

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les *Lois civiles* de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au *Code civil* du Bas Canada*

David GILLES**

Résumé

L'œuvre majeure de Jean Domat, Les Lois civiles dans leur ordre naturel publiées de 1689 à 1694, a marqué profondément la doctrine civiliste. Partisan d'un ordre juridique cartésien, Domat édifie une œuvre de droit privé fortement marquée par une empreinte jusnaturaliste et romaniste. Ayant organisé et condensé les principes du droit civil de son temps, cette œuvre, bien connue des codificateurs du XIX^e siècle, apporte une grande part de la structure du Code Napoléon. Par sa volonté d'exposer le droit, de le rationaliser, à la suite de Grotius, Domat apporte un outil intellectuel indispensable aux codifications, extirpant les règles du droit

Abstract

The major work of Jean Domat, The civil Laws in their natural order, published from 1689 till 1694, marked profoundly the doctrine of the ancient French law. It was an attempt to establish a system of French law on the basis of moral principles. Supporter of a Cartesian juridical order, Domat builds a work of private law hard marked by a Jusnaturaliste and Romanist footprint. Domat's grand plan was to set out a scheme of Christian law for France in a rationalist view. He performed the bold and extraordinary feat of recasting the entire mass of existing Roman law and restating it concisely in what he believed to be a rational

* Cet article est le prolongement d'une conférence donnée en octobre 2007 dans le cycle de conférence de la section de droit privé de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, à l'aimable invitation de M. le professeur Didier Lluelles. Tous mes remerciements vont à M. Lluelles ainsi qu'à M. Jean Leclair et M. Michel Morin pour avoir éclairé cette réflexion de leurs judicieuses remarques.

** Docteur en droit, professeur de droit privé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

civil de sa gangue coutumière, doctrinale et jurisprudentielle. La rédaction du Code civil du Bas Canada exploite alors tout naturellement les Lois civiles, en faisant de la pensée de Domat la seconde autorité, en importance, du Code aux côtés de l'œuvre de Pothier. Ayant remis le droit privé dans son ordre naturel, cette réflexion revêt encore une forte pertinence, sous l'empire du Code civil du Québec, dès lors que l'on se réfère aux grands principes tels que la bonne foi, l'abus de droit ou les règles d'interprétation, faisant des Lois civiles une des œuvres phares aux origines de notre droit.

system. Having organized and condensed the principles of civil law, this work, well-known by the fathers of Code, brings a big part of the structure of the Napoleonic code. By its will to display law, to rationalize it, following Grotius, Domat brings an intellectual tool necessary to codify. The thought of Domat is the second authority, in importance, of the Civil Code of Lower Canada beside the work of Pothier.

Plan de l'article

Introduction	5
I. Les Lois civiles ou l'appel à l'unité du droit naturel	12
A. Une <i>summa divisio</i> originale	13
B. La quête d'un droit naturel romaniste.....	19
II. Les Lois civiles, préface des Codes	23
A. Les <i>Lois civiles</i> , prolégomènes du Code Napoléon	24
B. Aux fondements du <i>Code civil du Bas Canada</i>	30
Conclusion	48

*Il démontre des Lois la constante Équité,
Sur leur nuage épais, il répand la clarté,
Celles qu'un sens mal pris fait paraître contraires,
Ou qu'on n'entend pas bien malgré les commentaires,
Il les met dans leur sens si naturellement,
Que les lecteurs en sont frappés d'étonnement.¹*

Chercher à établir les origines historiques et doctrinales des grandes codifications tend bien souvent à la gageure. Les auteurs qui l'ont tenté, comme André-Jean Arnaud² ou Rodolfo Batiza³, ont tous été obligés d'adopter une vision exhaustive de ces corps de droit qui ont tant marqué les systèmes juridiques européens et québécois⁴. Il semble présomptueux de vouloir rattacher une codification à l'œuvre d'un auteur, le travail des rédacteurs, qu'ils soient québécois ou français, montrant constamment que chaque article ou chaque solution juridique est issu d'une conjonction – quasi alchimique parfois – entre les proses de différents auteurs, les réflexions des codificateurs, les aspirations des politiques et les attentes de la pratique.

Tenter de démontrer l'influence, fût-elle ténue, d'un auteur du XVII^e siècle sur le Code Napoléon puis sur le *Code civil du Bas Canada* et le droit civil québécois semble de prime abord une tâche ardue. Cela d'autant que cet auteur n'a pas ébloui ses contemporains par ses hautes fonctions au sein de la magistrature, son rôle politique ou sa participation aux grandes ordonnances civilistes qui ont marqué son époque⁵. Tout au plus son existence marqua-t-elle la chronique

¹ Art. « Lois civiles », *Vers à la louange de M. Domat*, dans *Dictionnaire universel de Français et de latin vulgairement appelé Dictionnaire de Trévoux*, Paris, Libraires associés, 1771, t. V, p. 109.

² André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, notamment p. 142-147.

³ Rodolfo BATIZA, « Origins of Modern Codification of the Civil Law: The French Experience », 56-2 *Tulane L. Rev.* 477 (1982) ; *Domat, Pothier and the Code Napoléon: Some Observations Concerning the Actual Sources of the French Civil Code*, Mexico, 1973.

⁴ Pour un exemple moderne de cet exercice, voir : Sylvie PARENT, *La doctrine et l'interprétation du Code civil*, Montréal, Éditions Thémis, 1997.

⁵ Sur la vie de Jean Domat, voir notre thèse : David GILLES, *La pensée juridique de J. Domat. Du Grand siècle au Code civil*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille III, 2004, notamment p. 11-22.

religieuse et mondaine par son adamantine fidélité à son ami intime, le philosophe Blaise Pascal et son attachement irréductible au jansénisme le plus rigoureux⁶.

Obscur avocat du roi près le présidial de Clermont⁷ – juridiction subalterne et provinciale –, situation le privant de toute influence nationale au pays du centralisme parisien triomphant, rien ne destinait Domat à la gloire et à se voir attribuer la paternité doctrinale – aux côtés de Pothier⁸ – du Code Napoléon dont le gratifieront le philosophe Victor Cousin⁹ et le sarcastique Sainte-Beuve au XIX^e siècle¹⁰.

⁶ Cf. D. GILLES, *id.*, p. 113 et suiv.

⁷ Sur son activité devant cette juridiction, et notamment son rôle durant les Grands Jours de Clermont, voir : David GILLES, « Jean Domat, avocat du roi et jurisculte », dans Florent GARNIER et Virginie LEMONNIER-LESAGE (dir.), *Les juristes en Auvergne du Moyen-Âge au XIX^e siècle*, Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, à paraître en 2009.

⁸ Éric GOJOSSE, « La Genèse du Code civil », (2006) *Slovenian L. Rev.* 143-153 ; Éric GOJOSSE et David GILLES, « Sur Pothier et le Code civil », dans *Études d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, contributions réunies par Olivier VERNIER, Michel BOTTIN et Marc ORTOLANI, Paris, Éditions La mémoire du droit, 2008, p. 403-417.

⁹ Cf. Victor COUSIN, *Mémoire pour servir à l'histoire de la vie de M. Domat avocat du roi, trouvé parmi les papiers de Marguerite Périer*, 1843.

¹⁰ Le jugement de Sainte-Beuve est contrasté et il semble avoir pris la mesure de l'homme contrairement à de nombreux auteurs du XIX^e siècle, trop empreint de déférence :

Si j'avais écrit il y a quelques années, j'y aurais donné aussi une place à Domat, un des amis, un de ceux qu'on pourrait qualifier d'associés libres de Port-Royal, et qui mourut deux ans après Arnauld (1696). Mais cela nous engagerait dans des lectures qui sont peu de notre ressort, et Domat d'ailleurs a été le sujet de publications et de discussions assez récentes. Né à Clermont en Auvergne (en 1625), il avait noué liaison intime avec Port-Royal par les Pascal et les Périer, et il avait été initié à toutes les assemblées et consultations sur le formulaire. Il se trouvait à Paris durant la dernière maladie de Pascal, et il reçut ses derniers soupirs. Son amitié avec la famille Périer s'altéra gravement en 1676, par suite de rapports faux ou indiscrets : l'évêque d'Aleth, Pavillon, contribua à une réconciliation entière et chrétienne. Domat était vif, et s'était cru, peut-être à tort, offensé. C'est à la plume de Mademoiselle Périer qu'on doit les plus beaux traits de son éloge. Longtemps avocat du roi à Clermont, magistrat gallican plein de vigilance et de zèle, intègre, désintéressé, homme considérable dans sa province où il était l'arbitre de toutes les grandes affaires, très distingué et apprécié par les chefs de la magistrature de Paris qui y avaient tenu les Grands-jours, il vint dans la capitale vers 1681, s'y établit sur l'invitation du roi, et s'appliqua uniquement, dès lors, à son grand ouvrage qu'il n'avait entrepris d'abord que pour son usage

C'est surtout par son œuvre et sa science – et c'est là l'essentiel – que le juriste clermontois s'imposera au regard de ses contemporains tout d'abord, puis, de part et d'autre de l'Atlantique, aux yeux des codificateurs. Ses *Lois civiles dans leur ordre naturel*, publiées de 1689 à 1694¹¹, suivies de l'ouvrage posthume du *Droit public*, publié une première fois en 1697, vont marquer sans conteste la

particulier et celui de ses enfants, mais qu'on jugea devoir être d'une haute utilité publique, les Lois civiles dans leur ordre naturel. Boileau l'appelait un homme admirable et le restaurateur de la raison dans la jurisprudence. Arnauld, de même : « je lis présentement le livre de M. Domat, écrivait-il à M. Du Vaucel (25 novembre 1689) ; il y a à la tête un traité des lois que j'ai presque achevé : j'en suis extrêmement satisfait, car il y a beaucoup de piété et beaucoup de lumière. » Du Guet consulté à plusieurs reprises sur l'ouvrage, probablement par le canal de M. Daguesseau le père, présentait quelques critiques secondaires au milieu de beaucoup d'éloges. L'auteur lui-même, Domat, homme vif, original, d'humeur prompt et brusque, ne pouvait s'empêcher, dit-on, d'applaudir à son ouvrage, et de marquer l'estime qu'il en faisait. Un jour qu'il s'était échappé de la sorte devant un ami, il ajouta tout de suite comme pour réparer : « je suis surpris que Dieu se soit servi d'un petit homme, d'un homme de néant comme moi, pour faire un si bel ouvrage, pendant qu'il y a à Paris des personnes d'un si grand mérite ». On a publié des pensées de Domat tirées des papiers de Mademoiselle Périer. Elles sont assez singulières, rarement belles, plutôt hardies ou bizarres. On cite de lui des paroles énergiques et qui éclairent sur sa nature morale. Il était infatigable au travail, ennemi de toute distraction et de tout relâche [...]. Il disait, en définissant sa disposition habituelle dans le commerce de la vie : « je ne serais ni de l'humeur de Démocrite, ni de celle d'Héraclite ; je prendrais un tiers parti pour mon naturel, d'être tous les jours en colère contre tout le monde ». Malade de la pierre, il disait, pour se consoler aux approches du terme : « ce n'est pas une petite consolation pour quitter ce monde, que de sortir de la foule du grand nombre des sots et des méchants dont on y est environné. Son style écrit n'a pas et ne devait pas avoir, eu égard aux matières qu'il traitait, la vivacité de sa parole ».

Charles-Augustin SAINTE-BEUVE, *Port-Royal*, t. 5, Paris, Hachette, 1860, p. 358-360.

¹¹ L'édition de 1756 des différentes œuvres de Domat, comprenant les additions de Héricourt sur le *Droit public*, ainsi que les notes de Berroyer et Chevalier sur les *Lois civiles* servira de référence à cette étude. Cette édition présente l'avantage de bien distinguer les notes de Berroyer et Chevalier, alors que d'autres éditions les confondent largement. Au Canada, c'est essentiellement l'édition de Joseph Rémy qui a servi de référence, notamment dans les différentes juridictions ; toutes les citations, sauf mentions expresses, sont de l'édition de 1756 chez Savoye ; Cf. Jean DOMAT, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition, revue corrigée et augmentée des troisième et quatrième livres du *Droit public* par M. de HÉRICOURT, des notes de M. de BOUCHEVRET sur le *Legum Delectus*, de celles de MM. BERROYER et CHEVALIER, anciens avocats au Parlement, chez Savoye, 1756. Toutes les citations, d'un point de vue orthographique, ont été modernisées lorsque de telles modifications n'altéraient pas le sens, afin d'en faciliter la compréhension.

doctrine juridique de l'ancien droit français, dont le Code Napoléon et le *Code civil du Bas Canada* sont les héritiers directs.

Le juriste clermontois s'impose, en effet, comme le seul auteur antérieur à la vague codificatrice du XIX^e siècle à avoir tenté et réussi, du moins en partie, la réduction à l'unité de la science juridique, tant en droit privé qu'en droit public. Adoptant une perspective holiste du droit – originalité en son temps – il développe une herméneutique rationaliste qui annonce les codifications des XVIII^e et XIX^e siècles. Au XVII^e siècle règne dans la France d'Ancien Régime une diversité normative, source d'insécurité et de confusion. Aux coutumes – dont le nombre est estimé à une cinquantaine après les efforts des rédactions officielles depuis le XV^e siècle – s'ajoutent les édits et ordonnances, dont le nombre et l'importance en droit privé vont en grandissant sous les règnes de Louis XIV, puis de Louis XV. Outre ces deux éléments normatifs, deux autres sources de droit viennent compléter le champ juridique : d'une part, le droit canonique, dont l'impact s'atténue à l'aube des Lumières, mais dont le poids reste conséquent en matière matrimoniale, d'autre part, le droit romain, source subsidiaire certes – comme *recta ratio* –, mais qui constitue encore la base de l'enseignement juridique¹². Ce droit forme ainsi des juristes empreints des modes de pensée de l'*urbs*, alors même que dans leur pratique c'est la règle coutumière qui revient de manière incessante. Dans la France d'Ancien Régime comme au Bas-Canada dans la première moitié du XIX^e siècle, une telle multitude normative ne pouvait qu'inciter à la difficile recherche d'un *corpus* unifié.

Face à cette diversité normative, amplifiée par la doctrine et l'importance des arrêtières, l'œuvre unitaire de Domat, la recherche d'une ligne claire et l'établissement de principes juridiques jusnaturalistes et rationnels font des *Lois civiles* une œuvre qui détonne dans la science de l'Ancien droit français. S'apparentant par bien

¹² La récente création des chaires de droit français par l'Édit de Saint-Germain d'avril 1679 vient concurrencer ce monopole à la fin du XVII^e siècle. Par cette réforme, le pouvoir royal réorganise les facultés de droit en faisant primer les intérêts immédiats de l'État. Cet édit a pour but de former les cadres de l'État en associant, par l'article 14, à l'enseignement du droit canonique et du droit romain, un enseignement du droit français. Voir : Christian CHÈNE, *L'enseignement du Droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Genève, Librairie Droz, 1982, p. 2 et 3.

des aspects à l'école du droit naturel moderne, son œuvre reste en retrait de celle-ci par l'attention portée à la pratique civiliste et le refus d'envisager un droit détaché de son fondement divin. Davantage proche d'un Grotius ou d'un Suarez dans ses fondements, la pensée de Domat se rapproche de celle d'un Pufendorf ou d'un Wolff quant à sa structure géométrique¹³. Sa réflexion sur les fondements du droit, qu'elle qu'en soit la pesanteur scolastique, ne cesse de subir l'attraction des sciences physiques et mathématiques, sous la forme essentiellement d'une dynamique euclidienne partant d'un certain nombre de définitions, d'axiomes et de principes afin de démontrer un ensemble de propositions ou de théorèmes. Le juriste clermontois adopte une perspective similaire à la *nova methodus* de Leibniz¹⁴ qui, dans sa *jurisprudentia* relie toutes les maximes du droit à la justice universelle. Ce dernier d'ailleurs, chantre de la géométrie dans le droit, jugera que la méthode domatienne « n'est pas à mépriser » tout en lui préférant sa propre structure¹⁵. Toutefois, contrairement aux juristes allemands, hollandais ou suisses appartenant au courant de l'École du droit naturel moderne – davantage orientés vers l'abstraction, la philosophie du droit et le

¹³ Comme Grotius ou Hobbes, qui correspondait avec Galilée, Descartes et Harvey, ou Pufendorf qui entretenait une relation épistolaire soutenue avec Leibniz, Domat, par son amitié avec Pascal, connut également un correspondant et un débateur initié aux sciences physiques et mathématiques. Ces liens entre juriconsultes et scientifiques expliquent pour une bonne part la tournure que prend la science du droit au courant du XVII^e siècle. Pour une réflexion autour des liens entre ces deux domaines scientifiques, voir : Alfred DUFOUR, « La notion de loi dans l'École du Droit naturel moderne. Étude sur les sens du mot loi chez Grotius, Hobbes et Pufendorf », (1980) 25 *Archives de Philosophie du Droit* 211, 212-214.

¹⁴ Voir : Jean-Louis GARDIES, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, préface de Michel Villey et Georges Kalinowski, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 142.

¹⁵ Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, *Textes inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre*, Gaston GRUA (dir.), Paris, 1948, t. II, p. 647-652. Néanmoins, le juriste allemand estime qu'en définitive, le rejet de la structure romaine faite par Domat n'est pas fondamental. Par cette lecture réductrice de l'œuvre, privilégiant la structure aux finalités mêmes de celle-ci, Leibniz anticipe ainsi, *a contrario*, la prise de position de nombre de lecteurs des *Lois civiles* et des pères du Code qui, tous, écartèrent le plan des *Lois civiles*, tout en faisant leur profit de sa réflexion : « Néanmoins on n'y voit aucun avantage qui l'ait obligé à se départir des *Institutes* de Justinien, qui semble donner plus de Lumières, pour ne rien dire de celles qui ont été suivies par d'autres habiles juriconsultes ».

contractualisme politique¹⁶ –, Domat a le grand mérite d'apporter un *corpus* pragmatique, concret, fondé sur les principes jusnaturalistes et structuré autant autour du droit privé que des questions de droit public¹⁷. La pensée sise dans les *Lois civiles* annonce la redoutable – mais fructueuse – inféodation de la jurisprudence et de la doctrine civiliste aux principes, méthodes et réflexes des sciences exactes. Empreinte de thomisme, sa théorie générale de la loi, notamment dans son *Traité des Lois*, préface aux *Lois civiles*, est moins novatrice que celle d'un Hobbes par exemple, dont la réflexion est sur bien des points aux antipodes de celle du janséniste Domat. Sa réflexion s'articule autour d'un ordre axiomatique posant les principes essentiels transcendant son système – la bonne foi, par exemple, ou un certain volontarisme encore en germe – et un ordre normatif reposant sur des impératifs fondés sur la volonté du Créateur telle que manifestée par l'ordre de la Création.

La question de l'héritage juridique qui fonde les *Lois civiles* se pose, comme dans l'ensemble de l'œuvre, de manière particulièrement aiguë. La proximité de la réflexion du juriste auvergnat avec les solutions romaines – mais aussi les réflexions du *mos gallicus* ou les critiques humanistes – pourrait être étayée à l'infini. Mais l'absence de référence dans les *Lois civiles* à toute autre source que les sources antiques – celles-ci étant largement transformées – oblige à une grande prudence¹⁸. Par sa mise en système des lois civiles, il

¹⁶ Relevons néanmoins que certains de ces auteurs, comme Grotius ou Locke, vont nourrir la pensée juridique privatiste, notamment par leurs réflexions autour du droit de propriété – les droits naturels inclusifs et exclusifs chers au penseur britannique – ou autour de la classification des obligations et de la notion de droit subjectif, pour le penseur néerlandais. Cf. : James TULLY, *Locke, droit naturel et propriété*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1992, p. 102-148.

¹⁷ Il faut souligner toutefois qu'en matière de droit public, le droit naturel est bien moins à l'honneur sous la plume de Domat, qui use alors davantage des ordonnances royales et de la pratique monarchique de son temps comme d'un modèle que de lois naturelles difficiles à caractériser. Sur ces questions, il s'écarte largement de l'École du droit naturel moderne et du contractualisme, faisant figure de partisan de la monarchie absolue seulement limitée par le poids des corps intermédiaires et par la loi divine. Sur cette question, voir : David GILLES, « Jean Domat et les fondements du droit public », (2006) 25-26 *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 93-119.

¹⁸ Un rapprochement particulièrement intéressant peut être mené avec les travaux de Lessius. Celui-ci a également servi largement de source à Grotius dont plusieurs innovations en matière de droit privé ont été faites en ayant les travaux de Lessius sous les yeux. Cela est notamment vrai en matière de vice de consentement et d'erreur, où Grotius renvoie aux mêmes auteurs que Lessius,

fait pourtant davantage que réorganiser le droit romain à l'aune de la raison. Il fonde une société «juridicisée», encadrée par la science juridique qui doit participer à un retour de l'homme vers Dieu¹⁹.

Ce qui marque lorsqu'on aborde les *Lois civiles*, c'est l'effort de l'auteur pour renouveler la science du droit, par le choix d'un plan géométrique rejetant la distinction traditionnelle héritée de Gaius entre personnes, biens, actions. Ses choix en matière de classification des obligations trouveront d'ailleurs un certain succès sous la plume des codificateurs du Code civil de 1804 et dans le droit québécois²⁰. Il s'attache également à exposer le droit de la manière la plus pédagogique possible, mettant en avant les principes, se dégageant de la casuistique romaine au profit de l'expression d'un droit naturel. Enfin, il cherche à embrasser l'ensemble du droit civil dans ses *Lois civiles* tout comme il envisagera de circonscrire le *Droit public* à une science de l'administration. Ses aspirations, on le voit, sont proches de celles qui conduisent à toute grande codification. Il

dont il semble avoir copié les références ; voir : Leonardus LESSIUS, *De iustitia et iure, ceterisque virtutibus cardinalis libri quatuor*, Paris, 1628, et les travaux de James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 69-89 ; Robert FEENSTRA, «L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé : quelques exemples dans les questions de fond et de forme concernant notamment la doctrine de l'erreur et de l'enrichissement sans cause», *La Seconda Scolastica nella Formazione del diritto privato moderno*, Milano, Atti dell Incontro di studio di Firenze, 1973, p. 382-386. La difficulté de faire «la part du feu» entre les différents ouvrages que Domat a consultés en l'absence quasi totale de référence explicite de sa part – cela même sur les manuscrits de l'œuvre – transforme la recherche des influences en une quête indécise, en un risque d'interprétation de la pensée de Domat au vu de sources supposées. Il faut donc se contenter de rapprochements, lorsque cela est possible, sans bien souvent trancher pour une influence affirmée. Toutefois, il est impossible d'écarter la place de la lecture de Grotius et de Hobbes – œuvres étudiées par son ami Pascal – dans la genèse de la réflexion domatienne.

¹⁹ Il le fait dans une optique jusnaturaliste. Comme le remarque à juste titre Jean-Louis Halpérin, parmi les grands auteurs de la doctrine de la fin de l'ancien droit, «Domat et Pothier sont toujours cités comme les plus proches des jusnaturalistes, les plus favorables à l'avènement d'un droit conforme à la raison» : Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, p. 67 et 68.

²⁰ Sur cette question, voir, pour le Code de 1804 : Henri MAZEAUD, «Essai de classification des obligations», (1936) 35 *RTD civ.* 1, 10 et suiv. ; D. GILLES, préc., note 5, p. 224 et suiv. ; pour les droits civils français et québécois, voir l'article de Benoît MOORE, «La classification des sources des obligations : histoire d'une valse hésitation», (2002) 36 *R.J.T.* 275.

souhaite se départir d'une hétérogénéité normative dans une optique unificatrice, exposer un corps de droit appréhendé dans son ensemble, organiser chaque pan du droit civil en faisant apparaître dans un premier temps les principes, puis les exceptions, les règles d'applications, en renvoyant en note les références au droit romain ou à la législation royale, en occultant les autorités de la doctrine et les solutions coutumières.

L'œuvre de Domat peut alors être rattachée, dans sa structure et dans les solutions qu'il établit, à une œuvre annonçant la codification napoléonienne et, indirectement, la codification du Bas-Canada (I). Une seconde analyse portant sur l'usage des *Lois civiles* faite par les codificateurs de part et d'autre de l'Atlantique (II) éclairera la forte influence de l'œuvre du juriste clermontois sur les lieux de mémoire du droit que sont les grands codes, en établissant certaines lignes forces de la pensée de Domat qui ont guidé la doctrine et la jurisprudence postérieures à la codification.

I. Les *Lois civiles* ou l'appel à l'unité du droit naturel

Dans son œuvre, éditée à l'origine dans le but de faciliter l'apprentissage du droit à l'un de ses fils, Domat s'attache à une forte pédagogie, même si, dans la mise en œuvre de cette aspiration, il faut bien reconnaître que le fil d'Ariane est parfois perdu. Outre cette pédagogie, il entend construire son *corpus juris* en suivant une méthode déductive et en lui appliquant une structure rationaliste. Si les juristes médiévaux ont bien souvent préféré suivre les plans du *Digeste* ou du *Code*, le XVI^e siècle bénéficia, par l'intermédiaire de l'humanisme juridique, du renouveau de la *summa divisio* sur laquelle reposaient les *Institutes* romaines : la distinction entre personnes, biens et actions²¹. À partir de cette « redécouverte » du plan des *Institutes*, le système d'exposition pensé par Gaius connaît un succès permanent dans la doctrine jusqu'à la rédaction du Code

²¹ Des auteurs comme Le Douaren, mais surtout François Connan et Hugues Doneau, firent les beaux jours de cette distinction dans leurs *Commentaires du droit civil*, en se réclamant parfois directement de Gaius ; voir : Jean-Louis THIREAU, « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », (1997) 26 *Droits* 81, 93 et 94.

civil²². Proche d'une certaine *doxa juris* sur le fond (B) – même si Domat ne craint pas d'innover parfois –, ses *Lois civiles* détonnent de prime abord par la structure novatrice choisie par le juriconsulte auvergnat (A), clairement démarquée de la doctrine de son époque et du droit romain.

A. Une *summa divisio* originale

Au siècle de Descartes, Domat est le premier juriste – et l'un des seuls pour la France de l'Ancien droit – à tenter la convergence de la science mathématique et du droit. Son herméneutique propre lui permet d'extraire des scories du droit romain une *nata lex* en écartant ce qu'il appelle les « subtilités » du droit romain. Il en résulte le choix d'un plan binaire, moderne, qui fait envisager les structures romaines comme d'honorables antiquités en reprenant nombre des critiques qui étaient déjà faites par les humanistes et Hotman dans son *Anti-Tribonien* au XVI^e siècle. Il n'est pas le seul à critiquer, en son temps, le droit romain et l'œuvre de Tribonien²³, Pothier ne l'épargnant pas davantage. Mais là où ce dernier pliera le droit français à la perspective romaine en édifiant ces *Pandectes du Droit français*, Domat écarte résolument la distinction tripartite des *Institutes* de Gaius. Il lui préfère une structure normative binaire distinguant les engagements des successions, puis partageant l'ensemble des obligations entre engagements volontaires et engagements se formant sans conventions.

²² Il en est ainsi des travaux de François Hélo, avocat au Parlement. Il rédige un traité intitulé *La jurisprudence française conférée avec le droit romain sur les instituts de l'empereur Justinien* qui reprend fidèlement la distinction tripartite de Gaius. L'auteur justifie ce choix par la clarté d'exposition : « J'ai donc en même temps exposé le droit civil et le nôtre en forme de paraphrase sur les instituts de Justinien, sans apporter une longueur ennuyeuse et sans affecter aussi une brièveté obscure ; et afin de ne confondre rien, faisant voir leur différence et leur rapport, j'ay expliqué l'un et l'autre chacun dans son titre séparé » : François HÉLO, *La jurisprudence française conférée avec le droit romain sur les instituts de l'empereur Justinien ou les commentaires du droit civil et français sont exposés chacun dans son titre séparé*, Paris, E. Loyson, 1663.

²³ Sur cette question, voir notamment : Jacques KRYNEN, « Le droit romain, droit commun de la France », (2003) 38 *Droits* 21, ainsi que Jacques KRYNEN (dir.), *Droit romain, jus civile et droit français*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales, 1999 et David DEROUSSIN, *Histoire du Droit des obligations*, Paris, Economica, corpus Histoire du droit, 2007, p. 89 et suiv.

Selon lui, les engagements, quels qu'ils soient, sont à « chacun comme ces lois particulières qui lui marquent ce que la seconde loi demande de lui, et qui marquent ses devoirs », qui ne sont autre chose « que les effets de l'amour sincère que tout homme doit à tout autre »²⁴. Ceux issus au sein de la famille sont alors les plus naturels²⁵ : « L'engagement que fait le mariage entre le mari et la femme et celui que fait la naissance entre eux et leurs enfants forment une société particulière dans chaque famille, où Dieu lie ces personnes plus étroitement, pour les engager à un usage continuel des divers devoirs de l'amour mutuel »²⁶. De la volonté de Dieu découlent, d'une part, la différenciation des sexes et, d'autre part, l'existence de besoins, qui tous deux poussent l'homme vers son prochain²⁷ et vers l'établissement de conventions liant les hommes entre eux, d'abord au sein de la famille, puis au sein de la société dans son ensemble. Toutefois la distinction engagements familiaux et engagements non familiaux n'est pas reprise dans le corps même des *Lois civiles*, Domat semblant, à juste titre, juger plus structurante la distinction engagements volontaires/engagements involontaires.

Dans le livre préliminaire des *Lois civiles*, qui doit établir les grands principes régissant ses *Lois civiles*, il choisit néanmoins de discriminer entre les règles du droit en général (t. I), les personnes (t. II) et les choses (t. III), se rapprochant de la perspective de Gaius. Pour lui toutefois, il semble évident que la seule distinction qui permette l'établissement d'une pyramide juridique relativement homogène est celle – à l'intérieur des obligations – entre les conventions

²⁴ J. DOMAT, *Le Traité des lois*, préc., note 11, c. II, p. 4.

²⁵ Il fait la distinction entre engagements familiaux et engagements hors du cercle familial :

La première est de ceux qui se forment par les liaisons naturelles du mariage entre le mari et la femme, et de la naissance entre les parents et les enfants ; et cette espèce comprend aussi les engagements des parentés et des alliances, qui sont la suite de la naissance et du mariage. La seconde espèce renferme toutes les autres sortes d'engagements qui approchent toutes sortes de personnes les unes des autres [...]

Id., 3, p. 4.

²⁶ *Id.*, 1, p. 4.

²⁷ « C'est dans ce dessein qu'il n'a pas créé tous les hommes comme le premier, mais qu'il a voulu les faire naître de l'union qu'il a formée entre les deux sexes dans le mariage, et les mettre au monde dans un état de mille besoins, où le secours de ces deux sexes leur est nécessaire pendant un long temps » ; *id.*, c. III, 1, p. 4.

et les engagements involontaires. La convention est alors définie comme « le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre [elles] quelque engagement, ou pour résoudre un précédent ou pour y changer »²⁸, la substance de cette convention consistant en « la diversité infinie des matières volontaires dont les hommes règlent entre [elles] les communications et les commerces de leur industrie et de leur travail et de toutes choses, selon leurs besoins »²⁹. Elle se décline dans les *Lois civiles* tout au long de la première partie, en posant tout d'abord les principes généraux qui guident l'ensemble des conventions, puis les différents types de contrat, en partant du contrat peut-être le plus classique, le contrat de vente, et en s'achevant par les vices de ces conventions. Pour la deuxième partie, concernant les engagements qui se forment sans convention, la géométrie du mode d'exposition – bien que davantage mise à mal – repose néanmoins sur une certaine logique. Le livre III, qui décrit les suites des conventions et le livre IV qui traite des suites qui diminuent ou anéantissent les engagements respectent la perspective géométrique, même si un esprit critique pourrait souhaiter un autre choix. Une lecture « moderne » ou contemporaine ne saurait ainsi se satisfaire de certains archaïsmes. Ainsi le titre XVIII, « des vices de conventions », s'il clôturé le livre, aurait « logiquement » trouvé sa place dans un grand titre I traitant des conventions en général.

Toutefois, Domat se dégage de la doctrine de son temps et la structure de son œuvre s'éloigne de travaux ayant puisé aux mêmes sources, tels ceux d'Antoine Despeisses, qui a cherché à établir lui aussi un plan « méthodique des plus importantes matières du droit romain »³⁰. On ne retrouve alors dans cette œuvre aucune des distinctions posées par le jurisconsulte auvergnat.

²⁸ J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 11, L. I, t. I, s. I, 1, p. 20.

²⁹ *Id.*, 2, p. 20.

³⁰ Antoine DESPEISSES, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, sous la direction de Guy ROUSSEAUD DE LACOMBE, Toulouse, J. Duplex, 1778, préface, non paginée. Despeisses consacre une première partie aux contrats, une deuxième aux accidents de ceux-ci, une troisième à leurs exécutions, une quatrième à leur terme, une cinquième aux successions, une sixième à la pratique civile et, enfin, une dernière partie à la pratique criminelle. Mais ce plan ne résulte nullement d'une volonté d'unifier ou de systématiser le droit. Dans l'organisation même des obligations, les deux auteurs, puisant pourtant aux mêmes sources, orientent leur discours dans une optique différente. Despeisses consacre seize titres aux contrats en déclinant depuis celui d'achat, de louage, de société, de mandat, de prêt, du commodat, du précaire, du gage, des gageures, des contrats innommés, de l'échange, du mariage, des donations, des dots et, enfin, des tuteurs et curateurs.

Le caractère logique et limpide de la méthode domatienne est frappant en matière d'engagements volontaires et se retrouve lorsqu'il aborde la question des engagements se formant sans conventions.

Le critère de distinction repose sur le caractère mutuel ou non de l'obligation. La deuxième catégorie englobe ceux qui participent à ces conventions. C'est le cas pour les tuteurs (t. I) et les mineurs qui se trouvent dans leur puissance, de même pour les curateurs (t. II) ou les syndics des communautés (t. III), même si pour ces derniers, on peut estimer qu'en entrant dans leurs fonctions, ils donnent leur accord pour répondre de leurs actions à la tête de ces « personnes morales ». Les titres IV, V, VI, VII et IX répondent dans l'esprit du jurisconsulte aux aléas de la vie en communauté ou de la vie tout simplement, en abordant à l'occasion des problèmes techniques tels que la possession de mauvaise foi. Le titre VIII traite, sous le titre « des dommages causés par des fautes qui ne vont pas à un crime ni à un délit », d'une grande partie de la responsabilité et, notamment, de la responsabilité quasi délictuelle. Le dernier titre traite de ce qui se fait en fraude à l'égard des créanciers. Le principe des obligations involontaires semble bien suivi dans ce plan. La même rigueur figure dans les livres III et IV³¹, faisant des *Lois civiles* un exposé extrêmement efficace et rationnel.

À l'intérieur de certaines questions toutefois, la volonté de construire un propos déductif – respectée lorsque le jurisconsulte pose les principes relatifs à l'interprétation des conventions ou des vices de consentement – est mise à mal lorsqu'il pose par exemple, à la suite de Grotius, un principe général de responsabilité civile pour faute. Il le fait dans le titre VIII de sa seconde partie, en évoquant le principe presque négligemment, au quatrième paragraphe de son propos³². Au sein de certains titres, des liens sont discutables, obli-

³¹ Le livre III traite des suites des conventions, soit qu'elles « ajoutent aux engagements », soit qu'elles les « affermissent ». Domat aborde alors hypothèques, cautions, dommages et intérêts, possessions et prescriptions, mais aussi un titre VI qui décline les règles des preuves, des présomptions et du serment. Le livre IV envisage, encore une fois logiquement, des suites qui anéantissent ou diminuent les engagements. On aborde alors la question de l'extinction des obligations par le paiement, par les novations, les délégations, les rescissions ou les restitutions. C'est, il faut le noter, le développement le plus court de cette première partie.

³² De même, à l'intérieur même de certains titres, certains liens sont discutables. Le titre XVI traite ainsi « des personnes qui exercent quelques commerces publics,

geant à une herméneutique parfois hasardeuse. Le titre XVI traite ainsi « des personnes qui exercent quelques commerces publics, et de leur commis, et autres préposés [...] » et des lettres de change. Le lien entre les deux ensembles repose sur une logique étrangère à l'économie générale du système³³. Dans le livre second, si le lien entre le titre VIII qui vise la responsabilité quasi délictuelle et le titre IX « des engagements qui se forment par des cas fortuits » est visible, celui avec le titre X « de ce qui se fait en fraude des créanciers » l'est bien moins. Dans le livre III, le titre VI des preuves et présomptions prend à son tour une place surprenante au vu de l'économie générale du livre.

En matière de successions, auxquelles Domat consacre la deuxième partie de son œuvre civiliste, la géométrie du propos est

et de leur commis, et autres préposés » et des lettres de change. Le lien entre les deux ensembles est « surprenant » (cf. J. DOMAT, *Les Loix civiles*, préc., note 11, L. I, t. XVI, préambule, p. 133). On peut souligner également que, dans le livre second, si le lien entre le titre VIII qui vise la responsabilité quasi délictuelle et le titre IX « des engagements qui se forment par des cas fortuits » est visible, celui avec le titre X « de ce qui se fait en fraude des créanciers » l'est en revanche beaucoup moins.

³³ L'esprit de ce titre est, selon le jurisconsulte, qu'il repose sur les conventions « où l'on n'a pas le choix des personnes, ni la liberté de s'abstenir de l'engagement, et où la nécessité oblige d'avoir affaire à certaines personnes qui exercent des commerces publics ». Le lien avec les lettres de change semble ténu. Le jurisconsulte établit alors la présence des règles touchant aux lettres de change sur l'idée que l'utilité et la commodité publique qui légitiment les règles régissant les voituriers et les hôteliers fondent également l'usage des lettres de change, puisque la sûreté des engagements tels que ceux afférents à la banque ou au négoce « intéresse le public ».

Il y a encore des commerces d'autres natures que l'utilité et la commodité publique rendent nécessaires, et qui ont ce rapport à ceux dont on vient de parler que ceux qui exercent ces commerces contractent et par eux-mêmes et par leurs commis des engagements dont la sûreté regarde le public ; comme sont les commerces de banque et de change, et autres qui sont exercés par des banquiers et autres négociants. Ce qui oblige à placer aussi dans ce titre quelques règles qui regardent en général toutes ces sortes de commerces, et les engagements qui leur sont propres ; et parce que l'un de ces commerces, qui est celui des lettres de change, fait une espèce de convention distinguée de toutes les autres, on en expliquera la nature et les principes essentiels et de ces règles, qui soient tout ensemble et du droit romain et de notre usage, sans entrer dans ce qu'il y a de règle sur cette matière par les ordonnances.

J. DOMAT, *Les Loix civiles*, préc., note 11, L. I, t. XVI, préambule, p. 133.

encore plus triomphante³⁴. Il distingue cinq livres : le premier vise les règles régissant les successions en général, le deuxième touche aux successions légitimes ou *ab intestat* qui sont le plus en accord avec la loi naturelle, le troisième traite des successions testamentaires. Cet ensemble étant posé, il s'intéresse aux dispositions à cause de mort et aux legs auxquels il consacre le quatrième livre. Enfin, le cinquième livre touche aux substitutions et fidéicommiss qui clôturent le développement consacré aux successions. Se démarquant encore une fois de la structure de la doctrine de son temps – par exemple de Le Brun ou de Ricard³⁵ – son œuvre en la matière souffre néanmoins de son faible pouvoir innovant sur le fond, reprenant essentiellement le droit de son époque³⁶.

In fine, le juriste auvergnat innove considérablement en matière de théorie de l'obligation en abandonnant la classification quadripartite, héritée du droit romain, pour une double distinction binaire entre engagements volontaires et engagements involontaires. Cette volonté de se démarquer dans la structure n'occulte toutefois pas une pensée conservatrice sur le fond, même si elle marque souvent une étape essentielle dans l'avancée de la rationalisation du droit.

³⁴ Il justifie tout d'abord sa distinction entre engagements et successions de manière concise et efficace. Elle repose, selon lui, sur la nature des liens qu'il décline. L'engagement est essentiel à la nature des liens de la première partie, alors que le temps est à la source de ceux de la seconde partie : « l'engagement est essentiel à leur nature, et toutes ces matières sont elles-mêmes des engagements et des liens dont Dieu s'est servi pour maintenir la société des hommes dans tous les lieux, comme la nature des successions est d'en maintenir la durée dans tous les temps » : J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 11, Seconde partie, préface, I, p. 305). Pour lui « l'ordre des successions est fondé sur la nécessité de continuer et de transmettre l'état de la société, de la génération qui passe à celle qui suit » (*Le Traité des lois*, préc., note 11, c. VII, 1, p. 9) et consiste donc dans un mouvement temporel permettant la perpétuation insensible des liens entre les hommes et, par là même, de la société.

³⁵ Voir : Denis LE BRUN, *Traité des successions*, 1^{re} éd., Paris, Jean Guignard, 1692 ; Denis LE BRUN, *Traité de la communauté entre mari et femme*, Paris, 1754 ; Jean-Marie RICARD, *Traité des donations*, Riom, éd. Bergier, 1783. Ces traités ont largement été exploités dans les recueils de jurisprudence. Voir : Gérard D. GUYON, « Les décisionnaires bordelais, praticiens des deux droits (XV^e-XVIII^e siècles) », dans Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-STON (dir.), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence. XVI^e-XVIII^e siècles*, Lille, Centre d'Histoire judiciaire Lille II, 2002, p. 53.

³⁶ Sur l'application du droit successoral, voir : Jean-François CHASSAING, « Les successions et les donations à la fin de l'Ancien Régime et sous la Révolution », (1982) 3 *Droits et cultures* 85.

B. La quête d'un droit naturel romaniste

Dresser en quelques lignes l'inventaire des héritages et des innovations menées par Domat sur le droit civil tient de la gageure ! Quelques exemples permettent toutefois d'esquisser la richesse de l'œuvre et l'importance de l'héritage. Le juriste auvergnat, plus souvent qu'à son tour, exprime une fidélité marquée à l'œuvre juridique romaine. Ainsi, comme la doctrine dominante de son époque, il reprend le principe, hérité du droit de Justinien, de la prohibition des stipulations pour autrui, reliant celle-ci au caractère personnel et nécessaire du consentement. Seules les exceptions de la représentation juridique et la promesse de porte-fort sont alors admises³⁷. La distinction entre obligation de résultat et obligation de moyen est également en genèse dans les *Lois civiles*, les médecins répondant seulement de leur impéritie, des fautes qu'ils commettent contre les règles de leur profession³⁸. En matière d'obligations, Domat ouvre notablement la catégorie des obligations naturelles, en ajoutant aux obligations contractées par des incapables celle de la femme mariée qui, une fois devenue veuve, ne peut invoquer la nullité de l'engagement contracté au temps du mariage sans l'autorisation de son mari, afin de permettre la restitution contre la prestation exécutée depuis lors³⁹. Il prend toutefois parfois ses distances avec le droit romain et annonce le Code, lorsqu'il s'intéresse aux notions de quasi-contrat et de quasi-délit. Il n'envisage le quasi-contrat que là où l'homme est uniquement mu par sa propre volonté. Il distingue ainsi dans les engagements qui se forment sans convention, ceux qui procèdent d'un fait volontaire de ceux qui découlent directement de la loi⁴⁰.

Comme dans le futur Code Napoléon, toutes les obligations non conventionnelles sont groupées dans un même ensemble. On constate chez Domat également une force attractive du contrat vis-à-vis des autres sources d'engagement. Il est amené ainsi à classer l'usufruit et les servitudes dans le livre consacré aux conventions, car ils s'acquièrent le plus souvent par cette voie selon lui. Il s'écarte même parfois du droit positif de son temps, afin d'affirmer le droit naturel, notamment en matière de preuve des conventions, où il abandonne

³⁷ J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 11, L. I, t. I, s. II, 3.

³⁸ *Id.*, L. I, t. XVII, s. II, 16.

³⁹ *Id.*, L. I, t. I, s. V, 9.

⁴⁰ J. DOMAT, *Traité des lois*, préc., note 11, IV, 2.

la lettre de l'ordonnance de 1667, estimant que, dès lors qu'une convention n'a pas fait l'objet d'un *instrumentum*, les parties doivent pouvoir faire la preuve de la vérité de la convention, ou par témoins ou par les autres voies que prescrivent les règles de preuve⁴¹.

Concernant le contrat de vente, il se contente, avec la majeure partie de la doctrine, de relever que la vente ne peut être établie sans prix, soulignant que le prix de la vente ne « peut jamais être autre chose que de l'argent en monnaie publique, qui fait l'estimation de la chose vendue »⁴². En matière de garanties dues par le vendeur, Domat annonce la reprise par le Code Napoléon, aux articles 1644 et 1645, de la réglementation des vices cachés⁴³. La question du transfert purement consensuel de la propriété par le contrat de vente est caractéristique de la place de l'œuvre. Domat hésite entre la tradition romaine et l'adhésion aux avancées de l'École du droit naturel moderne, mettant en avant le principe consensualiste. Il souligne que la vente renferme le consentement du vendeur à la mise en possession de l'acheteur⁴⁴, mais rappelle que c'est par la délivrance « que la vente reçoit son entier accomplissement »⁴⁵. En matière de louage, il prend position pour une conception unitaire des différentes formes de louage⁴⁶. Largement fidèle aux préceptes romains en matière de contrat de société, il prohibe les clauses léonines car elles blessent l'équité et la bonne foi⁴⁷, souhaitant même que, si l'associé a commis un dol, les autres associés soient appelés à user de « commisération » envers lui, n'exigeant pas, éventuellement, « tout ce qu'il leur doit »⁴⁸. En matière de mandat, la même fidélité au droit romain se révèle, reprenant le principe de la gratuité,

⁴¹ *Id.*, L. I, t. I, s. I, 12.

⁴² *Id.*, L. I, t. II, s. V, 1.

⁴³ *Le vendeur est alors obligé de déclarer à l'acheteur les défauts de la chose vendue qui lui sont connus et si, ayant connaissance de ces défauts, il les a cachés, il devra non seulement les dommages et intérêts mais aussi indemniser l'acheteur de toutes les suites que le défaut de la chose aura pu causer.*

Id., L. I, t. II, s. XI, 2 et 7.

⁴⁴ *Id.*, L. I, t. II, s. II, 8.

⁴⁵ *Id.*, L. I, t. II, s. VII, 2.

⁴⁶ *Id.*, L. I, t. IV.

⁴⁷ *Id.*, L. I, t. VIII, s. I, 10.

⁴⁸ *Id.*, L. I, t. VIII, s. IV, 19.

du consensualisme et réaffirmant la bonne foi⁴⁹. De même la définition du commodat⁵⁰ est conforme trait pour trait à la logique des juristes de l'*urbs*. La seule distinction entre le commodat et le louage est alors la gratuité du second vis-à-vis du premier, Domat unifiant le régime des deux contrats⁵¹ et annonçant les formulations des articles 1874 à 1892 du Code français.

Classiquement, il rejette l'usure⁵², refusant l'intérêt comme contraire à la loi divine, au droit naturel, à l'équité et à la justice⁵³. Comme le prêt à usage, le prêt de consommation doit rester gratuit, un contrat de bienfaisance, « l'obligation du prêt ne pouvant excéder la chose prêtée »⁵⁴.

Concernant l'affirmation du contrat réel moderne, Domat est en retrait, comme Grotius d'ailleurs⁵⁵, et il considère les contrats réels comme des engagements synallagmatiques, les obligations du prêteur trouvant leur cause dans les obligations réciproques de l'emprunteur. Pour lui et pour Grotius, un tel contrat découle des préceptes du droit naturel (rendre à chacun ce qui lui appartient), la remise de la chose ne semblant constituer qu'un simple mode d'expression du consentement.

Ces quelques éléments épars ne doivent pas faire oublier les grands thèmes sur lesquels la pensée de Domat s'impose pour la

⁴⁹ Par exemple, si le mandataire ignore le décès et exécute sa procuration, tout ce qu'il a fait de bonne foi devra être ratifié par les héritiers, du fait de cette ignorance, car « la bonne foi donne à ce qu'il a géré l'effet du pouvoir que le défunt lui avait donné », *id.*, L. I, t. XV, s. IV, 7.

⁵⁰ *Id.*, L. I, t. V, s. I, 1.

⁵¹ *Id.*, L. I, t. IV, s. I.

⁵² Il est alors amené à rejeter certains auteurs romains. Sur ce point, voir : D. GILLES, préc., note 5, p. 78 et suiv.

⁵³ *Pour établir les principes sur lesquels il faut juger si l'intérêt du prêt est licite ou non, on n'aurait besoin que de l'autorité de la loi divine qui l'a condamné et défendu si expressément et si fortement. Car quiconque a du sens ne peut refuser de tenir pour injuste et pour illicite tout ce que Dieu condamne et défend (Eccl. 33 3). Mais encore que ce soit sa volonté seule qui est la règle de la justice, ou plutôt qui est la justice même, et qui rend juste et saint tout ce qu'il ordonne (Psal. 18 10), il souffre et veut même que l'on considère quelle est cette justice et qu'on ouvre les yeux à la lumière pour la reconnaître (Eccl. 17. 24)*

J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 11, L.I, t.VI, préambule.

⁵⁴ *Id.*, L. I, t. VI, s. I, 7.

⁵⁵ Voir : D. DEROUSSIN, préc., note 23, p. 302.

doctrine de son temps et pour lesquels les rédacteurs du code seront largement redevables. Il s'agit, par exemple, de la réflexion autour de la cause des contrats. Domat, à la suite du romaniste auvergnat Connan, recherche bien souvent la cause dans les éléments objectifs, matériels du contrat à titre onéreux, sans se référer à la psychologie des parties. Il se dégage de la définition d'Ulpian de la *causa* (D. 2. 14. 7), en faisant de la cause la simple promesse d'exécuter à laquelle chacun s'engage. La cause est alors constituée par l'espérance d'exécution pour l'autre partie. Il use alors du vocable « cause » pour les contrats à titre onéreux, et de « motif » pour les contrats à titre gratuit. Il n'élabore toutefois pas une définition générale de la cause, théorie applicable pour tous types d'actes juridiques, comme le fera la doctrine classique au XIX^e siècle, tels Aubry et Rau ou Demolombe, même s'il pose les principes généraux qui gouverneront celle-ci. Toutefois, l'esprit de sa réflexion semble tendre vers l'idée d'intérêt à l'acte, se rapprochant alors de la cause subjective. Ces attermolements expliquent que c'est davantage Pothier qui se retrouve sous la plume des rédacteurs du Code pour définir la cause.

Au contraire, concernant la formulation de l'article 6 du Code Napoléon, ce seront les *Lois civiles* qui se trouveront à l'honneur, la réflexion de Domat sur les bonnes mœurs et l'ordre public ayant posé les cadres généraux de ces notions.

En raison de l'importance que revêtent la bonne foi et l'équité dans le système de Domat, on ne sera pas étonné de l'importance qu'il donne à la lésion, le vendeur étant obligé de « s'exprimer clairement et nettement » sur les qualités de la chose, à tel point que toute ambiguïté sera interprétée contre lui⁵⁶. Il développe d'ailleurs une seconde idée qui distingue la lésion de la question de la bonne foi proprement dite. Il évoque l'équité qui empêche d'abuser d'un état de nécessité. Ainsi, il est de droit naturel que celui qui achète « n'abuse pas de la nécessité où se trouve celui qui vend, et n'achète pas à un trop vil prix »⁵⁷. Il est, selon lui, des « conventions où la simple lésion, quoique sans dol, suffit pour résoudre la convention »⁵⁸.

Faisant du contrat non pas l'instrument d'un égoïsme individuel, mais d'une réalisation du bien commun, il a largement carac-

⁵⁶ J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 11, L.I, t. II, s. XI, 14.

⁵⁷ J. DOMAT, *Traité des lois*, préc., note 11, L. XI, 10.

⁵⁸ J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 11, L. I, t. I, s. VI, 9.

térisé et imposé la notion de bonne foi dans l'ensemble de son système. C'est le cas par exemple du contrat de société où les engagements « généraux et indéfinis » des associés sont déterminés par la bonne foi⁵⁹. Les *Lois civiles* s'imposent également à la doctrine du temps en matière de vices du consentement, d'usufruit ou d'interprétation...

Innovante et conservatrice à la fois, l'œuvre de Domat apporte-t-elle pour autant sa pierre à l'édifice de la codification ? Sur le fond, il éclaire, voire édifie dans leur structure moderne un certain nombre de thèmes, tels que les vices de consentement, l'interprétation des conventions, la notion de cause ou encore le fondement de la responsabilité civile. Ces thèmes feront la richesse de son héritage, et cela même si, bien souvent, Pothier sera celui qui donnera la forme définitive à certaines formulations amorcées par Domat.

Ce dernier adopte surtout « une technique de la ligne claire », c'est-à-dire écarter les commentateurs et les références hors de son propos immédiat, poser d'abord la règle puis seulement l'exemple, si exemple il y a. Il se démarque ainsi des auteurs des XVI^e et XVII^e siècles qui brillaient par leur érudition au détriment de la clarté de leur propos. Il se détache également – et c'est peut-être un défaut – de Pothier qui, par ses exemples, explicitera largement sa réflexion, au détriment de la présentation même de certaines questions. C'est donc l'art de la formule autant – sinon davantage – que les solutions sur le fond qui font des *Lois civiles* un outil précieux, voire indispensable pour les codificateurs tant du Code Napoléon que du *Code civil du Bas Canada*.

II. Les *Lois civiles*, préface des Codes

Si les *Lois civiles* se trouvent à l'honneur au sein du *Code civil du Bas Canada*, c'est principalement en raison de l'influence jouée par Domat sur le Code de 1804 qui s'est répercutée sur la codification pour le Bas Canada.

Toutefois, certains thèmes juridiques tirés des *Lois civiles* s'étaient déjà imposés dans les grands recueils du XVIII^e siècle qui constitueront les sources de références de la doctrine et de la jurisprudence québécoises avant la codification. De plus, les traductions

⁵⁹ *Id.*, L. I, t. VIII, s. I, 12.

en anglais de Strahan, puis de Cushing⁶⁰ favoriseront la diffusion en Amérique du Nord de la pensée du juriste clermontois. Dans les recueils de jurisprudence, tels que ceux de Ferrière ou de Rousseaude de la Combe, s'imposent les références aux *Lois civiles* pour les thèmes de l'arbitrage, de la définition de la convention, de l'interprétation de celle-ci – notamment la notion d'ambiguïté – de la détermination des vices de conventions (erreur et dol), de la distinction droit privé-droit public, en matière d'accessoire, de garantie, de clause dérogatoire en matière testamentaire, etc.⁶¹. Concernant le quasi-délit, Garat, l'auteur de la notice dans le *Répertoire de jurisprudence* de Guyot rend un hommage appuyé au jurisconsulte et contribuera largement à la perpétuation de sa réflexion dans le Code civil de 1804 et dans la pratique du droit québécois : « On est heureux, quand on peut marcher dans la jurisprudence avec un guide tel que Domat. Il faudra recourir à son livre si l'on veut connaître tous les détails de cette partie du droit »⁶².

A. Les *Lois civiles*, prolégomènes du Code Napoléon

Cet héritage hétéroclite de la réflexion sise dans les *Lois civiles* s'accroît par la lecture que font les codificateurs français de l'œuvre domatienne. Forte sur la personne de Portalis⁶³ et sur le

⁶⁰ Cf. William STRAHAN, *The Civil Law in Its Natural Order; Together with the Publick Law translated by W. Strahan*, London/Bettenham (printer) for Bell, 1726; W. STRAHAN, *The Civil Law in Its Natural Order, Together with the Public Law, written in French by Jean Domat, and translated into English by William Strahan, with Additional Remarks on Some Material Differences between the Civil Law and the Law of England*, 2nd ed., with additions, London, 1737. Voir également l'édition américaine, plus tardive, de Cushing : Luther-S. CUSHING, *The Civil Law in its Natural order; by Jean Domat, translated from the French by William Strahan, ed. from the 2nd London edition (preceding title) by Luther S. Cushing*, Boston, Little/Brown, 1853. On peut remarquer qu'il existe une réédition récente des *Lois civiles* dans leur traduction anglaise, alors qu'il n'en existe pas depuis le XIX^e siècle pour l'édition française. Nous espérons pouvoir prochainement pallier cette absence avec l'appui d'un éditeur. Voir : William STRAHAN, *Civil Law in Its Natural Order*, Littleton, Fred B Rothman, Reprint edition, décembre 1981.

⁶¹ Cf. D. GILLES, préc., note 20, p. 493-561.

⁶² Art. de Garat, « quasi-délits », Pierre-Jean GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, vol. 13, Paris, Visse, 1784-1785, p. 236.

⁶³ Celui-ci remarque notamment que « [l]e sage Domat a rangé les lois civiles dans leur ordre naturel : il a fait un petit Traité des lois en général et un Traité sur le droit public » : Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, 3^e éd., t. 2, Paris, Moutardier, 1834, p. 225.

livre préliminaire du Code, l'influence des *Lois civiles* est moindre sur les trois autres codificateurs, Félix Bigot de Préameneu⁶⁴, François Tronchet et Jacques de Maleville⁶⁵ qui lui préfèrent Pothier. Parfois, comme c'est le cas en matière de propriété, le juriste auvergnat n'est pas évoqué, alors même que sa réflexion eût été éclairante⁶⁶. Toutefois, les *Lois civiles* figurent indéniablement parmi les ouvrages de référence des débats menés de 1801 à 1804. Nombreux sont les codificateurs et les législateurs qui ne tarissent pas d'éloges

⁶⁴ Qui reconnaît toutefois, pour ce qui concerne les contrats et les obligations conventionnelles, que :

[Les auteurs du projet de Code] ont cru que ce serait rendre service à la société si on retirait du dépôt des lois romaines une suite de règles qui, réunies, forment un corps de doctrine élémentaire, ayant à la fois la précision et l'autorité de la loi. C'est un ouvrage que, dans le siècle dernier, les jurisconsultes les plus célèbres des diverses parties de l'Europe ont désiré, qu'ils ont préparé par de grands travaux. [...] La France met sous ce rapport au nombre des ouvrages les plus parfaits ceux de Domat et de Pothier.

Félix BIGOT-PREAMENEU, « Présentation au corps législatif et exposé des motifs du projet des contrats ou obligations conventionnelles », dans Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, (rééd. O. Zeller, Osnabrück, 1967), t. XIII, p. 217.

⁶⁵ Maleville évoque très peu les *Lois civiles* alors qu'il cite largement les travaux de Pothier dans son *Analyse raisonnée du Code civil*, anticipant ce qui sera l'attitude de la doctrine dominante au XIX^e siècle. Ainsi, il cite plus de 100 fois Pothier dans son ouvrage, aux côtés de Boutaric, Serres, Dumoulin, Lapeyrère, Lebrun, Brodeau, Mornac, Rousseaud de Lacombe, ou même Montesquieu. Selon lui, le meilleur commentaire du titre sur les obligations se trouve d'ailleurs dans le *Traité des obligations de Pothier*. Tout au long des développements touchant cette matière, Maleville cite Pothier, Cujas, Godefroy, le droit romain mais ne se réfère pas à Domat ; Jacques de MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la Discussion du Code civil*, t. 3, Paris, Nève, 1822, p. 3 et suiv. Il reconnaît toutefois que le *Livre préliminaire* du Projet du premier pluviôse an IX, rédigé par Portalis, était édifié à l'instar du *Livre des lois* de Domat », *id.*, t. 1, p. 4.

⁶⁶ Un exemple en est donné au sujet des articles 637 et 639 où la protection de la propriété privée est en cause. Le débat porte sur la propriété d'une source sur plusieurs fonds. Pour Maleville, l'article 637 est conforme aux maximes du droit. Une seule exception est possible si des travaux sur les eaux ont été faits depuis moins de trente ans. Il remarque toutefois un assouplissement au principe par la jurisprudence et la doctrine. Il cite un arrêt rapporté par Henrys, et relève qu'il est dangereux de poser des principes trop abstraits. Il estime que les « besoins du premier propriétaire une fois satisfaits, l'équité, l'intérêt public et la destination même de l'eau ne permettent pas que les fonds inférieurs en soient arbitrairement privés : la Providence a créé pour l'usage de tous cet élément nécessaire à tous ». La proximité aurait pu être proche avec Domat qui traite de cette question, mais ce dernier n'est pas invoqué ; « Discussion au Conseil d'État », P.-A. FENET, préc., note 64, t. XI, p. 258.

sur l'utilité des *Lois civiles* dans l'établissement des formules du futur Code, plusieurs émaillent ainsi leurs discours de références révérencieuses à Domat. À ce jeu, ce dernier surpasse même largement Pothier, bien moins cité dans les proses codificatrices recueillies consciencieusement par Fenet. Seul Montesquieu l'est davantage dans les travaux préparatoires, lui dont la plume avait notamment la faveur des membres du Tribunal, plus tentés par la lecture de l'*Esprit des Lois* que celle – plus aride il est vrai – des *Lois civiles*⁶⁷.

On retrouve ainsi Domat tel un génie tutélaire, servant de référent aux travaux en matière d'obligation conventionnelle, en matière d'interdiction pour les capables de demander la répétition d'une prestation exécutée de bonne foi⁶⁸, en matière de tutelle et d'établissement du conseil de famille⁶⁹, en matière de biens paraphernaux⁷⁰, de responsabilité civile, de présomption, de dol... ou plus

⁶⁷ Cf. D. GILLES, préc., note 5, p. 571 et suiv.

⁶⁸ F. BIGOT DE PRÉAMENEU, préc., note 64, t. XIII, p. 264. Bigot de Préameneu partage également la même critique des obscurités du droit romain que celle faite par Domat un siècle plus tôt : « Ainsi les lois romaines relatives aux contrats nous sont parvenues embarrassées de formules et de distinctions sans nombre. Les simples pactes, les stipulations, les contrats y forment autant de classes séparées » ; *id.*, p. 221.

⁶⁹ En établissant par exemple un conseil de famille restreint à sept personnes, le tribun Berlier réforme un abus que le juriste clermontois avait tenté de contrecarrer par ses *Lois civiles*, afin de préserver la paix des familles : « Ainsi disparaîtront beaucoup d'intrigues et principalement celles à la faveur desquelles on portait souvent sur un parent éloigné et peu affectionné la charge que devait naturellement supporter le parent le plus proche ; abus qui existait déjà du temps de Domat, et dont il se plaint en son discours préliminaire sur le titre des tutelles » : Théophile BERLIER, « Présentation au corps législatif du Titre De la minorité, de la Tutelle et de l'émancipation », dans P.-A. FENET, préc., note 64, t. X, p. 642.

⁷⁰ Duveyrier, contestant le régime des biens paraphernaux souligne, en reprenant le juriste clermontois que :

[N]otre respectable Domat s'en plaignait avec une sorte de sensibilité :

Ces biens paraphernaux, dit-il, et cette jouissance indépendante du mari paraissent avoir quelque chose de contraire au principe du mariage, et sont même une occasion qui peut troubler la paix que demande cette union. Aussi voit-on, continue-t-il que, dans une même loi du droit romain qui ôte au mari tout droit sur les biens paraphernaux, il est reconnu juste que la femme, se mettant elle-même sous la conduite de son mari, elle lui laissât aussi l'administration de ses biens. Le projet de loi soumis à votre examen aura encore le mérite notable de rendre au régime dotal toute la raison des lois romaines et toute la majesté du mariage.

Honoré Nicolas Marie DUVEYRIER, « Communication officielle au Tribunal », dans P.-A. FENET, préc., note 64, t. XIII, p. 749 et 750.

simplement évoqué par le tribun Gillet lors de la communication officielle au Tribunal du projet relatif au mariage et au rôle du père dans le mariage de sa fille⁷¹.

Mais l'influence des *Lois civiles* est également forte sur la formulation même des articles du Code, en matière d'obligations bien évidemment, mais également en matière d'usufruit, où la proximité des formulations – moins connues – est flagrante. Ainsi, pour la rédaction de l'article 612 qui dispose que l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, mais à des personnes morales, ne dure pas plus de trente ans, Galli montre une révérence forte aux *Lois civiles*, préférant sa formule à l'énonciation du droit romain *Placuit centum annis tuendos esse municipales*⁷². Il s'exclame alors :

*À la vérité, on ne pourrait trouver bien solide la raison qui y est alléguée, quia is finis vitae longaevi hominis est. Comment ! Parce qu'un homme peut vivre cent ans, il faudra décerner l'usufruit aussi pour cent ans à une ville ou autre communauté ! Je ne comprends pas bien la conséquence de ce principe : mais je comprends bien la doctrine de l'immortel Domat, qui lui-même devança l'opinion de notre Code, et n'eut pas de peine à dire qu'il y aurait eu bien plus de raison de fixer cet usufruit à trente années seulement.*⁷³

Concernant les articles touchant à la responsabilité, Bertrand de Greuille et Mouricault soulignent judicieusement la proximité

⁷¹ Gillet relie ainsi l'obligation de doter sa fille pesant sur le père à l'obligation générale de veiller à la conduite de ses enfants. Il évoque la loi Julia appliquée à de rares occasions dans les pays de droit écrit qui « provoquait une sorte d'inquisition sur la fortune du père, parce que la dot devait en suivre les proportions ; elle y perpétuait les dissensions des familles [...] C'est un abus que le sage Domat a très bien entrevu lui-même, et cet abus formerait une contradiction manifeste avec les principes de la loi proposée » ; Jean Claude Michel GILLET, « Communication officielle au tribunal », 8 mars 1803, dans P.-A. FENET, préc., note 64, t. IX, p. 192 et 193. Pour une perspective plus large sur la place du père et du mari dans le Code civil et l'esprit général du Code de 1804, voir l'intéressante étude de Jean LECLAIR, « Le Code civil des Français de 1804, une transaction entre révolution et réaction », (2002) 36 *R.J.T.* 1. Sur les rédacteurs du Code, leur influence au sein des commissions et leurs aspirations juridiques, voir : Jean-François NIORT, *Homo civilis, repères pour une histoire politique du Code civil français*, thèse droit Paris I, 1995, préface de J.-L. Halpérin, postface J. Carbonnier, coll. « Histoire des Institutions et des Idées Politiques », t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, particulièrement p. 77-132.

⁷² L. 8, ff. de Usufr et Usufr. Legato. L. an. Usufr. 56, ff. de usufr.

⁷³ Pierre Gaytin GALLI, comte de la Loggia, « Présentation au corps législatif », dans P.-A. FENET, préc., note 64, t. XI, p. 215.

des solutions posées par Domat et celles du Code, celui-ci les ayant « toutes recueillies dans ses lois civiles, ouvrage profond qui sera toujours utilement médité »⁷⁴. Jaubert revendique également la filiation du juriste auvergnat en matière de théorie de l'obligation⁷⁵. Il est encore évoqué en matière de créance solidaire, de vices du consentement, d'usufruit, de mandat... Outre les citations présentes dans les discours des codificateurs, il est possible d'établir de nombreuses filiations entre les articles du Code Napoléon et les formules des *Lois civiles*. Il faut souligner que, dans cet emploi, les formules de Domat sont bien souvent reprises afin de poser un principe ou une formule lapidaire caractérisant la définition d'un acte ou affirmant une règle générale. Il en est ainsi de l'article 1235 : « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées », qui trouve sa formulation dans les *Lois civiles* : « le paiement supposant la dette,

⁷⁴ Thomas Laurent MOURICAULT, « Discussion devant le corps législatif », dans P.-A. FENET, préc., note 64, t. XIII, p. 421. Pour Bertrand de Greuille :

[C]'est une des premières maximes de la société : d'où il suit que si ce fait cause à autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer. Ce principe, consacré par le projet, n'admet point d'exception ; il embrasse tous les crimes, tous les délits, en un mot tout ce qui blesse les droits d'un autre ; il conduit même à la conséquence de la réparation du tort, qui n'est que le résultat de la négligence ou de l'imprudence ».

B. DE GREUILLE, « Communication officielle devant le Tribunal », dans P.-A. FENET, préc., note 64, t. XIII, p. 475.

⁷⁵ Dans son rapport au Tribunal sur le projet du Livre 3^e du *Code civil* sur le droit des contrats et des conventions, il compare Cujas, Dumoulin, Pothier et Domat aux grands juriconsultes romains, pour leur apport à la science du droit et pour avoir dégagé le droit romain « de ces subtilités qui dans certains cas embarrassaient le droit écrit ». Il ajoute :

[...] Les Français ont eu aussi leur Paul, leur Papinien. Cujas avait expliqué les textes romains avec une telle sagacité, que le Parlement de Paris, sur le réquisitoire exprès du procureur général, lui avait permis de faire lecture et profession en droit civil dans l'université de Paris, à tel jour et heure qu'il serait par lui avisé. Et Dumoulin, ce juriconsulte célèbre, qui, au milieu des troubles civils, était parvenu à réunir toutes les connaissances du droit coutumier et du droit écrit quels services n'a-t-il pas rendus à la jurisprudence dans les matières les plus difficiles, par les principes lumineux et féconds qu'il a posés, et dont plusieurs ont passé en maximes ? N'avions-nous pas aussi le grand, le magnifique ouvrage de Domat, qui nous avait si bien développé la filiation des lois ?

A. JAUBERT, « Communication officielle faite au Tribunal, rapport fait par M. Jaubert sur le Chap. VI », 13 pluviôse An XII, 3 fév. 1804, dans P.-A. FENET, préc., note 64, t. XIII, p. 413.

celui qui se trouve avoir payé par erreur ce qui n'était point dû, peut le recouvrer [...]»⁷⁶. En matière d'exception d'inexécution, Domat, en systématisant les solutions romaines, généralise la règle en allant même au-delà de la solution qui est reprise dans l'article 1184.

On trouve bien souvent une parfaite homothétie entre ces différentes formules rédigées à plus d'un siècle d'intervalle, comme c'est le cas en matière de cautionnement pour l'article 2017 : « Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée ». La formulation des *Lois civiles* est la suivante : « Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à la réserve des contraintes par corps, si l'engagement était tel que le fidéjusseur y fût obligé »⁷⁷. Il en est de même pour l'article 2050 : « Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure ». Les *Lois civiles* sont reprises alors *in extenso* : « Si celui qui avait transigé d'un droit qu'il avait de son chef, acquiert par la suite un pareil droit du chef d'une autre personne, la transaction ne fera pas de préjudice à ce second droit [...] »⁷⁸. Dans l'ensemble du Code, on trouve plus de 330 articles dont les formules sont quasiment identiques des *Lois civiles* au Code Napoléon, ce qui place immédiatement les *Lois civiles* comme la seconde source doctrinale du Code après les travaux de Pothier⁷⁹.

En définitive, il semble que les objectifs que Domat s'est assignés ont été remplis dans l'œuvre codificatrice française : l'ordre et la lumière qu'il a mis dans le droit romain permettent pour partie l'affirmation d'un droit naturel dans l'œuvre codificatrice. Il faut néanmoins souligner deux éléments qui nuancent cette affirmation. D'une part, l'abandon du plan original des *Lois civiles*, au profit d'une distinction moins géométrique et plus conservatrice, puisque héritée de Gaius. On peut d'ailleurs regretter, comme le doyen Wiedekher, que les codificateurs aient davantage opté pour le

⁷⁶ J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 11, L. IV, t. I, s. I, 4, p. 282.

⁷⁷ *Id.*, L. III, t. IV, s. I, 14, p. 224.

⁷⁸ *Id.*, L. I, t. XIII, s. I, 6, p. 124.

⁷⁹ Pour une liste de ces articles, voir : D. GILLES, préc., note 5, annexes, p. 670 et suiv.

livre troisième pour un catalogue à la Prévert⁸⁰ que pour l'austère rigueur géométrique auvergnate. D'autre part, certains pans du Code, hérités des lois révolutionnaires, ne pouvaient accueillir favorablement l'héritage des *Lois civiles*. Rien de plus éloigné du Code que les aspirations chrétiennes assignées à la réorganisation du droit des *Lois civiles*. La loi d'amour de Dieu et la loi d'amour de son prochain, qui président aux *Lois civiles*, ne constituaient pas les lignes forces du projet des codificateurs, fidèles héritiers des Lumières pour la plupart, comptant plusieurs régicides parmi eux.

B. Aux fondements du Code civil du Bas Canada

C'est essentiellement par les traductions en anglais de Strahan et l'établissement des Code civil Louisianais (1808, d'abord, 1823-1824, ensuite), puis du *Code civil du Bas Canada* (1865) que les *Lois civiles* s'imposent comme un ouvrage juridique majeur dans le monde anglo-saxon et en Amérique du Nord. Thomas Jefferson⁸¹ et John Adams⁸² possédaient tous deux les *Lois civiles* en français, ainsi que les traductions de Strahan, Adams n'hésitant d'ailleurs pas à évoquer le *Traité des lois* dans les prétoires au détriment de la common law⁸³. Le juriste se trouve même cité – anecdotique-

⁸⁰ Le titre III rassemble ainsi les questions de succession, de donation, de testament, de théorie générale du contrat, de quasi-délit, de responsabilité civile, de contrats spéciaux, de régimes matrimoniaux, d'expropriation, d'ordre entre créanciers, de prescription et possession ; cf. Georges WIEDERKHER, « Le Code civil de 1804 à 2004 », *Colloque bicentenaire du Code civil*, Ass. Avenir Capa, Strasbourg, 2004, p. 13, à la page 14.

⁸¹ Voir : James GILREATH and Douglas L. WILSON (dir.), *Thomas Jefferson's Library: A Catalog with the Entries in His Own Order*, Washington, Library of Congress, 1989, c. 23.

⁸² Ce dernier, jeune étudiant en droit, déplore dans sa correspondance son manque de connaissance des auteurs du droit naturel, dont Domat :

Besides, I am but a Novice in natural Law and civil Law. There are multitudes of excellent Authors, on natural Law, that I have never read, indeed I never read any Part of the best authors, Puffendorf and Grotius. In the Civil Law, there are Hoppius, and Vinnius, Commentators on Justinian, Domat, & c. besides Institutes of Cannon and feudal Law, that I have to read.

John ADAMS, « Letter to Jona. Sewall », Wednesday, november 26th, *John Adams Diary*, Electronical Archive, the Massachusetts Historical Society, [http://www.masshist.org/digitaladams/aea/index.html], site consulté le 12 septembre 2006.

⁸³ Dans l'affaire *Jonathan Sewal v. John Hancock* du 20 août 1768 concernant « the writs of assistance », Adams déclare : « We are here to be tried by a Court of civil not of common Law, we are therefore to be tried by the Rules of Evidence that

ment – par Richard Bland dans l'un des pamphlets fondateurs de l'indépendance américaine⁸⁴. Toutefois, son influence sur les tentatives de codification aux États-Unis est assez largement limitée aux évocations des *Lois civiles* dans le *Dictionnaire* de John Bouvier⁸⁵. Les États d'Amérique du Sud, quant à eux, considérant le *Code civil* français comme exemple de codification, adoptèrent par la même occasion la pensée du juriste comme une source précieuse d'interprétation⁸⁶.

we find in the civil Law, not by those that we find in the common Law. – We are to be tryed, both Fact and Law is to be tryed by a single Judge, not by a Jury. – We therefore claim it as a Right that Witnesses not Presumptions nor Circumstances are to be the Evidence. » Et il argumenta, en se fondant sur les règles du droit civil, affirmant que, pour accuser quelqu'un d'un crime, il était nécessaire d'avoir deux preuves ou témoignages « *free lfrom all exception; that if there were two or ten such Witnesses as Mezle, they would not amount to Proof sufficient for condemnation* » ; ses contradicteurs ayant « *a right to examine the Witnesses whole past life, and his Character at large* ; » et pouvant prouver par d'autres témoignages et preuves qu'il « *was a fugitive from his native country to avoid the punishment due to a very heinous crime* ». Pour ce faire, il se référa aux autorités suivantes : « *New Inst. Civil Law, 315, 316. Dig. Lib. 22, Tit. 5, §§ 3, 12. Codicis, Lib. 4, Tit. 19, § 25 ; Tit. 20, s. 9, § 1, & note 32. Deut. 19, 15. Calv. Lex Testis. Fortescue de Laudibus Legum, c. 21, p. 38. Wood Inst. 310. Domat, V. 1, p. 13. Preliminary Book, Tit. 1, § 2, IV. 15* » ; *The Founders' Constitution*, vol. 5, Amendement IV, Document 2, Chicago, University Press, 2000, [<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendIVs2.html>].

⁸⁴ Relevons toutefois que cette référence de Bland est tirée de l'introduction de Strahan aux *Lois civiles* : Richard BLAND, *An Inquiry into the Rights of the British Colonies*, 1766, Williamsburg, Virginia, rééd. Appeals Press, Richmond, Virginia (1922). Il faut également souligner la place des *Lois civiles* dans l'ouvrage d'un des pères fondateurs, James Wilson, qui les cite dans son *Of the General Principles of Law and Obligation*, 1790-91. Sur cet auteur, voir : Mark David HALL, *The Political and Legal Philosophy of James Wilson, 1742-1798*, Columbia, University of Missouri Press (1997). On peut également relever l'évocation des *Lois civiles* dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine, notamment dans les arrêts relevant des États de tradition civiliste, comme la Louisiane. Voir, par exemple : *Mayor, Aldermen and inhabitants of New Orleans v. United States*, 35 U.S. 662 (1836) (Pet.)

⁸⁵ Voir, par exemple, les articles « Law », « Usufructuary » ou « Heir », dans John BOUVIER, *A Law Dictionary Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America and of the Several States of the American Union, with References to the Civil and Other Systems of Foreign Law*, 6th ed., revised, improved, and greatly enlarged, Philadelphia, Childs & Peterson (1856).

⁸⁶ Voir, à titre d'exemple, pour l'Argentine, le Pérou et le Chili, les travaux de Jorge Horacio ALTERNI, « Domat y Pothier en el Código Civil Argentino », *La codificación: raíces y prospectiva: El Código Napoleon*, Prudentia Iuris, Buenos Aires, 2003, p. 197-209, ainsi que, dans le même ouvrage : Camilo TALE, « El derecho de daños

Quand s'ébauche le *Code civil du Bas Canada*, l'influence des *Lois civiles* est encore faible dans la pratique canadienne-française. Pourtant, au XVIII^e siècle, la doctrine française, notamment Domat et Pothier, était largement invoquée par les juges anglais – au premier rang desquels Lord Mansfield⁸⁷ – dans leurs recherches de principes généraux. Avant même l'implantation du Code au Canada⁸⁸, la pensée du jurisconsulte était déjà utilisée comme référence doctrinale, comme elle le sera encore après celui-ci⁸⁹. Ainsi par exemple, comme le rapporte Evelyn Kolish, le juge William Smith évoque les *Lois civiles* dans l'affaire *Grant c. Gray*, le 29 décembre 1786⁹⁰. Toutefois, le droit canadien étant d'origine coutumière, les *Lois civiles* – d'essence romaniste – ne pouvaient constituer un socle parfait pour le développement de la doctrine, au contraire des travaux de Pothier.

en Jean Domat. Cotejo con las regias del Code Napoleon, con la doctrina de sus comentarios del S. XIX y con las normas de Código de Vélez», p. 127-147; Carlos Ramos Nunez, «Código Napoleónico: Fuentes y Genesis», (1995) 10 *Revista Derecho & Sociedad*, Universidad Católica del Perú, Lima 10, ainsi que «La codificación impulso moderno de la familia romanista», (1994) 9 *Revista Derecho & Sociedad*, Lima, 157-168. Concernant le Chili, voir: Alejandro G. BRITO, «Para la historia de la formación de la teoría general de acto o negocio jurídico y del contrato III: Los orígenes históricos de la teoría general del contrato», (2000) 22 *Revista de estudios historico-juridicos* 45-60.

⁸⁷ Peter STEIN, *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*, 2^e éd., coll. «Droit et Histoire», Faculté de droit de Genève, Schulthess, L.G.D.J./Bruylant, 2004, p. 149. À cette influence dans la common law s'ajoute l'évocation des *Lois civiles* devant les juridictions d'*equity*. Voir par exemple, en matière de responsabilité: *Appleby and Another v. Myers*, 21 juin 1867, Exchequer Chamber, Council of Law Reporting For England & Wales, (1866-67) L.R. 2 C.P. 651.

⁸⁸ Sur l'impact du *Code civil du Bas Canada*, voir: André MOREL, «L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le *Code civil du Bas Canada* (1866-1890)», *Le nouveau Code civil: interprétation et application. Les Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 52-59.

⁸⁹ L'importance de la doctrine française est sur ce point fondamentale dans l'évolution de la jurisprudence québécoise. C'est ce qu'a largement démontré Michel Morin dans son analyse de la jurisprudence des XIX^e et XX^e siècles (de 1876 à 1984). Si c'est Laurent qui est le plus utilisé dans la jurisprudence, Pothier arrive en bonne place, et Domat se trouve, par exemple, cité dans seize arrêts de 1876 à 1899. De 1900 à 1920, on trouve onze occurrences renvoyant aux *Lois civiles*. Voir: Michel MORIN, «Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*, 1876-1984», (2000) 60 *R. du B.* 247.

⁹⁰ Voir: Evelyn KOLISH, *Changement dans le droit privé au Québec et au Bas-Canada: attitudes et réactions des contemporains*, thèse d'histoire (dactyl.), Université de Montréal, septembre 1980, p. 121-128.

Néanmoins, s'attachant aux sources du droit du Bas-Canada⁹¹, les commissaires du *Code civil du Bas Canada*⁹² édifièrent un droit civil rationalisé en s'appuyant largement sur le Code civil français de 1804⁹³ dont la structure fut largement reprise⁹⁴. C'est donc à

⁹¹ L'inventaire des sources revêt une importance particulière pour les commissaires qui doivent établir, avant de codifier, le droit en vigueur au Bas-Canada. Sur cette question, voir : Sylvio NORMAND et Donald FYSON, « Le droit romain comme source du *Code civil du Bas Canada* », (2001) 103 R. du N. 87.

⁹² Sur l'historique du *Code civil du Bas Canada* et l'importance que la codification a prise au Québec, voir : Frederick Parker WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada* (intr. et trad. Maurice TANCELIN), Toronto, Butterworths, 1980, p. 35-49; André MOREL, « La codification devant l'opinion publique de l'époque », *Livre du Centenaire du Code civil* (I), textes réunis par Jacques BOUCHER et André MOREL, Montréal, P.U.M., 1970, p. 27; Martin BROODMAN, John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, *Quebec Civil Law. An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery Publication, 1993, p. 5-74.

⁹³ Les commissaires explicitent très bien, dans leur second rapport, l'attitude – tout en nuance – qu'ils entendent adopter face à la codification napoléonienne :

Le Code Napoléon est, avec raison, considéré comme un chef d'œuvre dans son genre ; aussi l'a-t-on adopté, soit dans son entier, soit avec des modifications plus ou moins considérables, dans tous les pays, où, depuis sa confection, l'on s'est occupé de codification ; il était donc naturel, à raison de la similitude de nos lois avec celles de la France à l'époque où elles y furent codifiées, qu'on nous donnât son code pour modèle et qu'on l'indiquât comme base de celui que l'on voulait faire. Quoique cette similitude ait été assez notablement altérée par le nouveau code, elle était encore assez grande pour qu'il fût possible, sans trop de risque, de permettre aux Commissaires d'en adopter les dispositions qu'ils auraient approuvées, en retranchant, en altérant celles dont l'expérience en France ou ailleurs a démontré l'inutilité ou la défectuosité et en y intercalant celles que nos lois et nos circonstances particulières peuvent requérir. Cette manière de procéder, si elle eût été permise, aurait rendu la tâche comparativement légère. Mais la Législature ne l'a pas voulu ; elle a bien, à la vérité, indiqué le code français pour modèle quant au plan à suivre, à la division des matières et aux détails à fournir sur chaque sujet ; mais tout cela n'est qu'accessoire et ne regarde que la forme ; quant au fond, il est ordonné que le code à faire se composera exclusivement de nos propres lois. Ce qui est loi en force doit y être inclus ; ce qui ne l'est pas doit en être exclu et peut tout au plus être proposé comme altération admissible.

Deuxième rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada, Québec, G.E. Desbarats, 1863-1865, p. iv.

⁹⁴ Toutefois, les commissaires s'en détachent parfois au nom de la conformité avec la tradition juridique de la Nouvelle-France. Ainsi, en matière de biens et de propriété, les commissaires décident de diviser le second livre en cinq titres, les commissaires relevant que :

[C]'est un titre de plus que n'en contient le Code Napoléon, [...] le cinquième (de l'emphytéose) y étant omis, d'après les uns parce que cette espèce de contrat

travers ce dernier ouvrage et par le poids de ses sources que les rédacteurs de la codification bas-canadienne firent leur profit des formulations des *Lois civiles*. La loi de 1857⁹⁵, entamant le processus de codification prend pour modèle le Code civil de 1804, oblige les commissaires à citer les autorités sur lesquelles ils s'appuient pour formuler une disposition, donnant ainsi toute sa place à l'héritage doctrinal⁹⁶. Ce faisant, les commissaires prouvent, appliquant l'article 6 de la loi de 1857, que la règle est effectivement « en force » au Bas-Canada, leur capacité d'amendement devant être distincte de la reprise de la tradition civiliste⁹⁷. Toutefois, leur rôle n'est pas à mésestimer, et nombre des innovations comprises dans le *Code civil du Bas Canada* sont à porter à leur crédit⁹⁸. Œuvre de compromis, le Code de 1866, dans sa genèse, trouve ses racines principales dans le droit d'inspiration française, héritage de la Nouvelle-France⁹⁹,

n'existe plus en France, tandis que, suivant les autres, il est compris dans l'usufruit. Sans entrer dans la discussion de cette question, qui nous est étrangère, il suffit ici de dire que, d'après l'ancien droit français qu'il est du devoir des Commissaires d'exposer, il est incontestable que l'emphytéose constituait un contrat distinct de l'usufruit et de tout autre et soumis à des règles qui lui étaient propres ; qu'elle a été de tout temps d'un usage fréquent et continué dans le pays et que notre législature, loin de l'abolir, l'a au contraire réservée et confirmée en termes exprès, ainsi que la chose sera exposée en son lieu.

Troisième rapport des commissaires, *Code civil du Bas Canada*, Québec, G.E. Desbarats, 1863-1865, p. 6.

⁹⁵ Cf. *Acte pour pourvoir à la codification des lois civiles du Bas-Canada*, S.P.C., 1857, c. 43, notamment les articles 6 et 7.

⁹⁶ S'appuyant sur son héritage, la codification de 1866 vise toutefois à une modernisation du droit privilégiant le libéralisme économique, comme le souligne Sylvio NORMAND, « La codification de 1866 : contexte et impact », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 43-62.

⁹⁷ M. MORIN, préc., note 89, 273.

⁹⁸ Curieusement, si Portalis est bien connu et largement évoqué par les juristes québécois, Caron, Day et Morin, les trois commissaires du *Code civil du Bas Canada*, figurent peu dans les mémoires de la pensée juridique québécoise. Sur l'œuvre – occultée – de ces commissaires, voir notre étude, à paraître en 2009 « Caron, Day et Morin, trois oubliés de l'histoire de la pensée juridique ? Les commissaires de la codification de 1866 et leur œuvre ».

⁹⁹ Pour une analyse de cette évolution, voir : Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans H.P. GLENN (dir.), préc., note 96, p. 1.

mais également dans l'évolution du droit propre à la Province¹⁰⁰, laissant place à certaines innovations parfois inspirées de la common law¹⁰¹. Si, comme le remarquait Adhémar Esmein parlant des codificateurs du Code Napoléon, « les rédacteurs du Code trouvaient soit dans les codifications antérieures, soit dans la littérature juridique, tout préparés, exprimés déjà dans une langue précise et excellente, les principaux éléments de leur œuvre puisqu'ils voulaient surtout emprunter au passé »¹⁰², il appartenait toutefois aux commissaires canadiens de mettre une âme propre à la codification et adapter les solutions de la doctrine au contexte du XIX^e siècle. Ainsi, les commissaires soulignent que l'intention n'était pas de « permettre l'abrogation, ni même l'altération des lois en force, ni remettre en vigueur celles éteintes, si ce n'est avec pleine connaissance de cause et après avoir été mis en position d'en apprécier la nécessité ou les avantages »¹⁰³.

Dans le rapport des commissaires sur le titre des obligations du *Code civil du Bas Canada*, sur deux cents articles régissant ce secteur, les auteurs renvoient cent soixante-quatorze fois à Pothier dans l'établissement des formules du Code, alors que quatre-vingt-quatorze articles trouvent leur inspiration – pour partie – dans les dispositions des *Lois civiles*¹⁰⁴. Le juriste orléanais reste donc largement préféré au juriste auvergnat, même si la pensée de celui-ci

¹⁰⁰ Pour une analyse du contexte de la codification, outre les articles de Sylvio Normand et de Michel Morin déjà cités, voir essentiellement l'ouvrage de B. Young, retraçant l'évolution de la logique codificatrice jusqu'en 1866 : Brian Young, *The Politics of Codification. The lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, Kingston, London et Buffalo, Osgoode Society for Canadian Legal History and McGill-Queen's University Press, 1994.

¹⁰¹ Comme le souligne Michel Morin, il en est ainsi notamment de la liberté de tester, imposée par l'Acte de Québec de 1774, de l'abrogation des incapacités de recevoir en 1801 ou de plusieurs règles en matières commerciales, une ordonnance de 1777 introduisant notamment les règles de preuves en matière commerciale : M. MORIN, préc., note 89, 267-269.

¹⁰² A. ESMEIN, « L'originalité du Code civil », *Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 18.

¹⁰³ *Deuxième rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada*, préc., note 93, p. iv.

¹⁰⁴ *Premier rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada*, Québec, G.E. Desbarats, 1863-1865, L. III, titre III Des obligations, p. 37 et suiv. Il faut relever toutefois que dans le premier rapport préliminaire, les références des commissaires ne concernent plus alors la doctrine de l'ancien droit et Domat mais la doctrine civiliste française du XIX^e siècle, notamment Duranton, Troplong, Marcadé et Toullier. Voir : *id.*, p. 7 et suiv.

se trouve à l'honneur. Sur les deux mille six cent quinze articles constituant le *Code civil du Bas Canada*, deux cent soixante-quinze articles contiennent une référence aux *Lois civiles*¹⁰⁵. Cette proportion est proche de celle du Code Napoléon (environ 11 %) ¹⁰⁶. Toutefois, si le penseur clermontois est cité comme autorité, il l'est le plus souvent en compagnie d'une solide doctrine. Les rapporteurs font référence à de nombreux auteurs de l'Ancien droit (Furgole, d'Argentré, Dumoulin, Serres, Denisart, Freminville, Ricard, Guyot, Brillon, Bourjon, Henrys, Bretonnier, Lamoignon...) ¹⁰⁷, mais également à la doctrine civiliste du XIX^e siècle (Toullier, Zachariae, Merlin, Demolombe...) ¹⁰⁸, aux ordonnances et déclarations françaises de

¹⁰⁵ La rédaction des articles suivants fait référence explicitement à la réflexion du juriste auvergnat : 7, 11, 36 al. 2, 242, 292, 310, 359, 454, 470, 542, 553-570, 573-579, 584, 586, 593, 756, 760, 863, 864, 868, 873, 968, 984-987, 989, 993, 994, 1002-1004, 1007-1009, 1013, 1016, 1018-1020, 1024, 1031, 1034, 1038, 1039, 1043, 1045-1055, 1057, 1065, 1071-1074, 1077, 1087, 1094, 1100-1105, 1107, 1108, 1112, 1113, 1117, 1118, 1131, 1139-1141, 1148, 1158, 1159, 1161, 1162, 1169-1173, 1175-1177, 1187, 1188, 1190, 1191, 1193, 1203, 1212, 1234, 1472, 1475, 1484, 1494, 1496, 1497, 1501, 1507-1509, 1511, 1513-1516, 1520, 1522-1534, 1545-1547, 1601, 1603, 1605, 1607, 1609, 1610, 1612-1614, 1618-1620, 1624, 1626-1628, 1637, 1638, 1641, 1650, 1658, 1660, 1672, 1674, 1678, 1683, 1685, 1686, 1699, 1701-1704, 1710, 1712, 1713, 1719, 1720, 1722, 1724-1729, 1755, 1757, 1760, 1781, 1782, 1784, 1795, 1796, 1803-1806, 1809, 1812, 1813, 1818-1822, 1830, 1831, 1845, 1847, 1857, 1859, 1861, 1862, 1892-1894, 1898, 1918, 1920, 1921, 1966, 1983, 1985, 1990, 1992, 1995, 2006, 2017, 2020, 2032, 2043, 2046, 2051, 2056, 2066, 2081, 2267 et 2281. Cf. Édouard Lefebvre De BELLEFEUILLE, *Code civil du Bas Canada, d'après le rôle amendé déposé dans le bureau du greffier du Conseil législatif [...] augmenté des autorités citées par les codificateurs dans le projet soumis à la législature*, Montréal, éd. Beauchemin et Valois, 1866.

¹⁰⁶ Soit environ 14 %. Voir : D. GILLES, préc., note 5, p. 591.

¹⁰⁷ À titre de comparaison, on peut relever, outre la référence aux travaux de Pothier pour plus des deux tiers des articles du Code, les références aux travaux de Serres et de Poullain du Parc. Les travaux du premier sont cités une vingtaine de fois (vingt-deux articles) dans les rapports des codificateurs alors que les travaux du second sont cités une quinzaine de fois (seize articles), notamment en matière de distinction entre biens (art. 374-379) et de succession.

¹⁰⁸ Celle-ci avait une assez grande influence sur la doctrine québécoise durant tout le XIX^e siècle ; voir, sur ce point : Eric H. REITER, « Imported Books, Imported Ideas: Reading European Jurisprudence in Mid-Nineteenth-Century Quebec », (2004) 22 *Law and History Review* [http://www.historycooperative.org/journals/lhr/22.3/reiter.html], site consulté le 10 juin 2006, ainsi que Michel MORIN, « Portalis c. Bentham ? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada », *Commission du droit du Canada, La législation en question*, Ottawa, 2000, p. 141-217.

l'Ancien Régime et, pour une part, à la doctrine anglaise (Blackstone, Russell, Wharton...) et à la législation du Bas-Canada. La filiation est donc plus diffuse entre la pensée du jurisconsulte et les formulations du Code, Domat faisant ici figure davantage d'autorité que de fondement principal de la rédaction. C'est bien évidemment Pothier qui reste la principale source doctrinale du *Code civil du Bas Canada*¹⁰⁹ et, lorsqu'il existe conflit entre les deux auteurs, comme c'est le cas en matière de contrat de vente¹¹⁰, le juriste orléanais est préféré à Domat.

Toutefois, les commissaires – tout au long de leurs rapports – seront fidèles à l'héritage des *Lois civiles*. Ainsi, en matière de restitution de fruits pour le possesseur de bonne foi, souhaitant faire coïncider la formulation avec celle de l'article 1376 du Code Napoléon, ils jugent « plus équitable que la partie innocente qui reçoit par erreur et de bonne foi ce qui ne lui appartient pas ne soit pas tenue de rendre les fruits que dans le plus grand nombre de cas elle a consommés »¹¹¹. Ainsi, ils s'appuient sur l'autorité conjointe de Pothier et Domat. L'attitude vis-à-vis des sources romaines est éminemment pragmatique. Parfois écartée lorsqu'elle est jugée trop rigoureuse – comme en matière de responsabilité des mandataires¹¹² où la doctrine de Pothier est jugée davantage conforme à la pratique

¹⁰⁹ Ainsi, la solution de Pothier est par exemple préférée à celle de Domat – adoptant une position opposée – concernant la formulation de l'article 1107 du Code. Celui-ci prévoyait que le créancier d'une obligation solidaire peut s'adresser au codébiteur qui a sa préférence. Sur le poids de Pothier sur la science juridique canadienne et québécoise, voir : Nicholas KASIRER, « Pothier from A to Z », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de Benoît MOORE, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 387-405.

¹¹⁰ Pour les articles 1513, 1514 et 1515, (numérotés 36 à 38 du projet du Livre troisième du Titre de la vente du quatrième rapport) c'est l'autorité de Pothier qui est « au soutien de la règle, à l'encontre de celle de Domat », *Quatrième rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada*, Québec, G.E. Desbarats, 1863-1865, Titre de la vente, p. 6.

¹¹¹ *Premier rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada*, préc., note 104, Titre des obligations, p. 14.

¹¹² Dans ce domaine, les commissaires relèvent que la loi romaine était plus rigoureuse quant à « la responsabilité des mandataires que le droit civil postérieur, ainsi que nous l'apprennent Pothier et Domat ». La formulation adoptée est alors choisie en conformité avec celle de l'article 1992 du Code Napoléon et en cohérence avec les autres dispositions du titre des Obligations du *Code civil du Bas Canada: Sixième rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada*, Québec, G.E. Desbarats, 1863-1865, Livre troisième : du mandat..., p. vii.

britannique et aux intérêts du commerce¹¹³ –, elle est parfois invoquée, sur la même matière ou en matière de contrat de dépôt¹¹⁴, comme l'expression d'une solution juridique quasi universelle – justifiant sa qualité de *nata lex* et l'évocation de Domat. Ainsi, concernant les courtiers, appelés proxénètes en droit romain, les commissaires relèvent que leurs fonctions à Rome étaient « les mêmes que celles qu'ils remplissent maintenant chez les peuples adonnés au commerce. La règle contenue dans l'article 29 [du projet] est prise de Domat et s'accorde avec ce qui se pratique en Angleterre, en Écosse et aux États-Unis [...] »¹¹⁵.

Parfois pusillanimes ou trop orthodoxes vis-à-vis du Code Napoléon¹¹⁶, les commissaires n'hésitent pourtant pas à écarter la doctrine lorsqu'elle ne sert pas leurs vues et qu'ils jugent celle-ci contraire à l'équité¹¹⁷ ou se montrent critiques de la pratique fran-

¹¹³ Afin d'établir la règle générale de responsabilité du mandataire en matière d'obligation envers les tiers, les commissaires s'appuient ainsi sur la formulation de l'article 1998 du Code Napoléon. Reprenant l'interprétation de Troplong, ils souhaitent ne pas lier le mandant lorsque le contrat est au nom du mandataire sans déclaration du nom du principal, excepté dans quelques cas particuliers. Ils jugent cette interprétation « en harmonie avec la doctrine du droit romain, mais en opposition directe avec celle de Pothier, qui est d'accord avec les lois anglaise, écossaise et américaine », préférant alors cette dernière solution; *id.*, p. ix.

¹¹⁴ Les commissaires relèvent sur cette question que le contrat qui fait l'objet de ce titre, de même que celui du titre précédent, est fondé sur des maximes empruntées au droit romain. L'ancien droit français, tel qu'exposé par Pothier en son traité *Du Dépôt et Du séquestre*, reproduisant les lois romaines sans s'en écarter, ou avec quelques légères différences seulement, nous offre un corps de règles clair et complet»; *id.*, p. xvii.

¹¹⁵ Les commissaires ajoutent toutefois qu'aux États-Unis il existe « en faveur des courtiers une présomption plus favorable qu'elle ne peut l'être sous notre droit, qui exige clairement la preuve que le courtier a été employé par les deux parties avant qu'il puisse les lier par ses actes »; *id.*, p. x et xi. Pour une analyse plus spécifique de la place du droit romain en matière d'obligation, voir: S. NORMAND et D. FYSON, préc., note 91, 104 et suiv.

¹¹⁶ Ainsi, en matière de prescriptions, les commissaires, reprenant le code français, soulignent que « l'on n'a pas voulu se montrer ici plus méticuleux que le Code Napoléon », *Troisième rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada*, préc., note 93, p. 60.

¹¹⁷ Ainsi, concernant les obligations à terme, les commissaires soulignent :
[L]e renvoi à Pothier et au Digeste ne va pas au soutien de l'article, mais y est contraire. Cependant, l'équité est clairement du côté de la restriction apportée à la règle par l'article soumis. Les commissaires sont d'opinion que le débiteur, qui

çaise¹¹⁸, assurant ainsi la singularité de la réflexion juridique civiliste bas-canadienne. Sans dogmatique stérile, les commissaires n'hésitent pas à se détacher du Code Napoléon lorsque ses innovations leur semblent néfastes¹¹⁹ ou contraires à la doctrine de l'Ancien droit¹²⁰, exprimée parfois par les plumes convergentes de Pothier et Domat¹²¹.

par erreur, fraude ou violence, paie avant le temps une dette pour laquelle il a un certain terme, doit avoir un recours et que l'article tel que rédigé doit être adopté comme déclarant la loi sur un point douteux, ou comme amendement à la loi en force.

Premier rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada, préc., note 104, Titre des obligations, p. 17.

- ¹¹⁸ Ainsi, en matière de stipulation des contrats, les commissaires, adoptant la nouvelle formulation du Code Napoléon, critiquent la jurisprudence de l'ancien droit et les libertés prises par les juges :

Sous la jurisprudence qui s'était formée en France, les tribunaux modifiaient les stipulations des contrats, ou sans en tenir compte, substituaient à la volonté écrite des parties, une équité douteuse pour ajuster leurs droits. Dans ce pays, cette intervention n'a peut-être pas été poussée aussi loin, mais en principe elle est également sujette à objection et quoique soutenue par l'autorité de Dumoulin et de Pothier, elle ne paraît pas devoir son origine au Code Justinien, ni justifiée par aucune législation en France. Les raisons données par ces deux éminents juriconsultes sont certainement peu satisfaisantes. [...] Quoiqu'il en soit, il est certain que la doctrine de l'intervention judiciaire alors que le sens du contrat est clair est désapprouvée par les juristes modernes.

Id., p. 15.

- ¹¹⁹ Ainsi, en matière de créance et de droit à la résolution du contrat, ils écartent la solution de l'article 1182 du Code Napoléon au profit de la règle de l'ancien droit, appliquée dans la Province de Québec « fondée sur le droit romain et [qu'il] est sans contredit préférable à la nouvelle » : *Premier rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada, préc., note 104, Titre des obligations, p. 17.*

- ¹²⁰ Ainsi, en matière de prêt et de rente constituée, les commissaires fondent un chapitre quatrième relatif à ces dernières, fondé sur le droit des gens alors que le Code Napoléon s'en abstient : *Sixième rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada, préc., note 112, Titre neuvième, du prêt, p. xi.*

- ¹²¹ Les commissaires choisissent ainsi de s'écarter de la formulation de l'article 2002 du Code Napoléon en matière de responsabilité du mandant envers les tiers, en omettant une partie de cet article (la spécification « pour une affaire commune »), en se fondant sur l'autorité de Pothier, « qui est formelle, en déclarant que la règle a lieu lors même que l'affaire ne concerne qu'un seul. Cette opinion est conforme au droit romain et à celle de Domat, à l'endroit cité » : *id.*, Livre troisième : du mandat..., p. ix.

Le *Code civil du Bas Canada* – objet juridique hétérogène¹²² – ne pouvait être ainsi considéré comme une simple imitation du Code Napoléon¹²³ ni être relié à un auteur en particulier, encore moins un jusnaturaliste versé dans le droit romain – fût-il Domat. Ainsi, rares sont les articles qui font des *Lois civiles* le réfèrent unique (comme l'article 1607¹²⁴), alors que cela est le cas pour Pothier à de nombreuses reprises.

On retrouve toutefois l'auteur clermontois sur les thèmes qui ont fait la fortune de sa pensée dans les dictionnaires juridiques du XVIII^e siècle ou dans le Code civil français. Il est cité – de manière incidente – en matière de tutelle (art. 310), de déni de justice (art. 11), de mort civile (art. 36 al. 2), de puissance paternelle (art. 242), de serment en matière de tutelle (art. 292), d'usufruit (art. 454), de droit de passage (art. 542), de donation (art. 756 et 760), de droit de réméré (art. 1546 et 1547), de contre-lettre (art. 1212), de prohibition de la preuve testimoniale face à l'écrit (art. 1234).

Logiquement, c'est toutefois encore une fois en matière d'obligation que sa réflexion s'impose. On la retrouve en matière de dol (art. 993), de violence (art. 944), de responsabilité du fait des animaux (art. 1055) et de responsabilité contractuelle (art. 1065). Elle structure parfois des pans entiers du *Code civil du Bas Canada*. Il en est ainsi de la lésion (art. 1002-1004 et 1007-1009), de l'interprétation des contrats (art. 1013 et 1016-1020), des effets des contrats (art. 1024, 1031, 1034, 1038), des quasi-contrats (art. 1043, 1045 et 1046), de la bonne foi (art. 1047-1050), des dommages et intérêts (art. 1071-1074 et art. 1077), en matière de solidarité entre créanciers (art. 1100-1102) ou débiteurs (art. 1103-1105, art. 1107

¹²² Comme le soulève Maurice Tancelin, dans l'introduction à la traduction de l'ouvrage de F.-P. Walton, « la complexité des sources du Code civil québécois ne s'accommode pas de la simplification courante consistant à placer l'origine des dispositions de droit civil dans le droit français et celles des dispositions de droit commercial dans le droit anglais » : F.P. WALTON, préc., note 92, p. 8.

¹²³ Sur les rapprochements possibles entre les deux codifications voir : Jean-François NIORT, « Notre droit civil... ? : quelques remarques sur l'interprétation du Code civil français et du *Code civil du Bas Canada* au Québec », *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Paris, Bruylant, 2004, p. 173-201.

¹²⁴ Art. 1607 : « Le bail à loyer des maisons et le bail à ferme sont soumis aux règles communes aux contrats de louage, et aussi à certaines règles particulières à l'un ou à l'autre de ces baux ».

et 1108), en matière d'extinction des obligations (art. 1139-1141, art. 1148 et 1158-1162), de compensation (art. 1187, 1188, 1190, 1191 et 1193), de vente (art. 1472, 1475, 1484, 1494, 1496, 1497, 1501) et de garantie de celle-ci (art. 1507-1509, 1511, 1513 et 1514). Les articles touchant la novation¹²⁵, la garantie des vices cachés¹²⁶, le mandat¹²⁷, le séquestre conventionnel¹²⁸, le contrat de société et sa dissolution¹²⁹ font également appel aux formulations des *Lois civiles*.

Peut-être encore davantage que dans le Code Napoléon, le *Code civil du Bas Canada* fait appel à la réflexion du juriste afin d'établir les dispositions générales et les définitions de nombreuses questions : c'est le cas en matière de privilège et d'hypothèque¹³⁰, de legs¹³¹, de preuve (art. 1203), du principe du contrat de louage et plus spécifiquement de louage des choses¹³², des dispositions générales relatives au mandat¹³³, au prêt à la consommation et au dépôt simple¹³⁴, au contrat de société¹³⁵, au contrat de nantissement et aux principes régissant les transactions¹³⁶. Des lignes forces apparaissent dans le référencement des commissaires. En matière d'obligations par exemple, une trinité juridique est largement invoquée – le droit romain, Domat, Pothier – parfois accompagnée du renvoi au

¹²⁵ Domat est cité pour la quasi-totalité des articles formant cette section, soit les articles 1169 à 1177.

¹²⁶ La pensée du juriste est alors référencée pour les articles 1522 à 1531.

¹²⁷ Soit les articles 1710, 1712, 1713, 1719, 1720, 1722, 1724 à 1729.

¹²⁸ Soit les articles 1818 à 1822.

¹²⁹ Les articles 1845, 1847, 1857, 1859, 1861 et 1862 concernant la société et les articles 1892, 1893, 1894 et 1898 concernant la dissolution de la société.

¹³⁰ Les articles 1983, 1985, 1990 et 1992 se référant aux *Lois civiles* concernant les dispositions générales relatives aux privilèges et les articles 2017 et 2020 établissant les dispositions générales relatives aux hypothèques.

¹³¹ Soit les articles 863, 864 et 868 et l'article 873 touchant, quant à lui, le legs universel.

¹³² Il s'agit de l'article 1601 posant le principe du contrat de louage et de l'article 1605 posant la définition du contrat de louage de choses.

¹³³ Soit les articles 1701 à 1704.

¹³⁴ Les articles 1781, 1782 et 1784 pour le prêt à la consommation et 1795 et 1796 pour le dépôt simple.

¹³⁵ Les articles 1830 et 1831.

¹³⁶ L'article 1966 pour le contrat de nantissement et les articles 1918, 1920 et 1921 pour les transactions.

Code Napoléon à titre d'apôtre de la *regula juris*¹³⁷. En matière de responsabilité des ouvriers et de contrat de louage, les commissaires déplorent toutefois les incertitudes de l'ancien droit – et de Domat et Pothier – sur le sens précis adopté au cas de perte provenant de causes autres que celle résultant de la faute des parties¹³⁸.

Malgré ce large écho que trouve la pensée du juriste clermontois dans le *Code civil du Bas Canada*, celle-ci reste absente de certains thèmes, comme c'était le cas dans le Code civil français de 1804. En matière d'absence, le *Code civil du Bas Canada* préfère renvoyer à la doctrine civiliste du XIX^e siècle ou à Pothier comme en matière de mariage et de convention matrimoniale (art. 1257 et suiv.), où les rédacteurs du *Code civil du Bas Canada* ont rejoint ceux du Code Napoléon en utilisant largement la pensée du juriste orléanais ou encore celle d'autres auteurs, plus proches de la pratique coutumière comme Denisart en matière de curatelle¹³⁹. Certaines spécificités – liées au pluralisme juridique du Canada naissant ou à sa tradition coutumière – expliquent également l'absence de l'auteur clermontois sur certaines questions, comme la communauté de biens¹⁴⁰. Ainsi, la coutume de Paris et les auteurs coutumiers pren-

¹³⁷ À titre d'exemple, les commissaires se réfèrent à ces trois sources en matière d'obligations conditionnelles (art 104 et 105 du projet, art. 1084 et 1085 C.c.B.C.) ou en matière de confusion (art. 217 du projet) : *Premier rapport des commissaires*, *Code civil du Bas Canada*, préc., note 104, p. 66, 106 et 107.

¹³⁸ Les commissaires ajoutent :

Il est néanmoins assez certain que lorsque l'ouvrage est entrepris autrement que par contrat pour le compléter et le livrer comme un tout, la perte tombe sur celui qui fait faire l'ouvrage, soit que les matériaux soient fournis par lui ou par l'entrepreneur. Le doute a lieu dans le cas où l'ouvrage doit être parfait et livré en bloc, per aversionem. Ce cas n'est pas clairement distinct dans les passages où Domat et Pothier traitent de ce sujet [...]

Quatrième rapport, *Code civil du Bas Canada*, préc., note 110, p. 8.

¹³⁹ Les commissaires renvoient à ce dernier et à Pothier pour les articles 14 a, b, c et d ainsi que 17 b, c et d du projet : *Deuxième rapport des commissaires*, *Code civil du Bas Canada*, préc., note 93, p.103 et 105.

¹⁴⁰ Le juriste clermontois excluait expressément cette question des *Lois civiles* :

On ne parlera pas ici de la communauté de biens qui est établie par plusieurs coutumes entre le mari et la femme. Car encore que cette communauté se contracte sans une convention expresse par le simple effet du mariage, c'est une matière propre des coutumes qui en ont différemment établi les règles et on peut y appliquer aussi celle de ce titre et celle de la société selon qu'elles peuvent y convenir.

J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 11, L. II, t. V, préambule, p. 171.

ment naturellement une place particulière dans la rédaction du Code en raison de l'application de celle-ci en Nouvelle-France, puis dans la province de Québec. De plus, les dispositions commerciales échappent pour partie à l'influence juridique française et se réfèrent à la jurisprudence et à la doctrine anglo-saxonne¹⁴¹. Certains thèmes ont subi l'influence quasi exclusive de la doctrine anglo-saxonne. Il en est ainsi des dispositions relatives aux corporations (art. 352-364) qui sont construites autour de la réflexion de Blackstone et qui écartent, *de facto*, la nécessité de se référer à la réflexion du jurisconsulte auvergnat en matière de communauté, qui s'était pourtant en partie imposée sur ce thème dans les dictionnaires juridiques du XVIII^e siècle.

Malgré cette remarque, les références aux *Lois civiles* restent – quantitativement – bien supérieures à celles qui sont faites à la réflexion d'auteurs anglo-saxons – Blackstone est ainsi cité à une vingtaine de reprises seulement dans le *Code civil du Bas Canada*. Les commissaires vont ainsi même jusqu'à renvoyer les lecteurs à deux reprises vers le *Droit public*, pour les articles 584 et 586 relatifs respectivement aux biens sans maîtres et aux trésors¹⁴², sans que l'originalité de la réflexion de Domat justifie, sur ces matières, totalement la référence.

On retrouve donc dans le *Code civil du Bas Canada* la plupart des thèmes sur lesquels sa réflexion a pesé aux XVIII^e et XIX^e siècles, constituant une référence idoine : la domanialité publique, la bonne foi, l'interprétation des conventions, la responsabilité (notamment

¹⁴¹ Toutefois, une nuance doit être apportée. Si l'influence sur ces thèmes est davantage anglo-saxonne, les dispositions relatives à ces questions, comme le remarque F.P. Walton, sont tirées d'une étude comparative des deux droits, anglais et français. Le droit commercial n'est ni anglais, ni français « puisqu'il consiste en règles formulées pour la plupart aux XVII^e et XVIII^e siècles par les civilistes français et hollandais et appliquées par les juges de tous les pays européens faisant du commerce », et notamment Lord Mansfield : F.P. WALTON, préc., note 92, p. 8.

¹⁴² Art. 584 : « Les biens qui n'ont pas de maître sont considérés comme appartenant au souverain. [...] Domat, *Droit public*, liv. 1, tit. 6, sec. 3, n. 1,2,3,4 » et art. 586 « La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds ; si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds. Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété et qui est découverte par l'effet du hasard [...] Domat, *Dr. Publ.* Liv. 1, tit. 6, sec. 3, n.7 ».

du fait des animaux), le contrat de vente...¹⁴³. On peut remarquer toutefois qu'en matière de tutelle et d'usufruit, l'influence du juriste clermontois semble moindre outre-Atlantique, en raison peut-être de la survivance dans la pratique des règles coutumières, notamment sur la première question.

La pensée de Domat a ainsi largement profité de la codification pour s'immiscer au sein de la réflexion juridique nord-américaine. Comme en France, le prestige de l'auteur est pour partie une reconstruction *a posteriori* du fait de l'œuvre codificatrice et de la lecture par les interprètes du XIX^e siècle des formules des codes à l'aune de leurs sources. C'est après la codification que Domat est apparu comme le plus grand juriste du XVII^e siècle, ce qu'il n'était pas au XVIII^e siècle. Il semble qu'une analyse similaire puisse d'ailleurs être faite pour Pothier, qui comme le juriste auvergnat profitera largement des codifications pour s'imposer comme *deus ex machina* dans la bataille de l'interprétation des codes, alors qu'au XVIII^e siècle, on évoquait de préférence les arrétistes ou les auteurs comme Ricard ou Le Brun. Au XIX^e siècle, par l'interprétation des différentes codifications, l'influence de Domat et de Pothier se renforce sous la plume de la doctrine civiliste. On retrouve les « *Leyes civiles* » comme référence aux articles du Code civil argentin, essentiellement en matière d'obligation¹⁴⁴ ou comme source du Code civil de Sainte-Lucie¹⁴⁵. Sa pensée est encore citée par la Cour Royale de Jersey¹⁴⁶ comme source doctrinale de la *Jersey Contract*

¹⁴³ Voir : D. GILLES, préc., note 5, p. 544 et suiv.

¹⁴⁴ Voir les articles 1171, 1198, 1202 et 1204 du Code civil argentin.

¹⁴⁵ Sur ce point, voir : J. MATTHEWS GLENN, « Civilian Survival: Upper and Lower Canada and the Saint Lucia Civil Code », *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 327.

¹⁴⁶ C'est le cas notamment dans deux décisions récentes de la Cour royale, en matière de licitation et de preuve testimoniale de testament. Dans l'affaire *Fallaize (née de mouilpied) v. Fallaize*, ROYAL COURT (Bailhache, Bailiff and Jurats Blampied and Potter), July 22nd, 1996, 1996, *Jersey L. Rev.*, p. 264, la cour relève que [t]he law appears to us to be quite clear. All the definitions of licitation which have been cited refer to a sale's being effected, in default of agreement between the parties, by public auction. We need refer only to Domat, *Loix Civiles*, Livre I, Titre II, art. X, *De la Licitation*, at 52 (1713):

Lorsqu'une chose qui ne peut que difficilement être divisée, comme une maison, ou qui ne saurait l'être comme un Office de judicature, se trouve commune à plusieurs personnes, & qu'ils ne peuvent ou ne veulent s'en accommoder entre eux; ils la vendent, pour en partager le prix; & ils l'adjugent aux enchères

*Law*¹⁴⁷, toujours ici concurrencée dans la jurisprudence par les références aux œuvres de Pothier. Cette lecture de son œuvre assure au juriste auvergnat une renommée certaine qui renforce, rétrospectivement, son image de plus grand juriste du XVII^e siècle¹⁴⁸.

Son influence sur le droit québécois reste encore – pour partie – d’actualité¹⁴⁹. Ainsi, l’arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, rendu par la Cour suprême en 1990¹⁵⁰, exploitait la réflexion de

ou à l'un d'eux, ou à des étrangers qu'ils reçoivent à enchérir. Et c'est cette manière de vendre qu'on appelle licitation.

Dans l’affaire *In the matter of the will of Futter*, ROYAL COURT (Bailhache, Deputy Bailiff and Jurats Blampied and Herbert), January 27th, 1994, (2000) *Jersey L. Rev.* 344, Domat est cité par le « deputy bailiff » Bailhache, concernant la preuve testimoniale apportée par l’héritier : « Domat in Les Loix Civiles, Livre III, Titre I, art. IX, at 394 (1713 ed.) states: “L’héritier nommé par un testament ne peut y être témoin. Car c’est sa propre affaire, & il est le principal intéressé à la validité de ce testament” ».

¹⁴⁷ Voir : John-D. KELLEHER, « The Sources of Jersey Contract Law », (1999) 3-1 *Jersey L. Rev.* 1, 8 et 9.

¹⁴⁸ Monnier fait ainsi de Domat, à travers l’œuvre du Chancelier d’Aguesseau, le précurseur de la codification :

Il s'est trouvé pendant le règne de Louis XIV un esprit aussi profond pour découvrir un principe dans les plus obscurs replis de l'âme humaine que juste pour en saisir les conséquences : c'était Jean Domat. Voyant le dégoût que répandait dans les esprits l'aridité des études juridiques, il en trouva la cause dans les subtilités, l'incohérence et même les contradictions qu'on remarque dans cette législation romaine, œuvre de tant de personnages, faite en différents temps, par différentes vues, sur divers sujets. Il douta de ce que l'on appelait partout la raison écrite. [...] Sacrifiant tout au nouveau point de vue qu'il avait découvert, il en tira tout un ensemble de lois si rigoureusement enchaînées entre elles, si clairement rattachées au principe de la justice, que non seulement son ouvrage était la meilleure préparation à la création d'un code unique parmi nous, mais que de nos jours encore, après tant de travaux de premier mérite, après tant de progrès sociaux accomplis, il en est encore le meilleur commentaire.

Francis MONNIER, *Le Chancelier d'Aguesseau, sa conduite, ses idées politiques*, Paris, Didier & Co., 1863, p. 316 et 317.

¹⁴⁹ Ainsi, concernant l’*animus* en matière de possession et de fiducie, J.B. Claxton fait de Domat le « père » lointain de l’article 921 du Code civil québécois : John B. CLAXTON, « Langage du droit de la Fiducie », (2002) 62 *R. du B.* 301.

¹⁵⁰ *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 136-141. On trouve également des références à Domat dans l’arrêt *Lapierre c. Québec (Procureur général)*, [1985] 1 R.C.S. 241, où les juges se réfèrent au sens qu’ont voulu donner les commissaires du Code. On trouve plusieurs références dans la jurisprudence des trente dernières années, comme dans l’arrêt *Produits Forestiers Donohue Inc.*

Domat afin d'asseoir la notion d'abus de droit contractuel source de préjudice pour un tiers¹⁵¹. En grossissant le trait, il est possible d'établir des liens entre les formulations du Code civil québécois de 1991 et les *Lois civiles*, comme pour l'article 1425 établissant que « dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés ». Si cette interprétation trouve son origine immémoriale sous la plume de Papinien établissant que « *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* », c'est Domat qui privilégie l'intention évidente des parties aux termes contraires de la convention. De même, l'article 1375 du *Code civil du Québec*, article de droit nouveau établissant le principe de la bonne foi, rappelle l'importance que le jurisconsulte donnait à cette notion dans ses réflexions en matière de convention¹⁵², tout comme l'article 1434 établissant la force obligatoire du contrat¹⁵³.

Il faut encore souligner la proximité entre les réflexions de Domat et les règles d'interprétation des contrats, mais aussi les règles d'interprétation jurisprudentielle modernes. Il s'affirma comme l'auteur de la « théorie de l'acte clair » en matière d'interprétation contractuelle, restreignant l'interprétation aux situations d'obscurité et de silence de la norme. Ainsi, en matière de testament, il souligne que « les expressions claires ne souffrent point d'interprétation pour en faire connaître le sens »¹⁵⁴, affirmant que

c. *La Reine*, [2001] IIJCan 562 (C.C.I.) par. 58, où la réflexion puisée dans les *Lois civiles* permet d'éclairer la notion d'abus de droit, notamment pour les « suites de l'injustice et de la chicane des mauvais plaideurs » ou en matière de droits de propriété exercés avec une intention de nuire.

¹⁵¹ Création jurisprudentielle, cette notion perdura jusqu'à la réforme du Code civil québécois. En 1981, dans l'arrêt *Soucisse c. Banque Nationale du Canada*, [1981] R.C.S. 339, 355-363, c'est sur la réflexion de Domat en matière de bonne foi que le juge Beetz fonde sa solution. C'est à la lecture de sa formule selon laquelle « il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites » que le magistrat interprète l'article 1024 du *Code civil du Bas Canada*.

¹⁵² François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 11 et 114.

¹⁵³ *Id.*, p. 121.

¹⁵⁴ J. DOMAT, *Les Lois civiles*, préc., note 11, L. III, t. I, s. VI, 2.

seule la volonté dénuée de toute ambiguïté évidente doit l'emporter sur les termes mêmes du contrat¹⁵⁵. On est ainsi frappé par la similitude entre plusieurs formulations des règles d'interprétation sises dans les *Lois civiles* et les règles qui gouvernent encore de nos jours l'herméneutique judiciaire, notamment canadienne. Cela s'exprime même dans les règles d'interprétations pourtant nées dans le contexte de la common law, comme la *Literal Rule*, dont on trouve une formulation implicite sous la plume de Domat : « L'interprétation ne débute qu'en présence d'un texte obscur ou ambigu. Dans un tel cas, c'est dans le texte même qu'il faut rechercher le sens de la loi »¹⁵⁶.

Même les règles interprétatives les plus modernes trouvent une formulation logique sous la plume de Domat. Il en est ainsi de ce que la doctrine canadienne et québécoise qualifie d'arguments pragmatiques, qui entraînent, selon le jurisconsulte, un recours à l'équité¹⁵⁷. Ainsi, si l'interprétation conduit à une solution déraisonnable ou absurde, il faut rechercher l'interprétation la plus juste, ou la plus équitable. On est alors proche de la logique de la *Mischief Rule* et de la *Golden Rule*. La *Modern Rule*, formulée par Driedger dans les années quatre-vingt, puis reprise à de nombreuses reprises par les juridictions canadiennes, trouve également une formulation certes archaïque, mais proche dans son esprit dans les *Lois civiles* :

*Les obscurités, les ambiguïtés et les autres défauts d'expression de la loi qui peuvent rendre douteux le sens d'une loi et toutes les autres difficultés de bien entendre et de bien appliquer les lois doivent se résoudre par le sens le plus naturel, qui se rapporte le plus au sujet, qui est le plus conforme à l'intention du législateur et que l'équité favorise le plus. Ce qui se découvre par les diverses vues de la nature de la loi, de son motif, de son rapport aux autres lois, des exceptions qui peuvent la restreindre et des autres réflexions qui peuvent en découvrir l'esprit et le sens*¹⁵⁸.

De même, l'interprétation par la cohérence interne, le recours au préambule, l'interprétation selon l'esprit de la loi¹⁵⁹ et la tradi-

¹⁵⁵ *Id.*, L.I, t. I, s. II, 11.

¹⁵⁶ *Id.*, L. préliminaire, t. I, s. II. Il ajoute, « si les termes d'une loi en expriment nettement le sens et l'intention, il faut s'y tenir » ; *id.*, L. préliminaire, t. I, s. II, 12.

¹⁵⁷ *Id.*, L. préliminaire, t. I, s. II, préambule,

¹⁵⁸ *Id.*, L. préliminaire, t. I, s. II, 9.

¹⁵⁹ *Pour bien entendre le sens d'une loi, il faut en peser tous les termes et le préambule, lorsqu'il y en a un, afin de juger de ses dispositions par ses motifs et par toute la suite de ce qu'elle ordonne, et ne pas borner son sens à ce qui pourrait*

tionnelle interprétation restrictive de la loi pénale¹⁶⁰ sont affirmés par le juriste auvergnat. La proximité entre les formules des *Lois civiles* établissant que « [l]es lois portant sur un même sujet ou un même domaine s'interprètent les unes par rapport aux autres » est alors marquante, une fois celles-ci rapprochées de l'économie des lois d'interprétation fédérales ou provinciales (l'art. 41 de la L.I.Q.¹⁶¹, par exemple). Enfin, la cohérence externe¹⁶², la « méthode historique » et le recours à l'historique législatif trouvent également une formulation sous sa plume¹⁶³.

*
* *

L'importance des *Lois civiles* en matière de théorie des obligations est encore telle que François Gendron auteur en 2002 d'un ouvrage sur l'interprétation des contrats dans le droit québécois, n'hésite pas à publier « les vingt et une règles de Domat » telles des règles permettant l'interprétation des conventions sous le régime du nouveau Code civil québécois¹⁶⁴. Il fait ainsi du jurisconsulte auvergnat « le précurseur des conceptions modernes du contrat,

paraître différent de son intention, ou dans une partie de la loi tronquée, ou dans le défaut d'une expression. [...] Ainsi, c'est blesser les règles et l'esprit de la loi entière que de se servir, ou pour juger, ou pour conseiller, d'une partie détachée d'une loi [...]

Id., L. préliminaire, t. I, s. II, 10.

¹⁶⁰ *Les lois qui restreignent la liberté naturelle, comme celles qui défendent ce qui de soi n'est pas illicite, ou qui dérogent autrement au droit commun, les lois qui établissent les peines des crimes et des délits, ou des peines en matière civile [...] s'interprètent de sorte qu'on ne les applique pas au-delà de leurs dispositions à des conséquences pour des cas où elles ne s'étendent point.*

Id., L. préliminaire, t. I, s. II, 15.

¹⁶¹ *Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet.*

L.R.Q., chapitre I-16.

¹⁶² [...] *si les lois où il se trouve quelque doute ou quelque autre difficulté ont quelque rapport à d'autres lois qui puissent en éclaircir le sens, il faut préférer à toute autre interprétation celle dont les autres lois donnent l'ouverture.*

Id., L. préliminaire, t. I, s. II, 18.

¹⁶³ *Id.*, 18 et 19

¹⁶⁴ F. GENDRON, préc., note 152; sur l'utilité de l'ancien droit français et de la doctrine issue du Code civil français dans l'évolution du droit civil au Québec, voir notamment: ADRIAN POPOVICI, « Repenser le droit civil: un nouveau défi pour la doctrine québécoise », (1995) 29 R.J.T. 546; S. PARENT, préc., note 4, p. 1192; M. MORIN, préc., note 89, 254-336.

par l'importance qu'il attache à la bonne foi et à l'équité¹⁶⁵, titre que ce dernier doit autant à son œuvre propre qu'aux codifications du XIX^e siècle, scellant son appartenance au panthéon des grands juristes¹⁶⁶.

Toujours vivace¹⁶⁷, la connaissance de cet héritage nourrit une réflexion juridique doctrinale prolifique en ces temps d'UNIDROIT et d'avant-projet Catala. Comme le remarquait avec acuité le Chancelier d'Aguesseau en son temps, « le partage naturel des travaux d'un magistrat est de s'attacher presque uniquement aux *sources pour faire le fonds de science qui lui est nécessaire* »¹⁶⁸, une fois ceux-ci découverts, il ne s'agit, encore de nos jours, que « de les suivre jusqu'aux ruisseaux les plus éloignés qui en dérivent [...] »¹⁶⁹. À ce titre, les travaux du jurisconsulte auvergnat constituent encore un outil de choix, portulan ancien indiquant invariablement le cap des rives de la science juridique moderne.

¹⁶⁵ F. GENDRON, préc., note 152, p. 175.

¹⁶⁶ Dans sa liste des grands juristes, Philippe Malaurie accorde au jurisconsulte auvergnat cette qualité aux côtés de Gaius, Justinien, Gratien, Accurse, Bartole, Cujas, Dumoulin, Grotius, Domat, d'Aguesseau, Pothier, Portalis, Savigny, Aubry et Rau, Demolombe, Jhering et Planiol. Sur les critères qui justifient cette dénomination, voir : Philippe MALAURIE, « Les grands juristes », *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Économica, 1996, p. 79-89. De même, dans le récent *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, les *Lois civiles* figurent en bonne place, aux côtés de Rawls, Kelsen ou Dworkin, voir : Olivier CAYLA et Jean-Louis HALPÉRIN, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 134-139.

¹⁶⁷ Didier Lluelles souligne fort justement l'influence de Domat sur les formulations de l'article 1134 du Code civil français, précurseur des articles 1024 du *Code civil du Bas Canada* et 1384 du *Code civil du Québec*, celui-ci ayant fixé « l'une des maximes les plus fondamentales en la matière : "les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré" : Didier LUELLES, « Du bon usage de l'usage comme source de stipulations implicites », (2002) 36 *R.J.T.* 83, 89.

¹⁶⁸ Henri-François D'AGUESSEAU, « Instruction sur l'étude et les exercices qui peuvent préparer aux fonctions d'avocat du Roi », *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, vol. I, Paris, Libraires associés, 1759, p. 391.

¹⁶⁹ *Id.*