sup>1312</sup> Com., 10 juillet 2007, *Defrénois*, n°20 :07, p.1454, note E. Savaux

<sup>1313</sup> Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mél. offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p.264

<sup>1314</sup> *Ibid.*, p.260

<sup>1315</sup> M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Préf. M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, 2006, p.72 et suiv.

la liberté<sup>1316</sup> et l'approche *a posteriori* par le contrôle du juge, le débat reste ouvert jusqu'à atteindre une dimension européenne. Par une décision du 29 janvier 2013, la Cour européenne des droits de l'Homme a sanctionné une prescription touchant un compte bancaire laissé sans activité pendant une longue période<sup>1317</sup>. Pour les juges, la prescription entraînant l'impossibilité de récupérer les sommes déposées, il aurait été nécessaire que l'établissement bancaire, répondant à une obligation de bonne foi, prévienne son client contre l'extinction prochaine d'un droit.

614. **Solidarisme contractuel et droit naturel.** - Quelles que soient les critiques contre le solidarisme contractuel, la première tendance est celle d'une forte proximité avec le droit naturel par l'idée de justice qui leur semble commune et des moyens à employer. Le constat doit être nuancé. Le solidarisme contractuel reste enraciné dans la culture juridique contemporaine. Il ne remet pas en cause la structure des règles de droit ou leur contenu. Il n'entreprend pas une modification du sens des termes. Il cherche à étendre certains principes jugés trop peu exploités afin d'obtenir un équilibre plus général en droit des contrats. Le droit naturel est à la fois plus simple et plus radical. Plus simple car il ne s'avance pas sur la légitimité des règles de droit ou des théories pourvu que les moyens soient ordonnés à la fin ; plus radical parce que les règles et théories servant de moyens ne s'apprécient qu'après une révision radicale du sens des concepts du droit.

## 2. L'équilibre contractuel dans la théorie des contrats

615. **L'utilité de la notion d'équilibre contractuel.** - Si l'on s'en tient à un ordre des choses compris analogiquement, une unité permet d'exprimer l'idée que les notions sont imbriquées les unes dans les autres. La formule de la *volonté connaissante tendue vers à la chose qui est sa fin en tant que bien*, illustre cette unité. Pas de volonté sans chose, pas de volonté sans fin, pas de volonté sans bien qui la guide. De même, pas de chose sans fin inhérente à cette chose, pas de connaissance sans chose, ou encore pas de connaissance sans bien qui la finalise. Lorsqu'on procède à une division conceptuelle des thèmes pour mieux les instrumentaliser (à raison des contraintes pratiques qui s'imposent), on réduit leur portée et on les fait entrer dans le champ de la validité. Mais il n'empêche qu'ils restent toujours liés.

---

<sup>1316</sup> Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p.273

<sup>1317</sup> CEDH, 1<sup>re</sup> sect., 29 janv. 2013, Zolotas c/ Grèce, n°2, RTD civ., 2013. 338, note J.-P. Marguénaud : « les juges européens ont pu donner à leur raisonnement tous les accents et toutes les couleurs du solidarisme contractuel ».

Même si l'autonomisation des concepts permet de conclure que la volonté peut s'exprimer sans chose ou sans bien, la plupart du temps un contractant tendra sa volonté vers une chose et dans son intérêt. De même, la connaissance est souvent tournée vers une chose et l'intérêt qu'elle suscite. Ainsi, même sans énoncer un principe général d'équilibre contractuel, l'utilisation des autres concepts permet indirectement de remplir presque entièrement le champ laissé vacant. Ce procédé évite la difficulté de déterminer ce qui est juste. On perçoit la problématique des multiples justifications potentielles. Des règles protègent contre la lésion dans des cas ciblés par le législateur. Une justification par le principe d'équilibre contractuel est envisageable, mais elle n'est pas exclusive. D'autres justifications concurrentes existent notamment à partir de l'idée de volonté défaillante<sup>1318</sup>. De même en est-il pour la notion d'imprévision<sup>1319</sup>. La cause peut servir d'instrument de contrôle de l'équilibre lorsque le prix est dérisoire. De toutes ces justifications, on peut privilégier l'équilibre contractuel si on est jusnaturaliste. Pourtant, une lecture plus authentique montre que l'équilibre contractuel (la finalité de justice), ne doit pas être compris indépendamment de la volonté ou de la connaissance.

616. **La proportionnalité.** - Malgré la présence de concepts annexes, dont la réunion permet d'exprimer indirectement la notion d'équilibre contractuel, des situations sortent du schéma, d'où la question d'une consécration d'un principe d'équilibre contractuel afin d'embrasser tous les cas possibles. La proportionnalité est un instrument envisageable d'autant plus que son emploi dans certaines législations étrangères ne la rend pas, *a priori*, inapplicable. Plusieurs méthodes valorisent la proportionnalité en exploitant ces différentes formes. En droit français, quelques règles y font allusion même si elles restent isolées. La règle des 7/12<sup>e</sup> en matière de lésion immobilière permet au vendeur de ne pas subir une mauvaise évaluation. L'acquéreur pourra choisir entre rendre la chose et récupérer le prix, ou garder la chose et payer la différence, sous la déduction du dixième du prix total (art. 1680 C.civ.). L'avantage de cette proportion prédéterminée réside dans sa clarté et son application relativement simple, sous réserve de la détermination exacte du prix de l'immeuble. D'autres règles font référence à la proportionnalité par une terminologie indirecte. La réglementation des clauses abusives évoque la notion de « déséquilibre significatif », ce qui implique une analyse de la proportion au-delà de laquelle on passe de l'équilibre au déséquilibre. Le travail est facilité par l'objet des clauses, à savoir la spécification du contenu des droits et obligations

---

<sup>1318</sup> L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002, p.72, n°93-96

<sup>1319</sup> *Ibid.*, p.72, n°97-103

des parties. L'écart de valeur entre une chose et un prix est plus difficile à établir que l'écart entre les obligations des parties. Supprimer une prérogative contractuelle ou en réduire le domaine, à l'avantage d'un professionnel, se constate sans difficulté. L'établissement de listes noire et grise offre d'ailleurs une prévisibilité.

617. **La disproportion portant sur des valeurs.** - En vertu de l'article L. 341-4 du Code de la consommation : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». L'avancée que pourrait promettre un tel texte n'est pas aussi prononcée. La bonne foi constituait un moyen détourné mais efficace de contrôle par le juge tout en lui laissant la possibilité de compenser la disproportion par des dommages et intérêts. De manière radicale, l'article L. 341-4 décharge la caution<sup>1320</sup> en cas de disproportion, ce qui constitue une conséquence particulièrement sévère. En imposant une telle sanction, la frontière entre la proportion et la disproportion est encore plus difficile à résoudre. Une nuance permettrait d'assouplir la sanction prévue légalement, et assainirait la réflexion sur les critères déterminants de la disproportion.

## *B. LA PERFECTIBILITE DU DROIT DES CONTRATS*

618. **L'intérêt des modifications des règles de droit.** - La multiplication des projets de réformes du droit des obligations et du droit des contrats, ainsi que les propositions plus individuelles issues de la doctrine, incite à apprécier la perfectibilité de l'état actuel du droit. Plusieurs intérêts se présentent. Tout d'abord, il s'agit d'actualiser les règles de droit en insérant d'une part, le contenu des jurisprudences constantes sur des points clefs du droit et en supprimant, d'autre part, les règles et les formules obsolètes, ambiguës et faisant doublon. L'accumulation de réformes étouffe parfois la clarté de l'ensemble. Certaines réformes bouleversent la structure du droit (influence du droit européen par exemple), tandis que d'autres laissent dubitatifs. Ensuite, une modification substantielle des règles permet d'obtenir une meilleure cohérence de l'ensemble. Elle tente d'effacer les contradictions néfastes à l'application sereine du droit. Enfin, des améliorations ciblées remplissent des vides laissés

---

<sup>1320</sup> D. LEGEAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. des Sociétés*, 2013, n° 12, p.680. Comme le dit l'auteur, le « principe de proportionnalité ne facilite pas cette recherche de l'équilibre ».

vacants parce que l'évolution de la société a fait émerger de nouvelles pratiques qu'il est nécessaire de réglementer.

619. **L'indétermination du contenu de la justice.** - Les réformes éventuelles doivent tenir compte de la relativité dans la perception de l'égalité. Le projet de réforme du droit des contrats, sous la direction de F. Terré, expose, en son article 65, un principe de validité des contrats lésionnaires, tout en le nuancant en admettant la lésion qualifiée (art. 66)<sup>1321</sup>. Plus avant, l'article 92 du projet ordonne une renégociation pour imprévision. Mais ces règles sont affectées par un vice inhérent à la structure même des principes. L'application d'un principe dépend de l'interprétation d'une situation et ne fournit pas d'information plus précise sur le contenu du déséquilibre. D'autres méthodes sont envisageables, orientées vers le contenu de la justice, elles aussi avec des limites et des interrogations. La notion de dommages et intérêts non compensatoires illustre les difficultés pour parvenir à une justice dès lors que l'on ignore son contenu. Les dommages et intérêts non compensatoires cherchent à empêcher des sociétés principalement à frauder en connaissance de cause parce qu'ils en retireront un avantage plus importants que les éventuelles condamnations qu'ils risquent. Ils permettraient également de sanctionner plus durement des fautes particulièrement graves et intentionnelles. *A priori*, l'idée s'éloigne des principes du Code civil à savoir une réparation intégrale<sup>1322</sup>. De plus, il existe déjà des moyens de limiter ces excès énoncés (droit pénal, amendes civiles, action en cessation). Le choix est ouvert entre une amélioration des techniques déjà existantes et une mise en œuvre des dommages et intérêts non compensatoires. En soit, on ne saurait dire si l'un est plus juste que l'autre. D'ailleurs, le débat est souvent replacé dans la compatibilité d'une telle règle avec les principes déjà existants. Une troisième méthode consiste non plus à viser un contenu mais à donner une plus grande efficacité aux contestations. La relativité de la perception de la justice impose des chemins parallèles. La loi du 17 mars 2014<sup>1323</sup> tend à mettre en place une action de groupe. Jusqu'ici l'intérêt général permettait à certaines associations agréées, sous réserve de conditions, d'agir en justice au bénéfice des consommateurs. Sans poser une idée de justice, ni viser un contenu, l'action de groupe combat la contingence du « petit » consommateur contre la partie forte. L'action en justice est certes ouverte à tout consommateur mais la faiblesse du dommage décourage l'action, au

<sup>1321</sup> D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats », *RDC* avril 2009, p.472-473

<sup>1322</sup> G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p.2945 : « A quoi on peut répondre que les « principes » juridiques sont faits pour servir la justice et non l'inverse » ; D. BOUSTANI, « La réparation intégrale et les règles de procédure : principe prétendu ou droit effectif ? », *D.* 2014, n°6, p.389-395

<sup>1323</sup> Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

profit du cocontractant. La nécessité de la justice est ainsi protégée par la contingence qui l'entoure.

## § 2. LES CONFLITS DE FINALITES

### A. L'OPPOSITION DES FINALITES

620. **Equilibre contractuel et droit naturel.** - En application du droit naturel, il est légitime de penser que certains cas jurisprudentiels précédemment cités auraient débouché sur des décisions beaucoup plus orientées vers l'équilibre contractuel. La proximité avec le solidarisme contractuel est plus affirmée qu'avec le libéralisme. Pourtant, il faut préciser les choses afin de ne pas se méprendre sur la dimension du droit naturel. Sa position paradoxale est de dépasser qualitativement en contenu ces deux théories, tout en se lestant d'une inapplicabilité pratique qui lui impose des restrictions. Ces dernières lui imposent, soit de se redimensionner à plan théorique, soit d'entreprendre une approche fondamentalement différente, moins orientée vers la technique juridique pure.

621. **Jusnaturalisme, libéralisme et solidarisme.** - Le jusnaturalisme s'attarde autant sur la structure de la règle de droit que sur son contenu. Pour cela, il se réfère à l'unité analogique entre la loi et le bien. Une loi ne peut être qualifiée telle, que si elle est tendue vers le bien. La justice est de l'essence de la règle de droit. L'esprit contemporain se démarque de cette unité analogique en admettant qu'une loi puisse supporter cette qualification même si elle n'est pas spécifiquement tournée vers le bien. Une démarche similaire s'applique au contenu de la règle. On distingue, en conséquence, quatre situations : *conception analogique autant pour la règle que pour son contenu ; uniquement pour la règle ; uniquement pour le contenu ; ou division du lien analogique*. Le libéralisme admet cette rupture analogique autant pour le statut de la loi que pour son contenu, d'où un éloignement par rapport au droit naturel. Le solidarisme, en se concentrant sur le contenu des lois (pouvoirs du juge, force de la bonne foi, obligation d'information), ne reconsidère pas la structure même de la loi. Le solidarisme est donc limité par les contraintes voire les contradictions inhérentes découlant d'une rupture du lien analogique.

622. **Jusnaturalisme et absolutisation de la cause finale.** - On ne comprend véritablement une chose qu'à partir de ses causes. Si la cause finale (justice) est essentielle au droit, elle ne constitue qu'un aspect de toute la réalité juridique. A côté de la cause finale, on compte les causes efficiente, formelle et matérielle. La volonté renvoie à la cause efficiente<sup>1324</sup>. En ciblant la volonté des parties et les conditions d'une égalité dans les délibérations contractuelles, le libéralisme donne une primauté à la cause efficiente. La relégation des autres causes, notamment finale, donne au libéralisme un caractère partial et partiel. L'excès inverse consiste à faire primer unilatéralement la cause finale, c'est-à-dire la justice. Le solidarisme ne s'avance pas jusqu'à cette extrémité. Il s'en tient à valoriser la cause finale sans évincer la cause efficiente. De manière plus nuancée, il existe aussi bien des degrés de libéralismes que de solidarismes. Les constats sont à adapter en fonction de l'intensité de la considération des autres causes. Un libéralisme uniquement centré sur la volonté est aussi éloigné du droit naturel qu'un solidarisme ne prenant en compte qu'une justice rigide. Le droit naturel se réfère aux quatre causes, qu'il considère selon le mode de la causalité réciproque de causes totales et non d'après une causalité concourante non réciproque de causes partielles<sup>1325</sup>. Autrement dit, il ne s'agit pas de quatre « choses » indépendantes à relier *a posteriori* une fois qu'on les a thématiser mais de quatre éléments, distingués par l'esprit, unis dans une chose. Le droit naturel refuse la primauté hiérarchique d'une cause sur une autre.

623. **La limite du droit naturel.** - Les arguments jusnaturalistes, relatifs à la cause, exposent une grille de lecture des théories juridiques en signalant les présupposés implicites. Il semble préférable de s'en référer au droit naturel pour justifier les solutions juridiques. La théorie de la connaissance limite cette démarche en montrant que l'esprit ne peut accéder parfaitement aux liaisons entre les causes selon le mode de la causalité réciproque de causes totales. La dimension pratique du droit impose des solutions déterminées. Il devient nécessaire, par la force des choses, d'opérer selon une hiérarchie des causes<sup>1326</sup>. Le droit naturel n'est pas rétif à cette constatation, bien au contraire. Sa liaison avec le droit positif est nécessaire et se trouve justifiée. Il faut se garder de prétexter de la seule applicabilité du droit positif pour le délier du droit naturel. La structure du droit positif, s'élabore à partir de la

<sup>1324</sup> A moins qu'elle ne soit « absorbée » par la cause formelle et débouche sur une conception procédurale du droit.

<sup>1325</sup> A. DE MURALT, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, E. J. Brill, 1991, p.34 et suiv.

<sup>1326</sup> Dans le sens de la question de la conciliation des principes, L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002, n°761-774



nature des choses et de la nature de l'homme, en limitant les règles en fonction des contraintes pratiques, tout en conformant les moyens aux fins. Cette structure du droit conditionne le rapport d'opposition entre les différentes causes.

624. **Conflit avec la finalité : les concepts intermédiaires permettant la justice.** - Les arrêts les plus caractéristiques sur l'opposition avec la cause finale sont relevés dans le cadre du conflit doctrinal entre le libéralisme et le solidarisme, quels que soient les degrés de chacun. Ce sont surtout des thèmes récurrents que l'on peut mettre en avant : liberté, bonne foi, information, abus, etc. La rupture du lien analogique entre les causes provoque une modification de la formule de la *volonté connaissante tendue vers la chose*. La volonté n'est plus orientée vers la chose par essence. Elle est indépendante et autonome. Elle se donne sa propre finalité, qui est susceptible d'entrer en conflit avec la justice. En supprimant le lien avec la chose, on enlève par la même occasion une restriction à la portée de la volonté. Or, il y a là une déformation dont il faut prendre la mesure en édictant des règles qui vont la restreindre *a posteriori*. La bonne foi, l'information, l'ordre public sont autant de thèmes nécessaires pour trouver un équilibre raisonnable. Chacun possédant une extension plus ou moins grande, les conséquences sont importantes. La présentation d'une situation emporte une qualification juridique soumise à des effets juridiques. Dans le cadre d'un litige, les parties devront établir un raisonnement leur permettant d'entrer dans une catégorie ou de ne pas y entrer puisqu'elle leur permettra de bénéficier ou non de dommages et intérêts. Or, lorsque l'entrée dans ces catégories nécessite une appréciation des thèmes visés, dont l'extension est relative, la qualification a toute son importance. C'est ainsi que la justice (par l'octroi ou non de dommages et intérêts) dépend indirectement de l'interprétation de ces thèmes.

625. **L'incidence de la qualification sur la justice.** - La perception relative de la justice ne vient pas aider à la qualification des faits. Le cas des loteries publicitaires est un exemple particulièrement parlant de l'importance de la qualification. Plusieurs fondements ont été invoqués pour imposer aux sociétés de délivrer un gain aux personnes qu'elles avaient désignées et qui avaient acceptées ledit gain. La jurisprudence a rendu des décisions en référence à la responsabilité contractuelle<sup>1327</sup>, d'une part, et à la responsabilité civile délictuelle<sup>1328</sup>, d'autre part. Par un arrêt du 6 septembre 2002, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait retenu une responsabilité délictuelle. Cette

---

<sup>1327</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 11 février 1998

<sup>1328</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 28 juin 1995

dernière a considéré que la société, ayant donné l'illusion d'un gain de 105 750 francs, avait commis une faute délictuelle. La société a été condamnée au paiement d'une somme de 5000 francs de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire du gain. En l'espèce, la Cour de cassation, au visa de l'article 1371 du Code civil, a qualifié l'engagement de la société de quasi-contrat. En conséquence, il ne s'agissait plus de réparer un dommage mais de payer la somme due. L'abandon de la finalité de justice déplace les difficultés dans le champ, devenu autonome, des qualifications. On en revient à l'extension plus ou moins grande des termes qui explicitent ces qualifications.

626. **Conflit avec la finalité : l'éviction du problème de la justice.** - La tentation du législateur est grande de procéduraliser l'ensemble du droit patrimonial afin d'offrir une prévisibilité maximale. Le droit français valorise la volonté et nuance ses excès par des instruments tels que la bonne foi ou l'information. La rencontre des volontés forme le contrat en lui donnant une force obligatoire. Le contrat s'impose aux parties. La bonne foi est un instrument de contrôle de la bonne exécution des contrats. Elle favorise indirectement la justice. Son extension plus ou moins grande peut être atténuée voire supprimée. La bonne foi peut être dépendante de l'exécution de procédures particulières. Le juge étant lié, on enlève par là toute appréciation de sa part. Ainsi, on ne se pose plus à aucun moment la question de la justice, désormais absorbée dans par des problématiques qui la remplacent. La transcription n'est cependant pas unilatérale, puisque des règles techniques peuvent être posées de manière à donner au juge un pouvoir d'interprétation. Le régime de l'exécution forcée en est une illustration. La question est celle d'une réparation en nature ou du versement d'une somme compensant l'inexécution, la mauvaise exécution ou le retard dans l'exécution<sup>1329</sup>. L'exécution en nature correspond à une justice concrète tandis que l'exécution par des dommages et intérêts renvoie à une justice plus abstraite. Traditionnellement, l'article 1142 du Code civil était interprété dans le sens où seule une obligation de donner permettait une exécution en nature. La position actuelle est celle d'une exécution forcée par principe sauf si elle porte atteinte à la personne. Le juge, par son appréciation d'une atteinte éventuelle, réduit le formalisme des règles ou des interprétations. L'idée de cause finale revient indirectement.

627. **Illustration.** - Les règles imposant un formalisme expriment clairement le rapport entre cause finale et cause formelle, où le juge est plus ou moins lié en fonction de la primauté

---

<sup>1329</sup> M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Préf. P. Hebraud, LGDJ, 1974

accordée à l'une des causes. L'article L. 341-2 du Code de la consommation impose, à l'occasion de la formation d'un cautionnement, une formule que la caution doit recopier sous peine de nullité du cautionnement. Par cette règle de droit, le législateur souhaitait renforcer l'information de la caution afin qu'elle puisse mesurer la portée de son engagement, tout en donnant au juge les moyens d'appliquer la règle sans entrer dans une analyse approfondie et incertaine des pensées de la caution. La difficulté est survenue dans une affaire alors que la règle n'avait été respectée que partiellement. La Cour de cassation, par un arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2013<sup>1330</sup>, a rejeté le pourvoi de la caution. Cette dernière souhaitait obtenir la nullité de l'acte pour non-respect d'une formalité. La Cour de cassation a privilégié une approche plus souple. Les termes non rédigés étaient « mes biens ». La Cour a décidé que cet oubli conduisait à limiter le gage du créancier aux seuls revenus de la caution sans affecter la validité du cautionnement. La validité de la solution dépend du statut attribué à l'article L. 341-2 du Code de la consommation. Soit on considère qu'il s'agit d'une condition de formation du contrat qui existe par elle-même et doit être respectée pleinement. Soit le formalisme est un instrument en vue d'une finalité informative. Dans ce cas, la sanction d'un formalisme partiel est ordonné à la mesure de l'information d'où la possibilité d'une réduction du gage du créancier. En privilégiant cette approche, cet arrêt illustre les cas de divergence entre cause formelle et cause finale, tout en validant la prise en compte des deux causes. Pour nuancer, rappelons que la solution pose tout de même un problème technique puisque si l'absence de la mention était simplement matérielle, le créancier ne bénéficie pas des droits qu'il serait légitime de revendiquer.

### *B. LE SENS JURIDIQUE EXPRIME PAR LA CULTURE*

628. **Justice et culture.** - La technique juridique possède l'avantage indéniable de la clarté. En refusant de s'avancer sur ce qu'est la justice, elle tente partiellement de l'atteindre tout en assurant une prévisibilité dans les solutions juridiques. Il semble difficile de parvenir à un droit plus performant. Certes, des réformes actualisent le droit et le conforment à l'évolution de la société. De même, des améliorations ciblées sont toujours bénéfiques. A défaut de mieux, le technicisme assure le bien pour éviter le pire - c'est-à-dire de « beaux » principes juridiques mais avec des applications pratiques apportant plus d'inconvénients que d'avantages. Dans ce schéma, il faut pourtant rappeler l'importance de la culture dans laquelle

---

<sup>1330</sup> Com, 1<sup>er</sup> oct. 2013, *Lexbase Hebdo aff.* n° 358 du 14 novembre 2013, note G. Piette ; *D.* 2014, p.127, note M. Julienne et L. Andrieu ; *Gaz. Pal.*, 16 janv. 2014, n°16, p.15, note D. Houtcieff

règne un ordre juridique. Si les termes employés dans les règles de droit ont une définition, ils ont également une nature. Cette nature est immuable mais les limites de la connaissance de l'homme ne permettent pas de la connaître parfaitement. Par un travail de raison, la nature de la chose est perçue comme plus ou moins extensive. La rationalité montre ses limites. Une véritable progression du droit nécessite une compréhension culturelle de ce droit pour mieux percevoir son sens à travers une expérience existentielle.

629. **L'expérience du sujet.** - Le droit se construit selon un langage éprouvé par les années tout en s'exprimant en direction de la personne dans une immédiateté et une spontanéité<sup>1331</sup>. L'intériorité de la personne est indéniablement liée à des valeurs<sup>1332</sup>. La personne soutenue par une culture, comprise intérieurement, donne à l'ordre des finalités (non rationalisées) une prépondérance parce que les faits de l'existence la touche plus directement que le discours technique. L'immédiateté de la vérité dépasse l'immédiateté du « faire », du pratique, du pragmatique<sup>1333</sup>. Or, la rationalité étant la mesure dominante, elle réduit la culture pour adopter une position minimum, acceptée par une majorité après une délibération légitimée parce que chacun aura pu s'exprimer librement. Le juste milieu abstrait est fade par rapport au juste milieu concret, mais il permet d'éviter l'excès, encore que ce dernier soit lui-même défini sur le mode de la rationalité.

---

<sup>1331</sup> S. COTTA, *Le droit dans l'existence. Eléments d'une ontophénoménologie juridique*, Trad. E. Rocher, éd. Bière, 1996, p.24

<sup>1332</sup> T. BUGOSI, *Intériorité et herméneutique*, éd. Bière, 1995, p.30 : « La culture est une constitution de forme, de sa propre forme par rapport à ces valeurs qui *me* forment ».

<sup>1333</sup> *Ibid.*, p.31



## **CHAPITRE 2. LES VARIATIONS DE LA DETERMINATION DE L'EGALITE**

**Le rapport nécessaire entre la volonté et la justice.** - Même si la justice est un élément important du droit naturel, elle ne le résume pas. Son absence dans certaines situations ne signifie pas une disparition du droit naturel. Ce dernier s'exprime alors sous un autre mode. Dans les autres cas, où la finalité de justice est essentielle, la question de sa détermination est à résoudre malgré les difficultés pratiques inhérentes aux rapports entre individus. De nombreux critères entrent en compte. Le droit positif procède par deux voies principales afin de parvenir à une égalité. D'une part, la priorité est donnée à une égalité abstraite, à partir de proportions. D'autre part, la liberté des personnes est valorisée parce qu'elles sont les plus aptes à juger de ce qui leur convient. La personne apparaît actrice des rapports juridiques sous réserve des règles permettant d'éviter les excès. Le constat est déjà forgé dans le domaine contractuel. Il s'agira de préciser le cadre du droit des régimes matrimoniaux et du droit des successions (Section 1). Les individus sont parfois passifs devant les cadres et décisions qui s'imposent à eux. D'une part, la variation de contenu des lois, tout au long de l'histoire, semble porter atteinte au droit naturel. Dès lors que les rapports d'égalité ont fondamentalement changé en deux siècles, ne pourrait-on pas penser que l'époque actuelle n'est qu'un moment de l'histoire dans lequel une justice casuelle s'applique par rapport aux prochains rapports d'égalité qui seront retenus dans les décennies suivantes ? La question mérite d'être posée afin de percevoir une présence jusnaturaliste et une argumentation plus spécifiquement. Une démarche similaire s'applique aux évolutions jurisprudentielles (Section 2).

## SECTION 1. L'INCIDENCE DE LA LIBERTE SUR L'EGALITE

### § 1. LA LIBERTE DANS LES REGIMES MATRIMONIAUX

#### A. LA PLURALITE DES REGIMES MATRIMONIAUX

##### 1. La liberté de choix du régime matrimonial

630. **La liberté dans le droit des régimes matrimoniaux.** - Classiquement, l'institution de la famille est protégée par l'ordre public. La volonté contractuelle ne peut aller à l'encontre des règles impératives édictées par le législateur. L'évolution de la notion de « famille » a restreint le champ de l'ordre public. Il faut distinguer entre les domaines patrimoniaux et extra-patrimoniaux. Les règles patrimoniales protectrices au sein du mariage sont nombreuses. Elles se diversifient en fonction des contraintes : pouvoirs des époux dans la gestion et l'administration des biens, contributions aux charges du mariage, protection du logement ou encore, résolution des conflits en période de crise. Au-delà de ces protections spécifiques, la liberté guide les régimes matrimoniaux. La raison principale résulte de la diversité des situations des époux dont les activités professionnelles notamment, concourent à privilégier des régimes adaptés. En ouvrant la possibilité de choix, le mariage devient lui-même plus attractif<sup>1334</sup>. Le principe est légalement posé à l'article 1387 du Code civil : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos [...] ». Les époux sont les mieux à même de déterminer les rapports d'égalité en fonction de circonstances appréciées concrètement<sup>1335</sup>. La justice n'est pas autonome, elle s'apprécie dans son rapport avec l'ordre des choses. La causalité réciproque de causes totales, se distinguant de la causalité concourante non réciproque de causes partielles, exprime adéquatement ce lien entre la chose et le juste. La liberté de la personne proportionne le juste aux rapports entre individus.

631. **Les limites de la liberté.** - La liberté « absolue » permettrait de justifier un droit pour les époux de choisir n'importe quel régime qui leur convient, allant jusqu'à supprimer volontairement tous les droits de l'un au profit de l'autre époux. Cette manière de comprendre la liberté n'est pas conforme au droit naturel. Les arguments jusnaturalistes montrent cette

<sup>1334</sup> F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p.121, n°151

<sup>1335</sup> I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le Pacs*, op. cit., p.133, n°206

proportion de la liberté aux choses et aux personnes. La notion de *nature*, à travers les choses et les personnes, ne supprime pas pour autant la liberté. Ce qui se présente réellement, c'est l'« homme libre ». Dans les régimes matrimoniaux, la liberté ne va pas à l'encontre des choses. Le choix d'un régime matrimonial implique, non une nature nouvelle qualifiant les choses, mais un statut adapté. Ce statut ne peut franchir les limites imposées par la nature des choses et de l'homme. La liberté des époux se situe au niveau du statut des choses. Ils peuvent décider que les revenus des biens propres seront communs ou resteront propres. La liberté joue sur le degré de communauté des biens du couple. Le régime par défaut favorise un juste milieu tandis qu'aux extrêmes se situent la communauté universelle et la séparation de biens. Quel que soit le régime juridique, la nature des choses n'est pas remise en cause. L'idée est respectée dans sa transcription juridique puisque l'ordre public et les bonnes mœurs restreignent la liberté des époux. Il s'agit d'une part, de ne pas organiser les moyens de détourner les règles en vigueur dans d'autres domaines, tels que le droit des successions. D'autre part, un des époux ne pourrait, à son profit, imposer des règles privant excessivement voire totalement les droits de son conjoint. Tel est le cas des clauses d'unité d'administration<sup>1336</sup>.

## 2. Le régime de la communauté réduite aux acquêts

632. **Un régime matrimonial par défaut.** - La nature de l'homme postulant une liberté, il serait compréhensible qu'aucun régime ne soit édicté, au profit d'une mise en œuvre et d'une délibération des parties. La complexité de la matière et la volonté de protéger en amont les intérêts des époux expliquent la raison d'un régime complet avec un traitement égalitaire des époux. La construction des régimes juridiques résulte souvent d'une liberté de principe qu'on réduit en fonction des contraintes pratiques. Concernant les régimes matrimoniaux, ce type de règles s'ajoutent aux règles fondées sur l'idée qu'il faut rendre à chacun le sien, tout en sachant que le « sien » est susceptible d'interprétations diverses, c'est-à-dire d'une portée plus ou moins grande. La répartition des biens et des valeurs dépend de plusieurs critères, notamment la cause de l'intégration du bien dans le patrimoine d'une personne. C'est ce qui distingue les biens propres et les biens communs. Les règles restrictives de liberté visent plus spécifiquement les créanciers du couple en établissant le domaine de leurs prétentions.

---

<sup>1336</sup> I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le Pacs*, op. cit., p.139, n°212



*B. LA SPECIFICITE DES REGIMES SPECIAUX*

1. Les régimes spéciaux

633. **Une pluralité de régimes spéciaux.** - La justice, cause finale, n'est qu'un élément du droit naturel. Elle ne se donne à voir qu'en fonction des circonstances. La multitude des situations implique une infinité de régimes potentiels. Plus restrictivement, trois figures principales se dégagent. En répondant à des finalités différentes, elles parviennent à embrasser la plupart des situations non adaptées au régime légal. On compte la communauté conventionnelle, la séparation de biens et la participation aux acquêts.

634. **Les conventions modifiant le régime légal.** - La volonté des époux porte sur trois domaines. Tout d'abord, les époux ont la possibilité de modifier la composition de la communauté en étendant sa masse ou en la restreignant. Ensuite, les pouvoirs relatifs à l'administration des biens sont susceptibles de conventions (loi de 1965), même si les règles d'ordre public limitent les excès. Le moment le plus décisif est celui de la liquidation-partage en cas de divorce. La clause de prélèvement moyennant indemnité permet à un époux de contourner le hasard issu de la règle du tirage au sort, lorsque les époux n'ont pas été capables de s'accorder sur un bien. Le mécanisme des attributions préférentielles a atténué l'intérêt de cette clause. La clause de préciput constitue un autre moyen à la disposition des époux afin de privilégier le conjoint survivant lors de la répartition des biens. Au-delà de ces clauses modifiant la composition de la masse partageable, ce sont celles altérant la répartition par moitié qui posent des difficultés. La loi autorise sous conditions les clauses de partage inégal favorisant un époux en lui octroyant une part supérieure à celle qu'il aurait dû obtenir. La liberté est ainsi mise en avant. La clause d'attribution intégrale de la communauté permet à un époux survivant d'obtenir l'ensemble des biens communs à charge d'en supporter les dettes. Le conjoint survivant bénéficie ainsi de droits plus importants que dans le régime légal, même si l'intérêt fiscal est réduit. Quant aux héritiers, la clause ne leur porte pas avantage.

2. La modification du régime matrimonial

635. **La possibilité de modification du régime matrimonial.** - A l'origine, le législateur était opposé à tout changement de régime matrimonial. Plusieurs raisons fondaient une telle solution : la place importante de chacune des familles des époux, la volonté de ceux qui ont disposé de droits (donation notamment) en faveur des époux au regard du type de régime

matrimonial, l'intérêt des héritiers ou celui des tiers<sup>1337</sup>. Désormais, la « mutabilité contrôlée »<sup>1338</sup> est autorisée sous réserve du respect des conditions légales (art. 1397 C.civ.). La nature de l'homme, prônant une liberté de principe, fonctionne comme un aimant en exerçant une force d'attraction sur les règles de droit jusqu'à les ordonner à elle, à moins qu'elles n'aient la force de résister. Parfois, le droit positif s'y conforme l'espace d'une période avant de s'en éloigner à nouveau. Il y aurait lieu d'opérer une analyse métaphysique du *temps* afin d'apprécier le rapport entretenu entre le droit positif et le droit naturel.

636. **Le régime de la modification.** - En ouvrant la possibilité de modification du régime matrimonial, le législateur a cherché à protéger les parties et tiers en présence. Le délai de deux ans illustre la volonté de limiter les changements à partir d'un délai contingent. L'article 1397 du Code civil évoque l'« intérêt de la famille », notion potentiellement étendue parce que chacun des termes est susceptibles d'une large interprétation. D'ailleurs, la jurisprudence adopte une position extensive de la notion. Si la modification du régime entraîne une fraude dans les droits d'un créancier, celui-ci peut agir contre les époux dans les conditions de la fraude paulienne. Cependant, toute modification entraînant une réduction des droits à venir du créancier n'est pas qualifiée de fraude. On retrouve la structure typique du droit positif restreignant casuellement une liberté de principe par des règles contenant des concepts généraux.

## § 2. LA LIBERTE DANS LE DROIT DES SUCCESSIONS

637. **Une liberté nuancée.** - Tout comme pour les régimes matrimoniaux, la justice est atteinte lorsqu'elle est exprimée selon une volonté libre. Le mécanisme de la réserve constitue une barrière à cette liberté. Cette protection des héritiers réservataires réduit nécessairement la liberté de celui qui souhaite disposer de ses biens selon sa volonté. Les proportions légales (la moitié, le tiers, le quart) conditionnent la quotité disponible. L'existence, dans les droits étrangers, d'une liberté beaucoup plus importante, voire totale, implique une relativisation de la législation française. Plusieurs considérations jusnaturalistes se concurrencent.

---

<sup>1337</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n°240-245

<sup>1338</sup> A. PONSARD, *op. cit.*, n°104

638. **Approches jusnaturalistes.** - L'appréciation de la législation relative à la réserve dépend des présupposés dans l'appréciation de la famille. En faisant de la famille une « chose » conceptualisée, sa nature est pré-déterminée par ce statut réifié. La nature de la famille impose alors une résistance à la liberté de ses membres. Selon le degré de rigidité conceptuelle attribuée à la famille, la liberté sera variable, allant d'une absence totale (jusqu'à supprimer la quotité disponible), à une présence modérée (limitant partiellement les droits du *de cuius*). Si on ne réifie pas la famille, on considérera qu'elle n'existe qu'à travers les personnes formant une communauté par l'alliance et le sang. Dans ce cas, on se place du point de vue des personnes et non plus par rapport à un concept. La nature de l'homme répondant à un principe de liberté finalisée par la famille, on obtient une proportion de la liberté (de la quotité disponible) par rapport à la nature de la famille. Mais si on considère que la famille n'existe pas en soi, qu'il n'existe que des personnes qui la composent, on peut être tenté de considérer uniquement une nature autonomisée. Dans ce cas, la liberté est accrue car on ne se situe plus dans le cadre d'une nature finalisée de l'homme.

639. **Rapport analogique.** - Selon notre conception, le rapport entretenu entre la personne et la famille est analogique. L'une n'est ni antérieure, ni supérieure à l'autre sur un plan hiérarchique. Ce rapport conditionne le degré de liberté selon un principe de justice. La quotité disponible est liée à l'idée de justice selon laquelle il faut rendre à chacun ce qui est le sien. Tout dépend de ce que l'on considère comme le « sien ». La considération analogique empêche de déterminer par avance et de manière générale une proportion mathématique transcrivant la proportion sur laquelle la liberté s'impose. Cette proportion est relative à chaque famille puisque le « sien » dépend de situations singulières. Les contraintes du droit positif commande plutôt un principe fixé par avance afin d'éviter les abus au détriment de certains héritiers.

640. **Conséquences juridiques.** - Du point de vue patrimonial, le législateur doit déduire des conséquences juridiques, ce qu'il fait par le biais de lois énonçant des proportions mathématiques. Parfois, des conceptions différentes aboutissent aux mêmes types de proportions mathématiques. Mais l'esprit qui les anime n'est pas du même ordre, ce qui revient à la notion de culture, laquelle donne un sens à cette simple transcription mathématico-juridique neutre. Cette culture renvoie à un sentiment de justice en permettant aux personnes l'accès à une compréhension des causes des proportions imposées.

## SECTION 2. L'INCIDENCE DE L'EVOLUTION DU DROIT SUR L'EGALITE

### § 1. L'INCIDENCE DE LA VARIATION DES LOIS DANS LES RAPPORTS DE JUSTICE

#### *A. VARIATION DES LOIS ET CONNAISSANCE DU DROIT*

641. **Variation des lois et connaissance du droit.** - Les lois changent sans cesse. Cette relativité porte atteinte à l'idée d'un droit naturel, censé représenter sinon une immutabilité, au moins une stabilité. Les rapports juridiques sont complexifiés. Certes, aucune difficulté ne se présente si on tient compte du principe théorique selon lequel nul n'est censé ignorer la loi. Mais concrètement, cette règle relève de la fiction parce que le foisonnement législatif et réglementaire empêche toute connaissance complète et actualisée de l'état du droit. Pourtant, les relations économiques se poursuivent, même chez les personnes non formées à la science juridique. Le droit positif, médiatisé par les règles de droit, ne relève pas d'un arbitraire total du législateur. Il se construit à partir d'un ordre des choses qui en détermine le contenu et établit les limites au-delà desquelles se situe l'impossible ou le contradictoire. Cet ordre des choses ne peut être connu parfaitement sous son mode rationnel, mais sa perception dépasse le cadre de l'essence des choses pour toucher également l'existence, plus immédiatement intuitive. Il constitue une orientation qui délimite le champ de la liberté et du devoir être. Tant que le droit se conforme à l'ordre des choses, le savoir intuitif suffit à connaître les tendances générales. C'est lorsque les règles de droit s'éloignent de cet ordre qu'il devient difficile de les connaître. C'est le sort des règles purement techniques et casuelles.

642. **Connaissance du droit et connaissance du juste.** - La mesure du degré de justice des lois successives, d'un même domaine juridique, est particulièrement difficile. Concernant le droit des successions, par exemple, les interprétations amènent à juger soient que les règles antérieures étaient plus égalitaires, soient que les règles actuelles sont plus égalitaires. On conclura à une décadence ou à une amélioration de la justice. Pourtant, il faut inclure, dans le raisonnement, les données sociales, économiques, culturelles et politiques, sans quoi toute conclusion serait partielle. Les courants anti-jusnaturalistes en déduiront une relativité de la

justice elle-même. Pour le droit naturel, la justice ne se présente pas comme une « chose » qu'il s'agirait de *retenir*. Elle est un « état », non vicié par une relativité permanente, mais signifié à travers sa relativité par rapport à un ordre des choses. Cet ordre des choses n'innervé pas uniquement le droit, il concerne plus généralement les relations entretenues entre les personnes, même hors du cadre juridique. Déterminer le degré de justice des modes de répartition est une entreprise vaine lorsqu'elle est prise isolément.

643. **La possibilité de la critique des modes de répartition.** - On ne saurait s'en tenir à un constat d'échec et refuser d'émettre le moindre jugement sur des régimes juridiques antérieurs. Les régimes juridiques, exposant certains modes de répartition, peuvent être critiqués pour eux-mêmes en tant qu'ils sont capables d'assumer la justice, sans « aide » ni « compensation » extérieures et sous d'autres formes. On pourrait refuser d'analyser l'éviction d'une personne à l'occasion d'un partage, parce que dans certaines périodes de l'histoire où la morale impose aux bénéficiaires de prendre soin de l'évincé, cette injustice est rétablie par d'autres voies d'une efficacité similaire.

644. **Renversement de la méthode critique.** - S'il est difficile de déterminer ce qu'est exactement la justice, il est plus simple de s'en tenir à ce qu'elle n'est pas. Le droit naturel répond à une logique similaire. Le principe jusnaturaliste selon lequel il faut rendre à chacun le sien trouve son contraire dans le fait de ne pas rendre à chacun le sien. Certes, le « sien » reste toujours une question en suspens, mais on peut s'interroger sur les bénéficiaires de cette répartition. Lorsqu'une personne semble posséder un statut similaire à d'autres sans obtenir un traitement égal, il y a lieu d'en comprendre la pertinence. La raison d'être des règles de droit peut être valablement mise en cause, aboutissant à des conclusions positives ou négatives. Une figure générale pourra être dessinée en fonction de ce qui est conforme ou non au droit naturel. Le niveau d'analyse est déjà plus difficile lorsqu'il s'agit de savoir dans quelle mesure il y a conformité ou non-conformité.

#### *B. VARIATION DANS LES MODES DE REPARTITION*

645. **L'évolution du droit des successions.** - Les règles organisant les modes de répartition des biens lors des successions illustrent la relativité de l'égalité d'un point de vue historique. Le statut de l'enfant né hors du mariage a évolué d'une situation précaire à un régime identique à celui des enfants nés pendant le mariage. Si, sur le plan théologique, une

différence existe, les conséquences tirées étaient relativement critiquables dans le domaine patrimonial qui est certes un élément important dans la famille mais ne constitue pas son essence. La loi du 25 mars 1896 a amélioré leur situation mais c'est surtout la loi du 3 janvier 1972 qui a inversé la tendance vers un équilibre. La dissociation du principe et de certains domaines de ces conséquences permet de critiquer ces anciennes restrictions.

646. **Succession et mariage.** Dans le Code civil de 1804, le conjoint survivant était peu protégé. Le lien du sang était privilégié par rapport au lien d'alliance. La loi du 9 mars 1891 a permis au conjoint survivant d'obtenir un usufruit d'un quart alors que des enfants étaient présents à la succession. Les lois suivantes ont renforcé ce droit (loi du 3 avril 1917 et du 29 avril 1925) en confortant le conjoint survivant face aux collatéraux. La loi du 3 décembre 2001 a poursuivi ce mouvement. Désormais, le cumul des droits successoraux du conjoint était autorisé avec des libéralités. Mais la loi du 23 juin a supprimé cet avantage tout en accordant au conjoint survivant un avantage indirect par la suppression du statut de réservataire des ascendants. Devant ces évolutions, qui pour certaines, s'apparentent davantage à des changements, les lois montrent le rapport entretenu entre des règles techniques et le contenu de justice.

647. **Le politique et le droit.** - Devant de telles modifications, il est difficile d'apprécier une présence jusnaturaliste. Le contenu des lois est orienté vers la nature des choses et de l'homme. Ces lois contiennent des termes, des concepts, explicitant le contenu. Les différentes lectures de la nature ouvrent une variété dans la signification et la portée donnée aux concepts. L'appréciation de l'évolution des lois doit tenir compte du politique qui les édicte. Censé être la parole exprimant le droit, le politique peut user de son rôle à d'autres fins et servir des intérêts critiquables ou au moins contestables. Le politique peut être tenté de tenir compte d'une nature abstraite fondée sur un modèle commun et acceptable, résultant d'une délibération, plus ou moins officielle d'ailleurs. La terminologie jusnaturaliste se maintient mais sur un terrain fondamentalement différent voire opposé au droit naturel.

## § 2. L'INCIDENCE DE LA VARIATION DE LA JURISPRUDENCE DANS LES RAPPORTS DE JUSTICE

648. **La jurisprudence.** - La jurisprudence n'est jamais ni tout à fait la même ni tout à fait une autre. Au fil du temps, selon une intensité variable, elle évolue progressivement ou change radicalement. Elle se contredit ou suit une constante. Appréciant les faits, les juges du fond entrent dans le concret et ne peuvent effacer l'existence derrière les qualifications. En jugeant différemment des situations qui ont l'aspect de la ressemblance, elles sont sujettes à la critique doctrinale, voire politique. Théoriquement, des situations identiques doivent aboutir à des décisions identiques. Mais lorsque cette similarité est attachée à l'échelle de l'abstrait et du concret, il devient nécessaire de déterminer si la ressemblance ressort d'une lecture abstraite, ce qui relativiserait ladite ressemblance dans les situations. En cherchant légitimement une prévisibilité maximale, on est tenté de traiter plus abstraitement les faits dans le but de leur appliquer des solutions connues. Le règne de l'abstraction a cet avantage de susciter la clarté. L'abstraction possède la vertu de mettre d'accord des opposants puisque quelques éléments essentiels ne souffriront pas de contestation. L'abstraction mal contrôlée, c'est l'éviction de la culture au profit de la rationalité.

649. **Jurisprudence et jusnaturalisme.** - Loi et jurisprudence répondent à deux logiques distinctes. La loi, fonctionnant sur le mode de la généralité, évoquent des cas typiques, communs. Les lois s'appliquent aux personnes visées de manières identiques. Son défaut est de ne pas entrer suffisamment sur le plan du concret. La jurisprudence, par le biais des juges du fond, atteint ce concret à travers la situation jugée, d'où son caractère indispensable. Cependant, l'interprétation du concret, par sa difficulté, est susceptible de rendre aléatoire des solutions. Autrement dit, la loi semble se placer au niveau de l'essence des choses, tandis que la jurisprudence s'attacherait à apprécier cette essence au regard de l'existence. L'autorité jurisprudentielle donne au droit sa profondeur. La difficulté survient par les revirements et les contradictions de jurisprudence. Ces événements juridiques suscitent des regards négatifs contre les décisions des juges puisque les parties ayant respectées l'ordre jurisprudentiel antérieur peuvent être condamnées à l'occasion d'une modification de la position des juges<sup>1339</sup>. La situation est celle d'un droit positif limité par la généralité et d'une jurisprudence

---

<sup>1339</sup> C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? » *LPA* 1994, n°33, p.15

incapable de parvenir à la perfection. Le droit naturel intervient à ce niveau, non comme un contenu mais comme un mode explicatif des limites de la matière juridique. Plus que le droit naturel, les arguments jusnaturalistes exposent ces difficultés sous un jour nouveau en questionnant les problèmes selon une approche critique des présupposés inhérents à la structure juridique. Les décisions de justice se comprendront d'autant mieux si l'on perçoit les causes. Les arguments jusnaturalistes ne donnent pas une lecture *a priori* des causes mais explicitent leur sens. La question récurrente du statut de la jurisprudence est un exemple. Elle est soit considérée comme une autorité, soit comme une source. Des réponses diverses ont pu être énoncées<sup>1340</sup>. Les arguments fournis par le droit naturel n'indiquent pas la solution en soi, mais montrent que des questions préalables doivent être explorées, dont les réponses conditionneront le résultat. La question du statut de la jurisprudence dépend d'une question première relative au statut du *droit*. Selon sa préexistence ou non, la jurisprudence pourra être déclarée comme déclarative (autorité) ou constitutive (source créatrice). Si l'on s'en tient à la thèse de l'autorité, on pourrait opposer les données pratiques tirées de la responsabilité civile délictuelle, par lesquelles on constate la liberté des juges dans l'interprétation des textes, tendant à leur donner le statut de source du droit. Il s'agira alors de procéder selon un schéma similaire en découvrant les questions premières nécessaires à l'explicitation du problème. Le présupposé en jeu est celui du statut de la loi, selon qu'elle est un instrument, un moyen, en vue d'une fin qu'est le droit, ou si la loi se confond avec le droit. Dans le premier cas, la jurisprudence crée des règles, des principes (des moyens), mais non du droit. Dans la seconde hypothèse, la jurisprudence est créatrice de droit parce que les principes exposés sont assimilés au droit.

650. **La responsabilité civile délictuelle.** - Parmi tous les domaines du droit civil patrimonial, la responsabilité civile délictuelle est d'un intérêt particulier par la place qu'occupe la jurisprudence dans la compréhension et l'application des règles de droit. Les formules du Code civil de 1804 sont restées relativement stables jusqu'à nos jours tandis que leur interprétation a fortement évolué<sup>1341</sup>. Or, le système juridique fonctionnant sur le modèle des catégories, ces interprétations changent fondamentalement le contenu de la justice. Soit une situation est qualifiée de telle sorte qu'elle rentre dans une catégorie et la victime du dommage obtient le bénéfice du régime juridique (dommages et intérêts), soit elle en est exclue. Cette logique du tout ou rien modifie le rapport à la règle en incitant à regarder non

---

<sup>1340</sup> R. LIBCHABER, N. MOLFESSIS, « Sources du droit en droit interne », *RTD civ.* 1998, p.210-229

<sup>1341</sup> P. REMY, « La part faite au juge », *Revue Pouvoirs*, 2003, p.31



seulement la règle, mais la conséquence de la décision. Théoriquement, les juges se contentent d'appliquer la règle de droit sans se soucier des conséquences patrimoniales. En pratique, l'étude du domaine de la responsabilité civile délictuelle semble prouver des débordements. Le déclin de la faute en tant que fait générateur illustre la volonté d'une réparation plus large. En étendant la responsabilité du fait des choses, par la découverte d'un principe général à l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil, la condition de la faute est quantitativement réduite. Le maintien du texte en l'état n'a pas empêché les juges de modifier leur interprétation. La justice étant relative à la nature des choses, une telle évolution se justifie par l'évolution du contexte.

651. **Déformation des concepts.** - Si l'adaptation des décisions de justice à des situations contemporaines est à souligner, l'attitude des juges restent ambiguë parce que les tendances jurisprudentielles montrent des déformations dans les concepts employés. Les conditions relatives au dommage et au lien de causalité sont concernées par des interprétations plus ou moins extensives. La perte d'une chance, le dommage par ricochet, les victimes en état d'inconscience, sont autant de situations incertaines. De même, le dommage n'existera qu'en cas de réunion des caractères certain, personnel et direct. Or chacun de ces critères est susceptible d'une appréciation étendue ou restreinte. Quant au lien de causalité, son interprétation est également casuelle. Les juges ont même procédé à des interprétations très libres de règles pourtant claires. Dans un arrêt du 28 janvier 2010 (Distilbène), la Cour de cassation a estimé qu' « en cas d'exposition de la victime à la molécule litigieuse, c'est à chacun des laboratoires qui a mis sur le marché un produit qui la contient qu'il incombe de prouver que celui-ci n'est pas à l'origine du dommage »<sup>1342</sup>. Ce renversement de la charge de la preuve marque une volonté d'atteindre un but (la réparation du dommage) en modifiant l'interprétation des règles de droit. Derrière ces interprétations, il y a beaucoup d'incertitudes et d'absence de prévisibilité, mais leur cause réside surement dans le but à atteindre, soit, par un autre langage, dans un *ordre des choses* et plus particulièrement, dans la *personne*.

---

<sup>1342</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv. 2010

## **CONCLUSION DU TITRE**

652. **La justice ordonnée aux choses et à l'homme.** - *A priori*, l'idée de droit naturel impose une justice dans tous les rapports juridiques. Toute limitation (donation, testament) semble trouver un fondement extérieur. En se centrant sur la chose, l'argumentation jusnaturaliste permet de justifier la force de l'égalité tout en rendant possible une liberté. La justice n'implique pas une relativité vide renvoyant au scepticisme. Elle est relative à un ordre des choses et à la nature de l'homme. L'impossible connaissance parfaite de la nature des choses et de la nature de l'homme justifie les évolutions historiques des effets de la justice, non de son principe. De même, le juge n'a pas plus de connaissance du juste que les parties même si ces dernières sont davantage en mesure d'apprécier leurs intérêts personnels. La culture, notion non spécifiquement juridique, constitue un élément fondamental dans l'appréciation du droit naturel. La volonté permanente du droit positif de s'exprimer selon un langage rationalisé est certes légitime, mais s'accompagne nécessairement d'une pratique qui relève de la culture. L'argument jusnaturaliste ne se comprend qu'avec le prisme de la culture juridique d'un pays. Cet aspect est particulièrement présent concernant le solidarisme contractuel. On peut bien modifier les règles de droit en privilégiant la bonne foi ou les pouvoirs du juge, on obtiendra difficilement davantage de justice car de nouveaux problèmes apparaîtront. Les règles techniques ne peuvent suffire à neutraliser des pratiques contestables car dans tous les cas il faudra maintenir la liberté et l'instauration de règles restrictives ira à l'encontre de cette liberté. L'équilibre entre la justice et la liberté dépend d'un état de la culture, avec le droit naturel en arrière fond. Si ces dernières décennies ont été l'occasion d'une multiplication exponentielle des règles de droit<sup>1343</sup>, on ne peut pas pour autant affirmer une justice plus aboutie. La limite intrinsèque d'un droit positif autonomisé ne nécessite pas plus d'arguments.

---

<sup>1343</sup> J.-M. TRIGEAUD, *Philosophie juridique européenne*, éd. Bière, 1990, not. p. 117 et suiv. (« La fonction critique du concept de nature des choses »).

## **CONCLUSION DE LA PARTIE**

653. **Unité des deux parties.** - Il est certain qu'un discours sur la culture semble s'écarter de la technicité requise du droit. L'esprit actuel privilégie une autre approche, qui semble parfois être une course vers la « complétude » du droit positif. La culture relève d'une discipline soumise à ses propres exigences. Le juriste se doit de tenir compte de cet aspect et se concentrer sur ce qui renvoie à ses compétences, à savoir le jugement du contenu du droit positif. L'argumentation jusnaturaliste est l'occasion de présenter d'une autre manière le rapport de la justice et des concepts juridiques. La première partie a été l'occasion d'exposer la pertinence de l'argumentation jusnaturaliste dans les qualifications et les effets juridiques. Cette seconde partie lie ces deux éléments à la recherche de l'égalité en signalant l'unité qui les anime, tout en exposant les cas où ces deux champs entrent en conflit, c'est-à-dire lorsque l'application successive de lois formalisées conduit à nier la justice, ou au moins à y porter atteinte. Le fait d'attirer le regard sur la chose permet d'exposer le problème sous le rapport des causes de la chose. Au sein de la chose, les causes concourent les unes aux autres, elles ne s'opposent pas sauf à contredire la chose elle-même. La division des causes conduit à les autonomiser et les engage potentiellement dans des conflits. On se demande alors s'il faut respecter la règle de droit édictée en fonction de la cause formelle ou s'il faut privilégier la justice en vertu de la cause finale. Sans remise en question de cette division initiale, que permettent les arguments jusnaturalistes, les réponses apportées ne peuvent aboutir à une explication suffisante.

## **CONCLUSION GENERALE**

654. **L'argument jusnaturaliste.** - La place de l'argument jusnaturaliste au sein de l'analyse juridique est centrale. Elle permet dans un premier mouvement de sortir des conceptualisations pour s'en tenir à la chose ou à la personne en tant qu'éléments premiers des relations juridiques patrimoniales. Dès que cette chose, en rapport avec la personne, est ciblée, l'argument jusnaturaliste trouve un terrain propice à son expression, notamment en refusant d'accepter par avance et sans discussion des vérités sur le sens de ces choses. L'argumentation jusnaturaliste n'a pas pour finalité de donner des réponses prédéterminées par avance. Il s'agit plutôt de reformuler les problématiques, de relativiser certaines solutions ou, au contraire, de consolider des positions incertaines. Chacun des arguments jusnaturalistes concourt à atteindre les dogmatismes du droit positif et ses conceptualisations théoriques, avec cette particularité de se remettre eux-mêmes en cause en leur appliquant ses mêmes arguments. Les arguments jusnaturalistes sont également passés au crible des arguments parce qu'ils font écho à une ontologie. A ce titre, les arguments jusnaturalistes ont une double fonction en ce qu'ils critiquent le droit positif, tout en s'interrogeant eux-mêmes en retour. Cette caractéristique les empêche de se scléroser. Plus qu'une argumentation ou une somme d'arguments, *l'argument jusnaturaliste* est la partie d'un tout qu'il suscite. La référence à un seul argument entraîne nécessairement les autres dans son sillage et réciproquement, parce que tous renvoient à une vérité. L'analyse portant sur l'essence conduira à s'interroger sur l'existence, de même pour la matière et la forme, l'unité analogique et la division, etc. L'argument jusnaturaliste est le cœur de la démarche jusnaturaliste. Il entraîne un mouvement vers les choses et les personnes. Ce mouvement de l'esprit est le guide à suivre, pour éviter les difficultés d'une « théorisation » des arguments jusnaturalistes, affaiblissant leur portée.

655. **Une diversité de méthodes.** - Un sujet de cette envergure aurait pu être traité selon d'autres méthodes, d'autres références, d'autres intentions en privilégiant les auteurs classiques, les références textuelles explicites ou selon une approche plus ouverte sur la nature, révélant davantage l'aspect culturel dans lequel prennent sens les mots. Cela aurait permis d'aborder immédiatement la limite de la rationalité pour entrer dans un discours de perception plus immédiate du droit naturel et de l'argument qui fait corps avec lui. Tel n'a pas été la voie de cette étude. Il a semblé pertinent d'éprouver et de confronter les arguments jusnaturalistes aux contraintes du législateur, de la doctrine et de la jurisprudence, afin

## Conclusion

d'insister autant sur leurs avantages que sur leurs limites. *L'accent a été mis sur le rapport entretenu entre droit naturel et droit positif (autant pratique que théorique) par un éclairage sur les règles de droit et le dédoublement systématique de leur signification, quel que soit l'argument jusnaturaliste employé.* La dimension culturelle signifiant le mieux la nature a été beaucoup moins développée au profit d'une approche rationnelle. Ce paradoxe résulte d'un choix pratique lié à l'état actuel du droit positif. La rationalité étant le mode privilégié d'analyse du droit positif, il a semblé nécessaire de lier le droit naturel au droit positif par ce biais afin de ne pas provoquer de résistance de principe. L'exposé continu des limites de la rationalité était nécessaire avant d'afficher la portée culturelle de la signification du droit.

656. **Une étude à poursuivre.** - Loin d'être exhaustive, cette étude s'est attachée à explorer les formes jusnaturalistes selon les schémas classiques des rapports à l'égalité, mais aussi là où on l'attendait moins, à savoir dans des règles d'aspects techniques et d'interprétation habituellement positiviste. La circonscription du sujet au Code civil a permis d'explorer les dimensions principales des arguments jusnaturalistes tout en laissant la possibilité d'adapter les raisonnements aux règles de droit présentes dans d'autres domaines. Désormais, s'ouvre un champ d'analyse plus vaste mettant en question des thèmes aussi variés que le temps, l'espace, le droit comparé ou le droit international.

657. **Tableau.** - Le droit naturel devrait tenir une place plus explicite dans les recherches juridiques, non comme influence éloignée mais comme mode d'interprétation fournissant des arguments aux problèmes pratiques et théoriques du droit positif.

| Thème                                                                                     | Présence dans les qualifications<br>et le contenu du droit                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Arguments<br/>jusnaturalistes ...</b>                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| ...relatifs à l'être<br>(matière, forme,<br>essence, existence,<br>exercice, réification) | <p>Recherche systématique de la nature des choses dans tous les manuels, les traités et les articles. La jurisprudence, par ses qualifications, suit la même tendance.</p> <p>La présence jusnaturaliste est directe et active. Elle s'attache à la substance des choses et touche l'ensemble du droit positif.</p> <p>Mais :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- si l'interrogation porte sur les choses, elle oublie la plupart du temps une analyse de ce qu'est la « nature », ce qui fausse tous les résultats obtenus.</li> <li>- le lien entre l'étude de la nature d'une chose et le droit naturel n'est pas toujours établi. Il ne semble pas pour tous les juristes que l'étude de la nature d'une chose soit une démarche jusnaturaliste.</li> </ul> |

## Conclusion

|                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                | Sur ces deux points, l'emploi d'un argument jusnaturaliste permettrait de repenser les qualifications et la portée des notions.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| ...relatifs au retour à la chose même                          | <p>Il s'agit de se concentrer sur ce qui existe, à savoir la <i>chose voulue</i> plutôt que la volonté, la <i>chose causée</i> plutôt que la cause, la <i>chose appropriée</i> plutôt que la propriété, ce <i>contrat-ci</i> plutôt que le contrat, l'<i>homme libre</i> plutôt que la liberté, etc.</p> <p>Présence faible du droit naturel sous cet angle. L'étude porte quasi-exclusivement sur les concepts abstraits.</p> <p>Le recours à un argument jusnaturaliste permettrait de déplacer les problématiques sur des champs plus proches de la « réalité ».</p> <p>De plus, le retour à la chose favorise une nouvelle compréhension du rapport entre droit et fait. Il n'y a plus séparation nette mais passage (sous réserve que les faits répondent à une certaine qualité).</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| ...relatif à l'universel (analogie, généralité, causalité)     | <p>L'analyse de cette <i>chose-ci</i> comprise dans sa <i>nature</i> authentique aboutit à faire émerger le plan de l'universel.</p> <p>L'argument jusnaturaliste relatif à l'universel est présent de manière indirecte dans le droit positif à travers les conditions, les exceptions, les exceptions aux exceptions, les dispenses, les fictions, etc. Les règles de droit sont générales. Elles embrassent une majorité de situations mais non toutes les situations. Les règles édictées selon les thèmes visés ci-dessus, cherchent à combler les déformations résultant des généralités.</p> <p>Le législateur cherche davantage à atteindre les effets de l'universel plutôt que l'universel lui-même. La présence de l'argument jusnaturaliste relatif à l'universel est donc indirecte.</p> <p>Le recours à cet argument jusnaturaliste permettrait de donner une raison d'être à de nombreuses règles de droit. Il expliquerait mieux le problème lié à l'augmentation du nombre de règles de droit (tentative d'atteindre le concret en additionnant de l'abstrait à de l'abstrait).</p> |
| ...relatifs à la « volonté connaissante tendue vers la chose » | <p>En matière contractuelle, où la volonté a une importance première, la présence de l'argument jusnaturaliste relatif à la « volonté connaissante... » est indirecte.</p> <p>La volonté est réifiée au sein des théories du droit. Elle est considérée de manière abstraite. Mais une lecture plus profonde permet de déceler un certain nombre de règles de droit tenant compte des situations concrètes, d'où une approche plus aboutie de la volonté.</p> <p>De plus, la volonté est liée aux autres conditions de formation des contrats, ce qui rappelle le lien qu'elle entretient avec la capacité, l'objet et la cause. L'emploi de l'argument jusnaturaliste relatif à la « volonté connaissante... » permettrait d'attribuer un autre statut aux conditions. Ces dernières présupposeraient l'« accès » à l'existence d'une situation juridique. Ces conditions seraient déclaratives et non plus constitutives. Une extension à d'autres notions est envisageable.</p>                                                                                                                   |
| ...relatifs à l'ordre                                          | L'argument jusnaturaliste relatif à l'ordre est contesté.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |

## Conclusion

|                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|----------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| (lecture objectiviste, subjectiviste ou analogique de l'ordre) | <p>Si l'on considère que le droit est <i>constitué</i> par le législateur, l'ordre à interpréter est celui qui résulte de la loi.</p> <p>Au contraire, si l'on considère qu'il existe un ordre antérieur et que le droit est <i>déclaré</i> par le législateur, alors les règles de droit ne se comprennent qu'à travers cet ordre.</p> <p>La portée des concepts fondamentaux du droit est modifiée.</p> <p>La présence de l'argument jusnaturaliste relatif à l'ordre est ambiguë. L'interprétation de la notion d' « ordre » est difficile.</p> <p>Le recours à l'argument jusnaturaliste relatif à l'ordre permettrait d'interpréter les règles de droit sous un nouvel angle. Parfois, un ordre est énoncé selon une lecture subjectiviste ou objectiviste. L'argument jusnaturaliste permet de détacher ces lectures implicites qui sont autant de présupposés sous-jacents.</p> |
| ...relatifs à la nature de l'homme et à sa liberté             | <p>L'argument jusnaturaliste relatif à la nature de l'homme implique surtout l'idée de liberté. En un sens, le droit naturel laisse plus de liberté aux individus que ne le fait le droit positif. Le législateur édicte des règles qui sont autant de moyens affectés à une fin.</p> <p>Relié aux arguments précédents, l'argument relatif à la nature de l'homme renvoie à cet homme-ci, dans sa vocation universelle, intégré à un ordre des choses et exprimant sa volonté.</p> <p>Le recours à l'argument jusnaturaliste relatif à la nature de l'homme permet de réinterpréter son rapport à la liberté et à la dignité, hors d'un cadre abstrait.</p>                                                                                                                                                                                                                           |

658. **La nécessité d'une référence au droit naturel.** La période actuelle, tournée vers la technique juridique, marque ses limites. Tout droit positif résulte d'une lecture philosophique, implicite ou explicite, de l'ordre du monde. L'éviction de la philosophie dans les études juridiques, notamment par une extension d'un formalisme purement technique, n'a pas rendu les solutions juridiques plus prévisibles. A partir des schémas jusnaturalistes, il est possible d'expliciter les présupposés des théories générales du droit, le sens implicite des termes et la portée des règles de droit. Cette démarche n'est envisageable que si elle s'accompagne d'une lecture plus authentique de la « nature ». Avec G. Renard, nous pouvons dire que « Le Droit est certainement, avec la poésie et la musique, une discipline susceptible de s'approprier une pensée philosophique. Bien plus pour lui, ce n'est pas une faculté, c'est une nécessité. Tout système juridique est l'épanouissement d'une philosophie »<sup>1344</sup>.

<sup>1344</sup> G. RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, Sirey, 1927, p.5







## BIBLIOGRAPHIE

### I. HISTOIRE, THEORIE DU DROIT, PHILOSOPHIE DU DROIT

#### A. Dictionnaires

**BENVENISTE E.**, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 1 et 2, Les éditions de Minuit, 1969

**CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2011

**FOULQIE P.**, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, 5<sup>e</sup> éd., 1986

#### B. Ouvrages, essais, thèses

##### **ARISTOTE**

- *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 2007

- *Topiques*, trad. J. Brunschwig, Les Belles Lettres, 1967

**ATIAS C.**, *Epistémologie juridique*, Dalloz, 2002

**BAGOLINI L.**, *Justice et société*, éd. Bière, 1995

**BASTIT M.**, *Naissance de la loi moderne*, PUF, 1990

##### **BATIFFOL H.**

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956

- *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979

- *La philosophie du droit*, PUF, Que sais-je ?, 8<sup>e</sup> éd., 1989

**BATTAGLIA F.**, *La crisi del diritto naturale*, Venezia, La Nuova Italia, 1929

**BERGEL J.-L.**, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001

**BILLIER J.-C.**, **MARYIOLI A.**, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001

**BRETHER DE LA GRESSAYE J.**, **LABORDE-LACOSTE M.**, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947

**BRETON P.**, **GAUTHIER G.**, *Histoire des théories de l'argumentation*, La Découverte, 2011

**BRIMO A.**, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Pedone, 1968

**CAMPAGNA N.**, *Michel Villey : le droit ou les droits ?*, éd. Michalon, 2004

**CARBONNIER J.**, *Flexible droit*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001

**CASTELEIN A.**, *Droit naturel*, Paris, 1903

**CHARMONT J.**, *La renaissance du droit naturel*, éd. Coulet et fils, Montpellier, 1910

**COTTA S.**, *Le droit dans l'existence*, éd. Bière, 1996

##### **DABIN J.**

- *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, Paris, 1929

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969

- *Le droit subjectif*, Dalloz, 2008

## Bibliographie

- DARBELLAY J.**, *La réflexion des philosophes et des juristes sur le droit et le politique*, éd. universitaires de Strasbourg, 1987
- DI ROBILANT E.**, *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico*, F. Giappichelli Editore, Torino, 1954
- DUFOUR M.**, *Argumenter. Cours de logique informelle*, Armand Colin, 2008
- DULONG D.**, *Sociologie des institutions politiques*, La Découverte, 2012
- FASSO G.**, *Histoire de la philosophie du droit. XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, LGDJ, 1976
- FENET P.-A., EWALD F.**, *Naissance du code civil. La raison du législateur. Travaux préparatoires du code civil*, Flammarion, 1989
- GAUDEMET E.**, *L'interprétation du Code civil et France depuis 1804*, présentation de C. Jamin et P. Jestaz, éd. La Mémoire du Droit, 2002
- GAUDEMET J.**, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2000
- GENY F.**
- *Science et technique en droit privé positif, I*, Sirey, 1913
  - *Science et technique en droit privé positif, II*, Sirey, 2<sup>e</sup> tirage, 1927
  - *Science et technique en droit privé positif, III*, Sirey, 1921
  - *Science et technique en droit privé positif, IV*, Sirey, nouveau tirage, 1930
- GHIRARDI O. A.**, *Le raisonnement judiciaire*, éd. Bière, 1999
- GILLES D.**, *La pensée juridique de Jean Domat (1625-1696) : du grand siècle au code civil*, ss. dir. de M. Ganzin, thèse Aix-Marseille, 2004
- GOLTZBERG S.**, *L'argumentation juridique*, Dalloz, 2013
- GOYARD-FABRE S.**
- *Les embarras philosophique du droit naturel*, Vrin, 2002
  - *La philosophie du droit de Kant*, Vrin, 1996
  - *Eléments de philosophie politique*, A. Colin, 1996
- GRZEGORCZYK C.**, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Préf. M. Villey, LGDJ, 1982
- HALPERIN J.-L.**, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2012
- HERVADA J.**, *Introduction critique au droit naturel*, éd. Bière, 1991
- JACQUES F.**, *Villey et les icônes*, Dalloz, 2007
- KELSEN H.**
- *Théorie générale des normes*, PUF, 1996
  - *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962
- LACHAUX E.-A.**, *Le droit naturel et la doctrine*, thèse, ss. dir. G. Renard, Nancy, 1931
- LEVY J.-P., CASTALDO A.**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002
- LEVY J.-P.**, *Histoire des obligations*, Les Cours du droit, 1995
- NIORT J.-F., QUIVIGER P.-Y.**, *Le secret du droit naturel ou Après Villey*, éd. Classique Garnier, Paris, 2012
- OLERON P.**, *L'argumentation*, PUF, Que sais-je ?, 1983
- OLLERO-TASSARA A.**, *Droit « positif » et droits de l'homme*, éd. Bière, 1997
- PAPAUX A.**, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction : l'exemple du droit international privé*, Bruylant, 2003
- PERELMAN C.**
- *Droit, morale et philosophie*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1976

## Bibliographie

- *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979
- PROUDHON**, *Qu'est-ce que la propriété ?*, Librairie générale française, 2009
- RAYMONDIS L.-M.**, *Contribution à l'étude du droit naturel*, Toulouse, 1947
- REAL M.**, *Expérience et culture*, éd. Bière, 1990
- RENARD G.**
  - *Le droit, la logique et le bon sens*, Sirey, 1925
  - *Le droit, l'ordre et la raison*, Sirey, 1927
  - *La théorie de l'institution*, Sirey, 1930
  - *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939
- RIALS S.**, *Villey et les idoles : petite introduction à la philosophie du droit de Michel Villey*, PUF, 2000
- ROCHFELD J.**, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis, 2011
- ROMMEN H.**, *Le droit naturel. Histoire - doctrine*, Paris, 1945
- ROUBIER P.**, *Théorie générale du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005
- SANCHEZ DE LA TORRE A.**, *La tyrannie dans la Grèce antique*, éd. Bière, 1999
- SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF H.A.**
  - *Fondements et principes d'un ordre juridique naissant*, Paris, 1971
  - *Les dimensions du droit. Etudes de philosophie du droit*, LGDJ, 1978
  - *Idéalité et réalité du droit*, LGDJ, 1980
- SERIAUX A.**, *Le droit naturel*, PUF, Que sais-je ?, 2<sup>e</sup> éd., 1999
- STRAUSS L.**, *Droit naturel et histoire*, Plon, 1954
- TRIGEAUD J.-M.**
  - *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, éd. Bière, 1985
  - *Essais de philosophie du droit*, Studio editoriale di cultura, 1987
  - *Persona ou la justice au double visage*, Studio editoriale di cultura, 1990
  - *Introduction à la philosophie du droit*, éd. Bière, 1992
  - *Eléments d'une philosophie politique*, éd. Bière, 1993
  - *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, éd. Bière, 1995
  - *Justice et tolérance*, éd. Bière, 1997
  - *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, éd. Bière, 1999
  - *Droits premiers*, éd. Bière, 2001
  - *Justice et hégémonie*, éd. Bière, 2006
  - *Personne, droit et existence*, éd. Bière, 2009
- VANNIER G.**
  - *Michel Villey et le droit naturel en question*, éd. L'Harmattan, Paris, 1994
  - *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, PUF, 2001
- VASSILIE-LEMENY S.-T.**, *Pour une philosophie du sens et de la valeur*, éd. Bière, 1990
- VILLEY M.**
  - *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969
  - *Philosophie du droit. I. Définitions et fins du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1978
  - *Philosophie du droit. II. Les moyens du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1984
  - *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 2006
- VIRALLY M.**, *La pensée juridique*, éd. Panthéon Assas, 2010

VON CATHREIN V., *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2e éd., Freiburg, 1909

### **B. Ouvrages collectifs**

*Droit naturel : relancer l'histoire ?*, ss. dir. de L.-L. CHRISTIANS, F. COPPENS, X. DIJON, P. FAVRAUX, G. FIASSE, J.-M. LONGNEAUX, M. RUOL, Bruylant, 2008

*Les principes en droit*, ss. dir. de S. Caudal, Economica, 2008

*Michel Villey et le droit naturel en question*, ss. dir. J.-F. Niort et G. Vannier, L'Harmattan, 1994

## **II. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES**

ALBIGES C., DUMONT-LEFRAND M.-P., *Droit des sûretés*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2013

ANCEL P., *Droit des sûretés*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2011

ANTONMATTEI P.-H., RAYNARD J., *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7<sup>e</sup> éd., 2013

ATIAS C., *Droit civil. Les biens*, Litec, 11<sup>e</sup> éd., 2011

AUBRY, RAU, *Droit civil français*, t. 2, , par P. Esmein, Librairies techniques, 7<sup>e</sup> éd., 1961

AYNES L., CROCQ P., *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 7<sup>e</sup> éd., 2013

BARBIERI J.-J., *Contrats civils. Contrats commerciaux*, Armand Colin, 1995

BAUDRY-LACANTINERIE G.,

- *Précis de droit civil*, t.1, Paris, Larose et Forcel, 4<sup>e</sup> éd., 1891

- *Précis de droit civil*, t. 2, Sirey, 9<sup>e</sup> éd., 1905

BENABENT A., *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2013

BENABENT A., *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2012

BERGEL J.-L., BRUSCHI M., CIMAMONTY S., *Les biens*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010

BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> éd., 2010

BEUDANT C.,

- *Cours de droit civil français*, t. I, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1934

- *Cours de droit civil français*, t. 4, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1938

- *Cours de droit civil français*, t. V bis, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1936

- *Cours de droit civil français*, t. 8, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1936

- *Cours de droit civil français*, t. 9, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1953

- *Cours de droit civil français*, t. 9 bis, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1952

- *Cours de droit civil français*, t. X, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1937

BEUDANT C., BEUDANT C., *Cours de droit civil français*, t. VIII, Paris, Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1936

BONNECASE J.,

- *Précis de droit civil*, t. 2<sup>nd</sup>, Rousseau, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1939

- *Précis de droit civil*, t. 3<sup>e</sup>, Rousseau, Paris, 1935

- BOURASSIN M., BREMOND V., JOBARD-BACHELLIER M.-N.**, *Droit des sûretés*, Sirey, 2e éd., 2012
- BRUN P.**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2009
- BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V.**, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 13<sup>e</sup> éd., 2012
- CABRILLAC M., MOULY, C., CABRILLAC S., PETEL P.**, *Droit des sûretés*, Litec, 9<sup>e</sup> éd., 2010
- CABRILLAC R.**,  
- *Droit des obligations*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2012  
- *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2013
- CALAIS-AULOY J., STEINMETZ F.**, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2006
- CARBONNIER J.**,  
- *La famille*, PUF, 18<sup>e</sup> éd. refondue, 1997  
- *Les biens*, PUF, 19<sup>e</sup> éd. refondue, 2000  
- *Les obligations*, PUF, 21<sup>e</sup> éd. refondue, 1998
- CARON C.**, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2013
- COLIN A., CAPITANT H.**,  
- *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 1947  
- *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 1948
- COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE P.**, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2011
- CORNU G.**, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2007
- COZIAN M., VIANDER A., DEBOISSY F.**, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 26<sup>e</sup> éd., 2013
- DAURIAC I.**, *Les régimes matrimoniaux et le Pacs*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2012
- DE JUGLART M., IPPOLITO B., E. DU PONTAVICE E., DUPICHOT J.**, *Traité de droit commercial. 2. Les sociétés*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 1982
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F., BLARY-CLEMENT E.**, *Droit commercial*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2010
- DELEBECQUE P., PANSIER F.-J.**,  
- *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis, 6<sup>e</sup> éd., 2013  
- *Droit des obligations. Responsabilité civile. Délit et quasi-délit*, LexisNexis, 5<sup>e</sup> éd., 2011
- DEMOGUE R.**, *Traité des obligations en général*, t. 3, Rousseau, Paris, 1923
- DEMOLOMBE C.**, *Cours de code Napoléon*, t. I, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1854
- DROSS W.**, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012
- ESCARRA J. et E., RAULT J.**, *Principes de droit commercial*, t.1, Sirey, 1934
- FABRE-MAGNAN M.**,  
- *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2012  
- *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quasi-contrat*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2010
- FAGES B.**, *Droit des obligations*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E.**,  
- *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 15<sup>e</sup> éd. 2012  
- *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14<sup>e</sup> éd., 2011

## Bibliographie

- *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2013
- GAUDEMET E.**, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937
- GAUTIER P.-Y.**, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2012
- GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M.**,
  - *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013
  - *La formation du contrat*, t. 2, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013
- GUEVEL D.**, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010
- HAURIOU M.**, *Principes de droit public*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1916
- JEULAND E.**, *Droit des obligations*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 2009
- JOSSERAND L.**,
  - *Cours de droit civil positif français*, t. I, Sirey, 1938
  - *Cours de droit civil positif français*, t. II, Sirey, 1939
  - *Cours de droit civil*, t. III, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1940
- JUBAULT C.**, *Les successions. Les libéralités*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2010
- LABORDE-LACOSTE M.**,
  - *Exposé méthodique de droit civil*, t. 1, Sirey, 5<sup>e</sup> éd., 1949
  - *Exposé méthodique de droit civil*, t. 2, Sirey, 1947
- LAMBOLEY A., LAURENS-LAMBOLEY M.-H.**, *Droit des régimes matrimoniaux*, Litec, 5e éd., 2008
- LE CANNU P., DONDERO B.**, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2012
- LE TOURNEAU P.**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9<sup>e</sup> éd., 2012
- LECLERC F.**, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2012
- LEGEAIS D.**,
  - *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 20<sup>e</sup> éd., 2012
  - *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2009
- LEROYER A.-M.**,
  - *Droit des successions*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2014
  - *Droit des successions*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2014
- LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIERES P.**, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013
- MAINGUY D.**, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2012
- MALAURIE P. AYNES L.**,
  - *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2013
  - *Les biens*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2013
- MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P.**, *Les obligations*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013
- MALAURIE P., FULCHIRON H.**, *La famille*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2011
- MALAURIE P.**,
  - *Les personnes*, Defrénois, 7<sup>e</sup> éd., 2014
  - *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2012
- MALINVAUD P., FENOUILLET D.**, *Droit des obligations*, Litec, 12<sup>e</sup> éd., 2012
- MARTY G., RAYNAUD P.**,
  - *Droit civil. Les biens*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1980
  - *Les obligations*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., Sirey, 1962

## Bibliographie

- MATHIEU M.-L.**, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 2013
- MAURY J.**, *Successions et libéralités*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., 2012
- MAZEAUD H., L. et J.**, *Leçons de droit civil. Obligations*, t.II/1<sup>er</sup> vol., Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 1998
- MAZEAUD H. et L.**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 1965
- MERLE P.**, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 17<sup>e</sup> éd., 2014
- MOREAU J.**, *Droit administratif*, PUF, 1989
- NIBOYET M.-L., DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G.**, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013
- PEDAMON M., KENFACK H.**, *Droit commercial*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2011
- PETERKA N.**, *Régimes matrimoniaux*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2012
- PLANIOL M., RIPERT G.**,  
- *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Paris, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 1925  
- *Traité pratique de droit civil français*, t. III, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1952  
- *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1956
- PLANIOL M.**,  
- *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 1925  
- *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 1926
- PORCHY-SIMON S.**, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2012
- POTHIER R. J.**, *Traité des obligations*, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, 2011
- PUIG P.**, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2013
- REBOUL-MAUPIN N.**, *Droit des biens*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2012
- REVEL J.**, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2012
- RIPERT G., BOULANGER J.**,  
- *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, LGDJ, 1957  
- *Traité de droit civil*, t. IV, Paris, LGDJ, 1959
- SAVATIER R.**,  
- *Cours de droit civil*, t. 1, Paris, LGDJ, 1942  
- *Traité de la responsabilité civile en droit français*, tome 1, Préf. G. Ripert, LGDJ, 1939  
- *Traité de la responsabilité civile en droit français*, tome 2, Préf. G. Ripert, LGDJ, 1939
- SAVIGNY F. C. Von**, *Le droit des obligations*, t. I et II, LGDJ, 2008
- SERIAUX A.**,  
- *Successions et libéralités*, Ellipses, 2012  
- *Manuel de droit des obligations*, PUF, 1<sup>e</sup> éd., 2006 (2<sup>e</sup> éd., 2014)  
- *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2014
- SEUBE J.-B.**, *Droit des biens*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2010
- SIMLER P., DELEBECQUE P.**, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz,
- STARCK B., ROLAND H., BOYER L.**, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 1996
- STRICKLER Y.**, *Procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Paradigmes, 2008
- TERRE F., FENOUILLET D.**, *La famille*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2011



## Bibliographie

- TERRE F., LEQUETTE Y.**, *Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2013
- TERRE F., SIMLER P.**,  
- *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2011  
- *Les biens*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2010
- TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y.**, *Les obligations*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013
- TESTU F. X.**, *Contrats d'affaires*, Dalloz référence, 2010
- TEYSSIE B.**, *Les personnes*, LexisNexis, 14<sup>e</sup> éd., 2014
- VIDAL D.**, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2010
- VINEY G.**, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2008
- VINEY G., JOURDAIN P., CARVAL S.**, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013
- VINEY G., JOURDAIN P.**, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2011
- VIVANT M., BRUGUIERE J.-M.**, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2012
- VOGEL L.**, *Traité de droit des affaires*, t. I, LGDJ, 19<sup>e</sup> éd., 2010
- VOIRIN P., GOUBEAUX G.**, *Régimes matrimoniaux. Successions - libéralités*, LGDJ, 26<sup>e</sup> éd., 2010
- ZENATI-CASTAING F., REVET T.**,  
- *Cours de droit civil. Obligations. Régime*, PUF, 2013  
- *Cours de droit civil. Successions*, PUF, 2012  
- *Cours de droit civil. Sûretés personnelles*, PUF, 2013  
- *Les biens*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2008

### **D. Ouvrages collectifs, colloques**

- Droit et morale*, ss. dir. de D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet, Dalloz, 2011
- L'aléa*, Journées nationales. Tome XIV / Le Mans, Dalloz, 2011
- Le renouveau de la doctrine française*, études réunies par N. Hakim et F. Melleray, Dalloz, 2009
- Regards sur le droit*, ss. dir. F. Terré, Dalloz, 2010
- Repenser le contrat*, ss. dir. G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz, 2009

### **III. OUVRAGES SPECILISES, THESES, ESSAIS, MONOGRAPHIES**

- ABERKANE H.**, *Essai d'une théorie générale de l'obligation « propter rem » en droit positif français*, Alger, LGDJ, 1957
- ANTONMATTEI P.-H.**, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Préf. B. Teyssié, LGDJ, 1992
- AZOULAY M.**, *Le droit de copropriété par appartements*, Paris, 1956
- BAKOUCHE D.**, *L'excès en droit civil*, Préf. M. Gobert, LGDJ, 2005
- BEIGNIER B.**, *L'honneur et le droit*, Préf. J. Foyer, LGDJ, 1995
- BERTHIAU D.**, *Le principe d'égalité et le droit des contrats*, Préf. J.-L. Souriaux, LGDJ, 1999
- BLANCHARD C.**, *La dispense en droit privé*, Préf. de P. Conte, éd. Panthéon Assas, 2010

## Bibliographie

- BOFFA R.**, *La destination de la chose*, Préf. M.-L. Mathieu-Izorche, Defrénois, 2008
- BONNET D.**, *Cause et condition dans les actes juridiques*, Préf. P. de Vareilles-Sommières, LGDJ, 2005
- BOURASSIN M.**, *L'efficacité des garanties personnelles*, Préf. M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, 2006
- BRIARD M.**, *L'élément affectif en droit de la responsabilité*, thèse ss. dir. de J.-M. Trigeaud, en cours
- BRICKS H.**, *Les clauses abusives*, Préf. J. Calais-Auloy, LGDJ, 1982
- BRUNO S.**, *Raisonnement par analogie et conceptualisation*, thèse, Paris, 2001
- BRUZIN A.**, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Bordeaux, 1922
- CABRILLAC R.**, *L'acte juridique conjonctif*, Préf. Catala, LGDJ, 1990
- CARBONNIER J.**, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, 1932
- CARDOSO-ROULOT N.**, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Préf. E. Loquin, L'Harmattan, 2008
- CATALA N.**, *La nature juridique du paiement*, Préf. Carbonnier, LGDJ, 1961
- CAZELLE P.**, *De l'idée de continuation de la personne*, Rousseau, Paris, 1907
- CHABAS J.**, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931
- CHANTEPIE G.**, *La lésion*, Préf. G. Viney, LGDJ, 2006
- CHARDEAUX M.-A.**, *Les choses communes*, Préf. G. Loiseau, LGDJ, 2006
- CHARDIN N.**, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1988
- CHATILLON C.**, *Les choses empreintes de subjectivité*, thèse ss. dir. R. Libchaber, éd. universitaires européennes, 2008
- CHENEDE F.**, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, Préf. A. Ghozi, Economica, 2008
- COSTE-FLORET P.**, *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, Sirey, 1935
- COUTANT-LAPALUS C.**, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Préf. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002
- DE JUGLART M.**, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Bordeaux, 1937
- DE MESMAY H.**, *La nature juridique de la lésion en droit civil français*, thèse ss. dir. J. Carbonnier, Paris, 1980
- DELHAY F.**, *La nature juridique de l'indivision*, Préf. J. Patarin, LGDJ, 1968
- DELHAY F.**, *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, Préf. J. Patarin, LGDJ, 1968
- DELZANGLES R.**, *Actionnaires et répartition des bénéfices*, thèse, Bordeaux, 1925
- DENIZOT A.**, *L'universalité de fait*, Préf. R. Libchaber, LGDJ, 2008
- DOUCHY-OUDOT M.**, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Préf. A. Sériaux, Economica, 1997
- DRAPIER S.**, *Les contrats imparfaits*, Préf. G. Goubeaux, PUAM, 2001

## Bibliographie

- DUPEYROUX J.-J.**, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Préf. J. Maury, LGDJ, 1955
- DUPRE-DALLEMAGNE A.-S.**, *La force contraignante du rapport d'obligation*, Préf. P. Delebecque, PUAM, 2004
- EICHENBAUM-VOLINE A.**, *Le statut des idées en droit des créations immatérielles*, ss. dir. G. Bonet, Paris, 2003
- FAIDHERBE A.-J.**, *La justice distributive*, Sirey, 1934
- FIN-LANGER L.**, *L'équilibre contractuel*, Préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002
- FOREST G.**, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Préf. F. Leduc, Dalloz, 2012
- FORRAY V.**, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Préf. G. Pignarre, LGDJ, 2007
- FROMION-HEBRARD B.**, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse ss. dir. de M. Grimaldi, Paris, 1998
- GAILLARD E.**, *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Lyon, 1932
- GAILLARD E.**, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985
- GARNSEY P.**, *Penser la propriété : de l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, trad. A. Hasnaoui, Les Belles Lettres, 2013
- GARY R.**, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Préf. J. Bonnecase, Sirey, 1932
- GAUDEMET S.**, *La clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, Economica, 2006
- GAZIN H.**, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Dijon, 1910
- GHESTIN J.**, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006
- GONNARD R.**, *La propriété dans la doctrine et dans l'histoire*, LGDJ, 1943
- GOUBEAUX G.**, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. D. Tallon, LGDJ, 1969
- GUINCHARD S.**, *L'affectation des biens en droit privé français*, Préf. R. Nerson, LGDJ, 1976
- GUYET G.**, *L'autonomie de la volonté*, thèse ss. dir. J.-M. Trigeaud, Bordeaux, 2012
- HAMELIN J.-F.**, *Le contrat-alliance*, Préf. N. Molfessis, Economica, 2012
- HAUSER J.**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1971
- HENNEBELLE D.**, *Essai sur la notion de salaire*, préf. G. Vachet, PUAM, 2000
- HENRY A.**, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale, essai d'une théorie générale*, thèse, Nancy, 1913
- HIEZ D.**, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Préf. P. Jestaz, LGDJ, 2003
- HOUTCIEFF D.**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H. Muir Watt, PUAM, 2001
- HUET J.**, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse ss. dir. de J. Flour, 1978
- HUSSON L.**, *Les transformations de la responsabilité*, PUF, 1947
- JALLU O.**, *Essai critique sur la continuation de la personne*, Paris, 1902
- JAPIOT R.**, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Dijon, 1909
- JESTAZ P., JAMIN C.**, *La doctrine*, Dalloz, 2004

## Bibliographie

- KARIMI A.**, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Préf. P. Simler, LGDJ, 2001
- KORNPROBST M.**, *La notion de servitude en droit privé contemporain*, Préf. J. Radouant, Dalloz, 1937
- LAURIOL M.**, *La subrogation réelle*, Alger, 1952
- LAZARUS C.**, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux : une nouvelle catégorie juridique*, thèse, Préf. D. Laszlo-Fenouillet, PUAM, 2005
- LE GAC-PECH S.**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000
- LE GALLOU C.**, *La notion d'indemnité en droit privé*, Préf. A. Sériaux, LGDJ, 2007
- LE TOURNEAU P.**, *La règle « Nemo auditur... »*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1970
- LEBEAU M.**, *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, Préf. P.-Y. Gautier, Defrénois, 2012
- LEMOINE C.**, *La distinction en droit, une approche épistémologique*, thèse ss. dir. J.-P. Chazal, Lyon, 2009
- LEQUETTE S.**, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Préf. C. Brenner, Economica, LGDJ, 2012
- LEVENEUR L.**, *Situations de fait et droit privé*, Préf. M. Gobert, LGDJ, 1990
- LIBCHABER R.**, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Préf. P. Mayer, LGDJ, 1992
- LOKIEC P.**, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004
- LOYER J.**, *Des actes inexistantes*, thèse, Rennes, 1908
- LUCAS-PUGET A.-S.**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005
- LUCAS-PUGET A.-S.**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005
- MALECKI C.**, *L'exception d'inexécution*, thèse ss. dir. J. Ghestin, 1994
- MARLY P.-G.**, *Fongibilité et volonté individuelle. Etude sur la qualification juridique des biens*, Préf. Ph. Delebecque, LGDJ, 2004
- MARTIN DE LA MOUTTE J.**, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Préf. P. Raynaud, Sirey, 1951
- MASSON P.**, *Rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age*, Dijon, 1933
- MAZEAUD D.**, *La notion de clause pénale*, Préf. F. Chabas, LGDJ, 1992
- MEILLER E.**, *Contribution à la théorie de la servitude. Une approche objective du service foncier*, thèse ss. dir. de F. Zenati-Castaing, Lyon, 2009
- MICHAS H.**, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Paris, 1900
- OVERSTAKE J.-F.**, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969
- PAILLUSSEAU J.**, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Préf. Y. Loussouran, Sirey, 1967
- PARAISO F.**, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Préf. C. Atias, PUAM, 2011
- PAUL F.**, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du code civil*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002

## Bibliographie

- PERNEY D.**, *La nature juridique de la réserve héréditaire*, thèse, ss. dir. P. Jullien, Nice, 1976
- PIAZZON T.**, *La sécurité juridique*, Préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009
- PICOD Y.**, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préf. G. Couturier, LGDJ, 1989
- PORACCHIA D.**, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1998
- RANOUIL V.**, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Préf. J.-Ph. Lévy, PUF, 1980
- REIGNE P.**, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse ss. dir. de B. Audit, Paris, 1993
- RIEG A.**, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Préf. R. Perrot, LGDJ, 1961
- RIGAUD L.**, *Le droit réel, histoire et théorie. Son origine institutionnelle*, thèse ss. dir. de M. Hauriou, Toulouse, 1912
- ROCHFELD J.**, *Cause et type de contrat*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999
- ROGUIN E.**, *La règle de droit*, 1889
- ROUJOU DE BOUBEE M.-E.**, *Essai sur la notion de réparation*, Préf. P. Hebraud, LGDJ, 1974
- ROUVIERE F.**, *Le contenu du contrat. Essai sur la notion d'inexécution*, Préf. C. Atias, PUAM, 2005
- SAUTONIE-LAGUIONIE L.**, *La fraude paulienne*, Préf. G. Wicker, LGDJ, 2008
- SAVAUX E.**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997
- SIESSE G.**, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, LGDJ, 1922
- STOFFEL-MUNCK P.**, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Préf. R. Bout, LGDJ, 2000
- TAISNE J.-J.**, *La notion de condition dans les actes juridiques*, ss. dir. de C. Labrusse-Riou, Lille, 1977
- TERRE F.**, *Le rôle de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, LGDJ, 1957
- THOMAT-RAYNAUD A.-L.**, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Préf. D. Tomassin, Defrénois, 2007
- TRIGEAUD J.-M.**, *La possession des biens immobiliers*, Préf. F. Terré, Economica, 1981
- VALLANÇON F.**, *Domaine et propriété, glose sur la Somme Théologique de Saint-Thomas d'Aquin*, ARNT, 1986
- VERSCHAVE J.-P.**, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, ARNT, 1985
- VIGUIER D.**, *Persona ficta. Etude de la nature juridique de l'indivision*, thèse, ss. dir. A. Sériaux, Perpignan, 2008
- WICKER G.**, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997
- WILLIATTE-PELLITTERI L.**, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables*, Préf. F. Dekeuwer-Défossez, LGDJ, 2009

**WITTMANN L.**, *Essai d'une théorie des biens incorporels*, thèse ss. dir. M. Bandrac, Paris, 2005

**ZABALZA A.**, *La terre et le droit*, Préf. J.-M. Trigeaud, éd. Bière, 2007

## **VI. ARTICLES DE DOCTRINE**

### **A. Histoire, philosophie du droit et théorie générale du droit**

**AMBROSETTI G.**, Y a-t-il un droit naturel chrétien ?, *in* Dimensions religieuses du droit et notamment l'apport de saint Thomas d'Aquin, *APD*, t. 18, Sirey, 1973, p.77-83

**ANDRE-VINCENT Ph. I.**, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation (en lisant Engisch) », *in* L'interprétation dans le droit, *APD*, t. 17, Sirey, 1972, p.135-147

**ARNAUD A.-J.**, « La référence à l'école du droit naturel moderne : les lectures des auteurs du Code civil français », *in* La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil, Imprimerie nationale, Centre Georges Pompidou, 1989, p.3-9

**ATIAS C.**, « Une crise de légitimité seconde », *in* Crises dans le droit, *Droits*, n° 4, 1986, p.21-33

**BASTIT M.**, « Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique », *in* L'acte juridique, *Droits*, n° 7, 1988, p.11-20

**BERGEL J.-L.**, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *RRJ* 1995-4, PUAM, p.1079-1086

**DOGNIN P.**, « Echange et « justice » commutative », *in* Marx et le droit moderne, *APD*, t. 12, 1967, p.12-32

**DUBOUCHE P.**, « Pour une théorie normative de l'institution », *RRJ* 1993-3, PUAM, p.739-756

**DUFOUR A.**, « Droit naturel / droit positif », *in* Vocabulaire fondamental du droit, *APD*, t. 35, Sirey, 1990, p.59-79

**GURVITCH G.**, « Droit naturel ou droit positif intuitif ? », *APD*, n°3-4, Sirey, 1933, p.55-90

**GUTMANN D.**, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », *in* Mél. en hommage à F. Terré, Dalloz, 1999, p.329-342

**KAISER P.**, « La justice selon Aristote », *RRJ* 1996-2, PUAM, p.313-322

**LAGARDE X.**, « Qu'est-ce qui est juste ? Propos de juriste », *in* Mél. en l'honneur du P. Gilles Goubeaux, Dalloz, LGDJ, 2009, p.299-318

**LEBEN C.**, « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », *in* L'argumentation des juristes et ses contraintes, *Droits*, n° 54, 2012, n°54, p.49-80

**LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA B.**, « La lésion : acte illicite ou vice du consentement ? », *in* Mél. en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p.511-525

**LIBCHABER R., MOLFESSIS N.**, « Sources du droit en droit interne », *RTD civ.* 1998, p.210-229

**MICHEL A.**, *Dictionnaire de théologie catholique*, tome 5-1, Paris, Letouzey et Ané, 1924, V° « Essence »

## Bibliographie

**PHILIPPE C.**, « L'article 212 du Code civil : du XX<sup>e</sup> au XXI<sup>e</sup> siècle », *in* Mél. en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p.627-636

**PIOVANI P.**, « La philosophie du droit dans le pluralisme des expériences juridiques », *in* Qu'est-ce que la philosophie du droit ?, *APD*, t. 7, Sirey, 1962, p.13-34

**SERIAUX A.**,

- « Le droit naturel de Michel Villey », *Revue d'histoire des facultés de droit et de science juridique*, n°6, 1988, p.139

- « Les sources du droit : vision jusnaturaliste », *RRJ* 1990-1, PUAM, p.167-172

- « L'enseignement de la philosophie du droit : Quel contenu ? Quelle pédagogie ? », *RRJ* 1996-2, p.323-327

**SOURIOUX L.**, « La doctrine française et le droit naturel dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle », *in* Rev. d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, n°8, 1989, p.159

**SPITZ J.-F.**, « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007, p.281-286

**TRIGEAUD J.-M.**,

- « Nature », *in* Dictionnaire de philosophie politique, ss. dir. P. Raynaud et S. Rials, PUF, 2003

- « Droit naturel », *in* Dictionnaire de philosophie politique, ss. dir. P. Raynaud et S. Rials, PUF, 2003

**VILLEY M.**, « Abrégé de droit naturel classique », *in* La réforme des études de droit et le droit naturel, *APD*, n° 6, Sirey, 1961, p.25-72

### **B. Droit positif**

**ANCEL P.**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.771-810

**ANTIPPAS J.**, « Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité », *RTD com.* 2012, p.35

**ANTOINE S.**, « Le droit de l'animal : évolution et perspectives », *D.* 1996, p.126

**ATIAS C., LINOTTE D.**, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chr. 34, p.251-258

**BAILLOD R.**, « A propos des clauses réputées non écrites », *in* Mél. dédiés à L. Boyer, Presse Universitaires de Toulouse, 1996, p.15-38

**BARBIERI**, « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique », *JCP G* 1984. I. 3156

**BARTIN E.**, « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois », *in* Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1930-I, t.31, Paris, Sirey, p.561-621

**BASTIT M.**, « Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique », *in* L'acte juridique, *Droits*, n° 7, 1988, p.11-19

**BATIFFOL H.**, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *in* Les biens et les choses, *APD*, t.24, Sirey, 1979, p.9-16

**BEIGNIER B.**, « Acheter la réforme des libéralités : la forme des testaments », *Droit de la famille*, 2011, p.1-2

## Bibliographie

- BELLIVIER F.**, « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France », *in* La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, sous la dir. De O. Beaud et de P. Wachsmann, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série n°1, PUF, 1997
- BELOT J.**, « La détermination judiciaire du prix dans les contrats », *RRJ* 1982-2, p.349-370
- BERGEL J.-L.**,  
- « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p.255-272  
- « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *RRJ* 1995-4, PUAM, p.1079-1086
- BERGMANS B.**, « Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé », *RRJ* 1990-3, p. 411-452
- BERTREL J.-P.**, « Le débat sur la nature de la société », *in* Etudes à la mémoire d'Alain Sayag, Litec, 1997, p.131-145
- BINCTIN N.**, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *Comm. Comm. Elect.*, juin 2006, p.8-12
- BINET J.-R.**, « De la fausse cause », *RTD civ.*, 2004, p.655-672
- BLANCHARD C.**, « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère », *Defrénois*, 2009, p.2047-2060
- BOFFA R.**, « Réforme du droit des obligations : un grand pas avant le grand saut », *JCP N* 2013, n°51-52, p.8-9
- BON P., TERNEYRE P.**, « Enrichissement sans cause : caractère subsidiaire de l'action de in rem verso », *D.* 1996, som. com., p.51
- BOUSTANI D.**, « La réparation intégrale et les règles de procédure : principe prétendu ou droit effectif ? », *D.* 2014, n°6, p.389-395
- BREMOND V.**, « Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires successionis* », *JCP N* 2006, p.2080-2085
- BRUGUIERE J.-M., MAFFRE-BAUGE A.**, « Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ? », *Droit et Patrimoine*, n°133, janv. 2005, p.64-72
- BRUN P.**, « Le droit en « principes » : la réparation intégrale en droit du dommage corporel », *Revue Lamy Droit civil*, 2013, NS 110, p.21-23
- BRUSORIO-AILLAUD M.**, « Oubli de récompenses : partage complémentaire et responsabilité du notaire », *Lexbas Hebdo – Ed. Privée Gén.*, n°511
- CABRILLAC M.**,  
- « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *in* Mél. en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, 1991, p.31-41  
- « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *in* Mél. dédiés à G. Marty, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p.235-254
- CAILLE C.**, « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », *in* Mél. Aubert, Dalloz, 2005, p.55-66
- CAPITANT H.**, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD civ.* 1919, p.385-416



## Bibliographie

**CARBONNIER J.**, « L'hypothèse du non-droit », *in* Le dépassement du droit, *APD*, n° 8, Sirey, 1963, p.55-74

**CATALA P.**,

- « Des contrats déséquilibrés », *in* Etudes à la mémoire de Fernand Charles Jeantet, LexisNexis, 2010, p.77-90

- « L'indivision », *Defrénois*, 1979, p.6-27

- « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, n°26, p.55-59

**CHAMPENOIS G.**, « Jurisprudence », *Defrénois*, 1992, n°35348, p.1123-1135

**CHAPUISAT F.**, « Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle », *RTD civ.* 1973, p.643-662

**CHARBONNEAU C.**, « La réparation intégrale du dommage, un principe à nuancer », *Revue Lamy Droit Civil*, sept. 2013, n°107, p.19-22

**CHARMONT J.**, « L'abus de droit », *RTD civ.* 1902, p.113-125

**CHAUVEAU P.**, « Le fonds de commerce - Patrimoine d'affectation ? Propos sur le contrat de gérance libre », *DH* 1939, n°20, chr. X, p.37

**CHAZAL J.-P.**,

- « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du Code civil », *RTD civ.* 2001, p.265-283

- « Théorie de la cause et justice contractuelle. A propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G* 1998, n° 29, p.1315-1319

**COLOMER A.**, « La suppression du droit de jouissance de la communauté sur les biens propres des époux, ou : le danger d'innover », *D.* 1966, chr. VI, p.24-28

**CORNU G.**, « Le règne discret de l'analogie », *in* Mél. Offerts à André Colomer, Litec, 1993, p.129-142

**COTTEREAU**, « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, n° 28-29, p.315-321

**COURDIER-CUISINIER A.-S.**, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner », *RTD civ.* 2005, p.521

**COUTURIER G.**, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *in* Etudes offertes à Jacques Flour, Defrénois, 1979, p.95-115

**CUIF P.-F.**, « Le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.* 2005, p.1-27

**DAVID R.**, « L'imprévision dans les droits européens », *in* Etudes offertes à Alfred Jauffret, 1974, p.211-230

**DEBET A.**, « Un fichier non déclaré à la CNIL est une chose hors commerce », *JCP G* 2013, n°37, p.1619-1621

**DEFOSSEZ M.**, « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations », *RTD civ.* 1985, p.521-538

**DELPECH X.**, « Conditions de fixation du loyer d'une location de coffre-fort », *D.* 2001, p.302-304

**DEMOGUE R.**, « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », *RTD civ.* 1928 p.27-73

**DION-LOYE S.**, « Le pauvre appréhendé par le droit », *RRJ* 1995-2, PUAM, p.433-472

**DOM J.-P.**, « La fiducie-gestion et le contrat de société », *Rev. sociétés* 2007, p.481

- DONDERO B.**, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », *D.* 2012, p.1686-1693
- EDELMAN B.**, « Entre le corps - objet profane - et le cadavre - objet sacré », *D.* 2010, p.2754
- FABRE R.**, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p.1-30
- FABRE-MAGNAN M.**, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p.85
- FAGES B.**, « Toute offre non assortie d'un délai précis est nécessairement faite pour un délai raisonnable », *RTD civ.* 2009, p.524
- FLECHEUX G.**, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p.341-345
- FORTIER V.**, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991-3, not. p. 755-768
- FOURES-DIOP A.-S.**, « Les choses communes », *Rev. jur. de l'Ouest*, 2011, n°1, p.59-112
- FREYRIA C.**, « La personnalité morale à la dérive... », in *Mél. en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p.121-130
- GAUTIER P.-Y.**, « L'art et le droit naturel », in *Droit et esthétique*, *APD*, t. 40, Sirey, 1996, p.207-218
- GAZZANIGA J.-L.**, « Domat et Pothier. Le contrat à la fin du l'ancien régime », in *Le contrat*, *Droits*, n° 12, 1990, p.37-46
- GENICON T.**, « L'obligation naturelle vers un fabuleux destin... ou une mort certaine ? », *RDC* 2013, p.43-53
- GHESTIN J.**, « La notion de contrat », in *Le contrat*, *Droits*, n°12, 1990, p.7-24
- GOUBEAUX G.**, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p.203-227
- GOYARD-FABRE S.**, « La chose juridique dans l'idéalisme moderne », in *Les biens et les choses*, *APD*, t.24, Sirey, 1979, p.151-171
- GRIDEL J.-P.**, « La personne morale en droit français », *RIDC* 1990, p.494-512
- GRILLET-PONTON D.**, « L'organisation de l'insolvabilité en droit patrimonial de la famille » *D.* 1996, chr., p.339-342
- GRILLET-PONTON D.**, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, n° 21, p.331-336
- GRUA F.**, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983, p.263-287
- GRZEGORCZYK C.**, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », in *Les biens et les choses*, *APD*, t.24, Sirey, 1979, p.259-272
- GUEGEN J.-M.**, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, chr., p.352-358
- HAGE-CHAHINE F.**, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p.705-743
- HAUSER J.**, « La mort en ce jardin ! », *RTD civ.* 2009, p.501
- HEBRAUD P.**, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mél. offerts à Jacques Maury*, t. 2, Dalloz, Sirey, 1960, p.419-476
- HENRIOT J.**, « De l'obligation comme chose », in *Les biens et les choses*, *APD*, t. 24, Sirey, 1979, p.235-245

**HIEZ D.**, « La nature juridique de la dation en paiement. Une modification de l'obligation aux fins du paiement », *RTD civ.* 2004, p.199-224

**HINFRAY A.**, « La fiducie et le bail commercial en droit français », *AJDI* 2012, p.85

**JAMIN C.**,

- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in* Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p.441-472

- « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *in* Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, *Droit et Patrimoine*, n°58, mars 1998, p.46

**JESTAZ P.**,

- « La qualification en droit civil », *in* La qualification, *Droits*, n° 18, 1993, p.45-3

- « Les dommages et intérêts en quête d'un fondement », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2013, n°85, p.109-111

**JEULAND E.**,

- « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p.455-474

- « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », *in* Mél en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p.443-453

**JOSSERAND**, « L'essor moderne du concept contractuel », *in* Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t.2, 1934, p.333-346

**LAGARDE X.**, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? - Etude pratique », *JCP G* 2006, n° 6, p.255-259

**LAMBERT-FAIVRE Y.**, « Dommage corporel : l'esprit et la lettre dans la réparation des préjudices extrapatrimoniaux », *D.* 1998, p.59

**LARRIBAU-TERNEYRE V.**, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », *in* Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p.83-107

**LARROUMET C.**, « La fiducie inspirée du trust », *D.* 1990, p.119

**LAUDE A.**, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p.307 -343

**LE BARS B.**, « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.* 2002, n° 4, p.381-387

**LE GUIDE R.**, « L'exigence du consentement des époux pour la disposition du logement familial suivant l'article 215, alinéa 3, du code civil », *D.* 1990, p.310

**LE TOURNEAU P.**,

- « Conformité et garantie dans la vente d'objets mobiliers corporels », *RTD com.* 1980, p.231-276

- « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *in* Mél. offerts à P. Raynaud, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p.349-380

**LEGEAIS D.**,

- « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. des Sociétés*, 2013, n° 12, p.680-683

- « Décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », *RTD com.* 2009, p.424-425

- « Devoir de mise en garde et proportionnalité », *RTD com.* 2013, p.122-123

**LEQUETTE Y.**,

## Bibliographie

- « Bilan des solidarismes contractuels », *in* Mél. offerts à Paul Didier, *Economica*, 2008, p.247-288
- « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », *in* Mél. en l'honneur du P. J. Hauser, Dalloz, 2012, p.879-903
- LEVILLAIN N.**, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, p.1941-1948
- LIBCHABER R.**, « La souffrance et les droits. A propos d'un statut de l'animal », *D.* 2014, n° 6, p.380-388
- LOISEAU G.**,
  - « Pour un droit des choses », *D.* 2006, n° 44, p.3015-3020
  - « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p.47
- LUCAS O.**, « La Convention européenne des Droits de l'Homme et les fondements de la responsabilité civile », *JCP G* 2002, n°6, p.286-290
- LYON-CAEN G.**, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946, p.75-112
- MALAURIE P.**, « Nature juridique de la personnalité morale », *Defrénois*, 1990, p.1068-1075
- MARGUENAUD J.-P.**, « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p.205-221
- MARTIN D. R.**,
  - « De la répétition de l'indu », *D.* 1993. Chron., p.167-168
  - « Du corporel », *D.* 2004, n°31, chr., p.2285-2287
- MASPETIOL R.**, « Brèves réflexions sur la règle de droit en tant qu'obstacle ou stimulant du développement économique et social », *in* Le droit et la crise universitaire, *APD*, t.14, Sirey, 1969, p.321-334
- MAZEAUD D.**,
  - « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *D.* 2010, p.1832-1837
  - « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », *in* Mél. en l'honneur du P. J. Hauser, Dalloz, 2012, p.905-926
  - « Réforme du droit des contrats », *RDC*, avril 2009, p.472-477
- MAZEAUD H.**, « La communauté réduite au bon vouloir de chacun des époux », 1965, chr. XIII, p.93
- MESTRE J.**, « Du maintien de l'offre pendant un délai raisonnable », *RTD civ.* 1993, p.345
- MESTROT M.**, « Le rôle de la volonté dans la distinction des biens meubles et immeubles », *RRJ* 1995-3, PUAM, p.809-826
- MIGNOT M.**,
  - « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4, p.1805-1858
  - « Le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004-4, p.2153-2198
- MITSOPOULOS G.**, « Considérations sur la distinction entre la fiction et l'analogie en droit », *RRJ* 1995-4, p.1039-1042
- MONTAGNIER J.-C.**, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacité », *JCP G* 1982. I. 3076
- MORIN G.**, « Qui, de la communauté ou des époux doit supporter les charges usufruituaires des biens propres ? », *in* Mél. offerts à André Colomer, *Litec*, 1993, p.259-266

## Bibliographie

- MOUSSERON J.-M.**, « Valeurs, biens, droits », in Mél. A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991, p.277-284
- NIGGEMANN F., JONGLEZ DE LIGNE F.**, « La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile », *Gaz. Pal.* 2009, n°298-300, p.21-26
- NOTTE G.**, « Liste des clauses abusives », *Contrats concurrence, consommation*, avril 2009, p.2-3
- UDIN F.**, « Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ? », *RJPF* 2006, n° 2, p.6-9
- PAISANT G.**, « Introduction » in Que reste-t-il du principe de l'intangibilité des contrats ?, *Dr. et Patrimoine*, n°58, mars 1998, p.42-45
- PARAIN-VIAL J.**, « La nature du concept juridique et la logique », in La logique du droit, *APD*, t.11, Sirey, 1966, p.45-58
- PELLIER J.-D.**, « La nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD com.* 2013, p.45-58
- PEYRON-BONJAN C.**, « De la dialectique de la responsabilité à la dialectique de la morale », *RRJ* 1991-3, p.675-684
- PIGNARRE G.**, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC*, janv. 2013, p.251-290
- POLLAUD-DULLIAN F.**, « Image des biens : du droit exclusif au trouble anormal », *D.* 2012, p.2218
- PRIGENT S.**, « Premiers pas en fiducie dans le code civil », *AJDI* 2007, p.280
- PUTMAN E.**, « Kant et la théorie du contrat », *RRJ* 1996-3, PUAM, 685-696
- RAYNAUD-CHANON**, « Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille », *D.* 1987, chron. XLVI, p.264-268
- REMY P.**, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p.323-355
- RENARD J.**, « L'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne », *RTD civ.* 1920, p.243-294
- RICCI R.**, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre le droit et le non-droit », in Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre, ss. dir. De Raymond Verdier, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p.145-165
- RIEG A.**, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes au XIXe siècle », in Le rôle de la volonté dans le droit, *APD*, n° 3, Sirey, 1957, p.125-133
- ROMAN B.**, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Defrénois*, 2009, p.504-518
- ROUAST A.**, « L'enrichissement sans cause », *RTD civ.* 1922, p.35-109
- ROUBIER P.**, « Délimitations et intérêts de la catégorie des droits subjectifs », in Le droit subjectif en question, *APD*, Sirey, n° 9, 1964, p.83-96
- ROUVIERE F.**, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p.89-100
- SAUPHANOR-BROUILAUD**, « Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et « grises » », *JCP G* 2009, n° 14, p.5-8
- SAVATIER R.**,

## Bibliographie

- « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p.331-360
- « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », in Mél. Maury, t. 2, Dalloz-Sirey, 1960, p.559-576
- « Une personne méconnue, la famille en tant que sujet de droit », *D.* 1939, chron. XIII, p.49-52
- « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.* 1958, p.1-23
- SCHMIDT D.**, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *D.* 2013, n° 7, p.446-451
- SERIAUX A.**,
  - « La notion de contrat synallagmatique », in Mél. Ghestin, LGDJ, 2001, p.777-788
  - « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p.801-813
- SEVE R.**, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », in Les biens et les choses, *APD*, t. 24, 1979, p.247-257
- SIRINELLI P.**, « Le quasi-usufruit », *LPA*, 21 juillet 1993, n°87, p.30-37
- SOUSI G.**, « La sécurité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 514-537
- STRICKLER Y.**, « Nature et culture dans la qualification des biens », in Mél. en l'honneur du P. Gilles Goubeaux, Dalloz, LGDJ, 2009, p.525-532
- TALLON D.**, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p.223-238
- TAURAN T.**, « Les distinctions en droit privé », *RRJ* 2000-2, p.489-508
- TERRE F.**, « L'évolution du droit de propriété depuis le code civil », in Destin du droit de propriété, *Droits*, n° 1, 1985, p.33-50
- TERRE F.**,
  - « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 2009, n° 25, p.52-57
  - « Nature et régime matrimoniaux. Sur la thèse de Jean Carbonnier », in Mél. en l'honneur du P. G. Champenois, Lextenso, 2012, p.795-802
  - « Propos sur la responsabilité civile », in La responsabilité, *APD*, t. 22, Sirey, 1977, p.37-44
  - « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », in L'égalité, *APD*, t.51, Dalloz, 2008, p.21-27
  - « Volonté et qualification », in Le rôle de la volonté dans le droit, *APD*, n° 3, Sirey, 1957, p.99-124
- THERON J.**, « De la communauté d'intérêts », *RTD civ.* 2009, p.19-38
- THUNIS X.**, « L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale », in Mél. Michel Cabrillac, Dalloz, Litec, 1999, p.313-321
- TITONE T., COULON F., DARY M.**, « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel », *JCP E* 2011, n° 23, p.25-30
- TRIGEAUD J.-M.**, « Convention », in Vocabulaire fondamental du droit, *APD*, t. 35, Sirey, 1990, p.13-25
- TRUDEL G.**, « Des frontières de la liberté contractuelle », in Mél. Louis Baudouin, Montréal, 1974, p.217-234

## Bibliographie

- VAREILLE B.**, « Régime primaire, logement de la famille : la mise en location du logement de la famille équivaut à un acte de disposition au sens de l'article 215 alinéa 3 du code civil », *RTD civ.* 2001, p.416
- VINEY G.**, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p.2944-2954
- VOULGARIS I.**, « Réflexions sur l'approche comparative de la qualification en droit international privé », in *Mél. en l'honneur de D. Tallon*, Paris, Société de législation comparée, 1999, p.193
- VULLIERME J.-L.**, « La chose, (le bien) et la métaphysique », in *Les biens et les choses*, *APD*, t.24, Sirey, 1979, p.31-53
- WEILL A.**, « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité », in *Mél. dédiés à Gabriel Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p.1165-1180

### **C. Répertoire Dalloz et Jurisclasseur**

- BARRIERE F.**, « Fiducie », *Rép. civ. Dalloz*, 2008
- BOUT R.**, « Obligation naturelle », *Rép. civ. Dalloz*, 2008
- BRENNER C.**, « Acte », *Rép. civ. Dalloz*, 2013
- DERRUPPE J.**, « Fonds de commerce », *Rép. com. Dalloz*, 1998
- DEVILLE S., NICOD M.**, « Réserve héréditaire – réduction des libéralités », *Rép. civ. Dalloz*, 2012
- HAUSER J., LEMOULAND J.-J.**, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ. Dalloz*, 2004
- LE TOURNEAU P.**,
- « Gestion d'affaires », *Rép. civ. Dalloz*, 2008
  - « Quasi-contrat », *Rép. civ. Dalloz*, 2008
- LEMOULAND J.-J.**, « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2005
- LIBCHABER R.**, « Bien », *Rép. civ. Dalloz*, 2009
- PICOD Y.**,
- « Nullité », *Rep. civ. Dalloz*, 2004
  - « Obligations », *Rép. civ. Dalloz*, 2009
- SAVAUX E.**, « Subrogation réelle », *Rép. civ. Dalloz*, 1998
- SERIAUX A.**, « Patrimoine », *Rép. civ. Dalloz*, 2010
- WICKER G.**, « Personne morale », *Rép. civ. Dalloz*, 1998

### **V. OUVRAGES DE PHILOSOPHIE**

- ASHWORTH E. J.**, *Les théories de l'analogie du XII<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle*, Vrin, 2008
- BARDOUT J.-C.**, *Penser l'existence. L'existence exposée. Epoque médiévale*, Vrin, 2013
- BASTIT M.**
- *Les principes des choses en ontologie médiévale*, éd. Bière, 1997

## Bibliographie

- *Les quatre causes de l'être selon la philosophie première d'Aristote*, éd. Peeters, 2002
- *La substance. Essai de métaphysique*, Les Presses universitaires de l'IPC, 2012
- BOULNOIS O.**, *Métaphysiques rebelles. Genèse et structures d'une science au Moyen Age*, PUF, 2013
- BREHIER E.**
  - *Histoire de la philosophie. I / Antiquité et Moyen Age*, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 1987
  - *Histoire de la philosophie. II / XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles*, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 1988
- BRUN J.**, *Aristote et le lycée*, PUF, Que sais-je ?, 1961
- BUGOSI T.**, *Intériorité et herméneutique*, éd. Bière, 1995
- BUSQUETS J.**, *Logique et langage : apports de la philosophie médiévale*, Presses universitaires de Bordeaux, 2006
- COURNARIE L.**, *L'existence*, Armand Colin, 2001
- COURTINE J.-F.**
  - *Les catégories de l'être. Etudes de philosophie ancienne et médiévale*, PUF, 2003
  - *Inventio analogiae. Métaphysique et ontothéologie*, Vrin, 2005
- DE LIBERA A.**, *La querelle des universaux*, Seuil, 1996
- DE LIBERA A., MICHON C.**, *L'être et l'essence Le vocabulaire de l'ontologie médiévale*, 1996, Seuil
- DE MURALT A.**
  - *La métaphysique du phénomène*, Vrin, 1985
  - *Comment dire l'être ? L'invention du discours métaphysique chez Aristote*, Vrin, 1985
  - *L'enjeu de la philosophie médiévale*, E. J. Brill, 1991
  - *Néoplatonisme et aristotélisme dans la métaphysique médiévale*, Vrin, 1995
  - *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Vrin, 2002
- DE RAEYMAEKER L.**, *Philosophie de l'être. Essai de synthèse métaphysique*, éd. Nauwelaerts, Louvain, 3<sup>e</sup> éd., 1970
- DE WAELEHENS A.**, *Phénoménologie et vérité*, Nauwelaerts, 1965
- DESCOMBES V.**, *Le platonisme*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 2007
- DUPUY M.**, *La philosophie allemande*, Que sais-je ?, PUF, 1972
- ERISMANN C.**, *L'homme commun. La genèse du réalisme ontologique durant le haut Moyen-Age*, Vrin, 2011
- FOREST A.**, *La structure métaphysique du concret selon saint Thomas d'Aquin*, Vrin, 1956
- GEIGER L.-B.**, *La participation dans la philosophie de saint Thomas d'Aquin*, Vrin, 1942
- GILSON E.**
  - *La philosophie au Moyen Age*, Bibliothèque philosophique Payot, 2<sup>e</sup> éd., 1986
  - *L'être et l'essence*, Vrin, 3<sup>e</sup> éd., 2008
- GRENET P.**, *Le thomisme*, PUF, Que sais-je ?, 5<sup>e</sup> éd., 1970
- ILDEFONSE F.**, *Les stoïciens I*, Les Belles Lettres, 2<sup>e</sup> éd., 2004
- KONIG-PRALONG C.**, *Etre, essence et contingence*, Les Belles Lettres, 2006
- LALLOT J., ILDEFONSE F.**, *Les Catégories*, Seuil, 2002
- LAVELLE L.**



## Bibliographie

- *Traité des valeurs I*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1991
- *Traité des valeurs II*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1991
- LE SENNE R.**, *Traité de morale générale*, PUF, 5<sup>e</sup> éd., 1967
- MARION J.-L.**, *Sur la théologie blanche de Descartes*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige », 1991
- MARITAIN J.**
  - *Distinguer pour unir. Les degrés du savoir*, Desclée de Brouwer, 6<sup>e</sup> éd., 1932
  - *Sept leçons sur l'être*, Téqui, 1994
  - *La philosophie de la nature*, Téqui, 1996
- MONTAGNES B.**, *La doctrine de l'analogie de l'être d'après Saint Thomas d'Aquin*, Cerf, 2008
- MOREAU J.**
  - *Réalisme et idéalisme chez Platon*, PUF, 1951
  - *La conscience et l'être*, Aubier, 1958
- NEF F.**, *L'objet quelconque. Recherches sur l'ontologie de l'objet*, Vrin, 2001
- OTTONELLO P. P.**, *Structure et formes du nihilisme européen*, éd. Bière, 1987
- PASQUA H.**, *Introduction à la lecture de « Etre et temps » de Martin Heidegger*, L'Age d'Homme, 1993
- PHILONENKO A.**, *L'œuvre de Kant. La philosophie critique*, t.1, Vrin, 2003
- ROMEYER DHERBEY G.**, *Les choses mêmes*, L'Age d'Homme, 1983
- ROSTENNE P.**
  - *Homo religiosus ou l'homme vertical*, éd. Bière, 1993
  - *Léon Chestov. Philosophe et liberté*, éd. Bière, 1994
- SECRETAN P.**, *L'analogie*, PUF, Que sais-je ?, 1984
- SIMON Y.**, *Introduction à l'ontologie du connaître*, Desclée De Brouwer, 1934
- SONDAG G.**, *Duns Scot*, Vrin, 2005
- TONQUEDEC J. de**, *La critique de la connaissance*, Paris, Beauchesne, 1929
- VAN STEENBERGHEN F.**, *Le thomisme*, PUF, Que sais-je ?, 1983

# INDEX ALPHABETIQUE DES ARGUMENTS JUSNATURALISTES

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

## – A –

**Abstrait** : 25, 31, 38, 61, 352  
**Analogique** (unité) : 24, 35, 49-50, 77,  
108, 175, 197, 199, 515-521  
**A priorisme** : 263  
**Argument** : 20-22, 161, **420**

## – B –

**Bien** : 301

## – C –

**Cause** : 37, 49, 136, 261, 295-302  
**Cause formelle** : 49, 299-300, 325, 374,  
379, 403, 461, 627  
**Causalité** : 299, 324, 461, 543, 545, 622,  
630  
**Coercition** : 62, 322  
**Concept** : 298  
**Condition** : 58, **325-326**, 328, 451, 456  
**Contingent** : 61, 74  
**Contraire** : 385  
**Culture** : 34, 112, 146, 238, 628, 629, 652

## – D –

**Définition** : 230, 242  
**Division** : 24, 50

## – E –

**Egalité** : 5, 324, 438  
**Equivoque** : 11, 66  
**Essence** : 41, 49  
**Etre** (verbe) : 44-46, 112  
**Exception** : 70, 271, 277, 288, 315, 352,  
431, 511  
**Exercice** : 178, 181, 198  
**Existence** : 47, 49, 51, 260-266

## – F –

**Fait** : 180, 185, 224, 254, 308-311, 338,  
349  
**Fondement** : 24, 173, 229  
**Formalisation** : 58-60, 100, 175, 256, 291,  
451, 517  
**Forme** : 21, 38, 42, 47, 49-50, 54, 77, 171

## – G –

**Généralité** : 13, 26-27, 428, 431

## – H –

**Hiérarchie** : 199

## – I –

**Idée** : 2, 26  
**Idée claire et distincte** : 279, 282, 428,  
470, 478, 590

**Identité** : 36, 66

**Impossibilité** : 359

**Intentionnalité** : *V.* Volonté  
(« connaissante »)

– J –

**Justice** : 376, 385, 425, 436, 440, 459, 461, 574

– L –

**Liberté** : 585, 590

**Loi** (statut de la -) : 397

– M –

**Matière** : 21, 39, 47, 49, 54

**Méréologique** (argument) : 46, 80, 157

– N –

**Nature** : 27, 39-42, 46, 47, 54

**Nature déformée** : 288

**Nature des choses** : 345

**Nature de l'homme** : 25, 31, 103, 394, 404, 478, 577, 581, 638

– O –

**Objectivisme** : 183

**Ordre** : 380, 583-585, 588-590, 596

– P –

**Personne** : 27

**Porphyre** (arbre de) : 129- 137

**Primat** : 173, 268-271

**Proportionnalité** (analogie de -) : 56, 472, 519

– Q –

**Quadripartition des étants** : 107

**Qualité** : 105-107

– R –

**Régional** : 55, 67, 74, 87, 129, 222

**Règles de droit** (augmentation du nombre de -) : 271, 277, 279, 352, 514

**Réification** : 49, 52, 55, 107, 158, 514, 590

– S –

**Structure prélogique** : 326, 374-375

**Subjectivisme** : 39, 162, 183, 297, 345, 409, 415

**Substitution** (de règles) : 348, 352

– T –

**Temps** : 97, 264-265

– U –

**Unité ontologique** : 24

**Universel** (universalité) : 26-27, 270, 277, 298

**Univoque** : 11, 70, 74, 105, 204, 315

– V –

**Verticale (approche)** : 31, 44, 53

**Volonté** (« connaissante ») : 100, 260, 271, 278, 283, 407, 552, 586

# INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

## – A –

**Abus de droit** : 12, 166, 178, 277  
**Acte juridique** : 5, 40, 58, 130, 228-229, 242, 280  
**Acte unilatéral** : 196, 244, 259, 283, 286  
**Aléa** : 599, 601  
**Animal** : 108, 143, 174  
**Apparence (théorie de l’-)** : 180, 528  
**Autonomie de la volonté** : 223, 231, 232, 267, 269, 300, 605

## – B –

**Bien commun** : 15, 226, 227  
**Bonne foi** : 98, 338-339, 349-352, 406-407, 418, 473, 609-613

## – C –

**Cadavre** : 141  
**Capacité** : 290-292, 430  
**Cause** : 295-302  
**Cautionnement** : 477, 617, 627  
**Chose commune** : 102-104  
**Clause** : 412, 504-510  
**Clientèle** : 152-159  
**Conditions (de formation des contrats)** : 260-266  
**Confirmation** : 304, 352, 355  
**Consensualisme** : 266, 288, 339  
**Consumptible** : 42, 84-87  
**Contrat** : 230, 255s., 381s., 604s.  
**Contrat (à distance)** : 294  
**Corporel** : 29, 42, 59, 70

## – D –

**Dol** : 49, 59, 256, 278-280, 428  
**Donation** : 247, 282, 297, 557, 568  
**Droit d’auteur** : 81, 149

## – E –

**Effet relatif du contrat** : 232, 308, 340, 474  
**EIRL** : 153, 209  
**Enrichissement sans cause** : 5, 12, 459-461  
**Erreur** : 49, 58, 273-276  
**Excès** : 444, 505, 511-512, 533, 631  
**Exécution forcée** : 5, 322, 384-386, 437

## – F –

**Famille** : 31, 115-121  
**Fiction** : 27, 64, 209, 218, 354, 380  
**Fiducie** : 213  
**Force majeure** : 133, 312-314  
**Fruits** : 95-101

## – G –

**Gestion d’affaires** : 287, 451-457

## – I –

**Immeuble** : 69-76  
**Incapacité** : 291-292, 432-433  
**Incorporel** : 57, 76, 83  
**Inexistence** : 303  
**Information** : 183, 279, 294, 338, 351-352, 515, 607

**Institution** : 223-227, 364-365  
**Intuitu personae** : 276, 314, 352

– J –

**Jeu** : 602

– L –

**Lésion** : 72, 247, 261, 292, 432, 460, 503, 543, 615  
**Libéralité** : 8, 17, 282, 561-563, 580-590  
**Liberté contractuelle** : 232, 290, 408, 412, 611  
**Licéité** : 93, 183, 220, 295-298  
**Loi impérative** : 93-94, 354, 438, 504, 532  
**Loterie** : 625

– M –

**Mandat** : 598  
**Meuble** : 69-76  
**Mineur** : 291-292, 432, 591  
**Monnaie** : 356-359, 367, 438

– N –

**Novation** : 320, 323, 328  
**Nullité** : 303-307

– O –

**Obligation** : 237, 344-345, 413  
**Obligation alimentaire** : 113, 479, 501  
**Obligation de donner** : 322, 386, 437-438, 626  
**Obligation de loyauté** : 279, 338, 349  
**Obligation naturelle** : 249, 345, 414-415, 448  
**Offre** : 259, 283  
**Ordre public** : 90, 93, 196-197, 219-220, 234, 365, 532

– P –

**Palement** : 87, 319-321  
**Patrimoine** : 346-348  
**Personne morale** : 194, 218, 227  
**Présomption** : 4, 27, 175, 291, 326, 354, 521  
**Prix** : 16, 71, 357, 389, 391, 401-403  
**Proportionnalité** : 472, 478, 569, 585, 616  
**Propriété** : 34, 80-82, 166-179, 333-336

– Q –

**Quasi-contrat** : 450

– R –

**Remise de dette** : 329  
**Répétition de l'indu** : 458-459

– S –

**Servitude** : 188-192  
**Silence** : 259, 279, 411  
**Simulation** : 250, 259, 293  
**Société** : 196-199  
**Solidarité** : 474-475, 477, 482  
**Subrogation réelle** : 124-128  
**Succession** : 487s.

– T –

– U –

**Usufruit** : 186-187

– V –

**Violence** : 49, 59, 256, 281  
**Volonté** : 87, 108, 197, 231, 257, 282-289, 410, 427, 582-585, 588





# TABLE DES MATIERES

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS ..... | 7 |
| SOMMAIRE .....                           | 9 |

|                                                                                     |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUCTION .....</b>                                                           | <b>11</b> |
| <b>CHAPITRE LIMINAIRE. ELEMENTS PHILOSOPHIQUES RELATIFS AU JUSNATURALISME .....</b> | <b>29</b> |
| § 1. La nécessité d'une lecture unitaire de la nature .....                         | 31        |
| § 2. Les multiples formes d'apparence du droit naturel dans le droit positif .....  | 35        |
| § 3. L'unité du droit naturel à travers l'unité de sens du mot « nature » .....     | 45        |
| A. Le sens du mot « nature » .....                                                  | 45        |
| B. La « nature » comme point commun entre droit positif et droit naturel .....      | 50        |
| C. Les réductions de la notion de nature .....                                      | 55        |
| D. La différenciation entre droit positif et droit naturel .....                    | 63        |
| E. Complémentarité du droit naturel et du droit positif .....                       | 68        |

## **PARTIE 1. L'ARGUMENT RELATIF A LA NATURE DANS LE DROIT POSITIF PATRIMONIAL .....**

**71**

|                                                                                                   |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>TITRE 1. L'AUTORITE DES ARGUMENTS JUSNATURALISTES DANS LES QUALIFICATIONS JURIDIQUES .....</b> | <b>75</b> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                                 |           |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>CHAPITRE 1. LES QUALIFICATIONS DES CHOSES PAR LA NATURE DES CHOSES .....</b> | <b>77</b> |
| SECTION 1. LA NECESSITE D'UN RESPECT DE LA NATURE DANS LES QUALIFICATIONS ..... | 78        |
| § 1. La classification des choses selon la nature .....                         | 79        |
| A. La distinction classique des meubles et des immeubles .....                  | 79        |
| B. Les autres classifications du droit des biens .....                          | 85        |
| 1. Le corporel et l'incorporel .....                                            | 85        |
| 2. Les biens consommables et non-consommables .....                             | 90        |
| 3. Les biens fongibles et les corps certains .....                              | 92        |
| 4. Les choses dans le commerce et hors du commerce .....                        | 94        |
| 5. Les fruits et les produits .....                                             | 97        |
| 6. Les choses communes .....                                                    | 102       |
| § 2. La classification des choses selon la qualité .....                        | 104       |
| A. La distinction de la nature et de la qualité .....                           | 104       |
| 1. La portée de la distinction .....                                            | 104       |
| 2. Les choses, les biens et les droits .....                                    | 107       |
| B. La qualité comme fondement de la valeur .....                                | 110       |
| 1. La particularité de certains types de biens .....                            | 110       |
| a. Les aliments .....                                                           | 110       |
| b. Le logement de famille .....                                                 | 111       |
| c. Les bijoux de la famille .....                                               | 112       |
| 2. La particularité de certains biens individualisés .....                      | 115       |



|                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a. Unité du patrimoine et chose individualisées .....                                                                   | 115 |
| b. La subrogation réelle .....                                                                                          | 116 |
| SECTION 2. LA DIFFICULTE D'UN RESPECT DE L'ESSENCE DANS LES<br>QUALIFICATIONS .....                                     | 120 |
| <b>§ 1. La nature incertaine des choses corporelles</b> .....                                                           | 120 |
| A. L'encadrement de la nature .....                                                                                     | 120 |
| B. La détermination de la nature .....                                                                                  | 126 |
| 1. Les êtres vivants .....                                                                                              | 126 |
| a. Le corps humain, ses éléments, ses produits .....                                                                    | 126 |
| b. Les animaux .....                                                                                                    | 128 |
| 2. Les choses en général .....                                                                                          | 129 |
| <b>§ 2. La nature incertaine des choses incorporelles</b> .....                                                         | 130 |
| A. Les biens artistiques, littéraires et industriels immatériels .....                                                  | 130 |
| B. Le fonds de commerce et la clientèle .....                                                                           | 133 |
| <b>CHAPITRE 2. LA QUALIFICATION DES CONCEPTS SELON LA NATURE DES<br/>CHOSSES</b> .....                                  | 141 |
| SECTION 1. LA NECESSITE D'UN RESPECT DE LA NATURE DANS LES<br>QUALIFICATIONS .....                                      | 141 |
| <b>§ 1. Les différents droits dont la chose est l'objet</b> .....                                                       | 142 |
| A. L'étendue des droits sur un bien .....                                                                               | 142 |
| 1. La propriété .....                                                                                                   | 142 |
| 2. La possession .....                                                                                                  | 153 |
| B. La restriction des droits sur un bien .....                                                                          | 157 |
| 1. L'usufruit .....                                                                                                     | 157 |
| 2. Les servitudes .....                                                                                                 | 159 |
| <b>§ 2. Les structures organisatrices des groupements choses</b> .....                                                  | 161 |
| A. Les structures .....                                                                                                 | 162 |
| 1. La communauté conjugale .....                                                                                        | 162 |
| 2. La société .....                                                                                                     | 164 |
| 3. L'indivision .....                                                                                                   | 167 |
| B. Les rapports analogiques .....                                                                                       | 169 |
| SECTION 2. LA DIFFICULTE D'UN RESPECT DE LA NATURE DANS LES<br>QUALIFICATIONS .....                                     | 170 |
| <b>§ 1. Une difficulté dans le dépassement de la relativité</b> .....                                                   | 171 |
| A. La relativité des concepts .....                                                                                     | 171 |
| 1. La relativité du point de vue de l'existence .....                                                                   | 171 |
| a. Le patrimoine comme « réalité » .....                                                                                | 171 |
| b. La personne morale comme « fiction » .....                                                                           | 178 |
| 2. La relativité du point de vue du contenu : l'ordre public .....                                                      | 182 |
| B. La relativité des catégories .....                                                                                   | 184 |
| 1. L'institution et le contrat .....                                                                                    | 185 |
| a. Eléments relatifs à l'institution .....                                                                              | 185 |
| b. Le contrat .....                                                                                                     | 189 |
| b. La relativité de la dualité .....                                                                                    | 193 |
| 2. Le droit réel et le droit personnel .....                                                                            | 194 |
| <b>§ 2. Une difficulté liée à l'apparence : l'apparence des actes juridiques dont les<br/>choses sont l'objet</b> ..... | 197 |
| A. La recherche de la nature des contrats pour les qualifications .....                                                 | 197 |
| B. Le principe de correspondance entre essence et qualification .....                                                   | 201 |
| CONCLUSION DU TITRE .....                                                                                               | 205 |

## **TITRE 2. L'AUTORITE DES ARGUMENTS JUSNATURALISTES DANS LE CONTENU DU DROIT POSITIF.....207**

### **CHAPITRE 1. L'ETAT DES SITUATIONS JURIDIQUES DETERMINE PAR LA NATURE.....209**

#### **SECTION 1. L'EXISTENCE DES SITUATIONS JURIDIQUES EN FONCTION DE LA NATURE.....209**

##### **§ 1. Les conditions légales de formation .....210**

###### **A. Le consentement, la capacité et l'objet.....210**

###### **1. Une double approche de la volonté : considérations métaphysiques .....210**

###### **a. La nature de la volonté.....215**

###### **b. Le lien entre la volonté et les autres éléments.....218**

###### **2. La lecture de la volonté en droit positif.....221**

###### **a. Les vices de consentement .....221**

###### **b. La relativité de la volonté.....230**

###### **c. Consentement et capacité.....236**

###### **3. La force de la volonté .....238**

###### **B. La cause.....240**

###### **C. La nullité .....248**

##### **§ 2. Les faits institutionnalisés par le droit .....253**

###### **A. La prise en compte réelle du fait par le droit .....253**

###### **1. L'acquisition originaire de la propriété .....253**

###### **2. La prescription acquisitive.....255**

###### **3. La force majeure.....256**

###### **B. La prise en compte incertaine du fait par le droit.....258**

###### **1. Le contrat de fait et la réalité du contrat .....258**

###### **2. La création d'une société .....260**

#### **SECTION 2. LA FIN DES SITUATIONS JURIDIQUES EN FONCTION DE LA NATURE.....261**

##### **§ 1. L'extinction classique de l'obligation .....262**

###### **A. Le paiement.....262**

###### **B. L'exécution forcée.....263**

##### **§ 2. L'extinction de l'obligation sans paiement.....264**

###### **A. Extinction sans atteinte au droit du créancier .....264**

###### **1. La dation en paiement.....264**

###### **2. La compensation.....265**

###### **3. La confusion et la novation.....267**

###### **B. Extinction sans satisfaction du créancier .....268**

### **CHAPITRE 2. LA DETERMINATION DES EFFET JURIDIQUES A PARTIR DE LA NATURE.....269**

#### **SECTION 1. LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DETERMINEES PAR LA FINALITE .....269**

##### **§ 1. La relativité finalisée du droit positif.....270**

###### **A. L'exemple de la propriété.....270**

###### **1. La nature de la propriété .....270**

###### **2. Variations sur le thème du transfert de propriété .....272**

###### **2. Extension aux autres notions juridiques .....276**

###### **a. La notion d'obligation.....276**

###### **b. La notion de patrimoine .....279**

|                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. La relativité finalisée des conséquences juridiques .....                | 281 |
| 1. La relativité finalisée des règles de droit .....                        | 281 |
| a. La possibilité de substitution des règles de droit lacunaires .....      | 281 |
| b. La limite des substitutions des règles de droit dites lacunaires.....    | 283 |
| 2. La relativité finalisée des effets juridiques .....                      | 285 |
| a. Les concepts transformateurs .....                                       | 285 |
| b. Les montages juridiques .....                                            | 294 |
| § 2. La relativité des catégories juridiques .....                          | 295 |
| A. Les catégories juridiques du droit positif.....                          | 295 |
| B. Les catégories de théorie générale du droit.....                         | 296 |
| SECTION 2. LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DETERMINEES PAR                      |     |
| L'ESSENCE .....                                                             | 297 |
| § 1. Le lien apparent entre nature et conséquences juridiques .....         | 298 |
| A. Une conformité des conséquences juridiques à la nature .....             | 298 |
| 1. Le régime juridique des contrats .....                                   | 298 |
| a. Le régime commun des contrats.....                                       | 298 |
| b. Les contrats spéciaux.....                                               | 299 |
| 2. Les limites extérieures aux contrats .....                               | 305 |
| B. Une conformité limitée des conséquences juridiques à la nature.....      | 306 |
| 1. Les limites pratiques de détermination des conséquences juridiques ..... | 306 |
| 2. Les limites théoriques de détermination des conséquences juridiques..... | 307 |
| § 2. Le lien réel entre nature et conséquences juridiques .....             | 307 |
| A. La conformité des conséquences juridiques au droit naturel .....         | 307 |
| B. La nature des conséquences juridiques face au droit naturel .....        | 315 |
| 1. La subjectivisation critiquable de la nature .....                       | 315 |
| 2. Les conséquences tirées d'une nature objective.....                      | 319 |
| CONCLUSION DU TITRE.....                                                    | 322 |
| CONCLUSION DE LA PARTIE.....                                                | 323 |

## **PARTIE 2. L'ARGUMENTAT RELATIF AU *JUS* DANS LE DROIT POSITIF PATRIMONIAL.....**

### **TITRE 1. LA RECHERCHE D'UNE EGALITE .....**

|                                                                                         |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>CHAPITRE 1. LE DROIT POSITIF CONDITIONNE PAR LA RECHERCHE DE<br/>L'EGALITE .....</b> | <b>328</b> |
| SECTION 1. LE PRINCIPE D'UNE EGALITE .....                                              | 328        |
| § 1. L'incitation au respect des conditions favorables à l'égalité .....                | 329        |
| § 2. Les mécanismes en faveur de l'égalité .....                                        | 336        |
| A. La recherche de l'égalité : les actes et les faits .....                             | 336        |
| 1. Les contrats et les délits .....                                                     | 336        |
| 2. Les quasi-contrats.....                                                              | 346        |
| a) La gestion d'affaires .....                                                          | 347        |
| b) La répétition de l'indu .....                                                        | 351        |
| c) L'enrichissement sans cause .....                                                    | 352        |
| 3. La réparation du dommage issu de la responsabilité délictuelle.....                  | 355        |
| B. La recherche de l'égalité : les personnes et les choses .....                        | 355        |
| 1. La réparation du dommage en cas de divorce.....                                      | 355        |

|                                                                         |            |
|-------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2. Le droit d'accèsion sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose..... | 357        |
| SECTION 2. DES STRUCTURES DE REPARTITION EGALITAIRES .....              | 359        |
| § 1. L'engagement aux dettes.....                                       | 360        |
| § 2. Les formes de répartition .....                                    | 367        |
| A. Le principe égalitaire .....                                         | 367        |
| B. Les personnes prioritaires .....                                     | 368        |
| 1. Le droit des successions.....                                        | 368        |
| 2. Le droit des sûretés.....                                            | 370        |
| <b>CHAPITRE 2. LE DROIT POSITIF CONDITIONNANT LES COMPORTEMENTS</b>     |            |
| <b>VERS L'EGALITE</b> .....                                             | 375        |
| SECTION 1. LA LUTTE CONTRE LES EXCES AU PROFIT DE L'EGALITE ...         | 376        |
| § 1. La référence à la proportion .....                                 | 376        |
| A. La protection contre les disproportions .....                        | 376        |
| B. La protection contre les clauses dangereuses.....                    | 377        |
| § 2. Les excès de pouvoir .....                                         | 383        |
| A. Approche de l'excès .....                                            | 384        |
| 1. L'excès.....                                                         | 384        |
| 2. Approche de l'analogie.....                                          | 386        |
| B. La force des parties.....                                            | 391        |
| C. La représentation .....                                              | 394        |
| 1. La protection contre les excès liés à la représentation.....         | 394        |
| 2) La protection par la représentation.....                             | 399        |
| SECTION 2. LA PROTECTION DE L'ASSIETTE AU PROFIT DE L'EGALITE           | 401        |
| § 1. Les réductions et les ajouts modifiant l'assiette .....            | 402        |
| A. Les domaines.....                                                    | 402        |
| 1. Les régimes matrimoniaux.....                                        | 402        |
| 2. Le droit des successions.....                                        | 410        |
| B. Les dommages-intérêts et la restitution .....                        | 425        |
| § 2. La dévolution des biens .....                                      | 427        |
| CONCLUSION DU TITRE.....                                                | 431        |
| <b>TITRE 2. LA RELATIVITE DE L'EGALITE.....</b>                         | <b>433</b> |
| <b>CHAPITRE 1. LES LIMITES DE LA PRIMAUTE DE L'EGALITE</b> .....        | <b>435</b> |
| SECTION 1. LA RELATIVE INDIFFERENCE DE L'EGALITE .....                  | 435        |
| § 1. L'indifférence d'une contrepartie.....                             | 436        |
| A. Les actes portant atteinte au patrimoine .....                       | 436        |
| 1. Les libéralités .....                                                | 436        |
| 2. Les atteintes à la propriété .....                                   | 443        |
| 3. L'inaction du créancier .....                                        | 444        |
| B. Les contrats à titre gratuit.....                                    | 444        |
| 1. Le prêt à usage.....                                                 | 444        |
| 2. Le mandat.....                                                       | 446        |
| § 2. L'indétermination de la contrepartie les contrats aléatoires.....  | 447        |
| A. Les contrats aléatoires.....                                         | 447        |
| B. Les contrats de jeu et de pari.....                                  | 449        |
| C. Le contrat de rente viagère.....                                     | 449        |
| SECTION 2. LA FORCE RELATIVE DE L'EGALITE .....                         | 450        |
| § 1. Individualisme contractuel et solidarisme contractuel .....        | 450        |

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Le contrat protecteur de l'équilibre contractuel .....                               | 450 |
| 1. Le solidarisme contractuel .....                                                     | 450 |
| 2. L'équilibre contractuel dans la théorie des contrats .....                           | 458 |
| B. La perfectibilité du droit des contrats .....                                        | 460 |
| § 2. Les conflits de finalités .....                                                    | 462 |
| A. L'opposition des finalités .....                                                     | 462 |
| B. Le sens juridique exprimé par la culture .....                                       | 466 |
| <b>CHAPITRE 2. LES VARIATIONS DE LA DETERMINATION DE L'EGALITE</b> ..                   | 469 |
| SECTION 1. L'INCIDENCE DE LA LIBERTE SUR L'EGALITE .....                                | 470 |
| § 1. La liberté dans les régimes matrimoniaux .....                                     | 470 |
| A. La pluralité des régimes matrimoniaux .....                                          | 470 |
| 1. La liberté de choix du régime matrimonial .....                                      | 470 |
| 2. Le régime de la participation réduite aux acquêts .....                              | 471 |
| B. La spécificité des régimes spéciaux .....                                            | 472 |
| 1. Les régimes spéciaux .....                                                           | 472 |
| 2. La modification du régime matrimonial .....                                          | 472 |
| § 2. La liberté dans le droit des successions .....                                     | 473 |
| SECTION 2. L'INCIDENCE DE L'EVOLUTION DU DROIT SUR L'EGALITE ..                         | 475 |
| § 1. L'incidence de la variation des lois dans les rapports de justice .....            | 475 |
| A. Variation des lois et connaissance du droit .....                                    | 475 |
| B. Variation dans les modes de répartition .....                                        | 476 |
| § 2. L'incidence de la variation de la jurisprudence dans les rapports de justice ..... | 478 |
| CONCLUSION DU TITRE .....                                                               | 481 |
| CONCLUSION DE LA PARTIE .....                                                           | 482 |
| CONCLUSION GENERALE .....                                                               | 483 |
| BIBLIOGRAPHIE .....                                                                     | 489 |
| INDEX ALPHABETIQUE DES ARGUMENTS JUSNATURALISTES .....                                  | 513 |
| INDEX ALPHABETIQUE .....                                                                | 515 |
| TABLE DES MATIERES .....                                                                | 519 |