

**REMARQUES SUR L'ARRÊT « CANAL DE CRAPONNE »
ET SON RAPPORT À L'ANCIEN DROIT (XVI^E-XIX^E SIÈCLES)**

Christine PENY

Université d'Aix-Marseille, CERHIIP

Centre d'Études et de Recherches d'Histoire des Idées et des Institutions Politiques

L'arrêt « marquis de Galliffet c/ commune de Pélissanne »¹, rendu le 6 mars 1876 par la chambre civile de la Cour de cassation, est longtemps resté célèbre – et a souvent été célébré – pour avoir, en matière contractuelle, écarté la théorie de l'imprévision et le pouvoir de révision du contrat par le juge. Mais la réforme récente du droit des obligations et l'introduction d'un nouvel article 1195 dans le code civil l'a relégué au rang de vieilleries et placé sur une haute étagère, poussiéreuse, du grand cabinet des curiosités juridiques. Bonne nouvelle ! Enfin, la voie est totalement libre pour l'historien du droit auquel il pourrait bien rester des choses intéressantes à dire sur l'arrêt « canal de Craponne ». En effet, l'occasion est venue pour lui de se rendre plus audible maintenant que l'impérieuse immédiateté des préoccupations positiv(ist)es laisse place à la possibilité d'interrogations sereines.

L'accueil ou le rejet de la théorie de l'imprévision ne constituaient pas, loin s'en faut, le seul enjeu de l'arrêt de 1876. Du point de vue de l'histoire du droit, l'arrêt « marquis de Galliffet c/ commune de Pélissanne » apparaît moins comme un point de départ que comme une décision mettant un point final à une histoire bien plus longue et bien plus riche qu'il n'y paraît... ou qu'on a bien voulu l'admettre. Or, paradoxalement, la portée historique de cet arrêt, plus grande qu'attendu, pourrait bien ne pas lui avoir fait perdre toute son actualité ou, du moins, toute sa signification et sa force symbolique.

La richesse de l'histoire juridique française, que la Cour de cassation a écartée d'un revers de main en 1876, est synonyme d'une certaine complexité et d'une manière de voir ou concevoir les rapports juridiques qui nous est devenue très largement étrangère. Les actes juridiques en jeu dans l'affaire opposant le marquis de Galliffet et la commune de Pélissanne remontaient au XVI^e siècle et à un contexte juridique bien différent de

¹ Connu sous le nom de « canal de Craponne », l'arrêt du 6 mars renvoie officiellement au nom du descendant d'Adam DE CRAPONNE, le marquis Gaston Alexandre Auguste DE GALLIFFET. Sur celui-ci, voir G. GUGLIOTTA, *Le général de Galliffet. Un sabreur dans les coulisses du pouvoir*, Paris, B. Giovanangeli, 2014. Sur le « canal » (en réalité, plusieurs canaux qui arrosent la Provence depuis le Rhône et la Durance) et son histoire, voir M. SOMA BONFILLON, *Le Canal de Craponne, un exemple de maîtrise de l'eau en Provence occidentale 1554-1954*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université, 2007 ; J. RIGAUD, *Le Canal de Craponne. Étude historique et juridique relative aux concessions complexes des arrosages communaux d'Istres et Grans*, Aix-en-Provence, E. Fourcine, 1934.

celui de la fin du XIX^e siècle. Aussi l'arrêt du 6 mars consiste-t-il en une série de conclusions plus ou moins explicites qui *volens nolens* sont autant de soufflets appliqués à la face de l'ancien droit. C'est à ces conclusions, qui touchent en définitive à la qualification juridique des actes en jeu dans les litiges successifs relatifs au canal de Craponne, que nous nous intéresserons dans ces lignes. Et la présente contribution n'aura d'autre ambition que de soulever quelques interrogations et, par-là, d'évoquer certaines pistes de réflexion destinées à rendre à l'arrêt « canal de Craponne » toute son épaisseur et sa portée historique.

Rappelons donc les principales conclusions et implications de l'arrêt du 6 mars 1876, ainsi que les problèmes et questions qu'il soulève du point de vue de l'ancien droit. Nous aborderons ces conclusions dans un ordre logique les faisant apparaître, dans une certaine mesure au moins, comme consécutives l'une de l'autre.

I. LA RÉTROACTIVITÉ DU CODE CIVIL

Cette conclusion signale d'emblée le caractère éminemment politique de la décision de la Cour de cassation. L'article 1134 (ancienne version) – dit en substance la haute juridiction – doit être appliqué à une convention de près de deux siècles et demi antérieure à la promulgation du Code et de plus de trois siècles antérieure à sa décision². De notre lointain XXI^e siècle, une telle conclusion apparaît somme toute comme inévitable, et son inéluctabilité grandira, aux yeux des générations futures, en même temps que le délai qui sépare la codification napoléonienne de l'arrêt « canal de Craponne » paraîtra s'amoinrir. Gardons-nous cependant de cette « illusion rétrospective de la fatalité » (R. Aron), car force est de constater que la décision de la Cour de cassation allait à l'encontre de principes posés par le Code lui-même, de son article 2 tout particulièrement³.

Malgré l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, l'article 2 du Code civil avait d'ailleurs été interprété par certains jurisconsultes du XIX^e siècle comme consacrant un principe de non-rétroactivité du Code civil⁴. Et, en certaines matières – en droit des successions tout spécialement – c'est un principe semblable que des juridictions avaient pu faire prévaloir au cours du XIX^e siècle⁵. Cette « politique jurisprudentielle » ne faisait

² La Cour se cache derrière l'affirmation suivant laquelle l'article 1134 n'était « qu'une reproduction des anciens principes constamment suivis en matière d'obligation conventionnelle ». Les anciennes autorités invoquées par le tribunal civil d'Aix-en-Provence en 1841 (jugement reproduit au *Dalloz*, 1876, I, 5, pp. 194b-197a) montrent la fausseté d'une telle assertion.

³ Pour rappel : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. » (*Code civil des Français*, Paris, Impr. de la République, an XII (1804), p. 2).

⁴ Voir, par exemple, J.-P. DUPORT-LAVILLETTE, *Questions de droit*, Grenoble, L. Viallet, t. VI, 1831, p. 299 ; A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de la rétroactivité des lois*, Parsi, A. Durand, 1845 (1832), t. I, p. 234.

⁵ J.-P. DUPORT-LAVILLETTE, *op. cit.*, pp. 299-307 ; « Robin c/ demoiselle Robin », *Dalloz*, 1833, I, 3, p. 89, n. 3. Pour le cas de la Normandie, voir S. POIREY, « Le droit normand après 1204 : ruptures et continuités », in A.-M. FLAMBARD HÉRICHER, V. GAZEAU (dir.), *1204. La Normandie entre Plantagenêts et Capétiens*, Caen, CRAHM, 2007, pp. 289-308.

d'ailleurs que prendre acte de la persistance de pratiques bien antérieures à la Révolution qui, pour certaines, se sont maintenues jusqu'au XX^e siècle⁶.

Le plus discutable, du point de vue de l'historien, est que ce principe de rétroactivité a alors été invoqué dans un litige portant sur des actes remontant, non pas au XVIII^e siècle ou à la période du droit intermédiaire⁷, mais au XVI^e siècle⁸. L'ancienneté du matériel juridique auquel l'article 1134 du Code s'est trouvé appliqué faisait courir le risque d'un décalage important entre, d'une part, le ou les actes pris en compte et, d'autre part, le jugement. Mais il s'agissait aussi, au revers de la même médaille, d'une manière de marquer d'autant plus catégoriquement le caractère absolu du principe de la rétroactivité du Code et, partant, la fin d'une période transitoire durant laquelle l'ancien droit avait pu, dans une certaine mesure, persister. Un long moment séparait désormais, en 1876, la décision de la Cour de cassation de la nuit du 4 août et de la promulgation du Code civil : il était bien temps de proclamer qu'il avait été fait définitivement table rase du droit de l'ancienne société. Aussi n'est-il pas tout à fait déraisonnable de considérer que la Révolution française s'achève définitivement, dans sa dimension juridique, en 1876⁹.

L'arrêt intervient d'ailleurs au moment où la III^e République s'affermir définitivement et la dimension « républicaine » de la décision paraît dans le fait que, contrairement à ce que les juridictions des régimes monarchiques et impériaux antérieurs avaient pu faire par le passé, la Cour de cassation écarte désormais toute possibilité de recours à l'ancien droit. Fin de la récré. Manière aussi de réaffirmer indirectement le lien entre, d'une part, la III^e République et, d'autre part, 1789 et 1804.

La dernière once d'arbitraire qui restait aux juges disparaît : la faculté d'arbitrer entre les règles issues de l'ancien droit et celles issues de la législation postérieure dans les litiges portant sur des actes antérieurs à la promulgation du Code civil, leur est retirée. Définitivement. Il en va de même en ce qui concerne le recours éventuel à l'équité.

II. LA « LÉGALITÉ » DU CONTRAT

Une seconde conclusion ou implication de l'arrêt « marquis de Galliffet c/ commune de Pélissanne » tient à l'interprétation implicitement donnée à l'(ancien) article 1134 du Code civil. « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont*

⁶ J. HILAIRE, « Vivre sous l'empire du Code civil. Les partages successoraux inégalitaires au XIX^e siècle », *Bibliothèque de l'École des chartes*, 1998, t. CLVI, pp. 117-141 (notamment p. 140).

⁷ C'est à propos d'actes remontant à ces périodes et touchant aux successions, au mariage et à la propriété foncière que les juridictions monarchiques et impériales ont généralement pris en compte et fait prévaloir des règles antérieures au Code civil.

⁸ La plupart des documents relatifs au canal de Craponne se trouvent en annexe de la thèse d'E. BRESSON, *Le canal de Craponne et le droit administratif moderne. Étude des actes de concession du 17 août 1554 et du 24 mai 1581*, Marseille, Impr. nouvelle, 1908, pp. 1-116 (numérotation indép. en fin de volume).

⁹ Une telle assertion mériterait d'être confirmée (ou infirmée) par une étude des jurisprudences antérieure et postérieure à l'arrêt « canal de Craponne ».

faites » : cette formulation, directement inspirée de Jean DOMAT¹⁰, ne revêt plus tout à fait la même signification au lendemain de la Révolution. Ce n'est pas rien d'écrire ou de dire, au début du XIX^e siècle, que « les conventions tiennent lieu de lois »¹¹. Ce terme de « loi » n'a pas le même sens sous la plume d'un juriste du XVII^e (et *a fortiori* du XVI^e siècle) ou même du XVIII^e siècle et sous la plume du législateur du XIX^e, sous la dictée de DOMAT ou MONTESQUIEU et sous celle de CAMBACÉRÈS ou BONAPARTE¹². Le légicentrisme révolutionnaire est passé par là et a fait son œuvre. La nomophilie post-révolutionnaire donne *a posteriori* à la terminologie domatienne la pesanteur d'une masse de granit. Affirmer que « les conventions tiennent lieu de lois », c'est élever – à certaine condition (le respect de la loi elle-même) – le contrat au rang de loi et en reconnaître la « légalité » ; c'est reconnaître que les qualités propres à la loi peuvent être conférées au contrat et que les prescriptions de celui-ci peuvent avoir, dans la mesure où elles n'enfreignent pas la loi, la même force qu'elle. Le contrat (légalement formé) se trouve en quelque sorte contaminé par la puissance de loi. On comprend qu'il s'ensuive, comme l'a affirmé la Cour de cassation, que le juge ait à veiller à la stricte observation des conventions, comme il lui revient à lui-même de se soumettre à une stricte observation de la loi. Et, en définitive, l'unique mission du magistrat consiste à appliquer la loi, qu'il s'agisse de celle du législateur ou de celle des parties¹³.

Nul besoin, donc, de recourir à l'équité comme a pu le faire la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans son arrêt du 31 décembre 1873 cassé par la Cour de cassation : d'abord, parce que cette équité ne peut plus du tout constituer le droit de l'espèce même lorsque cette dernière concerne des actes anciens (eu égard à la rétroactivité du Code) ; d'autre part, parce que le contrat, en tant que loi des parties, se suffit à lui-même et ne peut plus, à la manière de la loi, être tenu pour silencieux, obscur ou insuffisant¹⁴. Toute considération d'équité est étroitement subordonnée au contrat de la même manière qu'elle se trouve catégoriquement subordonnée à la loi en vertu de l'article 4 du Code civil. Dieu nous garde de l'équité des juges... même à l'égard du contrat.

L'arrêt « canal de Craponne » fait apparaître comme en négatif la situation délicate et contradictoire – sur laquelle on a pudiquement et longtemps fermé les yeux – dans laquelle se trouvaient les juridictions chaque fois qu'elles avaient, au cours du XIX^e

¹⁰ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre I, titre 1, section 2, n° 7 : « Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites » (Paris, Th. Le Gras, 1723, t. I, p. 22a).

¹¹ C'est sous cette forme ramassée qu'apparaît la citation de DOMAT dans le sommaire de ses *Lois civiles* (*ibid.*, p. 21b : « Les conventions tiennent lieu de lois »).

¹² Comme le faisait remarquer le doyen J. CARBONNIER *L'Esprit des lois* de MONTESQUIEU aurait tout aussi bien pu s'appeler *L'Esprit des coutumes* (*Droit civil*, t. I, *Introduction*, Paris, P.U.F., 1995, p. 106, n° 72). Sur ce que DOMAT entendait par « loi », cf. M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Domat, le salut et le droit », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1989, n° 8, pp. 69-111, et S. RIALS, S. GOYARD-FABRE, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Jean Domat : un juriste au Grand Siècle », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1989, n° 9, pp. 69-75.

¹³ Voir le commentaire d'A. GIBOULOT sous l'arrêt « marquis de Galliffet c/ commune de Pélissanne », *Dalloz*, 1876, I, 5, pp. 195b-196b.

¹⁴ S'il est silencieux, c'est que ses auteurs en ont voulu ainsi.

siècle, à tenir compte et à qualifier des actes intervenus antérieurement à la promulgation de ce recueil de règles nouvelles et exclusives que constituait le Code civil des Français. Le dilemme était en fait insoluble et la contradiction inévitable. Les magistrats avaient le choix entre deux alternatives : faire primer la loi (l'art. 4 et/ou toute autre disposition du Code) au mépris du principe de non-rétroactivité énoncé par la loi (à l'art. 2) ou faire primer le principe de non-rétroactivité énoncé par la loi (art. 2) au détriment de la loi (l'art. 4 et/ou toute autre disposition du Code). Dans l'affaire opposant le marquis DE GALLIFFET et la commune de Pélissanne, ce sont l'application ou non de l'article 1134 et le recours éventuel à l'équité, conformément à ce qui pouvait se faire aux XVI^e-XVIII^e siècles, qui étaient en jeu. Par l'arrêt du 6 mars 1876, la Cour de cassation fait disparaître, pour l'avenir, une contradiction au prix d'une autre, une toute dernière¹⁵, en faisant primer l'article 1134 sur l'article 2. S'il se trouve que c'est au moment d'appliquer l'article 1134 que la Cour de cassation a écarté une fois pour toute un risque de contradiction récurrente au moyen d'une ultime contradiction, c'est peut-être parce que la « légalité » du contrat consacrée par ledit article s'y prêtait. Peu importe sa date, le contrat est la loi des parties ; rétroactivité ou pas, la loi prime sur toute autre source du droit passée et présente, voilà tout.

Cet aspect contradictoire de la décision montre aussi tout l'intérêt d'insister – et, d'une certaine manière, de détourner l'attention – sur la théorie de l'imprévision. Antoine GIBOULOT se garde bien, dans son commentaire sous l'arrêt « canal de Craponne », de faire la moindre allusion à l'article 2 ou au principe de non-rétroactivité¹⁶. Difficile de croire que ce n'est pas de manière délibérée.

III. LA DISTINCTION SYSTÉMATIQUE DU DROIT PRIVÉ ET DU DROIT PUBLIC

L'arrêt du 6 mars 1876 repose, sans le dire explicitement, sur l'opposition qui nous apparaît comme tout à fait classique entre droit public et droit privé. Là encore, rien n'est explicitement proclamé, mais c'est sans doute à ce niveau que les conséquences pour l'affaire qui a opposé pendant des décennies la famille Galliffet à la commune de Pélissanne ont été les plus sérieuses.

Évidemment, une telle distinction n'avait pas cours, dans les années 1550-1560, lorsque les actes ayant déterminé les relations entre État monarchique, communautés locales, propriétaires, exploitants et utilisateurs des différentes branches du canal de Craponne sont intervenus. Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer le cas de Charles DU MOULIN, mort en 1566 – soit un an avant l'établissement du « contrat » que la Cour de cassation a choisi de privilégier – dont la terminologie, ambiguë, témoigne de l'imprécision en matière de distinction du public et du privé¹⁷. De fait, beaucoup d'actes dressés sous

¹⁵ Il devenait de toute façon de moins en moins probable, après 1876, que des juridictions aient à connaître d'actes antérieurs à la promulgation du Code civil.

¹⁶ *Dalloz*, 1876, I, 5, pp. 193a-196b.

¹⁷ J.-L. THIREAU, *Charles du Moulin (1500-1566). Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980, p. 237, n. 161.

l'empire de l'ancien droit présentait un caractère de mixité au regard de l'opposition et de son sens moderne. En 1876, la Cour de cassation a refusé de le reconnaître. Le tribunal civil et la cour d'appel d'Aix-en-Provence, avant elle, s'étaient montrés moins catégoriques. Mais la haute juridiction pouvait difficilement en faire autant.

La distinction romaine du droit public et du droit privé réapparaît avec la redécouverte du droit romain, tend à être systématisée à partir du XVII^e siècle et devient la distinction maîtresse de l'organisation du droit après la Révolution française¹⁸. Mais, là encore, c'est à la fin du XIX^e siècle que les choses se fixent définitivement. J.-L. MESTRE a rappelé, à cet égard, l'importance de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État (et recréation du Tribunal des conflits) et montré que le droit administratif français avait été le fruit d'une longue gestation¹⁹. La proximité de la décision de la Cour de cassation par rapport à la loi de 1872 n'est pas anodine. Il fallait à la haute juridiction faire en sorte que le litige ait un caractère purement privé pour justifier sa compétence et celle des juridictions subalternes ayant eu à connaître des différends entre le marquis DE GALLIFFET et les arrosants de la commune de Pélissanne.

Cependant, la gestion du canal de Craponne dépendait d'un enchevêtrement de lettres patentes et de commission, de contrats, promesses, licences, décisions faisant intervenir le roi, des autorités seigneuriales (dont Adam DE CRAPONNE lui-même), des communautés d'habitants et groupes d'utilisateurs aux statuts, collectifs et individuels, différents. La solidarité de l'ensemble de ces actes, et même des personnes qu'ils concernaient, faisait peu de doute. Les tribunal et cour d'appel d'Aix l'ont reconnu. La Cour de cassation concentre son attention sur deux actes seulement et les qualifie de conventions²⁰. De l'acte du 22 juin 1567, en particulier, elle fait un « contrat » de droit privé, alors que le texte de celui-ci le qualifie explicitement de « promesse »²¹. Or, on sait à la fois l'importance et la richesse d'une telle dénomination dans le contexte de l'ancien droit, qui plus est placé dans la bouche d'un noble personnage comme Adam DE CRAPONNE²².

Le fait que le différend entre le marquis DE GALLIFFET et la commune de Pélissanne ait concerné un canal et, d'une certaine manière, un service public a été relevé par plusieurs

¹⁸ Voir les pages, toujours classiques, de G. CHEVRIER, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens jurisconsultes français », *Archives de philosophie du droit*, 1952 (t. 1), pp. 5-77.

¹⁹ Cf. J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, P.U.F., 1985 (notamment l'introduction, aux pp. 10-11).

²⁰ Le tribunal civil d'Aix-en-Provence ne s'intéresse qu'à la promesse de 1567 et semble la considérer comme telle. C'est la cour d'appel d'Aix qui, la première, lie cet acte à celui de 1560. Celui-ci se présente comme un contrat. L'objectif, en rapprochant l'un de l'autre, était sans doute de montrer que les deux documents étaient de même nature et présentaient un caractère conventionnel. La Cour de cassation a suivi la cour d'appel d'Aix sur ce terrain (cf. *Dalloz*, 1876, I, 5, pp. 194a-b, 197a-b).

²¹ Le document est reproduit dans E. BRESSON, *Le canal de Craponne et le droit administratif moderne, op. cit.*, annexe n° 7, pp. 21-27.

²² L'acte n'était pas celui qui présentait l'aspect le plus moderne et la haute juridiction se serait sans doute passé d'y faire référence s'il n'avait seul contenu le prix de 3 sols dont le marquis de Galliffet dénonçait le ridicule.

commentateurs²³. Mais cela eut été une autre erreur, au regard de l'ancien droit, de vouloir faire basculer l'ensemble du contentieux relatif à cet ouvrage et à son exploitation dans les mains de l'ordre judiciaire administratif plutôt que dans celle de l'ordre judiciaire privé. Il ne relevait finalement ni de l'un, ni de l'autre... et des deux à la fois.

C'est ainsi à d'autres institutions juridiques, propres à l'Ancien Régime, qu'il convient de faire référence si l'on veut comprendre la véritable nature des actes et des relations qui unissaient, avant la Révolution, les diverses personnes (juridiques) intéressées par la construction, le maintien et l'exploitation des différentes branches du canal dit de Craponne. Ce sont les notions anciennes de concession²⁴, privilège²⁵, promesse, fief, contrat, seigneurage qu'il faut mobiliser. Cela est toutefois sans incidence sur la portée politique et l'importance symbolique de l'arrêt du 6 mars 1876. Il s'agit d'une toute autre histoire dont nous renvoyons le conte à un prochain travail.

²³ La thèse d'Eugène BRESSON, déjà citée (1908), montre que bien des aspects de la gestion du canal auraient pu être considérés, dès le XIX^e siècle, comme relevant du droit public plutôt que du droit privé.

²⁴ J.-L. MESTRE, *op. cit.*, pp. 45-50 ; X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, L.G.D.J., 1999 ; A. DES CILLEULS, *Origines et développement du régime des travaux publics en France*, Paris, Impr. nationale, 1895.

²⁵ Y. DURAND, « Les privilèges selon Sieyès ou le triomphe de la désinformation », *Histoire, économie et société*, 1992, 11^e année, n° 2, pp. 295-323, et « Privilèges, privilégiés », in L. BÉLY (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, P.U.F., 2002, pp. 1024b-1026a ; David D. BIEN, « L'utilisation des privilèges sous l'Ancien Régime : les offices, les corps et le crédit d'Etat », *Annales E.S.C.*, 1988, n° 2, pp. 379-404.

